



## Acerca de este libro

Esta es una copia digital de un libro que, durante generaciones, se ha conservado en las estanterías de una biblioteca, hasta que Google ha decidido escanearlo como parte de un proyecto que pretende que sea posible descubrir en línea libros de todo el mundo.

Ha sobrevivido tantos años como para que los derechos de autor hayan expirado y el libro pase a ser de dominio público. El que un libro sea de dominio público significa que nunca ha estado protegido por derechos de autor, o bien que el período legal de estos derechos ya ha expirado. Es posible que una misma obra sea de dominio público en unos países y, sin embargo, no lo sea en otros. Los libros de dominio público son nuestras puertas hacia el pasado, suponen un patrimonio histórico, cultural y de conocimientos que, a menudo, resulta difícil de descubrir.

Todas las anotaciones, marcas y otras señales en los márgenes que estén presentes en el volumen original aparecerán también en este archivo como testimonio del largo viaje que el libro ha recorrido desde el editor hasta la biblioteca y, finalmente, hasta usted.

## Normas de uso

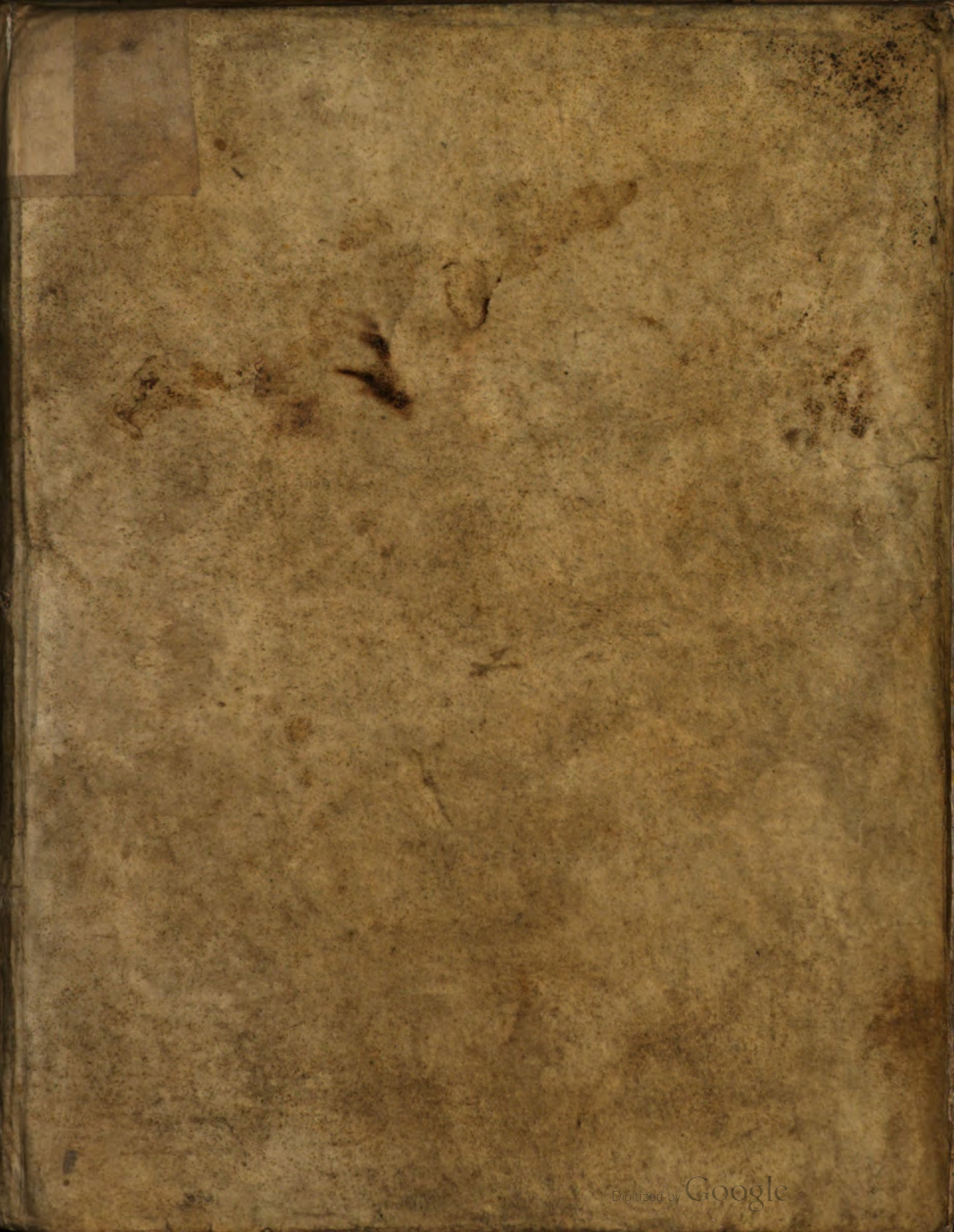
Google se enorgullece de poder colaborar con distintas bibliotecas para digitalizar los materiales de dominio público a fin de hacerlos accesibles a todo el mundo. Los libros de dominio público son patrimonio de todos, nosotros somos sus humildes guardianes. No obstante, se trata de un trabajo caro. Por este motivo, y para poder ofrecer este recurso, hemos tomado medidas para evitar que se produzca un abuso por parte de terceros con fines comerciales, y hemos incluido restricciones técnicas sobre las solicitudes automatizadas.

Asimismo, le pedimos que:

- + *Haga un uso exclusivamente no comercial de estos archivos* Hemos diseñado la Búsqueda de libros de Google para el uso de particulares; como tal, le pedimos que utilice estos archivos con fines personales, y no comerciales.
- + *No envíe solicitudes automatizadas* Por favor, no envíe solicitudes automatizadas de ningún tipo al sistema de Google. Si está llevando a cabo una investigación sobre traducción automática, reconocimiento óptico de caracteres u otros campos para los que resulte útil disfrutar de acceso a una gran cantidad de texto, por favor, envíenos un mensaje. Fomentamos el uso de materiales de dominio público con estos propósitos y seguro que podremos ayudarle.
- + *Conserve la atribución* La filigrana de Google que verá en todos los archivos es fundamental para informar a los usuarios sobre este proyecto y ayudarles a encontrar materiales adicionales en la Búsqueda de libros de Google. Por favor, no la elimine.
- + *Manténgase siempre dentro de la legalidad* Sea cual sea el uso que haga de estos materiales, recuerde que es responsable de asegurarse de que todo lo que hace es legal. No dé por sentado que, por el hecho de que una obra se considere de dominio público para los usuarios de los Estados Unidos, lo será también para los usuarios de otros países. La legislación sobre derechos de autor varía de un país a otro, y no podemos facilitar información sobre si está permitido un uso específico de algún libro. Por favor, no suponga que la aparición de un libro en nuestro programa significa que se puede utilizar de igual manera en todo el mundo. La responsabilidad ante la infracción de los derechos de autor puede ser muy grave.

## Acerca de la Búsqueda de libros de Google

El objetivo de Google consiste en organizar información procedente de todo el mundo y hacerla accesible y útil de forma universal. El programa de Búsqueda de libros de Google ayuda a los lectores a descubrir los libros de todo el mundo a la vez que ayuda a autores y editores a llegar a nuevas audiencias. Podrá realizar búsquedas en el texto completo de este libro en la web, en la página <http://books.google.com>





40 RW

226

> 1-24

# JURISPRUDENTIA ELEMENTARIS.

SEU

Prima Elementa totius legitimæ scientiæ

JUXTA ORDINEM

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM

AUTHORE

JOSEPHO BONAVENTURA

FRANZ;

JURIUM DOCTORE,

Celsissimi ac Reverendissimi S. R. I. Principis,

& Archi-Episcopi Salisburgensis &c. &c. Consiliario,

*In Alma & Archi-Episcopali Benedictina Universitate*

*Salisburgensi Codicis & Juris Publici Professore Ordinario,*

*Legumque Primario.*

Olim in prædicta Universitate publicè ventilata,

*Nunc*

Pluribus in Locis, præsertim ubi Jura novissima, & Praxis  
moderna à veteri jure discesserunt, aucta & emendata

ANNO M. DCC. XVIII.

PERMISSU SUPERIORUM.



SALISBURGI,

Typis & impensis JOANNIS JOSEPHI MAYR, Aulico-Academici

Typographi & Bibliopola.





*Reverendissimo, Perillustri,  
Ac Amplissimo*

DOMINO DOMINO

**ALEXANDRO**

**ORD. S. BENEDICTI,**

**Celeberrimi & Antiquissimi Mona-  
sterii Cremifanensis**

**ABBATI**

**VIGILANTISSIMO**

*Sacrae Caesareae, Regiaeque Catholicae  
Majestatis*

**CONSILIARIO,**

**Enclytorum Statuum Provincialium Superioris Au-  
striae Primati**

&

**DEPUTATO ACTUALI,**

*Nec non*

*Almae Archi-Episcopalis Universitatis Sa-  
lisburgensis Praesidi meritissimo &c. &c.*

DOMINO DOMINO

**GRATIOSISSIMO.**



*Reverendissime, Perillustris  
ac Amplissime*

DOMINE DOMINE

PRÆSUL.

*Domine Domine gratiosissime.*



Uodin auro splendor, hoc in literatorum lucubrationibus solent esse Magnatum Auspisia. Sorderet aurum, nec unquam ad tanti pretii dignitatem ascendisset, nisi fulgor addidisset præstantiam. Obsolescerent pariter ingeniorum partus, nisi Magnorum Auspicio Numine & lumine illustrarentur. Hæc mihi mente volventi, & Jurisprudentiæ meæ Elementari, in quatuor libros partitæ, illustre columen & adminiculum quærenti, majora Auspicia obtingere non potuerunt, quàm Tua, Reverendissime, Perillustris, ac Amplissime Domine Domine Antistes &c. ut qui geminatis titulis, tam nomine, quàm omine, uti signis

præclarissimis, ita factis illustrissimis, & Magnus es, & magnus ubique proclamaris. Magnus es, dixi, omine, eum ex ipso tuo nomine singulare quoddam omen promicet. Non ex vano quippe Alexandrum Te vocari, superis placuit, ut, quem nomen censurâ præferres, magnitudinis quoque mensurâ adæquares, magnus factis illustrissimis. Nam, ut taceam nomen illud spectatissimi Primatûs, quem inelytos inter status Provinciales Superioris Austriæ citra invidiam obtinuisti; ut silentio præteream numerosissimum illum Religiosorum exercitum, quocum ut novus Alexander, non in Orbis regna, sed in regnantia mundi vitia, & impietatis monstra sanctiori longè Marte vel è sacris cathedris detonas, vel illa in tribunalibus pœnitentium exscindis, aut regulari disciplina indies gloriosissimus subigis; ut nihil dicam de aliis, quibus, quâ quâ patet sacratissimus Ordo Benedictinus, tanquam Phæbus inter sidera eluces; id unicum in Asserti mei maximum testimonium, & magni Nominis tui gloriam adduxisse sufficiat, quòd elapso abhinc biennio ad Sac. Cæsareæ Majestatis solium dignissimo disertissimi Oratoris ac legati munere ita sanctus sis, ut ipsa etiam Augustissimi Imperat. lingua in laudes tuas palam soluta fuerit, ipse Rom. Imperii Monarcha vivæ vocis Oraculo Te in universa superiore Austria primum Turcicarum collectarum collectorem esse voluerit, ac invictissima Cæsaris dextra pretiosissima cruce munificentissimè condecoraverit. Ad isthæc eum cognita sapientiz tuæ magnitudo, eum perspecta mentis tuæ, scientiarum instructissimi gazophylacii, altitudo, eum virtutes tuæ planè singulares summum Germaniz caput impulerint, quis Te magnum, imò quis Te maximum non celebrabit, ac ve-



nerabitur? Venerantur ac suspiciunt inter alios Musæ nostræ  
Salisburgenses, quæ Te sui parnassi elegerunt Apollinem, ut  
à tuæ gratiosissimæ providentiæ & benevolentiam fontibus  
copiosius, quàm à Castaliis undis rigatus, in perennem viro-  
rem eò pulchrius effloresceret. Et sanè ita effloruit sub for-  
tunatissimi Præsidii Tui triennio, ut Facultates singulæ sci-  
entiarum suarum flores erudito Orbi in typo obtulerint. Li-  
ceat igitur mihi quoque, quamvis Facultatis Juridicæ mem-  
bro indigno, sub Tuo tamen laudatissimo Præsidio, hō ipse  
annō litterariō, ad apicem votorum meorum pertingenti,  
hiscæ pagellis gratæ mentis mnemosynon statuere, illisque,  
utpote levibus & obscuris, ab illustri ac Magno Nomine Tuo  
pondus & lumen mutuare. Nihil inde deeedet lamini Tuo,  
imò accedent apud Divinum Numen devotissimæ preses-  
mez, ut virtute ac potentia Macedoni magne sanctioni mo-  
dō similis, annis quoque, quod illi non obtigerat, Tu mag-  
nus Alexander fias. Fave & fove, dum jam ita voveo.

**Reverendissimæ ac Perillustris**  
**Amplitudinis Tuæ &c. &c.**

*Devotissimas*

**JOSEPHUS BONAVENTURA**  
FRANZ.

# APPROBATIO

## *Sacræ Facultatis Theologicæ.*

**S**edula attentione à me lectus est liber, cui titulus *Jurisprudentia Elementaris, seu prima Elementa totius legitima scientia*, summâ diligentia compositus, & elucubratus, atque antehac in nostra Universitate ventilatus, approbatus, & laudatus. Prodit nunc iteratò auctior & splendidior in lucem & utilitatem publicam. Præclarum sanè opus, suoque dignum Authore, qui intra viginti quinque annos singulas Juris Civilis Cathedras in nostro Athæneo maxima discen-tium utilitate, nec minore famâ moderatus, suâ Jurisprudentiâ ubivis notâ Reipublicæ literariæ continuò prodesse studet. Quamobrem, ut tam sanæ solidæ-que doctrinæ splendor, Orthodoxæ fidei, bonisque moribus minimè contrarius, omnibus affulgeat, dignissi-mum censeo, ut supra candelabrum ponatur, ut sacræ Themidis domum intrare cupientes, lumen videant.

**P. COELESTINUS MAYR,**  
Ord. S. Bened. ex Lib. & Imperiali  
Monasterio SS. Udalrici & Afræ  
Augustæ vindel. SS. Theol. Doctor  
Celsiss. ac Reverendissimi S. R. Imp.  
Principis & Archi - Episcopi Salisb.  
&c. &c. Consiliar. Ecclesiast. ac in  
eadem Universitate Theolog. Schol.  
Professor Ord. p. t. sacræ Facultat.  
Decanus & Vice-Rector.

# APPROBATIO

## *Inclytæ Facultatis Juridicæ.*

**P**ræfens Jurisprudentia Elementaris (olim in nostra Universitate publicè ventilata, à Jurium Cultoribus hæcenus maximo in pretio habita, & nunc demùm novis accessionibus locupletata, illustrata, atq; completa) non tantùm prima totius legitimæ scientiæ elementa in se claudit, sed etiam tanquam clavis Regia ipsam aurifodinam & arcana juris aperit. Opus planè excellentissimum est, ob methodi concinnitatem, doctrinæ quâ theoreticæ quâ practicæ copiam, sententiarum delectum, rationum pondera, textuum difficultatùmque subtilissimas eviscerationes, ac complanationes, cum omnigena claritate & soliditate. Dignissimè ergo Thesaurus hic pretiosissimus, novò prælo excultus ac munificè auctus, in lucem publicam prodit, Orbi litterario infinitum & semper extra accipiendum dispensaturus fructum, Clarissimo verò Auctori, aliunde de nostra Jurisprudentia Meritissimo, conservaturus immortalem famam, & æternum Nominis decus.

*HAEC*

**P. BENEDICTUS SCHMIER,**  
Ord. S. Bened. ex libero - Exempto-  
Imperiali Monasterio Ottoburano  
SS. Theol. & J. U. Doctor, nec non  
SS. Canonum Professor Ord. Celsiss.  
ac Reverendiss. S. R. I. Principis &  
Archi-Episcopi Salisburgens. &c. &c.  
Consiliarius Ecclesiasticus, p. t. Fa-  
cultatis Juridicæ Decanus.

# INSTITUTIONUM

Seu

## ELEMENTORUM

# D. JUSTINIANI,

## PROOEMIUM.

### SUMMARIÆ.

1. Institutiones unde nomen habeant? 2. Earum Synonymia. 3. Homonymia.
4. Definitio. 5. Earum Author Justinianus. 6. Laudatur. 7. Causa impulsiva. 8. Quorum opera Institutiones sint compositæ. 9. Cui juvenuti dedicata. 10. Ex quorum libris sint desumptæ, & quid contineant. 11. Solvuntur duæ objectiones. 12. In quo differant ab aliis juris Justiniani partibus. 13. Habent vim Legis. 14. Quo ordine progressus librorum Justiniani concludatur. 15. Pænæ non derogant Institutis. 16. At verò hæc quandoque illis. 17. Codex repetita prælectionis non derogat Pandectis, si spectentur illa constitutiones, quæ primo Codici jam insertæ erant. 18. Derogat autem quoad constitutiones, Codici repetita prælectionis recenter insertas: 19. Quomodo 20. Decisiones ab aliis Constitutionibus Justinianis sunt secernendæ? 20. Novella derogat Codici, Institutionibus, & Pandectis.

#### §. I.

**I**nstitutiones dictæ sunt ab instituendo, quia adolescentes in principiis Juris informant atque instituunt. l. 2. §. 11. Cod. de V. F. E.

#### §. II.

**V**ocantur alio nomine Instituta §. 11. de Confirmatione Digestorum ad magnum Senatam. Esto, si propriè loqui velimus, inter Instituta & Institutiones hæc intercedat differentia, quòd per illa mores §. 10. Inst. de F. N. G. & C. per has verò præcepta designentur, quibus juvenes institui & erudiri solent.

#### §. III.

**S**umuntur vel generaliter, vel specialiter. Generaliter sumptæ quævis prima rerum elementa & futuri operis fundamenta denotant, quo modo institutiones canonicas, medicas, oratorias &c. nuncupamus. Specialiter acceptæ designant per excellentiam Legum cunabula, seu totius legitimæ scientiæ prima elementa §. 3. & 4. præam. §. 3. l. de Legatis. quo sensu.

## §. IV.

4 **D**efiniuntur Institutiones, quod sint volumen, in quo totius legitimæ scientiæ prima elementa traduntur. *d. §. 4.*

## §. V.

5 **C**Ausa efficiens Institutionum duplex est, Principalis, & minùs principalis. Principalis est Imperator Justinianus. §. 3. & *pen. proœm.* non ille, qui erat Constantini Filius ex Heraclianâ Familiâ ortus, de quo *Canon. 6. dist. 16.* sed qui Salone Dalmatiæ Urbe, obscuris parentibus natus, Justini ex sorore nepos à avunculo, per omnes dignitatis gradus evectus, denique calendis Aprilis post Christum natum Anno 527. in consortium Imperii adoptatus est; *nov. 47. c. 1.* quod postea, exactis quatuor mensibus, Justino nempe calendis Augusti ejusdem anni viam universæ carnis ingresso, solus accepit, ac per integros 38. annos, & quidem à dicto anno 527. ad annum 565. feliciter administravit.

6 De Principe hoc multi malè sentiunt, *Antonius Faber in epistolâ dedicationis adrationalia prima partis Pandectarum*, vocat ipsum hominem mollem & effeminatum. Exprobrat ei, quod Theodoræ Conjugi suæ habenas indulserit imperii, ipsam reverendissimam dixerit, ac consiliorum suorum participem fecerit in *nov. 8. cap. 1.* quod venerabilem, quod Augustam salutaverit in *§. ult. l. de usucap. in f.* *Joannes de Bussieres* scribit, fuisse quidem principem summæ tamæ, sed alienâ gloriâ partæ, fuisse celebrem triumphis, sed per Belisarium & Narsensem; inclaruisse legibus, sed per Tribonianum; magnifica exstruxisse palatia, sed tributis, Constantinopoli immotum universum terrarum orbem percurràsse. Videas alios, qui Principem nostrum quovis alphabetario rudiozem dicere sustineant, asino impiè assimilent, àb ipso dæmone genitum, non hominis filium, fuisse asserant, imò qui ipsum arguant, quasi in sectam Eutychanam prolapsus fuisset, eaque anterioris vitæ encomia, si tamen aliqua promeritus fuisset, penitus extinxisset. Mihi vitam Imperatoris mei percurrenti non nisi laudis amplissima sese offert seges. Nam si *dedicationem Institutionum*, si *principium* & §. 1. *proœmii* inspicio, tantas confecit expeditiones, tantas de hostibus reportavit victorias, ut vel in ipso solo robur Herculis, audaciam Hectoris, generositatem Alexandri, ingenium Pyrrhi, fortunam Scipionis mirari cogar. in §. 2. 3. 4. 5. & 6. *dicti proœmii* compertio, Justinianum operi juris manum seriam admovisse, sacratissimas constitutiones in luculentam erexisse consonantiam, infinitas veteris prudentiæ ambages evolvisse, opus desperatum labore felicissimo confecisse, legisse, recognovisse, & plenissimum suarum constitutionum robur eidem accommodasse. Certè ex invocatione Divini nominis Institutionibus præmissâ, ex toto titulo Codicis *de Summâ Trinitate & Fide Catholica*, *ex l. 1. in f. princ. Cod. de Officio præfelli Prætorio Africa. ex nov. 7. cap. II. ex nov. 133. cap. 3.* sat superque liquet, Imperatorem nostrum fuisse Catholicum Christianum, Vir-



ginem Deiparam summâ veneratione coluisse, ac sacrificio Missæ honorem debitum detolisse. Adde, quæ ex *Barolo, Joanne Fabri, & Joanne Baptista de Cacialupis* refert *Clarissimus Dominus Doct. Hermannus Hermes p. m. cap. 37. Juris publici n. 152. pag. m. 876.* videlicet juris nostri conditorem catalogo Sanctorum insertum esse, festumque illius calendis Augusti celebrari debere. Ad ea, quæ supra in contrarium adducta sunt, respondet partim idem *Dominus D. Hermes ex Guevitta in horologio principum, & Thomâ Russio Regis Angliæ Advocato, partim Erasmus Ubgepaur exercitationum Justinianearum l. q. 6.* ubi, si libet, plura videre licet.

Causa efficiens minùs principalis est vel impulsiva, vel instrumentalis. Impulsiva stat in difficultate studium Juris addiscendi, quæ sine his elementis omnino metuenda erat, arg. §. 3. *proæmii Inst.* proindeque Imperatorem movit, ut præsens volumen confici curaret.

Instrumentalis sunt tres illi viri illustres & antecessores, nimirum *Tribonianus*, Sacri Palatii exquæstor & exconsul, *Dorotheus*, quæstor, & in Berutiensium civitate leges discipulis tradens, nec non *Theophilus*, Magister Jurisque peritus in civitate Constantinopolitanâ optimam legum gubernationem extendens *l. 2. §. 9. Cod. de V. F. E.* quorum operâ & industriâ ob eorum solertiam, legum scientiam, ac circâ jussiones fidem prælaudatus Imperator in Institutionum compilatione usus fuit *d. §. 3.* quâ in parte ea, quæ boni principis officio conveniunt, egregie præstitit; Siquidem consultius ac utilius est civibus & subditis, ardua à Principibus adhibito senatorum & prudentum virorum consilio expediri. *l. 8. Cod. de ll.*

## §. VI.

Subjectum Institutionum sunt Auditores earum, quos Imperator non vult amplius frivolo & ridiculo cognomine Dupondios, sed Justinianos novos in omne futuram ævum nuncupari, *de ratione & methodo juris docendi §. 2.* Et quidem auditores juvenes, partim quia sunt dociliores *arg. l. 37. ff. de adilitio edictis.* partim quia hæc ars est longa, vita autem brevis. Quo tamen iis, qui proveclioris ætatis sunt, portam almæ Themidis haud ocludimus, probè gnari, ætatem nullam ad discendum seram esse, sed saltem non ita commode, ut in illis fieri solet, studiorum tractationem suscipi. Sic refert *Tiraquel in Prefat. de jure primogeniti. n. 202.* Accursum jam quadragenarium studio juris impendisse operam. *Apud Fulianum quoque scriptum est: Ego discendi cupiditate, quam solam vivendi rationem optimam in octavum & septuagesimum annum ætatis duxi, memor sum ejus sententia, qui dixisse fertur: etsi alterum pedem in tumulo haberem, non pigeret aliquid addiscere. l. 20. ff. de fideicommissariis liberatibus.* Requiritur autem juvenes legum cupiditate *rubr. proæm. Inst. in f. segnes* ac oscitantes aversamur. Invitus enim canes venatum ducere, stultitia est, & nihil est tam facile, quin difficile fiat, si illud invitus facias: contra nihil tam difficile, quin volenti & cupienti reddatur facile.

## §. VII.

o **M**ateria Institutionum potest assignari duplex, ex quâ, & circa quam. Materia ex quâ sunt omnes antiquorum Institutiones, potissimum commentarii Caii, ex quibus Institutiones fuerunt desumptæ. §. 6. *h. ubi nolim, errorem irrepsisse existimes, dum ibidem Justinianus Cajum dicit suum, cum tamen tempore Hadriani Anno 140. floruerit, prout in l. 7. ff. de rebus dubiis. ipse de se fatetur. Nam id ab Imperatore benevolentiz duntaxat causâ factum est, quemadmodum etiam volusium Mæcianum, & Salvium Julianum JCos amicos Imperatoris appellitari videbis in l. 17. ff. de jure Patronatus. Materia circa quam sunt prima legum cunabula §. 3. *h. primitiz, vestibula, argumenta §. 11. de confirmatione digestorum ad senatum & omnes populos. seu totius legitimæ scientiz prima elementa §. 4. h. non ab antiquis fabulis discenda, sed ab Imperiali splendore ita appetenda, ut tam aures, quam animi cupidæ legum juventutis nihil inuile, nihilquæ perperam positum, sed quod in ipsis rerum obtinet argumentis, accipiant d. §. 3. quoniam in illis breviter expositum est, & quod antea obtinebat: & quod postea desuetudine innumbratum, Imperiali remedio illuminatum, hoc est, vel declaratum, vel in usum revocatum est §. 5. b.)**

II. Dices 1. In Institutionibus nihil de Jurisdictione, de pactis, transactionibus, in integrum restitutionibus, usuris, ædilitio edicto, evictionibus, probationibus, testibus, instrumentis, confessis, judiciis, arbitris, sententiâ, re judicatâ, possessionibus, Scto Vellejano, operis novi nunciatione, damno infecto, collatione bonorum, jure dotium, quæstionibus, pœnis, appellationibus, & de materiis juris aliis nihil reperitur, ergò falsum est, quod in d. §. 4. dicitur, Institutionibus contineri totius legitimæ scientiz prima elementa. ¶ Veritatem dicti §. 4. sufficienter salvari per hoc, quod Institutiones omnino contineant ea, quæ ex ipso Juris corpore novis Justinianæis proponere erat consultum.

Dices 2. Jus antiquatum fusiore calamo in Institutis recensetur, prout patet ex t. r. I. de leg. fuf. can. toll. §. 6. *Inst. quibus mod. jus patr. potest solv. t. t. de fid. tut. §. 1. de testam. ord. t. ferè t. de ex heredat. lib. t. t. de successioibus sublat. §. 4. de obl. quæ ex delict. &c.* Ergò saltem verum non est, quod scriptum exstat in d. §. 3. Institutionibus non alia, quam quæ in ipsis rerum obtinent argumentis, comprehendi. ¶ Imperatorem in d. §. 3. per inutilia, & in rerum non obtinentia argumentis, non universum jus antiquum, sed illa solum, quæ fabulis sunt similia, intellexisse, ac in Institutionum volumine omitti voluisse. cui responsioni assistit §. 5. *proœm.* ubi Justinianus ipsemet fatetur, in Institutionibus etiam id, quod antea obtinebat, adeoque jus antiquum expositum esse: rectissime sanè! nam ad plenum intellectum æ perfectam juris novi cognitionem non modicam utilitatem affert notitia juris veteris *arg. l. 1. ff. de O. F. l. 1. princ. Cod. de Lat. libert. toll. l. un. §. 3. Cod. de caduc. toll. vide Ludov. ad l. ff. de testam. ord. §. 1. n. 1.*

§. VIII.

**F**orma Institutionum alia est intrinseca, alia extrinseca. Intrinseca stat in 12 differentiâ specificâ, quâ Instituta ab aliis juris civilis partibus distinguuntur, ac in eo sita est, quod prima totius legitimæ scientiæ elementa ordinatè contineant. Hâc ratione secernuntur primò à pandectis seu digestis, ut quæ studio- sissimis vetustatis operibus jam penè confusis & dissolutis, in justum ordinem collectis turgent l. 2. §. 1. *Cod. de V. F. E.* 2. Differunt à Codice, qui variis tum antiquorum Principum, tum Justiniani constitutionibus constat. 3. A novellis, aliisque juris libris sive authenticis, sive apocryphis, prout jura juribus conferenti manifestè patebit.

Forma extrinseca consistit in dispositione ac serie librorum & titulorum. Est autem Imperator Institutiones suas in quatuor libros paritiss, quorum Primus 26. Secundus 25. Tertius 30. & Quartus 18. titulis circumscribitur, quæ sequentibus versiculis exprimentur.

Institut. Libri I. Rubricæ 26.

- |      |   |     |     |     |     |
|------|---|-----|-----|-----|-----|
|      | 1.  | 2.  | 3.  |     |     |
| I.   | <i>Justitia, Jus natura, personæque subsunt,</i>      |     |     |     |     |
|      | 4.  | 5.  | 6.  |     |     |
| II.  | <i>Ingeni, libertini, minime manumissi,</i>           |     |     |     |     |
|      | 7.  | 8.  | 9.  |     |     |
| III. | <i>Falsa lex, Juris alieni, patria virtus.</i>        |     |     |     |     |
|      | 10.   | 11. | 12. | 13. | 14. |
| IV.  | <i>Nabes, adoptabit, solvet, tutela, dabitque,</i>    |     |     |     |     |
|      | 15.   | 16. | 17. | 18. |     |
| V.   | <i>Agnatos; capitis, patronos, atque parentes.</i>    |     |     |     |     |
|      | 19.   | 20. | 21. |     |     |
| VI.  | <i>Est fides tutor, est Attilianus, &amp; anthor,</i> |     |     |     |     |
|      | 22.   | 23. | 24. | 25. | 26. |
| VII. | <i>Finit, curas, faciens, excusatque, remotus</i>     |     |     |     |     |

Institut. Libri II. Rubricæ 25.

- |       |   |     |     |     |    |
|-------|---|-----|-----|-----|----|
|       | 1.  | 2.  | 3.  | 4.  | 5. |
| VIII. | <i>Res, corpus fit, serviet, usufructus, &amp; usus</i> |     |     |     |    |
|       | 6.  | 7.  | 8.  |     |    |
| IX.   | <i>Est usucapiens, est donans, est alienans,</i>        |     |     |     |    |
|       | 9.  | 10. | 11. | 12. |    |
| X.    | <i>Quaro, testari, miles, permittere non vult,</i>      |     |     |     |    |

- XI. <sup>13.</sup> <sup>14.</sup> <sup>15.</sup> <sup>16.</sup> *Exhæres, aut hæres, vulgarisque, papillus,*  
<sup>17.</sup> <sup>18.</sup> <sup>19.</sup> <sup>20.</sup> *XII. Infirmat, vel inofficit, hæres qualia, legat.*  
<sup>21.</sup> <sup>22.</sup> <sup>23.</sup> <sup>24.</sup> <sup>25.</sup> *XIII. Hinc adimit, falcas, committis, singula codex.*

### Instit. Libri III. Rubricæ 30.

- XIV. <sup>1.</sup> <sup>2.</sup> <sup>3.</sup> <sup>4.</sup> *Inestatus, & agnatis, & Tertil. & Orfic.*  
<sup>5.</sup> <sup>6.</sup> <sup>7.</sup> <sup>8.</sup> *XV. Cognatis gradibus, servus, libertus inbarent.*  
<sup>9.</sup> <sup>10.</sup> <sup>11.</sup> *XVI. Signo libertas, possessio, & arrego quarens.*  
<sup>12.</sup> <sup>13.</sup> *XVII. Post additæ bona, hac successio dupla recessit.*  
<sup>14.</sup> <sup>15.</sup> <sup>16.</sup> <sup>17.</sup> <sup>18.</sup> *XIIX. Obligo, re, verbisque, duos, stipulatio servi,*  
<sup>19.</sup> <sup>20.</sup> <sup>21.</sup> *XIX. Dividit, est & inutilis, atque fidejubes omni*  
<sup>22.</sup> <sup>23.</sup> <sup>24.</sup> <sup>25.</sup> <sup>26.</sup> *XX. Littera, consensus, emis, & locat, & sociabis.*  
<sup>27.</sup> <sup>28.</sup> <sup>29.</sup> <sup>30.</sup> *XXI. Et post mandatum, quasi contrahere, quaris, tollo.*

### Institut. Libri IV. Rubricæ 18.

- XXII. <sup>1.</sup> <sup>2.</sup> <sup>3.</sup> <sup>4.</sup> *Delictum, rapit, aqulitiis, injuria subsit.*  
<sup>5.</sup> <sup>6.</sup> <sup>7.</sup> <sup>8.</sup> <sup>9.</sup> *XXIII. Est quasi delinquens, ago, vel gero, noxia, pauper.*  
<sup>10.</sup> <sup>11.</sup> <sup>12.</sup> <sup>13.</sup> <sup>14.</sup> *XXIV. Per quos, satidabo, perpet, & excipiens, replicabo.*  
<sup>15.</sup> <sup>16.</sup> <sup>17.</sup> *XXV. Interdicta dabo, cum pœnis, officiisque.*  
<sup>18.</sup> *XXVI. Publica judicia accipies in sine locata.*

## §. IX.

**E**ffectus Institutionum est, quod æquè, ac cæteræ Juris Justinianæ partes, *pu-13*  
*ta, Digesta, Codex, & Novellæ, vim legis obtineant §. 23. de Confirmatione*  
*f. ad Senatam & omnes populos. ibi: Leges autem nostras, qua in his codicibus,*  
*id est, Institutionum seu Elementorum, & Digestorum vel Pandectarum posui-*  
*mus, sumus obtinere robur, in omne eorum validitas, & unacum nostris consti-*  
*tutionibus pollentes, & suum vigorem in judiciis ostendentes in omnibus causis &c.*  
 Adde §. 6. b. ibi: *quas &c. cum tres viri prudentes prædicti nobis obtulerunt: &*  
*legimus, & recognovimus, & plenissimum nostrarum constitutionum robur eis ac-*  
*commodavimus.* Imò memorati libri in Germaniâ & Imperio auctoritatem ju-  
 ris obtinent tum ex tacito, tum expresso consensu Imperatorum & statuum, quo  
 in scholas & tribunalia Germaniæ sunt inducti. cum ordinationes Imperii non  
 semel jubeant, ut secundum jura, in illis contenta, causæ in Imperio deter-  
 minentur.

Ordo, quo præfatæ juris Justinianei partes compositz, & in lucem editæ *14*  
 sunt, sequens fuit. nimirum cum tres exstare & Codices, Gregorianus à *Gre-*  
*gorio* collectore, Hermogenianus ab *Hermogene* eodem Collectore, & Theodo-  
 tianus à *Theodosio* Imperatore dictus, hique sibi ipsis dissimiles ac pugnantes es-  
 sent, Imperator Justinianus illis abolitis, operâ *Triboniani, Dorothei, Theophili,*  
 aliorumque in Scientia Legali versatissimorum, illustrium, & facundissimorum  
 virorum Codicem suum Justinianæum altero statim Imperii anno, ætæ autem  
 Christianæ 528. componi, sequenti verò edi curavit *constit. de novo codice fac.*  
*& constit. de Justinianæ cod. confir.* Post codicem hunc Digesta anno Imperii  
 4. (Christi 530.) coaluere in systema juris, anno autem Christi 533. 17. Calend.  
 Januarii, id est, 16. Decembris fuere promulgata *l. 1. §. ult. in f. l. 2. §. ult. in f.*  
*l. 3. §. ult. in f. Cod. de veteri jure enuel.* post Pandectas eodem anno 533. com-  
 positæ sunt Institutiones, sed ferè integro mense ante digesta, nimirum 11. Cal-  
 lend. Decembris, id est, 21. Novembris promulgatæ *in f. b.* Post Institutiones  
 & Pandectas anno Christi 534. promulgatus fuit Codex repetitæ prælectionis,  
 quo hodièque utimur, priore, id est, Justiniano carentes. Postremo loco li-  
 ber Novellarum pro rerum, negotiorumque varietate sine certo die prodiiit. Ex  
 his *Jrnerius J. C.* Italus varias delumpfit authenticas, & tanquam novellarum  
 compendia inferuit Codici; quas tamen pro authenticis non aliter habemus,  
 quam si cum suo fonte respondeant; quia *Jrnerius*, tanquam homo privatus,  
 auctoritatem juris conciliare non potuit authenticis.

Corollarii loco hic querere lubet, utrum libri hæctenus relati sibi invicem *15*  
 derogent? *¶. 1.* Pandectæ non derogant Institutionibus. Probat: Pan-  
 dectæ ante Institutiones sunt compositz: etsi enim eodem anno Institutiones &  
 Pandectas Imperator promulgaverit; compositionem tamen si spectes, Pandectæ



Institutiones anteverrunt d. §. ult. his d. l. 2. §. ult. in f. l. §. ult. Cod. d. V. f. E. ergo non derogant Institutionibus; quia per se loquendo, constitutio anterior posteriori non derogat. l. ult. ff. de constit. Principum.

16. R. 2. Institutiones quandoque derogant Digestis. Prob. Pandectæ frequenter jus vetus & obsoletum obtrudunt; Institutiones verò passim Jus novum ingeminant: ergo Institutiones quandoque derogant Digestis. Confirmatur: esto constitutionis gloriam per promulgationem Pandectæ & Institutiones eodem tempore receperint, compositionem tamen si spectemus, Pandectæ luce natalium Institutiones anteverrunt: ergo ex naturâ rei possunt derogare Pandectis: ergo defacto derogant; quia multa in illis occurrunt, quæ non concordant cum jure veteri, cujus vestigia Pandectis impressa cernuntur. Zoës, in proœmio Digest. n. 9. in f. & de aq. rev. dom. n. 24. Franc. Dmaren. in proœm. Digest. cap. 3. adf.

17. R. 3. Codex repetitæ prælectionis non derogat Pandectis, si illæ constitutiones spectentur, quæ primò Codici jam insertæ erant. Probatur: Codex repetitæ prælectionis, si memoratæ constitutiones spectentur, vetustate superat Pandectas: anno enim æræ christianæ 528. fuit compositus, & anno sequente lucem aspexit. l. un. Cod. de novo Cod. fav. l. un. Cod. de Justin. Cod. confirm. ergo si respectu hoc Codex repetitæ prælectionis expendatur, non derogat Pandectis, quia per se loquendo, constitutio anterior recentiori non derogat. arg. d. l. ult. ff. de constit. Principum. D. de Bassis in præfat. ad 50. decis. n. 6. 7. & 8.

18. R. 4. Codex repetitæ prælectionis quoad constitutiones recenter insertas derogat Pandectis. Domin. de Bassis d. loc. Probatur: Constitutiones & Decisiones, Codici repetitæ prælectionis insertas, eo sine Justinianus promulgavit, ut antiquæ Jurisprudentiæ jurgia per illas placaret. §. 3. Inst. de libertinis. ergo Codex repetitæ prælectionis respectu hoc derogat Pandectis, quia jurgia veteris Jurisprudentiæ passim in his referri videmus. Confirmatur: esto pleræque ex 50. decisionibus ante Pandectas separatim sint editæ, conjunctim tamen post Pandectas in Codicem fuerunt relatæ: ergo planè nihil officit, cur derogare Pandectis nequeant.

19. Quòd si roges, unde liceat cognoscere, utrum in numerum 50. decisionum constitutio aliqua pertineat? R. Ex indiciis variis id colligi posse. sic v. g. si subscriptionem Lampadii & Orestis constitutio contineat, authores arguunt, quòd in numerum 50. decisionum lex pertineat. Similiter si jurgia antiquæ Jurisprudentiæ placare, atque decidere Imperator sustineat, Interpretes conjecturam capiunt, quòd in censum 50. decisionum lex pertineat. arg. d. §. 3. Inst. de libertinis. confer. D. de Bassis ubi supra n. 2. 3. & 4.

20. R. 5. Novellæ derogant Codici, Institutionibus, & Pandectis. Prob. Novellæ sunt recentiores Codice, Institutionibus, & Pandectis: ergo derogant Codici, Institutionibus, & Pandectis.

INSTITUTIONUM  
IMPERIALIUM

Seu

ELEMENTORUM  
D. JUSTINIANI,  
SACRATISSIMI  
PRINCIPIS

LIBER I.

TITULUS I.

DE JUSTITIA ET JURE.

**R**ubrica hæc duabus constat partibus, jure videlicet, quatenus hoc significat artem Juris (prout hic cum Ulpiano in l. 1. princ. ff. h. s. accipimus) & Justitiã. unde, ut distinctè procedamus, sit

P A R S I.

De Jurisprudentiã.

S U M M A R I A.

1. Dari juris artem probatur à priori & posteriori.
2. Jurisprudentiã est pars Philosophiã practicã.
3. Non est intelligentiã.
4. Non est sapienciã.
5. Re-llè rãmen dicitur prudentiã & ars remissivè.
6. Est scientiã verã & propriè distã.
7. 8. 9. 10. Solvuntur 4. Objectiones.
11. Est scientiã purè practicã.
12. Statuitur ejus objectum materiale.
13. Formale.
14. Adæquatũ.
15. Finis intrinsicus.
16. Definitio.
17. Divisio in publicã & privatã.
18. Quid sit Jus privatũ.
19. Quò explicitor jus publicũ accipiatũ.
20. Quo sensu fundatur in §. ult. ff. h. s.

**J**uri seu Jurisprudentiæ operam daturus, nōsse debet primò an detur talis habitus? Secundò quid sit? ad primum

### §. I.

**R**esponderetur, dari juris artem, probatur: Dantur jura seu Leges: Testor Academiæ & Scholas publicas, ubi ea publicè traduntur. Datur etiam cognitio & applicatio legum ad facta hominum, ut procuretur & conservetur eorum Justitia: Testor Tribunalia, Dicasteria, Rotas, in quibus leges continuo usu exercentur, teruntur, rotantur. Atqui hæ sunt partes, quibus ars juris seu Jurisprudentia absolvitur, ergò datur ars juris seu Jurisprudentia. *Clarissimus D. Doctor Josephus Bernardus Glæckle, p. m. in Jurisprud. suâ fundament. lib. 1. tit. 1. cap. 1. §. 2.*

Circà Secundum, quid nempe sit Jurisprudentia, duo veniunt examinanda. Primò, quid ea sit ex genere suo? 2. Quidnam sit secundum differentiam suam specificam? genus quod attinet.

### §. II.

**R**esponderetur 1. Jurisprudentiam nostram esse partem Philosophiæ practicæ. Ita *Franciscus Suarez in proem. 11. de Legibus. §. atque hinc licet intelligere &c. Georgius Adamus Struvius in Syntagm. Jur. Civil. exercit. 1. sb. 9. Henricus Hahnus in Matthæum Wesenbecium de F. & F. n. 2. pag. m. 15. & n. 14. pag. m. 51. & seq. Prob. 1. ex l. 1. §. 1. ff. h. e. in cujus fine JC. Ulpianus ait: veram, nisi fallor, Philosophiam, non simulatam affectantes. Veram, quia studet promovendæ felicitati publicæ, ac notitiam suam ad usum transfert & salutem hominum. Non simulatam, quia non vana, non fucata, non umbratilis est, non in cortice verborum hæret, nuclei incuriosa, non futili ac puerili ( ut loquitur Struv. cit. loco ) argutiarum meditatione occupatur, non hircocervos, vulpanferes, aut asininas umbras expendit.*

Probatur 2. ratione: Disciplina, quæ procedit per causas, ac proprietates objecti sui ex certis principiis deducit, est vera pars Philosophiæ. Atqui talis disciplina etiam est Jurisprudentia, cum sit vera & propriè dicta scientia, ut ex paulò post dicendis patebit: ergò &c.

Probatur 3. Philosophia practica est illa, quæ versatur circà actiones hominum moraliter dirigendo illas ad beatitudinem moralem aut civilem seu politicam. Atqui hoc etiam præstat Jurisprudentia nostra, ut constabit ex dicendis infra de ejus fine. ergò &c.

Antonium Montecatium in politicis contrarium sentientem eruditè refellit *Hahn ad Wesenbec. cit. pag. 51.*

**R**esponderetur Secundò, Jurisprudentiam nostram non esse intelligentiam.

Probatur: intelligentia est habitus primorum principiorum, qualia sunt, quæ solo lumine naturæ innotescunt. Atqui talis habitus non est Jurisprudentia.

ergò &c. major est certa. minor probatur : Jurisprudencia nostra per se versatur duntaxat circa conclusiones , quæ ex primis illis principiis remotè tantùm , & quidem non evidenter, sed saltem probabiliter deducuntur, vel circa tales propositiones , quæ non nisi post longum juris studium nobis fiunt notæ. ergò &c. Vide *Clarissimum D. Doctorem Joannem Balthasarum Braun p. no. in Jurisprud. suâ generali & speciali cap. 1. §. 3. n. 3. & duobus seqq.*

Respondetur Tertio, Jurisprudenciam non esse sapientiam. Probatur : Sapientia est notitia rerum præstantissimarum per causas altissimas. Atqui talis notitia non est Jurisprudencia, cum hæc tantùm occupetur circa actiones & negotia hominum, quibus per causas inferiores, leges videlicet, principiorum vices subeuntes, justitiam conciliare allaborat, ergò &c.

Dices : Jurisprudencia nostra expressè vocatur sapientia in l. 1. §. 5. ff. de *extraord. cogn.* ibi : *est quadam res sanctissima civilis sapientia*, ergò &c. *no.* In memorato textu sapientiam non sumi propriè, sed vel pro quavis excellenti notitiâ, vel pro civili prudentiâ, nam teste *Cicerone 1. Offic.* civilis sapientia est nihil aliud, quàm civilis prudentia.

Respondetur Quarto, Jurisprudenciam rectè dici prudentiam & artem. rationes dat *cit. B. Braun n. 7. & 9.* quem adi.

Respondetur Quinto, Jurisprudenciam esse scientiam propriè & strictè dictam. Ita *Joannes Corasius in tr. de juris arte p. 1. c. 14. Cassan. & Gilkenius citati ab Harp. ad §. 1. F. b. t. n. 6. D. Braun d. §. 3. n. 10. & seqq. D. Glerle d. cap. 1. §. 10. n. 24.* Et quia Jurisprudencia alia est naturalis, alia positiva, hæcque tanquàm species Spartanam, Atticam, Romanam &c. sub se continet, hinc

Probatur responsio primò de Jurisprudenciâ naturali : Scientia strictè dicta est cognitio intellectûs certa ac evidens rei necessariæ per causam propter quam res est. Atqui Jurisprudencia naturalis per principium immotum & infallibile : *Bonum est faciendum.* certò ac evidenter cognoscit, Deum colendum, parentes honore prosequendos, fidem datam esse servandam &c. item per principium æquè certum & infallibile : *Malum est vitandum.* certò & evidenter cognoscit, non furandum, non mœchandum, non mentiendum esse &c. ergò Jurisprudencia naturalis est scientia strictè dicta.

Probatur 2. De Jurisprudenciâ positivâ in genere : Habitus respiciens objectum scientificum, & instructus principiis universalibus ac certis, ex quibus conclusiones suas scientificè deducere possit, est verè scientificus. Atqui Jurisprudencia positiva in genere est talis habitus, ergò &c. minor continet duo membra. Quoad primum sic probatur : Objectum Jurisprudenciæ positivæ est actio justa, sed hæc est objectum scientificum, quia sive in genere sive in specie consideretur, veris proprietatibus circumfluit, quas Jurisprudencia ostendit, v. g.

quod valeat, obligationem restituendi post se non trahat, sine causa retractari nequeat, quod hoc testamentum justum jus succedendi in universa bona à defuncto relicta conferat &c. ergo Jurisprudencia positiva respicit objectum verè scientificum: Probatur etiam minor quoad alterum membrum: principia Jurisprudencie sunt: *Legi justa parendum est, quamdiu ejus obligatio non cessat, aut solvitur: omnis actus commensus sua regula est justus ac rectus: contractus legum auctoritate roboratus inducit obligationis vinculum &c.* Atqui hæc principia sunt universalialia & certa, ex iisque Jurisprudencia scientificè conclusiones suas deducit, & quidem ex primo hanc v. g. *Testamentum 7. testium suffragio destitutum est nullum.* Ex secundo: hanc: *Venditio, in qua pretium debita proportione respondeat merci, est justa.* Ex tertio istam: *Societas honesto fine ac secundùm justam æquilitatis normam celebrata obligationem inducit &c.* ergo Jurisprudencia positiva in genere instructa est principiis Universalibus ac certis, ex quibus conclusiones suas scientificè possit deducere.

Probatur 3. in specie de Jurisprudenciâ Romanâ per §. 3. & 4. *proemii Inst. l. 10. §. 2. ff. h. t. & l. 2. §. 35. ff. de O. F.* Ubi Jurisprudencia hæc salutat Legum scientia, legitima, justæ & injustæ scientia, juris civilis scientia. Neque dicas cum *Hunnio 1. var. resolur. 1. q. 13. n. 2.* vocabulum scientiæ in his juris locis in largiori & impropriâ significatione accipi debere. Nam meminisse oportet, quamlibet vocem in dubio accipiendam esse in sensu proprio, donec sufficiens fundamentum suppetat in contrarium: quale in proposito non suppetere, patebit ex solutione objectionum, quas inter alios dissentientes faciunt *Hunnio d. q. 13. Sustold. diff. 1. aphoris. 37. Christoph. Ehem. de princip. Jur. lib. 1. c. 11. & seq. Volmannus Scribonius introducit. ad Jurisprud. th. 3.* Sunt autem hæc:

7 Objectio prima: De ratione scientiæ propriè dictæ est, ut circumfluat principiis certis & immutabilibus, è quibus tanquam ex causis suis syllogisticè deducat conclusiones certas. Atqui ejusmodi principiis non circumfluit Jurisprudencia positiva, cum hæc pro principiis suis agnoscat leges positivas, quæ pendent ex institutione hominum, ac figi, & refigi possunt, ergo &c. R. 1. dist. majorem: de ratione scientiæ propriè dictæ est, ut circumfluat principiis certis & immutabilibus vel mediatis, vel immediatis, concedo, semper immediatis, nego majorem. Atqui ejusmodi principiis immediatis non circumfluit Jurisprudencia positiva, concedo, principiis mediatis, nego minorem & consequentiam. Principia naturalia sunt certa & immutabilia: hæc sunt principia mediata Jurisprudencie positivæ, utpotè ad quæ tanquam ad supremum fontem Justitiæ ac injustitiæ omnes conclusiones juridicæ positivæ ultimatè reducuntur.

R. 2. Et si leges positivæ ab arbitrio hominum eo sensu pendeant, quod promulgari possint, vel non possint: si tamen semel juris titulum sibi vendicant, non pendent amplius ex arbitrio hominum, sed ex ipsâ naturali ratione; illo enim principes legem aliquam concedere possint, vel non, efficere tamen

nequeat, ut lex condita eum rectâ ratione dissentiat, cum lex essentialiter sit ordinatio rationis.

**Objectio secunda :** Jurisprudencia positiva non est habitus ex demonstratione natus: ergò non sapit indolem veræ & propriè dictæ scientiæ. *3.* Neg. antec. Nam supra probat. 2. ostendimus, quòd Jurisprudencia positiva de objecto suo veras proprietates demonstrat. Ipsæ etiam Leges positivæ sunt veræ principia demonstrativa conclusionum particularium, quæ inde deducuntur. ex innumeris hoc tibi exemplum sufficiat : est Lex positiva Juris Romani, ex nudo pacto non datur actio. ex hac Lege rectè, & demonstrativè inferitur : ergò si Cajus & Sempronius de permutandis equis suis conveniant, neuter conveniri potest.

**Objectio tertia :** Objectum scientiæ debet esse necessarium. Atqui actio justa. quæ constituit objectum Jurisprudentiæ, non est necessaria, sed contingens, quia pendet à liberâ voluntate hominum, quæ eam ponere potest, vel non ponere, v. g. Titius potest cum Titia matrimonium contrahere, vel non contrahere &c. ergò &c.

Ad hanc objectionem solvendam notandum, dupliciter aliquid posse esse necessarium, semel quoad existentiam, & semel quoad essentiam. Necessarium quod existentiam illud est, quod ita necessario existit, ut non possit non existere, & tale necessarium est solus DEUS. Quoad essentiam vero necessarium est, quod habet necessariam connexionem prædicatorum essentialium ; sic homo licet sit ens contingens & mutabile quoad existentiam, quia potest existere. & potest non existere, est tamen ens necessarium & immutabile quoad essentiam, quia habet essentialem & necessariam connexionem suorum prædicatorum essentialium animalis & rationalis, cum necessario ac immutabiliter homo sit animal rationale ; hinc ista prædicata essentialia dicuntur æterna, esseque æternæ veritatis, id est, non esse ab homine vel alia causâ creatâ in tempore data aut inventa, & si homo ab æterno fuisset, ab æterno fuisset animal rationale. ita doctus sum à Reverendiss. Domino Domino Mariano Ord. S. Benedicti. Celebratissimi Monasterij ad S. Vitum cis Rotham nunc Abbate vigilantissimò, cum anno 1687. sub eodem Professore tunc Philosophiæ celebratissimo, defenderem quæstiones ex universâ Philosophiâ selectas quæst. 3. §. 2. Hoc notato

*3.* Distinguendo minorem: actio justa non est necessaria quoad existentiam, concedo, quoad essentiam, nego. Quoad existentiam actio humana justa pendet à liberâ voluntate hominis, qui potest v. g. matrimonium contrahere, vel cælibatum præferre. Quoad essentiam vero est omnino independens ab arbitrio humano. est enim immota & æterna veritas, quòd actio justa debeat esse commensâ suæ regulæ, adeoque quotiescunque Titius cum Titia contrahere vult matrimonium, debet agere ex præscripto juri, Legibus &

conformare, ac ea omnia, quæ de jure ad substantiam matrimonij requiruntur, observare; aliàs non erit matrimonium, sed vel alius quidam actus, vel factum, omninò nullum. Atque hæc essentialis necessitas in objecto habitus scientifici sufficit, aut sanè, si objectum etiam quoad existentiam debet esse necessarium, admittas necesse est, nullam de rebus creatis & genitis dari scientiam, cum harum principium sit ex nobis, à nobis, fiant & generentur, non sint æternæ & necessariæ quoad existentiam, fiant in tempore contingenter, subjaceant generationi & corruptioni &c.

Quòd si Adversarij nostri insistent ac dicant, ex dictis sequi, etiam artes mechanicas esse proprie dictas scientias, cum hæc quoque objectum habeant necessarium, de quo demonstrationes faciunt, nam calceus necessariò debet tegere pedes, habere talem & talem figuram, soleas &c. domus debet habere parietes, sectum &c. de quibus artefactis sutor, & faber evidentes rationes dare possunt. **¶** Quidquid sit circà necessitatem prædicatorum essentialium in objectis aliarum artium, artes ut tales per se nullum alium finem intendunt, quàm efficere opus, neque ipsarum est reddere rationes de eodem, & hinc dicuntur artes ex fide humanà exerceri: quòd si igitur artifex reddat rationem, & veras faciat de artefacto suo demonstrationes, hoc arti merè est per accidens, ut quæ solùm circà opus suum illud efficiendo occupatur, nec per se aliquid de eo demonstrat: potestque perfectus & optimus esse artifex, modò suum opus artificiosè elaborare possit, esto nullam de illo rationem demonstrare sciat.

**10** Objectio quarta: De singularibus non datur scientia. Atqui Jurisprudentia versatur circà singularia, nimirum actiones hominum, ergò &c. **¶** Disting. minorem. Jurisprudentia versatur circà singularia modo singulari, nego, modo universali, concedo minorem &c. Jurisprudentia respicit actionem humanam justam, ut abstrahit ab hæc vel illà singulari materià, adeoque modo universali, neque per se de hoc vel illo testamento statuit, esse firmum vel nullum, sed in genere enunciat, testamentum septem testium suffragio destitutum esse nullum. Quòd autem ex generali hæc enunciatione deduci possit, etiam hoc vel illud testamentum in particulari esse nullum, non obstat rationi scientiæ, scimus enim, in quovis discursu scientifico propositionem particularem contineri sub universali.

**11** Respondetur Sextò: Jurisprudentiam esse scientiam simpliciter practicam. ita *Stryck. d. th. 9. Eckelt. ff. b. r. §. 1.* Probatur: Scientia purè practica est, quæ non sistit in nuda contemplatione sui objecti, sed insuper progreditur ad ejus effectivem. Atqui hoc facit Jurisprudentia, ergò &c. major est certa, minor probatur: Jurisprudentia non sistit in solà contemplatione sui objecti, puta, actionis justæ, sed insuper tendit ad ejus effectivem, dirigendo illam per leges suas seu regulas, ut exerceatur conformiter ad illas, & si fortè aberraverit, reducendo ad debitam formam, adeoque facit objectum suum, nempe actionem justam, quod est munus proprium scientiæ practicæ. **§. II.**

## §. III.

**V**idimus genus Jurisprudentiæ. vadimus, ut videamus differentiam ejus specie-  
ficam: hæc in habitibus desumitur ab objecto, undè ordo exigit, ut ob-  
jectum artis nostræ exponamus, tum materiale tum formale. ubi

Dico 1. Objectum materiale proximum Jurisprudentiæ sunt actiones ho-  
minum. ita *Serv. d. exercit. l. 1. §. 41.* Probatur: illud est objectum mate-  
riale proximum Jurisprudentiæ, quòd illa proximè & unicè dirigit per suas re-  
gulas & præcepta. Atqui Jurisprudentia proximè per Leges suas (quæ nihil  
aliud sunt, quàm regulæ actuum humanorum) dirigit actiones hominum,  
ergò &c. Confirmatur: illud est objectum materiale proximum Jurispru-  
dentiæ, in quod illa proximè introducit suum formale: Atqui in actiones  
hominum proximè introducit objectum suum formale, nempe Justitiam,  
ergò &c.

Dices: Res divinæ & humanæ sunt objectum materiale Jurispruden-  
tiæ, ergò non actiones hominum. Antec. prob. per §. 1. l. b. 1. & l. 10. §. 2.  
*f. cod.* ubi Jurisprudentia definitur, quòd sit rerum divinarum atque humana-  
rum notitia &c. At ad antec. res divinæ & humanæ sunt objectum mate-  
riale remotum Jurisprudentiæ, concedo, proximum, nego. res ergò divinæ &  
humanæ objectum materiale remotum constituunt. Illud enim est objectum  
materiale remotum Jurisprudentiæ, circà quod ejus objectum materiale pro-  
ximum versatur. Atqui objectum materiale proximum Jurisprudentiæ, puta  
actiones hominum versantur circà res divinas & humanas, ergò &c.

Dico 2. Objectum formale Jurisprudentiæ est Justitia seu conformitas  
actionum humanarum cum præscripto legum. *Serv. ubi supra.* Probatur  
1. de Jurisprudentiâ in genere: illud est objectum formale Jurisprudentiæ, quod  
illa unicè intendit introducere in suum materiale proximum. Atqui Justitiam  
Jurisprudentia unicè intendit introducere in actiones hominum, ergò &c. Minor.  
prob. Illud Jurisprudentia unicè intendit introducere in actiones hominum,  
quod est finis ejus proximus, & per se intentus. Atqui hic est Justitia, utpotè  
quam Jurisprudentia per se primò & principaliter expetit, procurat, efficit, eâ-  
que obtentâ quiescit, ergò &c.

Probatur 2. De Jurisprudentiâ Romanâ per l. 1. §. 1. & l. 10. §. 2. *ff. b. s.*  
in quorum priore habetur: *Justitiam namque colimus: & boni & aequi noti-  
tiam proficimur: æquum ab iniquo separantes: licitum ab illicito discernentes*  
&c. in posteriore: *justi atque injusti scientia &c.* Ex dictis

Colligitur 1. Objectum adæquaturn, vel, ut alij vocant, objectum attri-  
butionis Jurisprudentiæ esse actionem humanam justam.

Colligitur 2. Jurisprudentiam pro fine suo intrinseco s. u proximo agno-  
scere Justitiam seu conformitatem actionis humanæ cum præscripto juris.



- 16 Colligitur 3. Jurisprudentiam rectè definiri hoc modo: est scientia practica, versans circa actiones humanas justas. Cum quâ tamen definitione coincidunt illa Jcti Celsi in l. 1. pr. ff. h. t. est ars boni & equi. & illa Jcti Ulp. in l. 10. §. 2. eod. est divinarum atque humanarum rerum notitia, justî atque injusti scientia.

## §. IV.

- 17 **D**efinitionem Jurisprudentiæ, de quâ hactenus laboravimus, excipit divisio: adornantur autem à multis multæ Jurisprudentiæ divisiones, ex quibus illa potissimum ad institutum nostrum facit, quâ dispescitur in publicam & privatam. Privatam dico, quæ eò collimat, ut jus privatum accommodetur ad actiones hominum. Publicam voco, quæ eò tendit, ut jus publicum applicetur ad actiones hominum. Jus privatum autem illud dicitur, quod pro fine suo proximo, & immediato habet utilitatem privatorum.

- 19 Jus publicum varias significationes recipit. Primò sic appellatur à causâ efficiente vel formâ, adeoque publicum dicitur, quod autoritate, non quod utilitate est publicum. Hoc sensu sumitur in l. 29. ff. de testamentaria tut. ubi tutela dicitur juris esse publici. non enim eo sensu refertur ad jus publicum, quòd pertineat ad statum publicum, partim quia in l. 6. §. 15. ff. de excusat. Tutela expressè negatur munus esse reipublicæ: partim quia tutor non tractat negotia publica, sed privata pupilli: partim denique, quia tutela non habet pro fine suo proximo salutem universæ Reipublicæ, sed ejus, in cujus gratiam delata est: adeoque sensu alio, quia videlicet autoritate publicâ defertur. In hac significatione autem dum Juristæ accipiunt, jus publicum opponunt illi juri, quod ex privata conventionione nascitur: huic enim tanta non constat autoritas, quanta illi, quod habetur beneficio legis. Hinc dicitur in l. 38. ff. de pal. l. 20. ff. de relig. & sumpt. fun. l. 15. §. 1. ff. ad leg. falcid. l. 27. de R. l. ea, quæ juris sunt publici, conventionione privatorum mutari non posse, quo textus innuere volunt, jus, quod ex conventionione nascitur, factò contrario immutari posse, cum nihil sit tam naturale, quàm unumquodque eodem modo dissolvi, quo colligatum est l. 35. de R. l. Econtrà jus autoritate Legis constitutum conventionione privatorum infringi non posse, cum ea sit legum prærogativa, ut arbitrium & censuram privatam non sufferant.

Secundò Jus publicum sumitur pro eo, quod omnibus commune est, ac universos cives tangit. Hoc sensu Leges, Senatusconsulta, Constitutiones Principum, mores &c. vocantur jus publicum, quia non paucos aliquos, sicuti privilegia, sed cives universos tangunt. Hoc modo vocabulum juris publici accipitur in l. 116. §. 1. ff. de R. l.

- 20 Tertiò jus publicum tale dicitur à materia & fine, in quo sensu servit proposito nostro, ac definitur ab Imperatore in §. f. l. h. t. esse illud, quod ad statum

rei Romanæ spectat. Quæ definitio, quia videtur angusta nimis, facili oportet reddi potest universalis, si jus publicum describatur esse, quod pertinet ad statum Reipublicæ. Accuratiùs tamen & clariùs videtur jus publicum defini posse, quòd sit illud, quòd pro fine proximo & intrinseco bonum commune habet totius Reipublicæ. undè advertis, in quo conveniant jus publicum & privatum, in quo discrepent. Conveniunt mirùm in eo, quòd jus unum & alterum respiciat tum publicam utilitatem Reipublicæ, tum privatam singulòrum, quia ex utilitate & bono privatorum confurgit felicitas publica, ac felix status civitatis redundat quoque in bonum privatum singulorum. Discrepant tamen, quòd jus publicum proximè respiciat ac promoveat utilitatem totius Reipublicæ; commodum privatorum verò tantum per consequentiam: jus privatum proximè respiciat utilitatem privatorum, felicitatem verò Reipublicæ tantum per consequentiam.

## PARS II.

### De *Justitiâ.*

#### S U M M A R I A.

1. *Appellatio Justitiæ modo dicta remissivè.*
2. *Exponitur Justitia duobus modis*
3. *Definitur.*
4. *Vocabulum Juris in quas significaciones diffinitur.*
5. *Explicatur jus proprietatis activum.*
6. *Jus passivum.*
7. *Quòd statuitur objectum justitiæ.*
8. *Differentia inter debitum rigorosum & simplicis honestatis.*
9. *Adornatur sensus definitionis Justitiæ.*
10. *Definitur Justitia legalis.*
11. *Est virtus specialis.*
12. *Respondetur ad objectiones.*
13. *Non est Justitia stricte dicta.*
14. *Ex violatione Justitiæ legalis per se non confurgit obligatio restituendi.*
15. *Ostenditur, quomodo Justitia legalis resideat in Principe, quomodo in subditis.*
16. *Dominium eminens, quòd obtinet auctoritas in personas & bona civium, attendit Justitiæ legalis.*
17. *Justitia distributiva à frequentiori actu trahit.*
18. *Definitur.*
19. *Non est Justitia stricte dicta.*
20. *Residet principaliter in communitate.*
21. *Parat communitas dupliciter quid debere.*
22. *Debitum, ad quòd inclinât, sunt bona communitatis quæ talis.*
23. *Radix obligationis, quam respicit Justitia distributiva, stat in jure, quòd habens membra communitatis ad bona communia.*
24. *Ergà extraneam non exercetur Justitia distributiva.*
25. *Justitia commutativa dymon & definitio.*
26. *Justitia commutativa est stricte dicta Justitia.*
27. *Exponitur, quomodo differat à distributiva.*
28. *Differat etiam per respectum ad diversas proportionès.*
29. *Justitia vindicativa ad virtutes varias trahi potest.*
30. *Est virtus specialis distincta ab omni virtute aliâ.*
31. *Definitur.*
32. *Non est propria species Justitiæ.*
33. *Quædam censetur pena proportionata.*

**P**ræcedenti parte §. 3. & 13. dictum est, objectum formale Jurisprudentiæ esse Justitiam. hujus natura ut plenius intelligatur, præsentī parte sequentiā de eā expendemus. 1. Unde dicta sit? 2. Quam variè sumatur? 3. Quid sit? & 4. Quotplex sit?

### §. I.

1 **J**ustitiam varij derivant variè. *Isidorus in c. 10. de P. S.* vult Justitiam esse dictam, quasi juris statum, quòd in eā Jus consistat. *Hotomannus* dictam cenfer ex eo, quòd jus cuique siltat. *Alciatus* ab eo, quòd vim siltat. *Wesembecius* deducit à genitivo *Justi*, additā particulā, *sia*. Nos hanc licem grammaticis relinquentes homonymiam Justitiæ evolvemus.

### §. II.

2 **S**umitur autem Justitia duobus modis. Primò pro collectione omnium virtutum, quo sensu in pluribus Sacri Codicis textibus accipitur, ut Matthæi §. 7. 6. *Beati, qui servant & siliant Justitiam. Deuteronomij 9. vers. 4. Ne dicas in corde tuo &c. propter Justitiam meam introduxit me Dominus &c. Psal. 4. vers. 6. Sacrificare Sacrificium Justitia, & sperare in Domino.*

Ratio hujus acceptionis est, quia Justitia in propriā suā significatione nihil aliud est, quàm commensio & adæquatio rei alicujus ad suam regulam. Atqui omnis virtus est talis adæquatio, ergò &c.

Secundò sumitur pro certā specie virtutis, nempe tali, quā inclinatur voluntas ad reddendum cuique jus suum, quo sensu est una ex virtutibus cardinalibus & propria hujus loci.

### §. III.

3 **D**efinitur in *princ. 1. & 2. 10. princ. ff. h. t.* ita: *Justitia est constans & perpetua voluntas Jus suum cuique tribuendi.*

Dicitur 1. *Constans & perpetua.* Idque vel ad differentiam actûs Justitiæ, qui fluxus est, & fugitivus: vel quia est habitus naturā suā permanens & stabilis: vel denique quia Justitia debet velle perpetuam indemnitate Juris alieni.

Dicitur 2. *Voluntas* Non per prædicationem identicam; nam Justitia non est ipsa facultas naturalis seu potentia volitiva: sed per prædicationem causalem, quia est habitus faciens voluntatem firmam & stabilem in proposito justè agendi. Est itaque Justitia voluntas, hoc est, habitus voluntatis; in hoc enim utpotè communi virtutum moralium diversorio Justitia hospitatur.

Dicitur 3. *Jus suum.* Quod est objectum Justitiæ. Nam omnis virtus definitur in ordine ad suum objectum. Justitia verò definitur in ordine ad jus, ergò hoc est objectum Justitiæ.

Verùm in quo sensu jus sit objectum Justitiæ, non malè quæris?

Antequàm tibi respondeam, Præmitto, vocabulum Juris homonymum esse, ac diversimodè significare. nam

Primò significat disciplinam juris seu Jurisprudentiam *l. 1. princ. h. t.* Secundò Jus constitutum seu legem, quo censu in §. *ult. l. h. t.* in naturale, gentium, & civile dividitur. Tertiò sententiam judicis, licèt iniquam. *l. pen. ff. h. t.* Quartò locum, in quo jus redditur. Sic dicimus, reum in jus vocari, obtorto collo in jus rapi &c. *d. l. pen. in f.* Quintò vinculum conjunctionis seu necessitudinis. Ita dicimus, jus agnationis, cognationis, affinitatis. §. *f. l. de legis. agnat. tut. l. ult. h. t.* Sextò potestatem, ut in *l. 2. §. 4. ff. de O. l. rubr. & r. t. l. & ff. de his, qui sui vel alieni juris sunt.* Septimò Statum & conditionem personarum. *t. t. l. de jure personarum.* Octavo titulum, quo quid acquisitum est, ut in *l. 10. ff. si servitus vindicetur.* ibi: *non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est &c.* Nono facultatem agendi vel obtinendi. *princ. l. de act. l. 3. §. 3. in f. ff. de hered. Instit. l. 13. §. 4. ff. de aq. vel amitt. possess.* Decimo Jus significat Jus proprietatis activum, quod à *Patre Christophoro Haunold tr. 2. de F. & F. cap. 1. Controv. 2. §. 6. n. 43.* Sic describitur: Jus proprietatis activum purè tale est facultas naturæ rationalis obtinendi actionem, vel omissionem actionis lege permissam, voluntate verè vel interpretativè suâ obligando in suum proprium commodum, seu ad suum placitum alios ad talem actionem, vel omissionem actionis præstandam, vel non impediendam, seclusâ omni potestate gubernativâ aliorum. Breviùs, est facultas habendi alios obligatos in suum commodum, seclusâ potestate gubernativâ aliorum.

Ex quibus descriptionibus patet, objectum proximum juris activi constituere actionem, vel omissionem actionis, ab alio nobis debitam, hanc enim omnes species juris activi proximè respiciunt, v. g. jus activum, quo me devinctum tenes ad reddendum equum tuum, proximè respicit actionem; videlicèt restitutionem equi tui; jus, quo omnes alios obstrictos tenes, nè te impediunt à persecutione equi tui, proximè respicit omissionem actionis impeditivæ &c. Huc pertinet divisio Juris in jus in re, sive reale, & jus ad rem, seu personale, de quâ divisione infrà ad tit. de Rerum divis. Denique

Undecimò jus significat jus passivum, quod est terminus juris activi, & definitur à *P. Haunold. loco, ut supra,* quòd sit actio vel ommissio actionis ab eo præstanda, qui alteri ex præcilo ejus beneplacito obligatur. His præmissis

¶ 1. Jus in hoc ultimo sensu esse objectum justitiæ, adeoque per jus in definitione Justitiæ intelligi jus passivum. Vel

¶ 2. Per jus intelligi debitum rigorosum: pro cujus intelligentiâ

Notandum, obligationem seu debitum esse duplex, unum morale seu simplicis honestatis, aliud legale, Justitiæ, seu rigorosum. Hoc est, quod si non præstetur à debitore, potest autoritate judicis ab eo exigì, jure debitor com-

pellī ad præstandum, fundaturque in jure activo alterius. Illud est debitum aliarum virtutum, & est fundatum in Lege superioris. tale v. g. debitum respicit misericordia erga proximum, pietas erga parentes, obedientia erga superiores &c. hæc enim si præstare omittas, ad præstationem à judice compelli non potes, neque propterea injustus audies, sed inobediens, impius &c. Confer *Clarissimum D. Doctorem Gletle. p. m. d. s. v. cap. 5. §. 2. n. 15.*

Dicitur 4. *Conque.* Id est, vel communitati à parte, vel parti à communitate, vel parti à parte, pro diversitate specierum Justitiæ.

Dicitur 5. *Tribuendi.* Fit autem hæc tributio agendo, omittendo, vel non impediendo id, ad quod agendum, omittendum, vel non impediendum quis alteri obligatus est in merum commodum & beneplacitum obligantis. Ex d-ctis

9 Colliges, sensum legitimum definitionis nostræ hunc esse: Justitia est habitus seu virtus moralis inclinans ad volendum tribuere cuivis omne id, ad quod jus habet adversus se, ut à se tribuatur, quod sit vel reparando jus, si læsum est; vel conservando seu non lædendo, si adhuc integrum est, adeoque ponendo illam actionem, vel omissionem actionis, ad quam à te ponendam alter jus habet. *Christoph. Hannold ubi supra. §. 1. n. 15.*

## §. IV.

### De Justitiâ Legali.

10 **D**ividitur Justitia generatim sumpta in legalem, distributivam, commutativam, & vindicativam.

Justitia Legalis nomen suum trahit à primario suo actu, nempe legislatione, per quam vel maxime studet promovere & assequi finem suam, qui est bonum commune. Dicitur etiam Universalis seu Generalis, quia aliarum virtutum actus omnes dirigit ad hanc metam. Quò pertinet versus

*Justitia in sese virtutes continet omnes.*

Definitur, quòd sit virtus seu justitia inclinans partes quæ tales ad tribuendum debitum communitati quæ tali.

11 Dicitur 1. *Æquæ.* Sed qualis? an specialis, distincta ab omni alia virtute, an generalis?

Prima sententiâ sustinet, esse virtutem generalem, seu meram complexio- nem aliarum virtutum. Ita civilistæ communiter.

Secunda & verior sententia docet, esse virtutem specialem, distinctam ab aliâ virtute. Ita *Doctor Anglicus. 2. 2. q. 58. art. 6.* quem pleno agmine sequuntur Theologi, quos inter legi *Molinam tom. 1. de Justitiâ & Jure. tr. 1. disp. 1. n. 1. Leonardum Lessium de 1. & 2. lib. 2. cap. 1. dub. 3. n. 11. Layman Theol. Alex. lib. 3. sect. 5. ar. 1. cap. 2. n. 1. Joseph. Gibulinum scient. canonicæ lib. 3. cap.*

2. q. 1. n. 20. & Clarissimum D. P. Paulum Mezger p. m. *Prælectio in Universitatibus hujus meritissimum in Theol. Scholast. tom. 3. nr. 11. disp. 24. nr. 1. §. 2. n. 4.*

Probatur: Illa est virtus specialis, quæ habet objectum & motivum distinctam ab objectis & motivis omnium aliarum virtutum. Atqui tale habet *Justitia legalis*, ergo &c. minor probatur: *Justitia legalis* pro objecto formali habet bonum commune seu totius, vel quod idem est, debitum à partibus quæ talibus communitati quæ tali. Atqui ejusmodi objectum non habet ulla alia virtus, ut patet eunti per singulas, ergo &c.

Obiicies 1. *Justitia legalis* ab Aristot. 1. *Ethic. cap. 1.* vocatur universalia virtus, ergo est virtus generalis. *ꝛ.* Dist. est generalis generalitate prædicationis, quatenus nempe de aliis virtutibus tanquam genus posset prædicari, nego. Est generalis generalitate causalitatis seu imperij, quatenus nempe aliarum virtutum actus imperat, & reflexè dirigit in bonum Republicæ, concedo. *Justitia legalis* omnes virtutes morales sub se quidem comprehendit, non tamen ut animal species animalium, sed sicut sol se habet ad alia corpora, quæ ipsius virtute illuminantur, generantur, conservantur.

Obiic. 2. Nulla est necessitas statuendi, *Justitiam legalem* esse distinctam à conulo reliquarum virtutum, quia ex hoc præcisè, quod homo actiones suas conformet regulis omnium virtutum, observat *Justitiam legalem*. ergo non est distincta virtus. *ꝛ.* Dist. antec. ex hoc præcisè, quod homo actiones suas conformet regulis omnium virtutum, observat *Justitiam legalem*, si conformet ex motivo boni communis, concedo, si conformet ex motivo honestatis, quæ cuilibet virtuti est singularis & propria, nego antec. & consequentiam. Ab actu venereo v. g. abstinere potest homo, vel quia ita postulat bonum commune, vel quia actus talis repugnat castitati. Ex motivo priore si abstineat, observat *Justitiam legalem*. Ex motivo posteriore præcisè si actum talem omittat, satisfacit quidem virtuti castitatis, *Justitiæ legali* non etiam: hæc enim vitia aversatur ex motivo boni communis.

Obiic. 3. Quælibet virtus perficit hominem non solum in ordine ad se, sed etiam in ordine ad communitatem, nam legibus omnium virtutum actiones suas conformans videtur perfectus esse, non solum in ordine ad se, sed etiam in ordine ad communitatem. ergo non est opus speciali virtute, quæ perficiat hominem in ordine ad communitatem. *ꝛ.* Dist. antec. quælibet virtus perficit hominem in ordine ad communitatem, materialiter, sive, in quantum ex perfectione partis resultat perfectio totius, concedo, formaliter, ac per se, nego antec. & consequentiam. Perficitur quidem homo quælibet virtute in ordine ad communitatem materialiter, sed non formaliter, quia dirigere actiones omnes in bonum Republicæ, neglecto bono privato, specialem imbibit difficultatem, ad quam proinde superandam speciali opus est virtutis habitu. Appositè Philo-

Sophus 3. *Politie*. 3. ait, quòd aliud sit, esse virum bonum, & civem bonum, ac sapè contingere, ut sit quis vir bonus, & civis ineptus.

Dicitur 2. *Sen Jusitia*. ubi

- 13 Disputatur, an Justitia legalis sit perfecta, & strictè dicta Justitia? *n.* Negative. Probatur: ubi non habetur perfecta alteritas jurium, ibi non habetur Justitia strictè dicta. Atqui in Justitiâ legali non habetur perfecta alteritas jurium, &c. minor prob. ubi non habetur perfecta alteritas suppositorum, quorum unum vices debitoris, alterum creditoris sustinet. ibi non habetur perfecta alteritas jurium. Atqui in Justitia legali non habetur perfecta alteritas suppositorum, quorum unum vices debitoris, alterum creditoris sustinet, ergo &c. minor rursus prob. Supposita in hâc Justitiâ sunt communitas, & pars communitatis. Atqui inter has non datur perfecta alteritas, quia pars, quâ talis, inadæquatè & secundum quid est ipsa communitas, ergo &c.

Respondent quidem primò *Sanc̄-Gallenses cursus sui Theologici tom. 5. tit. 4. q. 4. concl. 4. pag. mihi 331.* Inter totum & partes illius necessarias non intercedit perfecta alteritas, concedunt. Inter totum & partes liberas, negant. civis autem pars libera est, cum possit pro lubitu fieri civis alterius *Reipublicæ*. Sed contrà est, quòd civis per se loquendo sit pars moraliter necessaria civitatis suæ, eique pacto quodam tacito obligetur, quod pactum, utique civis se solo & in vitâ civitate seu Republicâ non potest dissolvere, ut contra ex naturâ pacti reciproci.

Respondet secundo *Clariff. D. P. Paulus Mezger, p. m. d. art. 1. §. 3. n. 13.* inter partes & totum, quod fictione juris non habetur pro personâ distinctâ, non est vera alteritas, concedit. Inter partes & totum, quod fictione juris habetur pro personâ distinctâ, negat, & dicit, quòd civis ordinatur ut pars ad totum, ita, ut totum fictione juris habeatur pro persona distinctâ. Sed contrà est, quòd obligatio, quam respicit Justitia legalis, fundetur in nexu politico, quo civis tanquam pars jungitur cum Republicâ, tanquam toto politico. ergò civis obligatur communitati, non quatenus fictione juris ab hâc distinguitur, sed quatenus ex ipso ac partibus reliquis confluit tota communitas.

- 14 Ex dictis colligitur, Justitiam legalem, si violetur, per se loquendo, non obligare ad restitutionem. *Gibalin. d. q. 3. n. 23.* confer etiam *Sanc̄-Gallenses cit. concl. 4. quæstionculâ 1. pag. m. 334. & sequenti.*

- 15 Dicitur 3. *Inclinans partes qua tales.* Sunt autem partes communitatis alie principales, alie minus principales. Pars principalis est superior, seu is, qui communitati præest, nam hic sustinet vicem capitis. Partes minus principales sunt reliqua membra, puta, cives, subditi &c. In utrisque residet hæc Justitia: in Principe quidem architectonicè & principaliter, quia hic vel maximè obligatur ad custodiam & promotionem boni communis, dirigendo & jubendo ea, quæ conducunt ad hunc finem. In subditis verò est tantum secundariò & minus

minus principaliter, ministerialiter seu administrativè. vide *Loyseau ubi supra* in f. *Gilolin. d. n. 23. Sacet. Gallenses d. concl. 4. quaestiuicula 2.*

Dicitur 4. *Ad tribuendam debitum.* Pro cujus intellectu observandum est duplex jus in Republicâ: Unum, quod habet Respublica & Superior, quatenus est persona publica, circa quædam bona, quæ communia dicuntur, non quasi singulis de civitate & communitate, seu toti communitati sint dividenda, sed quia sunt bona ipsius communitatis, quatenus hæc unam quandam personam sustinet, & bonis illis utitur in suam felicitatem. Hoc jus est dominium perfectum & strictè dictum, ejusdemque rationis cum dominio privatorum, consequenter pertinet ad Justitiam commutativam, & qui illud læderet, teneretur ad restitutionem. Alterum jus est jus quoddam superioris ordinis, quod habet tum Respublica, tum is, qui ei præest, in bonis omnium civium, non excluso tamen privatorum proprio & strictè dicto dominio, ut illis in commune bonum, quoties necessitas exigit, utiqueat: quod jus etiam in personas, illarum actiones externas, & ipsam quoque vitam civium extenditur, ut possit eam morali periculo, ubi necesse fuerit, exponere. Jus hoc ab auctoribus vocatur jus altum, & dominium eminens, de quo, quid sit, & an sit strictè dictum dominium, commodius differemus in libro 2. *Inst. tit. 1.* Interim sciendum, hoc ipsum esse illud jus, quod respicitur à debito legali, & fundatur in civili connexionione totius cum partibus. Quando igitur pars hoc jus Reipublicæ servat illæsum, dicitur exercere actum Justitiæ legalis, vel, quod idem est, tribuere debitum communitati, quâ tali.

Dicitur 5. *Communitari, quæ tali.* Ubi nota, communitati posse dupliciter quid deberi, vel ut est communitas seu totum quoddam politicum, vel sub ratione aliâ. Ad prioris generis debita præstanda inclinatur Justitia legalis: reliqua verbò debita pertinent ad alias virtutes, puta, obedientiam, pietatem in patriam, Justitiam commutativam &c.

## S. V.

### De Justitiâ Distributivâ.

Justitia Distributiva nomen suum habet ab officio, vel actu, quem frequenter exercet, nempe à distributione bonorum communium communitatis quâ talis, inter partes quâ tales. Dixi: *Quem frequentius exercet*: nam contingit interdum, ut Justitia hæc bona communia inter plures non distribuatur, sed tantum simpliciter quid tribuat, puta, si unus duntaxat in republicâ occurrat dignitate dignus, vel si officium, quod vacat, divisionem respuat: quibus casibus exercetur quidem actus Justitiæ distributivæ, si officium eidem conferatur, nec tamen sit divisio boni communis inter plures, sed simplex tantum tributio unius, vel

pluri-



pluribus vel eandem. hinc Hugo Gratius de jure belli et pacis lib. 1. cap. 1. §. 8. n. 2. Justitiam hanc attributionem dicit.

18 Definitur Justitia distributiva, quod sit Justitia inclinans communitatem quæ talem, adtribuendum debitum parti quæ tali.

19 Dicitur 1. *Justitia*. Sed

An strictè dicta? *1. Cum Alaroffio De P. Beneditto Partschaber p. m. in opusculo de jure communi & in specie append. 2. quest. unicâ. arr. 2. §. 2. in fine & D. Doctore Gletke p. m. d. cap. 5. §. 6. n. 3. negativè. Probatur eodem argumento, quo supra n. 13. contendimus, Justitiam legalem non esse Justitiam strictè dictam, quia nempe deficit perfecta alteritas inter obligatum & obligantem, communitas enim quæ talis (quæ est debitor) non est perfecte distincta à sua parte (quæ est creditor) unde colligitur, Justitiam distributivam per se non obligare ad restitutionem, si violetur. *Hannold. d. cap. 1. contr. 6. n. 92. Lessius d. lib. 2. cap. 1. dubit. 4. in fine. Rationem assignat Gibalin. d. q. 3. n. 24. & duobus seqq.* quia videlicet per violationem Justitiæ distributiivæ non violatur justitiam alterius, sicut nec per violationem obedientiæ, charitatis, pietatis, &c. nec quisquam privatur re suâ, cum bonum commune non sit verè bonum singulorum, non proprium, sed appropriandum, adæoque qui illud accipit, non accipit, quod verè, sed tantum quod quodammodò suum est.*

20 Dicitur 2. *Inclinans communitatem quæ talem.* nam Justitia distributiva Principaliter residet in communitate vel capite communitatis representante ipsam communitatem. Ratio est, quia distributio debet fieri ab eo, cujus sunt bona, quæ distribuuntur. Arqui bona, quæ distribuuntur ex Justitiâ distributiivâ, sunt bona communitatis, ergo &c. *Hannold. d. contr. 6. n. 102.*

Dicitur 3. *Ad tribuendum debitum.* pro quo intelligendò

21 Notandum 1. Communitatem posse dupliciter quid debere. Primò ut sit communitas seu totum quoddam politicum, potest aliquid debere parti suæ quæ tali. Secundò potest aliquid debere, sicut quilibet alius extraneus. Primi generis debitum pertinet ad Justitiam distributivam, reliqua ad aliam virtutem.

22 Notandum 2. Debitum, ad quod inclinat Justitia distributiva, esse præmia, honores, officia tum Ecclesiastica, tum civilia, aliæque bona communia communitatis quæ talis.

23 Notandum 3. Debitum hoc fundari in jure, quod habet pars quæ talis ad bona communitatis quæ talis. Jus autem hoc nihil aliud est, quam specialis dignitas ad bona communia, quæ habet pars titulo connexi cum suo toto.

24 Dicitur 4. *Parti quæ tali.* Unde quando officium aliquod confertur extraneo à communitate vel superiore ejus, non exercetur Justitia distributiva erga illud extraneum, sed vel liberalitas, vel munificentia, vel gratitudo; ratio patet ex dictis, quia Justitia distributiva non respicit solam dignitatem personæ, sive

dignitas non est adæquatè jus illud, quod attenditur ab hæc Justitiâ, sed respicere dignitatem personæ, ut hæc est pars communitatis quæ talis. *Hannold. d. l. n. 108.*

## §. VI.

## De Justitiâ Commutativâ.

**J**ustitia commutativa sic dicta est à commutando, quia officium ejus est regere & corrigere commutationes hominum.

Definitur Justitia commutativa, quòd sit Justitia inclinans privatum vel 26 quasi, ad tribuendum debitum privato, vel quasi.

Dicitur 1. *Justitia*. Intellige propriissimè & strictè dicta. Ratio est primò, quia respicit debitum strictè dictum, fundatum in Jure rigoroso alterius reali vel personali. Secundò quia intercedit inter personas perfectè alteras, nempe inter privatos vel extraneos, quos inter nulla est habitudo seu comparatio partis ad totum, adeoque nulla identitas moralis. Quòd si aliquando exerceatur inter communitatem & partem, vel etiam inter ipsas communitates, tunc hæc habentur pro privatis. Tertò quia hæc intendit ponere æqualitatem rei cum rei, quantitatis cum quantitate, sicque obtinet omnes conditiones requisitas ad conceptum Justitiæ strictè dictæ. Ex quo porro illud fluit, Justitiam commutativam solam, si violetur, obligare ad restitutionem. Ita magno consensu omnes tum Theologi, tum Juristæ.

Dicitur 2. *Inclinans privatum vel quasi*. Ubi per privatum intello per personam particularem acceptam sine ordine ad communitatem aliquam. Per quasi privatum verò Rempublicam vel communitatem, quæ exercendo actum Justitiæ commutativæ habetur loco privati, veluti si Respublica Veneta contractum mutui aut venditionis cum aliâ Republicâ celebraret. vide *Sanct-Galenses d. tr. 4. q. 5. concl. 3. p. m. 343.*

Dicitur 3. *Ad tribuendum debitum*. Puta, rigorosum & strictè dictum.

Dicitur 4. *Privato vel quasi*. Quæ particulæ satis intelliguntur ex antè dictis. Cæterum cum hæc definitione coincidit illa, quam §. 3. *hujus partis* ex Imperatore & JCro attulimus, ac ibidem latius exposuimus. Ex dictis

Colliges, Justitiam distributivam & commutativam variè inter se differre, 27 & quidem primò quoad subjectum. nam Justitiâ distributiva residet in superiore præsidente bonis communibus. Commutativa verò subjicitur in privatis vel quasi. Secundò quoad objectum, nam distributiva versatur circà distributiones bonorum communium communitatis quæ talis. Commutativa verò circà contractus, commercia, negotiationes humanas. Tertio quoad formam intrinsicam. nam distributiva respicit jus & debitum minùs strictum inter communitatem, & partes ejus quæ tales. Commutativa verò respicit jus debitumque strictè dictum inter privatos vel quasi. Ex quo sequitur, Justitiam commutativam & distributivam essentialiter inter se distingui. *Sanct-Galenses d. concl. 3. in f. pag. n. 347.*

28 **Quarto** quoad formam extrinsecam, seu modum, quotuntur hæ virtutes in functionibus suis. nam distributiva, per se loquendo, intendit proportionem geometricam, seu æqualitatem proportionum, ut scilicet eadem sit proportio inter res distribuendas, quæ est inter dignitates personarum, quibus fit distributio. Proportio hæc semper consistit in 4. terminis, conferendo duorum aut plurium merita cum muneribus distribuendis, v. g. sicut se habent 2. ad 4. ita se habent 4. ad 8. *Harp. ad princ. I. h. t. n. 25.* Hinc si v. g. merita Sempronii in Republicâ se haberent ad merita Caij, ut 4. ad 8. deberet etiam Cajus cum simili excessu in distributione boni communis accipere, & si inter eos præmii nomine distribuenda essent 300. deberet Sempronius accipere 100. Cajus 200. quia sicut se habent 100. 4. ad 8. ita se habent ad 200. Econtrâ Justitia commutativa, per se loquendo, servat proportionem arithmeticam, seu æqualitatem rei ad rem, ut nampè tantum tribuatur, quantum debetur, si emi equum & accepi æstimatum 20. florenis, 20. debeo solvere: qui 30. furatus est, 30. debet restituere. confer. *Harp. d. loc. n. 18.*

Dixi, per se loquendo. Quandoque enim per accidens contingit, ut etiam Justitia commutativa videatur proportionem geometricam attendere, si v. g. Debitor ad æqualitatem arithmeticam omnibus creditoribus non sit solvendo, quo casu tenetur proportionaliter secundum proportionem jurium creditorum id, quod habet, dividere. *Sant-Gallenses d. concl. 3. pag. m. 345.* Aliud exemplum debiti ex Justitiâ commutativâ, in quo effigies quædam proportionis geometricæ cernitur, proponunt *Molina d. tr. I. diff. 12. n. 4. & Joan. Fredericus Rhetius ad Inst. dissert. 2. positione 5.* quos coniule. Ex dictis aliud adhuc nascitur discrimen, nimirum quod Justitia distributiva debeat attendere ad conditionem, dignitatem, & meritum personæ, sitnè doctus vel indoctus, nobilis vel ignobilis, aptus vel ineptus, cui vult conferte aliquod officium. nam jus distributivum crescit, vel decrescit juxta quantitatem, quâ crescunt, vel decrescunt merita personarum. Commutativa verò simpliciter intendit ponere æqualitatem rei cum re, quantitatis cum quantitate, non habendo respectum ad conditiones personarum, neque illarum excessus inter se comparando, sed tantum quantitatem rei dandæ & acceptæ. *Lessius d. debit. 4. n. 21.*

## §. VII.

### De Justitiâ Vindicativâ.

29 **R**estat Justitia vindicativa, quæ, esto ad diversi generis virtutes trahi possit, v. g. ad Justitiam legalem, quatenus per eam principaliter intenditur bonum commune. Ad charitatem proximi, quatenus proximè intenditur emendatio delinquentis. Ad Justitiam commutativam, quatenus is, qui meto imperio armatus est, vi officii tenetur pœnam condignam criminibus decernere &c.

*Molina*

*Abina dicit. diff. 12. n. 12.* Est tamen virtus specialis distincta, ab omnibus aliis 30 virtutibus. *Sanct. Gallenses d. concl. 3. p. m. 348.*

Probatur: Illa est virtus specialis, quæ habet objectum speciale distinctum ab objectis omnium aliarum virtutum. Atqui tale objectum habet Justitia vindicativa, nimirum punitionem delicti poenâ aliquâ proportionata, ergo &c.

Describi potest Justitia vindicativa, quod sit Justitia inclinans superiorem 31 ad puniendam delicta poenâ proportionatâ.

Dicitur 1. *Justitia.* Non tamen propriè & strictè dicta. *Clarissimus D. 32 P. Paulus Mezger, p. m. d. diff. 24. art. 2. §. 2. n. 6.* Probatur: Justitia propriè dicta respicit jus ex unâ parte, & debitum ex alterâ. Atqui Justitia vindicativa, ut est virtus specialis, hoc non respicit, ergo &c. minor prob. Justitia vindicativa, ut est virtus specialis, respicit solum delinquentem. Sed delinquens utique non potest dici habere jus ad poenam, tanquam sibi debitam, cum potius habeat aversionem & necessitatem, illam subeundi, ergo &c.

Dicitur 2. *Inclinans superiorem.* Justitia vindicativa enim propriè residet in superiore habente summam rerum, vel cui is hanc potestatem (quam in usu juris nostri vocamus merum Impetium) concessit.

Dicitur 3. *Ad puniendam delicta poenâ proportionatâ.* Hoc enim hujus vir- 33 tutis officium est, ponere debitam æqualitatem & justam proportionem inter culpam & poenam. Censetur autem illa poena culpæ proportionata, quæ est sufficiens ad deterrendos homines ab ejusmodi delicto *arg. l. 16. §. f. ff. de penis.* undè si crescant delicta, crescit & poena, prout patet in furto, cujus poena hodie ex constitutione criminali Caroli V. est poena laquei, de cujus Justitiâ & Legitimitate vide *Molin. Carpz. Ungepaar apud Clarissimum Dominum Doctorem Braun p. m. de Imperio mere & mixto cap. 1. §. IV. n. 13.*

## TITULUS II.

### De Jure Naturali, Gentium, & Civili.

**F**inem, de quo hætenus, ordine excipiunt media, quibus Jurisprudentia nostra utitur ad obtinendum finem suum, & introducendam Justitiam in objectum suum. Media illa sunt jura, eorumque applicatio ad actiones hominum civiles. agendum itaque de jure, quod hic accipimus pro jure constituto seu lege, in qua acceptione.

Multifariam definitur. *Suarez lib. 1. de ll. cap. 12 n. ult.* sic definit: Lex est commune præceptum, justum ac stabile, sufficienter promulgatum. *Hugo Grosius de jure belli & pacis lib. 1. cap. 1. §. 9.* ita: Lex est regula actuum moralium, obligans ad id, quod rectum est. *Amadens Eckholt. ff. de F. & F. §. 16.* ita: Lex est ordinatio seu præceptum superioris, jubens, quæ faciendæ sunt, & prohibens contraria. quæ definitiones, etsi verbis inter se discrepent, re tamen ipsa videntur convenire.

Dividitur lex divisione immediatâ in naturalem & positivam, circâ legem naturalem ( à qua meritò initium ducimus, cum omnium reliquarum legum matrix sit & origo ) sequentia placet expendere. primò, an detur talis lex? 2. quid sit? 3. quocuplex? 4. quæ ejus causæ, effectus, proprietates? sit igitur

P A R S I.  
De Jure Naturæ.  
S U M M A R I A.

1. Datur jus natura, demonstratur. 2. Desinitur. 3. Dividitur in creatum & increatum: affirmativum & negativum. 4. Causa efficiens juris naturalis est Deus. 5. Subjectum hujus juris est omnis & solus homo. 6. Bruta non dirigitur jure natura. 7. Solvuntur dua objectiones. 8. Objectum juris hujus sunt ea, qua continent intrinsicam honestatem vel malitiam. 9. Non tantum univversalissima principia practica, sed etiam conclusiones, proximè vel remotè, evidenter tamen ex iisdem deducta pertinent ad jus natura. 10. Omnia precepta decalogi pertinent ad jus natura; excipitur circumstantia sabbati. 11. Ostenditur, quomodo jus natura differat à jure positivo. 12. Jus natura promulgatur per adventum usus rationis. 13. Adstruitur finis juris naturalis. 14. Jus naturale obligat in conscientia. 15. Non tamen solum. 16. Prima proprietas juris naturalis est univversalitas quoad obligationem. 17. Secunda, quod omnibus ita sit notum, ut non possit invincibiliter ignorari. ubi tamen principia univversalissima secernenda à minus univversalibus. 18. Tertia, quod ex diversitate locorum, temporum, aut statuum variationem non recipiat. 19. Quarta, quod mutationem non ferat. ubi tamen secernitur jus naturale proprium ab improprio. 20. Materia legis naturalis quandoque substat potestati hominum, quandoque verò pendet à supremo dominio solius Dei. 21. Explicatur directa & indirecta legis mutatio. 22. Jus natura non potest mutari mutatione directâ. 23. Respondetur ad contraria. 24. Potest jus natura mutari mutatione indirectâ. 25. Et quidem, si respiciat materiam subjectam potestati humana, ab homine. 26. Si subjectam solius Dei dominio, à solo Deo. 27. Quodsi verò attingat materiam nec à supremo Dei dominio, nec à potestate humana dependentem, tunc omnem planè mutationem respuit. 28. Adornatur triplex ordo preceptorum naturalium. 29. Quando jure natura aliquid certum est, jure positivo verò dubium, standum est juri natura certo. 30. Quando casus emergit, qui ex jure positivo decidi nequit, recurrendum est ad jus natura. 31. Lix orta inter eos, quorum vel uterque, vel unus saltem superiorem non agnoscit, definienda est legibus natura, si deficiat jus gentium.

## §. I.

**D**ari Jus aliquod naturale, hoc est, ipsi naturæ insitum, non humanâ quâdam autoritate latum, concors est omnium Theologorum, Juristarum, & Philosophorum sententia. Probatur 1. ex Epistola D. Pauli ad Rom. c. 2. vers. 14. & sequenti. ibi: *cum enim gentes, quæ legem non habent, naturaliter ea, quæ legis sunt faciunt, ejusmodi legem non habentes, ipsi sibi sunt lex: qui ostendunt opus legis scripturæ in cordibus suis, testimonium reddente illis conscientia ipsorum &c.* prob. 2. ratione: suppositâ creatione creaturæ rationalis connaturale & necessarium fuit, ut creatura illa subdatur alicui superiori, à quo per Imperium seu legem regatur, atqui hæc lex dicitur jus naturale, ergò datur jus naturale. maj. pr. creatura intellectualis eo ipso, quòd creatura est, superiorem habet, cujus providentiæ & ordini subjaceat: & quia intellectualis est, capax est gubernationis moralis, quæ fit per imperium. ergò connaturale & necessarium fuit, ut talis creatura subdatur alicui superiori, à quo per imperium seu legem regatur.

## §. II.

**J**us seu lex naturalis commodè definiiri potest hoc modo: est congenitum rectæ rationis dictamen, jubens ea, quæ naturæ nostræ consentanea sunt, & prohibens contraria.

## §. III.

**D**ividitur jus naturæ primò in creatum & increatum. Jus naturæ increatum est ipsa lex æterna in Deo, de qua latè Suarez lib. 1. de D. cap. 1. & tribus seqq. Jus naturæ creatum est, quod cuilibet creaturæ rationali quâ tali implantatum est. Differt à naturali increato seu lege æternâ, sicut promulgatio legis à lege existente in mente legislatoris, nam lex naturæ creata nihil aliud est, quàm participatio quædam seu transcriptio & promulgatio legis æternæ in natura rationali: adeoque non sunt duæ distinctæ leges, sed est una tantum, quàm usitato Doctorum more in duas dispescimus, æternam scilicet in Deo, naturalem autem in nobis concipientes. Gibal in lib. 3. scien. canon. cap. 3. q. 1. n. 10.

Secundò dividitur jus naturæ in affirmativum & negativum. affirmativum seu præceptivum est, quod præcipit ea, quæ intrinsecè & essentialiter bona sunt, ut colere Deum, parentes honore prosequi, solvere debita, servare fidem &c. negativum seu prohibitivum est, quod vetat ea, quæ intrinsecè & essentialiter turpia sunt, uti blasphemare, mentiri, fornicari, & similia.

Differunt hæc jura in eo, quòd præcepta affirmativa obligent quidem semper, sed non ad semper. v. g. ad eximium cultum Deo exhibendum semper obligor, neque ullo vitæ momento deobligor ab hoc puncto, non tamen

obligor ad semper, sive, ut omni loco & tempore sine intermissione cultum Deo exhibeam.

Econtra præcepta negativa obligant semper, & ad semper. sic v. g. semper obligor omittere fornicationem, neque est locus aut tempus, vel eventus aliquis habilis, quo liceat fornicari.

Dices: in extrema necessitate licet furari. ergo etiam in extrema vitæ necessitate licet fornicari. *æ. neg. consequentiam & paritatem.* disparitas est, quod in extrema necessitate constituto redeat primæva rerum communio, quæ consensu hominum dissoluta est cum hoc implicito pacto, ut, si pars aliqua humani generis deinceps in extremam necessitatem incideret, tali res jam propriæ iterum fierent communes. econtra mulierum communio cum nunquam fuerit, haud potest redire, adeoque nec in extrema necessitate licebit fornicari.

Tertiò dividi solet jus naturæ in primævum & secundarium. Primævum vocant, quod natura omnia animalia docuit, sive quod homini cum reliquis animalibus commune est: quo refertur liberorum procreatio, educatio, sui suorumque defensio. Secundarium appellant, quod proprium est soli homini, quatenus rationalis est, quod pertinet religio erga Deum, amor erga Parentes &c. Divisionem hanc non toleramus, quia supponit, jus naturæ etiam propriè in bruta cadere, quem errorem in §. 7. profligabimus.

#### §. IV.

4 **C**Ausa efficiens juris naturalis est natura naturans, scilicet Deus, qui jus hoc mentibus nostris insculpsit §. *pen. J. b. t. sed naturalis quidem jura diviniã quãdam providentiã constituta &c. Suarez d. lib. 2. cap. 6. n. 2.*

#### §. V.

5 **S**ubjectum juris naturalis est omnis & solus homo. Dicitur 1. *omnis*: intellige, sine discrimine sexus, ætatis, statûs, conditionis: adeoque sive mas sit, sive femina, pubes, vel impubes, servus, vel liber, Rex, vel subditus, fidelis vel infidelis. ratio est, quia cum lex naturæ nil aliud sit, quam congenitum rationis nostræ dictamen, necesse est, ut, ubi ratio naturalis, ibi etiam lex naturæ sit. atqui ratio naturalis est in omni homine, hoc ipso, quia homo est, ergo &c. *Gibalin. d. q. 1. n. 13.*

6 Dicitur 2. *& solus homo* ubi disputari potest, an ergo jus naturale duntaxat cadat in hominem, an verò etiam in brutum?

Prima sententia vult, in bruta cadere, & quidem propriè. ita *Ungewan exercit. Jusf. 2. q. 1.* cum pluribus ibi allegatis. Secunda sententia negat, jus naturæ in bruta cadere. ita *Suarez lib. 1. de h. cap. 3. n. 8. Clariff. D. Doctor Glasle y. m. in Jurisprudens. fund. lib. 1. tit. 2. cap. 2. §. 1. n. 1. & alii*, cum quibus.

Probatur: ad hoc, ut natura aliqua possit dici capax veri & propriè dicti juris, debes etiam capax esse rationis, libertatis, obligationis, pœnæ, *ratiõis*

idèd,

idèd, ut possit discernere inter bonum & malum, æquum & iniquum. *libertatis*, nam si hæc careat, nil poterit ei imperari vel prohiberi. *obligationis*, quia hæc est effectus formalis & intrinsecus omnis legis. *pœna*, si enim puniri nequeat, nequit lex contrà prævaricatores suos obtinere intentum finem. atqui neque rationis, neque libertatis, neque obligationis, neque pœnæ bruta sunt capacia, ut per se patet, ergò neque juris. Confirmatur; in bruta non cadit injuria l. 1. §. 3. ff. si quadrupes pauperiem cre. l. 5. §. 2. ff. ad leg. aquil. ergò neque jus; contrariorum enim eadem est ratio.

Obijcies 1. *Authoritatem Imperatoris in princ. J. b. c. & Ulpiani in l. 1. §. 7. ff. de J. & J. ubi habent: jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam jus istud non humani generis proprium: sed omnium animalium &c. & paulò post videmus etenim cætera quoque animalia istius juris peritiam censeri.*

ꝛ. 1. Jus naturale in his textibus non accipi formaliter & in ratione juris seu legis, sed tantum materialiter, nimirum quoad opera, quæ sub jus istud cadunt, ut sensus sit, esse quosdam actus cadentes sub jus naturæ, qui tamen non sunt proprii solis hominibus, sed brutis quoque communes, ut sunt maris & sæminæ conjunctio, liberorum procreatio, educatio &c. verum indè non statim sequitur, actus istos, quando exercentur à brutis, procedere quoque ex ratione juris naturalis, sicut fit, quando debito modo exercentur ab hominibus. quippe à communitate actus cadentis sub jus aliquod, non benè infertur ad communitatem ipsius juris. ꝛ. 2. Imperatorem & JCtum in citatis locis crassâ Minervâ usos esse, & jus naturæ accepisse pro internis motibus, pro instinctu naturali, seu propensionibus animæ sensitivæ. quæ responsio colligitur partim ex subjectis exemplis, partim ex voce *censeri*, quæ quandam improprietatem importat.

Obijc. 2. Bruta sunt capacia pœnæ, ergò etiam juris: pœna enim præsupponit culpam, culpa jus. antecedens probatur per sacros textus, qui habentur *genef. 9. vers. 5. levis. 20. vers. 15. & seqq. exod. 21. vers. 28. & seq. ꝛ.* Idèd in illis & similibus eventis bestias quoque trahi in supplicium, ne vel occursum suo refricent hominibus infandi sceleris memoriam *can. 4. 15. q. 1.* vel ut peccandi tollatur occasio; vel in damnum & pœnam negligentis custodiæ, vel nè ulterius nocere possint. *Brann de Imper. mor. & mixto cap. 1. §. 6. n. 17.* non autem quasi propriè deliquissent, bruta enim neque juris, neque injuriæ; sive activæ, sive passivæ capacia sunt, consequenter neque pœnæ strictè dictæ, sed tantum sensu laxiori, quatenus pœna significat quamcunque afflictionem & incommodum corporis. *Gibalin. lib. 4. scient. Canon. cap. 7. q. 1. n. 2.*

## §. VI.

**O**bjectum juris naturalis affirmativi sunt ea, quæ intrinsecè & essentialiter sunt honesta, vel, quod idem est, quæ sunt consentanea naturæ rationali, quatenus talis est: omnis enim honestas desumitur à convenientia cum natura



rationali. sicut è converso omnis turpitudine à disconvenientia cum ea. vide omnino *Clariff. D. Doct. Glesæ p. m. d. cap. 2. §. 3. n. 6. & seqq.* ubi ex *Haunoldo & Card. Pallavicino* optimas tradit regulas, cognoscendi, an hoc vel illud objectum conveniat, vel non conveniat creaturæ rationali quâ tali. Econtrâ objectum juris naturalis negativi sunt ea, quæ intrinsicè & essentialiter turpia seu dissimulata sunt rectæ rationi. atque in hoc differt jus naturæ ab aliis legibus divinis & humanis, quòd hæc faciant esse malum, quod prohibent, & bonum, quod præcipiunt. at verò jus naturæ supponit in objecto suo honestatem, quam præcipit, & malitiam, quam vetat; undè dicimus, quæ jure hoc prohibentur, non sunt idèò mala, quia prohibentur, sed idèò prohibentur, quia mala sunt; & quæ hoc jure jubentur, non sunt idèò honesta, quia jubentur, sed idèò jubentur, quia bona & honesta sunt. Contrario modo discurrendum est de illis, præcipiuntur quæ vel vetantur jure positivo. ex his

9 Sequitur 1. prima & universalissima principia practica, qualia sunt, bonum est faciendum, malum fugiendum, quod tibi non vis fieri, alteri nè feceris; indubitatè pertinere ad jus naturæ.

Sequitur 2. principia magis determinata & particularia, per se tamen, & ex terminis nota, qualia sunt, Deus est colendus, suum cuique tribuendum, alius non lædendus; cadere sub jus naturæ. ratio hujus illationis constabit ex dicendis.

Sequitur 3. conclusiones, quæ remotiùs, evidentè tamen ex principiis naturalibus derivantur, quarum aliquæ faciliùs & à pluribus cognoscuntur, ut adulterium, furtum &c. esse vitanda; aliæ verò non nisi per discursum operiosorem, & sic non ita multis innotescunt, ut fornicationem simplicem esse intrinsicè malam, usuras lucratorias injustas &c. omnes, inquam, conclusiones hæc pertinere pariter ad jus naturæ. *Suarez lib. 2. n. de cap. 7. n. 5.* ubi hæc n. 7. ita probat: conclusio per se continetur in principio suo, ergò quod unum prohibet, etiam alterum prohibeat, necessè est, sicut in speculativis, qui assentitur alicui principio, necessariò etiam assentitur conclusioni, quam evidentè cognoscit, inibi contineri, aut ex illo deduci.

10 Sequitur 4. præcepta decalogi & quidem utriusque tabulæ pertinere ad jus naturæ. ratio est, quia evidentè deducuntur ex principiis naturalibus practicis, indèque per modum conclusionum demonstrantur, ut per se patet. Excipitur circumstantia sabbati, quæ est juris positivi, & quidem divini cæremonialis, nam licèt cultus Dei sit de præcepto juris naturæ; ut tamen hoc vel illo die fiat, non est determinatum hoc jure, sed est, ut dictum, à lege positiva divina. *Gibalin. scient. can. lib. 3. cap. 3. consuet. 3.*

## §. VII.

11 **F**orma juris naturalis duplex est, intrinseca & extrinseca. intrinseca consistit in differentia specifica, quâ secernitur à jure positivo. Secernitur autem primò

primò in hoc, quòd jus naturæ solum Deum habeat auctorem, jus verò positivum vel Deum vel hominem. 2. Quòd subjectum juris naturalis sit natura rationalis, quæ talis; positivi eadem quidem natura, sed quæ civilis aut politica. 3. quòd objectum juris naturalis sint ea, quæ essentialiter honesta vel turpia sunt; econtrà objectum juris positivi constituunt ea, quæ per se sunt indifferentia, neque naturâ bona, neque naturâ mala, sed primùm bona vel mala fiunt per præceptum aut prohibitionem superioris. 4. Quòd jus naturæ consistat in dictamine rectæ rationis, præcipientis ea, quæ sunt consentanea naturæ humanæ, quatenus talis seu rationalis est, & prohibentis contrarium; econtrà jus positivum consistit in libera voluntate superioris, præcipientis ea, quæ sunt consentanea naturæ humanæ, quatenus civilis vel politica est, & prohibentis contrarium. 5. Quòd jus naturæ intendat bonum hominis; quæ talis; jus verò positivum intendit bonum hominis, quatenus civis, seu quatenus pars est societatis civilis. 6. Quòd omnis lex naturæ obliget in conscientia; non autem omnis lex positiva.

Forma extrinseca juris naturalis consistit in ejusdem promulgatione. Pro-  
mulgatur autem per adventum usûs rationis: quamvis enim lex hæc nascatur homini, & unacum ratione ei adveniat, antea tamen non exerit obligationem suam, quàm post adventum usûs rationis, qui pro diversâ humorum & organorum dispositione nunc tardius, nunc maturius illucescit. Confer *Gibalin. scient. can. lib. 8. cap. 2. q. 3. n. 7. circa finem.*

## §. VIII.

**F**inis juris naturalis duplex est, proximus, & remotus. Finis proximus, im-  
mediatus, & intrinsecus juris naturæ est bonum naturæ rationalis. bonum autem hoc nihil aliud est, quàm id, quod est conveniens naturæ rationali, quæ tali. verbo, honestum, seu honestas actionis. Finis remotus, ultimus, & extrinsecus juris naturalis est felicitas naturæ rationalis, quæ ultimè completur per fruitionem ac possessionem summi boni, quod est DEUS. *Gibalin. lib. 3. cap. 4. q. 2. n. 6. & seqq.*

## §. IX.

**E**fectus juris naturalis est obligatio ad facienda ea, quæ honesta sunt: & vitanda turpia. verùm hic

Quæritur 1. an lex naturalis obliget in conscientia? *¶* affirmativè est de fide, & colligitur ex illo Pauli *ad Rom. 2. vers. 15.* quem textum supra §. 1. n. 1. recitavimus. ratio est, quia lex æterna obligat homines in conscientia. atqui, ut diximus, lex naturalis nihil aliud est, quàm lex æterna transcripta in cordibus hominum, ergo &c. Confer. *Gibalin. d. cap. 4. q. 1. n. 2. Suarez d. lib. 2. cap. 9.*

Quæritur 2. An sola lex naturæ obliget in conscientia? *¶* Quòd non. *¶* quia etiam lex positiva potest hoc modo obligare, ex dicendis suo loco, & sæpe

ita obligat, ut patet exemplo legis obligantis ad jejunium Ecclesiasticum, ad auditionem missæ die festo &c. adeoque obligatio in conscientia non potest dici effectus proximus & immediatus solius legis naturalis, quia interdum quoque provenit à lege positiva: potest tamen dici effectus mediatu ac remotus legis naturalis, quatenus nempe lex naturæ dicat, omnem legem positivam justam servandam esse. *Gibalin. d. q. 1. n. 5. latè Suarez d. cap. 9. n. 8. & seq.*

## §. X.

**E**Xpositâ hætenus quidditate & naturâ legis naturalis, prodeunt ejus proprietates, quarum

16 Prima est universalitas quoad obligationem. Jus enim hoc obligat omnes homines post adeptum rationis usum, sine discrimine sexûs, statûs, conditionis &c. nempe mares & fæminas, Reges & Principes, fideles & infideles, Germanos & Gallos &c. confer, quæ suprà de subjecto diximus.

17 Secunda est universalitas quoad scientiam. nam cum lex hæc nihil aliud sit, quàm congenitum rationis dictamen de faciendis honestis, ac vitandis turpibus; ratio autem insit omni homini, hoc ipso, quia homo est, necesse est, eam quoque ab hominibus sciri ac cognosci, nec posse à quoquam ignorari simpliciter, & secundum omnia principia.

An ergo saltem ex parte & quoad aliqua principia invincibiliter ignorari potest? *¶* breviter cum *Suarez d. lib. 2. cap. 8. n. 7.* prima & universalissima principia practica, qualia sunt, bonum amore, malum odio dignum est, non posse ab ullo hominum inculpabiliter ignorari. particularia verò, quæ vel per se nota sunt, vel facillimè ex per se notis deducuntur, ignorari quidem posse, sed non sine culpa, saltem ad longum tempus; quia vix fieri potest, quin conscientia in illorum actibus aliquando pulset animum, & vel mordeat, si malè egeris, vel beet ac tranquillet, si honestè. Tandem præcepta illa, quæ indigent operoso discursu ac pertinaci labore, possunt invincibiliter, seu, quod idem est, inculpabiliter etiam ad longum tempus, ac fortè per totam vitam ab hominibus, præsertim rudioribus, ignorari. vide omninò *Clarissimum D. P. Ludovicum Babenstuber in regula morum cap. 2. art. 1. §. 3.* ubi per totum de invincibili juris naturalis ignorantia solidè, ut solet, discurret.

18 3. Proprietas est uniformitas seu identitas hujus juris, quia jus hoc idem est ubique: Romæ & Ephesi, in Anglia & Gallia, Polonia, & Suecia &c. idem in omni tempore, veteris ac novi testamenti. idem denique in omni statu, naturæ puræ, integræ, lapsæ, & reparatæ &c. *Suarez d. cap. 8. n. 8. & 9.*

19 4. Proprietas est immutabilitas, quam, quia valde celebris est, paulò latius expendemur.

Quæritur igitur, an, & quo sensu lex naturæ sit immutabilis? nè incautè respondeam,

**Praemitto 1.** Jus naturale duplex esse, unum propriè & strictè dictum, alterum improprium & latius sumptum. huc pertinet, quidquid naturali rationi valde congruum est, esto ab illa non praescribatur. hoc sensu tutelam in §. 6. *Inst. de Artil. iur.* ad jus naturale reduci videas, & ego in materia successione ab intestato *parte 1. n. 8* successione ab intestato illuc reduxi. Econtrà proprium jus natura est, quod praecipit, dicitur, quid faciendum, vel omittendum sit. de hoc posteriore procedit quaestio, an sit mutabile, nec ne? nam de priorè satis constat, per legem humanam mutari posse.

**Praemitto 2.** Materiam legis naturalis (loquor de propriè & strictè dicta) 21  
 diversam esse: quaedam enim pendet ab humano consensu & arbitrio, ut pacta, contractus, vota, juramenta &c. quaedam verò est independens ab omni humano consensu, ut praecipuum cultus & amoris divini, pietas in parentes, & fere omnia praecipua negativa, ut non occidendi, non furandi &c. atque haec iterum, vel dependet saltem ex supremo DEI dominio, ut est caedes hominis, cujus vita pendet à dominio DEI, potentis illam, ubi & quibus modis voluerit, auferre. Quaedam verò ab hoc dominio omninò independens est, ut idololatria, odium DEI, blasphemia, mendacium, perjurium &c.

**Praemitto 3.** duplicem mutationem posse hic considerari, unam propriam, seu directam, alteram impropriam seu indirectam. Propria mutatio fit, quando per solam extrinsecam voluntatem legislatoris, vel ejus, qui aequalem potestatem habet, lex abrogatur. aut, licet eadem lex, ejusque obligatio perseveret, eximitur aliquis à superiore, ex cujus venia facit aliquid licitè contra legem, quod scilicet illa venia esset praevicatio seu violatio legis: itam quando lex emendatur pro aliquo casu ex quadam aequitate, quae postulat, ne lex in illis circumstantiis obliget; quemque casum legislator nunquam suà lege reverà voluit comprehensum; imò si illum casum advertisset, eum excepisset: denique quando non usu & contrariis moribus lex obliteratur vel antiquatur, in his omnibus casibus lex propriè, & directè mutatur, mutatione cadente in ipsam legem, & non in aliquid aliud, ex quo postea sequatur mutatio legis.

Impropria seu indirecta mutatio contingit, quando mutatur materia seu objectum legis primò ac per se, quà mutatione facta desinit pertinere ad legem, quod antea ad illam pertinebat, subtrahiturque obligationi ejus: tali igitur casu, non mutatur, lex ipsa in se, sed duntaxat, objectum ejus: cum enim lex non imperet vel prohibeat illud objectum, sed aliud, quod prius positum est, non potest dici, mutato objecto mutari legem, nisi valde improprie; illa enim semper urget, quoties ponitur idem objectum imperatum, vel prohibitum. his praemissis loquor in resolutione praesentis quaestionis *Franciscum Suarez lib. 2. de ll. cap. 13. 14. §. 5. & 16. Josephum Gibalin. lib. 3. scient. can. cap. 3. q. 3. Hug. Grotium de Jure belli & pacis. lib. 1. cap. 1. n. 5. & 6.* cum quibus

22 Respondeo 1. Legem naturæ esse prorsus immutabilem, seu non posse mutari mutatione verâ, propriâ, & directâ, quæ sit per desitionem, abrogationem, dispensationem, vel emendationem seu epickiam. Probatur. 1. per textus in §. 11. *Instit. h. t. & cap. ult. de consuetudine.* in quorum priore ita Imperator: *sed naturalia quidem jura semper firma atque immutabilia permanent.* in posteriore verò Pontifex ita: *nemo sana mentis intelligit, naturali juri quæcumque consuetudine posse aliquatenus derogari.*

Probatur 2. ratione: Præcepta juris naturalis nihil aliud sunt, quàm dictamina rectæ rationis de ijs, quæ habent intrinsecam & essentialem turpitudinem aut honestatem, independentem ab omni voluntate divina ac humana, adeoque sunt propositiones practicæ æternæ veritatis, ac necessariæ, sicut objectum ipsarum necessarium est; ergò jus naturale est immutabile. certè ut jus hoc posset dici mutabile, deberet tale esse vel ex parte materiæ, vel ex parte formæ. neutrum potest dici; non ex parte materiæ, quia materia juris naturalis est omne id, quod essentialiter est honestum vel turpe. ergo hoc ipso, quod essentialiter tale sit, mutari non potest, cum essentialiter rerum sint immutabiles. non etiam ex parte formæ, quia forma juris naturalis consistit in dictamine rectæ rationis, præcipientis ea, quæ essentialiter sunt honesta, & prohibentis contraria; atqui hoc dictamen mutari nequit, quia, ut mutaretur, deberet dictare, bonum omittendum esse, & malum faciendum, quod non potest facere, aut, si faceret, non esset dictamen rectæ rationis, sed pravæ & corruptæ, cujusmodi prava judicia non magis mutant jus naturæ, quàm transgressiones legum ipsas leges: unde quamdiu manet idem objectum, idem quoque de illo judicabit naturalis ratio, nempe aut amandùm esse, aut fugiendum. cum ergo objectum illud immutari nequeat per solam voluntatem divinam aut humanam, utpotè à quibus independenter habet malitiam & bonitatem fundamentalem ac intrinsecam, hinc neque præscriptum illud prohibens vel imperans mutari potest. Planè si aliqua mutatio contingat in objecto, ejusque circumstantiis, mediante quâ non amplius sit objectum talis præcepti, cujus antea fuerat, propterea non potest dici mutatum ipsum præceptum, utpotè quod semper prohibet aut imperat idem illud objectum, quod antea prohibebat, vel imperabat.

23 Objicies: jus naturæ defacto in multis mutatum fuit: ergo adhuc mutari potest. antec. prob. libertas rerum & personarum est juris naturalis §. 2. *I. b. s.* atqui respectu hujus articuli jus naturale mutatum est, eò quod jure gentium servitus, ac dominiorum distinctio introductæ fuerint. *l. 4. & 5. ff. de J. & F.* rursus matrimonium clam paracho & testibus contractum de jure naturæ subsistit. atqui etiam in ordine ad hunc passum jus naturæ mutatum est, dum ejusmodi matrimonium auctoritate Tridentini fuit irritatum, ergo &c.

24. Prædicta non esse juris naturalis præceptivi, quod scilicet jubendo aut prohibendo de re aliqua statuit; sed permissivi duntaxat, quod nec jubet, nec prohibet

prohibet, sed permittit aliquid dispositioni humanae. Clarius: jus naturæ quidem permittit, ut homines sint liberi, bona sint communia, matrimonium clandestinum subsistat; non tamen præcipit, ut hæc ita se habeant, adeoque non prohibet, quin oppositum statui possit: quemadmodum dici potest, quod homo ex jure quali naturæ nudus sit, non tamen dici potest, eo jure prohiberi, ut vestibus utatur.

§. 2. Legem naturæ posse mutari mutatione impropria, indirecta, & ex-  
 24  
 trinsecã, puta, ratione materiæ, quæ non nisi ut affecta certis circumstantiis ac conditionibus terminat præceptum hujus legis, & spoliata illis conditionibus non amplius terminat. Prob. 1. per legem 6. f. de F. & F. ubi dicitur, jus civile constitui addendo vel detrahendo aliquid juri communi, id est, juri naturæ, ergo &c. Prob. 2. ratione: nisi liceret humanæ potestati suis legibus aliquid addere vel detrahere juri naturali, aut illud declarare vel determinare (quæ omnia ferè fiunt per mutationem materiæ hujus juris) tunc non satis provisum esset communitati hominum, eò quod domino etiam furioso depositum esset restituendum, cum rem alterius retinere, jus naturæ prohibeat: cædes omnis esset injusta, etiam dum necessaria est ad sui defensionem adversus injustum invasorem &c. ergo debet lex naturæ improprie mutari posse. Sed quis hoc modo mutare poterit, an solus DEUS, an etiam homines? ut huic quoque quæstioni satisfiat.

§. 3. Jus naturæ respiciens materiam, subjectam potestati humanæ, im-  
 25  
 proprie mutabile esse etiam à potestate humana. Prob. 1. ab exemplis: præceptum de servando voto vel juramento, de persistendo in matrimonio etiam rato tantum, & obligatio inde orta, est juris naturalis, ita, ut potestas humana hæc immutare nequeat, statuendo, nè servetur votum, vel juramentum, vel matrimonium ratum permanens tale; & tamen potest mutare materiam horum præceptorum, relaxando nimirum votum, vel juramentum, dissolvendo matrimonium ratum tantum, quibus casibus non mutatur præceptum naturale de his servandis, sed quod erat votum, juramentum, matrimonium, desinit esse tale post factam dissolutionem vel relaxationem, adeoque desinit esse materia præcepti, cujus antea fuerat. ergo jus naturæ respiciens materiam, subjectam potestati humanæ, improprie mutari potest etiam à potestate humana. Prob. 2. Talis mutandi potestas est necessaria ad spirituale bonum animarum aut felicitatem Reipublicæ, ut constat ex praxi in memoratis exemplis. ergo competit hominibus; quia verisimile non est, DEUM reliquisse homines sine hoc remedio, cum ad providentiam DEI spectet, concedere hominibus potestatem, moraliter necessariam ad congruam & convenientem gubernationem Reipublicæ. Confer P. Ludovicum Engel in Colleg. Jur. Can. Tit. de Majoris. & obed. n. 8.

§. 4. Jus naturæ respiciens materiam, solius DEI dominio subjectam, posse supra dicto modo à solo DEO mutari. Exemplum hujus mutationis ex-

Tat primò *Genesis 21. cap. vers. 2.* ubi DEUS iussit, ut Abraham immolaret: filium suum Isaac, quo iussu non mutavit jus naturæ, quod vetat, ne occidas: quia sensus hujus præcepti est, ne occidas innocentem directè & privatâ auctoritate; sed tantum mutavit circumstantiam illam (privatâ auctoritate) voluitque, ut Abraham occideret filium suum Isaac, non auctoritate privatâ, sed publicâ ipsius DEI, tanquam supremi Domini vitæ, necisque humanæ. *Suarez. d. cap. 1. §. 20.* Secundum habetur *Exod. 12. vers. 35.* ubi DEUS iussit Israelitas auferre vasa aurea & argentea Ægyptiis, quo iussu itidem non mutavit jus naturæ: vetans, ne fureris: quia sensus hujus præcepti est: ne contrectes rem alienam invito domino; sed mutavit circumstantiam illam (rem alienam) voluitque, ut Israelitæ tollerent vasa ista non tanquam adhuc aliena, sed velut propria, idque vel titulo donationis factæ à DEO, vel titulo mercedis à DEO tanquam suo supremo iudice pro toleratis laboribus adjudicæ, ut innuitur *Sap. 10. vers. 17.* *Suarez. d. n. 20.* Tertium exemplum cape ex veteri testamento, in quo DEUS concessit connubium cum pluribus sœmibus, quâ concessione rursus non fuit intrinsecè mutatum jus naturæ, prohibens polygamiam: quia sensus hujus prohibitionis est, plures uxores connubio tibi non jungas, nisi numine ad stipulante; sed tantum mutata est circumstantia, (Numine non ad stipulante) cum DEUS tanquam absolutissimus corporum nostrorum Dominus permiserit, ut vir dominium corporis sui, quod in primam uxorem transtulerat, possit etiam tradere alteri: licet prior jam jus quæsitum habuerit. *Suarez. d. cap. 15. n. 28. Gibalin. d. q. 3. confest. 8. n. 26.*

27. Respondeo 5. Jus naturæ, quod est independens cum à consensu humano, tum à supremo DEI dominio, est omnino immutabile etiam ab ipso DEO: huc pertinet præceptum prohibens odium DEI, idololatriam, blasphemiam &c. ratio est, ut jus hoc posset dici mutabile, deberet materia ejus esse mutabilis. atque hoc dici non potest, &c. minor prob. materia hujus juris & obligatio circa illam est omnino independens ab omni voluntate & potestate divinarum; quidquid enim DEUS jubeat vel faciat v. g. circa odium DEI, se imperat obdium DEI, adeo quæ semper erit objectum præcepti naturalis illud vetantis; & sic de cæteris. *Gibalin. d. q. 3. confest. 6. n. 21.*

28. Unum præsertim in praxi valde utile circa præcepta naturalia advertas velim, videlicet triplicem eorum ordinem occurrere. in primo ponuntur illa præcepta, quæ DEUM respiciunt: in secundo illa, quæ statum Reipublicæ, aut totius generis humani concernunt. in tertio denique ea, quæ ad utilitatem singulorum pertinent, & jus privatum præterit & directè tangunt. Jam si emergat casus, in quo præcepta hæc conveniant & collidantur quasi, ita, ut omnes in specie observari non possint, tunc necessario præceptum inferius debet cedere superiori. verbi gratiæ est præceptum naturæ, non occides: hoc debet cedere alteri, quod est momentosius, & sui defendendi causâ permittit aggressorem occidere.

cedere. idipsum patet in materia præscriptionis, circa quam duo præcepta naturalia occurrunt, unum de conservanda tranquillitate Reipublicæ, alterum de restituendo cuique, quod suum est. quia verò ambo observari non possunt, nec ita semper cuique suum restitui, quin lædatur publica tranquillitas per nimiam licitum multitudinem, & incertitudinem dominiorum, hinc rectè præceptum inferius de restituendo cuique, quod suum est, tanquam pertinens ad jus privatim, cedere debet præcepto superiori de tollenda licitum multitudine, & incertitudine dominiorum, tanquam pertinenti ad jus publicum & tranquillitatem Reipublicæ conservandam.

Sat fuso calamo de jure naturæ tractavimus; noli tamen arguere, quasi nimis fuso; nam ab accurata ejusdem notitia lex & prophetæ pendent: Et quidem primò si jus positivum, puta, canonicum aut civile, est dubium vel obscurum, jus naturale verò clarum, tunc jus positivum per legem naturalem debet explicari, utpotè quæ est matrix & fontale principium Juris positivi. huc facit *cap. 29. de Elect. in 6. lex 27. Cod. de testamentis. lex. 32. in f. cod. de appellationibus.* Secundo si casus non est decisis in jure positivo (sunt autem plurimi per *leg. 12. ff. de ll.*) tunc ad jus naturale recurrendum, casusve secundum ejus principia decidendus est. indicatur hoc à Jcto Paulo in *L. 2. §. 5. ff. de aqua & aqua pluvia arcenda &c.* ibi: *hac aquis suggerit, est jure deficiamus.* & à Jcto Modestino in *L. 13. §. 7. ff. de excusat.* ibi: *cujus fides tamen si sufficit firmare ex naturali justitia &c.* ratio est, quia in defectu omnis juris positivi utique debet dari alia norma & regula, ad quam justitia humanæ actionis expendatur, cum aliàs natura defecisset in necessariis. atqui hæc regula non potest esse alia, quam lex vel æquitas naturalis, ergò &c. Tertio si lis aliqua versatur inter partes, quarum vel utraque, vel saltem altera superiorem in terris non agnoscit, tunc si velint eam jure, non gladio dirimere, ac proinde in arbitros compromittant, hæc deficiente jure gentium non secundum jus civile (utpotè cui neutra pars subjecta est *arg. L. ult. ff. de jurisdic.*) sed ex legibus naturæ decidi debet. Confer *Glariff. D. Doct. Glorie p. m. in Jurisprud. fund. lib. 1. tit. 1. cap. 4. §. 1. n. 2. & seqq.*

## P A R S III.

### De Jure Gentium.

#### S U M M A R I A.

1. Dari jus gentium, demonstratur.
2. Jus gentium triplex accipitur.
3. Desinitur.
4. Dividitur.
5. Rejicitur divisio, quæ jus gentium scinditur in primæum & secundarium.
6. Jus gentium nascitur ex consensu gentium.
7. Quæ eodem obligantur.
8. Respicit jus gentium ea, quæ sunt valde consentanea aut dissentanea gentibus, quæ talibus. ad quod proinde personas distin-



*Etio dominiorum. 9. Libertas commerciorum. 10. Bella. 11. Secretum res. 12. Inducia. 13. Admissio & inviolabilitas legatorum. 14. Prohibitio, ne hostis veneno perimatur. 15. Exprimatur forma juris gentium. 16. Statuitur ejusdem finis. 17. Effectus. 18. Jus gentium tum negativum. 19. Tum positivum mutari potest. 20. Et quidem ab una gente, citrà consensum aliarum.*

**A**lteram legis speciem diximus esse legem positivam, seu jus voluntarium, quod est jus liberâ voluntate auctoris constitutum; proindeque totum suum esse ac vim obligandi habet non à necessitate intrinseca, sed à libera voluntate & placito superioris, qui potuit illud vel ponere, vel non ponere, vel etiam aliter ponere. Jus positivum vel est divinum, vel humanum. Divinum dicitur, quod liberâ voluntate DEI latum est. de quo vide *Gibalinus, lib. 4. scient. can. cap. 1. 2. 3. & seqq.* latè agentem. Humanum, quod liberâ voluntate hominum fuit constitutum. hoc juxtâ mentem Principis nostri in §. 1. *F. h. t.* & *J. C. Caii in l. 9. ff. de F. & F.* dividi potest in commune seu universale, & proprium seu particulare. illud aliâ & consuetâ phrasi dicitur jus gentium, de quo sit

### §. I.

**D**Ari aliquod jus commune gentibus, evincit partim communis sensus gentium, partim unanimis consensus Doctorum, partim aperta ratio: videmus enim, actus quosdam publicos intercedere inter gentes, quatenus gentes sunt, qui cum restitutum suam non semper habeant immediate à jure naturali (ut patebit consideranti) necessè est, existare etiam normam seu regulam, secundum quam exerceantur, ac debite exerciti dicantur justis. atqui hæc regula non potest esse alia, quam lex quædam communis gentibus, quatenus gentes sunt. ergo datur lex seu jus gentium. confer ea, quæ habet *Suarez lib. 2. de ll. cap. 19. n. 9.* Sed quid est jus gentium? antequam definiam

### §. II.

**P**Ræmitto, Jus gentium ferè tripliciter accipi. primò pro jure naturali, cum quo non raro confunditur etiam in usu juris nostri, ut apparet ex *l. 2. ff. de F. & F.* ubi religio erga DEUM, veneratio parentum, amor patriæ &c. referuntur ad jus gentium; cum tamen propriissimè sint juris naturalis: ratio hujus acceptionis videtur esse, quia utrumque jus est valdè universale, naturale quidem quoad homines, gentium verò quoad gentes. Secundo pro jure civili, quod apud plures populos receptum est, spectans ad utilitatem particularem cujuslibet populi seorsim sumpti; sic videmus, plures politicas constitutiones convenire quandoque pluribus regnis propter apertam æquitatem, quam præferunt, ex qua convenientia deinde constat quodammodo unum jus

uniyer

universale unitate similitudinis, quod dicitur jus gentium, sed minus proprium; cum re ipsa sint plura jura civilia inter se similia; quæ singula habent sua præcepta, ritus, mores, ac gubernationis modos, accommodos suæ propriæ Reipublicæ, cujus bonum & felicitatem unice intendunt. hoc sensu testamenti factionem, tutelam &c. ad jus gentium reduci videas; quæ tamen per se spectant ad jus civile, obtinens apud plures populos, & peculiarem eorum utilitatem respiciens. Tertio jus gentium sumitur strictè pro jure communi gentibus quæ talibus, seu, quod plures gentes inter se servant ad commune bonum ipsarum quæ talium. hæc acceptio est hujus loci, in qua

## §. III.

**D**efinitur, quod sit jus positivum humanum, præcipiens ea, quæ sunt consentanea gentibus quæ talibus, & prohibens contraria. bonitas hujus definitionis colligitur ex §. 2. *J. b. r.* & constabit amplius ex decursu.

## §. IV.

**D**ividitur jus gentium. 1. in præceptivum, & prohibitorium. illo actus aliquis v. g. admissio legatorum præcipitur. hoc actus aliquis v. g. violatio legatorum prohibetur.

2. **D**ividitur in universale & particulare. prius dicitur, quod plurimum & fortè omnium membrationum gentium communem felicitatem respicit. posterius vocatur, quod paucarum, ac fortè duarum duataxat gentium felicitatem pro fine habet.

3. A quibusdam dividitur in primævum & secundarium. illud, ajunt, esse, quod ratio naturalis inter omnes homines constituit. hoc, quod usu & humanis necessitatibus exigentibus introductum est. prius cum jure naturali secundario confundunt. posterius strictè jus gentium dicunt. verum divisionem hanc pro legitima non agnoscimus, cum ex errore duataxat, quo jus natura definitur esse illud, quod natura omnia animalia docuit, proflexerit.

## §. V.

**C**ausa efficiens Juris hujus stat in consensu gentium, vel omnium, vel saltem multarum. Dixi 1. *in consensu gentium*. qui tamen non habetur ex eo, quasi gentes aliquando convenissent in unum, & jus hoc velut in universalibus mundi comitiis communi quodam decreto statuisent; sed ex constanti usu & praxi populorum. circa materiam sibi tanquam gentibus propriam uniformiter operantium; hic enim usus peperit consensum quemdam tacitum, ac præsumptum, unde postea jus gentium ortum traxit. ut ad eod jus hoc videatur eodem modo produci in esse juris, quo jus non scriptum seu consuetudo, quæ non uno momento, sed paulatim invalescit, & alluvione velut temporis incrementa capit. Dixi 2. *omnium, vel saltem multarum*. neque enim de ratione juris gentium est

ut nexu suo involvat omnes omnino gentes, imò hoc ferè impossibile videtur, quia in his, quæ pendent à voluntate & arbitrio hominum, sicut pendet jus gentium, vix solent omnes nationes convenire: sufficit igitur ad inducendum jus gentium, etiam plurium bene institutarum gentium consensus, atque adeò potest hoc jus etiam seclusâ ignorantia & errore, ab una alterâve gente non recipi vel reprobari. *Suarez d. c. 19. n. 6.*

Dices; gentes sunt subjectæ juri gentium. ergò non possunt dici ejus causæ vel auctores, cum implicet, eundem simul esse superiorem & inferiorem. *n.* Dist. consequens eodem respectu, concedo, diverso respectu, nego consequentiam. gentes si sumantur collectim, sunt causa juris gentium, ad exemplum status democratici, in quo idem populus præest, & subest, regit, & regitur, paret, & imperat: paret, si accipiatur disjunctim, & ut singuli; imperat verò, si sumatur collectim, & ut universi.

### §. VI.

**S**ubjectum juris gentium sunt gentes quæ tales, seu quatenus sunt partes illius Reipublicæ, quam vocamus genus humanum, quæ conflatur ex pluribus particularibus Rebuspublicis, tanquam vastissimis membris suis, sicut Reipublicæ particulares ex singulis civibus. Sicut igitur respectu Reipublicæ particularis se habent cives singuli; ita respectu universalis illius se habent variae gentes & nationes. Confer *Clarissimum D. Doct. Glesle p. m. in supè cit. Jurisprudent. fundament. tit. 2. cap. 3. §. 8. n. 2.*

### §. VII.

**O**bjectum Juris gentium præceptivi constituunt ea, quæ sunt valdè consentanea & comoda gentibus quæ talibus, & idè ut talia ferè ubique inter gentes constanti usu servantur, tanquam præcepta quædam generalia humanæ societatis. Econtra objectum juris gentium prohibitivi constituunt ea, quæ sunt dissentanea gentibus, & idè passim à gentibus quæ talibus improbantur & vitantur. huc refero primò distinctionem dominiorum, quatenus ad tuendam communem pacem generis humani jus gentium vult quamlibet gentem habere territorium suum finibus distinctum à territorio gentis alterius, quam proindè distinctionem magno omnium gentium etiâ barbararum consensu inductam & receptam videmus. *Gibai. d. lib. 4. cap. 7. q. 2. n. 1. Clariss. D. Doctor Brann p. m. de dominio cap. 4. §. 1. n. 9. & §. 2. n. 7.* quamvis cum *Clariss. D. Doct. Glesle p. m. pars. 1. select. quest. 9. 1. n. 10.* non diffitear, dominiorum distinctionem etiam ad jus naturæ referri posse, quatenus hoc suppositâ frequentia scelerum, fragilitate hominum, adeoque depravato hoc rerum statu, eam saltem in genere præcipit sine determinatione certi modi, quo institui debeat.

**S**ecundò huc pertinent contractus & commercia; ubi tria possunt considerari: primò modus contrahendi & exercendi commercia; & hic ordinariè est à jure

jure civili, & sæpius variat pro diversitate locorum. Secundò observatió contra-  
ctus perfecti & consummati, quæ jure naturali est præcepta. Tertio libertas con-  
trahendi & habendi commercia cum aliis gentibus; atque hæc est juris genti-  
um. jus naturæ enim ad hunc mutuum commerciorum usum per se non obligat,  
sed posset hæc vel illa natio secum ipsâ vivere, & nolle habere commercium vel  
negotiationem cum alia; etiam non inimicâ gente; quòd igitur libertas com-  
merciorum competat, quâ defacto natio una negotiari potest apud aliam, juri  
gentium referimus in acceptis, quòd violaretur, si absque rationabili causâ com-  
mercia prohiberentur. *Clariff. D. P. Paulus Mezger. p. m. Theol. Schol. tom. 2.  
rr. 8. disp. 32. art. 2. §. 3. n. 17.*

Tertio Bella, quatenus sunt modus puniendi, vindicandi, vel reparandi 10  
injuriam, sibi ab alia gente illatam. Confer *Suarez d. cap. 19. n. 8. Gibalin. d.  
q. 2. n. 6. in f. & Clariff. D. P. Joannem Baptistam Ebersh in bello tractatu de  
bello cap. 3. §. 1. n. 3.*

Quarto ad jus gentium pertinent servitutes; nam stando in jure naturæ 11  
victor posset hostes injustos victos occidere, veletiam aliter punire in pœnam  
illatæ injuriæ; quòd igitur hæc mortis pœna conversa sit in pœnam servitutis,  
quam victi subire debent eo modo, quo inducta fuit, & victores non possunt  
justè gravius punire hostes victos, belloque jam subactos, nisi alius quidam spe-  
cialis titulus intercedat, gentibus communi quâdam humanitate placuit. *Suarez  
d. num. 8.*

Quinto induciæ, non quatenus semel admittæ servandæ sunt: hoc enim 12  
præcipit jus naturale; sed quatenus admittendæ, & non denegandæ sunt, si de-  
bito modo & rationabiliter petantur; utpotè quod, esto valde consentaneum sit  
rationi naturali, magis tamen usu & jure gentium videtur firmatum, ac in obli-  
gationis vincula incidisse.

Sextò admissio legatorum sub lege immunitatis & securitatis publicæ; 13  
nam hæc absolutè spectata non est fundata in necessitate naturæ, sed stando in jure  
naturali potuisset quilibet gens non admittere legatos alterius gentis, imò po-  
tuisset missos ab hoste iniquo, titulo belli occidere, tanquam partem hostilem  
Reipublicæ nocentis; nunc autem eos admittere, est de jure gentium, & occidere  
& repudiare sine justa causa, esset signum inimicitiz & violatio juris gentium.  
*Gibalin. d. q. 2. n. 6.*

Septimò ad jus gentium pertinet prohibitio, nè hostis veneno perimatur. 14  
quod permissum est jure naturæ, parùm sollicito, gladio, an veneno tollas eum,  
quem interficere licet. esto enim generosius sit, ita occidere, ut, qui occiditur,  
habeat sui defendendi copiam, hoc tamen non debetur ei, qui mori meruit, ut  
est hostis injustus. at verò jus gentium, si non omnium, saltem cultiorum fuit,  
& adhuc est, nè hostem veneno interficere liceat: qui consensus ortus est ex re-  
spectu communis utilitatis, nè pericula bellorum, quæ aliàs satis crebra sunt,

nimiùm intenderentur. *Hugo Grotius de F. B. & P. lib. 3. cap. 4. §. 15. & 16.* ubi idem ait dicendum de prohibitione, nè specula & fontes veneno inficiantur, eoque mortis causæ gementur. plura exempla juris gentium cape ex *caus. dist. 1. §. 2. F. h. t. & l. 5. ff. de F. & F.*

## §. VIII.

15 **F**orma juris gentium consistit in præceptione ac prohibitione eorum, quæ sunt consentanea vel dissentanea humano generi quâ tali, consensu gentium introductâ.

## §. IX.

16 **F**inis hujus juris est commune bonum, salus, felicitas, & tranquillitas generis humani, seu gentium quâ talium.

## §. X.

17 **E**ffectus juris gentium stat in obligatione ad observantiam, quæ si violetur, violans meretur aliquam pœnam pro gravitate admissi, v. g. pœnam belli. *Gibal. d. cap. 7. q. 3. n. 1.*

## §. XI.

18 **P**roprietas juris gentium est ejusdem mutabilitas, pro cuius pleniore intellectu separo jus gentium negativum, concessivum, seu, ut alij loquuntur, permissivum à jure gentium positivo, quo aliquid præcipitur aut prohibetur tanquàm commodum vel incommodum generi humano, ac

Dico 1. Jus gentium negativum indubitanter est mutabile. probatur: mutari jus gentium negativum est nihil aliud, quàm illo non uti, illi cedere, ac omittere, quod aliàs ex permissu ejus licitè fieri poterat. atqui hoc indubitanter quælibet gens potest omittere, v. g. non inferre bellum, licèt justas habeat ad hoc causas; hostem injustum captum non redigere sub servitutis jugum, sed relinquere liberum &c. ergò jus gentium negativum indubitanter mutari potest, quam tamen mutationem *Gibalin. d. q. 3. n. 2.* rectè valdè impropiam dicit.

19 Dico 2. Etiam jus gentium positivum absolute mutari potest.

Prob. 1. Omne jus positivum est mutabile. atqui jus gentium positivum tam præceptivum quàm prohibitivum est jus positivum, ergo jus gentium positivum tam præceptivum, quàm prohibitivum est mutabile. major prob. omnis libera voluntas humana est mutabilis, ergo etiam omne jus positivum, quod juxta definitionem à nobis supra assignatam pendet à libera voluntate humana, est mutabile, cum ex iisdem causis res quælibet possit dissolvi, quibus liberè colligata est. *cap. 1. de R. F. l. 35. ff. eod.* Probatur etiam minor: jus gentium pendet à tacito consensu gentium, potuissetque absolute loquendo non poni, vel aliter poni, ut ex præceptis hujus juris manifestum est, quæ non exigunt necessariò ita obtinere, ut defacto obtineant. ergo jus gentium est jus positivum, & quod inde sequitur, mutabile.

**Prob. 2.** Materia juris gentium positivi non est necessaria, sed contingens, ergo per se mutationi obnoxia. Antec. prob. jus gentium positivum non præcipit, nec prohibet ea, quæ intrinsecè & essentialiter bona sunt vel mala, sed præcipiendo primum bona facit, prohibendo mala, cum non deducatur ex principiis naturalibus per evidentem & necessariam illationem, ergo materia juris gentium positivi non est necessaria, sed contingens. *Eckst. ff. de F. & F. §. 25.*

**Dico 3.** Etiam ab una aliqua gente jus hoc semel receptum tolli potest, deo obligando se ab illius nexu citrà consensum aliarum gentium, si partem aliquam juris gentium sibi non amplius congruam deprehendat. Prob. jus gentium solo usu ac moribus figitur, ac usurpatur: ergo poterit una gens, si eodem usu adverteat, id sibi magis noxium vel disconveniens esse, istud refugere, non amplius usurpare, ac mores contrarios, bonos tamen inducere. *Gibal. d. q. 3. n. 3.* Exemplo sit servitus, quam gens Christiana inter se iustulit, tanquam minus convenientem legi Charitatis.

**Confirmatur:** Potest una pars Reipublicæ derogare juri communi median- te consuetudine contrariâ, ergo etiam una pars humani generis v. g. gens germa- nica juri gentium pro sua parte, si intelligat, hoc vel illud sibi non amplius esse accommodum, aut potius noxium, quam utile.

## P A R S III.

### De Jure Civili scripto.

#### S U M M A R I A.

2. *Jus civile dicitur à civitate.* 2. *Definitur.* 3. *Explicatur definitio, expositione singularum particularum.* 4. *Dividitur jus vel lex civilis primò in affirmativam & negativam.* 5. *Secundo in favorabilem & odiosam: qua divisio explicatur.* 6. *Tertiò in præceptivam, penalem, & mixtam.* 7. *quarò in prohibentem & irritantem: statuitur quo, jure civilium legem prohibentem esse hoc ipso irritantem; nisi aliunde colligatur, quòd sit tantum prohibens.* 8. *Id ipsum procedit de jure Canonico.* 9. *Diluuntur contraria.* 10. *Potestas ferendarum legum civilium est à Deo, ut auctore natura.* 11. *Causa efficiens proxima juris civilis in genere est summa potestas.* 12. *In specie legem civilem potest ferre primò SS. Pontifex pro terris, in quibus Principis politici personam sustinet, non item pro universo orbe christiano.* 13. *Secundo Imperator pro toto Imperio.* 14. *Nullus Imperatorum jus & dominium in universam terrarum orbem grasendere potest.* 15. *Respondetur ad textum in l. 9. ff. de lege Rhodiâ de jactu.* 16. *Solvitur argumentum ductum ex lucæ cap. 2. vers. 1.* 17. *Enumeratur argumentum formatum ex Matth. cap. 22. vers. 21. Marci cap. 12. vers. 17. lucæ cap. 20. vers. 25.* 18. *Explanatur cap. 6. de Majoritate & obedientia.* 19. *Offenditur non ob stare cap. in apibus 4. 1. caus. 7. q. 3.* 20. *Retunduntur ar-*

menta quæstia 22. l. 2. §. 23. in f. Cod. de V. J. E. & l. 7. Cod. de banis, quæ  
 liberis &c. 21. *Dum Imperium Romanum à Leone III. summo Pontifice in Ca-*  
*rolum Magnum translatum fuit, vi translationis illius Carolo jus in univer-*  
*sam orbem non accessit, sed solum prerogativa honoris inter omnes orbis Chris-*  
*tiani Principes, & jus in reliquijs Romani Imperii.* 22. *Imperator hodie non,*  
*nisi accedente statuum consensu, legem universalem condere potest.* 23. *Ter-*  
*tio Reges statuant leges pro suis regnis.* 24. *Quarto Regina Regnorum heredes.*  
 25. *Quinto Princeps hæreticus, vel infidelis.* 26. *Sexto infans aut fu-*  
*riosus, legitimus coram successor.* 27. *Septimo perfecta communitates, &*  
*Respublica.* 28. *Octavo Proceres, & immediati nobiles Imperii, sine consensu*  
*Imperatoris, & ordinum Provincialium, liberè conscribunt ordinationes*  
*Provincia.* 29. *Etiamsi juri communi contrarias.* 30. *Solvuntur objectiones.*  
 31. *Subjectum juris seu legis civilis est perfecta communitas.* 32. *Legislator*  
*obligatur legibus naturalibus & divinis.* 33. *Item legibus seu jure*  
*gentium.* 34. *Nec non legibus regni fundamentalibus.* 35. *Propositur*  
*status controversia.* 36. *Explicatur vi legis directiva, & coactiva.* 37.  
*quomodo illa directiva, quomodo indirecte stringere dicatur?* 38. *Quando materia*  
*legis non est communis Principi, & subditis, tunc lex nullo modo obligat Prin-*  
*cipem.* 39. & 40. *Imò, esto sit communis, non tamen obligat Principem*  
*quoad vim coactivam.* 41. *Nec quoad vim directivam directè.* 42. *Sed so-*  
*lum indirectè.* 43. *Legislator non tenetur legibus suis, irritantibus aliquem*  
*alium inter vivos vel mortis causa.* 44. *Si per non observantiam legis praber-*  
*tur scandalum, aut dandus veritus incurreret, tunc legislator jure naturali*  
*tenetur ad hoc servanda.* 45. *Clerici à Jurisdictione profana jure naturali*  
*exempti non sunt.* 46. *Submissus Pontifex jure divino à potestate civili omnino*  
*exemptus est.* 47. *Persona Ecclesiastica, Romano Pontifice inferiores, idem*  
*jure divino exempta sunt, à jurisdictione seculari in causis spiritualibus, & me-*  
*re Ecclesiasticis.* 48. *Quam exemptionem sunt, qui extendant ad causas tem-*  
*porales.* 49. *Sed eorum materia remouentur.* 50. *Et statuitur, inmani-*  
*tasem ecclesiasticam esse immediatè juris humani Pontificii, in jure divino autem*  
*fundamentum habere.* 51. *Adducuntur fundamenta hujus sententia.* 52. *Leg-*  
*es civiles, nominatim disponentes de personis & rebus ecclesiasticis, sunt ipso*  
*jure invalida.* 53. & 54. *Satisfit duabus objectionibus.* 55. *Aliud dicendum*  
*de legibus civilibus, expressè vel tacitè jure canonico receptis & approbatis.*  
 56. *Aut causantibus meram favorem & privilegium, absque omni obliga-*  
*tionis, vel precepti onere.* 57. *Legibus civilibus, quæ generaliter sonant, &*  
*immunitati ecclesiastica non sunt adverse, nec dedecent statum ecclesiasticum,*  
*in materia communi clericis & laicis, obligantur clerici.* 58. *Sed non quoad*  
*vim coactivam.* 59. *Nec quoad vim directivam directè.* 60. *Quidquid in*  
*contrarium sentiat, & afferat Ferdinandus à Castro Patro.* 61. *Cujus et*  
*gumentis*

gumentis occurrunt. 62. Obligantur itaque clerici prefatis legibus civili-  
 bus saltem indirecte. 63. ex quo tamen non sequitur, clericas etiam à laicis  
 puniri posse, nomine & auctoritate summi Pontificis. 64. Referuntur ambro-  
 ves, sustinentes, quod obligatio legis se extendere nequeat ad subditos, om-  
 nino extra territorium existentes. 65. Quorum sententia probatur. 66. &  
 67. Ac dissentientium argumenta refutantur. 68. Interim tamen, ut sub-  
 ditus committat in leges territorii, non requiritur presentia ejus physica, sed  
 sufficit moralis. 69. Peregrini extra locum domicilii tenentur observare leges,  
 quibus determinatur forma contractuum. 70. Regulariter, ubi quis contra-  
 xit, ibi etiam condempni potest. 71. Censetur autem locus contractus, in quem  
 solutio destinata. 72. Quod tamen præcisè intelligendum in ordine ad formam,  
 quem contrahentes inde sortiuntur. 73. Neque contractus dotalis à memoratà  
 regulà excipitur. 74. per contractum hic designatur omnis conventio, ad  
 agendum habilis. 75. Studiosi immatriculati à Rettore Magnifico citari pos-  
 sunt, ubicunque locorum existant. 76. Si contrahens expressè convenit, ne in  
 loco contractus respondere teneatur, tunc respondere non tenetur. 77. Simi-  
 liter si contraxerit alicubi, confestim discessurus. 78. Aut si quis constitue-  
 rit, se salutarum, quod vel ipse, vel alius debebat. 79. Legata & fideicom-  
 missa non semper peruntur in loco contractus, sive ubi hereditas adita. 80.  
 Quando lex communis in loco domicilii est abrogata, tenentur peregrini illam  
 observare in loco transitus, ubi viget. 81. Solvitur argumentum ex Conci-  
 lio Tridentino in contrarium ductum à Sanchez. 82. Peregrini non tenentur  
 legibus juris communis, in loco transitus per consuetudinem abrogatis. 83.  
 Ex quo asserto varia inferuntur. 84. Et argumenta contraria diluuntur.  
 85. Peregrini tenentur legibus particularibus, sè & in loco proprii domicilii,  
 & in loco transitus vigeant. 86. etiam illas leges extra locum domicilii obser-  
 vare tenentur peregrini, que pro conservatione provincie, quam adierunt, spe-  
 cialiter sunt lata. 87. Legibus reliquis particularibus alieni territorii, pe-  
 regrini non tenentur. 88. Referuntur Patroni opposita sententia. 89. 90.  
 91. 92. 93. 94. 95. & 96. Quorum rationibus satisficit. 97. Neque vagi te-  
 nentur legibus loci, per quem transeunt. 98. Quamvis à Magistratu loci ca-  
 pi & puniri possint ob delicta, etiam alibi commissa. 99. Objectum juris civi-  
 lis præceptum constituunt soli actus possibiles. 100. Honesti etiam aliarum  
 virtutum moralium. 101. Non tamen omnes. 102. Nec ullus actus inho-  
 nestus. 103. Explicatur actus internus & externus. 104. Actus merè in-  
 terni non possunt præcipi lege civili directe, & per se. 105. Possunt tamen in-  
 directe, si conjungantur per se cum actu externo. 106. Actus etiam occultus  
 cadit sub legem. 107. Actus futuri per se sunt materia legis constitutiva.  
 108. Actus presentes debent reduci ad præteritos. 109. Actus præteriti, per se  
 loquendo, non sunt objectum legis constitutiva. 110. Esto sint materia legis  
 decla-



*declarativa. 111. Jura non constituuntur de raro contingentibus. 112. Jure civili prohibentur actus inhonesti. 113. Non possunt tamen prohiberi omnes. 114. Etiam actus honestus potest subinde prohiberi. 115. Assignatur objectum juris permissivi. 116. Nec non legis punitoria. 117. Scitur forma juris civilis. 118. Cujus efficacia non pendet ab acceptatione populi. 119. Exploduntur argumenta contraria. 120. Finis proximus & remotus juris civilis adornatur. 121. Ante omnem promulgationem lex non obligat. 122. Obligatio legis proxima incipit post acquisitionem legis promulgatae notitiam. 123. Remota incipit varie. 124. Leges civiles incipiunt obligare primum post lapsum duorum mensium à promulgatione. 125. Teneantur subditi comparare legis notitiam. 126. Scriptura non est de essentia juris scripti. 127. Lex cum respectu ad statum romanae Reipublicae describitur. 128. Etiam describitur Plebiscitum. 129. Senatus-consultum. 130. Constitutio Principis. 131. An sententia definitiva Principis vim legis habeat? 132. An habeat interlocutoria? 133. Definitur privilegium. 134. Dividitur remissivum. 135. Explicantur edicta Praetorum, & responsa prudentium.*

**R** Estat jus humanum particulare, quod definitio, esse jus à potestate humana pro particulari aliquà communitate, perfectà tamen, institutum, intendendo per se bonum peculiare illius communitatis.

Divido in Canonicum & Civile. Jus Canonicum vide in selectis collegiis P. Ludovici Engel solidis Principis Magnifici D. P. Roberti König, & præclarissimis Juridicis Tractatibus Clarissimi Collegae D. P. Francisci Schaefer.

### §. I.

**1** **J**us Civile (cujus synonymum est lex civilis) videtur ita dici à subjecto suo nempe civitate, cui regendae praescribitur. §. 2. *f. h. s.*

### §. II.

**2** **D**efinitur esse jus, quod potestas secularis constituit pro bono peculiari communitatis seu Reipublicae suae. Confer. §. 1. l. b. t. l. 9. ff. de *f. & f. Gracium de Jure Belli & Pacis lib. 1. cap. 1. §. 14. n. 1.* vel potest describi, quod sit ordinatio rationis, in bonum communitatis secularis seu politicae ab eo, qui curam illius habet, promulgata. ubi

**3** Dicitur 1. *Ordinatio rationis*, in quo lex civilis cum legibus aliis genericè convenit: omnis enim lex hoc ipso, quod vi essentiae suae debeat esse moralis regula honestae operationis, respicere debet objectum honestum, & ratione niti.

Dicitur 2. *In bonum communitatis secularis, seu politicae*. Quemadmodum enim potestas ferendarum legum per se respicit bonum communitatis: ita etiam lex per se respicere debet bonum communitatis, adeoque legislator probabiliter & prudenter censere, quod lex communitatis, pro qua fertur, sit proficua; secus subditos suos legis vinculo haud obstringet. Dixi

Dixi tamen, *probabiliter & prudenter censere debes.* Excludo igitur certitudinem de utilitate legis: cum enim potestas ferendarum legum sit in possessio-  
ne, hæc utique prævalere debet, donec de inutilitate legis certò constet; nè,  
si quævis speciosaratio sufficiat, utilitatem legis vocandi in dubium, vis omnis  
obligandi facillè contemnatur, cum maximo detrimento Reipublicæ.

Dices: occurrunt leges latæ de fæminis, de pupillis, de minoribus, de mi-  
litibus &c. quæ bonum totius communitatis non respiciunt: ergo non pertinet  
ad rationem legis, ut bonum totius communitatis respiciat. *n.* Disting. antec.  
bonum totius communitatis non respiciunt proximè, concedo, ultimè, nego.  
interest totius communitatis, ferri leges, quæ concernant integrum ordinem ho-  
minum, modò personas singulares non respiciant.

Dicitur 3. *ab eo, qui curam illius habet.* nam æqualis æqualem vinculo  
legis obstringere nequit: cum igitur lex communitatem obliget, ferri debet à  
superiore communitatis, seu eo, penes quem summa in civitatem potestas residet.

Dicitur 4. *promulgata.* quòd enim de naturâ legis sit promulgatio, & qua-  
lis requiratur? indicabimus infra n. 121. & seqq.

### §. III.

**D**ividitur lex civilis 1. in affirmativam & negativam. illa facienda præci-  
pit: hæc contraria prohibet. illa non semper obligat in actu secundo,  
hæc obligat; quia nunquam licet agere, quod lex prohibet; cum econtrà non  
omni tempore oporteat agere, quod lex præcipit. confer, quæ scripsimus p. 1.  
l. 1. §. 3. n. 3.

2. Dividitur in favorabilem & odiosam. favorabilis dicitur, quæ ex fine  
suo primario vult favere: odiosa, quæ ex fine suo primario intendit plectere,  
punire, aut modo nocere alio. sic *lex 24. ff. ad l. Jul. de adult. & l. 4. Cod.  
cod.* quibus licentia conceditur marito, occidendi adulterum, in flagranti de-  
prehensum, sunt favorabiles, quia pro motivo habent favorem mariti, cujus  
justo dolori indulgere voluerunt. Ex quo plurimi Interpretes apud *Ant. Mat-  
thæum de criminibus ad lib. 48. ff. tit. 3. cap. 3. n. 14.* sustinuerunt, etiam il-  
lum interfici posse, quem maritus deprehendit in flagitio cum sponsâ de præsentî,  
eò quòd justus dolor æquè gravis sit in casu temeratae uxoris non cognita, quàm  
cognita. Atverò *lex 5. Cod. ad leg. Jul. Majest.* quæ in pr. & §. 1. filios pa-  
rentis perduellis perpetuâ notat infamiâ, honoribus privat & dignitatibus, à  
profecitiis arcet facultatibus, à maternâ, avitâ, omniumque propinquorum  
excludit successionem, nec non inhabiles reddit, ut nè quidem ex testamento ex-  
tranei capere quidquam possint, odiosa videtur, quia primariò eò tendit, ut pa-  
rentes coerceat in suis liberis; unde rectè existimat *Ant. Matth. ad d. lib. 48. ff.  
p. 2. cap. 3. n. 16.* constitutionem illam ad nepotes haud extendendam, sed in-  
terpretatione restringendam esse, per *sap. 15. de R. F. in 6.* Quòd si non satis  
liqueat,

liqueat, lex favorem, an odium pro motivo habeat, in dubio censetur favorabilis, quia legislator in dubio præsumitur, potius beneficium conferre, quam coercere voluisse. *arg. l. pen. ff. de constit. Princp.* ex dictis colligitur, divisionem hanc desumptam esse à fine, proximè & primariò per legem intento; quæ proinde non idèò favorabilis nuncupatur, quòd nemini onus afferat; neque idèò odiosa, quòd bonum subditorum non respiciat: cùm omnis lex vi suæ essentia debeat afferre onus obligationis, & promoverè bonum illorum, quos obstringit.

6 3. Dividitur lex civilis in præceptivam & poenalem. præceptiva vocatur, quæ simpliciter aliquid præcipit, aut vetat, neque poenam dicitat transgressoribus. poenalis appellatur, quæ transgressoribus poenam minatur. Cùmque nonnunquam, pro diverso conceptu legum poenaliùm, sola poena transgressoribus imponatur, absque eo, quòd actus vel præcipiatur tanquàm ponendus, vel prohibeatur tanquàm omittendus, quandoque verbò præter impositionem poenæ aliquid præcipiatur aut vetetur, idque fiat vel conjungendo poenam cum actu, vel illam à hoc distinguendo, hinc subdividitur lex poenalis in merè talem & in mixtam, atque hæc rursus dissecatur in mixtam verbis conjunctivis, & mixtam verbis disjunctivis. lex merè poenalis dicitur, quæ sine præceptione aut prohibitione actus, solius poenæ mentionem facit. ut si legislator dicat: *qui deinceps venatus fuerit, 12. aureis multabitur.* Lex conjunctivè mixta vocatur, quæ & actum prohibet & poenam minatur transgressoribus. ut si legislator dicat: *nemo deinceps venetur; qui venatus fuerit, 12. aureis multabitur.* Lex disjunctivè mixta nuncupatur, quæ sub disjunctione actum prohibet, & poenam minatur. ut si legislator dicat: *aut nemo deinceps venetur; aut qui venatus fuerit, 12. aureis multabitur.* An, & quando hæc leges obligent in conscientia? distinctè tradunt *Clariff. D. Gletle p. m. cit. Jurispr. fund. tit. 2. cap. 4. §. 8. n. 3. & seqq. Clariff. D. Colleg. P. Schmier tract. Jurid. de Jure legali c. 1. sect. 3. §. 2. n. 124. & seqq.*

7 4. Dividitur lex in prohibentem & irritantem. illa actum nudè prohibet; hæc eundem vult esse irritum. ubi

Quæritur I. an omnis lex prohibens sit etiam irritans? Negant *Magnificus D. P. Pettschacher p. m. in tr. de ll. q. 5. art. 3. pag. m. 177. Clariff. D. P. Petrus Gnetratber Inst. Fur. can. lib. 1. tit. 3. n. 64. & seqq.* Affirmant *Magnif. D. P. König lib. 1. Fur. can. tit. 2. §. 11. n. 26. D. Gletle d. cap. 4. §. 2. n. 5. & 6. Clariff. D. P. Schmier cit. tr. c. 1. sect. 3. §. 4. n. 172. & seqq.* quorum opinioni subscribo, eandemque probo I. quoad jus civile per textum in *l. 5. Cod. de ll. ubi regula traditur, vi cujus contra prohibitionem legis facta, ipso jure sunt irrita, esto clausula irritans legi non fuerit adjecta. Exceptio est, si lex subministret medium, quo actus jure prohibitus rescindatur; quod enim ipso jure nullum est, rescissione non eget. Sic sententia, sub conditione contra prohibitionem legis *l. 5. ff. quando appellandum &c.* lata tenet, quia in memorato textu remedium*

**suppeditatur, quosententia rescindatur.** Similiter esto lusus alex jure civili sit prohibitus. l. 2. l. 3. ff. de aleatoribus. si tamen lusu perdantur pecuniæ, dominium earum transfertur in collusorem, quia in l. 1. & 3. Cod. d. rit. conditio ex lege tribuitur, quæ solutæ pecuniæ possint repeti. Rursus debitor prohibetur bona sua in fraudem creditorum alienare. l. 1. pr. & §. 2. l. 9. l. 10. §. 2. ff. quæ in fraudem creditorum &c. quòd si nihilominus alienaverit, tenet alienatio, quia in §. 6. f. de act. Datur Pauliana actio, quæ distractio facta rescindatur.

Pari jure, quamvis exhereditatio sine elogio sit prohibita, non tamen potest testamentum ipso jure nullum, quia hoc in nov. 115. cap. 3. per querelam inofficiosi rescindendum, & evacuandum dicitur.

Probo 2. quoad Jus Canonicum partim per cap. 1. & 2. de N. O. N. Quæ concordiam voluit inter Canones & leges: partim quia in can. 13. caus. 25. q. 2. Gregorius Pontifex hæcenus approbasse videtur jus civile, dum ibidem ait, *Imperiali constitutione aperte sancitum esse, ut ea, quæ contra leges sunt, non solum inutilia, sed etiam pro infectis habenda sint*: partim denique, quia regula 64. Juris in 6. sic sonat: *quæ contra jus sunt, debent utiq; pro infectis haberi.*

Dices 1. in cap. 16. de Regularibus. testatur SS. Pontifex Innocentius III. multa in jure prohiberi, quæ tamen facta roboris firmitatem obtineant. R. in hoc textu haberi exceptionem à priori regulâ, juxta quam omnis lex prohibens est etiam irritans, nisi videlicet aliunde constet, legem tantum esse prohibentem. Quòd si igitur legislator mentem suam exprimat, vel remedium suggerat, quòd actus rescindatur; aut si Praxis Ecclesiæ, consuetudo, vel communis Prudentum interpretatio vim non aliam, quàm prohibendi, in lege agnoscat, tunc actus, contra legem prohibentem positus non erit invalidus.

Dices 2. Canones, dum actum aliquem irritare volunt, sollicitè annectunt clausulam irritantem, prout patet ex cap. 2. de Regularibus. in 6. ibi: *decernimus, cum nullatenus vestro esse ordini obligatum &c.* & ex Concil. Trident. sess. 24. de reformat. matr. cap. 1. ibi: *eos sancta Synodus ad sic contrahendum omninò inhabiles reddidit.* ergò seclusà hæc clausulâ, actus contra legem prohibentem gestus, saltem foret illicitus. R. neg. conseq. clausulæ irritantes, quæ quandoque pro majori efficaciâ, vel ad tollendam omnem ambiguitatem, & ut de mente legislatoris constaret apertius, cogente nulla necessitate, sed ex superabundanti apponuntur, haud nocere solent,

Dices 3. prohibere nihil aliud est, quàm obligare, nè actus fiat; irritare autem est personam, vel voluntatem reddere inefficacem & inhabilem: ergo prohibere & irritare actum sunt effectus omninò diversi: ergo lex prohibens hoc ipso non est irritans. R. neg. conseq. ut ut memorati effectus ex naturâ rei sint diversi, ex dispositione juris tamen regulariter sunt conplexi, juxta deducta.

## §. IV

10 **C**Ausa efficiens Juris seu legis civilis duplex est, proxima & remota. remota est ipse DEUS; cum potestas ferendarum legum civilium sit à DEO, tanquam autore naturæ, juxta effatum divinæ sapientiæ *Proverb. 8. cap. vers. 15. & seq. ibi: per me Reges regnans, & Conditores legum justa decernunt. per me Principes imperant, & potentes judicant terram.* Divinæ sapientiæ succlammat Doctor Gentium in *epistola ad Romanos cap. 13. vers. 1. ibi: non est potestas, nisi à DEO, qua autem sunt, à DEO ordinata sunt.* Dixi, tanquam auctore natura. Ratio est, quia DEUS & natura non deficiunt in necessariis: sed civilis societas, quam humana natura appetitu innato, ac ab ipso DEO, tanquam auctore naturæ, proveniente ambit, & sine quâ non posset obtinere ad convenientem vitæ conservationem, & statûs sui felicitatem conducibilia, tam parùm conservari potest sine potestate ferendarum legum, quàm parùm conservari potest sine pace & Justitiâ; quia à potestate illâ determinari debent, quæ conducere videntur ad conservationem Pacis & Justitiæ: ergo DEUS, tanquam auctor naturæ, debuit velle, ut potestas ferendarum legum in communitate perfectâ, societate civili, seu corpore politico resultaret.

11 **C**Ausa efficiens proxima juris civilis est potestas civilis, per quam intelligo summam civitatis seu Reipublicæ regendæ potestatem. Dicitur autem illa potestas summa, cujus actus non subsunt Juri alterius, ita, ut alterius humanæ voluntatis arbitrio irritari possint. *Grotius de d. B. & P. lib. 11. cap. 3. §. 7. n. 1.* ratio est, quia ad hoc, ut quis possit concedere jus seu leges, requiritur 1. ut possit præcipere illis, quibus condit. lex enim commune præceptum est *l. 1. ff. de R. 2.* ut ad imperata possit obligare & cogere: vana quippe esset omnis legis ira sine viribus coactionis. 3. ut contravenientes possit punire. nam frustra esset omnis coactio, si cogenti impunè liceret resistere. colliguntur hæc ex *l. 7. ff. d. t.* Atqui hæc omnia cadunt in potestatem civilem, quæ hoc ipso, quia summa est, potest præcipere inferioribus, eos adimplenda præcepta cogere, & si contraveniant, debito modo punire: ergo &c. hujusmodi potestatem habent in Monarchiâ Imperatæ, Rex, Princ. ps; in Aristocratia Optimates, in Democratiâ univèrsus populus. Quòd si inferior quidam dynasta potestatem habeat condendi jura, habet tantùm ex concessione superioris expressâ, vel tacitâ. *P. Pet. schacher p. m. d. tr. de ll. q. 4. art. 2. pag. m. 60. in verb. dico q.*

12 In specie potest legem civilem ferre primò SS. Pontifex, pro terris, in quibus Principis civilis & politici personam sustinet, ac sæculari majestate fulget; non verò pro univèrso Orbe christiano: tum quia potestas, data à Christo, est potestas clavium, & spiritualis, ordinata ad pascendas animas, non ad querenda aut curanda bona & regna: tum quia tam amplum Imperium temporale in Pontifice ut existat, neque propagatio fidei, neque conveniens gubernatio Ecclesiæ exigit.

hinc

hinc est, quod ipsi Pontifices passim profiteantur, Reges & Principes supremâ potestate temporali instructos esse. *cap. 6. & seqq. dist. 10. cap. 5. & seqq. dist. 96. cap. 6. de Majorit. & obed. cap. 13. de Judic. cap. 13. qui filij sunt legit.* Neque obstat, quod constitutiones civiles quandoque reformentur à Pontifice, dum videlicet bonis moribus adversantur, aut ansam peccatis præbent. nam hoc non fit titulo supremæ potestatis politicæ, sed vi potestatis clavium & spiritualis, cum ad munus supremi Pastoris pertineat, occasionem tollere peccandi, ut quod maximè conducit ad obtinendam spiritualem salutem animarum.

Secundò legem civilem ferre potest Imperator pro toto Imperio. *l. fin. Cod. 13 de l.*

Sed an etiam pro toto orbe? resolutio pendet exinde, an sit dominus totius orbis? equidem de nullo Imperatorum constat, qui jus ac dominium in universum terrarum orbem sibi unquam arrogasset, nè tunc quidem, cum in summo gloriæ apice præsentia Romanorum Principum eminuit.

Quæritur autem 2. An nullus Imperatorum jus hoc prætereundum possit? *14 de. cum Francisco Suarez de legibus lib. 3. cap. 7. Didaco Covarruv. in Reg. peccatorum. secund. part. releit. §. 9. n. 5. & 6. & Ludovico Molina de J. & J. tr. 2. dist. 30. n. 2.*

Negative. probatur: si Imperator esset dominus totius orbis, tunc prærogativâ hæc gauderet, vel ex Institutione Christi, vel jure belli, vel Titulo electionis: at nihil horum dici potest; non primum: quia nullum penitus vestigium exstat in sacro codice, quod Christus Dominus potestate hæc Imperatorem instruxerit. non etiam secundum: de quo enim Imperatore dixeris, quod orbem universum dominio suo subjecerit? imò tempore Trajani Principis, quâ ætate Romanorum Imperium maximè floruit, ac præcipuas Asiæ, Africae, & Europæ Regiones ambitu suo complexum est, vix trigesima orbis pars Imperio conclusa fuit. non denique tertium: quia sine fundamento asseritur, communibus universi ordinis suffragiis summam potestatem in Imperatorem fuisse translata, cum de ejusmodi comitiis historię altissimum teneant silentium. Adhæc innumeri ferè Principes palam profitentur, sceptrâ sua potestati non alteri, quàm divinæ esse obnoxia, adedque apertissimè declarant, quod Romanorum Imperatorem, tanquam dominum Totius orbis, neque revereantur, neque agnoscant. Taceo, quod moraliter impossibile fuerit, consensu nationum omnium potestatem hanc conferri in Imperatorem.

*Bartolus*, cæteroque Jureconsultorum antesignanus, in *l. hostes. 24. ff. de 15 captiv. & postlim.* teste *Suarez. d. cap. 7. n. 1.* ed temeritatis prolapsus est, ut hæreticos proclamaret omnes, qui præfractè negarent, Imperatorem totius orbis esse dominum. cum hoc igitur

Objicitur 1. textus in *l. 9. ff. de lege Rhodiâ de jactin.* ubi Imperator Antoninus se vocat mundi dominum.

Respondet Suarez ubi *suprà*. n. 6. in dicto loco per Synecdocham partem sumi pro toto, adeoque per mundum designari, non orbem universum, sed orbem Romanum, cujus ambitu tempore Antonini præcipuè Asiæ, Africæ, & Europæ partes continebantur.

16 Obijcitur 2. textus ex sacris paginis, *Luca 2. cap. vers. 1.* ubi edictum exiisse dicitur à Cæsare Augusto, ut describeretur universus orbis. undè tale nescitur argumentum. Augustus fuit dominus universi orbis, ergò etiam hodiernus Imperator est dominus Universi orbis, quia Jurisdictio, quam habuit Augustus; in posteriores Imperatores translata fuit. *n. neg. antecedens.* falsum enim est, quòd in memorato textu per universum orbem designetur universus terræ ambitus, cum sit apertissimum, ibidem neque totum orbem descriptum, neque edictum missum fuisse ad Indos ac gentes alias, apud quas nullum præsidem, nullumve præfectum Augustus habuit. sumitur itaque in prælaudato loco pars pro toto, ac per orbem universum significatur magna pars orbis, Romano Imperio subiecta.

17 Obijciuntur 3. verba Christi, quæ referuntur *Matthæi 22. cap. vers. 21.* *Marcii 12. cap. vers. 17.* & *Luca 20. cap. vers. 25.* ubi jubet salvator noster, ut reddantur, *quæ sunt Cæsaris, Cæsari, & quæ sunt DEI, DEO.* ergò approbat Christus imperium Cæsaris, ac declarat, quòd soli Cæsari tributa sunt solvenda. *n. cum Covarruv. d. n. 5.* per cæsarem in prælaudatis locis non designari solum Augustum, sed omnem illum, qui supremam in Republicâ potestatem obtinet.

Neque Replices cum *Bartolo*, verba accipienda esse in significatione propriâ, adeoque per Cæsarem in allegatis textibus designari Imperatorem Romanorum, cum tempore Christi Principes alij nomen hoc non usurpaverint. nam infirmam esse hanc replicationem tuam, ostenditur ex eo, quia finis Christi non fuit, ingerere & inculcare peculiare Jus Imperatorum Romanorum, sed declarare Jus Naturæ, p. òut rectè adnotavit *Dominicus à Soto lib. 4. de J. & J. quest. 4. art. 2.* & ex eo *P. Suarez d. n. 6.*

18 Obijcitur 4. textus in *cap. solita benignitatis. 6. de Majoritate & obedientiâ.* ubi *vers. præterea.* potestas summi Pontificis comparatur soli, potestas Imperatoris verò lunæ: ergò sicut unica luna nocti præest, sic etiam unicus Imperator rebus temporalibus.

*n. cum Covarruv. d. n. 5. §. ex divino jure &c. in d. cap. 6.* non determinatè sermonem esse de potestate regiâ secundum se, & in abstracto sumptâ. Sic enim ibi dicitur. *ad firmitatem igitur cœli, hoc est, Universalis Ecclesia, fecit DEUS duo magna luminaria, id est, duas instituit dignitates, quæ sunt Pontificalis auctoritas, & regalis potestas.* ergò non loquitur textus de potestate regiâ, contractâ atque restrictâ ad personam Imperatoris, sed de potestate regiâ secundum se, & in abstracto.

Objicitur 5. t. in apibus. 41. causa 7. quest. 1. ubi scribit S. Hieronymus, 19  
*in apibus princeps unus est; græves unam sequuntur ordine literario: Imperator  
 unus, judex unus Provincia.* ergò in omni ordine debet esse princeps unus, at-  
 que aded etiam unus Imperator. n. per d.c. in apibus. plus non probari, quàm  
 regna singula unius tantum supremi Principis esse capacia. videatur *Suarez d.  
 6. 7. n. 11.*

Objiciuntur 6. lex 2. §. 23. in f. Cod. de V. F. E. & lex 7. Cod. de Bonis, 20  
*qua liberis.* in quarum primâ Imperator Justinianus ait, & ambitiosè jactat, quòd  
 tertiâ pars totius mundi sibi accreverit, ac post Europam & Asiam tota Lybia  
 imperio suo adjuncta sit: in alterâ verò dicit, quòd Imperialis fortuna omnes  
 alias superemineat.

n. 1. cù. lege 2. sententiam *Bartoli* everti, non stabiliri, infirmari, non fir-  
 mari. Si enim pars orbis tertia duntaxat Justiniano accrevit, rectè inferitur,  
 quòd non fuerit dominus universi orbis.

n. 2. ad l. 7. Cod. de bonis, qua liberis. Imperialem fortunam sat super-  
 eminuisse omnes alias ex eo, quia amplissimam jurisdictionem exercuit in ma-  
 jorem partem mundi omnibus cognitam. *Suarez d. n. 11. in f.*

Objicitur 7. cùm Carolus Magnus à Leone III. Summo Pontifice anno à 21  
 partu Virginis 800. ipso die sanctissimo natalis Domini, Romæ in Vaticanâ S.  
 Petri Basilicâ evectus fuit ad Imperium Occidentis, vi translationis illius accre-  
 vit Carolo jus ac dominium in universum terrarum orbem. ergò potest Impe-  
 rator Jus ac dominium in universum terrarum orbem prætereendere. n. neg.  
 antec. tantum enim abest, ut vi illius translationis Carolo jus ac dominium in  
 universum terrarum orbem accreverit, ut eidem nè quidem ea omnia accesserint,  
 quæ imperitante Augusto vel Trajano Cæsare concludebantur ambitu Romani  
 Imperij. nam cùm decursu temporis plures Provincie à Romanis desciverint,  
 vel titulo belli abstractæ fuerint, ut Romanis in Provincias illas nihil juris ma-  
 neret reliquum, neque in Carolum juris aliquid in provincias illas conferri po-  
 tuit. accessit igitur Carolo vi memoratæ translationis 1. titulus Imperatoris,  
 ac cum hoc titulo prærogativa honoris inter omnes orbis Christiani Principes.  
 hætenus enim apud omnes Christiani orbis populos Augustum nomen Cæsa-  
 ris dignitate atque eminentiâ prævaluit nomini regio, ac, licet non pauci Cæsa-  
 rum principibus aliis potentiâ cesserint, dignitate tamen & amplitudine hono-  
 ris nullus cessit. nec immeritò! nam eminentiæ dignitatis cæsareæ suffragatur  
 communis christianarum gentium consensus, quo primatus quidam honoris ei-  
 dem constantissimè delatus fuit. 2. vi translationis illius accessit Carolo jus  
 in reliquias Romani Imperij, puta, in urbem Romam, ac provincias vicinas.  
 Confer *D. Gletle p. m. in selectis Juris publici cap. 4.*

Planè spectatâ modernæ Reipublicæ facie, legem universalem pro toto Im- 22  
 perio non solus Imperator condit, sed Imperator cum Electorum, & reliquorum  
 statuum



statuum suffragio. Ita testantur omnium Recessuum Imperialium Constitutiones, in quarum fine plerumque hæc clausula legitur: Wir Churfürsten / Fürsten &c. bekennen/ daß alle obbeschriebene Puncten und Articul/ mit unserem guten Wissen/ Willen und Rath fürgenommen/ geschehen/ auffgerichtet/ tractiret/ geordnet/ und beschlossen seynd. videantur *Recessus Imp. de anno 1521. §. 39. de anno 1541. §. 82. de anno 1542. §. 44. de anno 1548. §. 107. de anno 1576. §. 122. & alij.* Similiter Instrumentum Pacis Cæsareo-Suecicum, Osnabrugis anno 1648. erectum, in legibus ferendis omnium statuum suffragium & consensum exigit, *artic. 8. §. gaudeant.* 2. ibi: *gaudeant* (omnes videlicet, & singuli Electores, Principes, & status Imperij Romani) *sinè contradictione jure suffragij in omnibus deliberationibus, præsertim ubi leges ferenda, vel interpretanda &c.* Idem cavent Capitulationes Cæsareæ, Leopoldina *art. 2. & 38.* Josephina *art. 2. & 37.* novissima Carolina *art. 2.* ibi: vil weniger neue Ordnungen und Befüge mercklich machen / noch allein die Interpretation der Reichs. Sagungen und Fridens. Schlusses vornemen/ sondern mit gesambter Ständen Rath und Vergleichung/ auff Reichs. Edgen damit verfahren / zuvor aber darin nichts verfügen/ noch ergehen lassen &c. Unde colligitur, nec potestatem interpretandarum Constitutionum soli Imperatori competere. *Stryck, in usu mod. Pand. tit. de ll. §. 4.* Aliud dicendum de promulgatione legum, cum consilio & suffragio Procerum Imperij conceptarum; hæc enim sit solâ Imperialis culminis auctoritate, prout serè omnes Recessibus Imperij præfixæ formulæ demonstrant: Nachdem wir uns mit denen Ständen/ und sie sich widerum ab mit uns verglichen/ so setzen demnach/ ordnen/ und wollen wir auß Römischer Kayserslicher Macht und Vollkommenheit &c. *Franc. Frid. L. B. ab Andlern Jurisprud. publ. & privat. lib. 1. tit. 3. part. 2. n. 30. Stryck ubi supra. §. 3.*

23 Tertiò legem civilem ferre possunt reges in regnis suis: potestas enim legislativa, velut nobilissima regie dominationis portio, consequitur utique potestatem regiam, à populo in Regem translata; quamvis memorata potestas pro varietate regnorum variè restringatur. *Clariff. D. Collega P. Schmier tr. de jure legali cap. 7. sect. 2. §. 3. n. 34.*

24 Quarto Regina, hæres regni, esto nubat, sinè consensu mariti, leges civiles ferre potest. tum quia ad eum pertinet potestas condendi leges, qui fulget Majestate: hæc autem fulget uxor, quam alienare, aut titulo dotis in maritum transferre non potest, cum potestas regia, in hòc delata, ut jure non alio, quam successione aut electione transeat in alios, non potest sine consensu regni, titulo dotis transcribi in maritum: tum quia uxor, habens jus Patronatûs, potest præsentare sinè consensu mariti, adèdque & leges ferre, regno convenientes. Neque officit, quòd vir dominium habeat in corpus, voluntatem, ac omnes uxoris actiones, quas illa exercere potest, *1. ad Timoth. 2. vers. 12. & 1. ad Corinth. 11. vers. 3.* consequenter poterit prohibere, ac condat legem, & à fortiori facere, ne ipse obli-

obligetur lege conditâ. nam Apostolus intelligendus est de regimine familiæ, educatione liberorum, & aliis officiis matrimonij, in ordine ad quæ mulier subest viro, absque eo quod repugnet, eandem præesse quoad gubernationem politicam Reipublicæ. Confer *Castro Palao Operis moralis pars. 1. tr. 3. disp. 1. punct. 22. §. 2. n. 6. & 7. Bonacina tom. 2. tr. de ll. q. 1. punct. 3. n. 9.*

Quintò leges civiles potest condere Princeps etiam infidelis aut hæreticus; 25  
cùm enim donum fidei sit supernaturalis, potestas legislativa verò merè naturalis, ideo illud in subjecto suo non desideratur.

Sextò infans, aut furiosus, legitimus coronæ successor, cùm mortuo Pa- 26  
tre protinus Majestate fulgeat; quamvis interim, donec curam boni publici sustinere valeat, tutores vel curatores, tanquàm administri, regnum moderentur.

Septimò leges civiles ferre possunt perfectæ communitates & Respublicæ, 27  
v. g. Veneta, Genuensis &c. pro suis saltem subditis & territoriis, cùm ejusmodi communitates summâ potestate polleant, & sine potestate legislativâ subditos gubernare non possent. Neque dicas: Respublicas transtulisse suam Potestatem in ducem, ita ut hic, non illæ, possit condere leges. nam ÿ. Respublicas regulariter non solere omnem suam potestatem transferre in ducem, sed admixtam retinere potestatem, ita ut nec communitas sine duce, nec Dux sine communitate possit leges ferre, sed totum corpus cum capite. confer *Palao d. §. 2. n. 10. Bonacina d. punct. 3. n. 10.*

Octavò, licèt Electores, Principes, & reliqui sacri Rom. Imperij status, 28  
Majestate destituantur, proindeque legem strictè dictam ferre nequeant. *arg. l. ult. §. 1. Cod. de ll. quia tamen juxta vulgatam DD. Theoricam, tantum possunt in ditionibus suis, quantum Imperator in Imperio; ideo vi superioritatis territorialis, Krafft Lands hoeh Obrigkeit / Lands Hoehheit / und Herz lichkeit ordinat ones Provinciar, seu leges locales & provinciales, germ. Lands Recht / Lands-Ordnung / Land-Besäg / liberè conscribunt ac statuunt, quæ in decisione causarum, inter Provinciales controversarum, observari jubentur in Ordinat. Camerae part. 1. Tit. 57. Nicol Myler ab Ehrenbach de Principibus & Statibus Imp. part. 2. cap. 39. n. 2. & 13. Theodor Reinking tr. de Regimine sacul. & Ecclesiast. lib. 1. Class. 5. cap. 6. n. 7. Schrad. de feudis p. 2. 9. part. princip. sect. 10. n. 37. Severinus de Monzambano, aut verius Samuel Puffendorff de statu Imperij Germanici. cap. 5. §. 13. & ibi Joan. Georg. Kulpis. Lauterbach. ff. de ll. §. 5.*

Eâdem autoritate legislativâ instructa est immediata Imperij nobilitas Franconica, Rhenana, & Suevica, die unmittelbare Franckische / Rheinishche, und Schwäbische Ritterschafft. licèt enim Nobiles hi immediati hodie non sint status Imp. rii, cùm non habeant votum & sessionem in Comitibus, interim tamen æquè, ac status Imperij, jure territoriali, consequenter & potestate nomotheticâ fruuntur. Patet hoc ex Capitulat. Leopold. & Josephinâ

art. 3. nec non Carolinâ art. 4. inf. Instrument. Pac. Osnabrug. art. 5. §. 28. ubi liberæ & immediatæ Imperij Nobilitati tanta prærogativa, præminencia, & superioritas, quanta statibus Imperij, tribuitur. Vid. *Limn. ad Fus Pub. lib. 6. cap. 3. & in addit. ad idem caput. Simold Schüz. ad Fus Pub. lib. 1. tit. 10. post. 1. 2. & 3. Carpzov. in Comment. ad Leg. Regiam Germanorum cap. 3. sect. 12. n. 8. 12. 13. & 14. Laut. ubi supra §. 6. D. Fleck in Bibliothecâ Juris civ. lib. 1. tit. 12. n. 13. & 14. in cujus fine de Carolo V. Imperatore scribit, quod solitus fuerit dicere, se in aliis suis Regnis mancipiis ac servis, sed in Germaniâ liberis hominibus ac Regibus imperare. adde Severinum de Monzambano, qui d. loc. cap. 2. §. 14. ait, immediatis nobilibus Imperij nihil deesse ad fortunam Principum, præter opes. Jungatur Stryck ubi supra. §. 5. ubi in f. eandem nomotheticam facultatem recte tribuit Civitatibus Imperialibus. Atque memorata statuta firmitatem suam obtinent, esto nec consensus Imperatoris, neque ordinum Provincialium accesserit; nisi fortè cujusque regionis antiqua observantia, aut pacta, inter dominum territorij, & ordines provinciales cõventa, horum consensum necessariò importent. Myler d. cap. 39. n. 9. & 2. seqq. Schrueder in introductione ad jus publ. part. special. sect. 2. cap. 13. n. 3. Coccejus in Jurisprud. publ. cap. 23. §. 1. n. 4.*

29 Quæritur 3. an status Imperii etiam possint condere statuta, juri communi contraria? Sunt, qui cum Nicol. Myler d. cap. 39. n. 4. & 5. inter jus commune distinguant, ac juri quidem Justiniano, publicè in Imperio & Provinciâ recepto, sanctionibus provincialibus statuum Imperii repudium dari posse, admittant, e contra negent, subsistere statuta, publicis Imperii legibus, communi Principum & statuum suffragio latis, puta, Recessibus Imperii, contraria. sed

11. Cum Stryck. ubi supra §. 7. & 8. juri communi indistinctè per dicta statuta derogari posse. Prob. 1. ex Ord. Cameræ de anno 1555. d. part. 1. tit. 57. ibi: nach reblichen / ehrbaren / und ländischen Ordnungen / statuten, und Gewohnheiten / der Fürsten-Thumen / Herrschafften / und Bericht / die vor sie bracht werden/ &c. id quod etiam experientia docet, quâ deprehendimus varia statuta de successione ab intestato, de solennitatibus testamentorum & contractuum, de jure retractûs, unione prolium &c. Juri communi Justiniano repugnantia, in Imperio Romano - Germanico lata. Prob. 2. ex pragmaticâ Imperii sanctione novissimi Recessûs Imperii de anno 1654. §. benebens sollen. 105. ibi: Sollen Cammer-Richter / Præsidenten und Beyfiger bey administration der heylsamen Justiz so wol die statuten und Gewohnheiten / als die Reichs- Abschied und gemeine Rechten vor Augen haben / und wol beobachtet/ &c. cum ergo, in receptione juris romani, statibus pristina jura reservata fuerint, poterunt juri liberè recepto renunciare, ac prioribus vel novis legibus uti, si id utilitati subditorum suorum magis proficuum censuerint. Prob. 3. ex eo, quod

quodd in Imperio vix reperitur Provincia, in qua non habeantur statuta & consuetudines, publicis Imperii sanctionibus adversantes.

Dices 1. Jus Justinianicum si non expressa, certe tacita quadam conventione statuum Imperii cum Imperatore, pro jure communi receptum fuit: ergo non stat in arbitrio unius ex statibus, eodem jure amplius uti velit, an nolit.

2. Dist. conseq. quoad administrationem Justitiæ in causis, quæ status Imperii cum aliis Imperii civibus vel statibus intercedunt, concedo, quoad administrationem Justitiæ in territorio, sive respectu suorum subditorum, nego. postquam certum jus commune recepit Imperium, non potest aliquis statuum se nexu illius eximere, nec est in arbitrio ejus, quæ lege in imperio Romano vivere cupiat. at cum nulla publica Imperii vel lex, vel conventio suppetat, vi cuius unusquisque statuum in suo territorio eodem jure uti debeat; nihil ob stare videtur, quo minus Justiniani juris usus in territorio tolli, & novâ legislatione necessitatibus subditorum succurri valeat.

Dices 2. Omnes Imperii Recessus solenni illâ Principum contestatione concluduntur: *Wir Chur. Fürsten / Fürsten / gereden / und versprechen auch in guten / wahren / treuen / die obbeschriebene Puncta / und Articul stet / fest / aufrichtig / und unverbrüchlich zuhalten / zu vollziehen und denen nach allen unsern Vermögen nachzukommen / und nachzuleben.* ergo &c.

3. Ejusmodi promissionibus de servandis juribus & legibus Imperii regulariter tantum stringi status, quatenus inter ipsos negotium versatur, non autem, quod minus quoad subditos suos, generales illas Imperii sanctiones, & exigentias, & necessitates cujusvis territorii, restringere, vel mutare possint.

## §. V.

**S**ubjectum juris civilis est communitas perfecta, quæ ex pluribus familiis coit in certum corpus politicum sub eodem regimine publico boni communis causâ. vulgò appellatur Respublica, item civitas. ratio hujus desumitur ex l. 1. 2. & 8. ff. de ll. in quibus locis habetur, quod lex sit commune præceptum, communis reipublicæ sponso, communis sponsio civitatis, ad cujus præscriptum omnes, qui in ea republica sunt, vitam instituire debent, quod jura non in singulas personas, sed generaliter constituentur. ergo jus civile non nisi in communitatem cadere potest. unde patet, differre legem propriè dictam primò à privilegio, ut quod etiam particularibus conceditur. Secundò à præcepto seu mandato, quia hoc quoque ad singulas personas dirigitur, cum quibus etiam plerumque extinguitur. econtrà lex fertur pro communitate perfecta, estque constans & perpetua, donec vel à legislatore, vel contrariâ consuetudine abrogetur. *Hawbold de F. & F. rr. 1. cap. 1. n. 2. in f. Layman. Theol. mor. lib. 1. rr. 4. de ll. cap. 1. n. ult.*

Queritur 4. Utrum Legislator obligetur legibus? ut in præsentibus quæstione distinctè procedamus, lubet certa ab incertis fecernere. Cer-

Certum itaque est 1. legislatorem obligari legibus naturalibus & divinis, nam inferior tenetur lege superioris, atqui Rex & Princeps respectu legum naturalium & divinarum æquè inferior est & subditus, ac quilibet alius, ergò &c. *P. Engel in Colleg. Juris Can. tit. de constit. §. 3. n. 27. Bachov. in Trevis. vol. 1. disp. 1. tb. 6. lit. A & B. Ungewahr exercit. Inst. 2. q. 5. in verb. nego. unde Seneca tragædus in Thyest. 609. Omne sub regno graviore regnum est.*

33 Certum est 2. legislatorem obligari legibus sui jure gentium, ratio est, quia tota Respublica obligatur his legibus, estque illis inferior & subdita, ergò etiam caput Reipublicæ, puta, Rex vel Princeps. *Josephus Gibalinus lib. 4. scient. can. cap. 8. quest. 6. §. 6. Harp. ad princ. F. de R. D. n. 128. & seq.*

34 Certum est 3. legislatorem obligari legibus regni vel Imperii jurisdictionalibus & fundamentalibus, qualis est v. g. Aurea Bulla, Capitulationes, transactio Passaviensis; instrumentum pacis &c. item lex salica in Franciâ, quæ sæminas à sceptro Galliæ excludit, juxtâ illud: *liba non nent.* ratio est, quia tales leges per se primò pertinent ad conservationem reipublicæ, ad quam Rex vel Princeps jure naturæ tenetur. *Suendendorffer ad Eckhoff. de ll. §. 14. in verb. obligantur Principes. Gibal. ubi supra.*

35 Tota difficultas est de legibus merè positivis, ab ipso principe vel antecessore latis, an illis quoque Princeps teneatur? ad quam superandam

36 Prænotandum, duplicem esse vim legis, directivam & coactivam. directiva dicitur, quâ conscientia obstringitur. Coactiva, quâ transgressores pænæ temporali redduntur obnoxii.

37 Vis directiva rursus vel stringit directè, vel indirectè. directè, si conscientiam ex voluntate legislatoris obstringat. indirectè, si eandem obstringat occasione legis. ut ecce! subditus tenetur lege, pro territorio, in quo moratur, latâ, quoad vim directivam directè; eundem enim princeps potuit & voluit obstringere in conscientia. Econtrâ non subditus jurejurando se obstringens, quòd servare velit leges alienæ provinciæ, tenetur iisdem quoad vim directivam indirectè, quia tenetur vi juramenti, occasione legis præstiti. hoc prænotato

38 Dico I. si materia legis non est communis principi ac subditis, tunc lex nullo modo obligat principem; sed solos subditos. v. g. lex de non gestandis armis, vel lex, quâ subditis usus purpuræ interdicitur &c. nè quidem indirectè porrigitur ad principem. probatur: rectæ rationi adversatur, principem subditis suis in iis se conformare, quorum observantia non decet statum ac dignitatem principis. ergo si materia legis non est communis principi ac subditis, lex nullo modo obligat principem, sed solos subditos. confirmatur: potest ferri lex pro solâ plebe, quâ nobiles non teneantur, utpotè ipsis non accommodatâ, ergò multò magis poterit ferri lex pro solis subditis, quâ non teneatur Princeps, quia decet, caput Reipublicæ in nonnullis habere quid præcipuum, neque venire in eandem

eandem fortem cum membris reliquis. *Suarez lib. 3. de ll. cap. 35. n. 2. Engel d. nom. 27. Paulus Layman lib. 1. Theol. moral. tr. 4. cap. 9. num. 1. in f.*

Dico II. quandò materia legis est communis, ita, ut observantia ejus; æquè deceat principem ac populum, fortè quod feratur lex taxans pretium frumenti, vel aliarum mercium, si præcipiatur jejunium, annua confessio &c. tunc legislator lege suâ aliquo modo tenetur. sed quo?

Dico III. Legislator non tenetur ejusmodi lege quoad vim coactivam. P. 40  
*Engel ubi supra. Layman d. c. 9. n. 2. Suarez. d. loc. n. 15. Eckolt. ff. de ll. S. 13. Fuch. 1. controuv. cap. 2. probatur 1. per l. 31. ff. de ll. ibi: Princeps legibus solutus est. Probatur 2. ratione: teneri quoad vim coactivam est ita teneri, ut quis etiã invitus cogi possit ad observantiam legis, & si contraveniat, puniri. at legislator invitus nec cogi potest ad observantiam legis, nec, si contraveniat, puniri, ergò legislator non tenetur lege suâ quoad vim coactivam. major patet ex *preced. n. 36.* minor probatur: si legislator invitus cogi posset, aut puniri, tunc vel à superiore, vel àb inferiore, vel àb æquali, vel à se ipso: nullum ex his dici potest: non à superiore, quia loquimur de supremo principe, qui proinde superiorem non agnoscit. non àb inferiore: quia inferior quã talis non potest prevalere contra superiorem. non àb æquali: quia par in parem non habet imperium. c. 20. *vers. quantumvis autem in f. de elect. l. 4. ff. de receptis, qui arbitrium. l. 13. §. 4. ff. ad S. C. Trebell.* non denique à se ipso: quia nemo sibi imperare, neque se quisquam prohibere potest *l. penult. ff. de recept. quis arbitr.* ergò &c. accedit, quòd Justitia vindicativa sit ad alterum inferiorem & distinctum à personâ punientis. undè appositè & acutè non nemo, *Imperativus, inquit, caret primâ personâ. apud etiam Ovvenus lib. 3. § 1.**

*Subditus in legem peccat, Regemque, Denique:*

*Rex peccat soli, Rex quia nempe, Deo.*

Dico IV. legislator legibus suis nè quidem quoad vim directivam directè tenetur. *Hawold rom. 1. de J. & F. tr. 1. cap. 1. controuv. 6. §. 1. n. 54. Gibal. d. §. 6. Eckolt. §. 13. probatur 1. per d. l. 31. ff. de ll. qui textus generaliter loquitur, principem legibus solutum esse, ergò non tantum solutus est quoad vim coactivam, sed etiam directè quoad vim directivam. probatur 2. ejusmodi obligatio foret omninò elumbis, utpotè quam legislator ad lubitum in se ipso mediante dispensatione tollere posset, quotiescunque vellet legem non servare, ergò legislator legibus suis nè quidem quoad vim directivam directè tenetur.*

Dico V. legislator tenetur legibus suis saltem immediatè ex quadam decentiã & honestate naturali, quatenus scilicet primò conveniens est, ut caput se conformet reliquis membris, & pars suo toti. c. 2. *dist. 8.* Secundò quatenus decet, principem subditis suis præire exemplo. *vis tuos bonos, inquit Lipsius 2. polit. 9. ipse esto; nam rectè facere. Princeps civis suos faciendo docet. ad rem canit Claudianus, dum canit:*

tunc observantior. equi  
 Fit populus, nec ferre negat, cum viderit ipsum  
 Authorem parere sibi: componitur orbis  
 Regis ad exemplum, nec sic inflectere sensus  
 Humanos edicta valent, quam visa regentis.

Claudio succinit Orvenus:

O quanta exempli generoso in principe vis est!  
 Tu vitando vetas, tu faciendo jubes.

Huc pertinet, quod dicitur à Severo & Antonino in §. ult. Inst. quibus modis te-  
 stamenta infirmantur. ibi: licet enim legibus soluti simus, attamen legibus vi-  
 vimus. & à Jureconsulto Paulo in l. 23. ff. de legat. 2. ibi: decet enim tanta  
 majestati, eas servare leges, quibus ipse solutus esse videtur. & à Theodosio  
 ac Valentiniano in l. 4. Cod. de ll. ibi: digna vox est Majestate regnantis, legi-  
 bus alligatum se principem profiteri. & paulò post: & reverà majus imperio est,  
 submittere legibus principatum.

43 Dico VI. Legislator non tenetur legibus suis, irritantibus aliquem actum  
 inter vivos vel mortis causâ. esto igitur donatio inter conjuges sit invalida, prin-  
 ceptis tamen validè donat Augustæ suæ l. pen. Cod. de donat. inter virum & ux-  
 orem. item validè donat ultra 500. solidos absque insinuatione l. 34. in f. prin-  
 cipii. Cod. de donat. quod jus non immeritò extenditur à Doctoribus ad nostri  
 Imperii principes. Carpov. Jurisprud. for. part. 2. constit. 12. def. 16. n. 3. &  
 seqq. similiter validè testator princeps sine interventu ullius solemnitatis civilis.  
 Plamold d. §. 1. n. 57.

44 Dico VII. Si per non observantiam legis præberetur scandalum, vel dam-  
 nû incurreret tertius, tunc legislator jure naturali tenetur ad hæc cavenda. hinc  
 est, quòd Imperator ex imperfecto testamento nec velit, nec possit adire hære-  
 ditatem l. 3. Cod. de testamentis &c. ejusmodi aditione enim damnatum crearetur  
 hæredibus à intestato, qui hoc ipso, quòd defunctus fecerit testamen-  
 tum imperfectum ac de jure nullum, habent jus quæsitum contra quemtuncque ali-  
 um ad hæreditatem defuncti, tanquam intestati. Suarez ubi supra. n. 25.

45 Queritur §. An Clerici, itemque Religiosi, obligentur legibus civilibus,  
 à potestate sæculari latis?

Immunitatem Ecclesiasticam in æquitate naturali fundatam esse, patet ex  
 eo, quia maximè congruit, ut ministri DEI, in sortem ejus specialiter vocati &  
 consecrati, profanâ jurisdictione eximantur. Mol. tom. 1. de J. & J. tract.  
 2. disp. 31. n. 7. à quâ tamen jure naturæ clerici exempti non sunt, cum charac-  
 ter clericalis ex se & ratione sui clericum non eximat à jurisdictione sæculari,  
 sed hominem saltem divino cultui deputet; quæ deputatio non excludit sub-  
 jectionem temporalem in ordine ad ea, quæ divino cultui non officiant, & re-  
 spectu quorum clerici se habent, ut membra communis. Id quod, missis  
 aliis,

aliis, patet ex *Concil. Trid. sess. 23. de reformat. cap. 6.* ubi quatuor minoribus ordinibus in itati quoad certos casus subijciuntur seculari jurisdictioni. *Palao part. 2. operis moralis trakt. 12. disp. un. punct. 1. n. 4.*

Planè summum Pontificem jure divino à potestate civili omninò exem-<sup>46</sup>ptum esse, ita, ut, licèt in alieno regno versaretur, leges civiles tamen illius regni nèque vi præcepti, nèque vi uniformitatis servare teneatur, tenent *Mol. d. disp. 31. n. 8. Suarez lib. 3. de ll. c. 94. n. ult. Palao d. punct. 1. n. 8.* ex ratione, quòd suprema potestas, quæ Pontifici competit in principes temporales, illos juxta exigentiam necessitatis Ecclesiæ gubernandi, non admittat, ut ipse à principe seculari, sibi subiecto, capi aut puniri possit. Quæ exemptio etiam patelcit ex illo *Matthæi 17. cap. vers. 25. & seq.* ubi, cùm à Christo exigeretur census, interrogavit Petrum, à quibus Reges tributum vel censum accipiant? à filiis suis, an ab alienis? Respondit Petrus, ab alienis. Ex quo intulit Christus: ergo liberi sunt filii. Quasi diceret, si filii Regum & Principum naturales tributum non pendunt; Ego, qui filius naturalis sum regis æterni, & domini universorum, nulli hominum tributum debeo. Quam exemptionem Christus ex privilegio extendit ad Petrum, propter specialem ejusdem prærogativam & dignitatem, ut patet ex limitatâ solutione tributi pro se & Petro jussâ, hiscè formalibus: *ut autem non scandalizemus eos, vade ad mare, & mitte hamum: & eum piscem, qui primus ascenderit, tolle & aperto ore ejus, invenies stateram: illum sumens, da eis pro me, & te.*

Personæ Ecclesiasticæ Romano Pontifici interiores itidem jure divino ex-<sup>47</sup>emptæ sunt à potestate & jurisdictione seculari in causis spiritualibus & merè Ecclesiasticis, puta, fidem, ordines, sacramenta, sacrificia, beneficia Ecclesiastica, divinum cultum, animarumque salutem concernentibus. Non enim saicis, sed Petro à Christo dictum est: *Tues Petrus &c. pascce oves meas &c.* quod ad eum verum est, ut etiam laici in judicio harum causarum à jurisdictione laicorum sint exempti, cùm causâ spiritualis sphæram jurisdictionis secularis excedat. *Palao d. loc. num. 2. Molin. ubi supra n. 2. conclus. 2. Covar. pract. quest. cap. 31. n. 2. conclus. 1.*

In causis temporalibus, puta, solutione tributorum, punitione criminum,<sup>48</sup> aliisque legibus civilibus, clericos à seculari jurisdictione jure divino absolutè exemptos esse, sustinent *Pirhing. de foro compet. n. 112. in f. P. Engel de immunit. Eccles. n. 23.* moti variis textibus juris tum divini, tum humani. Sic in veteri lege Sacerdotes & Levitæ exempti erant à jurisdictione seculari aliarum tribuum, lege solvendî tributa, *Genes. 47. cap. vers. 22. Levit. ult. cap. vers. 28. Num. 18. cap. vers. 8. & 9.* Sic legitur *Psalms. 104. vers. 15.* nolite tangere Christos meos. & *Zachar. 2. cap. vers. 9.* qui tetigerit vos, tangit pupillam oculi mei. Sic in *c. 30. de jurejur. c. 4. docensibus in 6. Concil. Trid. Sess. 25. de reformat. cap. 20.* Clerici à jurisdictione laicorum exempti esse dicuntur ipso jure<sup>49</sup> divino.



divino. Quod etiam fuerit ipsa institutio status clericalis, vi cuius clerici patres sunt, & magistri secularium, ac laicis omnibus superiores. *Can. quis dubitet 9. & seq. dist. 96.* superior autem ab inferiori judicari non potest. *cap. 6. & 16. de majoritat. & obedientia.*

49 Sed non desunt responsiones, quibus motiva hæc removeantur. Nam imprimis textus veteris testamenti quod attinet, illi post adventum Christi & promulgationem legis gratiæ vim juris non amplius habent, nisi quatenus in jure naturæ fundantur. Prophetæ verò loquuntur de injuria & violentiâ illatâ illis, qui DEO familiares sunt; non de judicio.

Decreta Pontificum intelligenda sunt de exemptione in thesi, non in hypothesis, seu in hoc, aut illo particulari casu: vel debent memorati canones exaudiri juxta morem loquendi in Jure Canonico, & Conciliis, ac decretalibus SS. Pontificum vstatissimum, quo frequenter aliquid dicitur jure divino statutum, quia à veteri lege originem duxit, vel quia ad illius exemplum inductum fuit, vel quia exemptio mediatè saltè & remotè est juris divini, vel quia jus divinum & naturale dictabat, clericos esse eximendos. Prout respondent *Covar. d. c. 31. n. 3. & Palao d. punct. 1. n. 4. in f.* vel certè, si præallegati Canones de lege propriè divinâ accipiendi essent, accipi de eâ aliter non possent, quàm quoad inhunitatem in causis spiritualibus & merè Ecclesiasticis. *Mol. d. disp. 31. n. 14.*

Quod denique de præminentia status, & superioritate clericorum dictum fuit, repugnare non videtur, quò minus clericus, ratione dignitatis clericalis regibus omnibus superior, quoad regimen politicum iisdem possit esse subiectus: quemadmodum non repugnat, patrem filio esse subditum ratione regis dignitatis, & eodem esse superiorem ratione potestatis patris.

50 Cùm igitur tantum ablit, ut lex divina exstet, quæ clericos à jurisdictione secularium eximat, ut potius in primitivâ Ecclesiâ clerici subiecti fuerint principibus secularibus. *Act. 25. cap. vers. 10. & seqq.* ibi: ad tribunal Cæsaris sto, ibi me oportet judicari &c. *ad Rom. 13. cap. vers. 1.* ibi: omnis anima potestatibus sublimioribus subdita sit. *Matthai 22. vers. 21.* ibi: reddite, quæ sunt Cæsaris, Cæsari. Et *Joan. 19. cap. vers. 11.* ibi: non haberes potestatem adversus me ullam, nisi tibi datum esset desuper; Probabilius videtur, immunitatè Ecclesiasticam esse juris humani Pontificii immediatè, quamvis in jure divino fundamentum habeat; vel quoad substantiam esse juris divini, quoad modum autem & determinationem esse juris Ecclesiastici. Voluit nimirum Christus, clerum esse exemptum à potestate laicorum, quantum necessarium erat, ac conveniens rectè gubernationi Ecclesiæ; modum autem, & determinationem hujus reliquit Pontificibus. Ita sentiunt *Suarez d. c. 34. n. 11. Covar. d. c. 31. n. 3. Palao d. punct. 1. n. 4. Mol. d. disp. 31. n. 6. & 9. Laymann Theol. Moral. lib. 4. tr. 9. cap. 8. n. 1. Magnif. D. P. Perschacherp. m. tr. de ll. q. 4. §. 4. pag. m. 150. & seq. Magnif. D. Schambogen tit. de foro compet. n. 34.* qui in hanc sententiam

sententiam idèò inclinât, quia Pontifex scit, in multis Provinciis clericos quoad temporalia jurisdictioni sæculari esse subiectos, ab eâ judicari, sententias executioni mandari; qui actus omnes habentur validi; neque Pontifex contradicit; qui tamen, suppositâ veritate alterius opinionis, essent nulli, utpotè ab incompetenti giudice facti.

Probatum autem hæc nostra sententia, in quam jam antè decennium in *select. § 1. quest. 3. n. 9.* inclinavimus, quoad primam partem ex textibus *suprà n. 4.* adductis; nec non ex Concil. Trid. *sess. 25. de reformat. c. 20.* ubi dicitur, immunitatem DEI ordinatione & canonicis sanctionibus esse constitutam. undè patet, Christum Dominum non solum contulisse Petro potestatem eximendi clericos à jurisdictione sæculari, prout Ecclesiæ conveniens visum fuerit; sed etiam specialiter præcepisse ipsi talem exemptionem.

Quoad alteram partem constat ex praxi & consuetudine Ecclesiæ, quâ immunitatem clericorum ex iusta causa restringit, ex parte diminuit, causas ac lites clericorum laicis cognoscendas delegat: quod non pòsset, si immunitas ecclesiastica esset immediatè instituta jure divino. Idem patet in causa feudali, & civili reconventionis, in quibus dominos sæculares cognoscere posse, docuit anno 1702. *select. quest. 3. & 4.* causas id genus alias adducit *Palao ubi suprà n. 4. & Paulus Laymann d. tr. 9. cap. 10. n. 2.* ubi scribit, neminem dubitare, quin S. Pontifex per speciale privilegium ob justam causam datum alicui Principi, aut magistratui sæculari, ex parte aliquâ derogare possit ecclesiasticæ exemptioni: virtute cujus ille capax sit jurisdictionis in ecclesiasticos juxta limites concessionis. Sicut decimæ eatenus sunt juris divini, quatenus deserviunt pro necessaria sustentatione ministrorum ecclesiæ; quoad quantitatem verò & modum sunt juris humani. Atque hæc de immunitate & exemptione personarum Ecclesiasticarum in genere, præmittere placuit. nunc videndum in specie de legibus sæcularibus, in quantum clerici ab iisdem sint immunes & exempti? ubi

Respondeo 1. Si leges civiles expressè & nominatim disponant de personis & rebus ecclesiasticis, præcipiendo, vel vetando; ejusmodi legibus non obligari clericos, sed leges illas ipso jure nullas esse, esto etiam respiciant favorem & commodum clericorum. *cap. 10. de constit. arg. l. ult. ff. de jurisdic. Laymann lib. 1. Theol. moral. tr. 4. c. 13. n. 2. P. Engel tit. de constit. §. 3. n. 35. P. normit. in d. c. 10. n. 10. Barbosa ibid. n. 5.*

Neque obstat 1. quòd antiqui Imperatores, etiam catholici, ut ipsemet, Justinianus, jurisdictionem ecclesiasticam usurpaverint, ac in Codice & Novelis speciatim disposuerint de Ecclesiis, Episcopis, clericis, monachis, eorumque rebus, jubendo vel vetando, item quòd electionibus summorum Pontificum accesserint, ut patet ex *can. 21. & duobus seqq. dist. 63.* Nam R. cum *Henrico Caniso ad c. 10. de constit. n. 7.* tunc temporis Pontifices ob potentiam Imperatorum, quibus defectu virium resistere non valebant, illud dissimulasse, non

approbasse; quamvis constitutiones, à memoratis Imperatoribus emissæ, ab solute, & semper fuerint invalidæ, utpote latæ à non habentibus potestatem ferendi. *d. cap. 10. de constit. can. 1. dist. 10. can. 1. dist. 96.* quinimo Ludovicus Imperator juri eligendi S. Pontificis renuntiavit iterum, si aliquid fuit. *can. 30. dist. 63.* & Gregorius VII. omnino abrogavit. vid. *Illustr. Franc. Frideric. ab Andler in Jurisprud. quæ publicæ, quæ privata. lib. 1. tit. 5. part. 1. n. 17. & seq.* nec non Clariss. ac Colendiss. Collegam *D. P. Franciscum Schmier tr. Jurid. de modis acquirendi & amittendi Prælaturas ecclesiasticas cap. 1. sect. 4. §. 1. n. 391.*

§4 Neque obstat 2. quòd ipsi nostri Catholici Principes v. g. Germaniæ, maxime verò Rex Galliæ, in multis se immisceant jurisdictioni ecclesiasticæ, circa res & personas ecclesiasticas disponendo. n. enim, hoc fieri vel ex Pontificis concessione tacitâ vel expressâ, ex Jure advocatiæ, in Germaniâ vigore concordatorum, vel etiam aliquando malè. Confer *Eminentiss. Sfrondrati in tract. de libertat. Ecclesie Gallic. lib. 12. cap. 6. & 7. Palæ operis moralis part. 1. tr. 3. disp. 1. punct. 24. §. 6. n. 9.*

§5 Planè leges illæ, quæ expressè (idem est, si tacitè, puta, generali ecclesiarum usu & consuetudine firmatæ sint) jure canonico receptæ, & approbatæ sunt, àb assertionem nostrâ *suprà n. 5 2.* excipiuntur. *d. c. 10. de constit. ibi: nisi àb Ecclesia fuerit approbatum &c.* intellige, statutum sæcularium. quâ approbatione secutâ leges non valent ex vi potestatis sæcularis, sed ex autoritate Pontificis approbantis, qui inutile reddit utile, & infirmum facit firmum. vid. *cap. 6. Apostolica. 22. de præbend. in 6. can. 1. dist. 10. & dist. 96.* notanter dico, *ex autoritate Pontificis approbantis.* nam inferior potestas ecclesiastica non potest leges civiles canonizare seu approbare pro foro canonico, sed hoc potest solus Papa. *Azor, Layman, Suarez, Decius apud Hannover de F. & F. tom. 1. tr. 1. cap. 10. contr. 6. §. 4. n. 81. P. Engel d. n. 35.*

§6 Similiter excipiuntur leges civiles, continentes merum favorem & privilegium, absque omni obligationis vel præcepti onere, quales sunt *auth. quas actiones. Cod. de SS. Ecclesiis.* ubi contra Ecclesiam Romanam tantum centenaria, contra alias Romanâ inferiores non nisi quadragenaria præscriptio admittitur. *auth. item nulla communitas. Cod. de Episcopis & clericis.* ubi Ecclesiæ & personæ ecclesiasticæ àb exactionibus & oneribus realibus, per sæculares Magistratus imponendis, liberæ pronunciantur. *Nov. 5. cap. 5.* vi cujus bona, ingredientium monasteria sine præviâ dispositione, acquiruntur monasteriis &c. tales enim leges subsistunt. ratio est, nè, quod in Ecclesiæ favorem est introductum, scilicet privilegium exemptionis, detorqueatur in odium, contra *c. 61. de R. I. in 6.* & quia privilegium dans non exerceat Imperium vel superioritatem in privilegiatum; cum privilegium etiam non subditis dari possit, & nemo ad ejus acceptationem, usumvè cogatur. *Laymann d. c. 13. n. 3. P. Engel in f. proam. Juris Can.*

Respondeo 2. Si leges civiles non disponunt specificè de personis & rebus ecclesiasticis, sed sonant generaliter, nec adversantur immunitati ecclesiasticæ, nec dedecent statum ecclesiasticum, sed habent materiam communem clericis & laicis, convenientem rectæ gubernationi Reipublicæ; ut sunt leges, quæ prohibent frumentum, vinum &c. evehi ex provinciâ, quæ taxant pretia rerum, quæ præscribunt certum modum ædificandi, contrahendi &c. tunc clerici obligantur illis legibus. *Mol. d. disp. 31. n. 15. Palao d. §. 6. n. 1.* ubi citat *Vasquez, Sayrum, Covar. Salas. Bonacinam, Bellarminum &c.* Sed quomodo?

Respondeo 3. non obligari illos quoad vim coactivam. *Suarez d. c. 34. §. 8. n. 15. Palao d. loc. n. 7.* citans in fine plures. *Layman d. c. 13. n. 4. P. Illung Theol. pract. tr. 1. disp. 2. art. 2. §. 3. n. 29.* & DD. communiter. hinc quamvis clerici transgrediantur tales leges, & transgrediendo peccent, non possunt tamen ob id puniri à potestate sæculari, sed tantum à superioribus suis ecclesiasticis, pœnâ vel per legem civilem statutâ, vel aliâ arbitrariâ. *Suarez d. c. 34. n. 18. Bonacina Theol. moral. tom. 2. disp. 1. de ll. quæst. 1. punct. 6. n. 30. Laymann d. loc. ratio est ipse defectus jurisdictionis in sæculari legislatore respectu ecclesiasticorum d. c. 10. de constit. c. 4. 8. & 17. de jud. c. 2. de foro compet. in 6.* atqui vis coactiva necessariò supponit jurisdictionem directam, sine quâ executio legis fieri non potest, ergo &c. unde inferitur, ecclesiasticos non obligari legibus civilibus, irritantibus aliquem actum, vel reddentibus personam ad aliquid inhabilem ob delictum; cum hæ leges sint pœnales, & quoad hoc vim coactivam contineant, ut cum alijs notant *Navarrus apud Laymann d. c. 13. n. 5. Bonacina d. loc. n. 33. P. Engel d. n. 35.*

Respondeo 4. Neque obligari clericos legibus civilibus quoad vim directivam directè, & vi legum à potestate sæculari laturum. ita Authores mox citandi responsione sequenti. ratio est, quia laici nullam omninò potestatem habent in clericos, neque coactivam, neque directivam seu obligativam in conscientia; idque propter omnimodam exemptionem clericorum à potestate sæculari *cap. 4. de cens. in 6. Trid. sess. 25. de reformat. c. 20.* addatur *cit. cap. 10. de constit. & seqq.* Neque refert, quòd ecclesiastici sint cives & membra Reipublicæ sæcularis: nam hoc lato tantum sensu verum est: sunt enim cives & membra, sed alterius ordinis, & exempta à jurisdictione politicâ seu temporali, per textus citatos. quemadmodum nobilis, esto n. membrum sit communitatis, non tamen observare tenetur leges, à quibus propter nobilitatem censetur legitime exemptus. Undè assertio nostra ulterius sic probari potest: de quo lex expressè disponere non potest, id in generalibus terminis nequit comprehendere quod enim quis non potest in specie, nec potest in genere. *arg. l. 21. §. pen. ff. ad municip. de incolis. cap. 21. de sent. excommun. Bartol. ad l. si quis sub. conditione. 7. ff. de condit. instir. in f. Roman. consil. 209. pro verificatione. n. 2. Joan. Otto Taber in thesauru locorum communium lib. 7. cap. 2. axiom. 13.* atqui ob defe-

defectum jurisdictionis non potest lex in specie disponere de ecclesiasticis: ergo nec in genere poterit illos suâ dispositione comprehendere. accedit, quod major sit species subjectionis, si quis generalibus terminis legis comprehendatur, quam si de eo specificè mentio fieri debeatur, juxta textum in *cap. 6. de rescriptis & cap. 4. de sent. excommunicat. in 6.*

60. Dissentit *Palao d. §. 6. n. 6.* existimans, clericos memoratis legibus per se & directè obligari. modus, quo ille discurret, est ferè sequens: clerici nec divino, nec humano jure exempti sunt à gubernatione politicâ Reipublicæ; ergo legibus, respicientibus communem politicam gubernationem, æquè tenentur, accives reliqui. antecedens quoad jus divinum probat ex S. Codice, & S. Chryostomo. & quidem ex S. Codice, quia in *epistola ad Rom. 13. cap. vers. 1.* dicitur, *omnis anima potestatibus sublimioribus subdita sit.* ex S. Chryostomo verò, quia hic *hom. 23. ad Rom.* ubi præcitata Pauli verba expendit, eadem ad clericos extendit, dicens, etiamsi Apostolus sit, Evangelista, Propheta, sive quisquis tandem fueris; nec enim pietatem subvertit ista subjectio: & paulò superius dixerat, Christum leges suas non ad hoc induxisse, ut politicas evertat, sed ut ad melius instituat. porrò quoad jus canonicum ostendit antecedens hoc modo: tantum abest, ut clerici jure canonico exempti sint à gubernatione politicâ Reipublicæ, ut eodem clericis potius præcipiatur observatio legum civilium. Sic in *cap. 1. de N. O. N. ædificium*, post nuntiationem novi operis constructum, demoliri jubetur, additâ ratione, quia legalibus constitutionibus demoliri debet. Sic in *cap. 12. de arbitris.* sententia excommunicationis declaratur nulla, eò quod lata fuerit adversus eum, qui secundum leges civiles non tenebatur stare sententiæ latæ àb arbitris. Sic in *can. 1. 7. & 9. distinct. 10.* promittunt Pontifices, se facturos, ut leges Imperatorum serventur.

61. Verùm displicet discursus iste non uno ex capite. Præterquam enim, quod Paulus in *epist. ad Rom.* in genere saltem dicat, quemque teneri obedire suo legitimo superiori, laicum laico, ecclesiasticum ecclesiastico; patebit etiam ex dicendis infra, obligationem legum civilium, quibus clerici tenentur, ultimatè provenire ex approbatione Summi Pontificis: quem explicandi modum præferendum esse obligationi directæ, quam adstruit *Palao*, patet 1. ex eo, quia sic ex unâ parte obtinetur idem finis, nimirum debita conformitas totius corporis politici, quod ex laicis & clericis coalescit: & ex alterâ parte perfectiùs salvatur immunitas Ecclesiastica. 2. Quia vis directiva legum rectiùs fundatur in jurisdictione conjunctâ cum vi coercitivâ seu punitivâ; atqui hæc posterior vis in personas ecclesiasticas, non est conjuncta cum jurisdictione civili, est autem conjuncta cum jurisdictione ecclesiasticâ, ut diximus *n. 58.* ergo etiam vis directiva legum civilium rectiùs fundatur in jurisdictione ecclesiasticâ, extendente prædictam obligationem legum civilium in personas ecclesiasticas. 3. Quia principes & judices seculares valdè affectant & extendunt jurisdictionem in cleri-

clericos; unde periculum erat, ne, si dicantur habere propriam, veram, & directam jurisdictionem in clericos, eosdem legibus suis obligandi, potestatem hanc ad plures leges extendant, quam statui clericorum conveniat. Satius itaque est, omnem ecclesiasticarum personarum obligationem ad potestatem ecclesiasticam revocare, prout mox amplius revocabimus.

Respondeo *§*. Clericos obligari dictis legibus saltem indirectè. ita *Suarez* 62 d. c. 34. n. 13. *Illung* d. §. 3. n. 28. *Layman* d. cap. 13. in f. *P. Engel* d. n. 35. *P. Mezger* tr. de ll. cap. 5. §. 5. n. 5. *D. Glesle Jurisprud. fundament. lib. 1. tit. 2. cap. 4. §. 5. n. 13. & 14.* cum aliis. quæ tamen obligatio non provenit adquatè & unicè ex lege naturali, obligante ad conformitatem tenendam cum laicis in eadem Republica, cujus & clerici aliquo modo membra sunt *arg. can. 2. dist. 8.* Sed ultimatè provenit àb approbatione Summi Pontificis, qui hoc ipso, dum nihil innovat in illis materiis, & tamen clericos vult admitti in partem communitatis, & mutua commercia cum laicis, censetur, imò debet velle, ut etiam servant prædictas leges, æquè ac laici; quia sine hac obligatione non expediret, illos ita admitti, ut per se patet: cum ergo Summus Pontifex unum vult, vult etiam reliqua, connexa cum illo.

Colligitur hæc assertio ex famoso c. 1. de N.O.N. ibi: *sicut leges non dedignantur sacros canones imitari, ita & sacrorum statuta canonum principum constitutionibus adjuvantur.* Sensus est, quòd, ubi canones nihil speciale statuunt, recipiant ea, quæ leges civiles statuerunt in aliqua materia, & secundum illas judicent, non aliter, acsi Juri canonico essent insertæ. Atque hæc est generalis approbatio, vi cujus Clerici ejusmodi legibus tenentur, & secundum quas judicandi sunt, non à judice laico, sed àb Ecclesiastico. Similis approbatio habetur in cap. 28. de privilegiis. ibi: *sanè licet sancta Ecclesia legum secularium non respiciat famulatum, qua aquisitis & justitia vestigia imitantur &c.* Addantur c. 12. de arbitris. can. si adversarium 7. cum duobus seqq. dist. 10. *Felician. de Oltivo* tr. de foro Ecclesia pars. 1. quest. 36. n. 3. & seqq. ubi ex hac sententiâ varias illationes facit.

Neque dicas cum *Paleo* d. §. 6. n. 5. in f. quòd, si prædictæ leges civiles vim obligandi haberent præcisè ex approbatione Summi Pontificis, laica potestas ob generalitatem approbationis facilè præsumere posset, suas leges etiam in ordine ad poenas in illis statutas, fuisse canonizatas, & clericos à se puniri posse nomine & autoritate Summi Pontificis. Contra enim est, quòd hæc præsumptio elidatur manifestis juribus, quibus omne judicium personarum ecclesiasticarum ad tribunal ecclesiasticum trahitur; uti patet ex iis, quæ traduntur de privilegio fori, & immunitate ecclesiasticâ; nec non ex capitulis allegatis, ubi Pontifex non remittit causas judicandas ad magistratum laicum, quod signum est, hunc non agnosci pro judice delegato.

64 Quæritur 6. Utrum Peregrini vel advenæ obligentur legibus alieni territorii, locivè, per quem transeunt sine animo ibi domicilandî? Obligationem legis se non extendere, neq; se extendere posse ad subditos extra territorium existentes, ita, ut extra illud agentes contra legem, incurrant culpam & pœnam legis, probabilius tenent *Franc. Suarez lib. 3. de ll. cap. 32. n. 3. Clariss. D. P. Jacobus Illung in arbore scientia boni & mali, seu Theol. pract. tract. 1. disp. 2. art. 2. §. 3. n. 23.* dicentes, esse communem. *Paulus Laymann lib. 1. Theol. moral. tract. 4. cap. 11. n. 1.* dicens, esse communiorem. *Schambogen ad tit. F. C. de constit. n. 31.* & plures apud *Sanchez lib. 3. de Matrimonio disp. 18. n. 18.*

65 Probatur per cap. 2. de constitutionibus in 6. ubi dicitur, subditum furantem extra territorium non ligari excommunicatione sui Episcopi, in furantes lata: additâ ratione, quia extra territorium jus dicenti impunè non parerit; quæ ratio desumpta est ex *l. ult. ff. de jurisdictione.* quod ulterius declaratur hoc modo: agentia physica non possunt vim agendi extendere ultra sphæram activitatis suæ, cum limitata causa limitatum producat effectum; ergo neque agentia moralia, v. g. legislator potestatem suam extendere poterit ultra limites sui territorii, quia limitata causa limitatum producit effectum. appositè Poëta cecinit:

*Rex extra patriam vel maximus haud habet ullum*

*Imperium: in patria nemo propheta fidem.*

Ex hoc asserto plures illationes deducit *Tomas Sanchez d. disp. 18. n. 19. & seqq.* ubi videre licet.

66 *Ferdinandus de Castro Palao operis moral. part. 1. tr. 3. disp. 1. punct. 24. §. 5. n. 21. & seq.* ac alii, apud eum dissentientes, objiciunt 1. subditus, etiam extra territorium existens, manet nihilominus subditus, quamdiu non mutat domicilium *arg. l. 78. §. ult. ff. de legatis 3.* ergo adhuc obligatur legibus territorii sui; quia radix & fundamentum obligationis legalis est subjectio. 2. Ad antec. manere quidem subditum quasi radicaliter & in habitu, non verò in actu, quoad usum seu exercitium in ordine ad servandas leges territorii, cum extra illud constitutus sit in loco, quo legum vis ac potestas non potest pertingere. *Suarez ubi supra. n. 7.*

67 Objic. 2. subditus extra territorium obligatur præceptis sui superioris, ut si v. g. superior alicui imponeret præceptum non ludendi aleis, talis violaret præceptum, etiam extraterritorium ludens aleis: ergo idem dicendum de legibus; cum lex non sit aliud, quam commune præceptum. *l. 1. ff. de ll. R. Concesso antecedente negando consequentiam.* ratio disparitatis inter præceptum specificè sumptum, & legem est, quòd lex ultimè respiciat felicitatem territorii, in quo legislator constitutus est caput, ad illam legibus suis procurandam. unde non accepit aliam potestatem ferendi leges, quam qualis & quanta necessaria est ad ejusmodi felicitatem obtinendam; ad hanc autem, per se loquendo, nihil videtur conducere potestas ligandi subditos extra territorium, quia trans-

gres-

gressio legis extra territorium per se non incommodat territorio transgressoris, sed fortè felicitati loci, ubi transgressio fit. econtra præceptum ultimò respicit bonum subditi, & promotionem propriæ ejus felicitatis, ut est persona particularis & privata, cui expedit, ut præcepti obligatio ossibus ejus inhzreat, & ut possit ubique locorum obligari. *Hanbold de F. & J. tom. I. tr. I. cap. I. controu. 6. §. 2. n. 63.*

Pianè illud non est necesse, ut transgressor semper physicè existat intra territorium; sed potest committere in legem territorii etiam extra illud positus, si nempe alibi facit, ut in territorio ponatur actus prohibitus, vel non ponatur actus præceptus. ibi enim censetur aliquis delinquere, ubi non facit, quod ibi facere deberet *arg. l. 121. ff. de R. I. ubi Paulus ait: qui non facit, quod facere debet, videtur facere adversus ea, quia non facit. & qui facit, quod facere non debet, non videtur facere id, quod facere jussus est.* Sic si v.g. subditus territorii A. existens in territorio B. globo trajiceret Mevium existentem in territorio A. talis reverà incurreret pœnam, lege territorii sui in homicidas latam, quia existit virtute, & secundum causam proximam in territorio, adeoque moraliter censetur delinquere. Ex eodem fonte fluit, valere statuta prohibentia exerceri mercaturam extra territorium, laborare in partibus hæreticorum, lustrare exterarum provinciarum, unde non nisi mali mores, animus malè proprio principi, exteris verbè benè affectus, hæreses, ac vacua marsupia referuntur, in magnum dispendium ac perniciem proprii territorii. *Magnif. D. P. Benedictus Pestschbacher p. m. tr. de R. §. 4. art. II. §. 2.* Ex eodem principio deducitur, statuto municipali obligari posse absentem subditum ad id, quod cedit in magnam utilitatem municipii; & puniri, si id non faciat; quia tunc non punitur propter delictum extra territorium commissum, sed intra: injuria enim, offensa, & damnum municipio proveniens, intra territorium censetur factum moraliter, licet physicè extra fiat. *Palae d. puni. 24. §. 5. n. 16.* Confirmantur isthæc ex variis legibus Codicis, ut *l. ult. Cod. quæres exportari non debeant.* ubi Imperator Martianus sub comminatione confiscationis bonorum, & pœnæ capitalis prohibet, nè ullus præsumat, alienigenis barbaris cujuscunque gentis loricas, scuta, arcus, sagittas, spathas, gladios, vel alterius cujuscunque generis arma venundare. Item *l. 4. Cod. de commerciis & mercatoribus.* ubi Imperatores Honorius & Theodosius itidem sub pœna confiscationis bonorum, amissionis specierum, & sempiterni exiliæ prohibent, nè cives Romani commercia instituant cum Persis, Romano Imperio non subjectis. Nec non *l. pen. Cod. de pœnis.* ubi prælaudati Imperatores capitale judicium iis decernunt, qui scientiam conficiendarum navium hostibus communicant. Ratio horum omnium est, quia Princeps debet posse plenè præcavere per leges, delicta & incommoda in suo territorio; quod tamen non posset, nisi etiam absentes quoad personam quidem, præsentibus verò per causam proximam pœnis abstertere posset. *P. Illung d. §. 3. n. 27. Hanbold d. §. 2.*



d. §. 2. n. 58. & 72. Clariff. D. Gleisle p. m. *Furisprud. fundamenta tit. 2. cap. 4. §. 1. n. 16.* qui ex hæcenus probatis ulterius infert, etiam subditum absentem teneri lege, quâ jubetur, ut singulis annis cives omnes conveniant, ac principia aut Magistratui juramentum subjectionis præstent. Similiter poenam rotæ, in loco domicilij beneficij præstitutam, incurrere subditum, si ex alieno territorio venenum transmittat.

69 His præmissis ingreditur principalis controversia, teneanturne peregrini vel advenæ legibus alieni territorij, per quod transeunt sine animo, ibidem figendi domicilium? ubi Respondeo I. teneri servare leges, conditiones, & solemnitates in loco transitûs, circa contractus ibi ineundos, constitutas. *Sanchez d. disp. 18. n. 10. Leymann d. tr. 4. cap. 12. n. 4. inf. P. Engel de confis. n. 32.* ratio est, tum quia locus contractûs tribuit forum contrahentibus. *l. 19. §. 1. & 2. ff. de jud. cap. ult. de foro competenti. & c. 1. §. contrahentes. eod. in 6.* tum quia contractus, similesvè actus regulantur secundum jura loci, ubi celebrantur. *l. 6. ff. de civit.*

Hinc est, quod peregrini teneantur pretium mercibus signatum servare, solvere gabellâ, vel aliud quodcumq; onus contractui annexum: sive in propriâ personâ, sive per procuratorem, nunciû, aut epistolam contrahatur. *Palao d. pinc. 24. §. 3. n. 3.* Excipiunt ab hac doctrina *Sanchez, Bonacina, Sâerez &c.* contractû dotalem, in quo, dicunt, non attendi solemnitatē loci, in quo celebratur; sed loci, in quo vir habet domicilium *l. 65. ff. de jud.* quam tamen exceptionem *Palao & Hænnoldus* non admittunt. unde operæ pretium fuerit, ostendisse, quo sensu verum sit, quod locus contractus contrahentibus forum tribuat.

70 Regulariter itaque, ubi quis contraxit, ibi etiam conveniri potest. *l. 2. §. 4. d. l. 19. §. 1. & 2. ff. de jud. l. 1. & 3. ff. de Rebus auctoritate judicis possidentis. c. 1. §. contrahentes. de foro competenti in 6.* ratio duplex assignari potest, tum quia ea censetur esse lex obligationis, ut, quo pacto contracta fuit, eodē & dissolvatur: quem igitur locum partes obligationi contrahendæ præfixerunt, eundem & dissolvendæ censentur destinâsse. *arg. l. 35. ff. de R. F.* tum quia in loco initi contractûs haberi possunt certissima rei gestæ documenta, adedque rursus tacitè inter partes actum censetur, ut illic negotium ventiletur.

71 Censetur autem locus contractûs initi non is tantum, in quo gestum negotium; sed plerumque is, quem contrahentes respexerunt, puta, in quem solutionem destinârunt. *l. 19. §. f. ff. de jud. & l. 3. ff. de rebus auct. jud. possid. l. 21. ff. de O. & A. l. 100. ff. de solut. fac igitur, hic Salisburgi contractum esse, & placuisse, ut Viennæ solveretur. hoc casu non Salisburgi, ubi contractus initus, sed Viennæ debitor conveniendus est. *dd. sextibus Dixi, conveniendus est,* adedque locus destinatz solutionis habetur pro loco contractûs præcisè in ordine*

72 ad forum, quem inde sortimur. quoad alios effectus, ut ratione solemnitatis, modi, & pertinentiæ ad obligationem ac corroborationem contractûs, attendi-

tur potius locus, in quo verba contractus fuerunt prolata, quam locus, in quem fuit collata solutio, per *d. l. 6. ff. de civit. Brunnemann ad l. 21. ff. de O. & A. n. 4. P. Wagnereck ad c. 17. de foro competenti.* undè benè advertit Palao *d. 73 punct. 24. §. 3. n. 4.* contractum dotalem in *l. 65. ff. de jud.* à memoratâ regulâ non excipi, sed quoad lucrum, onera, & alias condiciones fieri debere juxta leges loci, in quo celebratus est, quamvis, cum dos repetenda est, repeti debeat, ubi vir domicilium habet, non ubi dotis contractus celebratus, aut instrumentum dotale confectum est, quia bona viri obligata sunt doti solvendæ. *d. l. 65.*

Porro per contractum hoc loco designatur omnis conventio, vera & quasi<sup>74</sup> ralis, nominata & innominata, dummodò ad agendum sit habilis. *d. l. 19. §. 1. & l. 20. ff. de jud. ac ibi Brunnemann.* Neque illud refert, quis contraxerit; dummodò ejus sit indolis, ut potuerit contrahere, & alteri se obligare. hinc & clericus conveniri potest in loco contractus initi, puta, coram judice ecclesiastico illius loci *arg. c. ult. de foro competenti. P. Engel eod. tit. n. 39. Schambog. ibid. n. 24. P. Pirbing. ibid. n. 46.* ubi ex *c. 17. d. tit.* deducit, clericum, esto jurisdictionem judicis non sui sive alieni, sine consensu superioris expressè prorogare nequeat. *c. 18. ibid.* posse tamen tacitè, ob assistentiam juris. confer *Covar. pract. quæst. cap. 11. n. 5.*

Sed quid dicendum de studiosis, qui debitis in loco studiorum contractis,<sup>75</sup> infalutato hospite indè discedunt, neque cautionem præstant, aut suppellectilem relinquunt, undè creditoribus satisfiat? Respondet *P. Hammold operis de F. & F. tom. 5. tr. 1. cap. 5. contr. 3. n. 358.* Studiosos, quia, dum matriculæ inscribuntur, promittunt, quòd se velint sistere, quoties vocantur à Rectore Magnifico, posse à hoc citari, ubicunque locorum existant.

Cæterum, sicut omnis regula suas limitationes patitur, ita etiam meminif<sup>76</sup> se oportet, regulam *suprà n. 70.* statutam suas habere exceptiones, seu dari casus exceptos, in quibus contrahens respondere non tenetur in loco contractus initi, primus est, si expressè ita convenerit. *d. l. 19. §. 2. ff. de jud.*

Secundus, si quis contraxerit alicubi, confestim discessurus, aut præter<sup>77</sup> navigaturus, atque adèd nullam penitus stationem, officinam, vel pergulam conductam habeat, quemadmodum mercatores, qui ad nundinas veniunt, habere solent. Durissimum enim foret, aliquem cogi tot locis se defendere, ac judicium suscipere, vel detineri posse, cum magno suo incommodo, quot locis iter facit *d. l. 19. §. 2.* Planè si advena contrahat cum eo, qui ignorat, ipsum esse advenam, & mox discessurum (quæ ignorantia tamen in contrahente cum advenâ non præsumitur. per *l. 19. pr. ff. de R. I. Menoch. lib. 3. præsumpt. 88. Brunnemann ad d. l. 19. §. 2. ff. de jud. n. 15.*) dicendum est, tali casu advenam rectè conveniri in loco contractus initi, nè probabilis ignorantia noceat creditori, aut viatori pro fit sua culpa, quam admisit; dum conditionem personæ suæ alteri non manifestavit. *arg. d. l. 19. §. 2. ibi: quem scis indè confestim pro-*

*fellurum &c. Pirbing ubi supra n. 36.* Idem procedit, si contractum sit cum advena probabiliter de fraude suspecto, vel cui fides de pretio non est habita à venditore: nam & hic rectè poterit conveniri in loco contractus, vel saltem cogi ad satisfaciendum, quòd velit solvere in loco domicilii. *Frankzius ff. de jud. n. 38. & 39. P. Engel de foro compet. n. 22. P. Haunold d. contr. 3. n. 356.*

78 Tertius casus exceptus est, si quis constituerit se soluturum, quod vel ipse vel alius debebat: tunc enim respondere non tenetur in loco constituti, sed ibi, ubi contractus principalis fuit initus. *arg. l. 8. ff. de jud.*

79 Quarto legata & fideicommissa non semper petuntur in loco contractus, sive ubi hæreditas adita; sed quandoque in loco domicilii, nonnunquam ubi res sita, aliquando ubi testator voluit, frequenter ubi tota hæreditas, vel major pars ejus sita est. *l. 38. l. 50. & 2. seqq. ff. d. tit. l. 47. pr. ff. de legat. 1.*

80 Respondeo 2. peregrinos teneri legibus juris communis, si obligent in loco transitus vel accessus, esto in loco domicilii abrogatæ sint. ratio est, quia jus commune, quantum est de se, ubique obligat; & solum ex accidenti est, quòd alicubi non teneat, abrogatum scilicet per contrariam consuetudinem: quæ tamen ipsa consuetudo, cum odiosa sit, utpotè contra jus commune, non debet ad alia loca extendi, sed restringi ad locum abrogationis, instar privilegii vel statuti cujusdam localis. *arg. c. 2. de constit. in 6.* Undè licet in Hispania moris sit, diebus Sabbathinis comedere intestina animalium; si tamen Hispanus per alias regiones transeat, eum ad abstinentiam, à jure communi ecclesiastico præscriptam, sub peccato teneri, tenent *Palao d. punct. 24. §. 3. n. 8. P. Engel de constit. n. 28.* similiter civis Mediolanensis, profectus ad limina Apostolorum, peccat, si Romæ primis quatuor diebus quadragesimæ carnes comedat, esto in patria sua id ipsi licitum sit. *Laymann d. c. 12. n. 3. Haunold tom. 1. de F. & F. tr. 1. cap. 1. contr. 6. §. 2. n. 74.* ubi hanc communem dicit sententiam; quam tandem etiam amplexus est *Thomas Sanchez lib. 1. Decal. c. 12. n. 39.* retractans, quod docuerat *l. 3. de matr. disp. 18. n. 7.* ubi in contrarium sic

81 Argumentabatur: absens modico tempore, fictione juris habetur pro præsentente in illo loco, à quo abest, ita ut ejusdem privilegiis gaudere possit. *Concil. Trident. sess. 23. de reformat. c. 1. ibi: quoniam autem, qui aliquantisper tantum absunt, ex veterum canonum sententiâ non videntur abesse, quia statim reversuri sunt; sacro-sancta synodus vult, illud absentia fratrum singulis annis, sive continuum, sive interruptum, extra prædictas causas nullo pacto debere duos, aut ad summum tres menses excedere &c.* ergo privilegium & favor exemptionis à legibus communibus vim habet extra territorium, à quo quis modico dumtaxat tempore abest.

2. Dist. antec. absens modico tempore, fictione juris habetur pro præsentente in illo loco, à quo abest, ita ut ejusdem privilegiis gaudere possit in casibus jure expressis, concedo, ita ut ejusdem privilegiis gaudere possit in omnibus casibus, nego antec. & conseq. si memorata juris fictio uni-

versum

restitu procederet, sequeretur 1. excommunicatione per statutum Episcopi latâ eum teneri, qui modico tempore extra Diocesiâ existens delinqueret. Sequeretur 2. à sæcularibus judicibus capi non posse malefactorem, si extra Ecclesiâ, immunitate locali gaudentem, mox reversurus exiret; quod certè contra communem doctrinam, & praxin est. unde bene notandum, quòd omnis fictio restringenda, nec ultra casus expressos extendenda sit. *Pruckman. consil. 2. n. 1238. Guil. Forst. 2. observ. 25. Harring. de fidejuss. cap. 6. n. 101. Joan. Otto Tabor de mat. ar. art. 3. tit. 9.*

Respondeo 3. peregrinos non teneri legibus juris communis, in locis transitus per contrariam consuetudinem abrogatis, vel ex aliâ ratione infirmatis, aut non receptis; tametsi leges illæ in proprio territorio, seu ibi, ubi domicilium habent, observentur. ita *Sanchez d. diff. 18. n. 18. Lessius de F. & F. lib. 4. cap. 2. dubit. 8. n. 54. Suarez d. cap. 32. n. 3. Palao d. punct. 24. §. 5. n. 1. Laymann d. tr. 4. c. 11. n. 1. & 4. ubi testatur, hanc esse communioem Doctorum sententiam. Heunold d. controu. 6. §. 2. n. 65. ubi rationem reddit, quòd leges non respiciant, nisi locum, pro quò feruntur, & ubi sunt receptæ, nec per contrarium usum abrogatæ; hocque propter conformitatem incolarum. c. 2. de consuet. in 6. Ex quo colligitur 1. incolas, apud quos jus commune Tridentini Concilii viget, posse in aliâ regione, ubi id receptum non est, inire matrimonium sine parocho & testibus *Sanchez d. diff. 18. n. 28. & 29. Palao d. §. 5. n. 4. ubi hoc etiâ admittunt in casu, quo quis solâ intentione contrahendi sine proprio Parocho, ad locum non recepti Concilii se confert. à quibus in hoc dissentiunt P. Engel lib. 4. I. C. t. 3. n. 20. vers. dico 4. & P. Histing d. §. 3. n. 23. ob breve authenticum Urbani VIII. anno 1627. editum, ubi sub irritatione prohibetur, tali animo è proprio domicilio se conferre ad aliud, ubi Tridentinum non est receptum. Colligitur 2. Ubi incolæ vel parochiani possunt vesci carnibus, vel ovis certis diebus, ibidem id posse etiâ peregrinos, etsi illo tempore in oppido vel parochia illorum non liceat. Germanus igitur per Hispaniam transiens potest sabbathis vesci intestinis animalium, & Mediolani quatuor primis diebus quadragesimæ comedere carnes. *Lessius d. dub. 8. n. 55.***

Colligitur 3. si aliquis ex Vallesia, ubi antiquum Julianum calendarium retinetur, ex justa causa circa bachanalia proficiscatur Constantiam, ubi novum Gregorianum calendarium receptum est; eum jejuniis quadragesimali Constantiæ forstè jam transacto, ibidem carnibus vesci posse. *Laymann d. c. 11. n. 8. ubi tamen solummodò de Ecclesiis ac Diocesisibus Catholicorum loquitur. nam peregrinus catholicus, in terras hæreticorum veniens, teneretur jejunia observare secundum calendarium novum, nè tecus propriæ Ecclesiæ legitimum morem contemnere videatur, sicque occasionem scandali præbeat. Planè incolas catholicos, qui in hæreticorum terris v. g. Ulmæ versantur, putat memoratus author, posse ex quadam æquitate, & præsumpto consensu Catholicorum Præsulum, ad*

communem pacem servandam, festa & jejunia celebrare, secundum calendarium vetus: quibus deinde etiam peregrini Catholici, dum inter eos morantur, se conformare poterunt. hæc *Laymann d. n. 8.*

84 Objic. 1. tamdiu obligatur quis patriæ legibus, quamdiu patriam non deseruit; atqui advena, forensis, seu peregrinus patriam non deseruit, ergo &c.

ꝛ. Dist. majorem. tamdiu obligatur quis patriæ legibus, quamdiu patriam non deseruit, hoc est, quamdiu vel alibi non fixerit domicilium, vel quamdiu in patria sua revera habitaverit, concedo, quamdiu patriam non deseruit, hoc est, quamdiu præcisè alibi domicilium non fixerit, nego majorem. atqui peregrinus patriam non deseruit, disting. minorem, non deseruit, alibi figendo domicilium, concedo, non deseruit, in patriâ non habitando, nego minorem, & consequentiam.

Objic. 2. peregrini manent cives suæ patriæ, cum casualis absentia habeatur pro præsentia. *arg. l. 78. §. f. ff. de legat. 3. ergo &c.* ꝛ. Non sufficere, esse civem, sed requiri præterea actualem inhabitationem ad hoc, ut quis legibus communibus sui domicilii teneatur. Et quamvis in favorabilibus, de quibus *d. l. 78.* loquitur, casualis absentia habeatur pro præsentia; id tamen in præsentia odiosâ materiâ non procedit.

Objic. 3. ex hoc sequitur, peregrinos omninò exleges fore; cum nec legibus loci, per quem transeunt, nec communibus teneantur sui domicilii, casu quo istæ in loco transitus non vigent. ꝛ. Neg. sequelam, prout partim constat ex responsione secundâ, & ampliùs constabit ex sequentibus responsionibus.

85 Respondeo 4. peregrinos teneri legibus & statutis loci particularibus, si in utroque loco vigeant, & in loco proprio domicilii, & in loco transitus. ita *Sanchez d. disp. 18. n. 3.* qui judicio *P. Engel de constit. n. 31.* sententiam circa obligationem peregrinorum præ cæteris diligenter examinat. *P. Laymann d. c. 11. in pr.* ubi cum prælaudato *Sanchezio* hoc certum esse dicit, nisi quis fortè legem, utriusque loco communem, in uno jam explevisset; quo casu, præcepto, quod semel tantum obligat, bis satisfacere utique non teneretur. *Martinus Bonacina Theol. moral. tom. 2. tr. de ll. disp. 1. quest. 1. puncto 6. n. 52.* apud quem *Sanchez. Suarez,* & *Salas,* contrarium absurdum putant. *Palao d. punct. 24. §. 3. n. 6. P. Perschacher p. m. d. q. 4. pag. m. 141.* qui testantur, Doctores in hoc convenire. *P. Hannold d. controuv. 6. §. 2. n. 75* dicens, ita habere communem sententiam. Ratio est, quia præsumitur mens legislatoris se eò extendere, ut subditos etiam alibi velit esse obligatos, ubi eadem lex viget, ita ut ambo legislatores, ambòque territoria videantur quoad talem materiam convenire in unum; cum non deceat hujusmodi peregrinum fieri mellioris conditionis, quam sint utriusque territorii incolæ, præsertim cum ex hac obligatione peregrinus non magis gravetur, quam gravatus erat existens in suo proprio domicilio.

Respon-

Respondeo 5. peregrinos teneri quoque lege particulari alieni territorii, 86  
 si ea lata sit ad cavendum speciale damnum illius reipublicæ, quod æquè posset  
 emergere per advenas, ac per incolas: vel ad procurandum speciale bonum,  
 valdè necessarium illi loco. ut si lex esset, nè quis de nocte arma ferat, nè vinum,  
 frumentū &c. efferat, &c. talibus, inquam, legibus æquè advenæ, ac incolæ com-  
 prehendantur. ita Sanchez d. disp. 18. n. 14. Palao d. punct. 24. §. 3. n. 7.  
 Laymann d. tr. 4. c. 12. n. 4. circa f. Hawnold d. n. 75. P. Engel ubi supra n. 32.  
 ubi asserti hujus hanc rationem assert, quòd jure naturæ & gentium quis te-  
 neatur evitare alterius damnum; item quòd transitus non aliter à magistratu  
 concedatur, quàm sub conditione observandarum talium legum, adeoque qui  
 transire volunt, ipso facto in se prorogent, & agnoscant jurisdictionem magi-  
 stratus. arg. l. 1. ff. de jud. D. Gletle p. m. ubi supra n. 21. hanc assignat, quia ejus-  
 modi leges alioquin non sufficienter consulerent indemnitati provinciæ. quæ  
 etiam arridet P. Pesebacher p. m. d. q. 4. pag. m. 142. extra hos casus.

Respondeo 6. peregrinos non teneri legibus particularibus alieni territo- 87  
 rii, antequam ibi aquirant domicilium, vel quasi. ita Martinus Bonacina  
 Theol. moral. d. punct. 6. n. 36. & 48. Sanchez d. disp. 18. n. 6. Laymann d. c. 12.  
 n. 4. Hawnold d. contr. 6. n. 76. Magnif. D. P. Pesebacher d. q. 4. p. m. 144.  
 Clariff. D. P. Paulus Mezger p. m. tr. de li. cap. 5. §. 5. n. 12. P. Engel de consfit. n. 31.  
 Lauterbach in Colleg. Pandect. ad tit. de li. §. 16. D. Gletle d. §. 3. n. 23. & alii.

Probatur 1. Omnis obligatio ex lege resultans, supponit ex parte obli-  
 gantis jus & jurisdictionem in personam obligatam: at peregrinus non subji-  
 citur jurisdictioni & imperio loci, quem eo animo ingreditur, ut post breve tem-  
 pus iterum discedat; ergo peregrinus non obligatur legibus particularibus loci,  
 quem eo animo ingreditur, ut post breve iterum discedat. minor prob. jurisdic-  
 tioni ordinariæ alicujus loci non subijciuntur, nisi membra & partes commu-  
 nitatis: sed peregrinus, transeunter & ad breve duntaxat tempus in aliena pro-  
 vincia commorans, non est membrum aut pars communitatis illius alienæ pro-  
 vinciæ; ergo non subjiicitur jurisdictioni & imperio loci, quem eo animo ingre-  
 ditur, ut post breve tempus iterum discedat. min. rursus probatur: pars com-  
 munitatis seu subditus quis fit vel ratione domicilii, veri aut quasi talis, vel ratione  
 contractus, delicti, rei sitæ, &c. sed in nostro casu supponitur, peregrinum ex  
 nullâ harum causarum in aliena provincia fortiri forum, ergo &c. faciunt l. ult.  
 ff. de jurisdictione. l. 19. §. 2. ff. de jud. c. ult. de foro compet. c. 21. de senten-  
 tia excommunicationis.

Probatur 2. si esset aliqua ratio, cur particularibus loci legibus peregrini  
 tenerentur, esset hæc, ne cæteroque pax & tranquillitas turbetur alienæ provin-  
 ciæ, dum incolæ ejus facile occasionem arripiunt spernendarum legum, quas  
 vident à peregrinis non observari. Sed hæc ratio non stringit, ut peregrini par-  
 ticularibus loci legibus stringantur; quia jam suppetit lex alia, quæ periculo

huic sufficienter prospexit, lex naturæ videlicet, quæ peregrini, sicuti periculum scandali verteretur, legibus loci se conformare tenentur: ergo non extratio, eorum peregrini, secluso scandalo, particularibus loci legibus teneantur.

Probatur 3. est dubium, an peregrini particularibus provinciæ legibus obstringantur; tum quia nullo jure expressum est, quod legislatores id velint; tum quia est sententia certò probabilis, quòd non obstringantur. ergo non obstringuntur; contra illum enim faciendâ est interpretatio, qui legem potuit dicere apertius. l. 39. ff. de pactis l. 21. ff. de contrah. empt. c. 57. de R. I. in 6. & in dubio præferenda est pars benignior. l. 9. l. 56. l. 192. §. un. ff. de R. I. c. 30. eodem in 6. Ex qua sic firmatâ sententiâ infert P. Mexger loco, ubi supra, quòd studiosus Salisburgensis Diocesisin Passaviensem transiens (remoto scandalo) in festo S. Georgii sacrum audire non teneatur.

88. Sed opinionis contrariæ sunt Francif. Suarez lib. 3. de ll. cap. 33. n. 3. & seqq. Didac. Covar. var. resolut. lib. 4. cap. 20. n. 8. Palao d. punct. 24. §. 3. n. 11. Clariss. Collega D. P. Franc. Schmier tr. jurid. de jure legali c. 5. sect. 3. §. 4. n. 100. Zoëf. ff. de ll. n. 33. & ad Decret. tit. 2. lib. 1. n. 33. Struv. exercit. ad pand. 2. tit. 12. Eckelt ff. de ll. §. 12. Schambog. Inst. b. t. §. 4. in f. & ad tit. Fur. Can. de constit. n. 31. & alii, quorum argumenta sunt serè sequentia.

89. Argumentum 1. desumitur ex can. 2. dist. 8. & can. 11. dist. 12. in quorum priore textu S. Augustinus ita: *qua contra mores hominum sunt flagitia, pro morum diversitate vitanda sunt, ut pactum inter se civitatis, aut gentis consuetudine, vel lege firmatum, nullâ civis, aut NB. peregrini libidine violetur. turpis enim omnis pars est suo universo non congruens.* Idem in posteriore ita: *neq. disciplina ullâ est in his melior gravi, prudentique Christiano, quàm ut eo modo agat, quo agere viderit Ecclesiam, ad quam fortè devenerit. quod enim neque contra bonos mores injungitur, indifferenter est habendum, & pro eorum, inter quos vivitur, societate servandum est.* Ex postea ibidem S. Ambrosius à S. Augustino consultus: *cùm Romam venio, jejuno sabbatho: cùm Mediolani sum, non jejuna. Sic etiam tu, ad quam fortè Ecclesiam veneris, ejus morem serva & c.* ex quo trivialis ille versus initium duxit:

*Si fueris Roma, Romano vivito more,*

*Si fueris alibi, vivito, sicut ibi.*

Ergo supponunt SS. Patres, peregrinos teneri legibus locorum, ad quæ perveniunt.

¶ 1. Esto decreta Patrum magnæ autoritatis sint, & privati Doctorum opinionibus præferenda. cap. 5. de constit. interim tamen autoritatis tantæ non sunt, ut vim legis decisivam habeant. ¶ 2. Antec. intelligendum esse vel de peregrinis aquirentibus quasi domicilium, quia alioquin non sunt pars; vel de legibus universalibus, & utriusque territorio communibus; vel de particularibus quidem, sed quæ specialiter peregrinos ad publicam tranquillitatem conservandam concernunt; vel quòd conformitas illa sit honestatis, non necessitatis

necessitatis, consilii, non præcepti; vel denique quando aliis iminet scandalum ex transgressione, prout patet ex ultimis verbis D. Ambrosij in *d. can. 11. dist. 12.* ibi: *si eniquam non vis esse scandalo, nec quemquam tibi.* Idem respondendum ad textum in *can. 1. dist. 41.* ubi S. Augustinus ait, quòd, quisquis rebus prætereuntibus restrictiùs utitur, quàm sese habent mores eorum, cum quibus vivit, aut intemperans sit, aut superstitiosus.

Argumentum 2. ducitur ex *cap 2. vers. idem de illis. de observat. jejun.* ubi Innocentius III. consultationi Archi-Episcopi Bracharenfis respondit, voluitque nè in partibus suis etiam carniùm in sabbatho permetteret, & ut contra facientes ad abstinentiam compelleret, eò quòd in partibus illis hoc nullatenus fieri consueverit, alij id agrè ferrent, & occasio detrahendi inde nasceretur. ¶ 1. textum loqui de tali casu, quo aliis ex transgressione legis præbatur scandalum; prout satis colligitur ex verbis *d. c. 2.* ibi: *cùm hoc aliis moleste feratur, & oritur inde illis occasio detrahendi.* ad quòd cavendum peregrinus jure naturæ tenetur, ita ut, si scandalum præbeat, puniri possit, tanquàm transgressor illius juris, non autem præcisè ut transgressor legis positivæ. ¶ 2. oppositum textum solummodo intelligendum esse de incolis, qui ad ejusmodi consuetudinè servandam compelli deberent; vel de consuetudine generali abstinenti à carniibus die Sabbathi, quæ generaliter recepta etiam advenæ adstringuntur, quamvis in proprio territorio contrarium obtineret.

Argumentum 3. ita nectitur: est convenientissimum, in omni loco commorantes ejus legibus conformari, estque rectæ gubernationi, paci, ac tranquillitati necessarium: ergo debet legislatori competere potest obligandi ad ista. ¶ concedendo, esse convenientissimum, sed negando, esse necessarium in omni materia: nam quando lex est de bono specialiter necessario illi Reipublicæ, respondimus *supra n. 86.* advenas obligari. non esse autem semper specialem necessitatem, patet vel in sola variatione breviarj. *Hannold d. §. 2. n. 77.*

Argumentum 4. à Suarezio *d. c. 33. n. 4.* sic instruitur. brevis absentia sufficit ad eximendum à subjectione legis, in proprio territorio obligantis, proò ipsi docuimus *suprà n. 82.* ergo etiam brevis presentia sufficit ad subjiciendum, saltem transeunter, legibus obligantibus in alieno territorio. ¶ neg. consequ. ratio disparitatis est, quòd discedens ex suo territorio, hoc ipso egreditur sphaeram jurisdictionis, ad solum territorium sese extendentis, adeòque transeunter saltem deserat suum forum. e contra ingrediens alienam provinciam eo animo, ut post breve tempus iterum discedat, nullo modo, nè quidem transeunter, sortitur forum, cùm modi, ita sortendi forum, juribus sint incogniti. confer *L. 47. ff. de O. & A.*

Argumentum 5. sequenti modo formari potest. ipsimet *suprà n. 87. ad 93* mittimus, peregrinos teneri legibus & statutis loci particularibus, si in utroque loco vigeant, & in loco proprio domicilij, & in loco transitus. ergo etiam tenen-



tur, licet in loco proprio domicilij non vigeant: consequentia prob. idè tenentur in priori casu, quia exinde non gravantur, cum in suo territorio existentes fuissent obstricti: at neque in posteriori casu gravantur, quia gravamen compensatur exemptione legum sui territorij; ergo etiam in posteriori casu tenentur. Respondet *P. Illung d. §. 3. n. 21.* disparitatem, cur obligatio legum proprii domicilij, in loco peregrinationis receptarum, redeat, & tamen aliarum non de novo adveniat, facilè reddi; cum enim favores sint ampliandi, idè peregrini aliorum locorum privilegiis, & legum exemptionibus, quando eadem latæ non sunt, quidem relevantur, non tamen oneribus, in utilitatem aliarum communitatum impositis, gravantur. *P. Petschacher. p. m. d. q. 4. pag. m. 145.* respondet, disparitatis rationem consistere in eo, quòd in antecedenti advena foret melioris conditionis, quàm utriusque territorij incolæ; neque gravetur extra suum territorium magis, quàm gravatus fuerit intra illud, eisdem quippe legibus ligatus. econtrà in consequenti magis gravaretur extra suum territorium, quàm intrà illud; legibus quippe ligatus, quibus antè in suo obstrictus non fuerat, adeoque deterioris conditionis esset. Neque ad rem esse videtur, quod in minore probationis de compensatione dictum est, quasi nimirum gravamen obligationis cum commodo exemptionis pensari deberet. nam esto non ignorem, secundum naturam esse, ut onera cujusque rei eum sequantur, quem sequuntur commoda. *l. 10. ff. de R. F. cap. 55. eodem in 6.* meminisse tamen velim, huic juris regulæ tunc solummodò locum esse, quando commodi & incommodi par est ratio, ac utrumque ex eodem fonte fluit. *arg. §. ult. Inst. de legit. patron. tut. §. 3. Inst. de emp. l. 29 ff. pro socio. l. 34. §. pen. ff. de contrab. emp. l. 5. §. 2. ff. de rescind. vend. l. 11. pr. ff. de civit. l. 7. & 8. pr. l. 16. ff. l. 1. l. 5. Cod. de peric. & commodo rei vend. l. 73. pr. ff. de R. F.* Quòd si commodum ex unâ, incommodum ex alia causa descendat, non procedit, quod in *d. l. 10. ff. de R. F.* dicitur. *arg. l. 11. ff. de negot. gestis. l. 17. §. 1. ff. pro socio. l. 14. princ. ff. de peric. & commodo rei vend. Ludruvell. ad d. l. 10.* atqui commodum exemptionis descendit ex defectu jurisdictionis, seu limitatâ iphærâ activitatis, ultra quam agentia etiam moralia vim agendi extendere non possunt. gravamen autem, & onus novæ obligationis deberet consurgere ex nova jurisdictione legislatoris, per cujus territorium peregrinus transit; de quâ tamen non constat. ergo ex eo, quòd peregrini, extra locum domicilij existentes, propriis legibus sint soluti, non bene intertur, eos jure compensationis onus ferre, & leges observare debere illius loci, per quem transeunt. paulò aliter respondet *Sanchez d. disp. 18. n. 24. in f.* adducto axiomati. locum esse, quando onus habet quandam connexionem cum commodo, sicuti beneficiarius merito sentit onus obligationis ad recitandas horas canonicas, quia etiam sentit commodum beneficii; non autem, cum onus & commodum sunt disparata, ut hic contingit. confer *Laymann d. c. 12. n. 5.*

Argumentum 6. quo etiam *Palao* utitur, est hoc : quando advena pec-94  
 cat in jus naturæ vel genium, puniri potest in loco admissi; quia interest Rei-  
 publicæ, scandalum, scelere datum, exemplo pœnæ reparari : ergo potest etiam  
 puniri, si peccet in particulare jus loci; quia interest Reipublicæ, scandalum,  
 transgressione legis datum, exemplo pœnæ reparari. *xy.* cum *Hannoldo d.*  
*§. 2. n. 78.* negando suppositum consequentis. non enim delinquit advena, si,  
 secluso scandalo, jura loci non observet. Quodsi versetur periculum scandali,  
 patet ex supradictis, delicti reum esse, ac puniri posse; non idem tamen, quod  
 legem loci violaverit; sed quia peccavit in jus naturæ, quo districtè prohibe-  
 mur dare scandalum.

Argumentum 7. depromitur ab instantiâ, quod nimirum peregrinus sa-95  
 cerdos, si veniat ad locum interdictum, non possit ibidem divina celebrare, aut  
 mortuum sepelire. *Pirhing. de sent. excommunicat. n. 216.* ergo etiam peregri-  
 nus tenebitur ad observationem legum particularium cujusque territorij, cum  
 tanquam locales immediatè locum afficiant, *xy.* neg. conseq. disparitas est,  
 quod antecedens non proveniat ex directâ obligatione interdicti respectu pere-  
 grinorum; sed ex incapacitate illius loci, qui tali interdicto directè affectus est;  
 qua de causâ nè quidem insantes vel amentes, esto interdicti incapaces, in loco  
 interdicto sepeliri possunt, testibus *Schambog. ad d. tit. n. 157. per c. 11. de*  
*penitent. & remiss. & Covar. in c. Alma mater Ecclesia. 24. de sent. excommuni-*  
*cat. in 6. p. 2. §. 4. n. 5.* econtra leges locales locum directè non afficiunt, sed  
 inhabitantes, & jurisdictioni loci, quem inhabitant, subjectos.

Argumentum 8. subministra vagabundi, sive qui nullibi certam sedem,96  
 certumve larem habent, quos legibus loci, per quem transeunt, teneri sustinent  
*Sanchez d. disp. 18. n. 15. Bonacina d. punc. 6. n. 54. Palao d. punct. 24. §. 4.*  
*n. 3. Clarissimus D. P. Mezger p. m. d. §. 5. n. 15. Hannold d. contr. 6. §. 3. n. 79.*  
 dicens, hanc opinionem esse communem, usu receptam, & ideo ab eâ non re-  
 cedendum. ergo etiam peregrini tenentur legibus loci, per quem transeunt;  
 quemadmodum enim vagi intuitu privilegiorum & favorum, quibus fruuntur  
 in locis, ubi morantur, subterfugere non possunt onera & obligationem legum  
 ibidem vigentium, ita nec poterunt peregrini. *xy.* ad antecedens : id qui-  
 dem probabiliter defendi à *Sanchezio* & aliis supra citatis; at verbò contrari-  
 um probabilius à *Lessio d. c. 2. dubit. 7. n. 49. Laymanno d. c. 12. n. ult. D. Gles-*  
*le d. §. 9. n. 25.* & aliis. ratio est, quod nemo fortietur forum, neque fiat  
 membrum alicujus communitatis, seu subditus, nisi vel ratione veri, aut quasi  
 domicilij, vel ratione contractûs, vel delicti, vel ratione rei sitæ, aut quandòq;  
 ratione originis sive patriæ. *c. f. de foro comper. quæ omnia in vagis deficiunt.*  
 Deindè si vagabundi in territorio, in quo delictum non commiserunt, capian-  
 tur, remittendi sunt ad locum delicti, ut ab illius judice, remissionem urgente,  
 puniantur; testibus ipsomet *Palao, P. Peitschacher, & aliis, sententia nostræ a-*

liàs non faventibus; ex ratione, quòd quis non videatur subjectum judici loci, quà transit, in punitione delictorum, quæ alibi sunt commissa. ergò vagi planè non sunt subditi communitatis.

97 Neque dicas 1. vagabundos per suam præsentaneã habitationem sortiri domicilium, nè aliàs omninò exleges sint, contra rectam eorum, & reipublicæ gubernationem. nam 1. quàm parùm peregrini per nudam præsentaneam habitationem domicilium sortiuntur, tam parùm sortiri vagos. & quemadmodum peregrini legibus tum communibus, tum particularibus, specialem Reipublicæ pacem concernentibus, obstringuntur, sic quoque obstringi vagabundos. negatur præterea, quòd recta gubernatio politica postulet, ut vagi, secluso scandalo, aliisque incommodis, jure naturæ prohibitis, particularibus locorum legibus obligentur.

98 Neque dicas 2. ex eo, quòd vagabundi à loci magistratu capi, atque puniri possunt ob delicta, etiam alibi commissa, uti videre est apud *Wagnerck ad c. ult. de foro compet.* sufficienter colligi, eos in quovis loco præsentia suæ sortiti forum, ac legibus subjici. nam 2. ex eo, quòd specialiter publicæ securitatis gratiã nocentes hodie sortiantur forum, ubi reperiuntur, malè inferri ad forum in casibus aliis. Etiam qui alibi fixum habent domicilium, sortiuntur forum in loco, ubi reperiuntur, absque eo, quòd sortiantur simpliciter. quod bene advertit *Carpxov. pract. crim. p. 2. quest. 54. n. 48. & p. 3. q. 110. n. 69.* scribens, nocentes reos forum sortiri, etiam ubi reperiuntur ac deprehenduntur, NB. maxime si sint vagabundi. videantur *l. 3. ff. de officio Præsidis. l. 1. Cod. ubi de crim. agi oportet. l. 2. Cod. ubi Senator. vel clariss. l. 1. Cod. ubi quis docet. vel coheret.*

## §. VI.

99 **O**bjectum juris civilis aliud est, si loquamur de præceptivo, aliud, si de prohibitivo, aliud si de permissivo, aliud, si de punitorio. objectum juris civilis præceptivi constituunt actus possibiles, honesti, externi, futuri, & qui frequenter solent accidere. *Eckole ff. de ll. §. 15.*

Dixi 1. *actus possibiles.* ad excludendos impossibiles, qui lege præcipi nequeunt. ratio est primò, quia formalis & intrinsecus legis effectus est obligatio. atqui ad impossibile nemo obligari potest *l. 185. ff. de R. J. cap. nemo potest. 6. eod. in 6.* Secundò quia quidquid non cadit sub libertatem, non cadit etiam sub legem. atqui quod simpliciter impossibile est, non cadit sub libertatem; cum libertas intrinsecè requirat potestatem ad utrumque, ergo &c. Tertio quia ubi transgressio seu emissio non potest imputari ad culpam, vel pœnam, ibi non potest intervenire lex aliqua. atqui omittere, quod simpliciter impossibile est, non potest imputari ad culpam vel pœnam, ergo &c. *Suarez lib. 1. de ll. cap. 9. n. 15.* Dixi. 2. *honesti* ubi

100 **Q**æritur 7. An soli actus Justitiæ, an verò etiam aliarum virtutum moralium

rationem opera jure civili possunt præcipi? n. etiam aliarum virtutum: *Suarez. lib. 3. de ll. cap. 12. n. 7. & seqq. Layman. sr. 4. cap. 4. n. 1. Magnific. D. P. Pertschacher d. 9. 4. art. 8. §. 1. pag. 10.*

Prob. illi actus possunt præcipi à jure civili, quorum exercitium facit ad obtinendam felicitatem communitatis, cum finis juris civilis consistat in vera felicitate communitatis, civitatis, seu Reipublicæ. atqui exercitium actuum aliarum virtutum moralium vel maximè facit ad obtinendam felicitatem communitatis; quis enim illam civitatem felicem dixerit, in quâ permittuntur blasphemis, magia, sodomia, incestus, mendacium, gula, ac monstra vitiorum id genus alia. ergo jus civile non potest tantum præcipere in materia justitiæ, sed etiam in materia aliarum virtutum. Confirmatur exemplo juris nostri Romani, quo variarum virtutum actus præcipiuntur: & quidem gratitudo in *L. 10. Cod. de natur. lib. 1. 2. Cod. de libertis & eorum liberis. castitas in L. 5. ff. ubi pupillus educari debeat. l. 1. l. 4. §. 2. ff. de his, qui nos. infam. r. r. ff. & Cod. ad L. Jul. de adult. reverentia parentum in L. 3. l. 4. Cod. de patria potestate l. pen. ff. de in jus voc. verecundia in l. 1. §. 5. ff. de postul. veracitas in l. 2. ff. de testibus. l. 1. ff. de dolo malo. beneficentia in l. 7. ff. de servis exports. sobrietas in l. f. ff. de abmens. legatis.*

Planè omnes actus omnium virtutum jure civili præcipi nequeunt. *Mag. 101 D. P. Pertschacher loc. ubi supra.* Ratio est, quòd lex debeat esse accommodata communitati humanæ, cui fertur, & cujus est regula. *can. 2. diff. 4.* lex autem civilis præcipiens omnes actus omnium virtutum non est accommodata communitati, cum quidam actus, v. g. Evangelica paupertas, castitas perpetua &c. tam ardui, tamque difficiles sint, ut non nisi paucorum sit, eos exequi, ergò &c. Accedit, quòd omnes omnium omnino virtutum actus non sint necessarij ad obtinendum finem juris civilis. ergò neque ab illo præcipi possunt, mensura enim potestatis ex fine ejus sumenda est. *Suarez d. cap. 12. n. 31. in f.*

Quæritur 8. An nullus actus inhonestus possit præcipi jure civili? n. nul- 102 lum *Mag. D. P. Pertschacher d. loco.* Prob. omnis actus inhonestus hoc ipso, quia turpis est, prohibetur jure naturæ. atqui nullus actus jure naturæ prohibitus potest præcipi jure civili, ergo nullus actus inhonestus potest præcipi jure civili. major patet ex dictis *part. 1. hujus tituli.* minor constat ex eo, quia lex civilis nequit tollere legem naturalem, cum illa à potestate humana sit, hæc verò à divina, contrà quam, utpote superiorem, non potest prævalere potestas humana, utpotè inferior. *Gibalin. lib. 4. scient. can. cap. 8. q. 3. n. 6. in f. & q. 5. §. 1. num. 2. in f.*

Dices: concubinatus, læsio ad dimidium justii pretii, continuatio usucapionis cum mala fide &c. jure naturæ sunt illicita, & tamen solventur à jure civili, ut patet ex *rotò titulo de concubinis. l. 16. §. 4. ff. de minoribus. l. 22. §. ult. ff. locati l. 2. Cod. de rescindenda vend. l. 48. §. 1. ff. de aq. rer. dom. l. un. Cod.*

*de usucap. transfor.* ergò actus etiam inhonestus potest esse materia juris civilis. *n.* ad secundum membrum antecedentis (nam primum certum est) actus illos, & si qui sunt similes, non foveri à jure civili tanquam licitos, sive non præcipi ab hoc jure, sed tantùm non puniri, non rescindi, permitti, tolerari ad evitanda majora mala. *can. 1. dist. 13.*

103 Dixi 2. *externi.* ut excludam actus internos. ubi

Sciendum. actum humanum duplicem esse, internum & externum. actus internus est, qui persistit in sola mente, latens intrà latebras animi, foras non prodiens. Econtrà actus externus est, qui erumpit foras, séque signo aliquo externo & sensibili manifestat. actus hic exterior non potest esse sine ullo interiore, cùm ab illo tanquam à morali forma habeat, quòd sit humanus & moralis. Undè exterior actus humanus est velut quoddam compositum ex actu exteriore corporis, & interiore voluntatis, tanquam ex materia visibili, & formâ per se invisibili. *Suarez d. lib. 3. cap. 13. n. 1.* hoc præcognito sit

104 Assertio I. actus merè interni non possunt præcipi (idem est de prohibitione) lege civili directè & per se. *Suarez d. cap. 13. n. 2. & seqq. Layman. d. cap. 4. n. 5. Gibal. d. q. 5. §. 2. n. 6. Magn. D. P. Bened. Petsebacher d. art. 8. §. 2. Clariff. D. P. Paulus Mezger d. tr. 8. disp. 34. art. 2. §. 1. n. 3.* est cõmunis, & colligitur ex *l. 38. ff. de pœnis.* ubi ita J. C. Ulp. *cogitationis pœnam nemo patitur.* quò faciunt sacri textus *1. Reg. cap. 16. vers. 7. & 1. ad Corinth. cap. 4. vers. 5.* Ratio est, quia illi solùm actus possunt præcipi aut prohiberi jure civili, qui sunt sensibiles, quorùmque bonitatis vel malicia potest cognosci ab hominibus; frustra enim præcipitur aut vetatur, de quo non potest sciri, utrùm adverteretur legi, nec ne. atqui de actibus merè internis non potest sciri, an boni, adeoque præmiandi, an verò mali, adeoque puniendi sint, cùm solus Deus sit cognitor secretorum & scrutator cordium *can. 11. dist. 32.* non etiam homo, ergò &c. Accedit, quòd actus merè internus planè non conducât ad finem à jure civili intentum, utpotè qui potissimùm consistit in exteriori pace, & beatitudine civitatis, ad quam nihil referunt actus illi, qui solâ mente consumantur. ergo actus merè internus non potest præcipi à jure civili, quia actus, non substans fini juris, non potest præcipi à jure.

Notanter tamen asserui, *actus merè interni.* nam si actus internus aliquo modo exterius manifestetur, poterit puniri pœnâ aliquâ leviori, vel etiam ordinariâ, juxta materiz gravitatem. *arg. l. 5. Cod. ad leg. Jul. Majestatis.* Ratio est, quia talis actus reverà externus est, licèt nondùm perfectus & consummatus. *Suarez d. n. 2.*

105 Assertio II. Actus merè interni possunt saltem indirectè præcipi jure civili, in quantum scilicet per se junguntur cum actu externo, à quo possunt manifestari tanquam effectu, vel cui tribuunt moralem substantiam & estimationem.

Sic

Sic quando lex civilis præcipit venditionem frumenti, intelligitur etiam præcipere voluntatem transferendi dominium in emptorem. item quando præcipit tutori volenti auctoritatem præstare pupillo suo, etiam præsentiam seu attentionem animi ad id, quod cum pupillo geritur. *Suarez d. cap. 13. num. 9. Layman. d. cap. 4. num. 8. Clariss. D. P. Paulus Mezger d. §. 1. num. 7.* Ratio est, quia hoc ipso, quod actus externus jure civili possit præcipi, debent quoque præcipi posse omnia, quæ necessario requiruntur ad moralem substantiam actus externi. atqui actus internus, uti suppono, necessariò requiritur ad moralem substantiam actus externi, ergò indirectè & in consequentiam à jure civili potest præcipi. Adhæc actus, substans fini legis civilis, etiam cadit sub legem civilem. Atqui actus quoque internus, externo conjunctus, substans fini legis civilis, cum contractus fidei & fraudulenti non parùm obsint Reipublicæ, ergò etiam cadit sub legem civilem. Confer. *Magnif. D. P. Robertum König in princip. Jur. Can. lib. 1. Tit. 2. §. 8. n. 18.*

Assertio III. Soli actus externi possunt directè præcipi jure civili. constat 106 ex dictis.

Quid verò, si actus quidem externus sit, sed occultus, an adhuc cadet sub præceptionem aut prohibitionem juris civilis? R. Adhuc cadere. *Suarez d. cap. 13. n. 5. & seqq.* unde peccat, qui legem civilem etiam occultissimè transgreditur. Ratio est, quia lex non tantum prohibet, ne actus publicè fiat; sed simpliciter, ne fiat. item lex non tantum prohibet actum ratione scandali aut notorietatis, sed ratione sui, quia vel malus est, vel accedente prohibitionem legis efficitur talis.

Dices: Actus internus seu mentalis non constituit objectum juris civilis, ergò neque actus externus occultus, cum in judicio humano probari nequeat. R. neg. consequentiam. ratio disparitatis est, quod actus merè internus sit per se & naturà suà insensibilis, ac occultus aliis hominibus extrà operantem; nam homines aliter non cognoscunt, nisi beneficio sensuum, & ideo, quæ per sensibiles effectus vel signa non manifestantur, per se & naturà suà sunt extra cognitionem humanam. Econtrà actus, qui exercentur exterius, non sunt per se & naturà suà occulti, sed tantum per accidens: est enim per accidens, quod tempore actus nullus testis adsit, & ideo, si progressu temporis talis actus perveniat ad sufficientem noticiam hominum, poterit puniri, licet initio occultissimè gestus sit. Confer. cit. *Magnif. P. Robert. König. d. n. 18. in f.*

Dixi 4. futuri, circa quos, ut me magis explicem,

107

Dico I. Actus futuros per se & naturà suà esse materiam legis constitutivæ. 6. 2. & ult. de constit. l. 7. cod. de il. ubi ita Imperatores: *leges & constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta præterita revocari*: Ratio est, quia illi actus per se sunt materia legis novæ, qui sunt capaces regulæ ac directionis. Lex enim nihil aliud est, quam regula quædam externa actuum hu-

manorum. atqui hoc modo se tantum habent actus futuri, non etiam, qui jam facti sunt, ut qui jam antea boni vel mali, recti vel irrecti sunt, & sic nullius tegulæ amplius capaces; cum, quod semel factum est, infectum fieri nequeat. ergo soli actus futuri per se & naturam suam sunt materia legis novæ. Accedit, quod lex sit commune præceptum datum subditis l. 1. ff. de ll. atqui præceptum ut tale non potest dari de actu præterito, sed solum de futuro, ut per se manifestum est, ergo &c. *Suarez d. lib. 3. cap. 14. n. 8.*

108 Dico II. Actus præsentés reducendos esse ad actus præteritos, quia jam supponuntur facti absque lege; etiamsi contingat, simul tempore existere; vel certe, si ponamus fieri ex vi legis in eodem momento, in quo datur lex, jam habebunt ordinem ad legem per modum futuri; sed hic operandi modus, inquit *Suarez d. cap. n. 1.* in angelis potius, quam hominibus concipi potest.

99 Dico III. Actus præteritos per se loquendo non esse materiam legis constitutivæ. Ratio constat ex dictis. Notanter addo, *per se loquendo.* dantur enim exceptiones, & quidem prima est, si nominatim lege cautum sit, ut etiam extendatur ad præterita, vel adhuc pendentia negotia. l. 21. in f. l. 22. §. 1. Cod. de SS. Ecclesiis. l. un. in f. cod. de contract. jud. l. 2. §. ult. cod. de jurejur. propter calum. dando. l. 17. Cod. de fide instrum. d. cap. ult. de confit. & d. l. 7. Cod. de ll. ibi: nisi nominatim & de præterito tempore, & adhuc pendentibus negotiis cautum sit. quo tamen casu lex non pertinebit ad illa negotia, quæ jam finita sunt transactione vel sententia judicis, quamvis per appellationem suspensâ d. l. 22. §. 1. in f. Cod. de SS. Ecclesiis. d. l. un. in f. Cod. de contract. jud. & d. l. 17. Cod. de fide instrum. *Berlichius in decisionibus auris p. 2. decis. 159. n. 12.* Secunda exceptio est quoad effectum poenæ: esto enim legislator nequeat legem novam extendere ad actus præteritos quoad effectum obligationis, quamvis maximè vellet; quia cum semel facti sunt absque culpâ, non possunt postea reddi culpabiles per legem noviter latam; potest tamen extendere legem quoad effectum poenæ etiam ad actus præteritos, imponendo scilicet per novam legem, poenam delictis prius commissis contra legem aliquam præexistentem, divinam vel humanam. *Suarez d. cap. 14. n. 9.*

110 Dico IV. Actus præteritos esse materiam legis declarativæ juris veteris. prob. declaratio, ut talis, nihil novi constituit *arg. l. 21. §. 1. ff. qui testamenta facere possunt.* ergo ex se non habet novum effectum, adeoque quantum in se est, æquè comprehendit præteritum, ac futurum. *Suarez d. l. n. 2. & seqq.*

111 Dixi 5. & ultimò, & qui frequenter solent accidere. unde excludo actus rarissimos & inopinatos; jura enim constituuntur de his, quæ ut plurimum sunt, quæ frequenter & facillè, non de his, quæ ex inopinato & raro eveniunt l. 3. 4. & 5. ff. de ll. *Beckmann ad digesta exercit. 3. n. 2.* Distinguit inter ea, quæ absolute raro, & ea, quæ comparative raro accidunt. de illis negat, jura solere constitui, de his autem concedit, eoque pertinet §. 22. f. de R. D. l. 28. §. ult. ff. de jud. l. 36. f. de solus. *Objec.*

Objectum juris civilis prohibitivi constituunt actus inhonesti, sive tales 112  
sint jam antecedenter ad prohibitionem legis, puta, quia jure naturali turpes  
sunt, sive demum prohibitionem legis tales efficiantur. ubi tamen

Quæritur 9. An omnes actus inhonesti jure civili prohiberi possint? *u. non* 113  
posse *D. Th. 1. 2. q. 96. art. 2. Suarez d. l. 3. cap. 12. n. 12. Layman. d. cap. 4.  
n. 2.* Ratio est, quia lex civilis ponitur multitudinai seu communitati, in qua  
major pars est hominum imperfectorum virtute. quare ferè non nisi graviora  
peccata legibus prohiberi solent, à quibus moraliter possibile est, majorem par-  
tem multitudinis abstinere; & quidem præcipuè ea, quæ vel cedunt in nocumen-  
tum tertii, vel incommodant humanæ societati. Econtrà leviora lex debet per-  
mittere, ut graviora evitentur; imò interdum etiam ad gravia potest connivere,  
si necessarium videatur ad majus Reipublicæ malum impediendum.

Quæritur 10. An etiam actus honestus possit prohiberi lege humanâ? 114  
*u. posse. Clarif. D. Doct. Glesle p. m. Jurispr. fund. lib. 1. Tit. 2. cap. 4. §. 6. n.  
2.* prob. actus bono publico non conducens, aut fini, per legislatorem intento,  
adversus, potest lege humanâ prohiberi. atqui etiam actus de se honestus potest  
in certis circumstantiis bono publico non conducere, aut fini, per legislatorem  
intento, adversari, ergo etiam actus honestus lege humana prohiberi potest.

Dices: Actus inhonestus non potest præcipi lege humanâ, juxta dicta su-  
perius n. 102. ergo neq; actus honestus prohiberi. *u. neg. conseq. rationem di-  
sparitatis dat Suarez d. cap. 12. n. 19.* quia si actus est malus in specie sua, quan-  
docunq; exercetur, retinet illam maliciam, & idè non potest præcipi, quia ad  
malum sufficit quicumque defectus. econtrà actus bonus, licèt ex specie suâ talis  
sit, potest tamen in exercitio malus esse, quia tale exercitium potest esse prohi-  
bitum, sicque jam deerit illi actui circumstantia aliqua debita ex vi legis, conse-  
quenter jam erit malus, quia malum ex quovis defectu. Sic licèt per se bonum  
sit, administrare justitiam, eam tamen administrare die feriato, non erit bonum,  
quia deest illa debita circumstantia temporis ratione prohibitionis in *l. 7. l. ult.  
Cod. de feriis. Du. D. Glesle. d. n. 2.*

Objectum legis seu juris permissivi constituunt non tantùm honesta & li- 115  
cita, ut remunerari bonè meritos *can. 5. 23. q. 1.* sed etiam illicita & inhone-  
sta, ut per ea, tanquàm minus mala permissa, evitetur majus malum. *d. can. 1.  
dist. 13. cap. 2. de spons. cap. 5. qui clerici vel vovenses.* Undè in quibusdam  
bonè constitutis rebus publicis permittuntur lupanaria *Layman d. cap. 4.  
n. 2.* neque enim malum est permittere peccatum, sed facere; cum aliàs etiam  
DEUS peccaret, peccata nostra permittendo.

Objectum juris seu legis punitoriæ constituunt delicta non tantùm Theo- 116  
logica, sed etiam politica, contrà quamcunq; Reipublicæ justam ordinationem  
commissa, quibus infligit pœnam ordinariam seu determinatam. per quod  
lex punitoria differt à prohibitoria, ut quæ pœnam arbitrio judicis determinan-  
dama relinquit *c. 11. de pœnis.*



## §. VII.

117 **F**orma juris civilis consistit in voluntate iusta potestatis civilis, præcipientis & obligantis ad ea, quæ sunt consentanea Reipublicæ suæ, ac prohibentis contraria.

118 **Q**uæritur 11. utrum ad efficaciam legis civilis requiratur acceptatio populi? Affirmant *Magnif. D. P. König d. tit. de constit. n. 21. D. Someting. p. m. Inst. h. t. n. 77.* Sed rectius negant *Magnif. D. Petschacher p. m. d. rr. de ll. q. 4. art. 7. D. Gletle d. cap. 4. §. 7. n. 11. & 14. Clariff. D. P. Colloga Schmier d. rr. de jure legali cap. 7. sect. 4. §. 2. n. 71. & seqq. Lauterbach. ff. de ll. §. 21. Harpr. ad §. 6. F. h. t. n. 15. & seqq.* Prob. si ad efficaciam legis civilis requireretur acceptatio populi, id proveniret vel ex defectu potestatis in legislatore aliter obligandi, vel ex defectu voluntatis, sed neutrum potest dici; ergo &c. minor probatur quoad primam partem ex *d. §. 6. F. h. t. & l. 1. pr. ff. de constit. Princip.* in quibus locis perspicue dicitur, quod lege regiam populus omne imperium, omnemque potestatem suam in principem transtulerit: cum igitur pars supremæ potestatis sit potestas ferendarum legum civilium, neque hæc penderet à consensu populi. Accedit textus in *l. ult. §. 1. Cod. de ll.* ubi habetur, quod in statu Monarchico Imperii Romani solus Imperator leges condant; quod tamen falsum esset, si potestas ferendarum legum penderet à consensu populi. quoad secundam partem probatur minor 1. ex quotidianâ praxi, quâ leges per pœnas, ad executionem & observantiam legis solent cogere dissentientes & invitos subditos. 2. quia verba legum simpliciter præceptiva, aut (ut suppono) prohibitiva, sufficienter exprimunt voluntatem legislatoris, volentis absolute, & independentem à acceptance populi, obligare tam ad acceptance, quam executionem legum suarum. 3. quia in *nov. 66. c. 1.* post publicationem legum, & lapsum temporis definiti, præcisè exigitur observantia legum, neque ulla fit mentio acceptance. 4. quia non expedit Reipublicæ & salutem ejus, talem libertatem adstruere populo, aliâ ad despiciendas, quàm suspiciendas obligationes legales procliviori. ergo efficacia legum civilium tantò minus penderet à acceptance populi, quantò minus sufficienter constat, à principe privilegium tale populo concessum esse.

119 **O**bjc. 1. textum in *l. 32. §. un. ff. de ll.* ubi Julianus ait, legibus non aliâ ex causâ nosteneri, quàm quod iudicio populi receptæ sint. 2. textum loqui de statu Democratico seu populari, quo populus, senatorio magistratu interrogante, legem constituerebat §. 4. *F. h. t.* id quod satis innuunt verba Juliani sequentia, dum ait, nihil interesse, *suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsi & falsis?* Equidem Julianus oppositam legem eo tempore conscripsit, quo autoritas populi Romani jam decoxerat, cum vixerit in statu Monarchico sub Hadriano & Antonino Pio, ut colligitur ex *l. 2. in f. ff. de O. F.* sed quid

quid tūm? etiam tempore Justiniani nihil potestatis refedit penes populum Romanum, & tamen Tribonianus, qui in statu vixit Monarchico, in *d. §. 4.* definitionem legis accommodavit ad statum popularem Reipublicæ Romanæ: ergo mirum videri non debet, quod eodem sensu vocabulum legis in *d. l. 32.* Julianus acceperit. Atque hæc est responsio Domini Gletle *ubi supra n. 15.* quam D. Somering tragulam vocat, quæ malè occulatum possit fallere, difficultatem tamen nullam perpendenti movere, eò quod Tribonianus in *d. §. 4.* usus fuerit voce *constituebat*, quæ tempus præteritum expressè arguit. Verum D. D. Gletle ab imputatione hæc post Clariss. D. P. Ebberth *part. 1. select. controu. 3. n. 16.* egregè defendit Clarissimus D. Collega P. Schmier *d. §. 2. n. 74.* dicens, tempus præterens in jure quàm sæpissimè pro præterito usurpari. Sic Tribonianus in *§. 5. F. b. t.* definit senatus-consultum, esse illud *quod senatus jubet atque constituit* licet tempore Triboniani autoritas senatus jam decorerit.

Objc. 2. lex est commune præceptum *l. 1. ff. de ll.* ergo non est præsumendum, legislatorem velle legi suæ tribuere efficaciam, antequam à communitate fuerit acceptata. R. Dist. antec. lex est commune præceptum, hoc est, refertur ad bonum communitatis, cui immediatè proponitur, concedo, est commune præceptum, hoc est, fertur consentiente communitate, nego antec. & conseq.

Objc. 3. *cap. 3. dist. 4.* ubi dicitur: *leges instruantur, cum promulgantur; firmanantur, cum moribus utentium comprobantur.* R. 1. textum hunc esse Gratiani, qui autoritatem decisivâ suo dicto tribuere non potuit. R. 2. loqui de confirmatione legum extrinsecâ & accidentalî seu facti, non intrinsecâ & substantiali, seu firmatione juris. nimirum leges, moribus utentium receptæ, seu usu & observantiâ in effectum de ductæ, extrinsecam suam perfectionem & vigorem consequuntur ex imperio legislatoris, non verò, quasi ante hanc receptionem, vim propriam obligandi ex se non habuissent. R. 3. legem firmari ex usu populi, non quod vim obligandi inde accipiat, ut quàm jam habet, dum promulgatur; sed quod multum firmitatis & stabilitatis legi accedat, nè facile abrogetur. R. 4. textum oppositum magis favere nostræ sententiæ, cum ibidem dicatur lex institui per promulgationem: si igitur jam tunc est lex, cum promulgatur, etiam tunc jam habet vim & efficaciam obligandi, sine ullâ acceptatione populi.

Objc. 4. lex, quæ à majori parte populi non recipitur, eò ipso est inutilis, utpotè magis cedens in destructionem, quàm ædificationem; ergo, ex naturâ rei deficit à ratione legis obligantis. R. nego antec. quàm parùm lex desinit esse utilis ex eo, quod post acceptationem illius, murmur populi oriatur; tam parùm desinit esse utilis bono communi ex perveraciâ populi, quæ non curanda, sed expugnanda, nè plebs nimis facilè superiorum actis reclamet, ac seditiones excitet. Adhæc licet fortè ob malitiam populi, legem non recipientis, lex foret inutilis communitati, adeoque tunc cessaret; id tamen non proveniret exinde, quod ad efficaciam legis requiratur acceptatio populi; sed quia de

essentiâ legis est, ut sit justa & utilis reipublicæ; quod requisitum in dato casu deficeret.

Objic. 5. consuetudo potest abrogare legem acceptatam, & defectû obligantem: *l. 32. l. 33. l. 37. ff. de ll. l. 1. 2. & 3. Cod. qua sit longa consuetudo.* ergo test etiam impedire, nè lex obligare incipiat. *¶* Ab infirmatione legis, ad ejusdem confirmationem hic bonum non duci argumentum. consuetudo enim legem infirmat & abrogat ex tacito Principis consensu. econtra si non acceptatio posset impedire vim obligativam legis, id non fieret ex consensu principis, ut de cujus voluntate contrariâ satis constat ex verbis legis simpliciter præceptivis aut prohibitivis; consequenter omnem suam virtutem impediendi deberet habere à populo, cui tamen nullibi tributa est.

### §. VIII.

120 **F**inis juris civilis duplex est, proximus, & remotus, proximus est probitas, honestas, & justitia civium: jus enim intendit subditos facere bonos, non tantum bonitate politicâ & civili, sed etiam morali & internâ. *Suarez lib. 1. de ll. cap. 13. n. 7.*

Finis remotus, ultimus, & qui ad proximum illum consequitur, est bonum commune, per quod intelligitur publica communitalis salus, pax, tranquillitas, & beatitudo. *D. Thomas. 1. 2. q. 90. art. 2. Suarez d. lib. 1. cap. 7. n. 4. Layman. d. tr. 4. cap. 1. n. 5.*

Neque dicas 1. Jus civile privatum respicit bonum & utilitatem singulorum *§. f. f. de f. & f. l. 1. §. 2. ff. cod.* ergo finis illius non est bonum commune. Nam *¶* Jus privatum respicere quidem bonum singulorum, non tamen ultimatè, sed cum ordine ad totius communitalis bonum, utpotè quod ex bonis singulorum confurgit, sicut sanitas totius hominis ex sanitate singularum partium corporis humani.

Neque dicas 2. privilegia pertinent ad bonum particulare eorum, qui privilegiati sunt. ergo non videtur esse de ratione juris, ferri semper pro bono communi. Nam rursus *¶* licet privilegia per se primò faveant privilegiatis, ultimatè tamen ordinari ad bonum totius communitalis, quatenus publicè interest, benè meritos privilegiis exornari.

### §. IX.

121 **E**ffectus juris civilis primus, formalis, & intrinsecus est obligatio ejus ad observantiam *l. 2. ff. l. 3. Cod. de ll. ubi.*

Quæritur 12. quandonam lex incipiat obligere? *¶* 1. antecedenter ad omnem promulgationem legem non obligare, adq̄que de natura legis saltem aliquam promulgationem esse, sive deindè scripto, sive per præconem, sive alio idoneo modo factam. *D. Thomas 1. 2. q. 90. art. 4. Suarez lib. 3. de ll. cap.*

16. n. 1. *Layman d. tr. 4. cap. 2. n. 1.* Prob. nulla allocutio censetur completa, quamdiu non est apta percipi ab iis, ad quos dirigitur. atqui omnis lex est quædam justitio, adeoque moralis aliqua allocutio directa ad subditos l. 9. *Cod. de ll.* ergo nulla lex censetur completa & perfecta, nisi sit apta percipi à subditis, quibus data est: ergo de natura legis est saltem aliqua promulgatio; quia per hanc primùm efficitur apta percipi.

2. Obligationem legis proximam tunc primùm in quavis persona particulari incipere, quando legis latæ & promulgatæ notitiam acquisivit: nam per inculpabilem legis ignorantiam impeditur obligatio proxima, cum ejusmodi ignorantia excuset à culpa & pœna, ac transgressio legis sit solum materialis, per l. 6. ff. *de decretis ab ordine faciendis.* *Hannold de F. & F. tr. 1. cap. 1. contr. 2. n. 9.* Dixi autem, per inculpabilem legis ignorantiam &c. impedire obligationem proximam &c. ut innuerem primò, culpabilem ignorantiam, uti alias, ita etiam hic haberi pro scientiâ, & qui cum tali ignorantia legem transgreditur, reum fieri tum culpæ, tum pœnæ. *Suarez d. lib. 3. cap. 18. n. 10.* Secundò, legem promulgatam statim, quatenus est ex sua parte, habere essentialem vim obligandi omnes subditos, & ligare etiam invincibiliter ignorantes; vis enim obligatoria ex ipsa legis virtute & natura, non ex actuali ejus notitiâ proficiscitur, quamvis hi ipsi ita ignorantes transgrediendo legem excusentur à culpa ejus & pœnâ; quod ipsum argumentum est. eos obligari: nam qui lege non tenetur, malè dicitur excusari: sic v.g. Laicum non rectè dicimus excusari à recitandis horis canonicis, sed potius, omninò non teneri. obligat ergo lex etiam invincibiliter ignorantes quoad actum primum, actu secundo habentis impedito. *Layman d. cap. 2. n. 1.* imò si lex sit irritans, tunc actus post sufficientem ejus promulgationem etiam ab invincibiliter ignorante gestus nullus est, & invalidus; quod non posset dici, si lex nullo modo obligaret ignorantes. *Suarez d. cap. 18. n. 11. Sanchez lib. 3. de matrimonio. disp. 17. n. 10.*

3. Obligationem legis remotam statim à puncto promulgationis posse incipere, si ita velit legislator, quo casu lege stringitur, quicumque ejus notitiam quomodocumque acquisivit. *Hannold. d. contr. 2. n. 13.*

4. Posse etiam legislatorem legi latæ & promulgatæ præfigere certum terminum, à quo primùm obligatio ejus debeat incipere; quo casu nemo, etiam si sciens, obligabitur lege antè lapsum præstituti termini. *Hannold. d. n. 13.* Difficultas solummodò est, quomodo defacto res in proposito se habeat? ad quod

5. Leges civiles incipere primùm obligare post lapsum duorum mensium à promulgatione earum, in singulis provinciis factâ. ita ex Theologis. *Suarez lib. 3. de ll. cap. 16. n. 10. & seqq. & cap. 18. n. 1.* *Hannold d. contr. 2. n. 14.* Ex Canonistis *P. Engel ad Tit. de conscri. §. 4. n. 64. Magnif. D. P. Robertus König cod. rit. §. 9. n. 20.* ex civilistis *Menoch. lib. 2. de arbit. jud. cent. 2. casus*

185. n. 7. *Clariff. Dn. D. Gletlo p.m. d. cap. 4. §. 7. n. 3. & alij à d. Menoch. allegati.* Colligitur satis ex *nov. 66. cap. 1.* quæ constitutio, tametsi agat de legibus testamentariis, quia tamen rubrica eidem præfixa verbis planè generalibus est concepta, ita enim sonat: *ut facta nova constitutiones post insinuationes earum post duos menses valeant.* idè communibus peritorum calculis etiam ad leges alias trahitur. Neque dicās, rubricas legum non habere vim juris. nam id verum est, si non habeant perfectum sensum, secūs, si habeant; prout habet rubrica allegata: est enim receptum dogma apud nostros, rubricam perfectam habere vim textūs in his, in quibus nigro non repugnat. Confer omninò *Suarez. d. cap. 16. n. 10. 11. & 12.* Ratio hujus dispositionis stat in eo, quòd Imperatori tempus hoc bimestre sufficiens fuerit ad acquirendam interim notitiam legis novæ, *d. cap. 1.* ibi: *sufficienti hoc tempore omnibus manifestam eam constituere.* Dissentiunt aliqui volentes, legibus civilibus obligari scientes etiam antè lapsum duorum mensium; verùm his obstat, quod dicitur in recitata rubrica: ibi: *ut nova constitutiones post duos menses valeant.* Et in *d. cap. 1.* ibi: *ut autem apertius adhuc causa declaretur, sancimus, si scripta fuerit hujusmodi lex, hanc post duos menses dati ei temporis valere.* ergo leges civiles antea non valent, nec rationem legis habent, cùm necdum perfectè constitutæ intelligantur: ergo neque antea obligant, quia lex nondum perfectè constituta, non potest dici habere vim obligandi. Confer *Suarez. d. cap. 18. n. 5. & seq.*

125 Alter effectus juris civilis est obligatio ad scientiam. *l. 9. Cod. de ll. Eckhlt. ff. ibid. §. 18.* obligantur ergo subditi, communi & morali diligentia comparare notitiam legum; quod si culpabiliter negligant ac transgrediantur, æquè puniuntur, ac scientes, quoniam culpabilis ignorantia fictione juris reputatur pro scientia, imò factâ promulgatione, & duobus ab eâ mensibus elapsis præsumitur scientia *c. 1. de postulatione pralat. c. ult. §. alioquin. qui matrimonium accusare possunt.* nam quod publicè propositum est, ignorare non licet. hinc alleganti ignorantiam incumbit onus probandi *d. c. ult. §. super quo.* Utrùm autem ignorantia promulgationis per juramentum probari possit, vide latè tractantem *Menchium de arbit. jud. lib. 2. cent. 2. casu. 186. & præsumpt. lib. 1. q. 77.*

## §. X.

126 **D**ividitur jus civile in scriptum & non scriptum. *§. 3. & 9. l. h. t. l. 6. §. 1. ff. de f. & f.* quæ divisio non est sumpta à forma essentiali, quasi esse scriptum sit de conceptu formali legis, (de hoc enim est expressus summæ potestatis consensus. *Vin. Inst. h. t. §. 3. n. 1.*) non esse scriptum, de conceptu formali consuetudinis. *Schambog. ad d. §. 3. Hahn. ad Wesenbec. ff. de ll. n. 6. vers. tamen quod nostrum. Paulus Berens dissert. acad. 1. Them. 1. q. 9. Vagepauer exercit. ad Inst. 2. q. 6.* prius membrum constat tum ex legibus Lycurgi, quæ non fuerunt scriptæ, teste *Plutarcho in ejus vita*; tum ex ipsis legibus Romanorum; nun-

quid enim lex fuit statim, ac populus rogante magistratu: *velitis, jubeatis Quirites*, ita in tabellis respondisset, *uri rogas?* *Bach. ad §. 4. F. h. t. n. 5. Ludovell ad §. 3. F. cod. n. 2.* Membrum posterius patet ex jure feudati, quod scripto comprehensum, corpori juris insertum, & tamen jus consuetudinarium est. *P. Engel de consuetudine n. 1.* quòd ergo lex dicatur jus scriptum, consuetudo jus non scriptum, est denominatio à forma extrinseca, vel ab accidente communi, seu ab eo, quod frequentius fit, quia videlicet leges communiter solent scribi, econtrà consuetudines communiter memorià hominum teneri. *arg. l. 4. ff. de pign. & l. 12. Cod. de prob.*

Jus civile non scriptum uno nomine dicitur consuetudo, de qua pluribus sequente parte. Jus civile scriptum est, quod scripto seu literis comprehensum est. hujus (loquendo de jure civili Romano) sex sunt species. lex, plebiscitum, senatusconsultum, constitutio Principum, Magistratum edicta, responsa prudentum. *d. §. 3. & l. 7. princ. ff. de F. & F. de his ordine.*

## §. XI.

**L**ex describitur in §. 4. *F. h. t.* esse id, quod populus Romanus senatorio Magistratu interrogante, veluti consule, constituebat. Modus ferendarum legum apud Romanos sequens observabatur. populus in comitia coactus à consule, dictatore, aut prætore hinc verbis interrogabatur: *Velitis, jubeatis Quirites.* cui deinde in tabellis respondebat populus vel per literam A, si antequam volebat legem, vel per literas V. R. hoc est, *uri rogas*, si legem probabat. *Vinn. ad d. §. 4. in verb. interrogante n. 2.*

Secunda juris civilis Romani species est plebiscitum, quod in d. §. 4. describitur esse illud, quod plebs plebejo magistratu interrogante, veluti tribuno, constituebat.

Causa instrumentalis juris hujus erat plebs, cum enim dominationem Patriciorum ultra ferre nollet, ac secessionem minitaretur ex urbe, nisi sua quoque scita populum universum obstringereat, effecit tandem, ut initio quidem lege Horatiâ, dein Hortensia confirmarentur. *Ludovell ad d. §. 4. h.* Differt autem plebs à populo, sicuti species à genere, vel, ut rectius loquar, quemadmodum pars à toto: appellatione populi siquidem universi cives designantur, connumeratis etiam Patriciis; vocabulo plebis verò cives reliqui, sine patriciis designantur *d. §. 4. & l. 238. in princ. ff. de V. S.*

Causa principalis juris hujus est universus populus, qui adminiculo legis Hortensia plebiscita confirmavit.

Tertia species, nimirum senatusconsultum, est id, quod senatus jubet atque constituit. *§. 5. F. h. t.*

Causa instrumentalis juris hujus est senatus. cum enim in eam multitudinem excrevisset populus Romanus, ut legis sancienda gratiâ difficulter convocari

carl posset, ipsa necessitas curam Reipublicæ senatui cõsignavit. hinc omnis ferè legum condendarum facultas senatui relicta l. 2. §. 9. ff. de O. F. Occupatà deindè Republicà primi Principes, ut vim Principatûs sibi firmarent, umbram antiquæ potestatis senatui permiserunt. Confer Bachov. & Vin. ad d. §. 5.

Causa principalis juris hujus est vel consensus populi in statu democratico. vel conniventia principum in statu monarchico.

130 Quarta species est principis placitum seu constitutio Principis, quæ nihil aliud est, quàm jussus seu lex à summo principe facta; nam quod principi placuit, animo condendi legem, legis habet vigorem, cum lege regiã, quæ de ejus Imperio (sub Augusto: ut probabiliter creditur) lata est, populus ei & in eum omne imperium ac potestatem suam non cumulativè (ut quidam voluerunt) sed abdicativè & privativè transtulerit §. 6. F. h. s. l. 1. ff. de constit. princ. & ibi interpretes.

Dividitur constitutio Principis in generalem & specialem. d. §. 6. & d. l. 1. §. 1. generalis est, quæ omnes principis subditos tenet; estque triplex, rescriptum, decretum, edictum.

Rescriptum est responsum principis ad consultationem eorum, qui principi supplicarunt, emissum. Eckelt ad tit. de constit. princip. §. 3. hoc responsum si emanet ad preces privatorum supplicantium, dicitur subscriptio d. l. 1. §. 1. item annotatio l. 1. Cod. de precibus Imperatori offerendis. si ad consultationem magistratûs, vocatur epistola d. §. 1. & d. §. 6. b. si demique ex concilij sententia ad preces alicujus universitatis ob causam seu negotium publicum, appellatur pragmatica sanctio l. f. §. 1. Cod. de diversis rescriptis. Confer Frantzium ff. de constit. princip. n. 26. & seq. exempla rescriptorum existant in §. ult. f. de his, qui sui vel alieni juris sunt. §. 4. J. de fidejussoribus. l. 31. l. 33. ff. de re jud. imò ex hujusmodi rescriptis compilatus est codex noster Justinianæus. de his

Nota, quòd rescripta, si generalia sunt, omnes obligent. hujusmodi sunt, quæ vel initio eo fine emissa sunt, ut omnes omninò subditos tenerent, vel postea jussu & auctoritate Principis corpori juris inserta. & omnibus ad servandam proposita sunt. Quòd si specialia sunt, hoc est, ad certas solum causas, personas, loca, tempus, directa, neque postea ad alias personas, causasvè extensa, tunc illis solummodo jus faciunt, pro quibus emanarunt; nisi hæc ipsa specialia postea auctoritate publicâ importentur in corpus juris, quo factò fortiuntur vim legis universalis arg. cap. 19. de sent. & re jud. & l. ult. in princ. Cod. dell. Eraricus Perhing ad tit. de rescript. sect. 1. §. 1. n. 3. Suarez d. lib. 3. de ll. cap. 15. n. 22. P. Engel de rescriptis. n. 1. Magnific. D. P. Robertus König cod. tit. §. 8. n. 8.

Decretum est sententia, quam ipse Princeps causâ cognitâ fert inter partes litigantes; solebant enim olim Principes ipsimet jus dicere in causis, quas cog-

nitione sua dignas judicabant, ut videre est *ex l. 3. ff. de his, qua in testamento delentur. l. ult. ff. de hered. instit. l. ult. Cod. de ll.* Vide *Franzkiwm. ad ff. de constit. princip. n. 21. & seqq.*

Quæritur 13. an decreta seu sententiæ definitivæ à Principe latæ indistinctè habeant vim legis, ita, ut inferiores judices illas in similibus casibus tanquam legem sequi teneantur? *q. 1.* Si Princeps per sententiam, quam fert, interpretatur, aliquam legem dubiam & obscuram, tunc sententia illa habet vim legis. ratio est, quia talis sententia se habet per modum interpretationis authenticæ, quæ juxta *l. 1. l. ult. §. 1. Cod. de ll. cap. 31. in med. de sent. excommunicat.* valet in vim legis. ergò cum lex non possit in uno negotio habere unum sensum legitimum, & in alio omninò simili habere alium diversum, necessè est, ut textus legis, à superiore quomodocumque declaratus, evadat generalis, aptusve ad similia causarum fata componenda. *Suarez d. c. 15. n. 12. inf.*

*q. 2.* Si sententia Principis non sit talis, sed simplex decisio, tunc, si Princeps signo aliquo declaret, se imposterum eam pro lege haberi velle, habebit vim legis *d. §. 6. l. h. r. d. l. 1. ff. de constit. princip. d. l. ult. princ. Cod. de ll.* Tales sunt plures leges canonicæ ac civiles, quæ initio non erant, nisi sententiæ Pontificum & Imperatorum, sed postquam eorundem voluntate in corpus juris relatæ sunt, leges evaserunt. Confer *l. 1. §. pen. in f. Cod. de nov. Cod. fac. Magnig. D. P. Petſchacher p. m. d. art. 8. §. 4. in princ. Zœf. ff. de constit. princ. n. 9*

*q. 3.* Si Princeps nullum tale signum edat circa sententiam suam, quòd illam velit valere pro lege, non habebit vim legis. ratio est, quia sententia per se non est constitutiva juris novi, sed potiùs applicativa juris jam constituti; & Princeps, quando in causâ particulari judicat ac fert sententiam, non fungitur munere legislatoris, sed judicis. ergò nisi aliundè declaret, quòd decisionem suam velit valere pro lege, ea tantùm tribuet jus partibus litigantibus, non etiam toti Reipublicæ. confer. *Suarez d. n. 12. in princ.* atque huc fortè trahi poterit *lex. 2. cod. de ll. ex qua constat, neque sententiam definitivam Principis in negotio singulari latam jus generale facere.*

Connexa quæstio est de interlocutoriâ Principis, an & ipsa vim legis habeat? Affirmat Ulpianus in *d. l. 1. §. 1. ff. de constit. principum.* ibi: *vel de plano interlocutus est.* Negant Imperatores in *l. 3. Cod. de ll.* ibi: *interlocutionibus, quas in uno negotio judicantes pronulimus, vel postea proferimus, non in commune præjudicantibus.* Ut textus hos conciliemus. Respondemus cum *Hahn ad Wesenbec. ff. de constit. princip. n. 1. & Franzkio ibidem n. 33.* sententiam interlocutoriam tunc habere vim legis, si Princeps id velit, ac signo aliquo declaret, secùs autem non habere.

Edictum est constitutio, quam Princeps in utilitatem subditorum edit motu proprio, sine respectu ad personas confluentes, aut litigantes, hæc sine dubio vim legis habet. *d. §. 6. d. l. 1. §. 1. d. l. 3. Cod. de ll.* porro



Constitutio specialis est, quâ Princeps speciale quid contra vel præter jus commune statuit. quò pertinet primò, si gratiam delicti reo facit. d. §. 6. d. l. 1. §. 2. ff. de confis. Princip. ibi: *si cui sine exemplo subvenit*. quod barbarè aggratiationem, item jus aggratiandi vocamus.

Secundò, si pœnam ordinariâ graviozem irrogat, ad aliorum terrorem d. §. 6. & ibi *Vinnius n. 5.*

133 Tertiò si privilegium alicui concedat d. l. 1. §. 2. est autem privilegium lex seu constitutio privata, speciale quid concedens. cap. 25. circa f. de V.S.

Objicies, privilegium non est lex, sed exemptio à lege, ergò minùs rectè dicitur, esse lex. R. Dist. antec. privilegium non est lex respectu ejus, cui competit, esto. respectu aliorum, nego antec. & consequent. tamen si privilegium non sit lex respectu ejus, cui competit; hunc enim eximit ab obligatione legis: est tamen lex respectu aliorum, quos obligat, nè privilegiatum impediatur ab usu sui privilegij.

Instabis: si privilegium extra privilegiatum omnes obligat, tunc non est lex privata, sed communis. ergò saltem minùs rectè dicitur lex privata. R. Dist. antec. tunc non est lex privata, sed communis, si commune omnium bonum proximè respiciat, esto. si pro fine suo proximo habeat bonum privati, nego antec. & consequent. lex communis illa dicitur, quæ pro fine suo proximo habet bonum commune: huic finem ergò cum privilegium non respiciat, hinc lex privata dicitur. confer. *Magnif. D. P. Bened. Pesschacher p. m. d. tr. de ll. q. ult. art. 1. per totum. & P. Engl. de privilegiis n. 1.*

134 Dividitur privilegium in legale & principale, in reale & personale, in perpetuum & temporale, in gratiosum & remuneratorium, in conventionale & purum, in affirmativum & negativum, in commune & singulare, in favorabile & odiosum &c. de quibus omnibus vide doctissimè tractantem sæpè laudatum *Magnificum D. P. Pesschacher d. q. ult. nr. 2. §. 1. & seqq.*

135 Quinta juris civilis scripti romani species sunt edicta prætorum, quæ definiiri possunt, quòd sint jus, adjuvandi, supplendi, aut corrigendi juris civilis gratiâ à prætoribus propositum §. 7. l. h. r. l. 7. §. 1. ff. de l. & l.

Causa instrumentalis juris hujus sunt prætores, sive magistratus, qui juri dicendo præstant.

Causa principalis est populus Romanus. hic enim cum adverteret, edicta prætorum insigni æquitate suffulta esse, illa tacitè approbavit. *Bach. ad Inst. h. r. §. 10.*

Sexta species juris civilis scripti Romani absolvitur responsis prudentum, quæ sunt sententiæ & opiniones eorum, quibus permissum erat, de jure respondere. §. 8. ff. h. r. hodierna Jctorum responsa quod attinet, vide *Jochimum Hoppium ad d. §. 8.*

P A R S IV.

De Jure non scripto, seu de Consuetudine.

S U M M A R I A.

1. *Definitur consuetudo.*
2. *Dividitur.*
3. *Adornatur causa efficiens.*
4. *Subjectum.*
5. *Objectum.*
6. *Reprobatur circularis bibendi consuetudo.*
7. *Requiritur ad consuetudinem pluralitas actuum.*
8. *Quorum etiam duo possunt sufficere.*
9. *Excluduntur tamen actus metum extortii.*
10. *Nec non erroris.*
11. *Sufficiunt autem extrajudiciales.*
12. *Non obstante textu in l. 34. ff. de ll. & cap. 25. vers. ad hoc autem, de U. S.*
13. *An possint esse formaliter peccaminosi? referuntur Auctores & fundamenta pro sententiâ negativâ.*
14. *Adducuntur Auctores pro sententiâ affirmativâ, qua probatur.*
15. *Removentur motiva contraria.*
16. *Actus debent esse diuturni.*
17. *Rejicitur sententia distinguens inter consuetudinem contrariam legi Canonica & contrariam legi civili.*
18. *Relinquitur determinatio temporis, tam respectu unius, quam alterius, arbitrio judicis.*
19. *Debent actus esse exerciti animo introducendi consuetudinem.*
20. *requiritur consensus tacitus superioris, non tamen concomitans.*
21. & 22. *Effectus consuetudinis tum generalis, tum specialis statuuntur.*
23. *Qua tolli potest & lege, & consuetudine aliâ.*
24. *Solvitur objectis.*

**A**ltera species juris civilis est jus non scriptum seu consuetudo, quæ

§. I.

**D**efinitur, quod sit jus moribus introductum, & tacito summæ potestatis consensu approbatum. colligitur ex §. 9. *J. h. t. l. 32. princ. & §. 1. ff. de ll.*

Dices: consuetudo est facti: *arg. l. 4. ff. de custodia & exhibitione reorum.* ergo non est Jus. *re. Dist. antec. consuetudo est facti causaliter, quatenus per frequentes actus & facta introducitur, concedo, est facti formaliter, quatenus sumitur pro jure ex illis factis & actibus resultante, nego antec. & consequentiam. Harp. ad d. §. 9. n. 2. Schambogen ibidem.*

§. II.

**D**ividitur consuetudo primò in universalem, & particularem seu localem. **2** Universalis est, quæ in totâ Republicâ, & à communitate Ecclesiasticâ vel civili generaliter recepta est. huc referri possunt consuetudines feudales, quæ ubique in Germaniâ servantur. *Servotius in Syntagm. jur. feud. cap. 1. th. 6. & 7.* particularis est, quæ in certâ solum Reipublicæ parte, & à particulari solum communitate v.g. civitate, approbata, aut ad certum locum restricta est. *Lantac. ff. de ll. th. 31.*

Secundò dividitur consuetudo in canonicam & civilem. Canonica est, quæ ex frequenti usu clericorum, circa materiam clericis propriam : civilis, quæ ex moribus laicorum, in materiâ laicis propria nascitur. Si clerici & laici circa materiam pertinentem ad temporale reglmen & politicum commune bonum civitatis uniformiter operentur, resultat consuetudo civilis, quia ad hanc clerici non concurrunt quâ tales, sed in quantum sunt cives ac membra Reipublicæ, *Suarez. de ll. lib. 7. cap. 5. n. 1. & 2. Pirhing. de consuetud. sect. 1. §. 1. n. 7.*

Tertio dividitur consuetudo in eam quæ est juxtâ, quæ præter, & quæ contra legem. Prima legem supponit, & observando confirmat. quò facit *cap. 3. vers. leges. dist. 4.* ibi : *moribus utentium ipsa leges confirmantur.* Secunda in materiâ lege non præceptâ novam obligationem inducit. Tertia legem præexistentem vel intotum, vel ex parte tollit. utrum autem hæc divisio accurata sit, patebit ex iis, quæ tradunt *Suarez d. lib. 7. cap. 2. n. 4. 5. & 6. & Pirhing. d. §. 1. n. 6.*

Plures alias consuetudinis divisiones dat *Hahn ad Wesenbo. ff. de ll. n. 2. in verb. consuetudo duplex est.*

### §. III.

**C**Ausa efficiens consuetudinis est vel remota, vel proxima. Remota est cõmunitas perfecta, per quam talem intelligimus, cui lex aut statutum poni potest. Ex consuetudine siquidem nascitur obligatio legalis : ergò ab illâ demùm cõmunitate introduci potest, quæ est capax obligationis legalis *Suarez d. lib. 7. cap. 9. n. 3. & 6. Pirhing d. sect. 1. §. 2. n. 8.* Undè suâ spontè fluit, à particulari familiâ introduci non posse consuetudinem. *Suarez d. c. 9. n. 11. inf.* tamen si capax obligationis procedentis ex pacto aut præcepto, non tamen etiam obligationis legalis. Illud non requiritur, ut cõmunitas, quæ introducere vult consuetudinem, sit capax potestatis legislativæ. *Suarez d. c. 9. n. 10. Pirhing. d. §. 2. n. 10.* Consuetudo siquidem vim suam recipit non à actibus subditorum, sed à consensu tacito summæ potestatis : ergò ex parte cõmunitatis non requiruntur actus potestatis publicæ, adeò que licet cõmunitas sit incapax potestatis legislativæ, potest tamen consuetudinè introducere.

Causa efficiens proxima consuetudinis est vel instrumentalis, vel principalis. Instrumentalis sunt plures actus, animo introducendæ consuetudinis à populo exerciti.

Principalis stat in tacito consensu summæ potestatis : à hoc enim consequitur consuetudo vim juris, utpotè quam accipere non potest à populo *Suarez d. lib. 7. cap. 13. n. 6. Leymann d. tr. 4. cap. 24. n. 2. Pirhing d. sect. 1. §. 3. n. 15.*

## §. IV.

**S**ubjectum consuetudinis constituunt homines, qui eadem obligantur. Obligantur autem omnes, qui sunt de communitate, cujus bonum respicit consuetudo. Neq; obstat §. 15. *f. de R.D. l. 5. §. 5. ff. de acq. rer. domin.* ubi pavones dicuntur habere consuetudinem avolandi & revolandi. Nam ibi consuetudo solum accipitur pro assuefactione quadam contractâ ex frequentibus actibus; nos verò hic accipimus formaliter pro moribus & actibus repetitis, ex quibus norma & regula seu jus oritur.

## §. V.

**O**bjectum consuetudinis sunt ea, ad quæ obligat. Obligare autem potest ad illa, quæ sunt honesta & proficua. Consuetudo siquidem vim legis obtinet *l. 32. & 2. seqq. ff. de ll.* Ergo sicut lex obligare non potest ad alia, quam quæ sunt honesta & proficua Republicæ *can. 2. dist. 4.* sic neque consuetudo *c. 3. §. & 8. dist. 8. cap. ult. de consuetud.* unde rectè

Inferes, corruptelam esse immoderatam illam & circularem bibendi consuetudinem, quâ combibones ad seychos uno ductu & spiritu exhauriendos, alterno exemplo sese animant, ac sociâ poculo salutis alienæ ad temulentiam usque litant. has propinationes & invitationes prohibuit, Innocentius III. Pontifex in *cap. à crapulâ. 14. de vitâ & honestate Clericorum.* abolens abusum, quo illi plus laudatur, qui calices fecundiores exhauferit, & plures mero sepeliverit; aliter, quàm in convivio Assueri, ubi nec erat, qui nolentes cogeret ad bibendum. *Esther cap. 1. vers. 8.* Idem graviter prohibent constitutiones Imperii, ac strictè præcipiunt, ut bibones tales severè castigentur. Recessus Imperii de anno 1500. tit. 28. Reform. Imperii politica. de anno 1530. tit. 8. §. 1. & 2. Reformas. Imp. polit. de anno 1548. tit. 8. §. 1. & 2. Ord. Imp. polit. de anno 1577. tit. 8. Sed O Mores! O tempora! quàm parùm effecerunt, quàm parùm profecerunt saluberrimæ hæ constitutiones! jamjam in ipsis cunis, & durantibus adhuc comitiis easdem factis contrariis oppressas esse, queritur *Cassar Klockiers tr. de erario lib. 2. cap. 101. n. 26.* ubi à nobilibus dici captum est, propino tibi haustum in sanctatem constitutionis Imperii de ebrietate vitandâ. *Es gilt dir auf des Reichs, Abschied Gesundheit.* hodièdum plurimos excessus & Recessus à memoratis Recessibus fieri deprehendimus. videlicet profundiores malum prævalidum radices egit, quàm ut pœnâ cauterio evelli queat. ardentier est sitis, quâ flagrat Germania, quàm ut sicca Imperii Ordinatio (si tamèn sicca appellitari potest, quæ ipsa inter pocula nascitur) sufficiat eidem restinguenda. unde non immeritò gentes aliz nobis occinunt:

*Germani possunt duos perferre labores,*

*O minam! possens sic quoque ferro sciri.*

Quibus tamen falsè non nemo ex nostris reposuit:

*Ut Nos dira fitis, sic vos Venus improba vexat:*

*Lex posita est Veneri Julia, nulla more.*

Confer D. Hermannum *Hermes p. m. in assert. Jurid. anno 1657. in lucem dactis, assert. 10.*

## §. VI.

**F**ORMA consuetudinis desumitur ab ejus requisitis. Requiritur autem plura ad hoc, ut legitima consuetudo consurgat. Primò requiruntur plures actus. Secundò animus introducendæ consuetudinis. Tertio diuturnitas temporis. Quarto tacitus consensus superioris.

Primò itaque ad consuetudinem requiruntur plures actus. §. 9. *J. b. s. l. 1. cod. qua sit longa consuetudo. l. 3. cod. de edificiis privatis.* Circa quos & quantitatem & qualitatem considerabimus. Quantitatem quod attinet, in univèrsum determinari non potest, quot actus ad quamlibet consuetudinem desiderentur. Nam pluralitas actuum idèd tantum requiritur, ut inde possit colligi consensus populi in consuetudinem & obligationem legatam: cum ergò consensus iste quandoque citius, quandoque tardius colligatur, prout videlicet actus sunt vel magis, vel minus notorii, hinc meritò rem hanc committimus arbitrio judicis *arg. l. 1. §. 2. ff. de jure delib. Menoch. de arbit. jud. lib. 2. casu 81. n. 4. Mysinger cens. 6. obs. 41. n. 7.*

Controvertitur, possitnè consuetudo aliquando per duos actus introduci? in controversiâ hæc in varias partes abeunt authores, quorum placita referre, longum foret. Cui dentes in ea pruriunt, adeat *Schambogen ad d. §. 9. Harp. ibid. n. 30. Menoch. d. casu 81. n. 2.*

**E**go censo cum *Gail. 2. obs. 31. n. 7.* Posse sufficere duos actus ad consuetudinem, modò sint planè notorii. Nam juxta dicta plures actus ex causâ non aliâ requiruntur ad consuetudinem, quam ut ex inde colligatur verosimilis consensus populi in consuetudinem. Atqui ex duobus actibus planè Notoriis consensus iste sufficienter potest colligi, ergò duo planè notorii possunt sufficere ad consuetudinem, Confirmatur: duo actus planè notorii æquivalent in morali æstimatione pluribus actibus minus notoriis. Ergò si plures actus minus notorii sufficere possunt ad consuetudinem, possunt etiam sufficere duo actus planè notorii, ꝓccedit, quòd pluralis locutio duorum numero contenta sit *cap. 46. de R. l. in 6.*

Objic. 1, duo actus non dicunt frequentiam *arg. l. 6. ff. de ll. & nov. 61. cap. 1. §. 3. ibi: licet secundo vel frequenter &c.* Ergò non sufficiunt ad consuetudinem; ad hanc enim requiritur frequentia actuum *d. l. 1. cod. qua sit longa consuet. l. 3. cod. de edificiis privatis. 14.* Diff. autem duo actus non dicunt frequentiam materiam, esto, formalem, nego autem. & consequentiam. Duo actus tamen non dicant frequentiam materiam, entitativam, sive illam,

quæ ex pluribus numeris confurgit : si tamen sunt planè notorii, dicunt saltem frequentiam formalem, sive illam, quæ requiritur ad consuetudinem, cum ex iisdem possit colligi consensus populi in consuetudinem.

Objic. 2. unus actus non sufficit ad consuetudinem, licet sit planè notorius *Menoch. d. casu 81. n. 2.* ergò neque duo sufficiunt. *¶* Dist. antec. unus actus non sufficit ad consuetudinem, si sit instantaneus, esto, si ad perfectionem & consummationem suam requirat tractum longioris temporis, nego antec. & consequentiam. Unicus actus, si sit instantaneus, non sufficit ad consuetudinem, quia vix est, ut ex eodem colligi possit consensus populi in consuetudinem. Quòd si actus sit talis, qui ad consummationem suam requirat tractum longioris temporis, fortè quòd pretiosus pons aut aliud simile opus publicum à populo adornetur, talis actus sufficit ad consuetudinem, quia in æstimatione morali æquivalet pluribus aliis actibus, adeòque est ita comparatus, ut exindè sufficienter possit colligi consensus populi in consuetudinem. confer nostram Justitiam vindictivam *tit. 1. part. 2. §. 9. n. 56. Panormit. in cap. ult. de consuet. Joannem Fabrum ad insit. h. 1. §. 9. n. 8. Pirhing. d. sect. 1. §. 4. n. 20.* Hæc, quantum ad quantitatem actuum. Circa qualitatem certum est primò, quòd actus debeant esse planè liberi. Undè excluduntur actus metu extorti, & eo seclusò non faciendi. Ad consuetudinem enim introducendam requiritur, ut actus fiant animo eam inducendi, prout statim postèa dicemus : atqui actus facti ex solo metu, ita, ut eo absente non fierent, non sunt, nec moraliter præsumi possunt facti, animo inducendi consuetudinem, sed potius animo evadendi malum, quòd operanti per metum latentatur, ergò per actus metu extortos non potest introduci consuetudo. *Suarez d. lib. 7. cap. 12. n. ult.*

Certum est secundò, quòd actus debeant esse voluntarij. *Pirhing. d. §. 4. 10 n. 24.* Ratio est, quia per actus non inducitur consuetudo, nisi quatenus sunt manifestativi consensus populi, volentis introducere jus consuetudinarium *arg. d. l. 32. & 35. ff. de ll.* Atqui actus non possunt indicare & manifestare consensus, nisi sint voluntarij, cum consensus sit actus voluntatis liber, ac proindè, ubi voluntarium seu liberum non est, neque consensus esse potest ; ergò actus, quibus inducitur consuetudo, debent esse voluntarij. Undè excluduntur actus ex errore vel ignorantia legis facti, qui involuntarij sunt, cum nihil tam contrarium sit consensui, quàm error. *l. 15. ff. de jurisdict. l. 116. §. ult. ff. de R. L.* Neque dicas cum quibusdam veteribus apud *Suarez d. cap. 12. n. 3.* Quòd non ratione introductum, sed errore primùm, deindè consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet. *l. 39. ff. de ll.* ergò consuetudo per errorem inducta, esto extendi prohibeatur ad casus similes, valet tamen in sua materià. Nam *¶* neg. consequentiam ; verus antecedentis sensus hic est : quòd talis consuetudo non duret, nec intellecto errore de jus ad exercendos actus similes illis, qui antè per errorem fuerunt exerciti, quasi ex consuetudine legitimè putatà. Licet igitur

tat durante errore ejusmodi consuetudo videatur valere, ac jus inducere; illud tamen solum erit ex conscientia erronea, & merè putativum, quod detecta postmodum veritate penitus cessat. *Suarez. d. c. 12. n. 8.* & ex eo *Pirhing. d. §. 4. n. 25.* ubi simul alias *d. legis 39.* explicationes adfert.

11 Certum est tertio, quòd actus debeant esse publici & notorii ipso facto, hoc est, non clam & in occulto, sed palam & publice fieri, ita ut ex illis colligi possit tacitus populi seu communitatis consensus. *Pirhing. d. §. 4. n. 22.* verum.

Dubitatur 1. utrum actus debeant esse publici, notoritate juris, sive ut sint publicati in contradictorio judicio per sententiam judicis, qua, parte contradicente, sit judicatum, consuetudinem inductam esse? *N.* Negative. ita *Parormis. ad d. cap. ult. de consues. n. 16.* ubi testatur, hanc esse communem canonistarum sententiam. *Suarez. d. lib. 7. cap. 11. n. 2.* ubi contrariam dicit falsam. *Gail. d. obs. 31. n. 8.* ubi ait, quòd Camera opinionem hanc sæpè secuta sit. Prob. si juridica hæc notitia de frequentia actuum ad consuetudinem esset necessaria, tunc necessitas hæc proveniret, vel ex ratione naturali, vel ex jure positivo. Atqui neutrum dici potest, ergo &c. Minor prob. 1. quoad primum membrum; tum quia usus ipso facto notorius sive publicus potest per se devenire in notitiam totius communitatis & Principis, ita ut tam populus, vel major ejus pars, quàm Princeps tacite consentire videatur, adeoq; tacitus consensus populi & Principis sufficienter potest colligi nõ minus per actus extrajudiciales, quàm judiciales. Ergò ex natura rei non requiritur, ut usus seu consuetudo fiat publica in contradictorio judicio per sententiam judicis. Tum quia alioquin non posset unquam legitime introduci consuetudo; quia si ante judicium consuetudo non habuit vim, judex non potest in judicio decernere ac declarare, vim habuisse, & valuisse; quòd si ante judicium & sententiam judicis consuetudo jam habuit vim, adeoq; fuit perfecta, non est necessaria sententia Judicis, quia ante illam jam est valida & perfecta. Prob. minor quoad alterum membrum: tantum abest, ut jure positivo ad consuetudinem requirantur actus judiciales, ut potius *Ctus in l. 38. ff. de ll. verbis a pertissimis* separatim dicat, consuetudinem, aut rerum similiter judicatarum auctoritatem in ambiguitatibus vim legis obtinere. Ergò neque ex dispositione juris requiritur, ut consuetudo fiat publica in contradictorio judicio per sententiam judicis.

12 *Objc. 1. text. in l. 34. ff. de ll.* ubi *Ulpianus* ait, eum de consuetudine civitatis, vel Provinciae confidere quis videtur, primo loco explorandum esse, an etiam contradicto aliquando judicio consuetudo firmata sit. ergo ad introducendam consuetudinem requiruntur actus judiciales.

*N.* neg. conseq. hoc ipso, quòd in opposita lege non dicatur, explorandum esse, an consuetudo in contradictorio judicio aliquando inducta sit, sed tantum, an firmata? sufficienter indicatur, actus judiciales plurimum quidem conducere ad probandam consuetudinem, interim autem ad substantiam illius non requiri.

*Objc*

**Objic. 2.** text. in *cap. 25. vovf. ad hoc autem. de V.S.* ubi dicitur, ad hoc. ut consuetudo, ex adverso negata, valeat, requiri, ut iudicio contradictorio ob-  
 senta, & pro moribus iudicatum sit. **n. 1.** in *cit. cap.* non esse sermonem de  
 jure legali consuetudinis, seu præscriptione contra legem, sed de jure propieta-  
 tis, & præscriptione juris eligendi, cum ibidem Religiosi Monasterij S.  
 Sylvani Alciatens. per 40. annos elegerint Abbatem ex Monasterio S. Bertini.  
**n. 2.** consuetudinem, contradicto iudicio non introductam, ibidem solum rejici  
 in allegatione partis, neuiquam vero actus judiciales attendi in decisione textus.

**Dubitatur 2.** an ex meris actibus illicitis, & formaliter peccaminosis pos-  
 sit consurgere consuetudo contra legem? negativam tenent *Lessius de F. & F.*  
*lib. 2. cap. 6. dabit. 14. n. 46. in f. Layman lib. 1. Theol. mor. tr. 4. cap. 24. n. 11.*  
*Pirhing. lib. 1. Fur. Can. tit. de consuetud. sect. 1. §. 6. n. 44. Clariff. D.P. Paulus*  
*Alexger p. m. Theol. Scholast. tom. 2. tr. 8. disp. 36. art. 2. §. 2. n. 13.* Fundamenta-  
 quibus hi authores sententiam suam firmare nituntur, sunt ferè sequentia. 1.  
 jus consuetudinarium est regula legitima humanorum actuum, moraliter bona,  
 honesta, & recta: ergo non potest consurgere ex causâ formaliter inhonestâ, &  
 à rectâ ratione devîa; prout sunt actus formaliter peccaminosi. 2. Legis-  
 lator neque legaliter, neque personaliter potest consentire in actus inho-  
 nestos, vel auctoritatem iisdem præstare: ergo ex actibus inhonestis non po-  
 test consurgere consuetudo. 3. subditi non debent ex transgressione legis re-  
 portare præmium, & exemptionem à vinculo legis. *arg. l. 12. §. 1. ff. de furtis.*  
 4. consuetudo, quæ fit cum peccato, non est rationalis, hoc ipso, quod sit ra-  
 tioni & legibus contraria. 5. consuetudo debet esse legitime præscripta. *cap.*  
*tit. de consuetud.* adeoque requirit bonam fidem ex parte introducentium.

Affirmativæ subscribunt *Suarez de ll. lib. 7. cap. 18. n. pen. Sanchez lib. 7. 14*  
*de matr. disp. 4. n. 14. Castro Palao part. 1. op. mor. tr. 3. disp. 3. punct. 2.*  
*§. 1. n. 3. Bonacina tom. 2. de ll. disp. 1. q. 1. punct. ult. §. 3. n. 45. & seq. Han-*  
*wold de F. & F. tr. 1. cap. 3. contro. 2. n. 140. Magnif. D. P. Pestschn-*  
*cher pag. m. de ll. q. 6. art. un. pag. m. 197. D. Gletle p. 1. select. quest.*  
*6. n. 3. Clariff. D. P. Collega Schmier de jure legal. cap. 8. sect. 2. §. 1. n. 34. & seqq.*  
*Clariff. D. P. Guetrather Infi. jur. Can. lib. 1. tit. 2. §. 2. n. 67. & seqq.* Proba-  
 tur hæc posterior sententia 1. actus, positi ex scientiâ legis latæ & obligantis,  
 sunt formaliter peccaminosi: sed ex actibus ita positis consurgit consuetudo  
 contra legem; ergo consurgit ex actibus formaliter peccaminosis. major est  
 certa. minor probatur: ad hoc, ut consurgat consuetudo contra legem, requi-  
 ritur ex parte introducentium animus & voluntas tollendi obligationem: sed a-  
 nimus iste supponit actus positos ex scientiâ legis latæ & obligantis, cum opinio,  
 non dari obligationem legis, excludat animum tollendi obligationem legis: er-  
 go consuetudo contra legem consurgit ex actibus, positis ex scientiâ legis latæ  
 & obligantis. **Prob. 2.** ad hoc, ut consurgat consuetudo præter legem, re-



quiritur ex parte introducentium animus & voluntas introducendi obligationem legis: secus defacto plurima caderent sub obligationem legis, quæ tamen non cadunt, ut patebit infra ex n. 19. ergo etiam ad hoc, ut consurgat consuetudo contra legem, requiritur ex parte introducentium animus & voluntas tollendi obligationem legis. consequentia probatur: ideo in priori casu requiritur memoratus animus; quia ex actibus, errore gestis, non satis colligitur consensus populi in obligationem legalem: ergo etiam in posteriori casu requiritur memoratus animus, quia ex actibus, errore gestis, non satis colligitur consensus populi in cassationem obligationis legalis. Prob. 3. si per actus materialiter peccaminosos posset consurgere consuetudo contra legem, tunc potissimum eo in casu, quo transgressores primi scientiam habuerunt legis latæ & obligantis, successores autem bonæ fide opinati sunt, quod antecessores ex justâ causâ legem non servaverint. Sed falsum est, quod in dato casu poterit consurgere aut introduci consuetudo contra legem: & quidem non per primos transgressores, admittentibus ipsis adversariis: neque etiam per posteriores, quia non habuerunt animum tollendæ legis, cum crediderint, non dari obligationem legis: ergo per actus materialiter peccaminosos non potest consurgere consuetudo contra legem.

15 Fundamenta contraria sic everti possunt. ad 1. n. neg. suppositum consequentis, quasi juris consuetudinarij causa per se essent actus formaliter peccaminosi: consuetudo enim totum suum esse habet à consensu summæ potestatis; actus verò nihil aliud sunt, quam causâ per accidens, habent se, ut mera occasio, & conditio, sine quâ non, seu sunt nudum indicium, ex quo superior communis colligit, quod populus, quantum est in se, nitatur detestare jurgum legalis obligationis. Ad 2. n. neg. suppositum antecedentis: neque enim consensus legalis principis fertur in actus formaliter peccaminosos, sed in abrogationem legis. rem exemplo illustrat *P. Guetrasher ubi supra. n. 77.* quod desumpsit ex Passertino: nimirum videt Princeps populum obstinatè repugnantem legi noviter latæ, & prævidet ex pessimâ subditorum pertinaciâ secutura majora mala; quibus prævisis utique rationabiliter consentit in abrogationem legis. quemadmodum igitur Princeps hoc rationabiliter potest consensu personali seu expresso, ita idem quoque poterit consensu legali seu tacito; cum uterque consensus non feratur, nisi in cassationem legis, cohonestatam utilitate publicâ. huc facit, quod scripsit *P. Petschacheris. loc. pag. 198.* ad bonum subditorum spectare, ut lex, quando per diuturnam experientiam constat, illam esse lapidem offensionis, præbendo laqueum conscientiis, cesset obligare; cum hoc bonum præponderet illi, quod sperari posset ex perseverantiâ obligationis cum rarâ observantiâ. ad 3. n. subditos ex transgressione legis non reportare præmium directè, quia exemptio à vinculo legis provenit directè à legislatore, qui occasione transgressionis habet prudens motivum abrogandæ legis.

legis; quòd autem indirectè reportent præmium, id non nisi in jure peregrino peregrinum videri potest, Sic qui contra prohibitionem domini venatur in alieno, reportat dominium feræ. §. 12. *F. de R. D.* esto reus sit injuriæ: quia præmium, quod venator reportat, non provenit ex actu illiciti ingressûs, sed occasione hujus ex ipsâ venatione, quæ culpâ vacat. ad 4. 2. non esse necessè, ut consuetudo in fieri sit rationalis, dummodò talis sit in facto esse, ubi supponitur adesse consensus legislatoris; optimè enim (sunt ferè verba Ferdinandi à Castro Palao *cir. n. 3.*) simul stare potest, consuetudinem incipere & procedere irrationabiliter: at, si multo tempore perseveret, reddi rationabilem, quia tunc jam est rationi consonum, & Republicæ expediens, nè culpa ultra progrediatur, sive cives ad observantiam rei difficilis tanto tempore adstringantur. ad 5. 2. à præscriptione in hoc passu non duci bonum argumentum ad consuetudinem. nam præscriptio irrepabiliter privat priorem dominum jure quæsito, quod non erat concedendum possessori malæ fidei; at verò consuetudo contra legem, neminem jure suo privat, sed saltem removet obligationem legis, quam legislator facillè renovare, & denuò stabilire potest, si ita expedire judicaverit. quando igitur in *c. ult. de consuetud.* consuetudo legitime præscripta dicitur, id alio sensu capi non potest, quàm quòd consuetudo non uno impetu firmetur, sed ad normâ præscriptionis paulatim invaleseat, & tractu temporis substantiam capiat; vel certè quòd debeat habere omnes conditiones, ad sui complementû à jure præscriptas. de cætero enim à præscriptione toto cælo differt 1. quia hæc perficitur à privato: illa à communitate quâ tali. 2. hæc jus tribuit soli præscribenti: illa omnibus. 3. hæc requirit titulum: illa non etiam. 4. hæc unico actu contenta est: illa ex naturâ suâ plures desiderat. 5. huic certum tempus in jure legitur præscriptum: non item illi.

Alterum requisitum est, ut consuetudo tempore sit firmata. *d. §. 9. l. h. i.*<sup>16</sup> *l. 32. §. 1. l. 33. l. 35. ff. de ll.* ubi tamen non una omnium sententia, quantum temporis spatium requiratur ad introducendam consuetudinem? invenies apud *Lessium d. dubio. 14. n. 45. & seq. Pirhing d. §. 6. n. 35. & seqq. Taber de altero tanto part. 2. art. 1. §. 6.* Qui consuetudinem præter legem separent à consuetudine contra legem. Ad illam decem annos docent sufficere. At hanc tempus aliud requirunt, si oppugnet legem civilem, aliud, si legem canonicam. Ad legem civilem consuetudine perimendam decennium tradunt sufficere. Ad legem canonicam verò tollendam 40. annos existimant requiri. Fundamentum distinctionis hujus desumunt *ex cap. ult. de consuet. & c. 3. eod. in 6.* in quibus locis dicitur, quòd consuetudo debeat esse legitime præscripta: ergò tantum temporis requiritur ad consuetudinem, quantum requiritur ad præscriptionem.

Verùm displicet horum sententia non uno ex capite. Primò quidem quia à 17 præscriptione ad consuetudinem legitimam non ducitur argumentum, cum ex dictis toto cælo inter se differant; ex quo ruit principalis tibiç, cui memorata distinctio

innitur. Secundò jure nostro civili ad præscriptionem non idem tempus requiri videas, sed pro diversitate circumstantiarum diversum, quandoque 3. quandoque 10. quandoque 20. quandoque 30. aut 40. annos. *prin. Inst. de usucap. l. un. Cod. de usucap. transform. l. 2. 3. & seqq. cod. de præscript. 30. vel 40. annorum.* Tertio in l. 3. 2. 5. 1. ff. de h. consuetudo dicitur inveterata. In l. ult. *prin. cod. de privilegiis scholarum* vocatur vetustissima. in l. 2. *cod. qua sit longa consuetudo*, appellatur longæva. In l. 3. *cod. eod.* audit antiquitus probata & observata tenaciter. In l. 6. *prin. ff. quod cuiuscunque Universitatis nomine &c.* nominatur perpetua. Cur ergò ad eandem non requiruntur potius 100. quàm 10. anni? cum id, quod 10. annis duravit, non possit dici in veteratum & vetustissimum.

Porrò consuetudo, quæ tollitur lex canonica, non inducitur viâ præscriptionis, vel certe gratis dicitur, quòd indigeat lapsu 40. annorum. Ergò ad tollendam legem canonicam sine sufficienti fundamento desideratur tempus 40. annorum. Antecedens ostendo quoad utrumque membrum. Quoad primum ita: Inter præscriptionem & consuetudinem maxima intercedit differentia: prout dictum n. 15. *inf.* Ergò consuetudo, quæ tollitur lex canonica, non inducitur per viam præscriptionis. Quoad membrum alterum probo antecedens hoc modo: præscriptio contra legem canonicam non est præscriptio contra Ecclesiam: ergò licet ad præscriptionem, quæ currit contra Ecclesiam, requirantur 40. anni, hinc tamen non sequitur, requiri etiam ad præscriptionem, quæ currit contra legem canonicam. Antec. demonstratur. Contra illud fieri dicitur præscriptio, cujus jus cum iacturâ & damno patrimonij minuitur. Atqui præscriptio contra legem canonicam non minuit patrimonium aut utilitatem Ecclesie, quia leges non respiciunt commodum legislatoris, sed eorum, quorum gratiâ feruntur. Ergò præscriptio contra legem canonicam non est præscriptio contra Ecclesiam: ergò licet ad perimendum jus Ecclesie requirantur 40. anni, hinc tamen non sequitur, requiri etiam ad tollendam legem canonicam.

18 Verior sententia docet, in universum determinari non posse, quantum temporis spatium requiratur ad introducendam consuetudinem, adeoque determinationem iudicis arbitrio esse relinquendam. *Harp. ad d. S. 9. l. h. t. n. 40. Ungepar exerc. 2. q. 7. Hugo Grotius de F. B. & P. lib. 2. cap. 4. §. 5. vers. 2.* Tempus siquidem ob causam non aliam requiritur ad consuetudinem, quam ut ex decursu ejus colligatur firmus populi consensus. Atqui consensus iste quandoque citius, quandoque tardius colligitur, ergò merito recurrimus ad arbitrium iudicis; quia, quoties aliquid jure non est determinatum, toties recurrimus ad arbitrium iudicis, d. l. 1. §. 2. *ff. de jure deliberandi.*

Tertio

Tertio requiritur ad consuetudinem animus introducendæ consuetudinis, 19  
 quo finè non confurgit, cùm actus agentium non operentur ultrà ipsorum intentionem. *cap. ult. de prebend. l. 19. princ. ff. de R. C.* Certè si ad consuetudinem non desideraretur animus introducendæ consuetudinis, defacto multa caderent sub obligationem legalem, quæ tamen in omnium sententiâ non cadunt. Sic nemo dixerit, quòd ad pulsum Angelicum teneat orare, in primo die quadragesimæ sumere cinerem benedictum, rimum in Dominicâ palmarum, aquam benedictam in ingressu Ecclesiæ &c. quorum non alia ratio reddi potest, quàm quòd actus tales non frequententur animo introducendæ consuetudinis. *Suarez d. lib. 7. cap. 14. n. 6. qui cap. sequenti. n. ult.* Signa aliqua obligationis intentæ & inducæ pro praxi tradit, ut si res ex se difficilis nihilominus à plerisque de communitate servetur: si sit bono communi valdè expediens: si prudentes & timorati viri male sentiant de contrà agentibus, aut communiter populus indè scandalizetur: si superiores in transgressores severiùs animadvertant &c. ubi tamen benè advertit, in dubio ac cæteris paribus potiùs esse inclinandum in eam partem, quòd consuetudo sit devotionis vel honestatis, & ad melius esse potiùs, quàm obligationis, propter generalem regulam, quâ in dubio nemo præsumitur velle obligari, nec expedit multiplicare præcepta, ubi moraliter certa non sunt, vel saltem probabiliora.

Quartò denique requiritur tacitus consensus superioris, nisi superioritas sit 20  
 penes communitatem *Clariff. D. P. Mezgerp. m. d. art. 2. §. 1. n. 6.* Nam à consensu populi non potest consuetudo accipere auctoritatem juris: ergò consensus legislatoris accedat, necessè est; non expressus: hic enim juxtà dicta *precedente parte 3.* operatur legem scriptam; ergò tacitus.

Dubitatur, requiraturne ad consuetudinem consensus legislatoris concomitans, supponens in Principe notitiam actuum, an sufficiat antecedens, expressus in legibus, de consuetudine latis?

R. Sufficere antecedentem, & sufficere tam ad consuetudinem abrogatoriam legis canonicæ vel civilis, quàm ad consuetudinem juris constitutivam. *Suarez d. lib. 7. cap. 13. n. 6. & seqq. Sanchez de matr. d. disp. 4. n. 11. & disp. 82. n. 20.*

Prob. primum membrum I. consensus concomitans ad inducendam consuetudinem neque requiritur ex natura rei, neque ex dispositione juris: non ex naturâ rei, quia voluntas principis, per legem scriptam declarata, est æquè efficax, quàm si Princeps immediatè per se velit aut consentiat. non etiam ex dispositione juris; quia in *cap. ult. de consuetudine*, duæ saltem conditiones requiruntur ad consuetudinem, scilicèt ut sit rationabilis & legitime præscripta; ergo non requiritur specialis scientia principis tanquàm nova conditio, ergò neque consensus concomitans. ut qui sine illâ scientiâ esse non potest. Prob. 2. per *l. 32. inf. l. 33. & 35. ff. de ll.* ubi distinguitur populus à legislatore, & huius suffragium non postulatur: item supposito, quòd consuetudo sit rationabilis, nihil aliud

exigitur ad illam, ut pro jure, seu lege habeatur, nisi ut sit diuturna, longa, & per plurimos annos observata. Prob. 3. si opus esset consensu concomitante, adeoque necessaria foret specialis scientia de consuetudine, quæ contrà legem inducitur, tunc nunquam, vel certè rarissimè leges per contrariam consuetudinem abrogari possent, cùm Princeps speciales locorum consuetudines ut plurimum ignorare præsumatur, *arg. cap. 1. de consus. in 6.* ergò sufficit consensus antecedens. Prob. etiam alterum membrum: ad inducendam consuetudinem legis abrogatoriam non requiritur consensus concomitans, prout mox probavimus: ergò neque requiritur ad inducendam consuetudinem juris constitutivam, tum quia per abrogationem legis antiquæ magis derogari videtur voluntati & auctoritati Principis, quàm per inductionem novi juris. Tum quia ejusdem potestatis est solvere & ligare. *Pirhing d. §. 3. n. 18.*

Objicies: consensus expressus in legibus non existit ampliùs. Ergò ab hoc consensu non potest consuetudo accipere auctoritatem juris. *ny. dist. antec.* consensus expressus in legibus non existit ampliùs, physicè, esto, moraliter, nego antec. & conseq. consensus Legalis in æstimatione morali tamdiu existit, quamdiu lex non revocatur. Esto itaque consensus legislatoris non existat ampliùs physicè ac entitativè, sufficit tamen, quòd adhuc existat moraliter & politicè.

## §. VII.

21 **E**ffectus consuetudinis alius est generalis & omni consuetudini communis, alius specialis & certis consuetudinis speciebus proprius. Effectus generalis est, quòd consuetudo non minorem vim habeat, quàm lex scripta, *d. l. 32. §. 1. ibi: inveterata consuetudo pro lege non immeritò custoditur. l. 33. ibi: diuturna consuetudo pro jure & lege observari solet. l. 35. ff. de ll. ibi: sed & ea, qua longà consuetudine comprobata sunt, non minùs, quàm ea, qua scripta sunt jura, servantur.* Hinc sententia adversùs consuetudinem lata æquè nulla est, acsi contrà legem lata fuisset *Menocho, de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 8. n. 18. Gail. de pig. obs. 13. n. ult.* Et judex contrà illam judicans litem suam periendè facit, & in syndicato tenetur, acsi contrà jus commune pronunciasset. *Gail. 1. obs. 36. n. 12. & seqq. & lib. 2. obs. 31. n. 2.*

22 **E**ffectus specialis variat pro varietate specierum. Et quidem effectus consuetudinis juxtà legem est, quòd legem præexistentem confirmet ac interpretetur. Confirmat, in quantum impedit, nè de consuetudine seu non usu tollatur. Interpretatur, in quantum declarat, quo sensu lex sit lata ac recepta. Hinc optima legum interpretes dicitur in *cap. 8. de consuetud. & l. 37. ff. de ll. ac ibi Brunne mann.* Effectus consuetudinis præter legem est, quòd in materiâ per legem non præceptâ novam obligationem inducat. *c. 5. dist. 1. ibi: consuetudo pro lege suscipitur, cum deficit lex.* Effectus denique consuetudinis contrà legem est, quòd præexistentem legem vel in totum, vel ex parte tollat. *§. 11. in f. l. h. t. d. l. 32. §. 1. in f. ff. d. ll.*

de. h. consuetudinis siquidem eadem est auctoritas, quæ legis, per jura supra allegata: ergo sicut per legem posteriorem tolli potest anterior *arg. l. ult. ff. de conscri. princip.* Sic etiam per consuetudinem posteriorem. Sed.

Objicies 1. *cap. 3. de consuetudine.* Ubi ait Innocentius III consuetudinem, quæ canonicis obviat institutis, nullius momenti esse debere. Ergo saltem contra legem Ecclesiasticam non datur consuetudo. *¶.* Pontificem loqui de consuetudine minus rationabili, prout ex principio dicti textus manifestum est.

Objic. 2. *can. 4. dist. 11. & l. 2. cod. qua sit longa consuetudo.* In quibus locis disertè dicitur, consuetudinem tam validam non esse, ut vincere possit legem. *¶.* Consuetudinem tam validam non esse, ut vincere possit legem, esse tamen tam validam, ut tollere & abrogare possit legem. Ad victoriam siquidem requiruntur vires majores: Ad abrogationem verò sufficiunt vires pares. sensus est, quòd consuetudine præcaveri nequeat, nè lege contrariâ ferendâ tollatur: at verò lex potest se ipsam firmare contra futuram contrariam consuetudinem, exprimendo, nullam consuetudinem contra legem valituram; prout exempla passim exstant in *cap. 5. de consanguinit. clem. 2. in f. de rebus Ecclesia non alien. l. 1. Cod. nè fidei jutores vel mandatores dotium dentur. auth. navigia. Cod. de furtis. Ordinat. Cam. de anno 1500. tit. 19. Die Succession der Töchter oder Enicklen.* quibus casibus Decretum consuetudini vires aufert, nè per illam lex unquam, manente eadem causâ, abrogari possit: hocque respectu consuetudo legem vincere non potest, confer *Brunnemann ad d. l. 2. Cod. qua sit longa consuetudo. Perez. in Cod. cod. tit. n. 11. Sanchez d. dist. 4. n. 13. & seqq. Suarez d. lib. 7. cap. 18. n. 23.*

Objic. 3. *l. 3. §. 5. ff. de sepulchro violato.* Ubi statutum municipale, legi contrarium, negatur eidem derogare posse, ergo neque derogare poterit consuetudo, cum hæc & statutum ad paria judicentur. *¶.* Neg. consequentiam. Disparitas est, quòd leges humanæ debeant esse accommodatæ moribus eorum, pro quibus feruntur, & idèd legislatores in hoc deferre debent rationabili consuetudini suorum subditorum. Econtrà statuta fiunt per inferiores potestates, quæ debent esse subordinatæ superioribus, & idèd nequeunt statuere contra leges earum jure ordinario, nisi ex speciali concessione. *Suarez. d. cap. 18. n. 21. inf.*

Objic. 4. consuetudo contra legem est contra rationem, quia lex est ordinatio rationis. Ergo consuetudo contra legem est irrationabilis, eoquæ nomine invalida *d. cap. ult. de consuet.*

*¶.* Dist. antec. consuetudo contra legem, est contra rationem particularem aliquam, concedo, est contra omnem rationem, nego antec. & consequ. Consuetudo contra legem non repugnat omni rationi, sed illi saltem, ob quam lex fuit lata. Hinc autem perperam inferas, esse irrationabilem; aut certè, si hæc inferendi ratio sibi constet, eodem jure intuleris, nè quidem lege contrariâ priorem tolli posse. *Suarez. d. loc. n. ult.*

## §. VIII.

<sup>23</sup> **C**ontraria consuetudinis sunt ea, quæ faciunt, ut cesset. Cessat autem vel suapte naturâ, vel ob principium extrinsecum. Suapte naturâ, si desinat esse honesta aut utilis communitati. Nam sicut legis, ita etiam consuetudinis finis est publica communitatis salus, pax, & tranquillitas. Ob principium extrinsecum, si lege vel consuetudine aliâ tollatur. *c. 9. d. s. c. 1. de const. in 6.* quibus autem requisitis lex aut consuetudo posterior iustrueta esse, debeat, ut eâdem consuetudo prior abrogetur, tradit *Pirhing. d. sect. 1. §. 8. n. 72.*

<sup>24</sup> Dices : esto legum Romanarum non vilis sit autoritas, vim tamen suam non aded extendunt, ut usum vincant, aut mores. *2. f. 1. in pr.* ergo lex non potest tollere consuetudinem. *7. neg. conseq.* sensus objecti textus est, quod causæ feudales, non secundum leges scriptas Romanorum, vel Longobardorum, sed secundum jura consuetudinis decidi debeant, adedque in materiâ feudorû servari consuetudines propriæ, non obstantibus legibus generalibus aliter disponentibus.

## TITULUS III.

## De Jure Personarum.

## TITULUS IV.

## De Ingeniis.

## TITULUS V.

## De Libertinis.

## TITULUS VI.

Quibus ex causis manumittere non licet.

## TITULUS VII.

## De Lege Fusia Caniniâ tollendâ.

## TITULUS VIII.

De his, qui sui vel alieni Juris sunt.

## SUMMARI A.

1. Explicatur persona.
2. Jus personarum.
3. Hominum alij sunt nati, alij nascitur.
4. Alij legitimi, alij illegitimi.
5. Octavo mense post contractas nuptias natus est legitimus.
6. Non etiam qui natus est 4. 5. vel 6. mense post nuptias.
7. Partus decimestris agnoscitur legitimus.
8. Duodecimestris non etiam.
9. Tractatur de illegitimis, natis, spuris, nefariis, incestuosis, adulterinis, sacrilegis, remissivè.
10. Sacuntur jus obtinens circa legitimos & illegitimos.
11. Hominum alij sunt mores, alij famina.
12. Esto inter-

dum *pradicato hominis donentur soli mares.* 13. *Ad quem sexum hermaproditus pertineat?* 14. *Fœmina quandoq̄, sunt melioris in jure conditionis, quàm mares, quandoq̄que deterioris, quandoq̄que aqualis.* 15. *Quis dicatur pbes, quis impubes, quis naturaliter, quis civiliter infans?* 16. *Refertur communis doctorum opinio, quis dicatur infantia, quis pubertati proximus.* 17. *Statuitur nostra sententia & probatur.* 18. *Assignatur ratio, cur fœmina citius pubescant, quàm mares.* 19. *Quis dicatur majorennis, quis minorennis, quis juvenis, quis senex?* 20. *De jure puberum & impuberum remissivè.* 21. *Hominum alij sunt liberi, alij servi. Item explicatur, quo sensu libertas in hoc titulo sumatur.* 22. *Definitur libertas.* 23. *Definitio servitutis expositione singularum particularum declaratur.* 24. *Inducitur servitus primò nativitate. 25. Secundo captivitate.* 26. *Quem fontem tamen Christianus orbis obstruxit.* 27. *Tertio venditione sui ipsius, si requisita debita concurrant.* 28. *Afferitur, quid juris hodie obtineat circa homines proprios.* 29. *Statuitur jus de servis.* 30. *Quisnam dicatur ingenuus?* 31. *Quis libertinus?* 32. *Definitur manumissio.* 33. *Adornatur Duplex ejusdem causa officious.* 34. *Materiam manumissionis constituit servus.* 35. *Adstruitur duplex forma.* 36. *Effectus manumissionis, de jure civili Romano.* 37. *Hodie proprij homines aliter libertatem consequuntur.* 38. *Cuinam lex Ælia sentia sanabula sua referat in acceptis?* 39. *Quid primo ejus capite caveatur? 40. Quid secundo?* 41. *Lex Fufia Caninia, tanquàm irvida, sublata est.* 42. *Hominum alij sunt ciues Romani, alij peregrini.* 43. *Quo pertineant Judai.* 44. *Hominum alij sunt Patresfamilias, alij filijfamilias.* 45. *Statuitur jus filiorumfamilias.*

**P**æmissimus in antecessum ea, quæ sternere viam commodiori tractationi videbantur. Nunc ad objecta juris deflectimus. Nè autem confusè procedamus, univèrsam tractationem ad certa capita restringemus, ac initio quidem de personis, quibus jus dicitur, dein de rebus, de quibus jus dicitur, demique de actionibus, beneficio quarum jus dicitur, copiosè differemus.

### §. I.

**P**ersona nihil aliud significat, quàm hominè, ut apparet ex *rubrica, ex l. 2. §. 1. ff. de statu hominum.*

### §. II.

**J**us autem personarum est jus, quod habent homines ratione status sui, quod 2 cum non commodè possit percipi, nisi cognitis divisionibus hominum, aliquot hic afferamus, & simul jus eò pertinens competentibus locis subjiciemus. itaque



## §. III.

3 **D**ividuntur homines primò à nativitate in nascituros seu posthumos, & jam natos. Posthumus est, qui adhuc in utero matris est, vel, qui nondum natus est, nasci tamen speratur. De hoc ita jus est. Posthumus in compluribus causis §. 4. *Inst. de int. in multis legum partibus. l. 2. §. 6. ff. de excusationibus.* In toto penè jure civili. *l. 26. ff. de statu hominum.* habetur pro jam nato, *ad. rextibus junct. l. 7. ff. eod. & l. 231. ff. de V. S.* Et quidem in illis causis, ubi de commodo ejus quæritur, quæque possunt conferri in tempus nascendi, neque, dum geruntur, exigunt completam perfectionem. *Servus exercit. ad pand. 3. th. 3.* Hinc est, quòd posthumo rectè testamento tutor detur, *d. §. 4. Inst. de int.* Quòd filiis tutor datus, etiam posthumis datus intelligatur. *§. ult. Inst. qui testamento tutores &c.* Quòd posthumo pupillariter substitui possit, *§. 4. in f. Inst. de pupill. substit.*

Econtrà sunt quoque causæ, quibus hæc fictio cessat, & idèò in *d. l. 27. ff. de statu hominum*, hæc additur particula, penè, ad significandum, dari casus, quibus, qui in utero est, nondum reputatur pro nato. Primus est, quando non agitur de commodo ipsius partùs, sed de bono tertij, *d. l. 7. ff. de statu hominum. & d. l. 231. ff. de V. S.* Exemplum habetur in *d. l. 2. §. 6. ff. de excusat.* Ubi, qui in ventre est, negatur patri prodesse ad excusationem tutelæ, quia id non cederet in bonum partùs, sed in commodum parentis. Secundus casus est in *l. ult. ff. de collatione.* Alij alibi legenti occurrunt.

## §. IV.

4 **N**atus vel est natus legitime, vel illegitime. Partus legitimus est, qui ex justo matrimonio editus est. Talis habetur

Primò, qui natus est mense septimo post contractas nuptias, *l. 12. ff. de statu hominum. Menoch. lib. 2. de arbitr. jud. cent. 1. cas. 89. n. 34. Mynsing. cent. 6. obs. 40. n. 3. Carpz. F. F. p. 4. const. 27. def. 13. n. 2. Eckelt. ff. de statu hominum. §. 8.* Neque refert, quando natus sit, an ad initium, vel ad finem mensis septimi. Nam & qui 182. die nascitur, pro partu justo habetur *l. 3. §. f. ff. de suis & legit. hered.* Hi enim menses (uti aliàs in jure) lunares sunt, id est, continent 30. dies, & sic 180. conficiunt 6. menses, quibus si unam alteratimve diem addas, habebis initium mensis septimi, consequenter justum terminum nativitatis. *Menoch. d. loc. n. 35. Myns. d. obs. 40. n. 18. & 19. Carpz. d. def. 23. n. 3. & seqq. ex his.*

5 Colligitur 1. à fortiori partum, qui octavo mense, vel etiam tempore remotiore natus est post contractas nuptias, esse justum. *Eckelt d. loc. §. 9.*

6 Colligitur. 2. partum, qui 4. s. vel 6. mense post nuptias nascitur, pro justo non haberi. Ita *Carpz. d. def. 23. n. 1.* dicens, esse omnium Medicorum,

Philo.

Philosophorum, & Jurorum sententiam. Quamvis quoad partum semestrem quidam aliter sentiant; quæ doctrina fortè admitti potest, si partus circà finem mensis sexti editus sit. Et ita respondisse Collegium Jenense, Anno 1665. Mensis Julio, Testis est *Bochman ad Tit. de statu hominum. obs. pract. 4.* Ratio est, quia, quantum probabiliter fieri potest, inclinandum est pro innocentia novorum conjugum, partusque justitiâ, tum in honorem matrimonij, tum etiam ob favorem prolis. confer *meum primum exercitium menstruum de successione ab intestato. n. 18.*

Secundò partus decimestris, seu qui decimo mense post mortem viri ex viduâ nascitur, defuncti viri partus esse creditur. *l. 29. princ. ff. de liberis & posth. d. l. 3. §. pen. ff. de suis & legis. hered. Menoch. d. casu 89. n. 40. Mysf. d. obs. 40. n. 2.* Partus, qui sub initium mensis undecimi natus est ( computatione factâ non à tempore mortis mariti, sed à tempore conceptionis ) justus quoque nascitur, & prioris matrimonij partus censetur. *Carpz. d. const. 27. def. 15. Eckelt d. §. 9. Ex his*

Colligitur, partum, qui ex viduâ nascitur sub finem mensis undecimi aut duodecimi, vel remotiore mense post obitum mariti, justum non esse. *nov. 39. c. 2. Carpz. d. def. 15. n. ult.* Frisij tamen teste *Joanne à Sande in theatro practisantium lib. 4. tit. 8. def. 10. in f.* admiserunt partum duodecimestrem. Imò Galli testibus *Gothofredo ad d. nov. 39. c. 2. lit. E. & Joanne Frid. Bückelmanno ff. de statu hominum. n. 9. 14. mensium.* hâc moti ratione, quòd vidua apud hæredes defuncti mariti vixisset diligenter perpetuò asservata, nunquam à latere eorum decelisset, hæredes nihil præterea ejus pudori ac pudicitiaæ objecissent: quin imò de solenni & perpetuo ejus luctu ob mariti mortem testati fuissent. Undè tota hæc res prudenti arbitrio judicis relinquenda est, qui pro diversâ mulierum existimatione, moribus, habitu, & valetudine æstimabit, quid de justitiâ vel injustitiâ partus judicandum sit; Et cum ipsi quoque medici in hac parte dissentiant, possintque variæ causæ intervenire, cur partus antè consuetum tempus extrudatur, vel ultra tempus solitum in utero hæreat, censet *Brunnemann ad d. l. 12. ff. de statu hominum. n. 5.* partum non faciliè pro illegitimo habendum esse, quia præsumptio semper debet fieri in partem meliorem.

Contrà partus illegitimus est, qui extrà justum matrimonium natus est: Seu qui non est natus ex viro & uxore ejus. Quò pertinent primò liberi naturales seu nothi, id est, nati ex concubina, germanicè Bastard / quasi bôse Art id est, degeneris indolis. Secundò spurij, quales sunt, qui vulgò concepti, quæ ex fornicatione vel stupro nati sunt. Dicuntur spurij, quasi sine patre filij, non quòd patrem non habeant, sed quòd non habeant demonstrabilem, vel legitimum; pater enim in æceptione civili est, quem justæ nuptiæ demonstrant. *§. pen. ff. de nupt. l. 23. ff. de statu hominum. l. 5. ff. de in jus vocando.* Planè hodie

die nothorum ac spuriorum nomina confusa sunt, postquam concubinatus æquè cepit esse sub pænâ legis, ac quilibet alius concubitus extramatrimonialis.

Tertiò huc pertinent liberi nefarij, incestuosi, adulterini, sacrilegi. Nefarij sunt, qui ex copulâ, inter personas, in lineâ rectâ sibi invicem cog naras aut inter affines, qui sibi parentum, liberorumvè loco sunt, puta, inter vitricum & Privignam, privignum & novercam habitâ, proficiscuntur. incestuosi sunt, qui ortû trahunt ex copulâ, habitâ inter personas in lineâ transversali tam propinquo gradu conjunctas, ut matrimonium inter eas consistere nequeat. Adulterini sunt ex adulterio quæsi. Sacrilegi denique, qui ex muliere, religionē profitente & DEO sacratâ, aut ex monacho suscepti sunt *can. impudicas* 11. *can. virginibus* 14. *can. virgines*. 25. *can. 27. quæst. 1.* de his liberorum generibus ita jus est.

20 Liberi ex justo matrimonio (puta, vero aut putativo) editi sequuntur conditionem patris, hoc est, participant originem patris, *l. 6. §. 1. ff. ad municip. de incol.* Statum & dignitatem. *l. 10. ff. de senatoribus.* Familiam *l. 196. §. 1. ff. de V. S.* & jura his annexa.

Econtrâ qui extrâ legitimum matrimonium nati sunt, sequuntur statum & conditionem matris *l. 19. l. 24. ff. de statu hominum.* Spurius non potest hæres institui à patre *arg. nov. 89. c. ult.* benè tamen àb avo, & multò magis àb extraneo. Liberis nefariis, incestuosis &c. nè quidem alimenta debentur à parentibus, *auth. ex complexu. Cod. de incest. nupt.* intellige tamen illa alimenta, sine quibus vel propriâ industriâ & labore, vel aliquâ aliâ licitâ viâ vitam conservare possunt + nam alimenta, sine quibus mori necessum foret, parentes primo loco subministrare debent, nè sobolem necare videantur. confer *cap. 5. in f. de eo, qui duxit in matrimonium &c. & l. 4. ff. de agnoscendis & aliendis liberis.*

## §. V.

111. **D**ividuntur homines à sexu in mares & feminas, quos malè putat *Ant. Faber*, totâ specie inter se differre, & *Cuiacius*, feminam in usu juris nostri propriè hominem non esse, contrâ textum expressum in *l. 152. ff. de V. S.* ibi: *hominis appellatione tam feminam, quam masculum contineri, non dubitatur.* Non obstat *lex 38. §. 5. ff. de pænis.* ibi: *mulier aut Homo.* Natq; p. per hominem ibi intelligi foetus in utero, ut proindè sensus *d. loci hinc fit*: si poculo abortionis vel amatorio, mulieri prægnanti dato, ipsa mulier, vel homo, id est, foetus (utitur enim *J*Ctus generali verbo, quia incertum est, qualenam nasciturus sit, masculus, an foemina) perierit, is, qui dedit, capite punietur. confer *Eckelt d. loc. §. 4. Harp. ad §. 5. Inst. de publ. jud. à n. 8. usque ad n. 32. inclusivè.* ubi ait, quòd quicumque defendit, aut asserit, mulieres non esse homines, is in maternos cineres mingat, & dignus sit, qui non ex matre homine, sed ex scrotâ nasceretur.

Illud tamen interim dissimulandum non est, quòd interdum prædicatum in hominis tribuatur solis maribus, & sic per hominem aliquando intelligatur masculus ob excellentiam sexus, ut *Genes. 2. vers. 24. Math. 19. vers. 10. c. hac imago 13. c. mulier 19. causà 33. q. 5. l. ult. in f. Cod. communia de manumissionibus.*

Sed quid de hermaphroditis utroque sexu donatis? quòd referemus, an ad mares vel ad fœminas? *¶* Sub distinctiōne: si in hermaphrodito prævalet sexus masculinus, judicatur masculus, si fœmineus, fœmina *l. 10. ff. de statu hominum. l. 15. §. 1. ff. de testibus l. 6. §. ult. ff. de lib. & posthumis.* Si versamur in dubio, uter sexus emineat, aut si uterque sexus æqualis sit, tenetur hermaphroditus eligere sexum; quo factò non licet postea mutare amplius, & redire ad sexum semel abdicatum. *Sanchez lib. 7. de matr. disp. 106. n. 3.* ubi etiam notat, eum, qui in utroque sexu inalescit æqualiter, incapacem esse tum sacri ordinis, tum Religionis.

Neque dicas: hermaphroditus, qui utroque sexu valet. admittitur ad matrimonium contrahendum. Ergò etiam ad professionem religiosam. Nam disparitas manifesta est, quia indecens non videtur, matrimonio jungi illum, qui habilis est ad perfectam copulam. Econtra maximam sapit indecentiam, & summè videtur periculosum, fœminarum coetui misceri illum, qui agere virum potest, & virorum coetui misceri illam, quæ pati virum potest. *Sanchez d. disp. 106. n. ult.*

Undè autem sciri potest, uter sexus prævaleat, vel quòd uterque æqualis sit? *¶* in hâc parte standum iudicio medicorum, & aliorum hujus rei peritorum, qui ex inspectione genitalium, habitudine corporis, & ipsius hermaphroditi dicitis id judicabunt. *Sanchez d. loc. n. 2.*

Porrò de maribus & fœminis, ac qui eò pertinent, ita jus est, quòd in quibusdam juris articulis melior sit conditio masculorù: in multis fœminarum: in plerisque verò æqualis. Melior est conditio masculorum, si sit negotium, quod desiderat præstantiam subjecti. Colligitur latis ex *l. 1. §. 1. ff. de postulando. l. 12. §. 2. ff. de jud. l. 2. ff. de R. I.* in quibus locis traditur, quòd fœminæ ab omnibus officiis civilibus, & publicis remotæ sint, nec iudices esse possint, nec magistratum gerere, nec postulare, nec procuratores existere. Et meritò sanè! masculi siquidem naturâ præstantiores sunt fœminis, quia majoribus abundant animi, ingenivè dotibus: ergò in his, quæ desiderant præstantiam subjecti, debuerunt melioris reddi conditionis, quàm fœminæ.

Melior est conditio fœminarum, quàm masculorum, si occurrat negotium, in quo commiserationem mereatur imbecillitas sexus fœminei. Colligitur ex variis Juris locis, in quibus ob infirmitatem sexui fœmineo specialis favor exhibetur. Sic mulier in bonis mariti prælationem habet ratione dotis *l. 12. Cod. qui potiores in pignore &c.* Pro alio si intercedat, juvatur auxilio senatusconsulti *Velleiani. r. ff. & Cod. ad SC. Vell.* Mulier aduherij rea detruditur in monasterium

um nov. 134. cap. 10. adulter verò punitur gladio §. 4. *I. de publ. iud. l. 30. in f. Cod. ad l. Ful. de adult.* Filij perduellium repelluntur à maternâ, avità, omniumque propinquorum successione & hæreditate *l. 5. §. 1. Cod. ad l. Ful. Majorat. Ad Filias tamen pæna hæc non pertinet, utpotè quæ, quia ob infirmitatem sexûs minus aufuræ creduntur, matri in legitimâ succedunt d. l. §. 3.* In causis reliquis masculi & fæminæ conditione sunt pares. Nam exceptio firmat regulam in casibus non exceptis: ergò cum certi juris articuli recensentur, in quibus melioris conditionis sunt masculi, certi, in quibus fæminæ; signum est, in causis reliquis mares & fæminas conditione pares esse. Vide *Siruv. d. exercit. 3. th. 2. Eckolz. d. loc. §. 5. Beckelmann. ibid. n. 3.*

### §. VI.

15 III. **D**ividuntur homines àb ætate in puberes & impuberes. Impubes est, qui, si mas est, necdum implevit annum 14. si fæminâ, necdum 12. impubes vel est infans adhuc, vel infans major, Infans ita dictus, quasi fandi inops, accipitur dupliciter: naturaliter & civiliter. Naturaliter infans est, qui necdum habet sufficientem rationis usum ad discernendum bonum à malo. Econtrâ qui hunc habet, non est ampliùs naturâ infans, esto etiam minor septennio sit: nam terminus usûs rationis non est taxatus à naturâ, imò non potuit certò definiiri, cum constet, quibusdam citiùs illabi radium rationis, quibusdam tardiùs, pro diversâ humorum & organorum dispositione. Quandò autem reverà adfit discretio rationis, desumendum est ex quotidianis actibus pueri, an hi ita comparati sint, ut solent esse eorum, qui utuntur ratione. Civiliter infans est, qui necdum implevit septennium, *l. 14. ff. de spons. l. 1. §. 2. ff. de administr. & pric. tut. l. 18. Cod. de jure deliberandi.*

16 Infante major est, qui jam excessit septennium. Hic vel est infantie proximus, vel pubertati, quæ duo genera variè definiuntur à Doctoribus, ut videre est apud *Menoch. d. lib. 2. cas. 57. Sanchez. d. lib. 7. disp. 104. n. 37. & seqq. Harp. ad princ. I. de auctorit. tut. n. 12. & seqq.* Communis opinio est, tempus, quod intercedit inter infantiam & pubertatem, secandum esse in duos semisses, quorum unus tribuatur proximitati ad infantiam, alter proximitati ad pubertatem: ita, ut masculus dicatur infantie proximus à septennio completo usque ad annum decimum cum dimidio: fæmina usque ad annum nonum cum dimidio: reliquo autem tempore dicantur pubertati proximi. *Vin. ad §. 9. Inst. de innu. til. stipul. n. 2. & plures apud Menoch. & Sanchez. dd. locis,*

17 Verùm probabilior sententia videtur, quæ totum hoc relinquit arbitrio iudicis, ut is attentâ qualitate personæ, negotij, item naturâ regionis, ac loci, ubi impubes natus est, statuatur, quandò hic vel ille habendus sit pro infantie aut pubertati proximo. Ita *Menoch. d. casu 57. n. 44. Sanchez. d. disp. 104. n. 40. & seqq.*

seq. *Harp. d. prin. n. 18. D. Glesle p. m. Jurisprud. terrib. tom. 1. part. 1. cap. an. n. 27. & plures alij ab his citati. Prob. arg. l. 1. §. 2. ff. de jure delib. ex qua doctores hanc formant regulam, quod ea, quae jure nostro determinata non sunt, nec possunt inde per certam consequentiam colligi, relinquenda sint arbitrio judicis. atqui termini hactenus aetatis non sunt definiti jure nostro civili, neque verbis, neque certa consequentia colligi possunt, ergo, &c. Ad argumenta contraria respondet *Harp. ibid. n. 20. & seqq.**

Porro pubes (saltem ordinariè) est, qui, si mas, implevit annum 14. si fe-  
mina, 12. *princ. l. quibus modis tunc aetate finitur. l. ult. Cod. quando tutores vel curat. esse desinant.* Sed cur feminae citius pubescunt, quam mares? Faceta ratio est, quam dat *Accursius apud Bechmann. ff. de tut. & ration. distrab. n. 57.* quod mala herba citius crescat; quò faciunt versus:

*Ut lolium segetes crescendo vincit; & alie*

*Emicat hortorum carduus inter opes;*

*Femina sic maribus citius confurgit in auras;*

*Femina non illum ferre parata modum.*

*Nimirum prava crescunt velocius herba;*

*Femina quas inter connumeranda venit.*

Seria & vera est: quia secundum Physicos, quae debilioris naturae sunt, citius solent venire ad perfectionem, quam quae robusta sunt, & firmiora. *Vin. ad d. prin. Inst. quibus modis tunc aetate finitur n. 2. Dixi, ordinariè.* Nam interdum plures anni requiruntur ad pubertatem, ut in §. 4. *Inst. l. 40. §. 1. ff. de adop. l. 14. §. 1. ff. de alimentis vel cibariis leg.* Ubi octodecim anni requiruntur in mare, in femina quatuordecim, quae dicitur plena & perfecta pubertas.

Est autem pubes iste vel minorennis adhuc, vel majorennis. minorennis est, 19 qui necdum implevit annum 25. Majorennis, qui jam implevit; atque hic iterum est vel Juvenis, vel senex. Juvenis dicitur ab anno 25. completo usque ad aetatem senilem l. 69. §. 1. in f. ff. de leg. 3. Senex verò interdum habetur, qui excedit annum 55. ut in l. ult. cod. qui aetate vel professione se excusant. interdum qui 70. §. 13. *Inst. l. 2. ff. de excusat. l. 3. ff. de jure inhumanitatis.* in casibus autem, in quibus non exstat certa determinatio juris, relinquitur arbitrio judicis, quae aetate quis censendus sit senex, nec ne. *Menoch. d. lib. 2. cas. 59. n. 3. Sanchez. d. lib. 7. disp. 32. n. 16.* Planè in Camera quinquagenarij reputantur pro senibus, & pro testibus ad perpetuam rei memoriam admittuntur; qui verò infra eam aetatem sunt, plerumque rejiciuntur, teste *Gail. 1. obs. 92. n. 7.*

Cæterum de juribus horum tum puberum, tum impuberum dicitur in de-  
20 cursu; nam omnia hic agere, nimis longum foret.

## §. VII.

21 IV. **D**ividuntur homines à statu ( qui est conditio sive qualitas hominis, faciens, ut debitis sibi iuribus in civili Societate uti possit ) trifariam.

Primò à statu libertatis dividuntur homines in liberos & servos. *princ. l. de jure person.* Sumitur autem libertas hic non pro physicâ illâ, vi cujus, politis omnibus ad agendum requisitis, agere possumus vel non agere ; hæc enim etiam in servos cadit: neque in sensu morali, prout dicit potestatem quid agendi benè vel malè, quæ consideratio ad Ethicos pertinet. Sed in sensu juridico, prout dicit conditionem hominis tribuentem, ut is debitis libertati iuribus uti possit. in quâ acceptione

22 Definitor àb imperatore in §. 1. *l. de jure person.* *Quod sit naturalis facultas ejus, quod cuiq; facere libet, nisi, si quid vi aut jure prohibetur.* Sensus est, quòd libertas sit conditio hominum civilis, tribuens facultatem faciendi, quod libet, & de jure licet.

23 Servi, ita à servando dicti §. 3. *l. d. s.* sunt qui servitute tenentur. Est autem servitus *constitutio juris gentium quæ quis dominio alieno contrà naturam subicitur.* §. 2, *l. eod.* vel brevius: est carentia libertatis.

Dicitur 1. *constitutio juris gentium.* Genus hoc videtur nimis angustum, cum etiam sit constitutio juris civilis, ut patet ex §. 4. *f. de jure personarum* Ubi dicitur, servos etiam jure civili, fieri posse.

Undè distinguere oportet inter servitutem ipsam, & modos ipsam constituendi. Servitus ipsa est originaliter & essentialiter juris gentium, prout tit. 2. p. 2. §. 7. n. 11. diximus. Modi verò illam constituendi alij à jure gentium proditi sunt, alij à jure civili d. §. 4.

Dicitur 2. *quæ quis dominio alieno.* Ubi quærunt interpretes, an possit dari servus sine Domino? Distinguo: servus relatè acceptus, id est, persona alteri serviens, non potest esse sine domino, vi correlativorum. Servus contrariè acceptus, id est, persona carens libertate, potest esse sine domino per l. 38. §. 1. *ff. de nox. act. Struv. d. exercit. 3. th. 15. inf.*

Dicitur 3. *contrà naturam subicitur.* Id est, vel contrà jus naturæ permisivum, vel contrà primævam hominum conditionem, in quâ omnes nascebantur liberi, vel contrà communem naturæ inclinationem.

24 Tituli sive causæ servitutis constitutivæ aliæ sunt ex jure gentium, aliæ ex jure civili. Ex jure gentium prodierunt duæ: prima est nativitas. §. 4. *l. de jure person.* Sic qui nascitur ex matre, quæ toto uteri tempore serva fuit, servus nascitur. l. 5. §. 1. *ff. de statu hominum.* Ratio est, quia partus ventrem, id est, statum & conditionem matris sequitur. l. 7. *Cod. de Rei Vind.* Atque ita etiam illud JCI

Ulp.

Ulp. in l. 24. ff. de statu hominum, intelligendum est: *lex naturæ* (id est, consuetudo àb aliquâ ratione naturali ducta) *hæc est, ut, qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur.* Certè quomodò ex servili concubitu natus conditionem patris sequatur? eùm nec patrem jure civili habere intelligatur, §. pen. *Inst. de nupt.*

Secunda causa est captivitas d. §. 4. & d. l. 5. §. 1. Ita omnes, qui capiuntur? in bello justo, fiunt servi capientium §. 17. *Inst. de R. D.* Dico, in bello justo. nam 25 in bello injusto capti manent liberi. l. 21. §. un. ff. de captivis & postlim. per injuriam enim nemini potest auferri libertas, sicut nec alia bona sine obligatione restituendi. Videatur *Molina de I. & I. tr. 2. disp. 33.*

Cæterùm Christianus orbis hunc servitutis fontem ex communi charitatis 26 lege obstruxit, adeoque si Christiani bellum gerant inter se, capti non fiunt capientium servi, sed præstito redemptionis lytro liberi abeunt. *Schambog. ad §. f. I. de jure Personarum.* Aliud dicendum, si Christiani gerant bellum cum Turcis, Persis, Saracenis, aliisque infidelibus, quo casu Christiani capti adhuc hodiè fiunt servi Turcarum, & econtrà Turcæ capti adhuc hodiè fiunt servi Christianorum, ut dediscant insolentiam contrà Christianos. *Schambog. ibid. Myns. ad §. 3. I. de jure Person. n. 5. Franc. Frideric. àb Andlern in Jurisprudenciâ quâ publicâ quâ privâ à lib. 1. Tit. 6. n. 10.* Esto Christiani in servitutem Turcicam abducti à nobis pro liberis, omniumque jurium capacibus reputentur, nè afflictis afflictionem addamus. *Covar. in c. peccatum. de R. I. in 6. p. 2. §. 11. n. 6. Stryk. in usu moderno pand. ad tit. de statu hom. §. 4.* Hæc de titulis servitutis ex jure gentium.

Jus civile plures alios invenit. Unus expressus est in d. §. 4. l. de jure pers. 27 Nempè cùm liber homo 20. annorum ad pretium participandum se venumdari passus est. Ut autem hæc venditio operetur servitutem, in venditione 4. concurrere debent. Primò ut, qui se patitur vendi, sit major 20. annis. Secundò ut sciat, se esse liberum l. 2. ff. si ingenuus esse dicitur. Tertiò ut emptor id ignoret. l. 7. §. 2. ff. de liberali causa. Quartò, ut, qui venditur, intendat participare de pretio, & ut re ipsâ participet l. 1. prin. ff. quibus ad libertatem proclamare non licet.

Objic. homo liber non est apta materia venditionis, cùm libertas æstimationem non recipiat §. ult. l. quibus ex causis manumittere non licet l. 106. l. 176. §. un. ff. de R. I. ergò per venditionem sui ipsius non potest induci servitus. R. Servitutem induci non potestate venditionis, sed vi legis, quæ tanquam indignum libertate privat, qui pro vili pretio eandem voluit prostituere. De reliquis titulis, quibus servitus jure civili inducitur, nec non inductæ effectibus consule *Interpretes ad §. 4. l. de jur. Person. & ad §. 1. & 2. l. de his, qui sui vel alieni juris sunt.* Hodie, cùm servitus inter Christianos jam dudum exulârit, habemus 28

saltem



saltem in quibusdam locis homines proprios, *Seibeigne* & *Leuthe*, qui quoad statum sunt liberi, & hinc bona propria habere. *Lauterbach. in Colleg. theor. pract. ff. lib. 1. Tit. 6. th. 13.* Officiâ gerere *Gail. de pign. obs. 8. n. 4.* Exercere commercia *Siryk. usumoder. pand. d. loc. §. 7.* Sibi aquirere. *Hoppius ad d. §. 4. l. de jure Person.* Testamentum condere *Myns. cens. 2. obs. 23.* Et aliis civilibus juri- bus frui possunt. Quoad operas verò dominis & dominorum prædiis ita ad- dicti sunt, ut inde recedere iis non liceat. *Mevius p. 1. decis. 69. n. 1. p. 3. dec. 8. n. 1. & 2. p. 4. decis. 22.* Nuptias non nisi cum suæ conditionis hominibus & & consentiente domino contrahere possunt. Liberi quoque ventrem, id est, matris conditionem sequuntur. Hi homines rectè à dominis suis alienantur, lo- cantur, pignori dantur. *Struv. exercit. ad Pand. 40. th. 72.*

29 Cæterum de servis ita jus est: primò jure civili habentur pro nullis. *l. 32. ff. de R. I.* 2. Jure naturæ æquales sunt hominibus aliis, adèdque obligationis ac- tivæ & passivæ capaces *d. l. 32. & l. 14. ff. de O. & A.* 3. Quidquid aquirunt, aquirunt dominis suis. §. 3. *l. per quas personas cuiq; aquiritur.* Cum enim potestati alienæ perfectè sint subjecti, in potestate suâ nihil proprium habere possunt. 4. Caput habere non intelliguntur §. 4. *l. de capit. diminuis.* Hinc dici solet, jure nostro dari homines vivos sine capite; servi enim sunt homines vivi, nec tamen caput habere jure nostro censentur *d. §. 4.*

30 Satis de servis. Redeo ad liberos homines, quorum alij sunt ingenui, alij libertini. §. 5. *ff. de jure Personarum.* Ingenuus est, qui statim, ut natus est, liber est; vel qui natus est à matre, quæ vel unico momento gestati uteri libera fuit, *princ. Inst. de ingenuis.* Nam eo ipso momento, quo venter fuit liber, edizum infantem, ac in libertate natum jura fingunt, cum, quoties de commodo partus agitur, habeatur pro nato. *d. l. 7. ff. de statu hominum.* Quia etiam ex servâ ma- tre ingenuum nasci legitur in *l. 1. §. 1. ff. de suis & legit. hered. l. 14. Cod. de fidei- commissariis libertatibus.* Quod nè inter paradoxa juris referas, statim postea hujus rei casum tibi subjungam.

31 Libertinus in genere est, qui desit esse servus. *In fine princ. Inst. de liberti- ninis.* In specie, qui ex justâ servitute manumissus est. *d. princ. Inst. eod.* Dico, ex justâ servitute. Ad excludendam erroneam sive putativam, ex quâ manu- missus non fit libertinus, sed manet, ut antè ingenuus. §. 1. *Inst. de ingenuis.* Ubi ratio redditur, quòd natalibus, id est, ingenuitati non officiat manumissio.

32 Est autem manumissio, si definitionem nominis spectes, de manu, id est, po- testate missio *d. princ. Inst. de libertinis.* Si definitionem rei, libertatis datio *l. 4. ff. de l. & l.*

33 Causa efficiens manumissionis duplex est, proxima & remota. Remota est jus gentium *d. princ. Inst. d. l. 4. de l. & l.* Proxima manumissor. potest au- tem manumittere dominus, qui est major 20. annis. *l. 1. ff. de manumissionibus.* Filius minor 20. annis jussu patris rectè manumittit *l. 16. ff. eod. item ne-*

nepos jussu avi? Sed illo casu manumissus patris libertus fit, hoc casu avi. l. 22. ff. cod.

Objectum manumissionis est servus, etiam infans, vel furiosus. l. pen. l. ult. ff. 34 de manumissis. Imò adhuc existens in utero d. l. 14. cod. de fideicommiss. libert. Quo tamen casu manumissus erit ingenuus, quia statim, ut nascitur, liber est. l. 26. ff. de statu hominum. Et hic est casus, quo ex servâ ingenuus nascitur, quem paulò antea nos daturos promisimus.

Forma manumissionis duplex est, interna & externa. Illa consistit in ipsâ libertatis datione. Hæc in modis manumittendi, quorum alij plenam & perfectam libertatem, alij imperfectam conferunt. Perfectam conferebant primò manumissio per censum. Schambog. ad §. 1. Inst. de Libertinis. Cui postea successit manumissio in SS. Ecclesiis coram populo & antistite. Confer r. r. Cod. de his, qui in Ecclesiis manumittuntur. Vin. ad §. 1. l. de libertinis.

Secundò manumissio per vindictam. Hæc fiebat apud Magistratum, veluti Prætorem, Consulem, Proconsulem, qui Festucâ sive virgulâ capiti manumittendi impositâ, ita vindicabat libertates; & hinc virgula illa dicta est vindicta. Vid. §. 2. l. de libertinis.

Tertio manumissio in testamento. Adde, & in codicillis testamento confirmatis. Vide l. 43. & r. r. ff. de manumissis testamento.

Minus plenam atque imperfectam libertatem tribuebant manumissiones, quæ fiebant inter amicos, adhibitis s. testibus, vel per epistolam à domino & s. testibus subscriptam. l. un. §. 1. & 2. Cod. de latinâ libertate tollendâ Prioribus modis manumissi fiebant cives romani. Posterioribus latini. Vin. ad §. ult. Inst. de libertinis.

Effectus manumissionis est libertas, seu quòd manumissus efficiatur libertinus, & vel civis Romanus, vel latinus Junianus, vel dediticius; quòd discrimen Justinianus postea sustulit, & omnibus manumissis jus civitatis Romanæ dedit. d. §. ult. Imò jure novissimo libertinos effecit ingenuos, salvo tamen jure patronatus. ant. sed hodie. Cod. de jure anteorum annularum. nov. 78. c. 1. & 2.

Jurè hodierno proprii homines libertatem variis modis consequuntur. Primò manumissione Domini, vel expressâ, vel tacitâ, quæ censetur fieri, si Dominus permittat hominem proprium contrahere nuptias cum personâ liberâ. 2. Præscriptione. 3. Emptione fundi, cui quis addictus erat. 4. Si quis prædium, cujus ratione fuit homo proprius, possidere desinat. 5. Si dominus jure suo ob nimiam sævitiam privetur. 6. Si homo proprius evehatur ad Doctoratum vel similem dignitatem, cum servili conditione incompatibilem. Confer Hopp. in usu modern. ad §. 1. l. de libert. Husanum. de hominibus propriis cap. 8. p. 5. n. 16. & seq. citatum à Struv. exercit. ad pand. 40. th. ult. nec non librum, cui similis. Pacis compositio inter Principes & Ordines Imperij Romani catholicos, atque Augustana confessioni adherentes. cap. 6. quest. 33.

38 **Contraria manumissionis sunt lex Ælia sentia, & lex Fusia Caninia. Legem Æliam sentiam** *Wesfenbec. ad §. 1. I. quibus ex causis manumittere non licet. n. 4.* deducit à priscis Æliis, quorum meminit Pomponius in l. 2. §. 38. ff. de O. l. Sed contra historiarum fidem, ex quibus constat, legem illam demùm sub Augusto, sexto Ælio & Cajo sentio consulibus latam esse, teste *Suetonio in Augusto. Confer Vin. & Harp. ad d. §. 1.*

39 **Legis hujus duo capita proponuntur. Primo prohibetur dominus obæ-** raturus manumittere inter vivos servum suum in fraudem creditorum. *prinç. l. d. r.*

Dicitur 1. *inter vivos.* Nam in testamento domino licebat, qui solvendo non erat, unum servum hæredem instituere, qui & necessariò liber, & necessarius hæres erat, modò nullus alius defuncto ex testamento hæres existeret. *d. §. 1.* cujus exceptionis causa fuit, ut ita auctoris & hæstæ ignominia, quæ aliàs redundasset in defunctum, derivetur potiùs in hæredem. *d. §. in f. & ibi Vin.* Fiebat autem servus institutus liber, sive cum, sive sine libertate institutus esset. §. 2. *Inst. d. r.* Prius membrum est indubitatum. Posterius probatur: qui vult consequens, debet etiam velle antecedens: & uno concessio videtur omne id concessum, sine quo illud expediri non potest *arg. l. 2. ff. de jurisdictione.* Ergò hoc ipso, quòd servus hæres scribatur, videtur ei etiam concomitanter libertas relicta, cum servus quæ talis non possit esse hæres.

Dicitur 2. *in fraudem creditorum.* ut autem manumissio dicatur in fraudem creditorum facta, duo conjunctim requiruntur: affectus fraudandi, & effectus. §. 3. *Inst. quibus ex causis manumitt. non licet.* Hoc est, manumissor & fraudandi animum debuit habuisse, & creditores reipsà debent esse fraudati, ita, ut bona non sufficiant expungendis debitis. Si alterutrum deficiat, libertas directa rata erit. Dico notanter, *libertas directa.* Nam ad impediendam libertatem fideicommissariam sufficit, si solo eventu fraudentur creditores, per textum in l. ult. *Cod. qui manumittere non possunt.* Ratio disparitatis assignatur à *Harp. Mysf. & Bachov. ad d. §. 3. n. ult.* quia libertas directa manumisso competit independentè à omni hæredis factio: fideicommissaria verò non nisi dependentè à hærede, qui, bonis defuncti non sufficientibus, non tenetur præstare libertatem.

40 **Secundo capite legis Æliæ sentia cavetur, nè dominus minor 20. annis** aliter manumittat, quàm per vindictam, & ex justà causà à consilio approbatà. §. 4. *I. quibus ex causis manumittere non licet.* ratio constitutionis fuit, nè temerè & sine certo ordine judicij servi libertate & civitate donareatur.

Justas causas exhibet §. 5. *Inst. eod.* Sive autem manumissionis causa vera sit, sive falsa, libertas semel ex eà data non retractatur. §. 6. *Inst. eodem l. 9. §. 1. ff. de manumissis vindictà.*

Licebat igitur minori 20. annis ex lege Æliæ Sentia manumittere per vindictam; verùm testamento id non licebat, quod tanquàm non ferendam Imperator

rator in §. ult. *Inst. d. 2. & correxit*, datâ manumissionis licentiâ statim post annum 17. completum. In id jure novissimo, cum major annis 14. testamentum condere possit. l. §. ff. *qui testamentum a facere possunt*. etiam potest manumittere. nov. 119. c. 2.

Lex Julia Caninia manumissionem servorum in testamento ad certum numerum restringebat; quam, quia invida erat, & libertatibus inimica, Imperator *Inst. de lege Fufia Caninia tollenda* abrogavit, ducto argumento ab actu inter vivos ad ultimas voluntates, nempe: licet domino inter vivos manumittere servos, quot vult, ergo multo magis licebit in testamento. Hæc philosophatio toties procedit, quoties par utroque est ratio, secus, si dispar. *Jacobus Wissenbach ad Inst. diff. §. th. ult.* Tantum hætenus de divisione personarum, ex statu libertatis.

Secundò à statu civitatis dividuntur homines in cives & peregrinos. Ci-42 vis, intelligo, romanus est, qui Imperio Romano subditus est, & communionem jurium romanorum habet. Peregrinus, qui huic subditus non est, nec participat jura civium romanorum, ut est patria potestas, justæ nuptiæ, adoptio, testamenti factio, &c.

Queritur de Judæis, an sint cives Imperij nostri? *Affirmat Mynfinger cent. 43 §. obs. 6. in f.* ratio est, quia passim in Imperio negotiantur, & per speciales Re-cessus defenduntur. *Conter. Stryk in usi moderno pand. l. 1. Tit. 5. §. 10. & Carpz. Jurisprud. for. p. 4. const. 32. def. 22. n. ult.*

Tertiò à statu familiæ dividuntur homines in patresfamilias & filiosfamili-44 as. Paterfamilias est homo liber sui juris. Filiusfamilias est homo liber, potestati patriæ subjectus. l. 4. ff. *de his, qui sui vel alieni juris sunt*. l. 195. §. 2. ff. *de V. S.*

De filiisfamilias ita jus est, quod jure civili nequeant validè contrahere 45 nuptias sine consensu patris. *princ. F. de nups. l. 2. l. 3. l. 16. §. 1. l. 18. ff. de ritu nups.* Benè tamen de jure naturæ, divino, & canonico. c. 2. *causâ 27. q. 2. Frid. sess. 24. de reform. matr. c. 1. in princ.* Quod testamento possint tutores dari. *princ. Inst. qui testamento tutores dari possunt.* Quod non possint testamentum facere, nè quidè de peculio adventitio extraordinario. l. 6. *princ. ff. l. pen. Cod. qui testam. facere poss.* Quod in publicis causis habeantur pro patribusfamilias. l. 9. ff. *de his, qui sui vel alieni juris sunt.* Item respectu honorum castrensiùm, & quasi talium. l. 2. ff. *de SCto Maced.* Quod ex omnibus ferè causis obligentur æquè, ac patresfamilias, & ob id cum illis agi. tanquam cum patribusfamilias possit, l. 39. ff. *de O. & A.* Exceptâ causâ mutui, ex quâ ob SCtum Macedonianum non obligantur. l. 1. ff. *& Cod. de SCto Maced.*

## TITULUS IX.

## De Patriâ Potestate.

## SUMMARI.

1. Potestatis patria etymologia & Synonymia. 2. Definitur potestas patria. 3. Adscribitur diverso respectu juri naturali, Gentium & Civili. 4. Modi illius inductivi adornantur tres remissivè. 5. Competit supremo ascendensium superstiti masculo. 6. Datur in liberos tum primi, tum ulterioris gradus. 7. Adstruitur differentia ejus ab aliis potestatibus. 8. Effectus variant pro varietate considerationum. 9. Ad jus civile si expenditur, operabatur olim jus vita & necis; hodie non amplius. 10. Filius familias acquirit patri. 11. Potest pater ob nimiam egestatem liberos vendere. 12. Quam potestatem etiam matri damus. 13. Pater potest ratione filij experiri interdicto de liberis exhibendis. 14. Potest filio impuberi tutorem dare. 15. Eidem substituerè. 16. Occidere adulterum cum filia deprehensum. 17. Quod tamen non procedit in foro animæ. 18. Potest injuriam filio illatam remittere. 19. Filius sine consensu patris non potest stare in judicio. 20. Excipiuntur causa spirituales, criminales, & alia.

**S**uperiore titulo diximus, filium familias esse hominem liberum, potestati patriæ subjectum. Undè de ipsâ potestate patriâ egisse, operæ fuerit pretium.

## §. I.

- 1 **P**otestas patria, sic dicta à patre, cui, si relatè spectetur, unicè competit, appellatur alibi nexus, alicubi vinculum paternum, in multis locis familiæ vinculum, in plurimis sacra paterna, & jus patrium l. 87. ff. de aq. vel omis. hered. l. 4. Cod. de pactis conventis. l. 18. §. 1. Cod. de jure delib. l. 6. §. 3. Cod. de bonis, qua liberis &c.

## §. II.

- 2 **D**efinitur aliter, si consideretur absolutè, aliter, si spectetur relatè. Absolutè considerata est potestas regendi liberos, eorumque actiones ad communem familiæ utilitatem. *Serv. exercit. ad Pand. 3. th. 36.* Relatè sive cum respectu ad Rempublicam Romanam spectata est jus, quo filij & filiz, cæterique per lineam masculinam descendentes, supremo ascendentium superstiti subjiuntur in ordine ad certos effectus, jure introductos.

## §. III.

- 3 **C**ausa efficiens patriæ potestatis duplex occurrit, remota & proxima. Remota est jus. Ubi tamen promptè non dixeris, cujus juris sit potestas patria?

Patria? Varias circè quæstionem hanc sententias videre est in *Hunn. var. resolut. lib. 1. tr. 2. q. 17.* Ego cum *Grotio de Jure belli & pacis lib. 2. cap. 5. n. 1. 2. 3. & 7. Frantzkio ad ff. de his, qui sui vel alieni juris sunt. n. 11. & seqq. Hahn ad Wesenbec. cod. tit. n. 2. in verb. propria civium romanorum.* Sequentem distinctionem adhibeo, ac potestatem, quam habet pater, in quantum est principium filij, secerno à potestate, quam habet, ut est caput familiæ. Potestas quam habet pater, ut est principium filij, videtur juris esse naturalis. Nam ipsa natura patrem obligat, ut curam liberorum suscipiat, & actiones eorum eousque temperet ac moderetur, quousque sibi non sufficiunt: ergò àb ipsâ naturâ potestatem recipit, ea liberis imperandi, sine quibus educari ad virtutem commodè non possunt; quia obligatus ad finem, censetur quoque jus habere ad media, sine quibus finis ille obtineri non potest. *arg. l. 2. ff. de jurisdic.* Confirmatur: naturaliter æquum est, ut, qui se ipsos regere non possunt, consilio alieno dirigantur. At naturam si consulas, nemo aptior ad regimen liberorum, quàm pater est, tum quia ob contractam ex generatione amicitiam, tenerrimo amore liberos complectitur, nec est affectus, qui vincat paternum. *l. ult. princ. Cod. de curatore furiosæ vel prodigi.* Tum quia liberi nemini facilius obediunt, quàm parenti; cum sciant, jussa ejus àb amore proficisci: Ergò ipsa natura regimen liberorum parentibus consignat, atque aded etiam potestatem eos instruit, imperandi illa, quæ ad rectam liberorum educationem pertinent. Potestas, quâ gaudet pater tanquàm caput familiæ, considerari potest vel absolutè, vel relatè. Absolutè spectata pertinet ad jus gentium: nam quòd pater regis instar liberis imperare, & actiones eorum in commune familiæ bonum dirigere tunc etiam possit, cum judicium liberorum ætate maturuit, consuetudini gentium refertur in acceptis.

Relatè attenda est juris civilis, ac civium romanorum propria. *§. 2. l. 1. r. neque enim populi alij talem in liberos potestatem habent, qualem cives romani; quia potestas, quâ gaudent, specialibus prærogativis eminet, quæ ex ejusdem effectibus relucebunt.*

Causa efficiens proxima patriæ potestatis sunt modi, quibus inducitur. 4  
Inducitur autem justis nuptiis. *princ. l. b. r. Legitimatione §. f. l. de nups.* Et adoptione. *t. 1. l. ff. Cod. de adop.* De modis his dicemus infra.

## §. IV.

**S**ubjectum potestatis patriæ est supremus ascendentium superstes masculus. 5  
Dixi 1. *Supremus ascendentium.* Quia vivente avo pater filium in potestate non habet, sed avus. Qui enim ipse in potestate est, alium in potestate ejusdem generis habere non potest. *princ. Inst. quibus modis jus patria potest. solvitur. l. 21. ff. ad leg. Jul. de adult.*

Dixi 2. *Superstes masculus.* Nam fæminæ liberos in potestate non habent. *§. 10. l. de adop. §. 3. l. de hered. qualis. & differentiâ. l. 13. ff. de suis & legit.*

*degit. hered.* Ipsæ siquidem quoad regimen domesticum & gubernationem familiar, viris sunt subjectæ, quomodo etgò imperium domesticum in liberao præterdant?

## §. V.

6 **O**bjectum potestatis patriæ sunt liberi, non tantum primi gradus, sed etiam nati ex filio, si hic in potestate patris, & deinceps §. *ult. l. h. r. l. 4. in f. ff. de his, qui sui vel alieni &c. l. 8. ff. de agnoscend. & alendis liberis.* Ita, ut licet filius esset miles, liberi tamen ejus sint in potestate avi. *l. 7. Cod. h. r.* Verum hodie ex consuetudine per nuptias liberi emancipantur, adeoque nepotes nunquam in avi, sed patris potestate erunt. *Berlich. p. 2. conclus. 11. n. 33. & seqq.* dummodò nuptiis, cum expresso vel tacito patris consensu, separata liberorum œconomia accesserit; wann sie sich vom Vater mit Anstellung ihrer eigener Haushaltung und Nahrung geschieden. prout communius recepta sententia sustinet, testibus *Hoppio ad usum mod. Inst. §. 6. quibus modis jus patr. potest. solvitur. Stryckio ad usum mod. Pand. tit. de adop. §. 21. & seq. D. Fleck in Bibliothecâ Fur. Civilis lib. 1. tit. 49. n. 32.* faciunt hæc verba nov. Leonis 25. in f. ibi: *Nos hoc insuper annectimus, ut si pro suo arbitratu vivere filius videatur (sive id ejus verbis, cujus sub potestate degit, concessum fuerit, sive verbis quidem concessum non sit, sed consensu tacito filio vitæ rationes separatim instituenti non adversatus sit, verum ipsum suo modo seorsim vivere permisit) tamen à conjugij commercio liber sit, jus tamen liberi arbitrij ratum illi & confirmatum sit.*

## §. VI.

7 **F**orma potestatis patriæ consistit in differentiâ specificâ, quâ distinguitur à potestatibus aliis, quæ differentia in eo sita est, quòd finis illius sit, dirigere actiones filij principaliter in propriam, & minus principaliter in ipsius filij utilitatem. hæc ratione differt à potestate dominicâ, ut quæ non nisi domini commodum respicit: à potestate legislativâ, quæ solum bonum Republicæ pro fine habet: à potestate tutoriâ, cujus finis tantum est incrementum & utilitas pupilli.

## §. VII.

8 **E**ffectus potestatis patriæ alius est, si consideretur secundum jus naturæ, alius, si cum respectu ad jus gentium, vel civile spectetur. Secundum jus naturæ considerata operatur, quòd parentes ea omnia liberis imperare possint, quæ ad congruam eorum educationem pertinent. Ad jus gentium examinata est quasi regia, adeoque ad ea omnia porrigitur, quæ ad rectam familiar gubernationem pertinent. Confer *Vin. ad §. 3. l. h. r. n. 1.*

9 In ordine ad jus civile spectata varios operatur effectus. Primus est, quòd olim pater jus vitæ & necis in liberos habuerit causâ cognitâ *l. ult. Cod. h. r. l. 11.*

*Inf. ff. de lib. & posth. l. 2. ff. ad l. Cornel. de sicar.* Verùm cùm patria potestas in pietate, non in atrocitate consistere debeat *l. 5. in f. ff. de Leg. Pomp. de Parricidiis.* meritò jus istud tanquàm nimis rigidum & acerbum, sublatum est, & abolitum. *l. un. Cod. de emend. propinquorum. l. un. Cod. de his, qui parentes vel liberos occid. Brunneanus ad d. l. ult. Cod. h. t. n. 3.* Tamest hodie patri decens & honesta quædam emendatio ac potestas corrigendi liberos relicta sit: sicut & propinquis senioribus jure paterno minores castigare permissum est *d. l. un. Cod. de emend. propinq. l. 3. Cod. h. t.* Potest etiam pater curare filium inobedientem incarcerari, & judici puniendum offerre, imposituro poenam, quam pater dixerit. *d. l. 3.* Ubi tamen laudabile Divi Pij non negligendum erit exemplum, qui desertorem, sibi à patre oblatum, in deteriorem militiam dari jussit, ne pater videretur filium ad supplicium obtulisse. *l. 13. §. 6. ff. de re militari.* Imò hodie memorata electio parentibus fuit adempta, nè irâ ac indignatione commoti severius, quàm par est, supplicium liberis irrogari faciant, & judicis arbitrio committitur, quâ poenâ filios protervos & contumaces puniri velit. *Carpz. in pract. crim. p. 2. q. 100. n. 35.* Adhæc esto nemini privatum carcerem habere liceat, & contrafacientes, tanquàm ipsius Majestatis violatores, ultimo subjogentur supplicio; si tamen pater filium in certum locum, tanquàm carcerem releget, vel eum certo conclavi per aliquod tempus includat; privati carceris poenam non incurrit, cùm istud ob correctionem morum filij faciat, non ob custodiam. *Schmeidovv. ad §. 2. l. h. t. in f.* Huc faciunt, quæ scribit *Jodocus Dambouderus in praxi rerum criminal. capitulo 151. n. 34.* Sunt præterea & alij tristemus digni. Nempe quorundam proborum parentum perditii filij, parùm morigeri, rerum suarum profusissimi, aleatores, scortatores, temerarii que pugnatore, qui & parentes, & seipfos tot tantisque implicant & impediunt curis & miseriis, ut suis perversis moribus præmaturam non raro parentibus mortem accelerent, aut certè, si mortis occasionem non præbeant, saltem post omnes paternas correctiones, admonitiones, atque castigationes salutares frustra susceptas, tandem ad hoc severius & extremum correctionis & animadversionis genus inviti eogantur descendere, suorumque liberorum salutem, quasi fortunæ arbitrio committere, nempe, ut cum trierarcho, certo pacto conveniant de mittendis suis filiis in vincula nautica ad biennium, triennium, aut quadriennium, certumque pro ipsorum expensis periolvant pretium, ut vel hoc correctionis remedio corrigantur, & respicere discant, ad sanio rem mentem, & ad mores meliores redeant, qui sese prius incorrigibiles præbuerant. hæc *Damboud cit. loco.* Ex quibus patet, quàm prudenter quibusdam in locis ergasteria seu domus certæ (vulgò *Zucht-Häuser*) extractæ & destinatae sint, ut ibi filij immorigeri, indomiti, petulantes, item otiosi & validi mendici inclusi jejunio macerentur, laboribusque tandiu exercentur, donec spes melioris vitæ affulgeat.



10 Secundus effectus est, quod filiusfamilias, quid quid acquirit, hoc acquirit patri suo. *l. 1. infra. per quas personas cuius, acquiritur. l. 2. Cod. b. t. & ibi Brun- nemann.* Quod tamen non indistinctè procedit. Siquidè bona castrensia & quasi talia filiusfamilias sibi ipsi in totum, tam quoad proprietatem, quàm quoad usum fructum acquirit, ita ut de iis ad libitum disponere ac testari possit. *l. 6. Cod. de bonis, qua liberis.* Profectitia autem bona pleno jure & quoad usumfructum & quoad proprietatem; adventitia verò quoad usumfructum saltem, non quoad proprietatem patri acquiritur. *d. l. 6. & §. 1. I. per quas personas cuiusque acquiritur.* In quo titulo (DEO volente) quæ bona dicantur castrensia; quæ quasi castrensia, quæ adventitia, quæ profectitia, pleno ore explicabimus.

11 Tertius effectus est, quod pater propter nimiam egestatem liberos, quos in potestate habet, vendere possit. *l. 2. Cod. de patribus, qui filios suos distraxerunt. Grocius, de jure Belli & Pacis l. 2. cap. 5 n. 5. rationem dat Arumans exercit. Inst. 2. th. 2. dicens: Quemadmodum inter arma silent leges, ita in tremendâ hâc egestate, quâ bellum ventri, qui auribus caret, indicitur, eæ meritò conquiescunt. Certè, esto*

*Dura quidem miseris mors sit mortalibus omnis:*

*At periisse famo, res una miserrima longè est.*

Quinimò negatâ hâc venditione ipsis quoque liberis per summam egestatem pereundum foret, cum non posset non dira parentum fames etiam ipsos liberos tandem opprimere. Planè licet præfato nimix paupertatis calu venditio filij subsistat, valet tamen solum hæcenus, ut oppignorationis potius, quam venditionis jure censeatur, hoc est, ut emptor quidem obtinendi ejus servitij habeat facultatem: sed liceat ipsi, qui vendidit, item ei, qui alienatus est, aut cuilibet alij eum repetere ad propriam ingenuitatem; dummodò pretium offeratur, id est, quanti valeret, si servus esset, aut aliud mancipium ejusdem æstimationis. *Brunnemann ad d. l. 2. Cod. de patr. qui filios suos distraxerunt. n. 1.*

Neque obstat *lex 1 2. Cod. de O. & A.* Ubi Imperatores Dioclet. & Maximianus rescribunt, ob æs alienum servire liberos creditoribus jure compelli non posse. Nam *in memoratâ lege per liberos, intelligi planè liberos homines, non filios: quemadmodum Princeps noster, in nov. 134. cap. 7. in d. 2. de sumpt. à auct. imò à debito. Cod. d. 1. esto ibi prohibeat, nè pro paterno debito filius pignori capi, aut retineri possit, non tamen patribus id prohibet, sed creditoribus, irrogando etiam iis, qui contrâ fecerint, pœnam, ipsis patribus exsolvendam.*

Porro matri propter famis necessitatem jus hoc distrahendi liberos non competere, probabilius censent *Arumans d. loco. th. 3. Harp. ad §. 2. l. b. n. 23. Ungre- pant exercit. Justin. 3. q. 3. Perez in Cod. de patribus, qui filios suos distrax. n. 2.* Econtrâ matri quoque competere, existimant *Hahn ad Wesembec. ff. de his. qui sui vel alieni juris sunt. n. 2. verb. distrahere. Maier ad Inst. b. t. §. 3. pag. n. 151.*

Ed quòd jus hoc distrahendi ex ipsâ naturali lege profluat, quæ eo ipso, quia egenis parentibus liberos subvenire jubet, etiam jus dare censetur ad omne id, hæc quo obtineri non potest, quod ipsa imperat. *Gror. d. loc. in f.*

Ego, quia hodiernis moribus nec ipsis patribus ampliùs filios distrahere licet *GræneWegen de legibus abrogatis, ad l. 2. Cod. de patribus, qui filios distraxerunt.* quæstioni huic me non immisceo, sed suspendo iudicium. Quòd si tamen obtorto velut collo in jus me rapere velis, magis inclino in sententiâ *Hahnij.* tum quia ratio *dicta l. 2.* non consistit in patriâ potestate, sed in necessitate, quæ & in matrem cadere potest; tum quia voces *si quis in d. l. 2.* etiam ad feminas pertinent. *l. 1. ff. de V. S.*

Quartus effectus est, quòd pater ratione filij experiri possit interdicto de li. 13 beris exhibendis, ac eodem filium vindicare. *l. 1. §. 2. ff. de R. V. r. r. ff. & Cod. de liberis exhib.*

Quintus, quòd pater filio impuberi testamento possit tutorem dare. *§. 3. l. 4 l. de tut.*

Sextus, quòd possit eidem pupillariter substituere. *r. r. l. ff. & Cod. de pupill. l. 5 substit.*

Septimus est, quòd patri occidere liceat adulterum cum filiâ deprehensum, cujuscumque sit conditionis, si modò sequentia concurrant. Primum est, ut pater suæ sit potestatis, non constitutus in sacris paternis. *l. 20. l. 21. ff. ad l. Jul. de adul.* Secundum, ut in continenti adulterum interficiat. *l. 23. princ. & §. 4. ff. cod.* Tertium, ut interficiat domi suæ. *l. 22. §. 2. l. 23. §. 2. ff. d. r.* Quartum, ut unâ filiam tollat è medio; cæso adultero, parcere filix impune non potest. *d. l. 20. & l. 23. §. 4. ff. cod. Damhouder. d. loc. cap. 89. n. 25. & seqq. Berlich. p. 4. conclus. 27. n. 152. Molina de l. & l. r. 3. disp. 99. n. 6. & seqq.* Sed

Dubitatur, sintne leges civiles, quæ parenti potestatem tribuunt interficendi filiam & adulterum, conformes honestati & Justitiæ, ita, ut in foro animæ ejusmodi occisio sit licita?

R. Negativè. Ita *Lessius de J. & J. lib. 2. cap. 9. dubit. 5. Layman. Theol. moral. l. 3. tract. 3. parte 3. cap. 2. n. 4. Magnif. D. P. Robertus König lib. 5. Decret. de adulteris part. 1. §. 9. n. 14.* Prob. punire reum panâ mortis, ordine juris non reservato, cum servari possit, hoc est, non audito reo, non expensis causæ meritis, executorem constituendo eum, qui irâ & indignatione lividus, agitur intemperie affectu, est intrinsecè illicitum, quia sapit abusum ingentem potestatis publicæ: ergò munus executoris ac ministri publici iniquè, leges patri deferunt. Confirmatur: quando sine gravi incommodo Reipublicæ potest consuli salutis animæ, non debet reus puniri capite, cum moraliter sit certum, fore, ut æternum pereat. At quando in flagranti filia deprehenditur, moraliter est certum, fore, ut æternum pereat, si occidatur; neque ex dilatâ vindictâ periculum imminet Reipublicæ; ergò occidi honestè non potest.

Multi, qui leges civiles hoc in passu excusare, ac à notâ iniquitatis vindicare allaborant, in hunc modum discurrunt: potest lex civilis potestatem concedere, occidendi proscriptos & banao percussos: ergò potest etiam potestatem concedere, occidendi filiam vel adulterum; uti enim in casu priore proscriptus non occiditur autoritate privatâ, sed legislatoris, qui potest eum neci tradere, sic etiam in casu posteriore filia vel adulter, non occiditur autoritate privatâ, sed legislatoris, qui potest in flagranti deprehensum neci tradere. Sed firmo tibi cine argumentû hoc non nititur: nam fulmine bani illi potissimum percelluntur, qui seditiones commovent, ac pacem publicam perturbant. undè cum malitia supplicium festinatum exigit, justissimè in hocce singuli armantur: à filiâ verbò in flagitio deprehensâ periculum non immunet Reipublicæ, adeoque non est, cur ferrum à lege patri porrigatur.

Alij iniquitatem legum civilium colore alio inumbrant, ac prætexunt, sinera earum non esse, honestatem intrinsecam conciliare cædi à patente admittæ, sed justo indulgere dolori, ac ob magnitudinem injuriæ condonare homicidæ pœnam legis Pompejæ aut Cornelijæ. Verùm hic quoque prætextus manes suos patitur; nam si textus in *d. l. 20. l. 22. & l. 23. ff. ad l. Jul. de adult.* morosius intueri iustineas, deprehendes, patri dari jus occidendi adulterum cum filiâ, jus occidendi patri concedi domi suæ, hanc potestatem patri competere, si in ipsâ turpitudine filiam de adulterio deprehendat. Ergo cædes filij & adulteri non tantum permittitur, sed insuper approbatur, & auctoritas juris eidem suffragatur.

18 Octavus effectus est, quòd pater injuriam filiofamilias illatam, eo invito, remittere possit, nisi patris persona vilis, abjectaque sit; filij verbò honesta. *l. 17. §. 12. & 13. ff. de injuriis.* Neque dicas: pater non potest in bonis adventitiis jus filio quæsitum admere vel remittere. *l. 1. Cod. de bonis matern. l. 6. Cod. de bonis, qua liberis:* atqui actio injuriarum filio ex injuriâ, quâ affectus est, quæsitâ, videtur pertinere in censum bonorum adventitiorum, ergò, &c. Nam actionem injuriarum in bonis filij esse non intelligi antè litem contestatam. *l. 28. ff. de injuriis.* Ergò pater hanc actionem filio competentem remittendo, aliquid de bonis adventitiis filij diminuere non censetur. Hæc de injuriâ, pro quâ competit actio prætorica, exaudienda sunt. Nam injuriam filiofamilias irrogatam, pro quâ actio datur ex lege Corneliâ, pater remittere non potest, quia actio hæc filio competit, non patri, nec consensus patris requiritur, ut filius agere possit. *l. 5. §. 6. ff. de injuriis.* Confer *Fachin. 9. controvers. cap. 42.*

19 Nonus effectus est, quòd filius sine consensu patris non habeat legitimam personam standi in judicio; ubi tamen non una distinctio adhibenda, ac multû interest, velicnè filius stare in judicio contrâ patrem, an contrâ extraneû. contrâ patrem non aliter stare in judicio permittitur, quàm si lis sit aut de ipsâ potestate patriâ, fortè quòd pater alimenta eidem neget, aut de peculio castrensi vel quasi tali. *l. 9. Cod. b. s. l. 4. ff. de jud.* Contrâ extraneum si filius stare velit in judicio, interest. ve-

hinc stare tanquam reus, an tanquam actor. Si tanquam reus, refert ulterius, pulsatum actione personali, an reali. Actionem personale filiusfamilias rectè excipit, quia ex omnibus causis tanquam paterfamilias obligatur, adedque actione personali conveniri potest. *l. 57. ff. de judiciis. l. 39. ff. de O. & A.* Circa executionem tamen sententiæ explorandum, habeatne filiusfamilias bona quædam pleno jure, an non. Si habeat, sententia protinus executioni mandatur. Si careat, dispiciendum, adstint peculium profectitium, an non. Priore casu pater actione judicati peculiotenus convenitur. *l. 3. §. 11. ff. de peculio.* Posteriore casu sententia suspenditur, donec in patremfamilias evadat. Actio realis si movetur contra filiumfamilias, sequens distinctio adhibenda. Vel actio concernit peculium castrense, aut quasi tale, vel profectitium, aut adventitium. Si castrense aut quasi tale, ipse filius actionem excipit, quia respectu peculij castrensis vel quasi talis, fictione juris habetur pro patrefamilias. *l. 4. §. 1. ff. de castrensi peculio.* Si profectitiû, actio non contra filium, sed contra patrem dirigitur. *§. 1. l. per quas personas cuiq; acquir.* Si adventitium, amplius interest, agaturne de peculio adventitio ordinario, an extraordinario. Si de ordinario, actio dirigitur contra patrem, qui tamen adhibere tenetur consensum filij. *l. ult. §. 3. Cod. de bonis, qua liberis.* Si de extraordinario, ipse filius actionem excipit, sic tamen, ut juxta multos adhibere teneatur consensum patris. *d. l. ult. in fine princ. Cod. de bonis, qua liberis.* Quodsi filius stare velit in judicio tanquam actor, pluribus iterum opus est distinctionum anfractibus. Refert videlicet, concernatne actio peculium castrense, aut quasi tale, an profectitium, vel adventitium. De peculio castrensi aut quasi tali potest filius experiri judicio, patre etiam inscio vel invito, quia, ut jam dictum, respectu memoratorum bonorum habetur pro patre familias. *d. l. 4. ff. de jud. d. l. 4. §. 1. ff. de castrensi peculio.* De peculio profectitio solus pater agit actione directa, quia legitimus est ejusdem administrator. *l. 9. ff. de O. & A.* Utili tamen agit quandoque ipse filius, puta, si aut pater absit, aut dementiâ laboret, aut periculum versetur in morâ. *l. 18. §. 1. ff. de jud.* De peculio adventitio ordinario agit solus pater, sic tamen, ut adhibere teneatur consensum filij, si præsens sit, ac terminos primæ ætatis excesserit, id est, pubertate major sit. *d. l. ult. §. 3. De extraordinario agit ipse filius, adhibito tamen consensu patris; qui, si absque causâ consentire detrectet, à judice ad id compellitur. d. l. ult. in f. princ. Cod. de bonis, qua liberis.* Videantur *Hannold. de F. & F. tom. 5. rr. 2. cap. 2. contr. 9. n. 288. & duobus seqq. Hunnius in Encyclopedia juris universi p. 2. tit. 5. cap. 9. n. 4. & seqq. Harp. ad §. 2. F. b. r. n. 30. Lauterbach in colleg. forum. tit. de judiciis th. 27. Clarus in pract. crim. §. ult. q. 14. n. 5* in quibus advertes, quod 20 filiusfamilias etiam in causis beneficialibus, spiritualibus, & ab his dependentibus vel connexis: item in criminalibus, & procuratorio aut tutorio nomine, sine consensu patris legitimam personam standi in judicio habeat.

Effectus reliquos potestatis patriæ, nè titulus hic nimium excresecat, suis propriis sedibus expendemus.

## TITULUS X.

## De Nuptiis.

**E**timus de potestate patriæ in genere. Proximum est, ut dicamus de modis, quibus inducitur. Ubi primo loco occurrunt nuptiæ, quas quia velut aurora præcedunt sponsalia de futuro, hinc sit

## P A R S I.

## De Sponsalibus.

## S U M M A R I A.

1. Sponsalia unde dicantur.
2. Quid rei sint.
3. Adscribuntur jura gentium.
4. In genere contrahere illa prohibentur, qui ad nuptias licite & valide contrahendas sunt inhabiles.
5. In specie contrahere nequeunt furiosi, nisi remissione furoris gaudeant; aliud dicendum de ijs, qui libidinoso amore obcecati sunt.
6. Nec maxime capti & ipsi similes valida sponsalia inveniunt.
7. Nec ebrii ebrietate perfectâ.
8. Nec facile muti, surdi, ac cæci simul.
9. Nec infantes sive minores septem annis, nisi usus rationis antevortat annos.
10. Non tantum per nosmetipsos, sed etiam per alios, videlicet parentes & procuratores nostros sponsalia celebrare possumus.
11. Materiam sponsaliorum constituunt futura nuptia cum certâ persona contrahenda.
12. Qua promitti debent verè, non simulatè, esto fide promittens & puellam deflorans eandem vi contractus innoximati ducere teneatur.
13. Rursus debet promissio esse reciproca.
14. Et verbis vel signis aliis sufficienter manifestata.
15. Inter qua signa quandoq; etiam numeratur taciturnitas.
16. Adstruitur finis sponsaliorum.
17. Obligant sub mortali ad contrahendum matrimonium.
18. In ordine ad quod poena conventionalis non videatur injicere vinculum.
19. Non obstantibus textibus contrariis, qui facile solvantur.
20. Sponsalia tam jurata, quam simplicia maximo consensu dissolvuntur.
21. Item ingressu religionis.
22. Similiter per posteriora sponsalia de presenti, saltem suspensivè.
23. Non etiam per posteriora de futuro, quamvis hac jurisjurandi religione firmata fuerint.
24. Rursus solvantur sponsalia, si terminus obligationis finienda conventionem partium adjectus fuerit.
25. Nec non ob causam absentia.
26. Ans fornicationis, ubi in sponsis maximo delictorum compensationem non admittimus.

27. *Aut superveniens impedimenti dirimens.* 28. *Aut notabilis mutatio-  
nis, que, si à principio adfuisset, vel fuisset cognita, prudenter à sponsalibus docer-  
risset.*

## §. I.

**S**ponsalia, si Ulpiano credimus in. l. 2. ff. de spons. à spondendo dicta sunt. **M**oris enim erat veteribus, stipulari ac spondere uxores sibi futuras: unde etiam sponsi & sponsæ appellatio nata est.

## §. II.

**D**efiniuntur, quòd sint mentio (hoc est stipulatio) & repromissio (hoc est reciproca promissio) futurarum nuptiarum, l. 1. ff. d. r. c. 3. causa 30. q. 1. Clarius fortè definiens sponsalia, si dicas, quòd sint mutua, deliberata; signis exterioribus expressa promissio inter personas hábiles de futuris nuptiis contrahendis.

## §. III.

**C**ausa efficiens sponsaliorum duplex est, proxima & remota. Remota est jus gentium, tam quia possediuntur solo consensu. l. 4. ff. de sponsalibus, tum quia ut ex deuteroh. 20. vers. 7. jud. 14. vers. 8. Matth. 1. vers. 18. cap. 34. §. appare. 6. 39. 27. q. 2. c. 3. 30. q. 5. l. 9. ff. de sponsalibus colligitur, antiquitus etiam apud populum Israël ac in primitivâ Ecclesiâ, imò apud saniores Ethnicos sponsalia aliquantisper matrimonium præcedere consueverunt. Quamvis de necessitate matrimonio non sint præmittenda, prout contra Harpprecht docet Clarissimus D. P. Collega Schmier, tract. Jurid. novissimè in lucem dato, de sponsalibus, matrimonio, & ejus impedimentis. part. 1. cap. 1. sect. un. §. 2. ubi hoc probat ex cap. 9. 22. & 31. de Sponsal. l. 9. ff. eod. cap. 3. de sponsa duorum.

Causa efficiens proxima est vel principalis vel instrumentalis. Principalis sunt illi, qui nomine proprio sponsalia contrahunt. Possunt autem sponsalia contrahere omnes, qui non prohibentur arg. c. 23. de spons. ubi Pontifex Innocent. III. dicit, edictum de matrimonio contrahendo esse prohibitorium; quicunque igitur non prohibetur, admittitur, quia tantum dicitur prohibitorium respectu certarum personarum. Pirhing lib. 4. jur. can. Tit. 1. sect. 1. §. 2. n. 11. in fine.

Prohibentur autem in genere contrahere sponsalia, qui ad nuptias licite & validè contrahendas sunt inhabiles arg. c. ult. de pactis. l. 15. de condic. instir. l. 185. ff. de R. l. c. 58. & 69. eod. in 6. Si impedimentum subsit, refert, sitne perpetuum, an temporale respectu matrimonij? prius sive sit dirimens, sive solum impediens, impedit valorem sponsaliorum, ut quæ nequeunt esse promissio rei impossibilis aut illicitæ. Impedimentum posterius relinquit quandoque sponsalia valida, quandoque non; explorandum videlicet, utrum promissio feratur ad ipsum tempus impedimenti etiam

num durantis, an referatur ad tempus habile impedimenti jam sublato, num denique simpliciter concipiatur. Primo casu sponsalia non valent. adeoque si matrimonium tibi promittam ad proximum mensem, quo adhuc voto temporali castitatis adstrictus ero, contractus est nullus. Secundo casu valent sponsalia. unde si spondeam tibi matrimonium in sequentem annum, quo voto meo liber ero, tenet contractus, quia promissio excurret ad tempus habile impedimenti jam sublato. Tertio casu itidem valent sponsalia. unde si temporali voto castitatis adstrictus matrimonium simpliciter tibi promittam, tenet contractus, quia subesse censetur tacita conditio, si impedimentum cessaverit. Confer *Magnif. D. P. Robertum König lib. 4. Fur. Cam. tit. 1. n. 1. §. 5. n. 16. & 17. Clariss. D. P. Callegam Schmier d. tr. de sponsal. d. part. 1. cap. 2. Sect. 1. §. 3. n. 27. & seqq.* ubi diligenter versant lacinosam illam controverfiam, utrum à personis impeditis sponsalia possint contrahi sub conditione: *Si Pontifex aut Episcopus in impedimento dispensaverit*; eo effectū, ut, antequam de dispensationis concessione notitiam habuerint, resilire non possint?

In specie non possunt sponsalia contrahere primò furiosi sive illi, qui cum rabie insaniant, quia non intelligunt, quæ agunt. §. 8. *Inst. de instil. spirad. & omni consensu destituuntur. l. 2. Cod. de contrab. emptians.* Planè si lucida intervalla habeant, tempore sopiti furoris, quia consensu, possunt etiam sponsalia contrahere. *D. P. Schmier d. sect. 1. §. 1. n. 5. & 2. seqq.*

Dubitabis hic, an valeant sponsalia ex cæco & libidinoso amore inita? nec absque ratione, nam in *nov. 74. c. 4. princ.* amorem, furorem vocitari audias, dum ait ibidem Imperator, *nihil esse furoris amoris, vehementius.* Cum igitur juxta mox dicta sponsalia à furiosis contracta non teneant, nec subsistent ab amantibus, vix non amentibus contracta. Verius tamen est contrarium, quod teste *Magnif. D. P. Roberto König d. p. 1. §. 7. n. 33.* in praxi & curiis Germaniæ obtinet: nam deliberatio, quæ sufficit ad committendum peccatum mortale, etiam sufficit ad sponsalia valida celebranda. Atqui æstro libidinosi amoris percitii gaudens adhuc tantâ deliberatione, ac agnoscat, se graviter peccare, ergò &c. Ad rationem dubitandi *n. in d. nov. 74. amorem dici furorem in sensu duntaxat improprio.*

Secundò prohibentur sponsalia contrahere mente capti, sive ij, qui citrà æstum furoris placidè delirant, quia & ipsi consentire nequeunt. Idem tenendum puto de illis, qui se credunt vitreos, cereos, gallos gallinæcos, Archangelum Michaëlem, aut personam ex SS. Trinitate. Diversum obtinet in grossis, stolidis, simplicibus, substupidis & iis, qui sibi persuasum habent, quòd sint creati Cardinales, Reges, Principes, Episcopi &c. Confer *P. König d. §. 5. n. 10. & sequente. P. Schmier d. §. 1. n. 3. & 4.*

Tertio sponsalia contrahere prohibentur ebrij, intellige, si ebrij sint ebrietate perfecti, sive tali, quæ inducit omnimodam mentis alienationem. Ebrij ebrie-

ebrietate imperfectâ, quia tantum adhuc obtineat rationis usum, ut bonum à malo possint secernere, ac committere peccatum Theologicum, sponsalia contrahere non prohibentur. *P. Schmier d. §. 1. n. 8. & seqq.*

Quartò prohibentur sponsalia contrahere muti surdi ac cæci simul, cum moraliter impossibile videatur, ut tribus his defectibus laborantes sufficienter intelligant requisita ad matrimonium & obligationes eidem annexas. *Sanchez de matrim. lib. 1. disp. 8. n. 13. D. P. Schmier d. sect. 1. §. 2.*

Quintò prohibentur contrahere sponsalia infantes, sive ij, qui nondum compleverunt septennium *l. 14. ff. de spons. c. 4. §. 1. & 13. de desponsat. impub.* Nam antè completum annum septimum vix solet homini tantus affulgere rationis usus, ut bonum à malo sufficienter possit secernere: Undè cum nequeat deliberatè consentire, neque sponsalia potest contrahere.

Controversia non levis est, possitne minor septennio contrahere sponsalia, si præcocitas ingenij antevertat annos, & malitia ætatem suppleat?

Authores gravissimi propugnant sententiã negativam, quos inter *Panor. in c. 3. de spons. Magnif. D. P. König d. lib. 4. tit. 2. §. 2. n. 5. Fach. 3. contr. o. 26. Harp. Inst. h. s. n. 10. prænemorat. Clariss. D. P. Collega d. tr. part. 3. cap. 2. sect. 1. §. 1. n. 19.*

Verùm ego magis inclino in sententiã affirmativam, quam sustinent *Dido. Covarruias in Epitome de spons. cap. 2. n. 1. Sanchez de matr. l. 1. disp. 16. n. 9. Pirhing. d. lib. 4. tit. 2. §. 3. n. 12.* cuius mentis quoq; esse videtur. *P. Engel ad tit. de despons. impub. n. 2. Prob. 1. ex l. 14. ff. de spons. ubi disertè ait JC. Modestinus: in sponsalibus contrahendis ætas contrahentium definita non est, ut in matrimoniis; quia propter & à primordiò at ætas sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraq; personâ intelligatur &c.* *Prob. 2. ex c. 3. de spons.* Ubi juvenis quidam puellam nondum septennem, ac dein consobrinam ejus duxerat; jubetque Eugenius Pontifex, propter impedimentum publicæ honestatis sequens matrimonium rescindi: quæ ratio inepta foret, si antè septennium completum consistere non possent sponsalia, quia ex sponsalibus, ob defectum consensûs invalidis, non confluit impedimentum publicæ honestatis *c. 1. in princ. de spons. in 6. Prob. 3.* stando in jure naturæ potest minor septennio contrahere sponsalia, si intellectum habeat tam defæctum, ut bonum à malo sufficienter possit secernere. Ergò idem obtinet de jure positivo; neque enim textum clarum reperias, quo jus positivum à naturali hoc in passu recesserit. *Prob. 4.* esto matrimonio contrahendo certum tempus jure nostro sit præfixum, si tamen malitia ætatem suppleat, aut potentia generativa annos antevertat, etiam antè tempus illud matrimonium rectè contrahitur, *c. 9. de spons. impub.* Ergò etiam esto sponsalibus contrahendis certa ætas sit præfixa, si tamen malitia ætatem suppleat, valebunt sponsalia,

cum



cum à matrimonio ad sponsalia legitimè ducatur. argumentum arg. l. 16. ff. de spons.

Objic. 1. Sponsalia antè septennium contrahi non possunt, & si defacto contrahantur, sunt nulla. c. 4. §. 1. & 13. de despons. impub. Ergo in sponsalibus malicia non supplet ætatem. R. Dist. antec. sponsalia antè septennium contrahi non possunt, supposito, quòd sufficiens rationis usus nondum adsit, esto. Si adsit, nego antec. & consequentiam. Capitula, in quibus dicitur, quòd antè septennium non valeant sponsalia, fundantur in præsumptione, quòd antè tempus illud nondum adsit sufficiens rationis usus: leges autem, quæ fundatæ sunt in præsumptione, non attenduntur, & si de veritate confet, elumibes redduntur.

Objic. 2. tempus, quod requiritur ad testamenti factionem, anteverti non potest præcocitate judicij. l. 5. ff. qui testamenta facere possunt. Ergo neq; tempus, quod requiritur ad contrahenda sponsalia. R. Neg. conseq. disparitas est, quia lex, quæ certa ætas requiritur ad testamenti factionem, non fundatur præcisè in præsumptione infirmi judicij, sed ed insuper collimat, ut confurgat uniformitas in operando. Lex verò, quæ certa ætas requiritur ad sponsalia, unice fundatur in defectu sufficientis rationis; quemadmodum lex, quæ certa ætas requiritur ad matrimonium, unice fundatur in defectu potentie generativæ. quando autem lex fundatur in præsumptione falsâ, vim non obtinet.

RO Causa efficiens instrumentalis sponsaliorum sunt illi, qui nomine alieno sponsalia contrahunt, puta, parentes & procuratores. Parentes contrahunt sponsalia vel pro filio adhuc infante aut absente, vel pro eo, qui infantiam jam excessit & præsens est. Priore casu non aliter tenent sponsalia, quàm si filius infantiam egressus, aut reversus, factum patris approbaverit, posteriore casu tenent sponsalia, quamvis filius expressè non consentiat, quia censetur iudicium patris approbare. c. un. in f. de despons. impub. in 6. Clariss. D.P. Collega Schmier d. tr. p. 1. cap. 2. sect. 2. §. 1. n. 38. & seqq. rationem hujus dispositionis duplicem assignat Joan. Angelus Bossius de contr. matr. cap. 3. §. 38. n. 156. prima est, quòd præsumatur, patrem (idem dicendum de matre) ob paternam filiorum curam, & specialem ergo eos amorem, optimum semper consilium pro filio suscipere: altera est ratio obedientiæ parentibus debite, vi cujus filij potissimum quoad hoc, quod respicit familiæ perpetuitatem, parentibus morem gerere tenentur, ut constat ex cap. 1. de desponsat. impub. Procuratores sponsalia si contrahant, non aliter vim obtinent, quàm si mandatum speciale in ordine ad determinatam personam acceperint à principali, hicque in voluntate suâ persistierit. c. ult. de procurat. in 6. Si principalis penitentia ductus antè contracta sponsalia voluntatem retractet, procurator nihil agit; esto revocationis sit ignarus. d. c. ult. Neque obstat, quòd, si procurator datus ad alia negotia, & ignarus penitentia, dantis negotia gesserit,

utiliter agat. c. 13. de procurat. elem. un. de renunciat. l. 15. ff. mandati. Nam ad sponsalia non sufficit consensus, subtilitate juris fictus, sed requiritur verus & naturalis, quod secus est in aliis negotiis. pralaudatus D.P. Schmier d. cap. 2. sect. 3. §. 1. & 2.

## §. IV.

**O**bjectum sponsaliorum sunt futuræ nuptiæ, cum determinatâ personâ contrahendæ. Ut enim valeant sponsalia, debet promissio versari circa determinatam personam, quia sunt via ad matrimonium, quod consistere non potest, nisi cum personâ certâ ac determinatâ.

## §. V.

**F**orma sponsaliorum stat in promissione verâ, signis exterioribus sufficienter manifestatâ, quâ partes sibi invicem spondent futuras nuptias. Plura itaque concurrant necesse est, ut sponsalia consurgant. Primò requiritur promissio vera, non simulata, hoc est, spondens debet habere serium animum se obligandi. Nam obligatio Justitiæ, fundata in spontaneâ determinatione voluntatis propriæ, supponit animum se obligandi. Atqui obligatio Justitiæ, quæ nascitur ex sponsalibus, est fundata in spontaneâ determinatione voluntatis propriæ, ergò supponit animum se obligandi. Sanchez. d. l. 1. disp. 9. n. 5. Pirbing d. sect. 1. §. 1. n. 4. Hinc sponsalia non sunt, si fictâ matrimonij promissione usum corporis à puellâ eblandiar.

Dubitatur tamen, an nihilominus teneat puellam ducere, si fictâ promissione matrimonij impetraverim ab eadem usum corporis? Videtur, quòd non. Si enim tenerer eandem ducere, obligatio hæc consurgeret vel ex promissione meâ, vel ex damno illato: neutrum potest dici. Non primum: quia non habui serium animum me obligandi, adeoque vi promissionis non teneor. Non etiam secundum: quia ratione damni tantum obligor ad compensationem: ergò si damnum aliter reparari possit, quàm per nuptias, non teneor determinatè ad nuptias.

Sed verius est, me teneri ad nuptias. Nam dum puella intuitu promissionis meæ copiam corporis sui mihi exhibet, censetur mecum inire contractum innominatum, puta, hunc: *exhibeo tibi usum corporis mei, ut tu mihi præstes consensum conjugalem.* Atqui contractuum innominatorum ea natura est ac indoles, ut, postquam pars una conventioni satisfecit, altera quoque teneatur satisfacere, nè aliud pro alio invito creditori obrudatur contra Justitiam commutativam. l. 2. §. 1. ff. de R.C. accedit textus Sacri Codicis exodi 22. vers. 16. ibi: *si seduxerit quis Virginem necdum desponsatam, dormieritq, cum eâ: dotabit eam & habebit eam uxorem.* Ergò &c. Confer Sanchez. d. lib. 1. disp. 10. n. 3. & seqq. P. Engel. Colleg. Jur. can. tit. 1. §. 2. n. penult. & ult. Clariff. D.P. Collegam Schmier

d. p. 1. cap. 3. sect. 2. §. 1. n. 61. & seqq. ubi sententiæ suæ varias subnectunt limitationes, quas interest quoddam, si puella fraudem facile potuerit advertere, forte quia me inter & illam nimia intercedit inæqualitas (cujus decisio merito prudentis judicis arbitrio committitur arg. l. 1. §. ult. ff. de jure delib.) non tenear ad eandem ducendam, quia præsumptio nascitur, quod potius ex levitate animi aut æstu libidinis, quam intentione me sibi obligandi, corporis copiam mihi fecerit.

13 Secundo requiritur promissio mutua, hoc est, pars utraque debet ad nuptias se obligare: promissio ex uno latere facta contractum sponsalitiæ non inducit. Unde si Virgini nuptias promittam, ipsa non repromittat, ex neutra parte obligatio oritur: non ex parte Virginis, quoniam animum contrahendi non habuit; actus autem agentium non operantur ultra intentionem eorum l. 19. princ. ff. de R. C. Non etiam ex mea, quia obligationem non aliam subire volui, quam sponsalitiæ: hæc autem essentialiter est mutua & reciproca, ut patet ex definitione sponsaliorum. Diversum obtinet, si promissio mea fuerit merè gratuita: hæc enim me obligat, esto pars altera non repromittat. Cur tamen variè? Quia promissio talis non est respectiva, sed absoluta, ac à repromissione independens: ergo eodem modo me obligat, quo promissiones aliæ merè liberales, quæ repromissionem non desiderant. *Pirhing d. §. 1. n. 3. Layman. Theol. moral. lib. 5. tr. 10. p. 1. cap. 1. n. 2.*

Objic. matrimonium est contractus essentialiter utriusque obligatorius: ergo non potest pars una ad id esse obligata, quin obligata quoque sit altera. R. dist. conseq. ergo non potest pars una ad id esse obligata obligatione sponsalitiæ, ac respectivâ, quin obligata quoque sit altera, concedo, obligatione absolutâ, nego. Fateor, obligationem sponsalitiæ indispensabiliter esse mutua, adeoque fieri non posse, ut pars una tantum eandem subeat; verum satis non assequor, cur non ad matrimonium obligare me possim promissione merè gratuitâ & liberali. Si quid enim obstar, foret hoc, quod matrimonium sit contractus essentialiter utrinque obligatorius. At rationem hanc infirmo talo suffultam esse, ex eo convincitur, quia etiam emptio venditio est contractus essentialiter utrinque obligatorius, & tamen nemo dubitat, quin possim promissionem ita concipere, ut velim obligatus tibi esse ad equum vendendum, quodcumque intra annum emere eum volueris. *Clariff. D. P. Jacob. Wex de spons. p. 1. §. 2. n. 9.* In cujus fine optimè advertit, non esse quæstionem de voce, an memorata gratuita promissio sponsalibus accensenda sit, nec nê? Effectum resolutionis assignant *P. Engel d. §. 2. n. 3. & Clariff. D. P. Franc. Schmier d. cap. 3. sect. 2. §. 5. n. 118.* videlicet foeminam, si ex sua parte, etiam post acceptatam promissionem, nolit contrahere matrimonium, ad id compelli non posse: item ex tali promissione non nasci impedimentum publicæ honestatis, sicut ex sponsalibus, quod minus mortuâ foeminâ, cui promissio facta est, soror ejus à viro promittente in uxorem, vel econtrâ mortuo viro ejus frater à foemina in matrimonium accipi possit. Tertio

Tertio requiritur promissio verbis vel signis aliis sufficienter manifestata. 14  
 Nam ex contractu sponsalicio acquirit pars utraque jus activum. Actus autem  
 merè internus tam efficax non est, ut uni adversus alterum jus activum conferre  
 possit, quia, cum sit absolutè insensibilis, non potest producere sensibilem effe-  
 ctum in ordine ad commercium humanum. *Pirhing. d. §. 1. n. 2.* Undè si tibi  
 præsentì actu merè interno promittam nuptias, & sub conditione, si repromittas,  
 sponsonem tuam acceptem: tu quoque eodem tempore actu merè interno spon-  
 deas mihi nuptias, & sub conditione, si repromittam, promissionem meam ac-  
 ceptes, sponsalia contracta non intelliguntur. Est enim mutua promissio inter-  
 venerit: quoniam tamen pars neutra intentionem suam signis exterioribus ma-  
 nifestavit, non potuit inde obligatio sponsalicia consurgere. Dixi notanter, *re-  
 quiri promissionem verbis vel signis aliis sufficienter manifestatam.* Ut indicarem,  
 non verbis tantum, sed signis quoque aliis consensum internum manifestari  
 posse. Sic nullum est dubium, quia porrectio manuum, reciproca annulorum  
 traditio, mutua donorum oblatio &c. signa sint talia, ex quibus intentio contra-  
 hendi nuptias sufficienter quandoque possit colligi. Fac enim, sponsaliorum  
 contrahendorum gratiâ convocatos fuisse amicos, ac ea, quæ negotio remoram  
 injiciebant, laboriosâ concertantium partium conventionè fuisse tandem felici-  
 ter ad finem perducta. Si post hæc omnia manus junctæ, si annuli digitis inserti,  
 consueta dona cum relatione gratiarum data &c. imita censentur sponsalia,  
 licet ex neutrà parte verba intervererint, quia in memoratis circumstantiis præ-  
 dicta signa intentionem contrahendorum sponsaliorum sufficienter exprimunt.  
*Confer Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 2.* ubi per totam explicat, quan-  
 doam traditio, immissio, vel gestatio annuli signum sit contracti matrimonij  
 nec non *Sanchez d. lib. 1. disp. 22. per rosam. & Clariff. D. P. Collegam Schmier  
 d. sect. 2. per rosam.*

Non ineptè hic quæritur, an taciturnitas sit tale signum, ex quo colligere  
 liceat consensum sponsaliticum? ut ecce, puella, cui præsentì nuptias promissi,  
 rubicundo suffusa pudore, verecundans tacet, non annuit, non renuit: estne silens  
 hæc puella censenda repromississe mihi nuptias? Ope distinctionis respondendum  
 cenfeo: vel enim de sponsalibus pangendis præcessit tractatus aliquis, vel non  
 præcessit. Si prius, censetur puella tacens mihi locuta, ac sola verecundia voces  
 sufflaminasse *arg. c. 43. de R. F. in 6.* Si posterius, nuptias promississe mihi non  
 censetur, quia taciturnitas suapte vi nec consensum, nec dissentium importat, sed  
 ad utrumque est indifferens *c. 44. eod. in 6.* ibi: *is, qui tacet, non faterur: sed nec  
 utiq; negare videtur.* Ergò nisi per circumstantias determinetur, consensus inde  
 vel dissentus non potest colligi. Neque audiendus es, si ita arguas: qui tacet,  
 censetur consentire *d. c. 43.* Ergò dum puella tacet, censetur consentire. Nam  
 memorata regula tunc demùm procedit, si de mero tacentis favore agatur, non  
 etiam, si de gravi præjudicio, quemadmodum in sponsalibus. *P. Engel d. §. 2. n. 8.*

Expeditiorem responſionem dat *Magnif. D. P. König d. p. 1. §. 7. n. 44.* dicens, quòd tacens videatur conſentire in id, quod tunc agitur & dicitur, non autem in alia non neceſſariò connexa; adedque in propoſito caſu puella, cui promiſſio matrimonij facta eſt, cenſetur conſentire & acceptare hanc promiſſionem, utpoſtè quam audit, & tacet; in reciprocam verò ſui obligationem non videtur tacendo conſentire, cum de eà ex hypotheſi nulla mentio facta, neque eadem cum promiſſione alterius neceſſariò connexa ſit.

## §. VI.

16 **F**inis ſponſaliorum eſt, ut conjugium ex aliquo temporis intervallo contrahatur. *Wéſenbec. ad digeſt. n. de ſponſal. n. 7.*

## §. VII.

17 **E**ffectus ſponſaliorum eſt obligatio utriusque ſponſi, & quidem ex juſtitià, ac ſub culpâ lethali, ad contrahendas futuro tempore nuptias. Ubi tamen jus civile ſeparandum à canonico. jure civili deſponſata uni, non prohibetur nubere alteri. l. 1. *Cod. de ſponſalibus.* Jure canonico diverſum obtinet, ac pars neutra ſine gravi cauſâ recedere poteſt àb obligatione ſponſalitià. quodſi una illarum nollet implere fidem datam, monenda eſſet, & ſi monitionem ſperneret, etiam cogenda; non tamen coactione extremâ, vel undè prudenter, timeretur difficultis matrimonij exitus. *cap. 10. & 17. de ſponſal.*

Sponſalibus varia pacta ſolent adjici, quæ inter præcellit pactum de ſolvendâ poenâ, ſi pars alterutra obligationi ſponſalitiæ non ſteterit. Ubi

Controverſia gravis occurrit, poſſitnè poena conventionalis ſponſalibus adjici, ſolvenda in eventum, ſi pars alterutra ſine juſtâ cauſâ à ſponſalibus receſſerit?

Prima ſententia negat. Ita *P. Sanchez d. lib. 1. diſp. 30. n. 2. Pirhing d. ſect. 1. §. 4. n. 22. Brunnemann ad l. 5. Cod. de ſponſ. n. 12. Perez. d. tit. Cod. n. 18. Zoëſ. ff. eod. n. 10. Magnif. D. P. König tit. de donat. inter virum & uxorem part. 1. §. 8. n. 11. Clariff. D. P. Wéx de ſponſ. p. 2. contr. 2. n. 18. Schambog. ad princ. Inſt. de patriâ poteſtate. Pag. mihi 91. & alij.*

Secunda affirmat. Ita *Layman lib. 5. Theol. mor. tr. 10. p. 1. cap. 1. n. 8. Hauld. tom. 1. de l. & l. cap. 5. contr. 3. n. 364. P. Engel p. m. Colleg. Jur. can. tit. de ſponſ. §. 2. n. 7. Clariff. D. Doct. Gleſle p. m. in aſſer. jurid. aſſer. 56. Clariff. D. P. Collega Schmier d. cap. 3. ſect. 3. §. 3. n. 145. & ſeqq.*

18 In ordine ad praxin laudo conciliationem *Clariffimi D. P. Wéx d. loc. n. 19.* Ubi diſtinguit inter poenam conventionalem à compensatione damni aut lucri ceſſantis prorsùs diſtinctam, & inter poenam conventionalem intereſſe nomine præſtitutam. Poenam prioris generis adjectam ait irritam: poenam poſterioris generis dicit ſolvendam. Theoricè verò diſcurrendo primas ſecundæ deſero. Probo Argumento ducto àb arrihis ad poenam conventionalem, ad quod teſte *Lay-*

non cit. *loc.* impossibile est, veram discriminis rationem reperire. Possunt arrhæ sponſalibus adjici, hâc lege, ut, si pars tradens injustè resiliat, eas perdat, aut si pars accipiens sine causâ fidem frangat, duplicatas, triplicatas, aut etiam quadruplicatas restituat. *l. 5. Cod. de spons.* Ergò etiam pœna conventionalis potest adjici sponſalibus.

Neque dicas 1. rationem disparitatis consistere in hoc, quòd pœna facilius promittatur, cùm verbis tantum promittatur solvenda in futurum. Arrhæ verò maturiori longè consilio traduntur, cùm statim ipso facto tradantur.

Contrà enim est 1. quòd neque arrhas dare usque ad eò difficile sit, cùm dentur solùm instar pignoris, & servanti fidem reddi debeant. *l. 3. Cod. de spons.* Esto hodie apud nos contrarium observari, testetur *Layman d. n. 8.* Contrà est 2. quòd pars arrhas accipiens cum pacto restituendi quadruplū, nihil adhuc dederit, sed potius acceperit, & id eò fortasse pronior adhuc ad contrahendum fuerit, quàm pars pœnam conventionalem promittens. Ergò si pronitas in promissionem pœnæ videtur injicere vinculum, non resiliendi à sponſalibus, multò magis videtur injicere arrha.

Neque dicas 2. àb arrhâ non licet arguere ad pœnam, quia quantitas illius solet esse modesta & parva, hujus autem magna. Nam contrà est 1. quòd etiam in arbitrio stet contrahentium, quantum arrhæ nomine dare velint. *arg. d. l. 5. Cod. de spons.* Contrà est 2. quòd adversarij nè quidem pœnam in parva quantitate consistentem sponſalibus adjici posse admittant.

Neque dicas 3. solidam differentiam esse, quòd arrha detur tanquàm tessera initorum sponſalium: pœna verò adjiciatur, ut cogat ad matrimonium. Nam Contrà est; non obstante, quòd arrha faciat, ut metu ejus amittendæ quis contrahat matrimonium, tamen non cogit ad matrimonium: ergò etiam non obstante, quòd pœna faciat, ut metu ejus incurrendæ quis contrahat matrimonium, tamen non cogit ad matrimonium.

Objicies 1. Textum in *d. l. 5. Cod. d. 1.* in cujus fine dicitur, *extra definitionem autem hujus legis, si cautio pœnam stipulationis continens fuerit interposita: ex utraq; parte nullas vires habebit, cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debeat.* 2. in textu hoc id saltem statui, quòd, si cautio pœnalis modum legibus definitum transiliat, ac ultra quadruplū sit concepta, vim non obtineat.

Objic. 2. textum in *l. 134. in f. prin. ff. de V. O.* Ubi ait J. C. Paulus, inhonestum visum esse, vinculo pœna matrimonia obstringi, sive futura, sive jam contracta. 3. Textum exaudiendum esse de casu, quo parentes liberorum ignorantium nomine contrahunt sponſalia: tunc enim honestas non patitur, ut metu pœnæ liberi cogantur ad matrimonium.

Objic. 3. textum in *c. 29. de spons.* Ubi Gregorius IX. perspicuè rescribit, pœnam, tanquàm adversam libertati matrimonij, sponſalibus adjici non posse.

19. Textum hunc intelligendum esse vel rursus de casu, quo parentes liberorum ignorantium nomine ineunt sponsalia, vel certe de casu, quo iusta causa subest, resiliendi à sponsalibus.

### §. VIII.

20 **C**ontraria sponsaliorum sunt modi, quibus solvuntur. Solvuntur autem variis modis, quos discretè recensebimus. 1. Solvuntur sponsalia mutuo consensu. Nihil enim tam naturale, quàm unumquodq; eo modo dissolvi, quo colligatum est. *c. 1. de R. I. l. 35. ff. eod.* cum ergò sponsalia contociantur mutuo consensu, consensu mutuo dissociari rursus possunt. Quod procedit, licèt juramentum sponsalibus accesserit. *Canisius ad cap. 2. de spons. n. 2.* Hoc enim sequitur naturam actus, cui adjicitur. *cap. 25. de iurejur.* Adeoque si sponsalia suapte indole dissolvi possunt mutuo consensu, poterunt quoque adjecto juramento.

Dices 1. juramentum omne servandum est, quòd sine detrimento animæ jurantis servari potest. *cap. 28. de iurejur. c. 2. de pactis in 6.* Ergò &c. 19. Anteced. procedere, si non sit prælitum in gratiâ personæ tertiæ, & illa deinde sponte non remiserit juramentum. Secus, si prælitum sit in gratiam personæ tertiæ, & illa remiserit, potest enim quilibet favori pro se interducto renunciare. *l. pen. Cod. de pactis.*

Dices 2. sponsi mutuo consensu resilire volentes commoveri ac modis omnibus induci debent, ut prælitam fidem servant, & si persuaderi nequeant, solum propter metum majoris mali in patientiâ tolerari potest, ut fidem sibi remittant. *d. cap. 2. de spons.* Ergò sponsalia jurata liberè & licitè dissolvi nequeunt; quod enim à jure duntaxat toleratur propter periculum majoris mali, jure fieri non rectè dicitur. 19. cit. loco *Innocentium III.* se fundare in præsumptione, quòd non uterque contrahentium libero & simultaneo consensu à sponsalibus recedat, sed, ut plerumque accidit, ab initio unus tantum pœniteat, & fidem daram ac juratam retractare allaboret, alter verò non absolutè & liberè, sed in consequentiam, eò quod nolit pœnitentem urgere, ac cum invito nuptias pangerè, in dissolutionem consentiat. *Clariff. D. P. Schmier d. p. 1. cap. 5. sect. 1. §. 1. n. 4.*

21 **S**ecundò solvuntur sponsalia ingressu religionis, puta, si professio secuta sit. *arg. c. 7. de convers. conjug. & Concil. Trid. sess. 24. de Sacram. matr. can. 6.* Habent enim sponsalia ex dispositione juris imbitam tacitam conditionem, *nisi placeat religionem ingredi*: hæc conditio proinde si existat, perdunt vim obligandi, adeoque resolvuntur. Planè solo ingressu religionis solvuntur sponsalia duntaxat ex parte manentis in sæculo, non etiam ex parte illius, qui religionem ingressus est. Ex parte manentis in sæculo solvuntur idèò, vel quia spon-

sali-

fallitus contractus hanc conditionem habet imbibitam, nisi mutatio notabilis superveniat: talis autem supervenire creditur, si pars alterutra religionem ingressa fuerit; vel quia grave nimis foret ac molestum, si pars manens in sæculo per annum integrum exspectare deberet: vel quia pars ingressa post egressum non censeatur tam habilis amplius ad nuptias, quam erat antea, eò quòd notã levitatis & inconstantia secũ deferat. dissentit *Clariff. D. P. Collega Schmier d. cap. 5. sect. 1. §. 3. n. 47.* Ex parte illius verò, qui religionem ingressus est ideò non solvuntur sponsalia, quia, esto per ingressum juri suo quoad sponsalia cesserit, persona tamen in sæculo remanens juri suo propterea non cessit, cum igitur fieri possit, ut ingressus liberè egrediatur, tenetur obligationi sponsalitiæ satisfacere. *Layman d. tr. 10. p. 1. cap. 2. n. 3.*

Tertio solvuntur sponsalia de futuro per posteriora sponsalia de præsentì *cap. 22. 22. & pen. de spons. c. 1. de sponsa duorum.* Nam matrimonium simul cum duabus nequit consistere. Ergò obligatio subsequens, tanquam fortior, priorem necessario elidit. Planè priora sponsalia de futuro per posteriora de præsentì non omninò solvuntur, sed vim suam recipiunt matrimonio diremto. Ita *Patritius Sporer Theol. Sacrament. p. 4. cap. 1. sect. 2. §. 3. n. 263. Magnif. D. P. König d. p. 1. §. 10. n. 62. Clariff. D. P. Ebberth. Se'lectarum controversiarum controvers. 24. n. 3. Clariff. D. P. Wex de spons. p. 1. §. 7. n. 13. Clariff. D. P. Collega Schmier d. cap. 1. sect. 1. §. 2. n. 23. & seqq.* Ratio est: quia si obligatio sponsalitiæ per matrimonium subsequens omninò tolleretur, tunc vel ex naturã rei, vel ex dispositione legis positivæ: neutrum potest dici. Non primum, quia obligatio sponsalitiæ consistit optimè cum matrimonio subsequente, cum per id non inducatur impedimentum perpetuum, sed temporale, ac per mortem conjugis auferibile. Non etiam secundum: quia textum nullum reperias, quo statuatur, quòd obligatio sponsalitiæ omninò tollatur per matrimonium subsequens, ergò tolli gratis asseritur. Accedit, quòd qui emisit votum ingrediendæ religionis, non liberetur omninò ab obligatione suã per contractum postea matrimonium, sed teneatur uxore mortuã voto satisfacere: ergo etiam qui contraxit sponsalia cum unã, non liberatur ab obligatione suã omninò per contractum postea matrimonium cum aliã, sed tenebitur uxore mortuã obligationi suæ satisfacere.

Præter *d. cap. 22. de spons. & l. 98. §. 8. ff. de solut.* qui textus ab adversariis communiter obiici solent, at à prælaudato *D. P. Schmier n. 26. & 28.* pro more doctissimè solvuntur, objicies cum *Sanchez de matr. lib. 1. disp. 48. n. 3. Pirhing de spons. sect. 2. §. 3. n. 59. Laymann d. tr. 10. p. 1. cap. 2. n. penult.* Professio in religione laxiore penitus extinguit votum ingrediendi strictiorem. *c. 5. de regularibus in 6.* Ergò etiam matrimonium cum unã penitus extinguit obligationem ducendi aliam. *n.* Neg. conseq. disparitas est, quia in priori casu promissio utraque fit DEO, qui magis censetur æstimare obligationem, quæ confurgit



ex professione actuali, quàm illam, quæ nascitur ex nudo voto religionis ingrediendæ; in posteriore verò casu diversi planè sunt creditores, quorum unus non censetur jure suo cedere idcirco, quòd alteri sit factum satis.

23) Cæterùm per posteriora sponsalia de futuro, esto jurata fuerint, priora sponsalia de futuro simplicia non solvuntur. Nam promissio rei illicitæ etiam jurejurando firmata est invalida, quia juramentum non potest esse vinculum iniquitatis. *cap. 18. de jurejur.* Atqui sponsalia, contra fidem in prioribus datam inita, sunt promissio rei illicitæ, ergò sunt invalida.

Sed quid si cum posteriore sponsâ, ignarâ priorum sponsalium, carnalis copula sit subsecuta, an non saltem ratione damni illati tali casu dissolvuntur priora sponsalia? *2.* De rigore non dissolvi, cùm injuriâ illatâ posteriori non auferatur jus priori. Aliquandò tamen ex æquitate posteriora sponsalia erunt servanda, ut si deflorata grave damnum pateretur, magnamque honoris jacturam: prior verò sponsa leviter læderetur: tunc enim saltem ex charitate hæc teneretur consentire in dissolutionem sponsaliorum, ad vitandum grave damnum alterius, & judex poterit illa dissolvere, *Sanchez d. lib. 1. disp. 49. n. 5. & 6. Pirhing. d. §. 3. n. 57.*

Quartò solvuntur sponsalia lapsu temporis, tanquam termini, ad quem obligatio sponsalium restricta est; quod non tantùm procedit, si ob culpam utriusque partis non sequatur matrimonium in termino præfixo, sed etiam si sequatur sinè culpâ utriusque partis, quia pacta conventa dant legem contractui. *l. 7. §. 4. & 5. ff. de pactis. l. 1. §. 6. ff. de positi. l. 23. ff. de R. l. & post tempus elapsum stipulator vel pacti conventi, vel doli mali exceptione submoveri potest. l. 44. §. 1. de O. & A.*

Neque dicas, in hoc posteriori casu terminum adjectum potius pro non adjecto habendum esse, per *cap. 5. de concess. præbend. & cap. 66. de R. l. in 6.* cùm imputari non debeat ei, per quem non stat, si non faciat, quod per eum fuerat faciendum. *cap. 41. ead. in 6.* nam regula hæc solum pertinet ad casus, quibus vel ex dispositione juris, vel per viam ultimæ voluntatis certum tempus spatium fuit præfixum, aut ubi ex conventionne partium certus terminus est præstitutus in ordine ad solvendam pœnam; secùs, ubi dies per conventionem assignatus ad implendam obligationem. *Laymann Theol. moral. lib. 5. tract. 10. part. 3. cap. 2. n. 17. in f.*

Planè si ex culpâ tantùm unius partis matrimonium non sequatur in termino præstituto, alterâ ad contrahendum paratâ, obligatio sponsalitia non solvitur simpliciter, sed saltem ex parte illius, quæ culpâ vacat. *cap. 22. de sponsal. ibi nec per eum fecit, quin ad statutum terminum matrimonium consummaverit.* ita exigente æquitate, nè commodum liberationis ex delicto reportet, qui culpabiliter impedit executionem sponsalium. *Sanchez d. lib. 1. disp. 53. n. 7.* Neque hic objicere licet regulam, quâ paulò antea usi sumus; quòd videlicet pacta

conventa dent legem contractui. universalitati enim memoratæ regulæ detrahit malitia partis, non servantis legem conventionis, cui hæc contraventio utilitatem afferre non debet. confer *Clariff. D. P. Collegam Schmier d. cap. 5. sect. 1. §. 6. n. 79. & seqq.*

Quintò solvuntur sponsalia ex causâ absentia, puta, si sponsus post sponsalia, insciã aut non consentiente sponsã, aliò migret, cum intentione vel planè non redeundi, vel non nisi post longum tempus. Tunc enim sponsa efficitur libera, quia sponsus juri suo præsumitur renunciãsse. *cap. 5. de spons.* Jure civili tamen multum interest, absintne sponsus ex causâ necessariã, an voluntariã. Priore casu sponsa non liberatur, sed expectare tenetur usque dum impedimentum cessaverit: nisi fortè aut aliter conventum, aut periculum subsit incontinentiã; tunc enim etiam antè reditum sponsi matrimonium contrahere quandoq; permittitur. *l. pen. ff. de spons. Pirhing. d. sect. 2. §. 1. n. 48.* posteriore casu dispiciendum, sitne absens intra eandem provinciam, an extrã. Si illud, tenetur sponsa expectare per biennium. *l. 2. Cod. d. t.* Si hoc, per triennium. *l. 2. Cod. de repudiis.* Neque dicas, jure civili à sponsalibus statim recedere licet. *l. 1. Cod. de spons. supra §. 7. n. 17. à nobis cit.* Ergò memorata distinctio nullatenus facit ad rem. Nam ad eum solummodo effectum data est, ut arrhæ & donationes antè nuptias repeti aut retineri possint. Cæterum an hæc juris civilis dispositio recepta sit jure canonico, controvertunt Doctores, ut videre est in *Sanchez, Laymã, Covarr, Canisio, Menochio,* & aliis, quos citant *Pirhing d. loc. n. 49. & Magnif. D. P. König d. p. 1. §. 10. n. 70.* cujus posterioris ibidem circa finem factam jurium concordiam omninò approbo, censens, quòd, si sponsus ad exterâs Provincias se contulit, intentione vel nunquàm, vel non nisi post multos annos redeundi, sponsa nec eundem sequi, nec per biennium, vel aliud certum tempus expectare teneatur, sed liberè & statim ad alia vota transire possit, juxta *d. cap. 5. de sponsal.* Quòd si verò spes sit, eundem intra biennium, vel citiùs rediturum, aut si sciat, ubi, & quòd in partibus non admodum remotis commoretur, sponsa non liberetur, sed sponsum vel expectare debeat per tempus à jure civili præscriptum, vel requirere, ut intra certum tempus contrahat matrimonium, aut obligationem remittat; Colligitur hoc ex *cit. cap. 5.* ubi Pontifex non propter quamcunq; sponsi absentiam, sponsam liberam pronuntiat, sed tunc demùm, si dimittat terram, ad partes alias se transferens; non dicitur autem dimittere terram, qui intentionem habet, brevi redeundi, neque ad partes alias se transferre censetur, qui in viciniã, quamvis extra provinciam, commoratur, præsertim cum hæc versetur in materia correctoriã; adeòque strictæ interpretationis.

Sextò solvuntur sponsalia ex causâ fornicationis, puta, si post illa contracta pars alterutra cum personã tertiã se commisceat: tunc enim pars innocens justam causam habet resiliendi à contractu sponsalicio, quia sponsalibus inesse

consentur hæc tacita conditio: nisi contra fidem sponsalium quid factum fuerit. Ergo si pars una fidem frangat, pars altera quoque potestatem consequitur ejus frangendæ, d. cap. 25. de jurejur.

Diversum obtinere existimat *Martinus Bonacina tr. de Sacram. matr. q. 1. puncto 8. n. 6.* Si uterque sponsus sit fornicatus; tunc enim ipsum neuter resiliere potest à sponsalibus, sed subintrat regula, quòd delicta mutua compensatione tollantur. Certè (discurrit præfatus Auther) esto matrimonium ob adulterium separari possit quoad thorum & mensam, si tamen uterque conjux pari crimine se contaminaverit, delicta mutuâ compensatione tolluntur. cap. pen. & ult. de adult. Ergò etiam, esto sponsalia solvi possint ob fornicationem, si tamen uterque sponsus pari crimine se collutulaverit, solvi non poterunt, quia delicta mutuâ compensatione tolluntur.

Verùm malo sustinere cum *Sanchez d. lib. 1. disp. 55. n. ult. Pirhing d. Sect. 2. §. 3. n. 62. in f. Layman d. cap. 2. n. 12.* fornicariam sponsam repudiari posse à sponso, quamvis ipse quoque fornicatus fuerit. Nam quando ab utroque sponso committitur fornicatio, delicta pari turpitudine non censentur, sed foedior, ipsique sponso detestabilior est incontinentia sponsæ, quàm sponsi; unde etiam oscula, amplexus, aut tactus impudici ex parte sponsæ, non vero ex parte sponsi admissi, jus resiliendi tribuunt, teste *Diana p. 3. resol. 283. cum aliis.* Ergò delicta mutuâ compensatione non tolluntur.

Ad rationem *Bonacina* Respondeo, non esse eandem rationem adulterij & fornicationis à sponso commissæ: in adulterio enim, si ob id divertium decernitur, spectatur fides conjugalis, quæ æquè à viro, atque ab uxore violatur, cum uterque per matrimonium ad eam servandam æquè se adstrinxerit. Econtrà in fornicatione sponсорum in ordine ad dissolutionem sponsalium non solum attenditur fidei sponsalitiæ violatio, sed & infamia, aliaque damna, quæ ex eâ sponsis resultant.

Brevius respondet *Layman d. loco*, nimirum longè difficilius permitti divertium seu separationem matrimonij quoad thorum, quàm dissolutionem sponsalium, quæ ob quamvis notabilem rerum mutationem fieri potest, ut statim n. ult. hujus partis dicemus.

27 Septimò solvuntur sponsalia ob superveniens impedimentum dirimens, puta, cognationis spiritualis, affinitatis &c. cum enim sponsalia tendant ad contrahendas nuptias, non possunt non dissolvi, si nuptiæ incipiant esse impossibiles. *Sanchez d. l. 1. disp. 65. n. 1. D. P. Schmier d. c. 5. sect. 1. §. 5. n. 69. & seqq.* qui posterior n. 72. cum Rosignolo & aliis, credibilius existimat, quòd, si sponsus cum consanguineâ sponsæ in primo vel secundo gradu fornicatus fuerit, & per hoc delictum incurrerit impedimentum affinitatis cum sponsâ, ad hujus instantiam, super impedimento dispensationem procurare teneatur, cum ex iustitiâ obstrictus sit, quantum est in se, impedimentum removere.

Ottavo & ultimo solvuntur sponsalia, si post illa contracta ob accidens non prævium difficiliter reddatur matrimonium. Sponsalibus siquidem hæc inest conditio, si omnia maneat in eodem statu. Ergo si status notabiliter mutetur, ex intentione contrahentium desinunt obligare. Hinc sua sponte sequitur, sponsum posse resilire à contractu, si sponsa ab alio violenter cognita ac corrupta fuerit. Tametsi enim culpa careat, per vim tamen notabiliter facta est deterior, adedque sponso difficiliter redditum fuit matrimonium. *can. 33. causa. 27. q. 2.* Nec obstat *can. 46. ibidem*, quia loquitur de puellis, non de futuro, sed de præfenti desponsatis. *Clariss. Collega D. P. Schmier d. cap. 5. sect. 2. §. 3. n. 102. & seqq.*

Ex eodem fonte fuit, posse sponsum resilire à contractu, si notabilis deformitas aut morbus difficulter curabilis, puta, epilepsia, lues Venerea &c. sponsam invaserit, quia nemo cum hisce defectibus præsumitur se obligare voluisse ad nuptias.

Idem dicendum, si post contracta sponsalia paupertas incomperta, mutatio fortunarum, gravis infamia, morum asperitas, ebriositas, ac defectus id genus alij venerint in notitiam partis, tunc enim justè resilire licet à sponsalibus, utpotè quæ obligare non censentur cum tanto incommodo. Confer *cit. Bonacin. d. punct. 8. n. 8. & seqq. Magnif. D. P. König d. §. 10. n. 75. & seqq. Clariss. D. P. Franc. Schmier d. sect. 2. §. 4. per totum.*

## P A R S II.

### De Matrimonio.

#### S U M M A R I A.

1. Nuptia dicta sunt à nubendo; dicuntur etiam matrimonium & conjugium.
2. Sumitur matrimonium dupliciter.
3. Dividitur in legitimum, ratum & consuetum.
4. Quo jure & à quibus contrahatur, expenditur.
5. Explicatur objectum ejus proximum & remotum.
6. Enumerantur ejusdem requisita.
7. Resolvuntur quadam dubia circa dispositionem Tridentinè de Parocho & testibus.
8. Statuitur finis matrimonij.
9. Obligat matrimonium ad reddendum debitum conjugale, & corpus alteri non tradendum, ita ut, non tantum polyuria, sed etiam polygamia jure natura sit prohibita.
10. Conjuges etiam ad cohabitandum tenentur, locum habitationis determinante marito.
11. Etsi propter formale adulterium peti possit separatio quoad thorum & mensam, diversum tamen obtinet, si uterque conjugum commiserit adulterium, sive deinde eodem, sive diverso tempore fides utrimque violata fuerit.
12. item sive numero equali, sive inequali id contigerit.
13. & 14. in foro externo mutua delictorum compensatio non aliter locum habet, quàm si de libidine utriusque con-

*jugis sufficienter constat. 15. e contra in interno procedit, esto delictum alterius conjugis soli DEO sit cognitum. 16. Si unus conjugum reus sit adulterij, alter pollutionis ordinaria, compensatio non inducitur. 17. inducitur autem, si unus conjugum reus sit adulterij, alter veneris monstruosa. 18. & 19. adulterium, remissione extinctum, in ordine ad compensationem non amplius affirmatur. 20. proponitur questio, utrum locum habeat mutua delictorum compensatio, si uterq; conjugum reus sit adulterij, ac reconciliatione non praemisâ, unus mores emendaverit, alter vero nefaria libidini sordidâ pertinaciâ inhereat? 21. afferuntur rationes pro. 22. & contra. 23. nostra sententia distinctioni inmittitur. 24. movetur controversia, an mutua delictorum compensatio inducatur; si latâ divortij sententiâ, pars innocens adulterio se contamineat? 25. recensentur authores pro affirmativa. 26. referuntur pro negativa. 27. qua à nobis probatur. 28. pro certo tamen casu temperatur. 29. respondetur ad cap. 5. de divortijs. 30. 31. & 32. solvantur caetera objectiones. 33. enumerantur causa reliqua, propter quas periri potest separatio quoad eborem & mensuram. 34. non datur dissolutio matrimonij quoad vinculum, nisi quatuor ex causis. 35. Summum Pontificem in matrimonio rato dispensare posse, pluribus rationibus evincitur. 36. emervatur argumentum desumptum ex cap. 7. de convers. conjug. 37. Solvitur alia objectio. 38. Pontifex potest saltem indirectè mutare sacramenta. 39. quo sensu verum sit, matrimonium ratum esse aequè perfectum, ac consummatum, explanatur. 40. proponitur controversia, an per adulterium inducatur divortium quoad vinculum? 41. referuntur authores pro sententiâ affirmativâ. 42. recensentur pro negativâ. 43. quam probamus (1) ex Marco cap. 10. vers. 11. & 12. 44. (2) ex Luca cap. 16. vers. 18. 45. (3) Ex Paulo Epist. ad Rom. cap. 7. vers. 3. & Epist. 1. ad Corinth. cap. 7. vers. 10. 46. & 47. ad quem posteriorem locum ineptè respondet Harpprecht. 48. 49. 50. 51. 52. 53. & 54. respondetur ad Matth. cap. 5. vers. 32. cap. 19. vers. 7. & 9. 55. eliditur argumentum, depromptum ex can. 17. caus. 32. q. 7. 56. Respondetur ad can. 6. caus. 32. q. 1. 57. Solvitur textus in can. 23. caus. 32. q. 7. 58. agitur de quatuor hodie adhuc usitatis impedimentis impediens matrimonij. 59. An, & qualis error dirimat matrimonium? 60. qualis conditio? 61. quale votum? 62. Statuitur triplex cognatio, & adstruitur, ad quosvis usque gradum quavis matrimonium dirimat. 63. agitur de impedimento criminis adulterij & conjugicidij. 64. tractatur de disparitate cultus. 65. Definitur metus, dividitur, deciditurque distinctè, qualis constituat impedimentum dirimens matrimonij. 66. referuntur authores, sistentes, validum esse matrimonium, ad quod cum filia meâ contrahendum, te in delicto deprehensum metu accusationis induxi. 67. quorum sententia probatur. 68. & opposita refelluntur. 69. etiam ordines majores dirimunt matrimonium. 70. Conjugum, supersessite conjuge, non potest decurrere ad nuptias alias; ubi simul incidenter agi-*

agitur de potestis secundarum nuptiarum. 71. publica honestas numeratur inter impedimenta dirimentia. 72. assignantur regula, in impedimento affinitatis observanda. 73. laborans impotentia perfecta, perpetua, & antecedente, non potest validum intrare matrimonium. 74. tractatur de clandestinitate. 75. proponitur controversia, an matrimonium, in loco recepti Tridentini clandestine ac invalide contractum, saltem valeat in vim sponsalium? cujus negativam declararunt purpurati Ecclesia Proceres. 76. adducuntur varij doctores, eidem opinioni subscribentes. 77. qua à nobis probatur. 78. & extenditur ad casum, quo contractus matrimonialis, iurijurandi religione fuit firmatus. 79. respondetur ad Laymanni, & aliorum, contrarium sententium, rationem, desumptam ex Concil. Trid. sess. 24. cap. 1. de reform. matr. 80. explicatur, quo sensu verum sit illud: si actus non valet, ut agitur; valet saltem eo modo, quo valere potest. 81. Ostenditur, bonam non fieri paritatem ex cap un. vers. idem quoque. de desponsat. impub. in 6. 82. cujus loci dispositionem etiam tunc procedere censemus, cum matrimonium impuberum ratione clandestinitatis invalidum est. 83. ad tollendos scrupulos omnibus suadet, ut matrimonium, ob latens impedimentum nulliter contractum, coram Parocho & testibus rursus celebrent. 84. quod tamen necessarium non esse probatur. 85. nisi forte impedimentum esset publicum, vel probari posset. 86. aut tempore celebrati matrimonij Parocho vel testibus extra confessionem notum fuisset. 87. referuntur auctores, ita sentientes. 88. hac propositio: non est illicitum, in Sacramentis conferendis sequi opinionem probabilem de valore Sacramenti, relicta tutiore; damnata fuit à Innocentio XI. 89. Tridentinum presentiam Parochi & testium pro forma prescripsit contractui matrimoniali, qui jure antiquo censebatur clandestinus, & ex quo, quia initus probari non potuit, gravissima oriebantur incommoda; non etiam illi matrimonio, quod jure antiquo non habebatur pro clandestino, & ex quo, in factis Ecclesia ob impedimentum omnino occurrere nulliter contracto, non poterant oriri incommoda illa, quibus matrimonia clandestina aliàs erant obnoxia. 90. matrimonio, tam quoad praesentiam consensûs, quam quoad praesentiam Parochi & testium, de novo contrahendo, prescripta est praesentia Parochi & testium; non verò matrimonio, solum quoad praesentiam consensûs de novo contrahendo. 91. respondetur ad responsum Clementis VII. & Diploma Bulla Cruciatæ. 92. qui faminam in matrimonium rapit, nihil capit.

**S** Actis de sponsalibus pro ratione instituti nostri. Sequuntur  
Nuptiæ. §. I.

**N**uptia seu connubium àb obnubendo dictæ sunt. Olim enim moris erat, ut sponsæ pudoris gratia, quando nubebant, velo se, quasi nubè tegerent.

Vocari solent alij nominibus matrimonium & conjugium. Matrimonium id est, vel quia foemina nubit, ut fiat mater: vel quia partus magis onerosus est matri, quam patri. Conjugium verò dicuntur à effectu, quia duo, ut una caro fiant, conjuguntur, quasi sub uno jugo. Confer. Clariss. D. P. Collegam Schmier d. tr. de sponsal. & c. part. 2. cap. 1. sect. 1. §. 1.

## §. II.

- 2 **M**atrimonium duobus modis sumitur, pro contractu, & pro statu seu vinculo stabili, per contractum inducto. Primo modo acceptum definitur, quòd sit conventio, quâ mas & foemina sibi invicem jus tradunt in corpora sua ad usum humanæ generationis. Posteriore modo sumptum definitur in §. 1. *supra de patriâ potestate.* Quòd sit maris & foeminæ conjunctio, individuan viræ consuetudinem continens.

## §. III.

- 3 **D**ividitur in legitimum, ratum, & consummatum. Legitimum dicitur, quòd inter personas non impeditas legitimo consensu est constitutum; quale olim erat in lege naturæ ac Mosaicâ, & hodie inter eos, qui Sacro Baptismi lavacro non sunt tincti. Ratum est, quòd inter Christianos contractum, charactere Sacramenti est signatum. Consummatum denique, quòd adminiculo copulæ carnalis executioni est mandatum. Neque obstat textus in cap. 8. *de divor-tiis*, ubi statuitur, *Sacramentum conjugij apud fideles & infideles existere.* nam per impropriad locutionem illam solum probatur existentia Sacramenti apud infideles, quoad effectus naturales & civiles, vel solum infertur remotè & fundamentaliter, non proximè & formaliter. D. P. Schmier d. cap. 1. sect. 2. §. 1. n. 30.

## §. IV.

- 4 **C**ausa efficiens matrimonij duplex est, proxima & remota. Remota est Jus naturæ. *san. 7. d. 1. princ. Inst. de F. N. G. & C.* Ubi inter exempla juris naturalis refertur maris & foeminæ conjunctio matrimonialis. & hinc est, quòd præceptum matrimonij obliget homines, non quidem amplius singulos, sed tamen universos: quatenus nempe opus est ad conservationem generis humani. videatur Samuel Puffendorff de Jure naturæ & gentium. *lib. 6. cap. 1. §. 7.*

Causa efficiens proxima sunt contrahentes. Possunt autem matrimonium contrahere omnes, qui non prohibentur naturâ, vel jure: sive qui non impediuntur impedimento aliquo impediante aut dirimente. De quibus impedimentis paulò post. Et potest quis illud contrahere non tantum per se ipsum, sed etiam per alium, puta, procuratorem: circa quem tamen hæc tanquam singularia notanda sunt. 1. Quòd debeat habere speciale mandatum ad hunc actum. 2. Quòd teneatur id per se ipsum exequi, nec possit substituere alium, sine expressâ ad id licentiâ, ob electam personæ industriam. 3. Quòd revoca-

tu ante executionem mandati inutiliter postea contrahat, sive sciverit revocationem, sive ignoraverit. *cap. ult. de procurat. in 6.* his concurrentibus matrimonium etiam post Concilium Tridentinum per procuratorem contrahi posse, praxis notoria demonstrat: dum non solum Augustissimus Imperator Josephus gloriosissimæ memoriæ, sed etiam modernus Augustissimus & invictissimus Imperator Carolus per legatos, speciali mandato instructos, serenissima celebraverunt conjugia. Neque officit nova forma, à Concilio memorato *sess. 24. de reformat. matr. cap. 1.* præscripta, quæ per æquipollens seu procuratorem tam parum suppleri potest, quàm parum Sacramenta alia procuratorem admittunt. nam sciendum, à dicto concilio præscriptam fuisse formam ex parte actûs vel objecti, in subjecto seu personâ contrahentium non etiam. Deinde cætera Sacramenta non habent adjunctum contractum, quemadmodum matrimonium habet annexam qualitatem contractûs, ad cujus essentiam nihil aliud requiritur, quàm consensus reciprocus in traditionem corporum, non minùs per procuratorem, quàm personam principalem explicandus.

Liberos quod atinet, ij in contrahendis matrimonij parentum voluntatem saltem expiscari, & consilium, judiciumque requirere debent, esto non omnimodò & præcisè eorundem consensum sequi teneantur; ratio triplex redditur, tum quia naturalis quædam obligatio, propter plurima, eaque maxima à parentibus in liberos derivata beneficia, vitam scilicet, educationem, honores, facultates, & innumera alia, hoc exigit: tum quia juri naturali conforme est, nè filius citra patris consilium aliquid statuat de re tam gravi, ut est matrimonij vinculum, totum vitæ institutum secum trahens: tum denique, quia ipsa perpetuitatis ratio, ac amoris nexus, quo conjuges debent conglutinari, maturum consilium in nuptiis celebrandis exposcit. unde est, quòd Ecclesia matrimonia, sinè parentum consensu contracta, tantùm quoad substantiam, non item tanquàm honesta, & quoad contrahendi modum approbet, sed reprobet potius & detestetur, ut patet *ex can. aliter 1. can. nostrates. 3. can. qualis 4. caus. 30. q. 5. can. honorantur. 13. caus. 32. q. 2.* huc etiam tendit Concil. Trid. *d. sess. 24. cap. 1.* ubi optat quidem in re tam gravi ad felicem matrimonij eventum obtinendum parentum consensum, & voluntatem explorari; anathemate tamen ferit illos, qui audent asserere, parentes matrimonia liberorum ob non præstitum paternum consensum irrita facere posse. Planè de Jure civili consensum patris, vel ejus, in cujus potestate filius vel filia est, adeò esse necessarium, ut eo omisso nuptiæ sint ipso jure nullæ, contendunt. *Sanchez de matr. lib. 4. disp. 22. n. 3. Pirhing. de matr. sect. 3. §. 4. n. 90. cum seqq.* quod idem Nos scripsimus supra *ad tit. de Jure personarum. n. ult.* Sed hos omnes falli existimat *D. Bassus decis. 21. n. 6.* cum juris civilis loca, quæ de parentum consensu, in liberorum nuptiis requiringendo, loquuntur, accipi possint secundùm *Paulam 2. sent. tit. 29.* qui dicit, eos, qui in potestate sunt, sinè consensu ejus, in cujus sunt potestate, non rectè quidem



dem contrahere matrimonia : contracta tamen minime dissolvi , subiectâ ratione , quod contemplatio publicæ utilitatis , id est , nuptiarum , privatorum commodis præferatur. l. 12. §. 3. ff. de captivis & postlim. facit huc etiam textus in l. 1. §. ult. ff. de liberis exhibendis. accedit , quod , licet dissentiente patre ducta , jure civili declaretur injusta , permittatur tamen esse uxor. l. 13. §. 1. ff. ad leg. Jul. de adul. ubi uxor injusta separatur à concubinâ , ac illa quidem jure viri adulterij accusari posse dicitur , hæc non etiam. certe ipsi Canones veram uxorem nomine legitimæ conjugis sæpè non dignantur , ut videre est in can. 3. 4. & 5. dist. 34. can. 1. 2. & 3. caus. 30. q. 5. ubi vera uxor , non legitima dicitur , sed concubina vocatur , quia videlicet occultè & non legitimè ac palàm , præmissis à Ecclesiâ desideratis solennitatibus ducta est : ergo eodem modo , licet in jure civili nuptiæ , sine consensu parentum contractæ , dicantur injustæ , vel consistere posse negentur , plus tamen inde non evincetur , quàm matrimonia talia esse minùs honesta , & non secundùm juris civilis præscriptum contracta. ita ferè Bassus cit. loco. quo suo discursu quàm feliciter concordet Jus civile & canonicum , pandam in collegiis & repetitionibus meis.

### §. V.

**M**ateria sive objectum matrimonij duplex est , remotum & proximum. Objectum remotum sunt corpora contrahentium , ad legitimam , copulam habilia. Corpora siquidem se habent respectu matrimonij , ut merx & pretium respectu emptionis venditionis ; Sicut enim emptio venditio versatur circa mercem pro pretio permutandam , sic matrimonium versatur circa corpora , per legitimam copulam jungenda. *Layman d. tr. 10. p. 10. 2. cap. 2. n. 3.* Objectum proximum matrimonij constituit facultas exigendi debitum conjugale. Illud enim rectè dicitur objectum materiale proximum matrimonij , in quod consensus contrahentium immediatè tendit. Atqui consensus ille tendit immediatè in facultatem exigendi debitum conjugale , quia ex hoc formali sine contrahitur matrimonium , ut partes in corpora sua jus reciprocum accipiant : ergo facultas exigendi debitum conjugale est objectum proximum matrimonij.

### §. VI.

**F**orma matrimonij consistit in deliberato consensu , coram Parocho & testibus expresso , quo contrahentes sibi invicem jus tradunt in corpora sua ad usum humanæ generationis. Plura itaque concurrant , necesse est , ut matrimonium consurgat. 1. Requiritur consensus mutuus contrahentium. Matrimonium siquidem est ex numero contractuum ; ad omnem verò contractum requiritur consensus mutuus contrahentium. 2. Debet consensus plene esse de-

libe-

esse deliberatus, hoc est, elicitus cum tantâ advertentiâ, quæ sufficiat ad peccatum mortale. Ex matrimonio enim oritur gravis obligatio, quam inducere non potest consensus, non sufficienter deliberatus.

3. Debet consensus ferri in jus exigendi copulam. Nam primarius Finis matrimonij consistit in generatione prolis: hunc finem autem licitè assequi non possumus, nisi hinc inde fiat traditio juris in corpora ad usum humanæ generationis, ergo &c. Planè consensus formalis in ipsam copulam necessarius non est, sed sufficit radicalis. Sensus est, ad substantiam matrimonij non requiritur, ut partes consentiant in actualem copulam, sed hoc saltem, ut consentiant in jus exigendæ copulæ. Ad Substantiam matrimonij siquidem id saltem requiritur, ut partes sibi invicem tradant jus in corpora sua ad usum humanæ generationis: possunt autem velle jus ad copulam, absque hoc, quòd velint ipsam copulam: quemadmodum in contractibus aliis possumus velle obligationem, quin velimus effectum ejus. Uno verbo, consensus in causam & radicem, vi cujus exigi potest copula, pertinet ad substantiam matrimonij: consensus in ipsam copulam non etiam.

Undè pronum est ostendere primò, quo pacto inter Beatissimam Virginem **MARIAM**, & **S. JOSEPHUM** verum intercesserit matrimonium, non obstante, quòd illa firmissimè secum decreverit, imò in probabili sententiâ juxta *cap. 3. caus. 27. q. 2.* votum emisisset, debitum conjugale nunquàm reddendi. Tradidit nimirum illibata Virgo Castissimo sponso potestatem in corpus suum, ac consentit in jus ad copulam, quin consentiret in ipsam copulam, adeoque eo modo se habuit, quo venditor aliquis, qui potest transferre velle jus exigendæ mercis in emptorem, & tamen nollet obligationi satisfacere. *Clariff. D. P. Paulus Mexger p. m. Theol. Schol. tr. 19. disp. 53. art. 2. §. 1. n. 5.*

Objic: qui jus exigendæ mercis transfert in emptorem, peccat, si nollet obligationi satisfacere. Ergò si Beatissima **VIRGO** jus exigendæ copulæ transtulit in **S. JOSEPHUM**, licitè non potuit sibi proponere, quòd debitum conjugale nunquàm velit reddere. *4. neg. conseq.* disparitas est, quòd illibata Virgo aliunde sciverit, nempe per revelationem Divinam, debitum conjugale nunquàm exactum iri, adeoque licitè potuit sibi proponere, quòd nunquàm id velit reddere. Contra qui vendidit aliquid, moraliter est certus, fore, ut res vendida àb emptore exigatur, adeoque iniquè facit, si obligationi contravenire decernat.

Pronum est ostendere secundò, conditionem de servandâ castitate, vel non exigendo debito aut concubitu, non repugnare substantiæ matrimonij, sed hoc relinquere validum, utpote ad quòd saltem essentialiter requiritur traditio corporum & jus exigendi debitum quoad proprietatem & radicaliter, non autem etiam quoad usum & actualiter, sinè quo matrimonium existere posse, luculenter commonstrant conjugia **S. Imperatoris Henrici & Chunegundis**, **Juliani & Basilissæ**, **Conradi Regis & Mathildis**, **Eduardi III. Regis Angliæ & Edithæ**, ac

plurium aliorum. confer. *Clariff. P. D. Colleg. Schmier d. p. 2. cap. 2. sect. 3. §. 2. n. 119. & seqq.*

4. Requiritur, ut consensus in facie Ecclesiæ coram Parocho & duobus testibus manifestetur. Concil. Tridentinum siquidem *sess. 24. de reform. matr. cap. 1.* conjugia clancularia, jam antehac severe prohibita, penitus irritavit, propter gravissima inconvenientia, quæ inde nascebantur. Frequenter enim accidebat, ut quis ductâ clam unâ, dein palam ad nuptias alias decurreret, spe fretus, fore, ut de priore matrimonio convinci nequeat. Negotio huic magis elucidando lubet dubia quædam subnectere, ac distinctè resolvere.

Dubitarur itaque 1. potueritne Concilium Tridentinum matrimonia clancularia irritare? *n.* affirmative. Nam legislator humanus potest in exigentiâ boni communis actum aliquem irritare, qui cæterotoquin subsisteret, quia omnis illa potestas agnoscenda est in legislatore humano, quæ censetur necessaria ad bonam & convenientem gubernationem Reipublicæ, cum DEUS & natura non deficiant in necessariis. Ergo potuit Tridentinum matrimonia clancularia irritare, quia irritationem hanc exigebat ratio boni communis. Confirmatur: jus naturæ non vult positivè & absolute, ut matrimonia clandestina valeant, sed sub conditione tantum, puta, quousque legitima potestas ex justâ causâ illa non irritaverit: ergo si irritentur, nihil sit contra jus naturæ, sed conditio tantum ponitur, quæ tacitè juri illi inerat.

Dubitarur 2. qualis Parochus, assistere debeat matrimonio? *n.* Referre, habeantne partes alicubi domicilium verum aut quasi tale, an incerto latè vagentur. Si prius, is Parochus assistere debet matrimonio, qui est proprius vel respectu utriusque, vel alterutrius. Hinc quia Studiosi Universitates accedunt animo, diutius illic commorandi, coram Parocho loci matrimonium contrahere possunt; nam propter longius tempus quasi domicilium in universitate sortiuntur. *Sanchez de matr. lib. 3. disp. 22. n. 13.* Si posterius, is parochus matrimonio rectè assistit, in cujus parochiâ partes hospitantur: *Sanchez d. lib. 3. disp. 25. n. 11.* Qui tamen non antè licitè assistit, quàm de statu conjugendorum atque conditione edoctus, rem detulerit ad Episcopum, ac responsum inde reportaverit. *Concil. Trid. d. sess. 24. de reform. matr. cap. 7.*

Dub. 3. debeatne Parochus in matrimonium consentire? *n.* Negative. Nam assistentiæ Parochi non sapit actum jurisdictionis, sed nudi testimonij: potest autem Parochus de matrimonio contracto reddere testimonium, esto reclamet ac dissentiat.

Dubit. 4. possitne præsentia Parochi per testes suppleri? *n.* Non posse. Quandò enim solemnitas quædam ad actum requiritur tanquam de formâ, per æquivalens suppleri non potest. Atqui assistentiæ parochi requiritur ad matrimonium tanquam de forma, ergo per æquivalens suppleri non potest. *Clariff. D. P. Mezger d. art. 3. n. 4.*

Dub. 5. debeantne testes esse omni-exceptione majores? *v.* Sufficere tales, qui jure naturæ ad testimonium ferendum sunt habiles. *Sanchez d. lib. 3. disp. 41. n. 5.* Tridentinum enim non exigit, nisi testes, neque exprimit, quod habere debeant qualitates, jure positivo requisitas: Ergo profusi sumus, dum habilitatem aliam requirimus, quam quæ jure naturæ est sufficiens: ab hoc liquida in dubio non debemus recedere.

Dub. 6. Quomodo parochus & testes præsentis esse debeant? *v.* Non sufficere præsentiam merè physicam, qualis est ebriorum aut dormientium, sed requiri moralem, sive talem, quæ sit conjuncta cum actuali advertentiâ ad id, quod agitur. Nam præsentia Parochi & testium idèd requiritur à Tridentino, ut testimonium possit reddi de eo, quod gestum est: Atqui tale testimonium reddere nequeunt, qui merè physice, & non etiam moraliter sunt præsentis, ergò &c. Huc facit *lex. 209. ff. de V. S.* Ubi *JC. Florentinus* ait, coram Titio aliquid facere jussum, non videri præsentis eo fecisse, nisi is intelligat &c.

## §. VII.

**F**inis matrimonij alius est primarius, alius secundarius. Primarius, est liberorum procreatio. Nam teste *Calistrato in l. 220. §. ult. ff. de V. S. parentes liberorum procreandorum animo & voto uxores ducunt.* Secundarius est remedium concupiscentiæ, & mutuam adjutorium. *Genes. 2. v. 18. ibi: faciamus ei adjutorium simile sibi. Et 1. ad Corinth. 7. vers. 2. ibi: propter fornicationem autem unusquisq; suam uxorem habeat, & unaquæq; suam virum habeat.*

## §. VIII.

**E**ffectus matrimonij plures occurrunt. 1. Obligat ad reddendum debitum conjugale, si rationabiliter exigatur: quæ obligatio tamen cessat primis duobus mensibus, qui concessi sunt novis conjugibus ad deliberandum de assumendo perfectiore statu. *c. 7. de convers. conjugat.*

2. Obligat matrimonium ad corpus alteri non tradendum. Nam Plures simul uxores habere, aut plures simul viros, jure non positivo tantum, sed naturali quoque est prohibitum. De pluralitate virorum nemo ambigit: cum enim per eam tollatur certitudo prolis, à naturâ debuit prohiberi. Pluralitas uxorum ingentibus incommodis est obnoxia. Nam primò dum concupiscentia dispergitur in plures, perditur capacitas satisfaciendi omnibus. Secundò amor conjugalis dum in plures diffunditur, diffusionem dissipatur. Tertio pax & concordia domestica per pluralitatem uxorum exterminatur, ut quæ ægrè cum unâ obtineri potest. Quarto tollitur æqualitas huic contractui debita, dum uxor integrè se viro tradit, ille verò corpus uxori ex parte tantum communicat, quæ rationes satis ostendunt, pluralitatem uxorum juri naturali adversam esse. *Sanchez*

obez. l. 7. diff. 80. n. 8. Planè, esto polygamia jure naturæ sit prohibita, non est tamen prohibita absolutè, sed pro certis saltem circumstantiis, ac sub conditione, si Dominus DEUS non dispensaverit; ac licentiam dederit communicandi corpus pluribus. Nam quòd de potestate absolutâ licentiam talem possit concedere, probatur tum à posteriori, tum à priori. à posteriori quidem, quia ex Sacris paginis discimus, quòd defacto potestate hâc sit usus, ac in testamento veteri, populo Israëlitico licentiam dederit ducendi plures uxores. A priori verò, quia DEUS est absolutus corporum nostrorum dominus: ergò in liberrimo stat ipsius arbitrio, qualem usum eorum nobis velit concedere: ergò potest velle, ut uxor corpus integrum, maritus verò suum ex parte duntaxat uxori tradat. Confirmatur: Potest Dominus DEUS concedere facultatem occidendi innocentem, & auferendi bona aliena, esto actus isti adversentur juri naturali; ergò potest etiam facultatem concedere ducendi plures uxores, esto polygamia adversetur juri naturali: ideò enim concedere potest facultatem prioris generis, quia est absolutissimus vitæ & bonorum nostrorum Dominus: ergò potest etiam concedere facultatem posterioris generis, quia est absolutissimus corporum nostrorum Dominus. Confer, qua supra ad tit. d. F. N. G. & C. p. 1. n. 26. in f. scripsimus.

10 3. Obligat matrimonium ad cohabitandum: obligatus enim ad finem obligatur quoque ad media, sine quibus finis obtineri non potest. Cùm itaque conjuges teneantur præcludere occasionem periculo incontinentiæ, studere generationi ac educationi proliis, operam dare rectæ administrationi familiæ, suâ spontè sequitur, ad cohabitandum quoque obligatos esse, cùm absque cohabitatione memorati fines obtineri nequeant.

Queritur, ejus sit determinare locum habitationis? 1. Esse viri. c. 3.

13. q. 2. Nam vir est caput mulieris ac totius familiæ director: ergò ipsius est statuere de loco habitationis. Undè nisi in contractu matrimoniali expressum fuerit, quo loco sit subsistendum, tenetur uxor maritum sequi, esto domicilium fixurus, in terras longinquas abeat. Quin imò, licèt, conventionem partium certus locus habitationi sit dictus, si tamen prudens causa suadeat mutationem domicilij, tenetur uxor maritum sequi, ut qui non præsumitur cum magno incommodo suo se certo loco adstringere velle. Layman d. tr. 10. p. 3. c. 2. n. 3. Planè quandoque obligatio cohabitandi cessat, puta, si justa causa intercedat, propter quam peti potest separatio quoad thorum & mensam. Lubet causas illas distinctè recensere. Prima est, si pars una formale adulterium committat: tunc enim pars innocens petere potest separationem quoad thorum & mensam. Matthæi 5. vers. 32. & 19. vers. 9. Obligatio cohabitandi siquidem tacitam hanc conditionem habet innexam: nisi fides conjugalis violata fuerit. Ergò si pars una fidem hanc frangat, altera quoque ejus frangendæ potestatem consequitur. Diversum obtinet primò, si pars utraque pari crimine se contaminaaverit; tunc

enim subintrat regula, quod delicta mutuâ compensatione tollantur. *cap. 4. in fine de divorciis. c. pen. & ult. de adulteriis. l. 39. ff. soluto matrimonio.* Neque refert, uter conjugum improbæ libidini prior indulserit: nam, ut ex textibus recens adductis patet, jura hoc in passu non temporis, sed fractæ fidei momenta ponderant, adeoque sive tempore eodem, sive diverso fides utrinque fracta fuerit, compensationi locum faciunt. } *Thomas Sanchez d. lib. 10. de matrim. disp. 6. n. 6. Farinac. in praxi crimin. quest. 143. n. 33. & alij.* Uterius neque illud interest, numero æquali, an inæquali conjugum fœdatum fuerit; non enim adulteria leges numerant, sed id attendunt, fidesne conjugalis utrinque violata fuerit, quo supposito divorcium non admittunt, quia libidinem in conjugem frustra improbat, quâ conjux ipse sordet. *Sanchez d. disp. 6. n. 8. Farinac. d. q. 143. n. 71.* Cæterum, ut compensatio locum habeat, tria concurrant, necesse est. primum, ut de libidine utriusque conjugis sufficienter constet. Si adulterium unius sit liquidum, alterius dubium, locum non habet compensatio, quia liquidi ad illiquidum non datur compensatio. *J. ult. Cod. de compensationibus.* ubi tamen distinctione opus, ac forum externum separandum à foro interno. in foro externo procedit, quod diximus; adeoque non aliter locum habet compensatio, quam si adulterium utriusque conjugis sit liquidum. in foro interno iaducitur compensatio, esto delictum alterius conjugis sit occultum, & soli DEO cognitum. *Sanchez d. loc. n. 9. Farinac. ubi supra. n. 82.* ratio est, quia in foro interno non testium suffragia, sed veritas attenditur, quæ suum habet pondus, licet probationibus firmari nequeat: hæc enim forum contentiosum respiciunt, non conscientiarum. unde vir, libidinis suæ conscius, petere non potest divorcium, esto ab uxore probari nequeat; huic enim non jus deficit, sed probatio, quæ in foro conscientiarum non attenditur.

Secundò requiritur, ut in ordine ad divorcium delicta sint paria, hoc est, ut delictum utriusque conjugis justam divorcio causam præbeat; alioquin locum non habet compensatio, quia inter debita diversi generis non datur compensatio. *l. 2. §. 1. ff. de R. C. l. 4. Cod. de compensationibus.* hinc, si unus conjugum reus sit adulterij, alter pollutionis ordinariæ vel extraordinariæ, compensatio non iaducitur, quia delicta hæc in ordine ad divorcium non sunt æqualia. *Sanchez d. disp. 6. n. 3.* Diversum obtinet, si unus conjugum reus sit adulterij, alter venereis monstris; tunc enim locum habet compensatio, quia, licet delicta hæc in se sint inæqualia, quoad divorcium tamen sunt æqualia, cum per unum & alterum caro dividatur contra fidem præstitam in matrimonio. Certe luxuria feminæ semper detestabilior est libidine mariti, quia sacrilegam inducit confusionem sanguinis, & surculum spurium familiæ alienæ inserit; neque tamen inæqualitas hæc compensationem impedit: ergo esto Venus monstris gravitate malitiæ præponderet adulterio, hæc inæqualitas tamen compensationem non impedit, quia

quia sufficit, quoad divortium delicta esse paria, quæ æqualitas sola hic attenditur. *Sanchez d. disp. 6. n. 5. Pirhing lib. 5. Jur. can. tit. 16. sect. 1. S. 7. n. 31.*

18 Tertiò requiritur, ut neutrum adulterium remissione sit extinctum: si conjuges, improbitate pares, amicitiam antiquam renovaverint, ac alter dein relapsus sit in adulterium, locum non habet compensatio, sed conjux, reus novi adulterij, liberè potest repudiari, quia remissione hinc inde factâ matrimonium reductum fuit ad statum pristinum, quod proindè obtentu novæ libidinis dissociari potest, non secus, atque si adulterium nullum præcessisset. *Sanchez d. lib. 10. disp. 7.*

19 n. 1. quisimò, licet unus tantum conjugum adulterio se obstrinxerit, & remisso illo in adulterium, alter sit lapsus, repudiari potest, non secus, atque si solus deliquisset, quia adulterium remissione extinctum, non æstimatur amplius, sed perindè censetur, atque si non præcessisset. *Sanchez d. n. 1. Pirhing d. 5. n. 30.*

20 Utrum autem locum habeat compensatio, si uterque conjux reus sit adulterij, ac, reconciliatione non præmissâ, unus mores emendaverit, alter verbè nefariæ libidini sordidâ pertinaciâ inhæreat? in disquisitionem venit.

21 Parti affirmativæ duo fundamenta suffragantur. primum est, quia, ut *suprà* n. 12, diximus, compensationi datur locus, esto matrimonium unus conjugum lapsius fœdaverit, quàm alter. alterum: quia, licet emendatio nocentem DEO concillet, injuriam tamen non abolet, matrimonio illatam; ergò exceptio adulterij conjugum pertinaci manet integra.

22 Pars negativa ex eo videtur suaderi posse, quia, cum unus conjugum fœdus renovat cum castimoniâ, alter verbè in sordibus perseverat, delicta jam non videntur paria, atque adeò neque locum habere potest compensatio, cum mora posterior nocere semper solet. *l. illud sciendum est. 17. ff. de periculo & commodo rei venditæ.*

23 Verior sententia cum *Pirhing d. n. 30. in f.* temperamentum adhibet, ac referre censet, interpellaveritnè conjux, sanitati morum restitutus, pertinacem, ac emendationem vitæ urserit, an non. priore casu locum non habet compensatio, adeoque potest pars emendata divortium institvere, quia interpellatio talis vim reconciliationis obtinet, cum teneatur pars altera pacem admittere, si pars, innocentia reddita, eandem urgeat. hanc inire proindè si respuat, & novo adulterio se polluat, perindè id reputatur, atque si reconciliatio intervenisset: semper enim mora posterior damnosa esse solet. *d. l. 17. ff. de periculo & commodo rei venditæ.* posteriore casu locum habet compensatio, quia, nisi interpellatio præcesserit, vix est, ut conjux, ad emendationem tardior, argui possit contumacia. Vide omninò *Sanchez d. disp. 7. n. 2. & seqq.*

24 Gravius disceptatur, induciturne mutua delictorum compensatio, si latâ divortij sententiâ, pars innocens a delictorio se contaminet?

25 Mutuam delictorum compensationem hoc casu induci, tenent *Divus Bo-*

*advocatus* 4. d. § 5. art. un. quest. 5. *Julius Clarus lib. 4. sent. 5. adulterium, n. 17. Covar. in epit. lib. 4. decretal. pars. 2. cap. 7. §. 6. v. 5. Barbosa in cap. ult. de adulteriis, n. 4. P. Wagnorok ad d. cap. ult. & alij apud Sanchez, d. lib. 10 disp. 9. n. 27.*

Contrarium propugnat *Dionys Thomas* 4. d. § 5. q. un. art. 6. ad 4. *Abbas* 26 apud *Pirhing* d. §. 7. n. 29. *Sanchez* d. disp. 9. n. 30. & alij ab hoc relati, quorum posteriorum sententia

Probatur 1. sententia divortij odio rei absolute transit in rem judicatam, 27 neque imbitam habet conditionem: nisi innocens pari crimine se abstrinxerit, hæc enim favorem recipit partis reæ, adeoque non inest sententiæ; ergo non obstante adulterio innocentis pars rea repelli potest per exceptionem rei judicatæ; hujus enim perpetua ac tanta autoritas est, ut nè quidem rescripto principali retractari possit. *arg. l. 16. & 20. Cod. de transactionibus.* licet igitur exceptio adulterij exceptione infringatur adulterij mutui, exceptio rei judicatæ tamen manet inconcussa, neque aboletur crimine post sententiam admissio. Probatur 2. sententia divortij liberat ab onere consortij conjugalis, ac tollit jus thori & habitationis, nudo manente vinculo: ergo licet innocens, si fornicetur, obstringatur crimine adulterij quoad DEUM, non tamen etiam quoad conjugem dimissam; huic enim injuriam non infert, cum vi sententiæ jus amiserit, quod habuit, præindèque debita in ordine ad divortium non sunt paria, & per consequens mutua compensatione tolli nequeunt.

Planè, si advertat iudex, quòd libertate sibi concessa abutatur conjux, rem 28 judicatam ex officio quandoque retractare potest, ac compellere conjugem dyfcolum, ut ad consortium conjugale redeat. tamen si enim rei judicatæ magnus sit favor, huic tamen præponderat salus animæ, quæ si in discrimine versetur, merito iudex officium suum interponit, ac iam periculo præcludit, *Pirhing* d. n. 29. in fine.

Objic. 1. textum in *cap. ex litteris 5. de divortijs*, ubi auctoritate Epi-29 scopi divortium intervenerat, & tamen jubet *Alexander III.* Summus Pontifex, ut conjux, qui ad nuptias alias temerè transiverat, redire compellatur ad uxorem legitimam; ergo locum habet delictorum compensatio, esto post sententiam divortij innocens adulterio se abstrinxerit. *re. neg. conseq.* nam in specie memorati *capituli* non intercessit sententia divortij, velut ex ipso textu satis colligitur, dum ibi Pontifex ait, ab Episcopo utrique conjugum continentiam privatim fuisse injunctam: si privatim; lata non fuit sententia divortij.

Objicies 2. æquitas non patitur, ut sententia divortij anfactam præbeat adul-30 teriis; ergo securo adulterio desinit sententia prædesse conjugi, in cujus favorem lata erat. *re. argumentò* hoc id saltem probari, quod ipsimet *suprà* n. 28. admissimus, nimirum, si privilegio libertatis abutatur conjux, tollendo fornicationis periculo posse iudicem intercedere, ac ex officio cogere conjugem dyfcolum, ut ad consortium conjugale redeat.



31 Objicies 3. sententia divortij hanc tacitam conditionem complectitur : *nisi innocens jure suo cesserit, & reconciliationem arserit* : ergò sententia divortij etiam hanc tacitam conditionem complectitur : *nisi innocens pari crimine se obstrinxerit*. cùm aliàs inæqualis foret partium conditio. *Æ. neg. consequentiam*. sententia enim divortij odio rei in rem judicatam absolute transit, adeoque complecti non potest conditionem, reo proficuum.

32 Objicies 4. matrimonio sub disjunctione hæ duæ conditiones insunt : *nisi fides conjugalis fracta fuerit, aut nisi utrinq; fracta fuerit*. ergò quocunq; tempore fides utrinq; fracta fuerit, consurgit obligatio redeundi ad confortiũ conjugale. *Æ. Distinguendo* antecedens, matrimonio antè sententiam divortij sub disjunctione memoratæ conditiones insunt, concedo, insunt post sententiam divortij, nego antecedens & consequentiam. proposito argumento id tantum probatur, compensationem induci, si antè sententiam divortij mutuum adulterium intervenisset, non verò, si post: cùm enim per sententiam pars rea jus amiserit in corpus conjugis, per subsequens adulterium innocentis injuriam non patitur, adeoque, quia in ordine ad divortium delicta sunt imparia, locum non habet compensatio.

33 2. Peti non potest separatio quoad thorum & mensam, si vir uxori causam dederit adulterij. *c. 6. de eo, qui cognovit consanguineam uxoris suæ*. 3. Si conjux probabiliter crediderit, decessisse conjugem, ac idcirco ad matrimonium aliud processerit *l. 7. Cod. de repudiis*. 4. Si mulier vi compressa fuerit. *l. 39. princ. ff. ad l. Ful. de adult.* 5. si alter conjugem se finxerit, ac specie mariti uxorem supplantaverit. *c. 6. 3. q. 1.* 6. Si matrimonio inter infideles contracto unus alteri miserit libellum repudij, & conjux dimissus matrimonium aliud contraxerit. *cap. 8. in f. de divortijs*. 7. Si conjux conjugi delictum condonaverit. *arg. l. 15. §. 5. ff. ad l. Ful. de adult.* His enim omnibus casibus ad divortium decurrere non licet.

Secunda causa ad divortium sufficiens est pertinax hæresis, puta, si alter conjugum hæresim amplectatur, ac semel iterumque monitus errores dimittere recuset; tunc enim pars innocens à parte nocuâ divertere potest, ob morale periculum, nè vel ipsa, vel soboles seducatur. *P. Engel de divort. n. 20.*

Tertia causa est furor conjugis, puta, si rabie tam vehementi agitetur, ut eidem cohabitare sine vitæ discrimine non liceat. Matrimonium enim cum tanto incommodo non obligat ad cohabitandum.

Quarta causa ad divortium sufficiens est nimia sævities alterutrius conjugis, puta, si unus conjux alteri gladio aut veneno insidietur, vel aliud grave malum machinetur: durum enim foret, ac moraliter inobservabile, cum tanto periculo cohabitare conjugis. Ob modicam castigationem tantum abest, ut procedere liceat ad divortium, ut hæc potius quandoque salutaris, ac ad retundendam oris improbitatem necessaria sit. Audi canentem Poëtam :

*Nux, affans, mulier simili ferè lege tententur;  
Hac tria non multum profunt, si verbera defunt.*

Quinta causa est lepra, lues gallica, pestis, vel alius morbus contagiosus: tali siquidem si unus conjugum sit infectus, potest alter ab eo divertere; neque enim cohabitandi obligatio adstringit aliquem cum tanto suo periculo. Quod si morbus felicem Æsculapium invenerit, redintegrandum est consortium, tantisper interruptum.

Sexta causa ad divortium sufficiens est periculum ruinæ spiritualis, puta, si unus conjugum alterum sollicitet ad peccatum, neque monitus desistat. Nemo enim censetur corpus suum obstringere cum tanto animæ periculo. Quod si periculum peccati desinat, restauranda est societas, divortio intercessa. *Zoësius ad tit. Juris. Can. de divort. n. 25.*

Septima causa est divortium sufficiens est spirituale bonum animæ, puta, si uterque conjux, vel unus saltem consentiente altero religionem velit ingredi: hoc enim potest facere, si pars manens in sæculo promittat perpetuam castitatem, ac ejus sit ætatis, ut non subsit probabile periculum incontinentiæ. c. 19. 27. q. 2. c. 4. 8. & 13. de convers. conjug.

Octava & ultima causa ad divortium sufficiens est monstrosa Venus conjugis, de quâ, ne pudicas aures offendam, vide criminalistas.

4. Denique obligat matrimonium ad servandam individuum vitæ consuetudinem. Contractus matrimonialis siquidem operatur vinculum de festabile ac perpetuum, adeoque tale, quod consensu partium amplius disrumpi non potest: Quod enim DEUS conjunxit, homo non separet. Reperias tamen casus aliquos, in quibus matrimonium etiam quoad vinculum dissolvitur. Primus est, si alteruter ex conjugibus decedat. *Rom. 7. vers. 2. & 3. 1. ad Corinth. 7. vers. 39.* Quid autem, si defunctus conjux rediret ad vitam, an superstes eum tenebitur recipere? Negat hanc obligationem *Pirhing lib. 4. Jur. Can. tit. de divortis. n. 1. in f.* tum quia obligatio semel extincta non reviviscit: tum quia Sacramentum matrimonij non imprimit characterem indelebilem.

Secundus est, si alter conjugum infidelium convertatur ad fidem, & qui manet infidelis, vel omnino nolit cohabitare fideli, vel non sine gravi scandalo & injuriâ fidei; tunc enim permittitur fideli aliud matrimonium contrahere. 1. ad Corinthios 7. vers. 15. cap. 7. & 8. de divortis. cap. 3. & 4. causa 28. quest. 1.

Tertius, si alter conjux ante consummationem matrimonij intret religionem, & in eâ profiteatur. cap. 7. de conversione conjugatorum.

Quartus, si Summus Pontifex ex justâ & gravi causâ dispenset in matrimonio rato tantum, concessâ utrique conjugi licentiâ, contrahendi aliud matrimonium. Quod eum posse, probabilior sententia est, imò teste *Eminent. Card. 35 Luca Annot. ad S. Concil. Trid. discursu 27. n. 16.* hodie certa. tum quia Pontifices

effices defacto sæpius hæc potestate usi sunt, nominatim **Marthus V. & Eugenius IV.** ut refert *Sanchez de matrimonio lib. 2. disp. 14. n. 2.* **Paulus III. Pius IV. Gregorius VIII.** teste *Navarro apud Lessium de F. & F. lib. 2. cap. 40. dub. 19. n. 146.* **Innocentius X.** teste *Gobat apud P. Patritium Sponer 1 bool. moral. Sacrament. part. 4. cap. 1. sect. 4. subsect. §. 3. n. 401.* tum quia Summus Pontifex vi supremæ potestatis spiritualis, quam obtinet in universam Ecclesiam, & singula ejus membra, potest ea omnia, quæ censentur necessaria ad obtinendam incolumitatem Ecclesiæ, & bonum spirituale fidelium: quia omnis illa potestas conferri debuit in Pontificem, quæ moraliter erat necessaria ad rectam & convenientem gubernationem Ecclesiæ, cum **DEUS & natura** non deficient in necessariis: atqui incolumitas Ecclesiæ & bonum spirituale fidelium sæpè flagitat, ut Pontifex in matrimonio rato dispenset; fac enim, Principem, matrimonio rato cum unâ Contracto, velle contrahere cum aliâ infideli, multarū provinciartū ac gentium dominâ, quæ parata sit, cum universo suo dominatu converti ad fidem Catholicâ; nunquid hæc dispensatio necessaria est ad obtinendâ incolumitatem Ecclesiæ, & bonum spirituale fidelium, ergò &c. tum quia matrimonium ratum non est representativum unionis Christi cum Ecclesiâ per carnem assumptâ, sed unionis Christi cum animâ fideli per gratiâ, quæ unio dissolubilis est per culpâ lethalem, *Sanchez d. lib. 2. disp. 13. n. 1.* tum denique quia Summus Pontifex juxta probabilißimam sententiam dispensare potest in voto solenni religionis, quod fortius est matrimonio rato, cum hoc dissolvat. *cap. un. de voto & voti redemptione in 6. Concil. Trid. sess. 24. de Sacramento matrimonij can. 6.* ergò poterit etiam dispensare in matrimonio rato; qui enim vincit vincentem te, multo magis vincit te. *arg. l. 14. §. 3. in f. ff. de diversis temporalibus prescriptionibus.* Confer *Zoësum ad tit. Fur. Can. de divorciis. n. 9. & Eminent. Robertum Bellarminum de controversiis Christiana fidei. tom. 2. de Monachis lib. 2. cap. 38. in verb. altera sententio est &c.*

36. Dissentit **Didacus Covarrovias** in *Epitome ad quartum librum decretalium part. 2. cap. 7. §. 4. n. 14.* cum aliis à se ibidem relatis, quorum fundamenta lubet paucis evertere. primum consistit in *cap. 7. de conversione conjugatorum.* desumpto ex illo *Matthæi 19. cap. vers. 6.* ibi: *quod DEUS conjunxit, homo non separet.* sed respondet **Alexander III.** in *f. d. cap. 7.* textum exaudiendum esse de matrimonio consummato: convenientissimè sacro textui, ubi *d. vers. 6.* ista præcedunt: *itaq; jam non sunt duo, sed una caro.*

37. Secundum desumitur ex *cap. 6. caus. 25. quest. 1.* ibi: *ubi verò aperte dominas, vel ejus Apostoli, & eos sequentes sancti Patres sententialiter aliquid definiunt, ibi non novam legem Romanus Pontifex dare, sed potius, quod predicatum est, usque ad animam & sanguinem confirmare debet.* unde, cum matrimonium ratum indissolubilitatem suam domino & legi Divinæ referat in æceptis, non poterit Pontifex in eo dispensare,

ei, quàm quòd Pontifex auctoritate propriâ dispensare nequeat in matrimonio rato: probatur autem nullatenus, quòd nequeat potestate à DEO sibi concessâ apud *Matth. 16. cap. vers. 19.* ibi: & tibi dabo claves Regni Cælorum, & quodcumque ligaveris super terram, erit ligatum & in cælis: & NB. quodcumque solveris super terram, erit solutum & in cælis.

Tertium est, quòd Pontifex non possit mutare Sacramenta, in quorum censuram ex institutione Christi pertinet matrimonium ratum. *¶* matrimonium ratum esse quidem verum Sacramentum, sed dependens àb humano contractu, quo dissoluto Sacramentum saltem indirectè mutatur, quatenus tunc vir & mulier cessant esse sacrum symbolum.

Quartum sic instruitur: matrimonium ratum est æquè perfectum, ac consummatum, & differt àb isto solum accidentaliter: ergò dispensatione Pontificis tam parùm dissolvi potest, quàm illud. *¶* 1. Argumento hoc nimium probari: nimirum matrimonium ratum nec professione religiosâ dissolvi. *¶* 2. Distinguendo antecedens, matrimonium ratum in ratione signi Sacramenti & symboli est æquè perfectum, ac consummatum, concedo, matrimonium ratum in ratione completivâ perfectæ unionis Christi cum Ecclesiâ per assumptionem carnis est æquè perfectum, ac consummatum, nego antecedens & consequentiam. Respondet 3. *Bellarminus loco supra allegato*, matrimonium ratum & consummatum non differre solum accidentaliter, id est, ut rem operantem & non operantem; sed differre sicut perfectum & imperfectum, quemadmodum homo, cui nulla pars integralis deest, differt àb homine manco, surdo, vel cæco. est igitur consummatio matrimonij quædam perfectio ejus integralis, quæ juxta Christi institutionem sacri Mysterij causâ majorem & ultimam indissolubilitatem eidem confert. Undè

Controversia subintrat, an non per adulterium inducatur divortium quoad vinculum? seu, an, divortio propter adulterium facto, parti innocenti integrum sit, ad secunda vota transire, vivente adhuc adulterâ?

Sententiæ affirmativæ subscripserunt quidam Catholici, *Cajetanus, Cathe-41* *vinus*, & ante hos *Erasmus*, subiicientes tamen se iudicio Ecclesiæ. Defacto eisdem subscribunt. & praxin jungunt Græci, schismatici, & hæretici nostri temporis Lutherani & Calvinistæ; quorum terribiles copias in aciem educit *Harp-42* *precht ad §. 11. Insti. de nuptiis, n. 46.*

Sententiam negativam magno consensu tradiderunt veteres PP. *Jus-43* *tinus, Evaristus, Tertull. Chrysost. Augustinus, Ambrosius, Hieronymus, Clem. Alexand. Origenes*, aliique, quos citat *Valensia lib. de indissolub. vine. matrim. cap. 3.* eandem tenent *Eminent. Bellarminus d. tract. tom. 3. de matrimonij Sacramento lib. 1. cap. 16. Thomas Sanchez, de matr. lib. 10. disput. 2. n. 2. Covarrvias in Epitome ad quartum librum decretalium pars. 2. cap. 7. §. 6. n. 13. P. Sporer ubi supra. n. 405.* estque Veritas Catholica, post Pontifices alios statuta in *Conc. Tridentino*

sess. 24. de Sacramento matrimonij can. 7. ibi: *Si quis dixerit, Ecclesiam errare cum docuit, & docet, juxta Evangelicam & Apostolicam doctrinam, propter adulterium alterius conjugum, matrimonij vinculum non posse dissolvi, & utrumque, vel etiam innocentem, qui causam adulterio non dedit, non posse, altero conjugo vivente, aliud matrimonium contrahere; macharij, cum, qui dimissâ adulterâ aliam duxerit, & eam, qua, dimisso adultero, alij nupsit; anathema sit.*

43 Probatur hæc posterior sententia 1. ex *S. Marco*, apud quem Christus capite 10. vers. 11. & 12. universaliter dicit: *quicumque dimiserit uxorem suam, & aliam duxerit, adulterium committit super eam, & si uxor dimiserit virum suum, & alij nupsit, mœchatur.* non excipiens ullam causam, propter quam sit conjux dimissus.

44 Probatur 2. ex verbis Christi apud *S. Lucam* 16. cap. vers. 18. ibi: *omnis qui dimittit uxorem suam, & alteram ducit, mœchatur: & qui dimissam à viro ducit, mœchatur.* ex quâ universalitate tale formari potest argumentum: si quicumque, uxore suâ dimissâ, alteram ducit, mœchatur, tunc sine dubio ibi sunt ambo, & qui præter, & qui propter causam fornicationis dimittit uxorem: hoc est enim: quicumque dimiserit, id est, omnis, qui dimiserit. est major *S. Augustini lib. 1. de adulterinis conjugis. cap. 9.* at quicumque, uxore suâ dimissâ, alteram ducit, mœchatur *d. cap. 16. vers. 18.* ergo & qui propter causam fornicationis dimittit uxorem, & alteram ducit, mœchatur.

45 Probatur 3. ex Epistolâ ad Romanos cap. 7. vers. 3. ubi *S. Paulus* ait: *igitur vivente viro vocabitur adultera, si fuerit cum alio viro: si autem mortuus fuerit vir ejus, liberata est à lege viri: ut non sit adultera, si fuerit cum alio viro* & ex Epistolâ 1. ad Corinthios cap. 7. vers. 10. qui sacer textus sic habet: *ius, autem, qui matrimonio juncti sunt, præcipio non ego, sed dominus, uxorem à viro non discedere: quod si discesserit, manere inemptam, aut viro suo reconciliari.* undè sic licet discurrere: textus generaliter loquenti tamdiu assurgendum, donec appareat restrictio, & regulæ tamdiu inhærendum, donec probetur exceptio: *arg. l. 5. princ. ff. de probat. l. 21. Cod. de furtis. c. 2. de conjugio leproserum. c. 2. de restitutione spoliatorum. in 6.* quod axioma non solum in utroque jure receptissimum, sed vel maximè in SS. paginis verum esse, tradidit *Eminentissimus Sfondrati in Regali Sacerdotio Romano Pontifici asserto lib. 2. §. 4. n. 6.* atqui memorata loca SS. Scripturæ generaliter sonant, conjugem à conjugate discendentem matrimonium aliud contrahere non posse, & secus facientem esse adulterum, ergo neque potest, si ob adulterium discesserit.

46 Respondet *Harp. ubi supra. n. 40.* Apostolum ibi non agere de legitimo divortio, sed de discessu injusto, quem Corinthij, homines leves & luxuriosi ob similtates, odia, & dissidia faciebant.

47 Sed contrâ est: Si Apostolus loqueretur de discessu injusto, seu de casu, quo mulieri liberum non est discedere, nempe ob viri fornicationem, tunc mulieri

non disjunctivè præciperetur, aut redire ad virum, aut manere inuuptam, & à viro separatam cum alio viro connubium non inire, sed determinatè juberetur ad virum suum redire, & illi reconciliari. at disjunctivè præcipitur mulieri, aut redire ad virum, aut manere inuuptam, ergò loquitur Apostolus de discessu iusto, nempe ab viri fornicationem. videatur etiam *cap. 9. de sponsalibus.*

Objicies 1. Caput Matthæi 5. vers. 32. ibi: *Ego autem dico vobis, quia* omnis, qui dimiserit uxorem suam, exceptà fornicationis causà, facit eam mœchari. caput Matthæi 19. vers. 7. ibi: *quoniam Moyses ob duritiem cordis vestri permisit vobis* ( nimirum Hebræis ) *dimittere uxores vestras, ab initio autem non fuit sic.* idem caput Matthæi 19. vers. 9. ibi: *dico autem vobis, quicunq;* dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem, & aliam duxerit, mœchatur. ergò argumento à sensu contrario ( quod in jure fortissimum est ) qui propter causam fornicationis sive adulterij uxorem dimittit, & aliam ducit, non mœchatur, consequenter divortio, propter adulterium factò, parti innocenti integrum erit, ad secunda vota transire, vivente adhuc adulterà. R. 1. tantum abesse, ut *cap. 49. p. Matthæi 5. vers. 32.* nobis obsit, at potius sententiæ nostræ confirmandæ egregiè proficit. postquam enim ibi Apostolus dixisset, *facit eam mœchari,* statim subdit, & *qui dimissam duxerit, adulterat.* ex quò Bellarminus d. *cap. 16. in princ.* sic discurret: vel verba ista sunt universalialia, vel continent exceptionem, nisi ob fornicationem? si prius; tunc mœchatur etiam ille, qui duxerit dimissam causà fornicationis; & sic illa dimissio est tantum separatio quoad thorum, non verò etiam quoad vinculum; non enim mœchatur, qui ducit solutam. Si posterius: tunc melior est conditio adulteræ, quàm innocentis & castæ: hæc enim, si dimittatur, non poterit duci à alio; posset verò, si dimitteretur ut adultera. R. 2. Dominum, cum de dimissione quoad vinculum à 50 Pharisæis interrogatus esset, non respondisse de dimissione quoad vinculum, sed quia in dimissione perfectà, sive quoad vinculum, duo continentur, dimissio unius, & potestas ducendi aliam, dominum hæc duo separasse, ac unum quidem concessisse, dimissionem videlicet cum restrictione ad causam fornicationis, alterum verò omninò sustulisse. Bellarminus d. *lib. 1. cap. 17. pag. m. 1366.* R. 3. argumentum à sensu contrario non procedere contra claros textus, prout sunt supra à nobis adducti; aut si exindè sequatur absurdus intellectus. Nicolaus Everhardi in *top. legal. loco 82. n. 2.* R. 4. Christum, dum concedit dimissionem ob causam fornicationis, non loqui de dimissione quoad vinculum, sed solum quoad thorum. nunquid enim Christus apud Matthæum d. *cap. 19. vers. 6.* atque adeò immediatè antè *versum 7.* vobis objectum, ex naturâ & primâ institutione matrimonij probavit, matrimonium planè indissolubile esse, universaliter dicens: *itaque jam non sunt duo, sed una caro. quod ergò DEUS conjunxit, homo non separet?* ergò nullatenus credendum, quòd vi mox sequenti-

um Christus voluerit, in casu fornicationis, valde frequenti, matrimonium dissolvi posse quoad vinculum. confer *Cornelium à Lapide ad d. cap. 19. Matthai. vers. 10.*

- 33 Instabis: si sensus verborum *Matthai 19.* esset, propter solam fornicationem conjuges quoad thorum separari posse, falsum est dogma Catholicum, extans in *Tridentino sess. 24. de Sacramento Matrimonij can. 8.* vi cujus Ecclesia conjuges etiam propter alias causas, ut furorem, servitiam, hæresin, apostasiam à fide, sollicitationem ad peccatum, morbum contagiosum &c. quoad thorum separat. R. haudquaquam id sequi. nam Christus agens de separatione quoad thorum ideo solius fornicationis meminit, quia propter hanc solam conjux absolute & in perpetuum dimitti potest, ita ut innocens conjux nocentem, quamvis emendatâ, non teneatur recipere: econtrâ si ob causas alias conjux dimittitur, dimittitur saltem ad tempus, undè tunc cessante causâ redintegrandû est consortium tantisper interruptû, vel dici potest, Christum solius fornicationis fecisse mentionē, quia maritus uxorē adulterâ dimittere potest, quamvis se emendare paratâ, cum in poenâ violatæ fidei conjugalis, & non in coactionē dimittatur. econtrâ vitiiis aliis deditam nequit dimittere, si illa satisfactionem & emendationem offerat. vel denique Christus solius fornicationis recordatus est, quia hæc sola est propria & specialis causa faciendæ separationis, cum econtrâ aliæ communes sint omni consortio: nam & mater v.g. deferenda, si proli sit auctor peccandi.

- 55 Objicies 2. *cap. uxor. 17. causâ 32. quest. 7.* ubi ita S. Ambrosius super primam Epistolam Pauli ad Corinthios 7. *uxor à viro non discodat, nisi causâ fornicationis: quodsi discesserit, aut maneat inupta, aut reconcilietur viro suo: & vir similiter non dimittat uxorem. idè non subdit de viro, quod de uxore præmisit, quia viro licet ducere aliam.* Respondet Gratianus, textum hunc à falsatoribus decreto insertum esse. *Bellarminus d. cap. 17. p. m. 1371.* respondet, auctorem oppositi capituli non esse Ambrosium, ed quod sententia inibi contenta aperte aduersetur ijs, quæ hic sanctus Ecclesiæ Doctor habet *lib. 1. de Abraham cap. 4.*

- 36 Objicies 3. *cap. si quis uxorem. 6. d. caus. 32. quest. 1.* ibi: *si quis uxorem suam scit adulteram, & non vult dimittere eam, sed in matrimonio habere, tribus annis paniscat, & quamdiu paniscat, abstinere se ab illâ.* ergo si quis uxorem suam scit adulteram, & vult dimittere eam, potest ad secundas nuptias procedere. R. neg. conseq. nam *d. cap. 6.* juxta doctrinam eminentissimi Ecclesiæ Cardinalis *Bellarmini* intelligi debet de eo, qui in adulterium uxoris consensit.

- 57 Objicies 4. *cap. concubisti 23. d. caus. 32. quest. 7.* ubi ita *Zacharias Papa: concubisti cum sorore uxoris tuæ? si fecisti, neuarum habeas: & si illa, qua uxor tua fuerit, conscia sceleris non fuit, si se continere non vult, nubes in domina*

cat

*mi veli.* ergò ob adulterium commissum parti innocenti liberum est, ad aliud transire matrimonium. 2. nomine uxoris in præallegato textu intelligi sponsam de futuro, adeoque dici, quòd, si pars una post contracta sponsalia fornicata fuerit, pars innocens ad matrimonium cum aliâ personâ celebrandum impune deourrat. quam responsionem suggerunt verba initialia dicti *cap. 32. ibi: si fecisti, neutram habeas*: ergò delinquens antecedenter non habuit. neque peregrinum est in jure, quòd nomine uxoris sponsa de futuro veniat. videantur *cap. 3. de sponsalibus. l. 5. Cod. de bonis, qua liberis &c. Sanchez d. disp. 2. n. ult.*

## §. IX.

**C**ontraria matrimonio sunt ejusdem impedimenta, quæ duorum generum, 1. impediencia & dirimentia. Impediencia dicuntur, quæ contractum matrimoniale reddunt quidem illicitum, non tamen invalidum. Dirementia vocantur, quæ nuptias reddunt illicitas & invalidas. Impedimenta hæcè verbis expressa continentur.

*Ecclesia vetitum, nec non tempus feriarum.  
Atq; Cathecismus, sponsalia, jungiro vocum;  
Incestus, raptus, sponsata mors mulieris,  
Susceptus propria sâbolis, mors presbyteralis.  
Aut si pœniteat solemniter; aut monialem  
Accipiat: prohibent hæc conjugium faciendum.*

Horum hodie pteraque exolevisse dicuntur, exceptis 4. nempe Ecclesiæ vetito, tempore feriarum, sponsalibus, & voto, de quibus proinde breviter.

Ecclesiæ vetitum fit, cùm Pontifex, Episcopus, aut Parochus certis personis ob justam causam prohibet, nè matrimonium ineant, donec plenius in causam, quæ subesse creditur, inquisitum fuerit. Quòd si tales personæ pendente inquisitione matrimonium contrahant, cæteris paribus contractus tenet, esto ratione contempti judicis interim quoad thorum separandæ, ac condignâ pœnâ afficiendæ sint. *D. D. ad cap. 1. & 2. de matr. contract. contr. à interdictionem Ecclesiæ.*

Tempus feriarum est illud, quo nuptiæ interdiciuntur. Nuptiæ autem denotant. 1. Solennem sponsæ deductionem ad domum sponsi, seu hilaritatem extrinsecam. *c. 3. 30. q. 5.* 2. Significant ipsum contractum matrimonialem. Nuptiæ primo modo acceptæ certis temporibus prohibentur: & licet olim pluribus anni partibus talis inhibitiô facta fuerit, ut à tribus diebus rogationum antè ascensionem Domini, usque ad octavam diem post Pentecosten, & tribus septimanis antè festum nativitatis Beati Joannis Baptistæ *c. 8. 9. 10. & 11. 33. q. 4. cap. 4. de feriis.* Hodie tamen Concilium Trid. *sess. 24. de reform. matr. cap. 20.* abrogatis aliis feriis, constituit, ut solennes nuptiæ illicitæ contraherentur solummodo à dominicâ prima adventûs, usq; ad festum Epiphaniæ, & à die cinerum usq; ad octavam Paschatis inclusivè. Ipsum matrimonium si ob justam cau-



Sim differri nequeat, & privatim sine publicâ pompâ coram Parocho & testibus saltem cum licentiâ ordinarij celebretur, in prædictis feriis interdictum non est: ita cum communi DD. Sanchez l. 7. disp. 7. n. 15. Layman d. tr. 10. p. 4. cap. 15. n. 1. Zoifus ad tit. de matr. contr. contra interdictum. n. 4.

Tertiò sponsalia de futuro cum unâ contracta, & necdum dissoluta, constituunt impedimentum impediens, ob jus ad rem priori sponsæ quæsitum. c. 22. de spons. Dico *impedimentum impediens*: cum aliâ enim defacto celebratum matrimonium tenet, non tamen extrâ grave peccatum est, ob fidem in se gravi violatam, prout priori parte circâ effectum sponsaliorum insinuavimus.

Quartò votum simplex castitatis, votum ingrediendi religionem, suscipiendi SS. Ordines, aut votum coelibatus, impedit matrimonium contrahere, si tamen postea contrahatur, non annullat. c. un. de voto & voti redempt. in 6.

Impedimenta dirimentia numerantur 14. hiscè versiculis comprehensa.

*Error, conditio, votum, cognatio, crimen-  
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,  
Si sis affinis, si forte coire nequibis,  
Si Parochi & vini desit presentia testis,  
Si mulier sit rapta, loco nec reddita iugo,  
Hæc socianda veiant Connubia, facta retractant.*

De Singulis impedimentis hiscè ordine & breviter agemus.

19. Primum itaque impedimentum dirimens est error, qui duplex, substanti-  
is & accidentalis. Substantialis dicitur, qui decipit circâ prædicatum substan-  
tiale. Accidentalisis, qui decipit circâ prædicatum accidentale. Censetur au-  
tem illud prædicatum esse de substantiâ, ad quod ex communi hominum usu aut  
dispositione juris implicite saltem ac virtualiter est restricta intentio contra-  
hentium. Ad quod prædicatum verò intentio contrahentium non est restricta,  
habetur pro accidentali.

Error accidentalisis dat quandoque causam contractui, quandoque nudè in-  
cidit in contractum. Causam dare dicitur contractui, si moveat ad contrahen-  
dum, eò quòd errore secluso contractus futurus non fuisset. Incidere verò in  
contractum dicitur, si ad contrahendum non moveat, eò quòd veritate etiam  
cognitâ contractus fuisset celebratus, ut si ducam Titiam, existimans esse divi-  
tem, cum non sit, ducturus tamen, licet veritatem habuisset perspectam. his  
præmissis Dico I.

Error substantialis dirimit matrimonium. Prob. error substantialis ex-  
cludit consensum, qui ad matrimoniû requiritur, quia decipit circâ prædicatum,  
qui alligata est intentio contrahentium. arg. l. 15. ff. de jurisdic. Ergò diri-  
mit matrimonium, ut quod sine consensu consiliteri nequit. c. 26. de spons.  
Ex quo

**Infertur 1.** non valere matrimonium, si volenti mihi ducere Titiam per fraudem supponatur Sempronia, quia in Semproniam non consensi. *Sanchez. l. 7. disp. 18. n. 25. & seqq.*

**Infertur 2.** Invalidum fore matrimonium, si volenti mihi ducere primogenitam Titij, per fraudem substituatur secundogenita, quia intentio mea restricta fuit ad prædicatum primogenituræ, adeoque non tam respexi personam, quam prærogativam primogenituræ. Hæc qualitas proinde si non subsistat, deceptus censeor in prædicato substantiali. *Patrii. Sporer Theol. moral. Sacra. p. 4. c. 1. sect. 1. class. 1. §. 1. n. 7.*

**Infertur 3.** non valere matrimonium, si cum servâ contraham, quam per errorem existimo esse liberam. *c. 2. 3. & 4. de conjug. servorum.* Nam intentio mea censeatur restricta ad qualitatem libertatis, cum censear eam potestatem velle recipere in corpus conjugis, quam ego possum tradere. Atqui talem servâ tradere nequit, cum dominio alterius subjecta, ab ipso vendi & in longinquas terras ablegari, domesticisque negotiis diu noctuque occupari possit, non obstante nexu matrimoniali. *arg. c. 1. inf. d. t.*

**Dico II.** Error accidentalis, sive det causam contractui, sive incidat in contractum, non dirimit matrimonium, quia illæsum & intactum relinquit consensum, cum prædicatis accidentalibus non censeatur alligata intentio contrahentium. Ex quo

**Infertur 1.** valere matrimonium initum cum puellâ paupere, quam credebam esse divitem, licet contracturus non fuisset, si scivissem, esse pauperem, quia prædicato divitiarum ex communi hominum usu non censeatur alligata intentio contrahentium: ergo errore non obstante substantia matrimonij est sufficienter voluntaria. *Covar. l. 4. decret. p. 2. c. 3. §. 7. n. 1. & seqq.*

**Infertur 2.** valere matrimonium initum cum corruptâ, quam credebam esse virginem, quia prædicato Virginitatis non censeatur alligata intentio contrahentium, cum non expediat, ad prædicatum hoc restrictam esse intentionem contrahentium. Nam de prædicato Virginitatis constare non potest, nisi post contractas nuptias. Hinc quis non videt, quanta oritura essent incommoda, quotque matrimonia publicè contracta, & in omnium opinione valida rescindi deberent, cum non modico præjudicio tœminarum, si prædicato virginitatis censeatur alligata intentio contrahentium. Porrò quandoque error circa prædicatum accidentale dirimit matrimonium, puta, si prædicatum illud in ipso contractu matrimoniali per modum conditionis apponatur, v g. *duco te, si es Virgo, si es nobilis &c.* Vide *Sanchez. d. disp. 18. n. 21.*

Secundum impedimentum dirimens est conditio, quæ duplex, possibilis, 60 & impossibilis. Possibilis dicitur, cui non repugnat existere, Ut si dicam, *duco te, si pater tuus consenserit, si 1000. in dotem dederis.*

Impossibilis, cui repugnat existere, ut si dicam, *duco te, si in montem aureum in dotem dederis.*

Conditio impossibilis est vel naturâ talis, vel jure. Conditio naturâ impossibilis dicitur, cujus eventui ipsa natura facessit impedimentum, ut si dicam, *duco te, si Vulcanferem in dotem dederis.* Jure impossibilis dicitur, quæ repugnat honestati *arg. l. 1. ff. de condit. instir.* Ut si dicam *duc te, si patrem tuum occideris.* Conditio jure impossibilis vel repugnat substantiæ matrimonij, vel est aliundè turpis. Substantiæ matrimonij repugnat, quæ adversatur vel bono prolis, vel bono fidei, vel bono Sacramenti. Bono prolis repugnat hæc conditio: *Duco te, si generationem prolis evitaveris.* Bono fidei adversatur sequens conditio: *duco te, si quastus gratiâ corporis tui copiam feceris aliis.* Bono Sacramenti denique obstitit hæc conditio: *duco te, donec aliam honore & facultatibus ditiozem invenero.*

Conditio aliundè turpis est, quæ non adversatur quidem substantiæ matrimonij, repugnat tamen honestati ac bonis moribus: ut si dicam, *duco te, si patri tuo venenum propinaveris.* His prælibatis

Dico I. sub conditione possibili potest iniri matrimonium. Prob. contractus alij iniri possunt sub conditione possibili. *l. 126. ff. de V. O.* Ergò etiam matrimonium, quia textum nullum invenias, quo id excipiatur. *Layman d. tr. 10. p. 2. c. 7. n. 2. Casinus ad tit. de condit. apposit. n. 2.*

Dico II. potest quoque iniri matrimonium sub conditione impossibili, si bonis conjugij non adversetur, ita, ut favore matrimonij conditio habeatur pro non adjectâ. Prob: *ex c. ult. de condit. appositis.* ubi perspicue asseritur, conditiones impossibiles, substantiæ matrimonij non adversas, favore matrimonij, haberi pro non adjectis. casus exceptos vide apud *P. Schmier d. p. 2. cap. 2. sect. 3. §. 2. n. 103. & seqq.*

Dico III. sub conditione impossibili, quæ repugnat substantiæ matrimonij, iniri non potest matrimonium, adeoque conditio talis dirimit matrimonium. Prob. *ex d. c. ult.* Ubi dilucide statuitur, si conditio adversetur substantiæ conjugij, quòd contractus effectu careat.

61 Tertium impedimentum dirimens est votum, quod vel solemne, vel simplex. Votum solemne, sive publica professio, emissa in religione à sede Apostolicâ approbatâ, dirimit matrimonium non tantum contrahendum, sed etiam contractum, non consummatum. *c. un. de voto & voti redempt. in 6.*

Votum solenne castitatis anexam majoribus ordinibus, dirimit matrimonium contrahendum *d. c. un. & Trid. sess. 24. de Sacram. matr. can. 9.* Non etiam contractum & ratum. *extravag. antiqua. apud Joan. XXII. de voto & voti redempt.*

Votum simplex castitatis emissum ab uxore, quæ licentiam dedit viro SS. Ordines suscipiendi, dirimit matrimonium *c. 10. d. 28. c. 14. d. 32. in f. Sanchez. lib. 7. disp. 40. n. 3.* Ubi vide. Vota

Vota simplicia castitatis emissa post biennium novitatus à Scholasticis & coadjutoribus formatis S. J. dirimunt matrimonium contrahendū, non etiam contractum & ratum. *Bulla Gregorij XIII. Ascendente domino 8. Calend. Junij 1584. edita.* His exceptis Votum simplex continentiz non dirimit matrimonium, sed impedit, hoc est, inhonestum reddit. *d. c. un. in f. de vot. & voti redempt. in 6.*

Quartum impedimentum dirimens est cognatio, quæ triplex, spiritualis, 62 carnalis seu naturalis & legalis. Cognatio spiritualis est propinguitas orta ex baptismo aut confirmatione, ac hodie post *Concil. Trid. sess. 24. de reform. matr. c. 2.* non dirimit matrimonium, nisi inter baptizantem vel confirmantem, baptizatum vel confirmatum, ac ejus parentes, nec non inter patrum, baptizatum, vel confirmatum, ac ejus parentes.

Cognatio naturalis est vinculum personarum, ab eodem propinguo stirpe descendentium, carnali propagatione contractum. Constat potissimum tribus, lineâ videlicet, stirpe, & gradu, de quibus *lib. 3. tit. 1. & seqq. §. 6.* fusam explanationem dabo, impræsentiarum solum dicturus, quo jure, in quâ lineâ, & ad quorum usque gradum cognatio naturalis matrimonium dirimat. Unde

Dico I. de jure civili cognatio naturalis dirimit matrimonium in lineâ rectâ in infinitum: in Lineâ obliquâ vero I. inter fratres & sorores. 2. inter illas personas, quarum una alteri est parentis loco. *§. 1. 2. & 3. l. h. t. l. § 3. ff. cod.* Censentur autem illæ personæ nobis parentum loco, quæ post parentes proximum inter collaterales gradum obtinent, sive, quæ cum aliquo ex ascendentibus constituunt lineam collateralem æqualem. Sic quia patruus & amita cum patre, avunculus & matertera cum matre, patruus magnus & amita magna cum avo, avunculus magnus & matertera magna cum aviâ constituunt lineas collaterales æquales omnes nobis censentur esse parentum loco, ideoque nuptias cum illis jure civili contrahere non possumus. *d. §. 3. & 5.* Ex quo suâ sponte fluit, duorum fratrum aut sororum liberos jure civili posse jungi matrimonio, quia sibi invicem non sunt parentum loco. *§. 4. l. h. t.*

Dico II. de jure Canonico cognatio naturalis dirimit matrimonium usque ad quartum gradum inclusivè. Ita statuit Pontifex in *c. pen. de consanguinit. & affinit.* Ubi corrigit Jus vetus, quo cognatio dirimebat matrimonium usque ad septimū gradum. *can. 19. 35. q. 3. c. 2. d. caus. 35. q. 5.* Ratio hujus constitutionis assignatur in *c. 20. d. caus. 35. q. 3.* Quia experienciâ compertum est, ex conjugio propinguatorum sobolem minus bene succrescere.

Cognatio legalis est vinculum civile ex adoptione resultans. Fundatur hæc cognatio in adoptione, non omni tamen, sed illâ saltem, quâ inducitur pote-

itas patria. Undè, quia hodie adoptio facta àb extraneo amplius non inducitur potestatem patriam, neque operatur cognationem legalem.

Cognatio hæc non minùs ac naturalis matrimonium dirimit. Sed quas inter personas? Antequàm respondeam, sciendum, alios vocari cognatos, alios agnatos. Cognati dicuntur, qui per fœminini sexùs personas juncti in diversis existunt familiis. Agnati, qui per masculini sexùs personas juncti in eadem familiâ existunt. Sic quia duo fratres, in ejusdem patris potestate constituti, juncti sunt adminiculo personæ masculinæ, ac in eadem existunt familiâ, dicuntur agnati. Econtrà quia filius & matris soror juncti sunt adminiculo personæ fœmininæ, ac in diversis existunt familiis, hinc dicuntur cognati: Hoc præcognito

Dico I. inter adoptantem & adoptatam neque durante adoptione, neque solutâ, nuptiæ consistere possunt. *d. §. 2. l. h. t. l. 55. princ. ff. eod.* Non durante adoptione, quia nefas existimatur, illam in uxorem ducere, quæ filia aut neptis esse cæpit. non solutâ adoptione, quia persona patris tam sancta, tamq; veneranda filiz esse debet, ut ad impediendas nuptias sufficiat, vel aliquando patrem fuisse.

Dico II. inter adoptatum & uxorem adoptantis etiam neque durante adoptione, neque solutâ illâ nuptiæ consistere possunt *l. 14. princ. ff. h. t. l. 23. in f. ff. de adop.* Non durante adoptione, quia, esto inter adoptatum & uxorem adoptantis civilis necessitudo non consurgat, uxor tamen eadem censetur caræ cum marito, adeoque sicut adoptatus patri adoptivo, sic etiam uxori ejus exhibere tenetur specialem reverentiam. Non solutâ adoptione, quia durante illâ uxor patris adoptivi fuit adoptata novercæ loco: ad impediendas autem nuptias sufficit, vel semel novercæ loco fuisse.

Dico III. inter adoptatum & matrem adoptantis durante adoptione nuptiæ consistere non possunt: benè verò dissolutâ illâ. *d. l. 55. §. 1.* Ratio primi membri est, quia matri parentis adoptivi debet adoptatus specialem reverentiam. Deinde nuptiis inter memoratas personas permissis, turpis nominum confusio induceretur, quia adoptatus efficeretur vitricus parentis sui. Ratio secundi membri est, quia dissolutâ adoptione matrimonium nihil impedit, cum mater patris adoptivi nunquàm adoptato fuerit aviæ loco *d. l. 23. ff. de adop.*

Dico IV. inter adoptatum & materteram adoptantis nuptiæ consistere non possunt durante adoptione, benè verò dissolutâ illâ *d. l. 55. §. 1.* Ratio prioris est, quia matertera patri adoptivo est matris loco: ergò tenetur filius adoptivus ob personam patris specialem illi exhibere reverentiam. Ratio posterioris stat in eo, quòd adoptione dissolutâ nihil sit, quod matrimonium impediatur, cum matertera adoptantis respectu filij adoptivi sit planè extranea *d. l. 55. §. 1.*

Dico V. inter filium naturalem & filiam adoptivam non possunt durante adoptione consistere nuptiæ: benè verò dissolutâ illâ *d. §. 2. ff. h. t. l. 17. ff. eod.* Ratio prioris partis est, quia inter fratres & sorores durante potestate patriâ in-

tercedit civile vinculum agnationis. Ratio posterioris, quia per emancipationem tollitur civile vinculum agnationis, atque adeo impedimentum dirimens.

Dico VI. inter filium naturalem & filiam adoptivam filiam non minus constante adoptione, quam dissolutam nuptiarum consistere possunt: non etiam inter filium naturalem, & filium adoptivum filiam d. §. 3. l. h. r. l. 12. §. ult. ff. eod. Ratio primi membri est, quia inter filium naturalem, & filiam filiarum adoptivam neque naturale neque civile vinculum intercedit. Non naturale, quia jus sanguinis adoptione non quitur. Non etiam civile, quia agnatio non contrahitur, nisi inter personas masculino genere conjunctas. Ratio secundi membri est, quia inter filium naturalem, & filium adoptivum filiam intercedit civile vinculum agnationis, quod operatur impedimentum dirimens.

Dico VII. inter adoptatum & sororem ejus feminae, quae adoptantis est uxor, non minus durante adoptione, quam dissolutam nuptiarum consistere possunt. Prob. nuptiis hinc neque obstat civile vinculum agnationis, neque debitum reverentiae. Non illud, quia memoratae personae sunt potius affines, quam agnatae. Non hoc, quia maritus sorori uxoris suae nullam debet reverentiam: ergo neque is, quem maritus adoptavit.

Quintum impedimentum dirimens est crimen, tum adulterij, tum conjugicidij. Prius incurraunt illi, qui durante legitimo matrimonio adulterium committunt, ac insuper dant fidem de contrahendo post mortem conjugis matrimonio, vel matrimonium defacto attentant. c. 1. pen. & ult. de eo, qui duxit in matrimonium, quam pollicitur per adulterium. Ut igitur impedimentum hoc consurgat, plura concurrant, necessè est. Primum, ut interveniat copula perfecta: cum enim versemur in materia poenali, jura de vero & consummato adulterio accipere debemus. Sanchez. d. lib. 7. disp. 97. n. ult.

Secundum, ut ex utraque parte intervenerit formale adulterium: si pars una ignoret, adulterium à se committi, non movetur copula carnali ad votum alienae mortis, neque incitatur ad spem improbam concipiendam, adeoque non est, cur nuptias contrahere vetetur. d. c. 1.

Tertium, ut praeter adulterium matrimonium sit vel promissum, vel superflite conjugis defacto contractum. d. c. pen. & ult.

Quartum, ut durante eodem matrimonio utrumque contingerit. Si fides data fuerit sub priore conjugio, adulterium commissum sub posteriore, impedimentum hoc non inducitur.

Quintum, ut promissio àb una parte facta, àb altera sit acceptata. Nam verba cum effectu exaudienda sunt: promissio autem non acceptata, est nuda pollicitatio, nullam obligationem producat. arg. l. IC. ff. de donat.

Sextum, ut promissio in futurum eventum non sit suspensa. In poenalibus siquidem verba legum strictè sunt intelligenda. Undè dum jura ad impedimentum hoc requirunt promissionem matrimonij, censenda sunt loqui de promissione strictè dicta,

dictâ, qualis non est, quæ non aliud operator, quàm nudam spem obligatio-  
nis.

Posterius incurritur ab illis, qui conjugem intentione contrahendi alterius  
matrimonij interficiunt, quo facto non possunt ducere personam illam, cujus  
gratiâ conjugem sustulerunt è medio. *c. 1. de convers. infidel. c. 3. & 6. de eo, qui  
duxit in matrimonium, quam possit per adult.*

Impedimentum hoc ut consurgat, rursus plura concurrant, oportet. Pri-  
mum est, ut occidatur conjux.

Secundum, ut occidatur cum intentione contrahendi matrimonium aliud.  
Tertium, ut occidatur, communi partium contrahere volentium consensu *d.  
c. 1. de convers. infid.* Si facto unius conjugicidium sit commissum, impedi-  
mentum hoc non aliter inducitur, quàm si adulterium accesserit. *d. c. 3. & 6.*

64 Sextum impedimentum dirimens est cultus disparitas, quæ irritat matri-  
monium fidelis cum infideli, jure, ut communiter traditur, Ecclesiastico non scri-  
pto. *Magnif. D. P. König p. m. ad tit. qui clerici vel voventes p. 3. n. 21.* Aliud dicen-  
dum de matrimonio Catholici cum personâ hæreticâ; hoc enim quamvis illicitum  
*c. c. cave. 15. c. non oportet. 16. 28. q. 1.* Validum tamen est per *c. decre-  
vit. 1. 4. de hæreticis in 6.* Quin & licitum censei in Germaniâ, ac aliis locis, ubi  
hæretici permixti cum catholicis vivunt, seclusis periculosis circumstantiis, do-  
cent *Bonacina tr. de magno matr. sacram. q. 3. punct. 7. n. 2. in f. & Sanchez d. lib.  
7. disp. 72. n. 5.*

65 Septimum impedimentum dirimens est vis seu metus, quem definit Ulpia-  
nus in *l. 1. ff. quod metus causâ.* Quod si instantis vel futuri periculi causâ  
mentis trepidatio. Clarius definiveris, si cum *Clariff. D. Doct. Glesle p. m. p. 1.  
selekt. q. 34. n. 1.* dixeris, quod si passio & motus animi, imminens malum  
fugientis. Incurritur quandoque à causâ necessariâ, quandoque à libe-  
râ, à causâ necessariâ incutitur, si inferatur à morbo, à periculo naufragij,  
vel alio simili principio naturali. à liberâ verò, si inferatur ab homine. Me-  
tus incussus à causâ libera dividitur in gravem & levem. Metus gravis est vel  
absolutè talis, vel certo respectu. Absolutè gravis dicitur, qui cadit in hominem  
constantem, sive quo timentur mala, quæ viro etiam cordato videntur formida-  
bilia, qualia censentur mors, mutilatio, atrocia verbera, servitus, diuturnum exi-  
tium &c. *Pirhing d. loco sect. 4. §. 2. n. 100.*

Metus respectivè gravis est, quo malum timetur, quod homini cordato vi-  
detur leve, meticuloso autem formidabile. Metus levis est, qui cadit in homi-  
nem vecordem & pusillanimum. Quæ in re ad prudentis judicis arbitrium re-  
currendum est. *Menesch. de arbit. jud. casu. 136. n. 2. Struyck vol. 2. differt.  
Francofurt. 7. de jure Blanditiarum cap. 4 n. 29.*

Metus tam levis, quàm gravis scinditur ulterius in justum & injustum.  
*Vid. Clariff. D. Glesle p. m. d. l. n. 8.*

Incurtitur præterea quandoque metus ideò, ut extorquatur matrimonium. quandoque verò matrimonium eligitur tanquam medium, liberandi se à metu. Ut ecce? minatus es mihi mortem, nisi filiam tuam ducerem. Hoc casu metus dicitur incassus ad extorquendum matrimonium. Econtrà obortis inter nos inimicitias capitalibus, ut indignationem tu meam deprecareris, obtulisti te ad nuptias cum filiâ meâ pangendas, quas intellexisti mihi gratas futuras. Hoc casu matrimonium dicitur electum tanquam medium serviens ad metum depellendum. His præsuppositis.

Dico I. metus proveniens à causâ necessariâ matrimonium non reddit irritum. Prob. infirmitas matrimonij metu initi unicè desumitur àb injuriâ per metum illatâ. Atqui injuriam non patitur, qui metum sustinet proveniente à causâ necessariâ, ergo metus proveniens à causâ necessariâ matrimonium non reddit irritum. Minor per se patet. Major constat ex eo, quòd infirmitas matrimonij desumi nequeat à defectu voluntarij, cum metus non tollat voluntarium. Ex his nullo negotio varias illationes facies cum *Sanchez lib. 4. disp. 12. n. 4. & seqq.* Quem consule.

Dico II. metus proveniens à causâ liberâ, sed justè incassus, itidem matrimonium non reddit irritum. *Sanchez d. l. n. 3.* Ratio est, quia, qui metum patitur, cui improbitate propriâ causam dedit, injuriam non sustinet.

Dico III. metus proveniens à causâ liberâ, injustus, sed levis, itidem non dirimit matrimonium. Nam talem metum debet homo cordatus contemnere, adeoque suppetit medium aliud liberandi se à metu, quàm ut matrimonium irritetur.

Dico IV. metus gravis, & injustè quidem, non tamen ad extorquendum matrimonium incassus, sed contracto matrimonio tanquam medio redemptus, rursus non irritat matrimonium. *Pirhing d. §. 2. n. 105.* Tantum enim abest, ut in tali casu favor metum passi postulet irritationem matrimonij, ut flagitet potius valorem ejus, cum aliàs metum passo sæpè non competeret remedium, liberandi se à periculo & malo imminente, eo quòd alter, nullitatis conscius, oblatione matrimonij non flecteretur ad desistendum à violentiâ.

Dico V. metus gravis, ac ad torquendum contractum matrimonialem injustè incassus, irritat matrimonium, ita, ut ex parte utriusque conjugis nulla omnino oriatur actio, quamvis matrimonium fuisset juramento firmatum. Ita statuerunt summi Pontifices in *c. 14. 15. & 28. de spons. c. 2. de eo, qui duxit in matrimonium, quam polluit per adulterium.* Confer *c. 28. de jurejur. & c. 2. de par. tis in 6.* Quidquid dicatur in *c. 22. 22. q. 4.* Qui textus intelligendus est de casu, quo post metum cessantem matrimonium liberè fuit ratificatum.

Quæritur hic, quid dicendum de matrimonio, ad quod, cum filiâ meâ contrahendum, te in delicto deprehensum metu accusationis induxi? R. Matrimonium esse validum. ita *Sanchez de matrim. d. lib. 4. disp. 8. n. 9. & disp. 13.*



13, n. 3. *Bossius de contract. matr. cap. 12. §. 15. n. 188. & seq. Laymann Tricol. moral. lib. 5. tract. 10. part. 2. cap. 5. n. 2. Prihing lib. 4. Fur. Can. tit. 1. sect. 4. §. 2. n. 104. P. Engel Colleg. Fur. Can. lib. 4. tit. 1. §. 5. n. ult. cujus mentis etiam esse videtur Lessius de F. & F. lib. 2. cap. 17. dubitatione 6. n. 38. ubi dicit, quod verius sit, matrimonium non esse irritum, si metus jure incutiatur.*

67. Probatur: metus justus & intrinsecus, seu fundatus in principio intrinseco, puta, commisso delicto, non irritat matrimonium. Atqui metus accusationis in proposito est metus justus, cum jus mihi competat, te in delicto deprehensum accusandi: est quoque metus intrinsecus, quia fundatur in principio intrinseco, nimirum in delicto à te commisso, vi cujus accusationem metuis, antequam ego illam tibi miniter, cum scias, aut certè scire debeas, omne delictum accusationi & poenæ obnoxium esse, ergò matrimonium, ad quod, cum filiâ meâ contrahendum, te in delicto deprehensum metu accusationis induxi, est validum. Major patet imprimis ex cap. 10. de sponsalibus, ubi matrimonium, ad quod ineundum metu censurarum judex ecclesiasticus eum compulit, qui antea liberè sponsalia contraxit, aut sub spe matrimonij virginè destoravit, pronuncietur validum. Deinde colligitur satis ex l. 21. princ. ff. quod metus causa &c. in qua mulier, quæ, ingrata in patronū, promiserat aliquid, nè revocaretur in servitutem, negatur contineri edicto, quod metus causa, eò quod malum ipsa sibi intulerit. Denique constat ex ratione: nam infirmas matrimonij metu initi unice defumitur àb injuriâ per metum illatâ: at injuriam non patitur, qui metum justum sustinet, utpotè cui propriâ improbitate causam dedit; ergò metus justus & intrinsecus, seu fundatus in principio intrinseco, puta, commisso delicto, non irritat matrimonium.

68. Opinio hæctenus firmata sequentibus argumentis impeti solet. primum defumitur ex cap. 15. de sponsalibus, ubi matrimonium, metu gravi à patre illato, extortum negatur subsistere: atqui matrimonium, metu accusationis à patre illato, extortum, est matrimonium, metu gravi, à patre illato extortum, ergò matrimonium, metu accusationis à patre illato, extortum non subsistit. 2. dist. majorem: matrimonium, metu gravi injusto à patre illato extortum, negatur subsistere, concedo, matrimonium, metu gravi justo à patre illato extortum, negatur subsistere, nego majorem. Atqui matrimonium, metu accusationis à patre illato extortum, est matrimonium, metu gravi injusto à patre illato extortum, nego. matrimonium, metu accusationis à patre illato extortum, est matrimonium, metu gravi justo à patre illato extortum, concedo minorem, & nego consequentiam. rectè advertit Sanchez, d. disp. 8. n. 9. memoratum cap. 15. exaudiendum esse de metu gravi injustè incusso, fortè quòd in flagitio deprehensus matrimonium cum filiâ contraxerit, nè à patre occideretur: neque enim

in flagitio deprehensus jure à patre occidi potest, esto accusari possit. Confer *præced. tit. 9. §. 7. n. 17.*

Argumentum secundum offert textus in *l. 7. §. un. ff. quod metus causa &c.*, ubi deprehensus in adulterio dicitur pertinere ad edictum restitutorium, si aliquid dederit, nè proderetur. ergò matrimonium, metu accusationis obtentum, non valet. *¶* ad antec. textum oppositum loqui de metu injustè incusso. nam ibi reus non ex vano suspicatus est, secum inique actum iri, fortè quia prævidit, circumstantias quasdam calumniosè affectum iri, proüt facillè desumere licet ex formalibus dicta legis 7. quæ sic sonant: *timuit enim vel mortem, vel vincula &c. sed potuerunt vel non jure occidi &c. quoniam, si proditus esset, potuerit ea pati &c.*

Tertium argumentum sic adornatur: metus accusationis est injustus, ergò irritat matrimonium. antec. probatur: pater non habet jus petendi nuptias pro cessione juris accusandi sibi competentis, quia nulla est æqualitas inter obligationem contrahendi nuptias, ut quæ libertatem, rem inestimabilem, perimit; & inter cessionem juris accusandi: ergò metus accusationis est injustus. Quodsi injustitiam hujus metus eo rectorio incrustare allaboremus, quòd delinquens improbitate propriâ metui causam dederit, tunc adversarij contra nos sequenti modo insurgunt: non obstante, quòd obæratu debitor improbitate propriâ causam dederit venditioni bonorum sub hastâ, nisi tamen inter mercem & pretium debita æqualitas & proportio fervetur, contractus emptionis venditionis rescinditur: ergò etiam non obstante, quòd in flagitio deprehensus improbitate propriâ causam dederit metui accusationis, quia tamen inter cessionem juris accusandi, & vinculum matrimoniale nulla est proportio, contractus matrimonialis erit nullus.

*¶* igitur ad probationem primi antecedentis, negando consequentiam. ex eo, quòd pater jus non habeat petendi nuptias pro cessione juris accusandi, probatur quidem, ipsum contractum esse injustum, non autem, quòd metus injustè incussus fuerit, cum patri jus accusandi competierit. Paritas à contractibus aliis injustis & hoc ipso rescindibilibus, ad matrimonium injustè contractum ducta, claudo pede incedit: matrimonium enim non ob quamlibet injustam læsionem vitatur, sed illam duntaxat, quæ ejusdem substantiam vulnerat, fortè, quòd contraham cum Titia, existimans esse Semproniam, aut cum servâ, persuasus esse liberam: quòd si te nobilem aut divitem fingas, & fictione hæc thalamum à me impetres, matrimonium stat firmum, esto gravissimam injustitiam committas.

Octavum impedimentum dirimens sunt ordines. Clerici enim in ma-69  
joribus constituti non possunt validè contrahere matrimonium, quia ex dispositione juris ordinibus annexum est solenne votum castitatis, *c. 1. & 6. de clericis conjug. c. 9. de acate & qualitate & ord. presic. c. 1. & 2. qui clerici vel voveneas*

*c. un. de voto & voti redempt. in 6. Concil. Trid. sess. 24. de matr. can. 9.* Ordines minores non tantum non dirimunt, sed ne quidem impediunt matrimonium.

70 Nonum impedimentum dirimens est ligamen. Nam conjux superstitie conjuge altero non potest decurrere ad nuptias cum personâ tertiâ §. 6. l. h. r. l. 2. *Cod. de incestis & inutil. nupt. c. 1. & 2. de sponsâ duorum.* Confer, quæ *suprà §. 8. n. 9.* De polygamia & polyviriâ diximus. Planè esto prima conjuge superstitie frustra contrahatur matrimonium cum aliâ? priore tamen matrimonio diremto, ac diremptionis certitudine saltem morali habitâ ( de quâ videatur, *c. 19. de sponsal. c. 2. de secund. nupt. Mascard. de prob. vol. 2. conclus. 1075. & Sanchez lib. 2. disp. 46.*) licet devolare ad secundas nuptias, ubi tamen refert, siatne secundæ nuptiæ acceleratæ, an non: nuptiæ acceleratæ vocitantur, quas scemine viduæ intrâ annum luctûs ineunt. Non acceleratæ, seu non præpropertæ dicuntur, quas anno luctûs exacto contrahunt. Nuptiæ prioris generis jure civili sunt prohibitæ. Si enim vidua post mortem mariti præmaturum novi conjugij desiderium concipiat, ac annum luctûs nubendo antevertat, certis pœnis jure hoc constitutis redditur obnoxia. Et quidem 1. efficitur infamis l. 1. l. 11. §. 1. & seqq. ff. de his, qui not. infam. l. 1. l. 2. *Cod. de secund. nuptis. l. 4. princ. Cod. ad S. C. Tertullian.* 2. Plus tertiâ parte bonorum in secundum maritum nullo penitens titulo transferre potest d. l. 1. *Cod. de secund. nupt.* 3. Redditur incapax quidquàm capiendi ex testamentis extraneorum, sive id titulo hæredis, legati, sive fideicommissi relicto fuerit d. l. 1. *Cod. de secund. nupt.* 4. Omnia bona titulo lucrativo à priore marito sibi relicta unacum usufructu eorum amittit d. l. 1. & 2. 5. Non potest cognatis succedere ultrâ gradum tertiam. d. l. 1. & nov. 22. cap. 22. §. 1. in princ.

Hæc dixi, procedere de jure civili. Jure canonico pœnæ in præcipitatas nuptias legibus nostris constitutæ sunt sublatae, ut satis Colligitur ex *c. pen. & ult. de secund. nupt.* Ubi perspicuè asserunt Pontifices, quod mulier intrâ annum luctûs ad secundas nuptias decurrens sustinere non debeat jacturam legalis infamiae. Cujus pœnæ abolitionem auctoritate Doctorum & praxi Ecclesiae ob militantem eandem libertatis matrimonialis rationem etiam ad reliquas pœnas extensam esse, rectissimè advertit *Sanchez lib. 4. de matr. disp. 87. n. 24. & seqq.*

De eo fortassè si dubites, an jus civile hoc in passu potuerit corrigi à jure canonico? Sine scrupulo n. potuisse. Nam matrimonium hodiè elevatum est ad naturam Sacramenti: Ergò subjacet dispositioni legislatoris Ecclesiastici. Ergò si jus civile tale aliquid circa illud statuat, quod displicet legislatori canonico, in hujus arbitrio stat, id tollere: accedit, quod jus civile, dum intrâ annum luctûs nuptias prohibet, viduas conjiciat in grave periculum peccandi, quia per annum integrum remedio illas privat, sanandi morbum incontinentiæ. Acqui

lex civilis exponens periculo peccati potest reformari à jure canonico, ergò jus civile, quò intra annum luctus nuptiæ prohibentur, potuit reformari à jure canonico.

Satis de nuptiis præmaturis. Nuptiæ non acceleratæ contrahuntur vel liberis non exstantibus, vel exstantibus. Circa illas nihil occurrit specialiter constitutum, nisi quòd in *c. 1. & 3. de secundis nuptiis* prohibeantur benedici, quòd tamen usu hodierno non servatur. Nam teste *Henrico Wagnereck ad d. c. 1. not. 1.* Si vel unus conjugum benedictionem non acceperit, solet illa utrique hodie impendi. Circa has variæ ad manus veniunt constitutiones, quibus favore prioris matrimonij, & liberorum ex eodem superstitem pœnæ diversæ in binubos leguntur decretæ.

1. Enim is, qui transvolat ad secundas nuptias, perdit proprietatem eorum quæ consecutus est ex liberalitate prioris conjugis, solo usufructu ad tempus vitæ retento. *l. 3. l. 5. Cod. d. r. nov. 22. cap. 23.* 2. Perdit proprietatem eorum, quæ ex bonis defuncti conjugis profecta àb intestato acquisivit *d. nov. 22. cap. 46. §. 2.* 3. Non potest novo conjugi vel inter vivos, vel ultima voluntate plus relinquere, quàm uni ex liberis prioris matrimonij, cui minor portio derelicta aut data est. *l. 6. princ. Cod. de secund. nupt. & ibi Brunneinan. n. 1. & seqq. d. nov. 22. n. 27.* Neque obstat 1. textus in *l. 18. Cod. de donat. ante nupt.* ubi habetur, quòd neque pater ex donatione ante nuptias, neque mater ex dote cogatur liberis, ex priore matrimonio procreatis, servare quidquam, si ve migraverit ad secundas nuptias, si ve non. Procedit enim de casu, quo pater præter donationem ante si ve propter nuptias, vel mater præter suam dotem possidet alia bona; de quibus ergò si parentes dederunt liberis tantum, quantum de jure binubentes debent, non est, quin pater de donatione propter nuptias suæ uxori, & mater de dote suo novo conjugi dare possint, liberis in istis bonis præteritis; quia liberi non habent, cur conquærantur, neque parentes agunt contra dispositionem legum, quæ solum vetant, nè novo conjugi plus relinquatur, quàm uni liberorum: si igitur singuli liberi habent ex aliis bonis tantum, quantùm accipit novus conjug ex donatione propter nuptias, vel ex dote, agitur, quòd leges volunt. aliud verò dicendum, si pater & mater præter dictam donationem vel dotem haberent nihil; nam tunc, ut juribus fiat satis, ex his bonis liberis debitam quantitatem dare compelluntur. Neque obstat 2. quòd hâc viâ vitricus per justam exheredationem unius ex filiis reddatur incapax etiam portionis minimæ, quia plus ei relinqui non potest, quàm uni filiorum. nam 12. dispositionem *d. legis 6. Cod. de secund. nupt.* se non extendere ad filium exheredatum, ut inde defumatur mensura, sed ad liberos, quibus quid relictum fuit: iis ergo æqualiter honoratis, vitrico etiam relinqui potest portio virilis eim gleicher Rinds Theil. Si verò unus eorum minus acceperit, hâc ipsâ portione vitricus contentus esse jubetur *d. l. 6.* ratio autem, cur mensurâ non sit desumenda à filio exheredato,

clare exprimitur in l. 10. *Cod. de secund. nupr.* nē scilicet liberi scientes, quōd à binubia ex nulla ingratitude causa, saltem illa portione, quam capit vitricus privari queant, omni licentiā & lasciviā suos genitores injuriis afficiant.

4. Non potest obtentu ingratitude donationes, quas contulit in liberos prioris matrimonij revocare, nisi 3. casibus, puta, si filius matri manus impias intulerit, si vitæ ejus insidiatus fuerit, aut totius substantiæ jacturam inferre præsumpserit *d. nov. 22. cap. 35.*

5. mater ad secunda vota transvolans ipso jure amittit tutelam liberorum. *c. 67. de appell. nov. 94. c. 2. indequē desumptā auct. Sacramentum, Cod. quando mulier suc. offic. ibi: mox tamen ut secundas contraxerit nuptias, repenti expelli à tutelā &c.* quæ verba de expulsionem facti accipienda esse, rectè judicat *Clariff. D. Dott. Braun. p. m. in tr. de tutelā in genere & specie lib. 26. ff. tit. 4. th. 14.*

6. Privatur jure educandi liberos, l. 1. *Cod. ubi pupilli educari deb.* Hæc satis explorata sunt, cæterum.

Dubit. 1. an hæc quoque pœnæ jure canonico sint sublata? *ex cum Covar. de matr. p. 2. c. 3. §. 9. n. 7. Mol. de J. & J. tr. 2. diff. 431. n. 6. Gail. 2. obs. 98. n. 8.* sublata non esse, neque enim textum reperias, quo Jus canonicum legibus civilibus hoc in passu derogaverit: quod ergo non mutatum, cur stare prohibeatur l. 27. *Cod. de testam.* Deinde pœnæ hæc posteriores immanè differunt à prioribus; illæ enim eo fine constitutæ sunt, ut castigentur secundæ nuptiæ: hæc verò, ut consulatur liberis prioris matrimonij: ergo à prohibitione illarum non licet argumentum ducere ad prohibitionem istarum.

Dub. 2. sitnè locus memoratis pœnis, si liberi in secundas nuptias consentiant? *æ.* referre, consentiantnè merè negativè, an positivè. Si merè negativè, hoc est, si secundis nuptiis præcisè non reclamant, memoratæ pœnæ non cessant: alioquin vix unquam locum haberent, cum ferè sit inauditum, liberos secundis parentum nuptiis contradicere. Positivè si consentiant, interest, somniamnè favori pro se introducto renuntient, an consensum suum simpliciter accommodent. Si prius, cessant pœnæ in binubos constitutæ, quia primarius finis illarum est, consulere liberis prioris conjugij, cui proinde favori renunciare possunt *arg. l. pen. Cod. de pactis.* Si posterius, præmemoratæ pœnæ non cessant, quia consensus talis neque formalem, neque virtualem renuntiationem importat beneficij legibus concessi, cum possint liberi in nuptias consentire, nec tamen velle jure suo cedere.

7<sup>1</sup> Decimum impedimentum dirimens est publica honestas quæ definiri potest, quod sit inchoata affinitas ex sponsalibus resultans. Nimirum in contrahendis nuptiis spectandum non id tantum, quod libet, sed etiam quod honestum est. *l. 4. ff. b. s.* Hinc licet ex sponsalibus non consurgat vera affinitas; quia tamen tendunt ad matrimonium, ac respectum dicunt ad copulam conjugalem.

honeste.

honestatis ratio videbatur postulare, nè ducere possem illam, cum ejus consanguineâ per affinitatem improprie talem conjunctus esse cæpi. Oritur impedimentum hoc non tantum ex sponsalibus de presenti, sed etiam de futuro: cum hæc tamen differentiâ, quod publica honestas orta ex sponsalibus de presenti dirimat matrimonium usque ad quartum gradum: orta verò ex sponsalibus de futuro dirimat matrimonium duntaxat usque ad primum gradum. *d. 9.6. l. b. t. c. 11. 12. 14. 15. caus. 27. q. 2. v. 3. 4. 8. de spons. c. un. eod. in 6. cap. 4. s. & 12. de spons. impub. Concil. Trit. sess. 24. de reform. matr. c. 3.*

Undecimum impedimentum dirimens est affinitas, ex eo sic dicta, quod una cognatio adminiculo copulæ carnalis accedat ad fines cognationis alterius *L. 4. §. 3. ff. de grad. & affin.* Definiri potest, quod sit vinculum personarum ex carnali copulâ resultans. Fundamentum itaque affinitatis stat in copulâ carnali, ad generationem prolis de se idoneâ: hujus enim adminiculo fiunt duo in carne unâ, ac cognatio unius trahitur ad fines cognationis alterius. Unde sua spontè sequitur, ex matrimonio rato affinitatem non consurgere, quia per matrimonium ratum vir & uxor non efficiuntur una caro. Illud non interest: copula licita, an illicita intercedat: Nam ex unâ & alterâ nascitur affinitas, quia per quam & alteram cognatio una trahitur ad fines cognationis alterius. Antequam dicam, quousque affinitas matrimonium dirimat, lubet præmittere regulas quasdam, quæ circa impedimentum affinitatis sunt receptæ.

### Regula I.

**M**aritus & uxor non sunt affines, sed principium affinitatis. Prob. maritus & uxor habeat se respectu affinitatis, sicut unitas respectu numeri, & punctum respectu lineæ. Atqui unitas non est numerus, sed principium numeri, & punctum non est lineæ, sed initium lineæ; ergò etiam maritus & uxor non sunt affines, sed principium affinitatis.

### Regula II.

**S**olus maritus fit affinis consanguineis uxoris, & sola uxor affinis consanguineis mariti. Prob. Solus maritus adminiculo copulæ carnalis accedit, ad cognationem uxoris, & sola uxor per nexum carnalem trahitur ad cognationem mariti: ergò inter solum maritum & consanguineos uxoris, ac solam uxorem & consanguineos mariti consurgit affinitas.

### Regula III.

**I**nter consanguineos mariti ex unâ parte, & consanguineos uxoris ex alterâ non inducitur affinitas. Prob. inter memoratas personas nullus intercedit

nexus, adminiculo ejus colligentur: ergò inter memoratas personas non conjungit affinitas.

Undè suâ spontè fluit, à patre & filio duci posse matrem & filiam: nec non à duobus fratribus duas sorores, quia inter memoratas personas affinitas non contrahitur.

### Regula IV.

**G**Radus affinitatis cognoscuntur ex gradibus consanguinitatis. Nam quoto gradu conjunctus quis est marito in genere consanguinitatis, eodem junctus est uxori in genere affinitatis, & versâ rotâ: quoto gradu quis conjunctus est uxori in genere consanguinitatis, eodem junctus est marito in genere affinitatis. *c. porro 3. caus. 35. q. 5.* Sic, quia frater meus in primo gradu mihi junctus est in genere consanguinitatis, eodem gradu junctus est uxori meæ in genere affinitatis. Regulis hæcè præmissis proximum est, ut dicamus, quousque affinitas matrimonium dirimat. Ubi copulam illicitam separo à licitâ, ac

Dico I. affinitas ex copulâ licitâ proveniens dirimit matrimoniû usq; ad quartû gradum inclusivè. Ita statuitur in *c. 8. de consang. & affin.* Ubi corrigitur jus antiquum, ac affinitas, quæ antehac dirimebat matrimonium usque ad gradum septimum. *c. 1. 7. & 13. d. caus. 35. q. 3.* Jûbetur deinceps irritare matrimonium, tantû usque ad quartum gradum.

Dico II. Affinitas orta ex copulâ illicitâ dirimit matrimonium tantû usque ad secundum gradum. Ita novissimè decrevit *Concilium Trid. sess. 24. de reform. matr. cap. 4.* Ratio ita statuendi erat, quia fornicationes sunt valdè frequentes ac plerumque occultæ, undè periculum erat, ne impedimento hoc latè nimis effuso, conjugia plurima irritarentur.

73 Duodecim impedimentum dirimens est impotentia seu inhabilitas exercendi copulam conjugalem, generationi prolis deservientem. Inhabilitas hæc variat, ac. I. alia est perfecta, alia imperfecta. Perfecta est ineptitudo exercendi copulam conjugalem perfectam, sive, ut clariùs dicam, est inhabilitas emittendi semen, generationi prolis de se aptum, intrâ vas debitum. Tali impotentia laborant enuchi sive utroque testiculo orbatî: hi enim semen ad generationem prolis de se idoneum non possunt effundere. Imperfecta est, quæ non tollit in subjecto suo habilitatem ad perfectam copulam, sed impedit saltem generationem prolis. Tali impotentia laborant steriles: hi enim verum semen effundere possunt in vas fœmineum, esto id ob indispositionem subjecti, aut aliam qualitatem accidentalem sit improlificum.

2. Impotentia alia est perpetua, alia temporalis. Perpetua dicitur, quæ per media licita, facilia, & ordinaria tolli nequit. Temporalis, quæ lapsu temporis sua sponte desitura est, aut certè modo humano curari potest. Sic v. g. impotentia, ex defectu sufficientis ætatis consurgens, est temporalis, quia de-

curso

cursum amorum sua sponte est desitura. Similiter impotentia orta ex indispositione corporis, ac arte humanâ citrà periculum subjecti curabilis, censetur temporalis, quia radicem habet temporalem. Econtrâ impotentia veneficio induta ac licito modo non auferibilis, censetur perpetua, quia, quod licitè fieri non potest, existimatur impossibile, cum illa tantum dicamur posse, quæ jure possumus. *l. 15. ff. de condit. Inst.* Similiter impotentia, quæ curari non potest, nisi cum vitæ periculo, aut discrimine gravis morbi, censetur perpetua, quia curatio, tanto periculo obnoxia, in mortali æstimatione censetur impossibilis. *c. 3. de frigida. & malef.*

3. Impotentia alia est absoluta, alia respectiva. Absolutam appello, quæ subjecto suo congressum cum quâvis fœminâ reddit impossibilem, qualis reperitur in castratis, excessivè frigidis aut calidis. Respectivam voco, quæ reddit aliquem inidoneum ad congregiendum cum hâc, vel illâ fœminâ: veluti si incantatione magicâ effectum sit, nè possim cum Titia commisceri, aut si Titia respectu mei sit arcta nimis, non etiam respectu aliorum.

4. Impotentia alia est antecedens, alia subsequens. Antecedens dicitur, quæ suberat, antequàm matrimonium contraheretur. Subsequens, quæ matrimonio contracto supervenit. His præviis

Dico I. impotentia perfecta, perpetua, sive sit absoluta, sive respectiva, dirimit matrimonium respectu illius personæ, respectu cujus datur. Prob. ut matrimonium consistat, debet posse fieri mutua traditio corporum ad usum humanæ generationis. Atqui perfectè & perpetuè impotentibus traditio hæc est impossibilis; ergò cum impotentia perfectâ & perpetuâ consistere non potest matrimonium.

Dico II. impotentia perfecta, perpetua, sed subsequens non dirimit matrimonium semel ritè contractum, esto consummatum nondum fuerit. Prob. *ex c. hi qui 25. 43. q. 7.* Ubi generaliter dicitur, ob nullam infirmitatem supervenientem conjugia dissolvi posse: ergò neq; possunt ob supervenientè impotentiam Confirmatur ex receptissimâ DD. sententiâ, quâ matrimonium ratum fidelium, duobus tantum modis solvi potest, puta professione religiosâ, & dispensatione summi Pontificis: ergò impotentia superveniens non est modus ejus solvendi. Accedit ulterius, quòd, quæ semel absolute sunt valida, non infirmantur, esto in statum deveniant, undè incipere non poterant. *l. 85. §. 1. ff. de R. I. c. 73. cod. in 6.* Ergò nec matrimonium infirmatur, esto in statum devenerit, undè incipere non poterat.

Quòd si inquiras, præsumatur nè in dubio impotentia præcessisse matrimonium, an subsecuta esse? *¶* Interesse, statim nè post contractum matrimonium impotentia opponatur, an demùm post multum temporis. Priore casu censetur præcessisse matrimonium, quia non est credibile, quòd ab uno extremo ad alterum natura tam repente factaverit. Posteriore casu præsumitur esse subsecuta.

quia



quia in dubio pro naturâ stat præsumptio, hoc est, quilibet in dubio præsumitur naturâ potens: ergò obtexenti, impotentiam non fuisse subsecutam, incumbit onus probandi, in quâ probatione si deficiat, censetur fuisse potens, & validè contraxisse matrimonium. *Sanchez d. l. 7. disp. 103. n. 1. & 6.*

Dico III. Impotentia perfecta, sed temporalis, itidem non dirimit matrimonium. Prob. ubi est possibilis humana generatio, est etiam possibilis traditio corporum ad usum humanæ generationis, atque adeò est possibile matrimonium. Atqui per impotentiam temporalem humana generatio non redditur impossibilis, ergò neque impossibilis redditur traditio corporum ad usum humanæ generationis. Sed hoc ita, si impotentia temporalis non fundetur in defectu sufficientis ætatis: impubes siquidem matrimonium non potest contrahere, esto impotentia labore temporalis. *c. 10. & f. de despons. impub.*

Dico IV. Impotentia imperfecta, sive antecedens, sive subsequens, non dirimit matrimonium. Prob. impotentia imperfecta non reddit impossibilem traditionem corporum ad usum humanæ generationis, quia relinquit in subiecto suo habilitatem ad perfectâ copulam, ergò non dirimit matrimonium. Undè sua spontè sequitur, steriles validè contrahere matrimonium, quia possunt emittere semen, ad generationem prolis de se idoneum, atque adeò exercere copulam perfectam. Textus est *in c. 27. caus. 32. q. 7.*

Ex eodem fonte fluit, etiam senes ad matrimonium contrahendum esse habiles, quia vix ullum reperias ætatis tam decrepita, in quo potentia generativa tam marcida sit, ut non quandoque reflorescat, ac à naturâ vel arte adjuva, semen parat, ad generationem prolis de se idoneum. *Sanchez d. lib. 7. disp. 92. n. 20.* Planè si senem aliquem singas tam exhaustum, ut iudicio medicorum ad copulæ exercitium juvari amplius nequeat, matrimonium validè contrahere vix est, ut possit, quia, cum ineptus sit ad perfectam copulam, obligare ad illam se non potest, consequenter nec validè contrahere matrimonium. *Sanchez d. disp. 92. n. 12.*

<sup>74</sup> Decimum tertium impedimentum dirimens est clandestinitas, quæ dirimit matrimonium illorum, qui contrahunt aliter, quàm coram Parocho, vel alio sacerdote, de ipsius parochi aut ordinarij licentiâ, & duobus ad minimum testibus. *Trid. sessè cit. sess. 24. de reform. matr. c. 1. ubi*

<sup>75</sup> Controvertitur I. Utrum matrimonium, in loco recepti Tridentini clandestinè ac invalidè contractum, saltem valeat in vim sponsalium?

Nè quidem in vim sponsalium valere, adeoque sic contrahentes ad denuò contrahendum compelli non posse, sed securos esse in foro conscientia, si postea cum aliis contrahant, im primis expressè declararunt purpurati Ecclesiæ proceres ad *d. cap. 1. Trid. sess. 24. n. 10. vers. qui aliter, quàm presente parocho &c. §. matrimonium contractum coram testibus &c. & §. matrimonium contractum non servat à formâ &c.*

Deinde sententiæ huic favent, eamq; in præxi veriores judicant Sanchez de 76  
*marrim. lib. 1. disp. 20. n. 3. Bonatina de matr. quest. 2. puncto 8. n. 51. Castro Palao*  
*de sponsal. disput. 1. puncto 4. n. 8. in f. Zoësius de clandestinâ desponsas. n. 6. P.*  
*Wiestner de imped. can. conjug. part. 2. art. 17. n. 6. Bossius de matrimonio cap. 1.*  
*§. 7. ubi n. 14. cum Sanchezio d. loc. n. 6. nè quidem illo casu, quo puberes, clan-*  
*destinè contrahentes, habuerunt animum, per illum contractum matrimonij clan-*  
*destini sese obligandi ad contrahendum in futurum, obligationem sponsaliorum*  
*admittit, eò quòd contractus externus omninò nullus sit, & sola intentio sine actu*  
*externo valido, intentionis significativo, non possit obligare ad sponsalia, ut*  
*quæ sunt contractus inter homines, quibus non licet intueri cor.*

Deniquè opinioni huic suffragatur solida ratio: nam ex actu, cui jura to-77  
 taliter & absolutè resistunt, nulla penitus legitima obligatio, nec matrimonial-  
 is, nec sponsalitia potest confurgere *arg. l. 5. cod. de ll. & l. 21. §. 1. cod. de testa-*  
*mentis.* atqui matrimonio clandestino puberum Concilium Tridentinum totali-  
 ter & absolutè resistit, *id est d. cap. 1.* simpliciter annullando, & personas ad sic  
 contrahendù omninò inhabilitando, ergò ex matrimonio clandestino puberum in  
 loco recepti Tridentini nulla penitus legitima obligatio, nec matrimonialis, nec  
 sponsalitia potest confurgere.

Hinc etiam proum est ostendere, neque ex juramento, ejusmodi matri-78  
 moniali contractui adjecto, obligationem aliquam oriri: non enim obligatori-  
 um est juramentum contrà bonos mores præstitum, aut bono publico adver-  
 sùm *cap. 12. de foro competent. cap. 18. cap. 28. de jurejurando. cap. 2. de pactis.*  
*in 6. cap. 58. de R. l. in 6.*

Laymann Theol. moralis lib. 5. tract. 10. part. 1. de sponsal. cap. 1. n. ult. & 79  
 alij contrà sentientes argumentantur primò hoc modo: sacra Tridentina Syno-  
 dus *d. sess. 24. cap. 1.* matrimonia clandestina non irritat, nisi ut matrimonia, nam  
 paulò ante verba: *ad sic contrahendum omninò inhabiles reddis &c.* leguntur  
 verba: *matrimonium celebretur &c.* ut proinde sensus sit; attentantes matri-  
 monium contrahere sine parocho & testibus, inhabiles redduntur ad ita contra-  
 hendum NB. matrimonium, & ejusmodi matrimoniales contractus sunt irriti:  
 ergò matrimonium clandestinè contractum valet saltem in vim sponsalium.  
 R. negando confictum in antecedenti sensum: tum quia eidem refragatur de-  
 claratio Cardinalium suprâ n. 75. à nobis adducta: tum quia, si sensus ille verus  
 esset, falsum esset, quòd contrahentes sint omninò inhabiles, quòd contractus sit  
 omninò irritus & nullus &c. quæ tamen omnia dilucidè habentur in *d. sess.*  
*24. cap. 1.*

Secundò sic arguunt: si actus non valet, ut agitur, valet saltem eo modo, 80  
 quo valere potest *arg. l. 13. ff. de seruicibus.* atqui matrimonium clandesti-  
 num non valet, ut agitur, siue ut matrimonium, ergò valet saltem ut sponsalia,  
 quorum valosi non obstat clandestinitas.

actus ob defectum præcisè causæ efficientis non valet, ut agitur, valet saltem eo modo, quo valere potest, prout contingit in matrimonio impuberum, habente debitam formam, ac duntaxat ob defectum ætatis contrahentium claudicante *arg. cap. un. vers. idem quoque. de desponsatione impuberum in 6.* concedo majorem, si actus tam ob defectum causæ efficientis, quam causæ formalis non valet, ut agitur, valet saltem eo modo, quo valere potest, nego majorem *arg. c. 8. de renunciatione.* atqui matrimonium clandestinum tam ex parte causæ efficientis, cum Tridentinum contrahentes reddat inhabiles, quam ex parte formæ, cum desit solemnitas essentialis in Tridentino requisita, non valet ut matrimonium, concedo minorem, matrimonium clandestinum præcisè ex parte causæ efficientis non valet ut matrimonium, nego minorem & consequentiam.

81 Tertiò obiiciunt impuberes de præsentì contrahentes matrimonium ob defectum ætatis invalidum, ac existimant, quòd, cum horum matrimonium flectatur in valida sponsalia per *d. cap. un. vers. idem quoque. de desponsatione impuberum in 6.* etiam matrimonium puberum, ratione clandestinitatis invalidè contractum, flecti debeat in valida sponsalia. Sed ratio discriminis petenda est ex responsione ad præcedentem objectionem datà: matrimonium impuberum nullum est duntaxat ob defectum se tenentem ex parte causæ efficientis, quo casu, si non valet actus eo modo, quo agitur, saltem illum sustineri diximus eo modo, quo potest, cum mens contrahentium sit, aliquid agere, cuius non resistit. e contra matrimonium puberum, ratione clandestinitatis invalidè contractum, inluper nullum est ob defectum se tenentem ex parte formæ, quam mens contrahentium non supplet.

82 Dixi, *matrimonium impuberum ob defectum ætatis invalidum flecti in sponsalia.* Quid si autem invalidum esset ratione clandestinitatis. adhuc flecteretur in sponsalia. nam concilium Tridentinum solummodò irritat matrimonia clandestina, quæ antecedenter reputabantur valida, non verò ea, quæ ex alio capite absolutè fuerunt nulla, veluti matrimonii impuberum *d. cap. un. confer. Magnif. D.P. König p.m. de clandestinâ desponsat. §. 7. n. 28. in fin.*

83 Covertitur 2. Utrum matrimonium, coram parochò & testibus celebratum, sed ob impedimentum occultum invalidum, sublato impedimento rursùs coram parochò & testibus celebrari debeat?

Iteratam celebrationem, si sine incommodo fieri possit, ad tollendos scrupulos omnibus consulo, necessariam autem tam parùm existimo, quam parùm credo, hunc casum sacræ synodi decreto *de reformatione matrimonij sess. 24. cap. 1.* contineri; censeo itaque sufficere, si conscij prioris nullitatis occultè renovent mutuum consensum sive verbis, sive affectu conjugali habendo copulam, sive alio quovis signo ergà se invicem cum experimente, dummodò tamen impedimentum non sit publicum, aut probari possit, vel tempore celebrati matrimonij parochò aut testibus extra confessionem notum fuerit. Probatum:

præsentia parochi & testium ab Ecclesiâ in d. c. 1. eo fine, eâve ratione requiri-84  
tur, ut in foro externo sibi constare queat de matrimonio celebrato, possitque,  
sicuti necessitas exegerit, conjuges pœnis canonicis cogere ad servandum ma-  
trimonium, in facie Ecclesiæ contractum. atqui, quando impedimentum, quod  
subest, est occultum, matrimonij celebratio autem publica, tunc in foro externo  
Ecclesiæ jam sufficienter constat de matrimonio celebrato; ergò quando impedi-  
mentum, quod subest, est occultum, matrimonij celebratio autem publica, ite-  
rata matrimonij celebratio coram parocho & testibus non est necessaria.

Dixi tamen 1. *dummodo impedimentum non sit publicum, aut probari possit.* 85  
In his enim circumstantiis non vitarentur incommoda, quibus matrimonium  
elandestinum est obnoxium. nam quid facilius, quàm ut partes, clam validè  
contrahentes, impedimento publicè probato, cum perpetuo adulterio ad secun-  
da vota transeant! cui malo Ecclesia, utpotè occultæ matrimonij convalidationis  
ignara, occurrere non posset, cogendo partes, ut primo matrimonio inhæreant,  
sed deberet eas potiùs ad secundum, in facie Ecclesiæ, esto nulliter celebratum,  
servandum compellere.

Dixi 2. *vel tempore celebrati matrimonij parocho aut testibus extrâ confes-* 86  
*sonem notum fuerit.* notum si fuerit, non possent memoratæ personæ de va-  
lore matrimonij, ad quem testandum ab Ecclesiâ sunt constitutæ, sed potiùs de  
nullitate ejus testimonium perhibere; quod procedit, licet alterutri duntaxat  
ex testibus impedimentum fuerit cognitum tempore, quo matrimonium con-  
trahebatur, quia tunc jam non adesset ex præscripto Tridentini sufficiens nume-  
rus testium ad testimonium perhibendum de valore matrimonij. ita tenent Sa- 87  
*chez de matr. lib. 2. disp. 37. n. 3. & seqq. Bonacina q. 2. punct. 10. proposit. 1. n. 5.*  
*Zoës, de clandestinâ desponsatione n. 17. Layman Theol. moral. l. 5. tract. 10. p. 4.*  
*cap. 14. n. 4. Pirhing. de clandest. desponsatione §. 1. n. 8. Clariss. D. P. Jacobus*  
*Wex de sponsal. p. 2. contr. 6. n. 13. Clariss. D. P. Jacobus Wiestner de impediment.*  
*can. conjug. p. 2. art. 17. n. 10.* Robur maximum adjicit sanctus Pius V. Triden-  
tinum conformiter nostræ sen tentiæ declarans, & praxis sacræ pœnitentiariæ.

Obijecitur 1. Quotiescunque versamur in materiâ concernente valorem Sa- 88  
eramentorum, non licet sequi sententiam solum probabilem, relicta tutiore, sed  
oportet sequi in praxi sententiam tutiorem, seu quam sequendo certi sumus de  
valore Sacramenti, cum ab Innocentio XI. 2. Martij anno 1679. damnata fue-  
rit propositio: *n. n. est illicitum, in Sacramentis sequi opinionem probabilem de va-*  
*lore Sacramenti, relicta tutiore.* est prima ex 65. atqui hic versamur in materiâ  
concernente valorem Sacramenti matrimonij; & sententia nostra videtur so-  
lum probabilis, contraria tutior; ergò non licet sequi nostram. N. 1. ne-  
gando alteram partem minoris. quamvis enim authores quidam stent pro parte  
oppositâ, nostra tamen sententia adhuc certa est à principiis intrinsecis, adeo que

non miuâs, sed omninò tuta, & reddens contractum ac matrimonium certo validum. ita *Joan. de Cardenas in Crisi Theol. dissert. 2. cap. 8. art. 13. q. 2. proposit. 1. n. 665. n. 2.* dato etiam, sed in præjudicium veritatis non concessò, quòd sententia nostra secundùm se & quoad principia sibi propria ac intrinseca solum probabilis esset, eam tamen à aliis principiis extrinsecis, puta, consuetudine Universalis Ecclesiæ, tribunalium ecclesiasticorum, favore matrimonij &c. elevari ad gradum certitudinis, prout hæc omnia latius explicat *Joan. de Cardenas d. cap. 8. art. 3. n. 53 I. & seqq.*

89 Objicitur 2. formâ actui; à lege præscriptâ, & non servatâ, actus redditur nullus. Atqui contractui matrimoniali Tridentinum pro formâ præscripsit præsentiam parochi & testium, ergò sinè hac contractum aut renovatum matrimonium redditur nullum. *n.* Distinguendo minorem, Tridentinum pro formâ præscripsit præsentiam parochi & testium contractui matrimoniali, qui jure antiquo censebatur clandestinus, & ex quo, quia initus probari non potuit, gravissima oriebantur incommoda, propter quæ Ecclesiâ matrimonia clandestina semper est detestata. *d. c. I. de reformat. matr.* concedo minorem, præscripsit contractui matrimoniali, qui jure antiquo non habebatur pro clandestino, & ex quo, in facie Ecclesiæ ob impedimentum omninò occultum nulliter contracto, non poterant oriri incommoda illa, quibus matrimonia clandestina alias erant obnoxia, nego minorem, & sic distincto consequenti nego consequentiam.

90 Objicitur 3, matrimonio de novo contrahendo pro formâ præscripta est præsentia parochi & testium. atqui matrimonium, ob impedimentum occultum nullum, est de novo contrahendum, ergò matrimonio, ob impedimentum occultum nulli, præscripta est præsentia parochi & testium, *n.* dist. majorem: matrimonio, tam quoad præstationem consensûs, quàm quoad præsentiam parochi & testium, de novo contrahendo, præscripta est præsentia parochi & testium, concedo, matrimonio, solum quoad præstationem consensûs, de novo contrahendo, præscripta est præsentia parochi & testium, nego majorem. atqui matrimonium, ob impedimentum occultum nullum, est de novo contrahendum quoad præstationem aut repetitionem consensûs, concedo, quoad præsentiam parochi & testium, nego minorem & consequentiam.

91 Objicitur 4. responsum Clementis VIII. quo, ut ejusmodi matrimonium, consensu clam parochi & testibus renovato, denuò contraheretur, dispensavit. item opponitur Diploma Bullæ cruciatæ, quo, dum istius commissario conceditur facultas dispensandi, ut ejusmodi matrimonia denuò sinè parochi & testibus contrahantur, satis indicatur, sinè dispensatione aliter, quàm ijs præsentibus, contrahi non posse. *n.* Recens adductas dispensationes exaudiendas esse, vel de casu impedimenti occulti, quod probationi obnoxium, vel de majori securitate & tranquillitate conscientiarum, cujus obtinendæ gratiâ, aut dubietatis

annis removendæ ergò peti ac concedi solent dispensationes. *Sanchez d. disp. 37. n. ult.*

Decimum quartum & ultimum impedimentum dirimens est raptus seu violenta abductio fœminæ, Si quis enim fœminam invitam è loco, ubi morabatur, in alium moraliter diversum matrimonij contrahendi gratiâ violenter abduxerit, non potest illam ducere, quamdiù loco tuto non fuerit reddita. *Concil. Trid. d. sess. 24. c. 6.* Triâ itaque concurrant, necesse est, ut impedimentum hoc consurgat. 1. Requiritur, ut raptus mulieri sit violentus & involuntarius: si consentiat illa, impedimentum hoc non inducitur, esto parentes sint invitæ, quia non his favere, sed libertati matrimonij consulere Concilium Tridentinum voluit. *Sanchez d. lib. 7. disp. 13. n. 13. Pirbing ad lib. 5. decret. tit. de raptoribus. n. 27.* 2. Requiritur, ut mulier matrimonij contrahendi gratiâ sit abducta, non libidinis faciendæ, aut finis alterius obtinendi ergò. *Sanchez d. disp. 13. n. 4.*

Scio equidem, *Bonacinam de matr. q. 4. puncto pen. n. 2.* sustinere, quòd impedimentum hoc consurgat, esto mulier solius fornicationis gratiâ sit rapta. Sed displicet hæc sententia, cum finis Tridentini fuerit, consulere libertati matrimonij, & impedire, ne homines viâ tam in solidâ ad matrimonium pervenire allaborent: ad finem autem hunc obtinendum opus non erat, matrimonium illo etiam casu irritari, quo mulier non conjugij, sed alterius rei causâ fuit abducta. 3. Requiritur, ut ducatur fœmina eo loco & tempore, quo moratur in potestate raptoris: extrâ potestatem raptoris constituta, & in loco tuto collocata si consentiat, tenet matrimonium. *Concil. Trid. d. c. 6. Sanchez d. disp. 13. n. 7. Confer. Less. de F. & F. lib. 4. cap. 3. dubis. 9. n. 66.*

## P A R S III.

### De Legitimatione per sublequens Matrimonium.

#### S U M M A R I A,

1. Definitur legitimatio in genere, ac dividitur.
2. Definitur legitimatio per sublequens matrimonium.
3. Adscribitur juri tum Pontificio, tum Casaræ.
4. Materiam ejus constituunt olim liberi ex concubinâ, hodie ex virgine aut viduâ honestè vivente suscepti.
5. Locum habet hac legitimatio, esto tempore conceptionis fœmina uxor esse non potuerit.
6. Solvuntur contraria.
7. Sint matrimonio non procedit.
8. Sufficit tamen matrimonium in articulo mortis contractum.
9. Consensus quoque liberorum tam de jure canonico, quam civilis interveniat, necesse est.
10. Instrumenta dotalia hodie non requiruntur.
11. Assignantur legitimatiõnis hujus effectus tum generalis, tum specialis.
12. Quo se etiam ad successiõnem in feudis extendit.
13. Solvuntur objectiones.
- 14.

*legitimatō per subsequens matrimonium non tribuit jus primogenituræ. 15. overuntur fundamenta contraria.*

1 **S** Actis de primâ causâ inductivâ patriæ potestatis. Secundò inducitur patria potestas per legitimationem, quæ definitur, quòd sit actus, quo liberi illegitimi efficiuntur legitimi.

Dividitur in legitimationem per subsequens matrimonium, per rescriptum Principis, & per oblationem curiæ.

### §. I.

2 **L** Egitimatio per subsequens matrimonium definitur, quòd sit actus, quo liberi illegitimi per matrimonium, inter suos parentes ex post facto contractum, efficiuntur legitimi.

### §. II.

3 **C** AUSA efficiens hujus legitimationis est vel remota, vel proxima. Remota est jus tùm Canonicum, tùm civile in *cap. tanta 6. qui filij sunt legit. §. ult. Iust. h. t. l. 5. l. 10. l. 11. Cod. de naturabilibus liberis. nov. 12. cap. 4. nov. 18. cap. 4. in f. nov. 19. nov. 74. nov. 78. cap. 4. nov. 89.* neque enim matrimonium suapte indole & naturâ vim legitimandi obtinet, sed prærogativam hanc juri positivo refert in acceptis. *Franc. Mantica de conjecturis ult. volunt. lib. 11. tit. 12. n. 1.*

Causa efficiens proxima legitimationis hujus est subsequens matrimonium, inter parentes liberorum illegitimorum contractum: hoc enim juxta citatos utriusque juris textus ex legislatorum voluntate operatur, ut liberi efficiantur legitimi.

### §. III.

4 **M** Ateria sive objectum legitimationis hujus sunt liberi naturales: quo nomine designantur liberi nati ex concubinâ, sive tali foeminâ, quam quis unicam in formâ & figurâ conjugij generationis gratiâ domi retinuit, citrà affectum tamen maritalem. *l. 144. ff. de V. S. d. nov. 89. c. 12. §. 4.* atque hi soli liberi jure nostro legitimari possunt per subsequens matrimonium. Neque tamen hinc sequitur, legitimationi per subsequens matrimonium locum amplius non esse. Cum enim procedat spectato jure Justiniano, hodieque procedet; nam legitimatio per subsequens matrimonium prodest Republicæ, cujus intereſt, abundare civibus legitimis, & passim adhuc frequentatur; ergò signum est, quòd hodieque locum habeat. Sanè jus canonicum esto non suffragetur concubi-

obscuro, patrociniatur tamen legitimationi per subsequens matrimonium: ergo legitimatio hæc hodieque locum habet, licet concubinitus non habeat.

Dices: liberi, suscepti ex congressu prohibito, legitimari non possunt per subsequens matrimonium: atqui extrâ matrimonium hodie congressus omnis est prohibitus: ergo hodie non dantur, qui legitimari possint per subsequens matrimonium. *¶* Dist. majorem: liberi, suscepti ex congressu prohibito, legitimari non possunt per subsequens matrimonium, si præcisè spectetur legislatio Justinianea, esto, si spectetur legislatio Pontificia, & illa, cui praxis autoritatem dedit, nego majorem & consequentiam. Legislationem Justinianeam si spectes, soli liberi ex concubinâ suscepti legitimari possunt per subsequens matrimonium; sed jus Pontificium & praxis ulterius progressa est, ac, postquam concubinitus displicuit, legitimationem ad illos liberos produxit, qui ex virgine aut viduâ honestâ nati sunt. *Clariff. D. P. Schmier d. p. 2. cap. 3. sect. 2. §. 2. n. 58. & 82.*

Illud in controversiam deduci video, utrum legitimatio hæc locum habeat, si proles concepta sit ex tali fœminâ, quæ tempore conceptionis uxor esse non potuit, sive, ut verbis aliis statum quæstionis proponam, an proles, ex coitu adulterino concepta, legitimetur per subsequens matrimonium, si impedimentum aut nativitatem prolis fuerit sublatum?

Negant ex Theologis *Layman lib. 5. Theol. mor. tr. 10. part. 3. cap. 5. n. 2.* Ex Canonistis *Pirhing ad tit. qui filij sunt legitimi. §. 5. n. 34.* Ex Civilistis *Bachov. in Frensl. vol. 1. diff. 2. th. 6. lit. f. Perez in Cod. de natur. liberis. n. 12.* *Clariff. D. Doct. Gleise p. m. part. 1. selectar. quest. 7. n. 4.* & alij à his relati.

Affirmant ex Theologis *Atolina de F. & F. tr. 2. disp. 172. n. 4.* *Hauhold. de F. & F. tom. 1. tr. 4. cap. 3. controu. 1. n. 125. & seqq. Sanchez de matr. lib. 8. disp. 7. n. 19.* Ex Canonistis *Covar. in 4. decret. p. 2. C. 8. §. 2. n. 2.* *D. P. Schmier d. §. 2. n. 75.* Ex Civilistis *Mantica cit. tit. 12. n. 5.* *Stryck de success. ab intest. dissert. 1. c. 2. §. 68. in f. Fach. 3. contr. cap. 50.* *Jovan. Faber ad S. ult. F. h. r. n. 3.* & alij. Probatur hæc posterior sententia textibus luculentis in *l. 5. §. 2. l. 7. ff. de statu hominum. l. 111. Cod. de naturalibus liberis. nov. 89. cap. 8. §. 1.* in quibus omnibus locis perspicuè dicitur, quòd in dubio, utrum oporteat conceptionis, an nativitatis tempus intueri, non illud, sed hoc inspicere debeat, propter filiorum utilitatem: & econtrâ, si contigerit, tales aliquas excogitari circumstantias casuum, in quibus est utilius conceptionis tempus, quàm partûs, illud tempus magis valeat, quod est utilius nascenti. Ergo esto proles concepta sit ex tali fœminâ, quæ tempore conceptionis legitima uxor esse non potuit, si tamen esse potuerit tempore nativitatis, proles per subsequens matrimonium legitimabitur, quia in tali casu tempus nativitatis, utpote proli favorabilius, inspicere debet. Probationes aliæ ex solutione objectionum patebunt. Itaque



Objiciuntur 1. varij juris textus, ut *§. ult. f. b. t. l. 11. Cod. de natur. lib. nov. 89. c. 8. nov. 117. c. 2.* ubi legitimatio eo solum casu procedere dicitur, quo liberi suscepti sunt ex muliere, cum quâ poterat haberi concubium, cujus matrimonium minimè legibus interdictum fuerat &c. Ergò si tempore conceptionis proles fuerit adulterina, si mulierem cognoveris, cum quâ tempore conceptionis legitima non potuit esse consuetudo, macula talis per subsequens matrimonium non abstergitur, licet mater in tempore, quo, impedimento sublato, poterant intercedere justæ nuptiæ, enixa fuerit. 2. Allegatis textibus id probari, quod in quæstionem deductum non est, nimirum liberos conceptos & natos simul tempore, quo matrimonium inter parentes eorum stare non poterat, per subsequens conjugium non legitimari, de quo nemo dubitat. Quòd autem prædicti textus de hoc casu loquantur, sufficienter ex ipsis in contrarium adductis juribus colligere licet, in quibus omnibus similia verba inveniuntur: *procreatus, liberos habens, sustulerat, &c.* quæ nativitatem simul cum conceptione important. Certè si *legem 11. Cod. de natural. liberis.* non nihil penitus intueamur, tantum abest, ut illa sententiæ nostræ refragetur, ut potius eidem egregiè suffragetur. Nam id, quod initio per verba, *cum quâ poterat habere concubium &c.* obscurum, ac dubiis variis obnoxium proponit, circa finem clariori tenore exponit, ac generaliter definit, ut semper in hujusmodi quæstionibus, in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis, sed partûs tempus inspiciatur favore liberorum, exceptis iis, in quibus conceptionem magis approbari, infantium conditionis utilitas expostulat.

Objic. 2. textus in *l. 5. Cod. d. t.* ubi ad hoc, ut legitimatio per subsequens matrimonium locum habeat, femina, quæ antè concubina fuit, in uxorem ducatur, necesse est. Atqui in nostro casu supponitur femina adultera, non concubina; ergò in nostro casu legitimatio locum non habet. 2. 1. Argumento hoc probari nimium, adeoque nihil: probatur enim, hodie nullam amplius utilitatem esse legitimatiois per subsequens matrimonium, quoniam hodie, prout olim, concubinæ non amplius dantur, & extrà matrimonialem nullus congressus est permissus. 2. 2. Esto in nostro casu supponatur femina adultera, contractam tamen per adulterium infamiz notam subsequenti matrimonio ad effectum legitimatiois favore proles deleri, ac eam, quæ à parte rei adultera fuit, talem non censi. Et sanè si proles nata ex muliere, quæ tempore conceptionis verè ancilla, & tempore duntaxat nativitatis libera erat, ingenua nascitur. *Princ. f. de ingenuis.* Cur non etiam proles nata ex muliere, quæ tempore conceptionis verè adultera, & tempore nativitatis legitima uxor esse poterat, deberet censi per subsequens matrimonium legitimanda, cum non sit minor favor consequenda legitimitatis, quàm libertatis.

Objic.

Objic. 3. *cap. 6. qui filij sint legitimi*, ubi, postquam Alexander III. Pontifex Maximus matrimonio vim dedisset legitimandi liberos antea genitos, iubenit: *quodsi autem vir vivente uxore sua aliam cognoverit, licet post mortem uxoris eandem duxerit, nihilominus spurius erit filius, & ab hereditate repellendus.* Ergo statuit Pontifex, prolem ex eâ muliere conceptam, quæ tempore conceptionis legitima uxor esse non potuit, objectum capax legitimatæ per subsequens matrimonium non constituere, sed spuriam permanere.

2. Pari modo, quo ad primam objectionem: videlicet, textu dicti *capit. 6. Fideliter allegati*, contineri etiam illa verba: *si ex ea prolem susceperit.* Ergo loquitur Pontifex de prole conceptâ & natâ ex muliere eo tempore, quo legitima cum illa non poterat intercedere copula: Nam terminus, *suscepit*, ad solum conceptionis tempus coarctari non potest.

Objic. 4. textum in *l. 11. ff. de statu hominum*, ubi habetur, quod proles ex filiâ, quæ sine consensu patris de jure civili invalide nupsit, concepta, maneat illegitima, quantumvis tempore nativitatis patre jam mortuo matrimonium potuerit subsistere. Ergo non semper favore prolis tempus nativitatis, etiam id ei sit utilius, inspicitur.

3. Oppositum textum non facere ad rem, quia matrimonium, initio ob defectum paterni consensûs nullum, per solam patris mortem non efficiebatur validum *arg. l. 65. ff. de ritu nups.* Adeoque nisi novo partium consensu matrimonium firmatum fuerit, tanquam nullum non potuit producere effectum legitimatæ. Contrâ nos supponimus, sublato impedimento, quod tempore conceptionis subsistit, verum & legitimum matrimonium postea à parentibus legitimandi fuisse initum.

Objicit 5. *Bashov. in Trasl.* Hoc modo: Legitimatio fit per fictionem retrotractionis ad tempus conceptionis, hoc est, idem liberi legitimantur per subsequens matrimonium, quia fictione juris statim tempore conceptionis censentur ex justo coitu oriundi: ergo si tempore conceptionis inter parentes eorum non potuit subsistere matrimonium, non possunt legitimari, quia non possunt fingi, ex justo matrimonio concepti.

4. Neg. antec. ex eo præcisè, quod legislatores tanto honore justum matrimonium prosequi voluerint, ac jusserint, ut liberi extrâ licitum complexum suscepti in ordine ad effectus juris post contractas nuptias agnoscantur pro legitimis, jam censentur legitimi: nullâ fictione opus est: imò non potest in proposito fingi retrotractio, quia ubi existentia conditionis pendet à consensu partium, uti pendet in legitimatæ per subsequens matrimonium à consensu liberorum, de quo mox citrà formam dicitur, locum non habet retrotractio *arg. l. 9. §. 1. ff. qui potiores in pignore.* Confer. *Brunneman ad d. l. 9. §. 1. & l. 11. §. 1. d. 1. Franzk. ibid. n. 23. & seqq. Lauerbach eod. §. 9. Carpzov. part. 3. J. F. const. 28. definit. 120.*

## §. IV.

7 **F**orma legitimationis hujus defumitur à requisitis. Requiritur autem ad legitimationem hanc primò, ut matrimonium cum liberorum illegitimorum matre legitimè contrahatur. *l. 10. Cod. de natural. lib. nov. 89. cap. 8.* Neque refert, primum sit, an secundum, ex priore matrimonio liberi legitimi adsint, necnè, *nov. 12. cap. 4. P. Schmier d. §. 2. n. 66.*

Planè ex sponsalibus de futuro effectus hic non confurgit, quia jura passim loquuntur de matrimonio, quo vocabulo sponsalia de futuro non designantur.

8 Dubitatur, possintnè liberi legitimari per subsequens matrimonium etiam in articulo mortis contractum?

¶ Possè, si articulus mortis cum latitudine quâdam sumatur, non pro illo ipso momento, quo anima recedit à corpore. *Barb. ad c. 6. qui filij sint legit. n. 8. P. Engel ibid. n. 9.* Nam etiam moriturus potest matrimonium contrahere, quia nuptias consensus facit, & maritalis affectio, non concubitus. *l. 32. §. 13. ff. de donat. inter virum & uxorem. l. 15. in f. ff. de condit. & demonstrat. l. 30. ff. de R. F.* Ergò etiam in articulo mortis procedit legitimatio, quia procedit matrimonium.

Objic. ut teneat matrimonium, debent partes ad usum matrimonij esse habiles, neque enim nupta videtur, quæ virum pati non potest. *l. 30. ff. quando dies legatorum cedat.* Atqui moriturus ad usum matrimonij non est habilis, ergò moriturus inire non potest matrimonium. ¶ Dist. majorem: ut teneat matrimonium, debent partes ad usum matrimonij esse habiles, per se & ex naturâ rei, estò, tam per se, quàm per accidens, nego. Momentum mortis incertum est; sæpè enim desertus à medicis convaluit. Undè moriturus ex naturâ rei non est inhabilis ad usum matrimonij, sperat enim, dum spirat, fore ut convalescat. Quòdli mors spem ipsius fallat, casus fortuitus liberis nocere non debet *arg. d. l. 11. Cod. de natural. liberis.* Confer *Clariff. D. P. Schmier d. §. 2. n. 61.*

9 Secundò requiritur, ut, si liberi ejus ætatis sint, ut consentire possint, in legitimationem consentiant, vel adulti facti eandem non revocent. Nefas enim videtur, filium invitum in potestatem patriam redigi, cum neque patribus permissum sit, invitis filiis jus patriæ potestatis solvere. *l. ult. ff. de his, qui sui vel alieni juris sunt. nov. 89. cap. 11. in princ.* Et hoc quidem de jure civili expeditum est.

Utrùm verò idem obtineat de jure Canonico? Magna inter DD est controversia. Sententiam negativam post alios sultinet *Christoph. Haunold. de F. & J. tom. 1. tr. 4. cap. 3. controuv. 1. n. 121.* Motus tum *cap. 6. qui filij sint legitimi*, ubi vis legitimandi tribuitur matrimonio, non consensui liberorum, tum quòd liberi dissensu suo impedire nequeant valorem matrimonij, adeoque nec legitima-

tio-

tionem, tum denique quòd jus civile nihil possit disponere circà matrimonium, utpotè lege evangelicà ad naturam Sacramenti elevatum.

Verum verior sententia nobis videtur affirmativa, quam tenent *Hunn. lib. 1. var. resolut. q. 30. Fach. 3. contr. cap. 54. Clariff. D. Doct. Gletle p. m. p. 1. select. q. 8. n. 2. P. Schmier d. loc. n. 92.* Nam consensus liberorum in legitimationem requiritur jure civili *dd. textibus.* Ergò etiam jure canonico, quia capitulum nullum reperias, quo Pontifex à jure civili hoc in passu recesserit. *Confer. c. 1. de N. O. N.*

Ad rationes *Hannoldi* & aliorum contrà sentientium, & quidem ad primam. *R.* Vim legitimandi tribui matrimonio, non quomocunque, sed eo modo contracto, quo leges volunt: Leges autem volunt, ut liberi in legitimationem consentiant. Ad secundam *R.* matrimonium legitimationem non operari subapte naturà, sed in quantum substat dispositioni juris positivi: cum igitur hoc consensum liberorum requirat, sine consensu vim legitimandi non habet. Ad tertiam *R.* Matrimonio non induci legitimationem sub ratione Sacramenti, sed in quantum matrimonium dicit contractum civilem ac politicum; adeoq; dum jus civile hoc in passu disponit de matrimonio, disponit in materià profanà & politicà.

Tertiò juxtà nonnullos requiritur, ut interveniant instrumenta dotalia; <sup>10</sup> ubi tamen Doctores mirè variant: Nam *Mantisa d. tit. 12. n. 7. P. Engl d. loc. n. 10. Fach. 3. contr. c. 51. Vin. ad S. ult. F. h. t. n. 4. Harp. ibid. n. 5.* Divortium admittunt inter jus civile & canonicum. De illo, dicunt requiri instrumenta, eò quòd in omnibus legibus, in quibus de legitimatione agitur, horum instrumentorum fiat mentio, positis sæpè duobus ablativis absolutis, qui in conditionem resolvuntur. *d. S. ult. F. h. t. §. 2. Inst. de hered. qua àb intest. deser. l. 5. §. 6. 10. & 11. Cod. de natur. lib. nov. 12. cap. 4. nov. 18. c. ult. nov. 19. nov. 78. c. 3. nov. 89. c. 8.* Econtrà jure canonico non requiri.

*Ant. Gabrielius commun. conclus. lib. 6. de legit. concl. 1. n. 12.* Sustinet, ita demùm de jure civili necessaria esse instrumenta dotalia, si supersint alij filij legitimi, pro quâ opinione adducit *Baldum in l. 20. Cod. de donat. antè nupt.*

Viam planè diversam insistent *Scharfshmid. exercit. ad nov. 5. th. 48. Hannold. d. contr. 1. n. 124. Zoësius ff. de concub. n. 15. Struv. exercit. ad pand. 3. th. 50. & in evolut. ibid. q. 2.* Qui simpliciter volunt, neque uno, neque altero jure instrumenta dotalia pertinere ad substantiam legitimationis, proindeque oppositos juris civilis textus saltem de meliòri probatione exaudiendos esse, sine quâ illo tempore, quo sine solemnitate aliâ solo affectu nuptiæ contrahebantur *nov. 117. c. 4.* de mutatâ affectione concubinariâ in maritalem constare non potuit. Quidquid ex his respicendo antiqua tempora verius sit, hodie teste *Samuele Strykio in usu moderno pand. ad tit. de his, qui sui vel. alien. juris sunt. §. 20.* Ad legitimationem sufficit matrimonium sine ullis instrumentis dotalibus.

contractum, cùm de veritate initi matrimonij per præsentiam parochi & testium constare possit.

### §. V.

**E**ffectus hujus legitimationis est vel generalis, vel specialis. Generalis est quòd prior macula, quæ liberis ex copulâ illicitâ parentum adhærebat, eluatur, & liberi deinceps pro ijs habeantur, ac si in matrimonio justo editi fuissent. *d. §. ult. F. h. t. c. 6. qui filij sint legit. l. 10. Cod. de natur. lib. nov. 12. cap. ult. nov. 89. c. 8. in princ.* Effectus speciales sunt, quòd legitimatedi transeant in potestatem patriam, admittantur ad collegia opificum, *Carpz. Jurispr. for. p. 2. const. 6. def. 12. n. 3. Richer p. 2. decis. 80. n. 17. Berlich. p. 2. concl. 39. n. 18.* Officia & dignitates in utroque foro, exceptâ Cardinalitiâ, ob Bullam Sixti V. quæ incipit, *postquam* de Anno 1590. Quòd succedant patri ex testamento & ab intestato. §. 2. *F. de hered. que ab intest. defer. l. 5. Cod. de natur. lib. d. nov. 12. cap. ult.* Præteriti rumpant testamentum per *l. 8. ff. de injust. rupt. irrit. §. 1. F. quibus modis testam. infir. & d. nov. 12. c. ult.* Quòd injustè exhæredatis quærela inofficiosi competat per §. 2. *F. de inoff. testam.* Quòd instituti in minori portione actionem ad supplementum ex *l. 30. Cod. de inoff. testam.* habeant *arg. d. §. 2. ibi: si nullo alio jure &c.*

**I**tem Cæterum hic quæritur 1. an filij naturales, per subsequens matrimonium legitimatedi, ut in allodiis, ita & in feudis, æquè ac legitime nati succedant?

Quæstionem hanc difficillimam, & hæctenus nondum satis expeditam appellat *Harp. ad princ. F. de hered. que ab intestato &c. n. 315.*

Ego tres in eâ invenio sententias. prima sententia affirmat. ita *Molina de F. & F. tract. 2. disp. 172. n. 6. Hannold tom. 1. de F. & F. tract. 4. cap. 3. controu. 1. n. 137. Pirhing lib. 4. Fur. Can. tit. qui filij sint legitimi. §. 5. n. 35. Zoësius ff. de concubinis. n. 7. Samuel Strykius de success. ab intest. dissert. 1. cap. 3. §. 27. & in examine juris feudalis cap. 15. q. 38. Struv. in Synagm. Fur. feud. cap. 9. th. 3. n. 12. Liborius Hatsferus in Analyfi Fur. Feud. cap. 7. pag. m. 67. Schraderus de feudis part. 1. cap. 5. n. 21. Zasius de feudis p. 8. circa f. Borcholt de feudis cap. 7. n. 48. Rosent. de feud. cap. 7. conclus. 18. n. 1. & 2. Wesenbecius de feud. cap. 6. n. 9. quò teste secundùm hanc communem sententiam practicatur, eaque sententiis judicium confirmatur. *Mynsinger cont. §. observat. 42. dicens n. 2.* ita per dominos Camerales decisum esse. *Gail. 2. obs. 141. n. 2. Harp. ad d. princ. Inst. n. 318. Carpzov. p. 3. Jurisprud. for. constit. 28. def. 17. & alij ab his relati.**

Secunda sententia negat. ita *Vulteius de feudis lib. 1. cap. 9. n. 94. Sonbeck de feud. p. 9. n. 72. Niellius de feud. disp. 5. th. 7. lit. D. Gothofredus Antonius de feud. disp. 5. th. 6. lit. C. Mauris. posit. Fur. feud. contr. decade 9. §. 1. Gueinzius in suo jure feud. tit. 26. pag. m. 124. Wilhelm. Ludovell tr. 5. de success. feud.*

*feud. cap. 2. n. 2, pag. m. 167. Bachov. in Tract. vol. 1. diff. 2. tb. 6. Lit. F. Hann. lib. 3. var. resolut. tract. 1. q. 11. Habn ad Wesenbec. tit. de his, qui sui vel alieni juris sunt. n. 2. Clariss. D. Doct. Glesle p. m. assert. jurid. 72. & alij, quos hi referunt.*

Tertia sententia distinguit, ac referre existimat, utrum feudum pro liberis legitimis concessum fuerit, an verò nominatim datum sit pro liberis legitimè descendentibus? priore casu ad successionem feudi admittit legitimatos per subsequens matrimonium, posteriore arcet. ita *Curtius junior de feudis parte 2. memb. 2. n. 41. & alij relati àb Andrea Fach. 7. controv. cap. 51.*

Placet sub vexillis primæ sententiæ stipendia mereri, quam unicâ, sed efficaci ratione probo: quotiescunque casus aliquis feudorum placitis expressè non est decisus, toties decisionem ejus ex jure communi petere convenit 2. *Feud. 1. in f.* atqui feudorum placitis nuspiam clarè decisum est, an liberi per subsequens matrimonium legitimati succedant in feudo, nec nò, prout patebit ex solutione objectionum, ergò casus iste decidi debet ex jure communi. Subsumo: Jus commune tam Canonicum, quàm civile liberos per subsequens matrimonium legitimatos perindè, ac legitimè natos ad successionem admittit. c. 6. *qui filij sunt legitimi. §. h. e. f. de nupt. §. 2. f. de heredit. qua àb intestato deferuntur: l. 5. l. 10. l. 11. Cod. de naturalibus liberis nov. 12. cap. ult. nov. 18. cap. 4. in f. nov. 19. nov. 74. nov. 78. cap. 4. nov. 89. cap. 8. in princ.* ergò etiam ad successionem feudi admittit. equidem etiam Liberos legitimatos per rescriptum principis cum liberis legitimis in *d. nov. 89. cap. 9. §. 1.* exæquari, non ignoro: at non tanto favore, sicut exæquantur liberi per subsequens matrimonium legitimati; ex quo apparet, utriusque juris loca, paulò antè copiosè adducta, plus non probare, quàm gratum sit patronis hujus sententiæ.

Obijcies 1. textum in 2. *feud. 26. §. 4. vers. naturales*, ubi liberi naturales, licet postea fiant legitimi, à feudi successione generaliter arcentur; ergò etiam liberi per subsequens matrimonium legitimati à feudi successione arcentur; textum enim generalem generaliter oportet intelligere. 2. negando antecedens. Feudista in *memorato vers. naturales*. duplicem quæstionem proponit & decidit. Prima est, an filij naturales succedant in feudo? ad quam generalibus verbis negativè respondet. altera, an liberi, per rescriptum principis aut oblationem curiæ legitimati, jure successionis feudalis gaudeant? hanc pariter simplici negatione resolvit, de legitimatis per subsequens matrimonium altissimum fervans silentium, quod sequenti discursu evinco: Feudista in prælaudato textu loquitur de casu successionis, sive quo vassallus decessit, de cujus successione agitur; ergò loquitur solummodò de legitimatis per rescriptum principis aut oblationem curiæ. Antecedens constat tum ex rubricâ *d. 2. feud. 26.* sic sonante: *si de feudo defuncti contentio sit inter dominum & agnatos vassalli.* tum quia antè mortem patris non rectè quæritur de jure successionis feudalis; imò impium est,

folicitum esse de hæreditate viventis: & illo maximè tempore jus hæredis inspiciendum, quo hæreditatem acquirit l. 49. §. *un. ff. de hered. instit.* tum dicitur quia Feudista ibidem utitur verbo præsentis temporis, *admittuntur*, usus utiq; verbo temporis, *admittentur*, si de successione feudali futurâ, atq; aded de tempore, quo vasallus pater adhuc superstes est, discurreret. consequentia probatur: implicat, à patre vasallo post mortem suam duci concubinam, matrem respectu liberorum naturalium; ergò implicat, post mortem patris vasalli liberos naturales legitimari per subsequens matrimonium: ergò loquitur feudista solummodò de legitimatis per rescriptum principis aut oblationem curiæ.

Instabis: in *sapè cit. 2. feud. 26. vers. naturales &c.* occurrunt particulæ *nec soli, nec cum aliis*: ergò nequit textus exaudiri de liberis naturalibus, per rescriptum principis aut oblationem curiæ legitimatis, cum modi hi legitimatiõnis existente legitimâ sobole non procedant d. nov. 74. c. 1. & 2. d. nov. 89. c. 9.

1. neg. conseq. nam particulæ illæ non pertinent ad legitimatiõnem, sed ad successiõnem, ac sensum faciunt, quòd filij naturales à successiõne feudi excludantur, non eo duntaxat casu, quo alij legitimi filij suppetunt, sed illo quoque, quo hi deficient: ad differentiam bonorum allodialium, ubi liberi naturales spectato jure communi patri in sextante succedunt, si neque liberi legitimi, neque uxor legitima adsit d. nov. 18. cap. 5. & d. nov. 89. cap. 12. §. 4.

Objicies 2. in feudis nulla valet ordinatio patris vasalli. 1. *feud. 8. in princ.* at, si legitimatio per subsequens matrimoniũ liberis sic legitimatis jus tribueret succedendi in feudo, valeret in feudis aliqua ordinatio patris vasalli, cum ipsa legitimatio ordinatio quædã patris foret in ordine ad successiõnem feudi; ergò legitimatio per subsequens matrimoniũ liberis sic legitimatis jus non tribuit succedendi in feudo. 2. distinguendo majorem: in feudis nulla valet directã ordinatio patris vasalli, esto, nulla valet indirectã ordinatio patris vasalli, nego majore, at, si legitimatio per subsequens matrimoniũ liberis sic legitimatis jus tribueret succedendi in feudo, valeret in feudis indirectã aliqua ordinatio patris vasalli, concedo, valeret directã aliqua ordinatio patris vasalli, nego minorem, & consequentiã. dùm pater vasallus concubinam suam ducit uxorem, directè nihil penitus de successiõne feudi ordinat, eò quòd liberi, per subsequens matrimonium legitimati non directè ex facto patris feudũ acquirant, sed ex dispositione juris; quòd liberos naturales mediante matrimonio jubet esse legitimos: tanta enim vis (ait Alexander III. Pontifex Maximus in c. 6. *qui filij sint legitimi*) est matrimonij, ut macula ex concubinariã copulã aspersa abstergetur, ac, qui antea naturaliter sunt geniti, postea in ordine ad successiõnes pro legitimè natis habeantur.

Objicies 3. legitimatio plenum jus agnationis non inducit d. nov. 89. cap. 4. ubi legitimatus in allodio soli patri succedere dicitur, agnatis non etiam: ergò non potest legitimatio tribuere jus succedendi in feudo, quia successio feudalis

dalibus inter agnatos duntaxat, hoc est, ex masculino primo acquirente descendentes locum habet 2. feud. 11. & 50. w. dist. antec. legitimatio per oblationem curiæ plenum jus agnationis non inducit, concedo, legitimatio per subsequens matrimonium plenum jus agnationis non inducit, nego antec. & consequentiam. præcitata *novella* 89. c. 4. agit solum de legitimatione, quæ fit per oblationem curiæ, non de eâ, quæ fit per subsequens matrimonium: illa non confert plenum jus agnationis, sed facit saltem, ut filius consequatur jura legitima in successione paternâ, sive suitatis, non etiam agnatorum, prout magis videre licet *h. t. p. 5. §. 5. n. ult.* econtrâ legitimatio per subsequens matrimonium tribuit legitumato plenum jus agnationis, vi cuius non solum patri, sed agnatis quoque, & cognatis ejus succedere potest *d. c. 6. qui filij sint legitimi. d. nov. 12. in f.*

Objicies 4. naturalis filius, subsequenti matrimonio legitimatus, dedecori foret tum domino feudi, tum paribus curiæ, cum opinio ejus apud bonos & graves viros valde prægravetur: ergo naturalis filius, subsequenti matrimonio legitimatus, non videtur admittendus ad successionem feudi. R. negando antecedens. si enim filius naturalis, non legitimatus, nullâ laborat infamiâ, ita, ut ad decurionatum, aliasque dignitates admittatur *c. 5. dist. 56. c. 10. §. 2. vers. non tamen propter. de renunciatione. l. 26. ff. de pœnis. l. 2. §. 7. l. 3. §. 2. l. 6. princ. ff. de decurionibus. l. 7. C. de nat. liberis. Gabriel Palaotus de nothiis & spuriiis cap. 55. n. 7. & seqq.* multo minus laborabit legitimatus, cum beneficio legitimationis abstergatur levis macula, ex thoro illegitimo contracta.

Objicies 5. iniquum videtur, per filium naturalem legitimatum domino redditum feudi impediri, ac spem succedendi adimi agnatis vasalli legitimantis: at, si filius, per subsequens matrimonium legitimatus, patri in feudo succedit, domino redditum feudi impedit, ac spem succedendi adimit agnatis; ergo iniquum videtur, filium legitimatum in feudo succedere. R. 1. retorquendo argumentum: filij legitime nati faciunt, quod tardius feudum, vel ad dominum redeat, vel ad agnatos transeat; ergo debent à feudi successione excludi.

R. 2. distinguendo majorem: iniquum videtur, per filium naturalem legitimatum domino redditum feudi perpetuò impediri, ac spem succedendi penitus adimi agnatis vasalli legitimantis, concedo majorem, iniquum videtur, per filium naturalem legitimatum domino redditum feudi ad tempus saltem impediri, ac spem succedendi ex parte adimi agnati vasalli legitimantis, nego majorem, & sic distinctâ minore nego consequentiam. legitimatio per subsequens matrimonium domino jus revertendi, & agnatis jus succedendi ad tempus saltem sufflaminat, in totum non aufert.

Objicies 6. vasallus iuvitis agnatis feudum alienare nequit. 2. feud. 39. at, si per subsequens matrimonium legitimatus succederet in feudo, vasallus iuvitis agnatis feudum alienaret, eò quod legitimatus non suæ nativitatis, sed legi-



legitimationis beneficio, atque aded facto patris jus succedendi acquireret, ergo per subsequens matrimonium legitimatus in feudo non succedit. *v.* neg. minore. non enim factum patris, concubinam suam ducentis uxorem, sed juris auctoritas filio jus confert succedendi in feudo.

Objicies 7. bona feudalia necessariz restitutioni sunt obnoxia. 2. *feud.* 3. 26. & 39. at, quæ necessariz restitutioni sunt obnoxia, ad alium nullo titulo transferri possunt. *l. ult. §. 2. & ant. res. qua. Cod. communia de legatis.* ergo bona feudalia titulo legitimationis per subsequens matrimonium in filium naturalem transferri nequeunt. *v.* Distinguendo minore; quæ necessariz restitutioni sunt obnoxia, ad alium nullo titulo privatâ autoritate transferri possunt, concedo, autoritate publicâ legis, nego minore. quod proles, per subsequens matrimonium legitimata, in feudo succedat patri, non hujus, sed autoritati & beneficio legis refertur in acceptis.

Objicies 8. & ultimò. lex, duo subjecta determinabilia sub unâ determinatione comprehendens, utrumque æqualiter determinat. *arg. l. 4. ff. de vulgari & pupillari substitutione. l. 4. Cod. de impuberibus & aliis substitutionibus.* atqui lex feudalis in 2. *feud.* 26. §. 4. *vers. naturales.* comprehendit duo subjecta determinabilia, unum sunt liberi naturales, alterum liberi legitimati, ergo utrumque æqualiter determinat: subsimes: sed circâ naturales liberos generaliter determinat, quod à feudi successione excludantur; ergo etiam circâ liberos legitimos generaliter determinat, quod à feudi successione excludantur, proindeque nec legitimati per subsequens matrimonium ad eam admittentur. *R.* Distinguendo majorem: lex, duo subjecta determinabilia sub unâ determinatione comprehendens, utrumque æqualiter determinat, si hoc commodè fieri possit, vel nisi diversa subsit determinandi ratio, ac unum ex determinabilibus majorem favorem mereatur, quàm alterum, concedo majorem, secus, nego majorem, ac sic distinctâ minore nego consequentiam. Qui non agnoscit majorem favorem, quo jura prosequuntur legitimatum; præ legitimato per rescriptum principis, is adeat *Magnif. D. P. König p. m. lib. 4. Jur. cas. tit. 17. p. 2. §. 5. n. 29. item p. 3. §. 5. n. 41. & Clariff. D. Klingsperger Inst. Imp. lib. 1. tit. 10. quest. 71.*

14 *Queritur* 2. Utrum legitimatio per subsequens matrimonium tribuat jus primogenituræ? *Affirmat Magnif. D. P. König p. m. d. tit. 17. part. 2. §. 5. n. 29.* *Negant Wissenbach ad l. 10. Cod. de natural. liberis pag. m. 228. D. Glerke p. m. p. 1. select. quest. 9. n. 4.* cum his & ego teneo, probationi autem præmitto hunc casum: Sempronius ex Berthâ concubinâ suâ suscepit Titium: deindè ex Caiâ uxore legitimâ Seium. uter erit primogenitus, si mortuâ Caiâ ducat Bertham, Titiusnè, an Seius? *v.* Seium. Probatur: si Titius legitimatus in primogeniturâ prævalere Seio, deberet posse exhibere privilegium, vî ejus Priaceps eidem intuitu matrimonij jus primogenituræ tribuere, & Seio

in jure primogenituræ; ex legitimis natalibus jam quæsito, præjudicare, voluerit: atqui privilegium tale exhibere non potest; ergò in primogeniturâ non prævalet Scio. major patet ex eo, quia privilegia sine expresso textu aditruum non debent. minor facillè probatur, paritate ductâ à legitimatione per rescriptum Principis, quæ idem jus primogenituræ non tribuit, quia Princeps, quando intuitu precum sibi oblatarum, restituit natalibus, non censetur præjudicare vel le liberis jam antea natis, & quibus jus primogenituræ quæsitum est: ergò neque legitimitio per subsequens matrimonium tribuit jus primogenituræ; quia Princeps intuitu matrimonij restituens natalibus per legem, corpori Juris insertam, non censetur præjudicare velle juri quæsito liberorum ante legitimè natorum.

Objic. 1. Esto legitimatus per subsequens matrimonium admittatur cum liberis ex justo thoro natis, his tamen non creatur præjudicium in ordine ad successionem: ergo neque filio, ante legitimè nato, insertur præjudicium in ordine ad primogenituram, esto legitimatus per subsequens matrimonium ad eandem admittatur. *¶* neg. conseq. Disparitas est, quòd primogenitura stet in puncto quasi & indivisibili, ac positâ prioritate legitimorum natalium, absolute statim competat, neque imbibitam habeat conditionem: *scilicet liberi alij non supervenerint*: e contra successio patitur latitudinem, ac determinationem & quantitatem recipit ex circumstantiis futuri temporis, puta, ex sterilitate aut fertilitate matrimonij.

Objic. 2. liberi naturales transferuntur in classem legitimorum, ac quoad successionem, & jura alia eodem ferè privilegio gaudent, quo liberi, ex justo thoro legitimi, per textus supra *n. 3.* adductos. ergò si ordine nascendi prævaleant, consequuntur jus primogenituræ. *¶* transferri in classem legitimorum pro tempore futuro, non præterito, nec in præjudicium eorum, quibus jus jam est quæsitum. Certè, nisi modo præfato distinguatur, argumento probatur nimium, videlicet, jus primogenituræ competere etiam legitimatis per rescriptum Principis, cum de his quoque pronuntiet Imperator in *nov. 89. cap. 9. circa f.* quòd nihil differant à filiis legitimis: & tamen non censentur legitimi pro tempore præterito. *nov. 74. cap. 2.*

Objic. 3. legitimatione securâ, tempus nuptiarum retrotrahitur ad tempus nativitatis: ergo natus ex concubinâ censetur jam fuisse legitimus ante susceptum ex thoro justo; consequenter fictione juris censetur primogenitus. *¶* neg. antec. ex *n. 6. in f.* patet, in legitimatione tempus nuptiarum non retrotrahi ad tempus nativitatis, eò quòd juxta *n. 9.* non procedat, nisi liberi consentiant.

## P A R S IV.

## De Legitimatione per Rescriptum Principis.

## S U M M A R I A.

1. *Definitur legitimitas per rescriptum Principis.* 2. *Pertinet ad præcipua Majestatis jura.* 3. *Pontifex Christianos omnes legitimare potest quoad spiritualia.* 4. *Nullum tamen directe quoad temporalia extra loca temporali dominio suo subiecta.* 5. *Est id indirectè possit, ita flagitante publica utilitatis causâ.* 6. *Quâ absente, & matrimonio nullo præcedente ne quidem indirectè potest.* 7. *Sicut nec potest præcedente matrimonio, ob impedimentum legis Divinae aut naturalis, nullo.* 8. *Aliud obtinet, si præcedens matrimonium solo jure Ecclesiastico fuerit irritum.* 9. *In Imperio nostro legitimandi potestas competit Imperatori.* 10. *Hodie etiam Electoribus, Principibus, reliquisq; statibus Imperij, saltem intra suum territorium.* 11. *Ordinarie per rescriptum legitimantur soli liberi naturales, viâ extraordinariâ etiam ex damnato coitus suscepti.* 12. *Expenduntur requisita hujus legitimationis.* 13. *Statuitur effectus.*

**H**ucusque de primâ specie legitimationis. Altera est legitimitas per rescriptum Principis, quæ

## §. I.

- 1 **D**efinitur, quod sit actus, quo princeps, supplici libello rogatus, liberos illegitimos solâ autoritate suâ facit esse legitimos.

## §. II.

- 2 **C**ausa efficiens legitimationis hujus duplex est, proxima & remota. Remota est jus tum civile, tum canonicum. Postquam enim Imperator Justinianus hanc legitimationis speciem in *nov. 89. n. 9.* primus invenit, Innocentius III. Pontifex eandem in *c. 13. qui filij sint legitimi*, recepit & approbavit.

Causa efficiens proxima est princeps, sive is, penes quem summa in republicâ potestas: pertinet enim illegitimorum legitimitas ad præcipua Majestatis jura & reservata principis. *Hermannus Hermes in fasciculo Juris publ. cap. 11. n. 125.* Pertextus ibi allegatos. In specie potestas legitimandi jure proprio competit Primo summo Pontifici, circa quem

Quæ-

Queritur, habeatne jus legitimandi in ordine ad omnes Christianos? Sententiam negativam turmatim defendunt temporum nostrorum hæretici. Sed hos non est, cur moremur. Noctuarum enim gerunt oculos, ac lucem Auctoritatis Pontificiæ ferre nequeunt, quòd sciant, rebelles errorum suorum tenebras illâ perstringi. His proinde neglectis lubet quæstionem controversam aggredi eo sensu, quo nostri illam discutunt, ac expendere, quo pacto Summus Pontifex legitimare Christianos possit, quomodo non possit? undè

Dico I. Pontifex Christianos omnes legitimare potest quoad spiritualia, puta, sacros ordines, beneficia, & dignitates Ecclesiasticas. Ita omnes Catholici. Prob. Pontifex in spiritualibus supremam in Christianos omnes potestatem obtinet, ut evidenter demonstrant nostri: ergò Christianos omnes legitimare potest quoad spiritualia. Confer *Clariff. D. P. Schmier tr. de Potestate Ordinis cap. 6. n. 67. & seqq.*

Dico II. Pontifex extrà loca, temporali dominio suo subjecta, nullum Christianum directè legitimare potest in ordine ad temporalia. Ita *P. Mol. tr. 2. de I. & I. diff. 173. n. 2. P. Sanchez lib. 8. de marr. diff. 7. n. 1. P. Haunold. d. c. 3. contr. 1. n. 142. & alij.* Prob. Pontifex extrà loca, temporali dominio suo subjecta, non obtinet jurisdictionem temporalem; ergò extrà illa nullum Christianum directè legitimare potest in ordine ad temporalia. Confirmatur: quia princeps sæcularis caret jurisdictione spirituali, benè inferitur, quòd legitimare nequeat in ordine ad spiritualia. Ergò etiam, quia Pontifex extrà loca, temporali dominio suo obnoxia, caret jurisdictione sæculari, benè inferitur, quòd directè legitimare nequeat in ordine ad temporalia.

Dico III. Quandò causa subest utilitatis publicæ, potest Pontifex vi spiritualis Potestatis indirectè legitimare quoscunque, etiam in ordine ad temporalia. Ita *Molina, Sanchez, Haunold, ubi supra.* Prob. Pontifex vi supremæ potestatis spiritualis, quam obtinet in Universam Ecclesiam, & membra ejus singula, potest ea omnia, quæ censentur necessaria ad obtinendam incolumitatem Ecclesiæ & bonum spirituale fidelium: quia omnis illa potestas conferri debuit in Pontificem, quæ moraliter erat necessaria ad rectam & convenientem gubernationem Ecclesiæ, cum DEUS & natura non deficiant in necessariis: ergò si bonum spirituale fidelium exigat, ut Christianus, dominio temporali Pontificis non subiectus, legitimerur in ordine ad temporalia, potest à Pontifice legitimari.

Dico IV. Quandò non subest causa necessitatis publicæ, & nullum præcessit matrimonium, Pontifex extrà loca, temporali dominio suo subjecta, prolem fornicariam nè quidem indirectè legitimare potest in ordine ad temporalia. Ita *Sanchez ubi supra n. 7. Wagnereck ad d. c. 13. qui filij sunt legit. Pirhing ubi supra. §. 6. n. 43.* Prob. legitimare indirectè aliud non est, quàm dispensare in radice illegitimitatis. At quandò citrà matrimonium præcedens proles suscepta fuit ex solutâ, Pontifex dispensare non potest in radice illegitimitatis, quia radix

hujus est copula fornicaria, lege naturæ prohibita, quæ non patitur dispensationem Pontificiam; ergò quando nullum præcessit matrimonium, Pontifex prolem fornicariam nè quidem indirectè legitimare potest in ordine ad temporalia.

Dico V. Neque tunc etiam Pontifex prolem spuriam indirectè legitimare potest in ordine ad temporalia, quando matrimonium præcessit ob impedimentum legis Divinæ aut naturalis irritum. Ita Sanchez ubi supra n. 8. & Pirhing. d. loco. Prob. quando præcessit matrimonium ob impedimentum legis Divinæ aut naturalis irritum, Pontifex dispensare non potest in radice illegitimitatis, quia tollere non potest impedimentum, lege Divinâ aut naturali inductum; ergò quando præcessit matrimonium ob impedimentum, legis divinæ, aut naturalis irritum, Pontifex prolem spuriam nè quidem indirectè legitimare potest in ordine ad temporalia.

Dico VI. quando præcessit matrimonium, solo jure Ecclesiastico irritum, Pontifex prolem spuriam indirectè saltem legitimare potest in ordine ad temporalia. Ita Sanchez ubi supra. Wagnereck ad d. c. 13. Pirhing d. loc. n. 42. U. P. Collegia Schmier d. p. 2. cap. 3. sect. 2. §. 2. n. 97. & seqq. Prob. legitimare indirectè in ordine ad temporalia aliud non est, quam tollere radicem, in quâ fundatur illegitimitas, ac ex quâ consurgit inhabilitas ad temporalia. At, quando proles est illegitima ob matrimonium, ipso jure Ecclesiastico irritum, Pontifex potest tollere radicem illegitimitatis: hæc enim stat in solâ lege Ecclesiasticâ, quam Pontifex tollere potest, non tantum quoad effectus futuri temporis, sed illos etiam, quos operata est tempore præterito; ergò quando præcessit matrimoniû, solo jure Ecclesiastico irritum, Pontifex prolem spuriam indirectè saltem legitimare potest in ordine ad temporalia. Confirmatur: Quando matrimonium est irritum solo jure Ecclesiastico, ratio tota, cur illegitimus repellatur à successione & muneribus publicis, stat in illegitimitate, per canones inductâ; ergò si potestate Ecclesiasticâ hæc tollatur, per consequentiam tollitur incapacitas ad temporalia. Promovetur argumentum: esto Pontifex efficere nequeat, ut matrimonium, initio invalidum, reddatur validum pro tempore præterito, tollere tamen potest damna omnia, ex constitutione sua nata, quia omnia pendent ex arbitrio voluntatis suæ; ergò tollere quoque potest damnum illegitimitatis.

Secundò potestas legitimandi jure proprio in Imperio nostro competit Imperatori, quam exercet quandoque ipse, quandoque per alios. Ipse legitimat filios principum, comitum, & Baronum. Per alios, puta, per comites palatinos legitimat personas reliquas. Vide omnino Magnif. D. P. König p. m. ad tit. qui filij sint legitimi. p. 3. n. 34.

Tertio eadem potestate vi superioritatis territorialis gaudent Electores, 10 Principes, & cæteri Status Imperij, saltem juxta hodiernos Germanicæ mores, quorum tamen legitimatio ultra territorium effectum non habet. *Stryk in usu moder. pand. ubi supra. §. 14.*

Alij inferiores legitimare non possunt, nisi ex privilegio vel commissione. *Hermes ubi supra.*

### §. III.

**O**bjectum legitimacionis hujus variat. Vel enim utitur Princeps potestate ordinaria, vel extraordinaria. Potestate ordinaria si utatur, liberos non alios legitimat, quam naturales, sive susceptos ex concubina. *nov. 74. & nov. 89. c. 9. & ult.* Potestate extraordinaria si utatur, legitimare etiam potest liberos, ex complexu damnato susceptos. Legitimare siquidem in effectum nihil est aliud, quam præcipere, ut liberi, ex complexu damnato suscepti, in ordine ad certos effectus agnoscantur pro legitimis. Atqui hoc præcipere potest princeps, si ita postulare videatur gravis ratio; ergò potest legitimare liberos ex complexu damnato susceptos. De quibus spectato moderno Germanicæ usu eo minus dubitat, *Samuel Stryk. d. loc. §. 15.* quò certius constat, etiam ipsis comitibus palatinis hanc ex prohibita conjunctione natos liberos legitimandi potestatem tribui solere ab Imperatore.

Objicies: ut legitimatio procedat, fingi debent liberi ex justo thoro nati. Atqui fingi non possunt ex justo thoro nati, si ex adulterio aut incestu sunt suscepti, quia thorus adulterinus aut incestuosus non potest esse justus: ergò legitimatio non procedit, si ex adulterio aut incestu liberi sunt suscepti.

Et. Legitimacionem sine ullâ fictione procedere, quia ex hoc præcisè, quòd princeps jubeat, ut liberi, ex complexu prohibito suscepti, in ordine ad effectus juris agnoscantur pro legitimis, jam censentur legitimi. *Confes Stryk d. loc. §. 17.*

### §. IV.

**F**orma legitimacionis hujus desumitur à requisitis, quorum classem adorno. 12 Primò requiritur, ut liberi legitimari nequeant per subsequens matrimonium fortè quòd concubina decesserit, aut talis sit scæmina, quæ cum honore duci nequeat. *d. nov. 74. c. 1. & nov. 89. c. 9.* Est enim legitimatio hæc remedium extraordinarium, cui non nisi cessante ordinario locus datur. *l. 16. ff. de minoribus.* Verùm hoc requisitum hodie cessare, testis est *Stryk cir. loc. §. 17.*

Secundò requiritur, ut non adsint liberi ex justo thoro legitimi. Sed hic distinctione opus, ac refert, procedatne legitimatio viâ ordinariâ an extraordinariâ. Ad legitimacionem, quæ procedit viâ ordinariâ, requiritur defectus sobolis legitimæ: huic enim in dubio princeps non censetur præjudicare velle. *d. nov. 74. c. 1. & 2. d. nov.*

*nov. 89. c. 9.* Ex plenitudine potestatis legitimatio si procedat, princeps liberos naturales etiã in præjudicium iustæ sobolis legitimare potest, quia, quod defectò ad legitimatorem hanc requiratur defectus sobolis legitimæ, jure civili introductum est, cui assurgere Princeps, legibus solutus, non tenetur. Planè esto Princeps ex plenitudine potestatis suæ hoc possit, ut tamen facere voluisse intelligatur, exigunt, ut in libello supplici, quo legitimatio à principe petita fuit, mentio facta sit liberorum legitimorum, & Princeps adjunctâ clausulâ ( non obstante ) vel ( de plenitudine potestatis ) liberos legitimos rescripserit, ne alioqui legitimatio sub. & obreputiè impetrata videatur. *Stryck ubi supra §. 16. Zæsius ff. de concub. n. 19. Myns. cent. 1. obs. 35. n. 1. Gail. 2. obs. 142. n. 7. & 8.*

Tertiò requiritur, ut liberi in legitimatorem consentiant. *nov. 89. c. 11.* ob rationem, suprâ circa consensum ad legitimatorem per subsequens matrimonium requisitum *n. 9.* assignatam. Planè consensum expressum non requirimus, sed sufficit, quòd liberi non contradicant, aut ex post facto legitimatorem atificent. *Nicol. Boërius decis. 160. n. ult.* Undè etiã infans legitimari potest. *Zæsius d. tit. de concub. n. 17.*

Quartò requiritur, ut vel ipse pater Principi supplicet, vel certè mortuo eo liberi, producentes testamentum, quo paternum legitimandi desiderium doceant. *d. nov. 74. c. 2. §. 1. nov. 89. c. 9. §. 1. & c. 10.* Quamvis Princeps non impediat, moribus quoque hodiernis soleat, patre vel ignorante, vel mortuo, ad petitionem ipsorum liberorum eos legitimos pronuntiare, cujus effectus non eò extenditur, ut legitimati patri succedant, vel juribus familiæ fruantur, sed restringitur ad solos legitimatos, ne nimirum ipsis defectus natalium opponi possit, quòd minùs ad collegia opificum, aliasvè dignitates admittantur. *Stryck ubi supra §. 18.* nisi Princeps ex potestate absolutâ legitimaverit. *Gail. d. obs. 142. n. 16.* vel causa publica aliud suadeat. *Zæsius d. loc. n. 20.*

## §. V.

13 **E**ffectus legitimatorem hujus est, quòd ejus adminiculo liberi illegitimi efficiantur legitimi, ac eodem ferè jure gaudeant, quo liberi ex iusto thoro suscepti.

Appendicis loco disceptatus, an legitimatur in uno territorio, etiã in alio agnoscendus sit pro legitimo? Respondet *D. Glerle p. m p. 1. Select. quest. 10. n. 2.* sic distinguendo: vel legitimat Princeps subditum alienum, vel proprium. Si alienum, legitimatus consequitur quidem jura legitimorum in territorio legitimantis, at non etiã in territorio Principis proprii, quia Princeps unus, ob defectum authoritatis in alterum, non potest obstringere alterum, ut in ordine ad effectus legitimatorem, subditum illegitimum habeat pro legitimo. Si proprium, distinguit ulterius: vel enim jura legitimatorem sunt æqualia in utroque

que territorio, vel inæqualia, fortè quòd in hoc per rescriptum legitimati succedant in feudo, in illo non etiam. Si prius, admittit, legitimatum in uno territorio, etiam in altero agnoscendum esse pro legitimo; quia si legibus utriusque territorij ad successionem feudi v. g. legitimatus admittatur, & Princeps unus subditum proprium legitimet, non tam adstringit Principem alterum, ut pro legitimo eundem agnoscat, quàm ponit conditionem, sub quâ illegitimi in utroque territorio ad successionem admittuntur: Si posterius, legitimatus in uno territorio, in altero non est agnoscendus pro legitimo, quia, si in uno territorio legitimati non constet authoritas, Princeps alter efficere non potest, ut constet; cum par in parem non habeat imperium. *l. ult. ff. de Jurisdic.*

Neque dicas: contractus, celebratus juxta formam statuti, ubique valet: ergo etiam legitimatio, in uno territorio facta, ubique operabitur. nam sciendum, contractum ritè celebratum, ex præcepto Juris naturalis, quod ubique obligat, adimplendum esse; e contra legitimatio in uno territorio facta, jus naturæ haud præcipit, ut effectum etiam ibi producat, ubi jura legitimatum non sunt recepta.

## P A R S V.

### De legitimations per Oblationem Curiaë.

#### S U M M A R I A.

1. *Definitur legitimatio per oblationem Curiaë.*
2. *Adscribitur remota Imperatoribus Theodosio, Leoni, Justiniano. Proxime Patri & Filiis ipsos se Curiaë offerentibus.*
3. *Curiaë offerri nequeunt filia, sed saltem curialibus matrimonio jungi.*
4. *Exprimitur forma hujus legitimatiõis.*
5. *Assignatur effectus.*

**T**ercia legitimatiõis species est illa, quæ fit oblatione curiaë, ac

#### §. I.

**D**efinitur, quòd sit actus, quo, patre filium naturalem curiaë civitatis teste populo aut actis intervenientibus eo sine offerente, ut inter decuriones numeretur, filius naturalis efficitur legitimus.

#### §. II.

**C**ausa efficiens hujus legitimatiõis duplex est, proxima & remota. Remota, & quidem introducens est Imperator Theodosius: Hic enim, ut plures invitarentur ad curias, quarum onera plerique subterfugiebant, hunc modum



dum legitimandi introduxit. l. 3. *Cod. de nat. lib. nov. 89. c. 2.* Causa efficiens remota approbans est Imperator Leo. l. 4. *Cod. d. r.* Confirmans denique Justinianus §. *ult. Inst. h. t. d. nov. 89. c. 2.* Proxima est ipsa oblatio liberorum curiæ facta. Poterat autem non solum pater filium, sed hic se ipsum etiam curiæ offerre; ille quidem absolute, iste non aliter, quàm nullis exstantibus legitimis liberis. *d. nov. 89. c. 2. §. 1. & 2. l. 9. §. ult. Cod. d. r.*

Filiæ sic offerre nec solebant, nec permittebantur, cum muneribus publicis & virilibus non fungantur fœminæ. l. 1. §. 5. *ff. de postulando l. 12. §. 2. ff. de jud. l. 2. ff. de R. l.*

### §. III.

3 **O**bjectum hujus legitimationis sunt liberi illegitimi, qui offeruntur. Et quidem soli masculi, quia officium curialium erat publicum ac civile, à quo arcentur fœminæ *d. l. 2.* Poterant autem filiæ curialibus matrimonio juncti, & hac viâ legitimæ fieri. Illud non refert, ingenui sint filij, an libertini. Nam etiam ex ancillâ nati manumissi decurionarûs, aliorumque civilium munerum fiebant capaces. *d. nov. 89. c. 2. §. 3. in f.*

### §. IV.

4 **F**orma hujus legitimationis desumitur à requisitis. Requiritur autem 1. consensus vel expressus, vel tacitus filij legitimandi. l. 3. l. 4. *Cod. de nat. lib. d. nov. 89. c. 1. in princ.* 2. Ut oblatio fiat teste populo aut actis intervenientibus. *d. nov. c. 2. §. 1. ibi: sub gestis monumentorum &c.* 3. ut quisque offeratur curiæ civitatis, ex quâ erat oriundus; exceptis originem habentibus ex Urbe Româ aut Constantinopoli, qui ex speciali privilegio cuilibet metropoli offerri poterant. *d. l. 3. d. nov. 89. c. 2. §. 2. & 3.*

### §. V.

5 **E**ffectus alius est ex parte patris, alius ex parte filij. Ex parte patris hunc operatur effectum, quòd filio per oblationem curiæ legitimo possit dare, vel relinquere tantum, quantum uni ex justis liberis, cui minimum dederit, vel reliquerit. *d. l. 9. §. ult. in f. d. nov. 89. c. 3.* Ex parte filij facit, quòd is, patris destinatione curiæ nexibus obligatus, consequatur jura legitima in successione paternâ, sive fuitatis, non etiam agnatorum. l. 9. *Cod. d. r. supè cit. nov. 89. c. 4.* Ita quidem, ut neque possit in fraudem curiæ istam successionem repudiare, aut donationem à patre sibi factam respuere, sed necessariò bona paterna accipere cogatur. l. 4. *Cod. d. r.* Verùm plus satis de hac legitimationis specie, quam mutata Republicæ formâ ab hodierno fori usu penitus recessisse, nec oblationem curiæ Cœlesti seu Monasterio factam in locum ejus successisse, testes sunt. *Covar. de*

*de matr. p. 1. cap. 8. §. 7. u. vlt. Luduwell ad §. vlt. Inst. h. t. n. 5.* Undè nec hædie feminam, extra matrimonium susceptam, licet viro honesto & in dignitate constituto nubat, legitimari, tenet *Stryk ubi supra. §. 20.* Qui tamen §. *statim præcedente* dicit, quòd spurius, à Principe sciens senator constitutus, tacite legitimatus censetur.

## TITULUS XL

## De Adoptionibus.

## SUMMARI A.

1. *Definitur adoptio in genere.* 2. *Dividitur in arrogationem & adoptionem in specie: hac subdividitur in perfectam & imperfectam.* 3. *Adoptio cunabula sua debet legi, quâ quinam absolute adoptare prohibeantur, recensentur.* 4. *Enumerantur, qui adoptare non possunt secundum quid.* 5. *Statuitur materia adoptionis.* 6. *Arrogationi & adoptioni in specie commune est, quòd requiratur consensus eorum, quos negotium principaliter concernit.* 7. *Adoptioni in specie proprium est, quòd requirat auctoritatem Magistratus. Ubi explicatur, quis dicatur magistratus, apud quem est legis actio.* 8. *Adstruitur requisitum commune arrogationi tum puberis, tum impuberis.* 9. *Arrogationi impuberis propria est satisfactio.* 10. *Quarta, qua debetur impuberi arrogato, est omnium bonorum.* 11. *Agitur de effectu arrogationis & adoptionis in specie imperfecta.* 12. *Cui denegatur vinculum potestatis patriæ.* 13. *Adoptioni perfecta sola potestas patriæ, non etiam collatio nobilitatis tribuitur.* 14. *Unio prolium describitur, ac ejus accurata tractatio ad alios remittitur.*

**T**ertia causa inductiva patriæ potestatis est adoptio. *princ. Inst. h. t. ibi: non solum autem naturales liberi, secundum ea, qua diximus, in potestate nostrâ sunt, verum etiam, quos adoptamus.*

## §. I.

**D**efinitur adoptio, quòd sit actus, quo is, qui filius non est, in filium assumitur. Colligitur ex §. 4. & 8. *Inst. h. t. l. 1. princ. l. 25. §. un. ff. cod.*

## §. II.

**D**ividitur in adoptionem in specie & arrogationem. §. *P. I. d. l. 1. §. un. l. 2. ff. h. t.* Adoptio in specie est actus, quo homo alieni juris seu filius familias in filium assumitur. *d. §. 1.* Arrogatio definitur, quòd sit actus, quo homo sui juris seu pater familias in filium assumitur. *d. §. 1. & d. l. 2.*

Adoptio in specie dividitur ulterius in perfectam & imperfectam. Perfecta est, adminiculo cujus adoptatus venit in familiam adoptantis. Hujusmodi est, quæ fit à personâ conjunctâ & ascendente. Imperfecta, vi cujus adoptatus non inseritur familiæ adoptantis; qualis est, quæ fit ab extraneo, aut forinsecâ. §. 2. & 10. *f. l. 5. l. pen. Cod. h. t. Struv. exercit. ad Pand. 3. sb. 26.*

### §. III.

3 **C**Ausa efficiens adoptionis duplex occurrit, proxima, & remota. Remota est Lex, duplici fundamentò suffulta, Primum est, ut ope adoptionis consuleretur sterilitati conjugiorum. Secundum, ut, qui degeneres generasset filios, adoptione meliores posset quærens. *Petrus Myler Jurisprudentia elementaris disp. II. sb. 4.*

Causa efficiens proxima adoptionis est adoptans; circa quem tenenda regula, quòd adoptare possit omnis, qui non prohibetur. Prohibentur autem aliqui adoptare absolute, alij secundum quid. Absolute adoptare prohibetur 1. Filiusfamilias, quia, cum ipse sit in potestate, alium in potestate habere non potest, per *l. 21. ff. ad l. Ful. de adult.* 2. Qui generare non potest tam potentiâ proximâ, quàm actu ipso. Hinc castratus adoptare non potest; Spado potest. §. 9. *l. l. 2. §. 1. l. 15. l. 40. §. 2. ff. h. t. Dixi notanter cum Hahn ad Wesenbec. h. t. n. 4. verb. spadonibus. & Bechmann in comment. Pand. exercit. 4. n. 86.* tam potentiâ proximâ, quàm actu ipso: nam esto spadones (quos hic non in generali significatione cum Jcto Ulpiano in *l. 128. ff. de V. S.* sed specialiter propriis accipio, qui membris corporis integris propter aliquod vitium temporale liberos procreare nequeunt. *Harp. ad d. §. 9. l. h. t. n. 1.*) actu ipso generare non possint, quia tamen possunt potentiâ proximâ, etiam adoptare possunt, quo sensu Jctus Cajus in *d. l. 2. §. 1.* ibi: *illud utriusq; adoptionis commune est, quod & hi, qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt:* locutus est.

Obvies auctoritatem Leonis Imperatoris in *nov. 26.* ubi Justinianum corrigi, ac castratis, qui naturâ ad generandû in habiles censentur, adoptandi jus largitur; ibi in fine: *ita neq; qui, quod genitilibus privati sunt, liberos non habent, horum indigentiam alio modo compensare, vetandum est.* 1. Leonis auctoritatem tantam non esse, ut approbatos juris civilis textus mutare vel emendare valeat: cum ejusdem novellæ nondum sint probatæ & tanquam authenticæ receptæ. *Hubert. Giphon. ad 4. libros Inst. disp. 4. n. 19. circa f.* 3. Qui non est major plena pubertate, seu 18. annis illo, quem vult adoptare. §. 4. *l. l. 15. §. ult. l. 40. §. 1. ff. h. t.*

Neque dicas: adoptio imitatur naturam. *d. §. 4. & l. 16. ff. h. t.* At spectatâ naturâ potest quis nuptias Anno 14. contrahere & generare, per *princ. l. de Nupt.* Ergò etiam adoptare, modò 14. Annis major sit adoptando. Nam præterquam quòd rarius contingat, ut antè illam plenæ pubertatis ætatem quis gene-

non possit: & leges non ea, quæ perarò, sed quæ frequentius fiunt, considerent. l. 3. 4. & 5. ff. de ll. Etiam hoc in adoptione amplius est, quàm in matrimonio, quòd adoptio àb adoptante curiosè examinari debeat, utrùm àb utraque parte expediat, nec nò: adeoque opus est firmitate quòdam iudicij, quam is demùm affectus censetur, qui 18vum. annum attigerit. §. ult. l. quibus ex causis manumittere non licet. *Bechmann ubi supra n. 103.* quæ tamen posterior ratio *Bachovio ad §. 4. l. b. t.* perspicuè inepta videtur.

Secundùm quid adoptare non possuat. 1. *foeminae §. 10. l. 5. Cod. h. t. l. 29. §. 3. ff. de inoff. testam.* Adoptio siquidem pertinere videtur in classem negotiorum civilium, quorum incapaces sunt *foeminae. l. 2. ff. de R. I.* planè in solatium liberorum amissionum ex indulgentiâ Principis possunt adoptare; non quidem eo effectus, ut consequantur potestatem patriam, in qua liberos non habent. §. 3. l. de hered. qualis. & differ. sed ut dulce nomen matris. 2. Minores Annis 60. hi enim non nisi causâ cognitâ adoptare permittuntur, quia generationi potiùs, quàm adoptioni studere debent: adeoque nisi aut adversa valetudo, aut causa similis intercedat, adoptare non permittuntur. l. 15. §. 2. ff. b. t. 3. Non possunt tutores & curatores adoptare pupillos aut minores, ut quibus rationum interceptendarum obstat suspicio, nisi vel naturali cognatione, vel arctissimâ affectione ducti id faciant. l. 17. princ. & §. 1. ff. b. t. Nequè obstat. l. 32. §. ult. ff. cod. ubi ex rescripto Antonini tutori privignum suum adoptare permittitur. Nam *et* vel ibi tutorem sanctissimâ affectione ductum arrogationem elegisse, vel agi de eo casu, ubi tutor rationes jam reddidit. *Bechmann. ubi supra. n. 94. 4.* Ei, qui unum aut plures liberos habet, non conceditur adoptio, nè aut illorum, quos iustis nuptiis procreavit, spes diminuat, aut qui adoptatus fuit, minus percipiat, quàm dignum erat, eum consequi. d. l. 17. §. 3. Excipiuntur casus, quibus liberi fortè sunt furiosi, corpore vitiati, ad generandum inepti, aut desperata vitæ; tunc enim humanitatis ratio suadet, ut nihilominus ad adoptionem descendere liceat. *arg. l. 15. §. ult. ibi: nisi ex iustâ causâ. ff. b. t. Hahn ad Wesen. d. n. 4. verb. præterea videndum est.* 5. Qui semel adoptavit & filium adoptatum è potestate rursus dimisit, denuò adoptare illum non permittitur. l. 37. §. 1. ff. b. t. Nam ex variatione tali colligitur levitas & inconstantia animi, quam leges adversantur. Planè si pater naturalis filium emancipaverit, eundè adoptare non prohibetur: non enim tam readoptare, quàm in potestatem pristinam civili & legali ratione, à naturali diversâ, revocare filium censetur. l. 12. l. 41. ff. cod. *Bechmann. d. loc. n. 90. Hahn d. n. 4. verb. semel à patre adoptivo emancipatus.*

## §. IV.

**O**bjectum adoptionis constituentur ij, qui adoptantur. Potest autem adoptari omnis homo liber, sive sit mas, sive foemina, sive filiusfamilias, sive pater.

paterfamilias, sive puer, sive impubes, sive primum gradum obtineat apud patrem naturalem, sive secundum, aut ulteriorem. §. 1. & 6. l. 1. 2. in f. princ. l. 21. ff. l. 8. Cod. h. t. §. 2. l. de Nupt. l. 17. ff. cod. §. 11. l. de heredis. qua ab intest. deferuntur. Hinc licet 1. nepotem alienum adoptare in filium. d. §. 6. 2. Licet alienum filium assumere in locum nepotis aut pronepotis. d. §. 6. Neque interest, filium adoptans jam habeat, an non §. 5. l. 37. pr. l. 43. ff. h. t. Imò esto nunquam habuerit. l. 30. ff. cod. dummodò primo casu consensus filij accedat. §. 7. l. 6. ff. h. t. Sed contra hæc

Dices 1. Adoptio imitatur naturam. §. 4. l. b. t. Ergò cum per naturam sit impossibile, habere nepotem sine filio, impossibile etiam videtur, per adoptionem habere nepotem sine filio. ¶ Legibus sufficere, quòd quis filium habere poterit, esto actualiter non habeat; nam & qui uxorem non habet, filium adoptare potest. d. l. 30. Esto sine uxore parentes esse non possint. Clariss. D. Doctor Klingensperger in Colleg. Instit. ad h. t. q. 12.

Dices 2. Si avus ex filio nepotem det in adoptionem, non est necesse, filium consentire. d. §. 4. Ergò nec, si eum in suam potestatem assumat. ¶ Neg. consequentiam. Disparitas est, quòd in priore casu nepos, in alienam potestatem transeundo, suus esse desinat, adeoque filio nullum præjudicium generetur. In posteriore autem casu nepos adoptatus post avi obitum recidit in filij, tanquam patris sui potestatem, cui vel maxime præjudicio esset, ac invito suus hæres agnasceret, nisi consensus filij requireretur. Harp. ad d. §. 7. n. 2. & seqq.

Econtra adoptari non potest 1. Servus: quòd si defacto adoptetur, non quidem jus filij, libertatem tamen consequitur. §. ult. l. b. t. 2. Natu major à natu minore; nam pro monstro est, ut major sit filius, quàm pater. d. §. 4. 3. Filius naturalis adoptari non potest à patre naturali. l. 7. Cod. de natur. liberis. nov. 74. c. 3. nov. 89. c. 111. §. 2. Nam adoptio talis suffragari videtur paternæ libidini. 4. Adoptari nequeunt plures à uno, nisi ex iustâ causâ. d. l. 15. §. ult. ff. h. t. 5. Nemo mediante adoptione frater fieri potest. l. 7. Cod. de hered. instit. Rationem dat Alynf. ad §. 6. l. b. t. n. 2. quia legibus naturæ, quam ducem habet adoptio, minime consentaneum est, ut frater à fratre procreetur.

## §. V.

**F**orma adoptionis desumitur à requisitis, quæ vel utrique speciei communia, vel huic aut illi propria. Cum commune utriq; speciei est, quòd requiratur consensus eorum, quos negotium principaliter concernit, adeoque non adoptantis tantum, sed ejus quoque, qui adoptatur. l. 5. l. 24. ff. h. t. cum hoc tamen discrimine, quòd in arrogatione requiratur consensus expressus ejus, qui arrogatur: in adoptione verò sufficiat tacitus, qui ex eo colligitur, quòd non contradicat. d. l. 5. in f. ff. h. t. Pater siquidem optimum consilium cepisse censetur pro suo filio. Planè consensus agnatorum non requiritur: non enim sunt hære-

heredes necessarij, sed voluntarij. l. 7. ff. eod. Adoptio in specie requirit authoritatem magistratus. §. 1. l. 2. princ. l. 4. ff. h. t. Illius videlicet, qui competentem habet jurisdictionem. §. 8. l. quibus modis jus patria potest. solvitur. Id est, talem, ad quam pertinet actus adoptionis. l. pen. Cod. de emancipat. liber. Sed cui in specie concessum, adoptiones confirmare, apud quem dicitur esse legis actio. d. l. 4. l. 1. Cod. eod. l. 3. ff. de offic. Procurs. l. 1. ff. de officio juridici. Est enim legis actio nihil aliud, quam quod sit ex præscripto & formâ legis cum solemnibus ad rem aliquam petendam constitutis; quibus solemnibus petendis si lex magistratum designaret, penes eum dicebatur esse legis actio. Pinn. ad d. §. 1. n. 2. Clariff. D. Doct. Braun. p. m. de jurisdictione in genere & specie sup. 4. §. 3. n. 7. Illud necessarium non est, ut magistratus jurisdictionem habeat in adoptantem, vel adoptatum. l. 36. §. 1. ff. h. t. Est enim adoptio actus jurisdictionis voluntariæ. Braun. d. §. 3. n. 22. Qui etiam coram iudice quoad personas incompetentem, & in loco quocumque expediri potest. Interpretes ad §. 2. supra. de libertinis. Unde etiam Magistratus hanc causam apud se ipsum expedire potest, id est, si ipse filiusfamilias adoptandus magistratum gerat, apud semetipsum in adoptionem dari potest. l. 3. ff. h. t. Et apud semetipsum quoque in adoptionem dare potest magistratus, si paterfamilias sit, & in potestate filios habeat. d. l. 4. Clariff. D. Doct. Braun. de Magistratu cap. 6. §. un. n. 13.

Hodie coram quocumque magistratu, ordinariam jurisdictionem habente, fieri potest adoptio. Stryk in usu moder. pand. ad h. t. §. 5. Hoppius in usu moder. d. §. 1. l. h. t. pag. m. 117.

Arrogatio est vel puberis, vel impuberis. Utrique commune est, quod desideretur auctoritas Principis & causæ cognitio cum consilio propinquorum; & auctoritate tutoris vel curatoris. §. 3. l. d. l. 2. princ. l. 8. ff. l. 2. princ. Cod. h. t. l. ult. Cod. de Auth. præstand. Ludov. ad d. §. 3. n. 1. Auctoritas Principis ideo requiritur, quia permittendum non videbatur, ut homo sui juris absque consensu principis statueret de suo velut capite. Harp. ad §. 1. l. h. t. n. 3. citans Vult. & Wesenbec. Hodie in Imperio Romano-germanico auctoritas Imperatoris præcisè necessaria non est, sed & Principum atque statuum Imperij sufficit, ob superioritatem, quâ hi gaudent, territorialem, Harp. d. loc. n. ult. Quin & Comes Palatini hodie ex speciali concessione arrogationes confirmare possunt. Hopp. ubi supra pag. m. 116. Quamvis verò teste Brunneumann ad Wesenbec. h. t. §. 13. multi contendant, moribus hodiernis hanc quoque potestatem cuicumque magistratui competere, in hoc passu tamen differentiam arrogationis & adoptionis sublatam non esse, credit Stryk ubi supra §. 6. In causæ cognitionem hæc veniunt. 1. Cujus ætatis sit, qui vult arrogare, an nimirum minor sit 60. annis, & ita fatuus sit, cum generationi, quam arrogationi vacare. l. 15. §. 2. l. 17. §. 2. ff. h. t. 2. Spectandus numerus liberorum, quos forsitan jam habet

arrogator, nè, ut jam *suprà* §. 3. insinuatum est, horum spes diminuetur, quam iusto sibi parant obsequio. *d. l. 17. §. 3.* 3. Attendendæ facultates tam arrogantis, quam arrogandi, nè pauperior facile arroget ditiozem, propter metum opum captandarum. *d. l. 17. §. 2. l. 2. Cod. cod.* 4. Explorandi mores arrogatoris, ut sit vicio sobriæ atque pudicæ. *d. l. 17. §. 2.* Nam *hærebit tibi avaritiæ, quamdiu avaro fordidog, conviveris. Hærebit sumor, quamdiu cum superbo conversaberis. Nunquam scivitiam in tortoris contubernio ponos. Incendunt libidines tuas adalgorum fudalitia. Si velis vitium exui: longè à vitiorum exemplis recedendum est.* Sunt verba Seneca Epistolâ 104. pag. m. 326.

Arrogationi impuberis proprium est, quod requirat, satisfactionem, cuius duo sunt capita. Primo cavet arrogator, quod impubere, antè annos pubertatis mortuo, bona ejus velit reddere illis, ad quos cæteroaquis, id est, arrogatione non factâ, erant perventura. §. 3. *l. l. 18. 19. & 20. ff. h. t.* Dixi 1. antè annos pubertatis mortuo. Si arrogatus pubes factus testamentum, ut potuit, non condidit, cedunt quidem bona arrogatori, patiunturque cognati puberis detrimentum, sed factio ipsius puberis arrogati, non arrogatori. *Zesf. ad ff. h. t. n. 9. in f.*

Dixi 2. bona ejus velit reddere illis &c. ad cavendum periculum insidias fruendi vitæ impuberis, quod metuendum erat, nisi arrogatori hæc viâ spes successione ab intestato præcideretur. *Hoppius ad d. §. 3. l. b. t. pag. m. 120.*

Secundò cavet arrogator, quod arrogato, absque justâ causâ emancipato aut præterito, præter bona ad se perlata, relinquere velit quartam suorum bonorum. *d. §. 3.*

Controvertitur, debeaturnè arrogato impuberi quarta omnium bonorum, an portionis ab intestato debita?

Priùs sustinent *Hæmold de I. & I. tr. 4. cap. 3. contr. 2. n. 156. Horp. ad d. §. 3. n. 9. Ant. Mattheus in animadvers. ad Inst. h. t. §. 3. Rbesius ad Inst. differt. 6. position. 6. Franzk. ad d. §. 3. n. 9. Domin. Armannus exercit. 2. th. 19. Ungo-pant exercit. Inst. 3. q. 12. Majorus ad d. §. 3. ubi plures pro se citat.*

Posterius tenent *Bachov. in Franch. vol. 1. diff. 2. th. 9. l. E. & ad Inst. b. t. §. 4. Hoppius, Schambogen ad d. §. 3. Von. ibid. n. 3. & alij apud Müller ad Struv.*

10 Probatur prior sententia ex variis juris textibus, puta §. 3. *Inst. l. 22. princ. & §. 1. ff. l. 2. Cod. h. t. l. 8. §. 15. ff. de inoff. testam. l. ult. ff. si quid in fraudem patroni factum sit.* In quibus locis quarta, improberi debita, absolute dicitur quarta bonorum: ergò quarta impuberi debita est quarta omnium bonorum: Nequè dicas, etiam in *l. 6. Cod. d. inofficioso testam.* simplicem quartæ partis bonorum mentionem fieri, & tamen solum intelligi quartam portionis ab intestato debitæ, sive legitimam unacum aliis liberis dividendam. Nam 2. Idè in memoratâ *l. 6.* non intelligi quartam omnium bonorum, quia, esto textus ille simpliciter sonet, aliis tamen textibus, ut *l. 8. §. 6. & 8. ff. l. 31. Cod. de inoff. te-*

flam

*Item.* Sufficiens invenitur, quòd de quartâ portionis àb intestato debita exaudi debet; quòd tantum abest, ut in legibus, suprà à nobis citatis, idem contingat, ut potius in *cis. l. ult. ff. si quid in fraudem patroni factum sit.* aperte dicatur, impuberi arrogato deberi quartam ex bonis, quæ tempore mortis fuerunt adoptantis. Ergò debetur quarta omnium bonorum; quia tempore mortis bona universa fuerunt adoptantis.

Obijcies 1. filio naturali non debetur, nisi quarta portionis àb intestato debita: ergò neque adoptivo; absurdum enim videtur, filium fictum melioris esse conditionis, quàm filium verum. 2. Absurdum non esse, filium adoptivum hâc in parte, meliori fortunâ frui, quàm filium naturalem: partim quia iste nihil patri attulit, ille caput & fortunas suas: partim quia istum ipsa natura patri sufficienter commendat, illum non etiam: cui proindè leges impensiore studio debuerunt suffragari.

Obijc. 2. Si 5. arrogentur, fieri non potest, ut quarta omnium bonorum singulis relinquatur: ergò signum est, impuberi arrogato quartam omnium bonorum non deberi.

3. Nunquam admissum iri, ut 5. impuberes simul arrogentur. *Serv. in evolut. contr. exercit. 3. th. 60.*

## §. VI.

**E**ffectus adoptionis alius est, si sit arrogatio, alius, si adoptio in specie. Effectus arrogationis est, quòd per illam non arrogatus tantum, sed liber quoque ejus & bona transferantur in potestatem arrogatoris. *§. pen. l. l. 2. §. ult. l. 1. §. princ. l. 40. princ. ff. h. t.*

Adoptio in specie alium iterum effectum operatur, si facta sit ab extraneo, alium, si àb ascendente. Facta àb extraneo non operatur potestatem patriam, neque tribuit jura familiæ, sed hoc solum, ut filius adoptivus patri adoptanti succedere possit àb intestato. *Ungopaur d. exerc. 3. q. 11. Luduvell ad §. 2. l. h. t.* ubi etiam rationem hujus juris assignat.

Sunt equidem, qui dissentiant; ac contendant, per adoptionem, factam àb extraneo, induci potestatem patriam, quos inter *Ant. Matthews d. loc. in princ. & Armanus d. exercit. 2. th. 20.* Sed longè verior est sententia contraria, quæ probatur 1. ex d. §. 2. l. h. t. ubi perspicue asseritur, si filius familias à patre naturali personæ extraneæ in adoptionem detur, jura patris naturalis minimè dissolvi: ergò adoptatus ab extraneo non transit in potestatem adoptantis. Prob. 2. per textum in *l. pen. §. 1. Cod. h. t.* ubi dicit Imperator, quòd filium adoptivum per omnia naturæ suæ aggregaverit. Ergò aggregavit etiam in ordine ad potestatem patriam. Prob. 3. per §. 8. *infra. Quibus modis jus patria &c.* ubi solum de adoptione àb ascendente factâ dicitur, quòd vincula potestatis patriæ dirumpat. Ergò adoptio àb extraneo facta effectum hunc non producit.

Qui



Qui sententiam contrariam defendunt, nituntur texto in *d. l. pen.* In cuius imprimis principio dicitur, adoptatum ab extraneo, ita permanere, quasi non fuisset in alienam familiam translatus. Ergo adoptatus revera transit in potestatem adoptantis, & solummodo ratione successionis perinde habetur, ac si adoptio nunquam facta fuisset. Deinde ex §. 1. *d. legis pen.* ita argumentantur: filius adoptivus dicitur emancipari posse ab extraneo patre: ergo fuit in potestate extranei patris; privatio enim presupponit habitum.

Sed ad utrumque horum oppositorum facilis suppetit responsio. Ad primum quidem *q.* dictione *quasi* non semper similitudinem & fictionem significari, sed sæpè veritatem ipsam, ut in §. 1. *l. de I. N. G. & C. §. 1. l. de empt. vend. l. 9. ff. de I. & I. l. 3. §. 10. ff. de minoribus. l. 27. in f. princ. ff. locati conducti. l. 22. §. ult. ff. ad SC. Trebell.* Ad alterum *q.* Filium adoptivum dici emancipari posse à patre extraneo in sensu lato & minùs rigoroso, in tantum videllèt, in quantum efficere potest pater extraneus, nè ab intestato sibi filius adoptivus succedat.

**13** Adoptio facta ab ascendente inducit patriam potestatem ex parte adoptantis. *d. §. 2. l. d. l. pen. Cod. h. t.* cum hoc casu & naturalia cognationis, & civilia adoptionis iura in unam eandemque personam concurrant.

Nobilis hic sese offert quæstio, an adoptio perfecta nobilitatem tribuat, adeoque homo plebejus, adoptatus ab ascendente nobili, efficiatur nobilis?

Parti affirmativæ subscribunt *Audler Jurisprud. publ. lib. 1. tit. 7. n. 16. Lauterbach ff. h. t. §. 10. Hahn lib. 1. var. resolut. nr. 3. q. 33. Transl. vol. 1. disp. 2. th. 10. lit. A. & vol. 2. disp. 15. th. 5. lit. C. Bachov. ad d. th. 5. lit. C. in verb. unda quæsitum est. in f. Hahn ad Wes. ff. de adopt. n. 6. D. Gletle p. m. pars. 1. select. quæst. 31. n. 6. Clariss. D. Verlobner in Semicent. select. quæst. 15. n. 12.*

Verior sententia negat, adoptione perfectâ nobilitatem tribui: cui suffragantur *Harp. ad §. 12. f. h. t. n. 5. & seqq. Sahnabog. ibid. pag. m. 128. Bach. in Treutl. d. vol. 1. disp. 2. th. 10. lit. A. Struv. exercit. ad Pand. 3. th. 65. Tiracuell. de nobilit. cap. 15. n. 5. & 6. D. Fleck in Biblioth. Jur. civ. lib. 1. tit. 57. n. 31. Clariss. D. Joan. Udalricus Rudolphi in cent. Palladis rogata quæst. 2. Soryck in vol. novo dissertat. Jurid. ult. de Jure ex alterius personâ competente cap. 3. n. 25. & in usu. mod. Pand. h. t. §. 8. ubi sic scribit: quidquid sit de jure Romano, certum esse puto, hodie adoptionem, sive plenam, sive minùs plenam, non esse medium derivandæ nobilitatis: hæc enim familiæ quâ tali hodie non coheret, sed sanguini, cum quo per traducem quasi, interveniente legitimo matrimonio, propagatur ad posteros; non tamen vi nativitatis, sed vi concessionis Imperatoris, quâ ad posteros nobilitas extensa. Probatur: esto favore liberatis, servus per adoptionem efficiatur liber. §. ult. *f. h. t. l. 22. ff. de R. F.* ex ingenuo tamen non fit libertinus, nec ex libertino ingenuus. *l. ult. ff. h. t. l. ult. ff. de statu hominum.* ergo nec per adoptionem ex plebeio, sive ignobili fiet nobi-*

**lis.** Probatur 2. Filius adoptivus in feudis non succedit patri adoptivo. 2. *feud.* 26. §. 4. *vers. adoptivus.* ergo signum est, quod non fiat nobilis, cum plerumque feuda concedantur nobilibus. Prob. 3. Nobilitatem solus Princeps tribuit: ergo eadem prerogativa non gaudet adoptio. Certè nobilitas vel spectatur ex sanguine & decursu multarum generationum, prout spectatur in l. 3. *Cod. de commerciis & mercatoribus.* vel ex virtute, ad præclare agendum innata: si hoc, tunc quemadmodum habitus est, suapte indole inaufertibilis, *arg.* §. 11. *F. de F. N. G. & C.* ita per adoptionem conferibilis non est. Si illud, tunc, quia commentum adoptionis naturam solummodo imitatur. §. 4. *F. h. r.* & non jus sanguinis, sed saltem agnationis tribuit. l. 23. *ff. cod.* ideo nobilitatem haud confert.

**Objic. 1.** Libertianus, qui se ingenuo arrogandum dedit, jura ingenui consequitur in familiâ arrogatoris. l. 32. *ff. de ritu nupt.* ergo etiam ignobilis, qui se nobili adoptandum dedit, jura nobilitatis consequetur in familiâ adoptantis. Respondet *Harp. ubi supra n. 11.* aliud esse, quem fieri ingenuum, aliud jura ingenuitatis consequi. ego *¶.* à juribus unius generis non licere argumentari ad jura alterius generis, v.g. nobilitatis, ut quam conferre, soli Imperatori reservatum est. *Carpz. ad Leg. Reg. German. cap. 3. sect. 13. n. 47.*

**Objic. 2.** Adoptio perfecta tribuit jura familiæ & consanguinitatis. l. 23. & 44. *ff. h. r.* ergo etiam nobilitatem. *¶.* disting. antec. tribuit jura consanguinitatis, hoc est, jura fraternitatis, agnationis, aut cognationis civilis, concedo, jura veræ naturalis consanguinitatis, nego antec. & conseq. confer *Harp. d. loc. n. 13.*

**Objic. 3.** per adoptionem quæritur dignitas patris adoptivi. l. 13. l. 35. *ff. h. r. l. 5. l. 10. ff. de Senatoribus. l. 4. Cod. de Decurion.* ergo etiam nobilitas. *¶.* 1. disting. antec. per adoptionem quæritur dignitas, id est, patria potestas patris adoptivi, concedo, quæritur vera & propria dignitas, nego. *¶.* 2. disting. consequens: quæritur nobilitas patris adoptivi, hoc sensu, quod per adoptionem plebeius fiat filius patris nobilis, prout fieri solet in nobilitate personali, in quâ filij sunt filij patris nobilis, non tamen filij nobiles, concedo consequentiam, quæritur nobilitas, hoc sensu, quod plebeius fiat nobilis, nego conseq. *¶.* 3. absolute negando paritatem, cum nobilitas per legitimam prorogationem ex sanguine descendat, aut specialiter à principe concedatur.

**Objic. 4.** adoptio imitatur naturam. d. §. 4. *F. h. r.* sed filius, ex nobili patre natus, jure nativitatis fit nobilis: ergo etiam à patre nobili adoptatus fit nobilis. *¶.* Disting. antec. adoptio imitatur naturam respectu patris potestatis, & effectuum illius, concedo, in ordine ad alia, nego.

**Objic. 5.** Si femina plebeja ducatur à nobili fit nobilis. l. 13. *Cod. de dignitat.* ergo etiam, si homo plebeius adoptetur à nobili, efficietur nobilis: ideo enim femina fit nobilis, quia transit in familiam mariti: ergo etiam adoptatus fiet no-

bilis, quia transit in familiam patris adoptivi. R. 1. neg. conseq. nam quod singulari Principum beneficio, in favorem matrimonij constitutum est, produci non debet ad consequentiam. Arg. l. 14. § 2. seqq. ff. d. ll. R. 2. invertendo argumentum: femina plebeia, nubens nobili, fit nobilis, consequenter & filius ejusdem nobilis, quia natus est ex patre nobili, licet ex matre plebeia: ergo eum econtra filia nobilis, nubens plebeio, patris nobilitatem amiserit, & nepos exinde natus plebeij patris sortem sequatur, non potest non manere plebeius; aut ostendatur, quo pacto nobilitas, semel à matre amissa, in nepote per adoptionem restaurari valeat.

In Imperio Romano-Germanico adoptioni simillima est unio prolium, vulgò die *Einfindschafft* / quæ etiã vocatur prolium parificatio, paritatio, conjunctio, adfiliatio, filiatio reciproca, &

Describitur à *Stryk d. l. §. 10.* Quodd sit conventio parentum, de liberis diversorum matrimoniorum ratione successionis exæquandis, ut tam quoad patrem, quàm matrem pariter censeantur, ac si ex eodem matrimonio prognati essent. De hac videantur *Jacobus Rickius in tract. singulari de unione prolium.* *Andr. Gail. 2. obs. 125.* *Först. vol. 1. Consil. Marburg. cons. 2.* *Gilcken de usucap. p. 3. c. 4. n. 64. & 221.* *Maxim. Faust ab Aschaffenburg / Consilia pro araria.* *Stryk. d. §. 10. & seqq.* *Müller in Jurisprud. Element. ad h. t. sb. 13. & seq.* ubi unionem prolium per causas examinat.

## TITULUS XII.

### Quibus modis Jus Patriæ Potestatis solvitur.

#### SUMMARI A.

1. Finitur patria potestas emancipatione, qua vel legitima, vel Anastasiana, vel Justiniana.
2. Adoptione facta ab ascendente.
3. Morte.
4. Maxima & mediâ capitis diminutione.
5. Emissâ professione in religione ab Ecclesiâ approbatâ.
6. Variis dignitatibus.
7. Non tamen solâ Doctoratus dignitate.
8. Captivitate, saltem secundum quid.

#### §. un.

**C**ontraria patriæ potestatis sunt modi, quibus inducta rursus dissolvitur. Solvitur autem vel utriusque, hoc est, patris & filij communi consensu, vel ex causâ aliâ. Utriusque consensu iterum vel plenè, vel minùs plenè. Plenè solvitur potestas patria per emancipationem, quæ definiti potest, quòd sit patrij nexùs solèmnis relaxatio, utriusque, & patris emancipantis, & filij emancipandi consensu interveniente. *L. 3. l. pen. l. ult. Cod. de mancip. liber.* Vel brevius: est actus, quo filius à patre è potestate dimittitur.

Dividitur in legitimam & Imperatoriam. Legitima dicitur, quæ ex legibus 12. tabularum descendens, per imaginarias venditiones celebrabatur. Nam olim pater, filium è potestate dimissurus, ter eundem venumdabat; quam venditionem sequebantur solennes circumductiones & aliæ injuriosæ (prout dicitur in *nov. 81. princ.*) cæremoniæ, de quibus videantur *Harp. ad §. 6. l. h. r. n. 3. & Finn. ibid. n. 1.* Sed durum videbatur decursu temporis, hunc emancipandi modum tot duris solemnitatibus esse obnoxium, quem proinde Principes, velut perplexum, sustularunt.

Emancipatio Imperatoria discerpitur in Anastasianam & Justinianeam. Anastasiana est, quæ ex rescripto Principis coram Magistratu perficitur. *d. l. pen. Justiniana*, quæ absque rescripto Principis coram magistratu competente peragitur. *d. §. 6. l. h. r. d. l. ult. Cod. de emancip. lib.* Requisita emancipationis sequentia occurrunt. Primum est, ut fiat coram competente magistratu. *d. l. ult.* Secundum, ut interveniat consensus ejus, qui emancipatur: Sinè causâ enim filius invito emancipari non potest. *d. l. pen.* Tertium, ut pater quoque consentiat, quia jure suo nemo invito privari potest. Hodie secundum consuetudinem quorundam locorum, imò totius Germaniæ, pro emancipatione haberi, si quis liberorum teosism à patre degat, & propriam familiam ejus permisso habeat; si consensu ejusdem sibi soli negotietur: aut matrimonio ritè contracto tuas sibi res gerat, quamvis judicialis contestatio non accesserit, testes sunt *Harp. d. loc. n. 7. Berlich. p. 2. pract. conclus. 11. n. 33. Klock tom. 2. consil. 65. n. 8. & seqq. D. Vertolmer semicent. select. quest. 45. n. 2.* ubi pro more catervam doctorum hoc cum ipsis attestantium adducunt.

Minus plenè solvitur potestas patria adoptione, puta, si filius avo paterno aut materno in adoptionem deat: tunc enim respectu dantis solvitur: respectu patris adoptivi verò ob concursam duplicis vinculi potestas alia inducitur. *§. 8. l. h. r.*

Ex causâ aliâ patria potestas solvitur vel in totum, vel secundum quid. in totum duobus modis, morte & dignitate. Mors est vel naturalis, vel civilis. Morte naturali solvitur potestas patria, si vel pater vel filius decedat. *princ. l. h. r.* mors enim solvit omnia. *nov. 22. cap. 20.* Sed hoc distinctionem recipit. Nam mortuo patre liberi efficiuntur suæ potestatis: avo verò mortuo nepotes ita demum suæ redduntur potestatis si in potestatem patris sui non recidant. *d. princ. h. r.* Mors civilis est vel partibus involuntaria, vel voluntaria. Per mortem partibus involuntariam solvitur potestas patria, si aut pater aut filius eximatur è numero civium romanorum, fortè quòd patiatur maximam aut mediam capitis deminutionem. Est enim potestas patria civium romanorum propria, adeoque tollatur, necesse est, si aut pater aut filius amittat jus civitatis romanæ. Planè si deportatus à Principe restituatur in integrum, recipit potestatem patriam, dummodò restitutio sit plenissima: nam indulgentiâ generali pater

quidem remittitur, non verò redditur potestas patria. §. 1. *I. b. t. l. 1. l. 2. Cod. de sententiam passis & restitutiis.*

Per mortem voluntariam solvitur potestas patria, si aut pater, aut filius in religione approbatâ profiteatur. Qui enim profitetur, perfectè subiicitur potestati Abbatis: ergò non manet sub potestate patriâ. Deinde potestas patriâ & Abbatialis ad diversos planè fines tendunt. Per illam enim ex motivo naturali diriguntur actiones filij in bonum tum filij, tum patris: per hanc verò ex motivo supernaturali diriguntur actiones religiosi in bonum solius religiosi: ergò potestates hæc simul stare nequeunt, adeoque si posterior superveniat, prior extinguitur. *Magnif. D. P. Collega Schmier tr. Jurid. de Personis, Rebus, & Juribus Ecclesiasticis. p. 1. cap. 3. Sect. 4. §. 1. n. 204.*

Planè licet professio religiosa liberet à potestate patriâ, in quantum hæc præjudicat religioni, non tamen etiam, in quantum prodest; nè, quod in comodâ religionis est introductum, detorqueatur in ejus detrimentum, contra *l. 6. Cod. de ll. et c. 61. de R. lin 6.* Hinc est, quòd usufructus, quem Pater habet in bonis filij adventitiis, non extinguitur, si pater in religione, bonorum itabilium capace, profiteatur, prout docent *Molina de F. & F. disp. 9. n. 16. Sanchez lib. 7. Oper. moral. c. 13. n. 7. Castro Palao p. 3. oper. moral. tr. 16. disp. 3. punct. 14. §. 1. n. 6. Hannold de F. & F. tr. 3. cap. 2. n. 122. D. Giesle p. m. Affert. Jurid. 23.* propter text. in *Ausb. ingressi. Cod. de SS. Ecclesiis.* ubi generaliter asseritur, quòd bona omnia, & jura Professi transeant in Monasterium; neque textus occurrit, quo aliud statuatur de usufructu: ergo usufructus etiam transit in monasterium.

Quòd si dicere sustineas, memoratam Authenticam profectam esse à legislatore civili, adeoque vim juris non habere, cum disponat de Personis, Jurisdictioni Ecclesiasticæ obnoxiiis; contra sic licet argumentari: Communis Doctorum sententia testatur, recitatam authenticam à Ecclesiâ esse receptam & approbatam: ergo habet vim Juris; cum in quæstionibus facti concurs omnium, aut ferè omnium Doctorum sententia faciat evidentiam moralem, quia ex multitudine tot testium, sine contradictione deponentium, resultat plenissima probatio, & evidentia moralis. *Suarez de LL. lib. 3. cap. 16. n. 11. in f. & n. 12.*

Unde primum est respondere, si dicatur 1. usufructus, quem pater habet in bonis filij adventitiis, est effectus patriæ potestatis: ergo perimitur, si hæc solvatur: quia effectus supponit suam causam. nam *n.* disting. consequens, ergo perimitur, si hæc solvatur simpliciter, esto, si tantum secundum quid, nego. per professionem religiosam potestas patria, juxta dicta, non solvitur simpliciter & omnino, sed hæc tamen saltem, quatenus præjudicat religioni: in quantum autem prodest eidem, manet inconcussa. cum igitur favor religionis exigat, nè solvatur in ordine ad usufructum, non solvitur.

Si dicatur 2. quando pater filium emancipat, non retinet, nisi medietatem usufructus. §. 2. *per quas personas cuique acquiritur. l. 6. §. 3. Cod. de*

de bonis, quæ liberis &c. ergo etiam quando proficitur, non retinebit, nisi medietatem usufructus. *¶* neg. consequ. disparitas est, quia per emancipationem potestas patri omnino solvitur: per professionem religiosam verò in tantum præcisè, in quantum favor postulat religionis. Deinde si emancipatio interveniat, filius dimittitur è potestate à ipso patre: contra quando pater proficitur, filius dimittitur è potestate non tam à patre, quam à ipsâ lege, quæ dimissione hæc religioni vult prodesse, non obesse.

Si dicatur 3. usufructum in bonis adventitiis lex patri assignat propter onus administrationis, quod sustinet: sed post professionem religiosam onus hoc cessat; ergo ipse etiam usufructus cesset, necesse est. *¶* dist. majorem, usufructum in bonis adventitiis lex patri assignat propter onus administrationis, tanquam propter causam inadæquatam, esto, tanquam propter causam adæquatam, nego. usufructum lex patri assignat non tam propter onus administrationis, quam potestatem patriam, quæ per professionem religiosam non solvitur in præjudicium religionis. Et sanè! si pater in perpetuam dementia incidat, nemo dixerit, eundem usufructu suo excidere, esto non sustineat onus administrationis: ergo signum est, quòd usufructum hunc non ratione administrationis principaliter habeat.

Si dicatur 4. Usufructus neque subsistere potest in personâ religiosi, quia per professionem factus est incapax omnium jurium temporalium; neque etiam transire potest in monasterium, quia est planè personalis, & inhaeret ossibus fructuarij: ergo necessariò extinguitur. *¶* Usufructum esse quidem personalem; quia tamen ex dispositione juris omnia professi jura transeunt in monasterium, & religiosus adminiculo professionis pars fit monasterij, ideo ratione unionis hujus & identitatis usufructus quoque monasterio acquiritur.

De dignitate agitur in *nov. 81.* ac statuitur, quòd præter dignitatem patriciatûs (quæ olim sola à potestatis patriæ nexibus eximebat. *§. 4. l. b. r. l. ult. Cod. de consulibus.*) hodie etiam dignitas consularis, consularitatis, præfecturæ prætorianæ, præfecturæ Urbicariæ, Magisterij militum, Episcopatus, & generaliter omnis, quæ ab oneribus curiæ liberat, vinculum potestatis patriæ dissolvat. 1. Itaque à potestate patriâ liberantur Patricij, per quos loco hoc non intelliguntur antiqui illi, qui opponebantur plebeis, sed Consiliarij Principum, ut ex eo satis colligitur, quia in *d. §. 4.* dignitas Patriciatûs vocatur summa: 'ergò intelligi non potest de dignitate senatoriâ, hæc enim stante Republicâ summa non fuit. Liberabantur autem Patricij potestate patriâ, quia inconveniens videbatur, Consiliarios istos, qui à Imperatoribus veluti Patres honorabantur, alieno juri esse subjectos. 2. Consules consulares, Senatores, Præfectori prætorio, Præfectori Urbi, Magisterij militum, tam peditum, quam equitum; non tamen nudi honorarij, sed qui actu carpentis vecti, clamores præconum audiverunt, judiciales conscenderunt sedes, & ipso opere officia ipsis commissa ad-

ministrarunt. *nov. 70. c. 1. Indignum namq; fuerit* (sunt verba Imperatoris in *d. nov. 81. c. 1.*) *cum, qui tantorum iudex est, & tantis iubet, manere sub potestate alterius.*

3. Episcopi. Olim quidem dignitas Episcopalis non erat modus tollende patrie potestatis. *l. 34. Cod. de Episcop. & clericis.* At, quia indecens crederet Justinianus, illos, qui omnium spirituales patres & pastores existunt, sub aliorum potestate consistere, hinc in *d. nov. 81. c. 3. indeq; desumpta. auct. sed Episcopalis. Cod. de Episcop. & clericis. nov. 123. c. 4. in f.* voluit, ut filius, etiamsi invito aut ignorante patre ad Episcopatum pervenerit, ex ipsa ordinatione a potestate patrie liber sit. Concordat jus canonicum *in. c. 13. qui filij sint legitimi.* 4. Denique omnis dignitas, ab oneribus curiae liberare valens, liberat a patrie potestate, *d. nov. 81. c. 1. §. 1.* Tales sunt patronatus fisci, principatus agentium in rebus, proximitas sacrorum Scriniorum. *l. ult. Cod. de decurionibus.* Intellige, si juxta *and. cit. nov. 70. c. 1.* collatos honorum codicillos actualis administratio secuta fuerit.

Per curiam in praesentem non denotatur palatium Principis vel Praesidis, sed curia municipij seu civitatis, sive potius corpus ac collegium curialium, ad imitationem senatus in urbe Roma. Curiales itaque erant certi decuriones de curia lecti, & publicis curiae negotiis addicti, quibus inter alia praecipue incubuit, tributa exigere. Oneribus etiam non levibus gravabantur, nam sine filiis decedentes 9. uncias sive dodrantem curiae relinquere cogebantur, in tribus reliquis solum potestatem testandi habentes, caeterum absque decreto vendere prohibitis molestius horum gravaminum eximebantur olim Patroni fisci, Principes agentium in rebus, nec non proximi sacrorum scriniorum. Est autem Patronatus fisci dignitas eorum, qui principalem curam gerunt rerum, ad aerarium Principis spectantium. Principatus agentium in rebus est dignitas eorum, qui caeteros agentes in rebus (quales erant, qui domi palatinae negotia familiae Principis tractabant, & foris ejus mandata ac literas deferendo curaverant, ut ex provinciis pecuniae & species, tributorum nomine debita, in urbem veherentur) antecellunt, pro praemio exacti laboris tributa. Proximitas vero sacrorum scriniorum est dignitas illorum, qui magistris sacri Palatij scriniorum, nimirum memoriarum, epistolarum, libellorum, & dispositionum, in quibus annotationes, pragmaticae sanctiones, rescripta Principis, cognitiones & preces reponuntur, proxime adjugebantur: etiam promagistri appellati, eo quod absentibus, aut adversa valetudine detentis magistris, eorum vices adimplerent. Hodie Curialium vix talis dabitur status: nisi forte cives quarundam civitatum Germaniae illis aequiparare velis. Nam sicut ex curialis vita functi bonis certa portio curiae assignabatur, ita hodie civis migrans ex civitate, vel demortui civis bona extra civitatem efferre volens, cogitur imprimis de omnibus bonis suis certam pecuniae summam, vulgo *Abzug-Geld*, civitati pensitare, hocque consuetudine laudabili.

*Andr. Gall. 2. Obs. 36. n. 10.* Præfectos prætorio, Patricios, & similes etiam temporibus nostris non habemus: in eorum locum tamen hodie intimi Consiliarii Imperatoris (idem de Cardinalibus respectu Pontificis ex communi Doctorum asserit *Layman Theol. Moral. lib. 3. tit. 4. cap. 8. n. 14.*) Electorum, Principum, Comitum, liberarum civitatum, ac statuum Imperialium subintrant. *Stryk ubi supra. §. 24. in f. Harp. ad §. 4. Instit. h. t. n. 2. in f.* Quoniam status Imperij in suo territorio eandem vim ac potestatem habere dicuntur, quam Imperator habet in toto Imperio. *Vult. ad d. §. 4. n. 3.* Planè memoratæ dignitates liberant à potestate patriâ, quatenus hæc videtur præjudicare liberis. *ff. aurb. sed Episcopis d. nov. 81.* Quoad emolumentum pristinae familiæ, potestas manet salva & integra, nè, quod in alicujus favorem introductum est, in ejus odium detorqueatur. Hinc liberi, per dignitatem sacris paternis exempti, succedunt, ut sui, & liberi patrisfamilias, dignitate facti, quos habuit, cum filiusfamilias esset, post mortem avi in ipsius transeunt potestatem, *sepè dict. nov. 81. c. 2.* Quod secus est in emancipatione & reliquis modis solvendi patriam potestatem. *l. 5. ff. de his, qui sui vel alieni &c. Conter Perez. ad 1. Cod. de Episcop. & Clericis. n. 13.*

Dubitatur, an Doctoratus liberet à potestate patriâ?

*1.* Cum *Ungewan d. exercit. 3. q. ult. & Struv. exercit. 3. th. 47.* Professores publicos secernendos esse à Doctoribus aliis. Professoribus publici, sive qui publicè in Academicis docent ac profitentur, potestati patriæ non subjacent: ut satis colligitur ex *l. 6. Cod. de Professoribus & Medicis.* ubi Professores ab omni functione & omnibus muneribus (per quæ etiam onera designantur. *l. 18. ff. de P. S.*) immunes asseruntur: ergò sunt etiam immunes à potestate patriâ, quia, ut Justinianus statuit in *d. nov. 81. c. 1. §. 1. & aurb. sed Episcopalis. Cod. de de Episcopis & Clericis.* quæcunque dignitas liberat ab oneribus curiæ, eximit quoque à potestate patriâ. Doctores alij à potestate patriâ non sunt immunes. *Prob. 1.* textum nullum reperias, quo expressum cit. nudâ doctoratûs dignitate sacra paterna perimî: ergò ihibata perdurant, esto ejusmodi dignitas filio obvenerit. Erubescimus enim sinè lege loqui. *nov. 18. cap. 5.* *Prob. 2.* militia sagata non liberat à patriâ potestate. *d. §. 4. l. 7. Cod. de patriâ potestate.* Ergò neque togata: Ab illâ enim ad hanc legitimum ducitur argumentum. *Nicol. Everhardi in locis legalibus loc. à militia armata à militia togata.* *Prob. 3.* Olim Juri, quorum responsa vim juris obtinuerunt. *§. 8. supra de I. N. G. & C.* item Proconsules, Præsides Provinciarum & disertissimi causarum Patroni non erant immunes à subjectione potestatis patriæ. *arg. l. 2. 3. & 4. Cod. de advocat. divers. judicium. l. ult. in f. Cod. de decurionibus.* Ergò nec hodie Doctores nostri, qui in locum illorum veterum Jutorum successi censentur, cum surrogatum sapiat naturam ejus, cui surrogatum est, *l. 10. §. 2. ff. si quis cautionibus in jud. sist. l. 1. §. 1. ff. his,*



*fi is, qui testamento liber esse iussus. Confer. Harp. ad d. §. 4. n. 9. Schneid. ibid. n. 5. Berlich. p. 2. concl. II. n. 53.*

- 8 Secundum quid solvitur patria potestas captivitate, utpotè per quam non tam dirimitur, quam suspenditur, ac status liberorum dubius efficitur. Vel enim pater revertitur à hostibus, vel ibi decedit. Priore casu recipit potestatem patriam, ac fingitur jure postliminij semper in civitate fuisse. Posteriore casu adminiculo legis Cornelie fingitur eo momento decessisse, quo captus fuit. §. 5. l. h. t. Idem proportionaliter dicendum, si libeti capiantur ab hostibus. d. §. 5. in f.

## TITULUS XIII De Tutelis.

### S U M M A R I A.

1. *Etymologia tutela.* 2. *Ejusdem definitio.* 3. *In quæ verba, in capite libero, ad tutorem referenda.* 4. *Tutela alia est testamentaria, alia legitima, alia dativa. Alia regularis, alia irregularis. Alia honoraria, alia oneraria.* 5. *Refert cunabula sua in acceptis nec juri naturali, nec gentium, sed juri civili, & quidem, per se loquendo, privato, non publico.* 6. *Tutores esse non possunt infantes, impuberes, cæci, muti, sardi, perpetuo valetudinarij, furiosi, mente capti, minores, famina, servi, deportati, peregrini, prodigi, debitores & creditores pupilli, infames, Religiosi, Episcopi, Clerici, milites.* 7. *Tutor datur principaliter persona: nonnunquam certa rei aut causa.* 8. *Adornatur differentia tutela à potestatibus aliis.* 9. *Finis duplex statuitur, primarius & secundarius.* 10. *Adducuntur effectus ejus.* 11. *Contraria differuntur in commo- diorem locum.*

**E**timus de hominibus alieni juris. Occurrunt homines sui juris, qui sunt vel sub tutela, vel curatela, vel neutro jure tenentur. Videamus initio, quinam sint sub tutela, dein qui sub curatela: ita enim intelligemus, qui neutro jure tenentur, *princ. l. h. t.*

### §. I.

- 1 **T**utela à tuendo dicta est, unde & tutores quasi tutores appellantur. §. 2. *cod.*

### §. II.

- 2 **D**efinitur Tutela in §. 1. *h. t. & l. 1. princ. ff. eod.* Quòd sit vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem se defendere nequit, jure civilia data ac permessa.

Votabula *vis ac potestas* in definitione hac sunt synonyma, & significabant, tutelam non esse potestatem quamcunque, sed potestatem vehementem, magnam, efficacem, & velut portionem patriæ potestatis, vi ejus tutori liceat, pro autoritate quid statuere, ac disponere circa personam & res pupilli.

Dubitatur, quorsum pertineant verba, *in capite libero*? Sintne ad tutorem, an pupillum referenda?

Prima sententia verba illa refert ad pupillum. Ita *Bachov. Struvius, Ludw. v. Well. Wissenbach, Ungepaar exercis. Justin. 4. q. 1. in nego. Hannold, & DD. communiter.*

Secunda sententia refert ad tutorem. Ita *Donellus 3. Comment. 1. Treutl. vol. 2. disp. 8. sb. 1. lit. C. Zoësius ff. h. t. n. 1. Steinhex ibid. n. 1. pag. mihi 354. Schambog. ad §. 1. f. h. t. Clariss. D. Doct. Braun. p. m. in tr. de tutelâ & Curâ in genere & specie ad tit. 1. lib. 26. ff. sb. 6.*

Tertia ad utrumque refert. Ita *Müller Jurispr. Element. disp. 13. sb. 2. in f. & Hannius lib. 1. var. resolut. tr. 4. q. 2.*

Ego in hoc opinionum certamine primas secundæ defero. Proh. tutela, 3 ut pleraque in jure nostro, est relatio quædam, nempe respectus tutoris ad pupillum, & vice versâ: ergo debuit definiri per fundamentum & terminum: ergo per tutorem, tanquam fundamentum, & per pupillum, tanquam terminum. Ergo verba *in capite libero*, sunt referenda ad tutorem, quia persona pupilli per verba sequentia jam sufficienter exprimitur. Deindè si per verba *in capite libero* intelligeretur pupillus, idem, nempe pupillus bis poneretur in definitione, semel ibi, *in capite libero*: & iterum ibi, *qui propter aetatem se defendere nequit*, quod tamen à bonâ definitione alienum est. Porro dicitur in definitione 3. *ad tuendam*, per quod insinuaturs finis primarius tutelæ, qui est, tueri pupillum, & in quo tutela tum à curâ, tum à patriâ potestate differt. Et quidem à curâ; quia hæc principaliter respicit administrationem bonorum, non tuitionem personæ; à patriâ potestate verò, quia finis præcipuus hujus est gubernare liberos, & actiones illorum, tum in bonum proprium, tum etiam in bonum patriæ.

Dicitur 4. *enim*, hoc est, ad tuendam personam pupilli.

Dicitur 5. *qui propter aetatem se defendere nequit*, quibus verbis tutela rursus differt à curâ, & potestate patriâ. à curâ quidem, ut quæ non solum in defectum ætatis, sed ob alia quoque vitia tum animi, tum corporis, v. g. propter furorem, prodigalitatem, morbum soniticum &c. inducta fuit. à patriâ potestate verò, quia nec ista præcisè habetur ad corrigendos defectus ætatis liberorum, sed ampliore & quasi regio jure exercetur promiscuè in puberes & impuberes, in minores, & majores, eousque, donec uno ex modis, superiori titulo assignatis, dissolvatur.

Dicitur 6. *Jure civili*, quæ particule hæud redundant, prout somniat Vukeius, cum causam efficientem non ponant in definitione in recto, sed saltem

in obliquo tanquam terminum connotatum, seu in obliquo includum in ipsâ formâ; quod non est vitium definitionis.

Dicitur 7. & ult. *data ac permessa*. data nempe immediate à lege, unde tutela legitima; permessa dari, vel à testatore, unde testamentaria; vel à magistrato, unde tutela dativa.

### §. III.

4 **D**ividitur tutela variè. 1. à causâ efficiente in testamentariam, legitimam, & dativam. De qua visione pluribus infra suis locis differemus.

2. Dividitur tutela à subjecto in regularem & irregularem. Regularis est, quæ defertur masculis. Irregularis, quæ defertur foeminis, ex eò sic dicta, quia tutela suapte indole est munus virile. *l. 16. princ. ff. h. t.*

3. Dividitur à fine in onerariam & honorariam. Oneraria dicitur, quæ administrationis onus conjunctum habet, qualis est ferè omnis tutela. Honoraria, quæ potius honoris gratia, quam oneris causâ imposita est, ac aliorum tutorum administrationem sedulo observando curat, ne pupillus inde damnus sentiat. *l. 3. §. 2. ff. de administ. & periculo tut.*

### §. IV.

5 **C**ausa efficiens tutelæ duplex occurrit, proxima & remota. Remota est jus. Sed quale?

R. 1. Tutelam non esse juris naturalis. Ea enim sunt juris naturalis, quæ habent evidentem, necessariam, & immutabilem veritatem honestatis, ita, ut oppositum essentialiter & manifestè turpe sit. Atqui habere tutorem, non videtur res evidenter honesta, & carere tutore, non videtur intrinsecè turpe; ergo &c.

Ob hoc textum in §. pen. *I. de Atiliano tut.* ubi dicitur, juri naturali convenire, ut impuberes in tutelâ sint. Ergò tutela est juris naturalis. R. Dist. consequens: ergò tutela est juris naturalis quoad congruentiam, concedo, quoad substantiam, nego consequentiam.

R. 2. Tutelam non esse juris gentium. Nam illa propriè dicuntur juris gentium, quæ proximè promovent felicitatem gentium, quâ talium. Atqui tutela hoc non præstat, cum proximè tendat ad commodum privatum pupilli, ergo &c.

R. 3. Tutelam quoad substantiam & introductionem, esse juris civilis. *Lodovell ad Inst. exercit. 3. th. 1. lit. G.* Constat ex definitione tutelæ, ubi dicitur, *jure civili data ac permessa*.

R. 4. Tutelam, per se loquendo, non esse juris publici, sed privati. Tum quia. [Ctus in *l. 6. §. 15. ff. de excusationibus*, negat, tutelam esse Reipublicæ munus; tum quia tutela non respicit primario, aut promovet utilitatem totius Reipublicæ, sed commodum privatorum. Confer. §. ult. *suprà de I. & I.*

Neque obloquitur textus in *princ. l. de excus.* ubi tutela dicitur juris esse publici. Nam dicitur juris esse publici, non quod proximè respiciat utilitatem publicam, sed quia defertur auctoritate publicâ, ac invito etiam imponitur. Dixi tamen per se loquendo. Ut exciperem tutelâ regum ac principum, quæ, quia primariò respiciunt salutem Reipublicæ, meritò ad jus publicum revocantur, Confer *Henric. Cocceium d. disp. Juris publ. de Tutelis Illustrum. Sect. 3.*

Causa efficiens proxima tutelæ est testator, lex & Magistratus. Testator defert tutelam testamentariam: Lex legitimam: Magistratus denique dativam.

## §. V.

Subjectum tutelæ est tutor, à tuendo dictus, quia quasi est tuitor & defensor Pupilli, adeoque ex re ipsâ nomen accepit. *d. §. 2.* Germanicè vocatur *gitt Vormund/ Pfleg-Vatter/ Pfleg-Vogt/ Verhaber* &c. Definitur, quòd sit persona libera, habens vim ac potestatem tuendi personam & bona ejus, qui ipse ob ætatem se, & sua defendere nequit. Tutor esse potest omnis, qui non prohibetur. Prohibentur autem quidam naturâ, quidam lege positivâ. Naturâ prohibetur aliquis vel ob ætatem, vel ob vitium. Ob ætatem non potest tutor constitui. 1. Infans, quia non intelligit, quid agit. 2. Impubes pro illo tempore quo impubes est. *§. 13. f. de excusat. tut. l. ult. Cod. de legit. tut.* Ratio insinuat in *d. l. ult.* quia inconveniens videtur, eum, qui ipse in potestate tutoris est, alium in simili potestate habere.

Sed nunquid impubes saltem dari possit futurus tutor, cùm habilis erit ad hoc munus? *¶ 1.* Testamento dari posse non videri: vix enim est possibile, ut notabili tempore fiat majorennis, antequàm pubes esse cæperit is, cui datus est. Si obtendas textum in *l. 10. §. pen. ff. de excusat.* ubi libertus impubes, à patrono filiis suis tutor datus, molestari prohibetur, donec impubes fuerit. *¶ 1.* Legem intelligendam esse de casu, quo is, cui impubes testamento tutor datur, adhuc est in utero, vel anniculæ, vel infra annum, impubes autem tutor datus anno 14. proximus. Vel dico cum *Bechmann. ad d. l. 10. & Vin. ad d. §. 13.* quòd in textu græco Modestini habeatur vox *aphilix*, quæ significat minorem, quam imperitus interpret reddidit *impubes*, & sic turbavit sensum hujus legis.

*¶ 2.* Impuberem non admitti ad tutelam legitimam. Habetur in terminis *d. §. 13.* Ibi: *quâ constitutione* (intellige *d. l. ult. Cod. de legit. tut.*) *cavetur, ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus.*

*¶ 3.* Neque à magistratu posse impuberem tutorem dari, Prob. sub conditione non potest Magistratus tutorem dare. Atqui datio tutoris impuberis habet imbibitam tacitam conditionem, *si impubes majore evaserit antè pubertatem ejus, cui datus est.* Ergò &c. Major patet ex *l. 6. §. 1. ff. h. t.* Ibi: *sub conditione à Praesidibus Provinciarum non posse dari tutorem placet: & si datus sit, nullius esse momenti dationem.*

Vitium inductivum inhabilitatis est vel corporis, vel animi. Ob vitium corporis nequit esse tutor 1. Cæcus. l. 3. *Cod. qui dare tutores vel curatores. l. un. Cod. qui morbo.* Ratio est, quia hunc in rebus gerendis multa latere possunt, cum ocellus habeat fenestras, quas natura nobis dedit ad prospicienda ea, quæ nobis & aliis sunt commoda vel incommoda. 2. Mutus. l. 1. §. 2. l. *pen. ff. h. r.* Hic enim incommodè auctoritatem præstat. 3. Surdus. d. l. 1. §. 2. d. l. *pen. ff. h. r. l. pen. §. un. ff. de legit. tut.* Nam ad impediendas varias fraudes, quibus tenera pupilli ætas supposita, ad cavendas insidias, quibus exposita est, tutor ipse auscultare & palàm percipere debet omnia, quæ à vel cum pupillo geruntur. 4. Perpetuò valetudinarius, sive is, qui tali morbo laborat, ut nè propriis quidem rebus præesse valeat. d. l. *un. Cod. qui morbo.*

Ob vitium animi reprimuntur furiosi & mente capti, pro illo tempore, quo insaniant ac delirant, cum tunc non intelligant, quid agatur. Si tamen defacto testamento tutores dentur, dationi inesse censetur tacita conditio, nempe, si redierint ad sanam mentem. §. 2. l. *qui testam. tut. dari possint. l. 10. §. 3. ff. eod. l. 11. ff. h. r.* Medio interim tempore à magistratu tutor datur, per §. 1. *de Atiliano tut.* Qui statim desinit, quàm primùm furiosus sanam mentem stabiliter recuperaverit.

Lege positivâ prohibentur quidam ob statum, quidam ob causam aliam. Status inductivus inhabilitatis est vel naturalis, vel civilis. Naturalis desumitur vel àb ætate vel sexu. Ob ætatem non potest tutor esse minor 25. annis, dum talis est. d. §. 13. *infra de excusato. d. l. ult. Cod. de legit. tut.* Ratio duplex assignari potest: prima, quia incivile foret, eum gubernationi alterius præstitui, qui ipse adhuc in rebus suis administrandis auxilio alieno egere noscitur. Altera, quia minore ad tutelam admisso, non sufficienter prospectum foret pupilla ratione indemnitate suæ, cum ipsi bona minoris nequeant plenissimo hypothecarum jure obligari.

Sed nunquid minor dari potest futurus tutor, cùm major evaserit?

Lubet tutelas separare ad modum distinctionis, supra circa impuberentem datæ. Undè in ordine ad tutelam testamentariam. n. 1. Vel minor est ejus adhuc ætatis, ut non possit evadere majorennis, antequàm is, cui datus est, annos pubertatis atigerit, ut si pupillus esset 9. aut plurium annorum, minor verò 16. aut pauciorum: vel notabili tempore evasurus est majorennis ante pubertatem alterius. Priore casu datio est inutilis, adeoque aperitur primus locus tutelæ legitimæ, proximus dativæ. *Fin. ad. d. §. 2. l. qui test. tut. dari. in verb. major 25. annis in f.* Posteriore casu tenet datio, ac complectitur tacitam conditionem vel diem, puta, si major 25. annis factus fuerit. d. §. 2. *f. qui testam. tut. dari etc.* Interim autem alius à magistratu tutor dabitur, qui statim desinit, postquam minor testamento datus evaserit majorennis. d. §. 1. l. *de Atiliano tut. l. 8. l. princ. ff. de testam. tut.*

¶ 2. Si proximus pupilli agnatus adhuc est minorensis, minor erit quidem tutor, sed solo jure ac nudo nomine; cum ad administrationem nullus, nec legitimus tutor admittatur, nisi primum post impletum annum 25. l. 16. §. *un. ff. h. t. l. 4. l. 8. ff. de leg. tut. l. ult. Cod. cod.* Interim igitur, si spes affulgeat, fore, ut minor ille quodam notabili tempore, antequam pupillus pubes fiat, major evadat, à magistratu curator dabitur. *arg. d. l. 10. §. pen. ff. de excusat.* Non tutor, quia tutorem habenti tutor non datur. §. 5. *l. de curat.* Quodsi autem certum sit, minorem antè pubertatem pupilli majorem non evasurum, tunc agnatus proximè sequens in tutelæ gestione succedit, per *l. 3. §. 9. ff. de leg. tut.* Sicque hæreditas erit interdum sine legitimâ hæreditate. *Hannold de l. & l. tom. 1. tr. 4. cap. 4. contr. 3. n. 244.* ubi ait, hanc esse communem DD. responsionem.

¶ 3. Minorem non posse à Magistratu tutorem dari. Prob. datio tutoris minoris habet imbibitam conditionem, si major evaserit ante pubertatem pupilli. Atqui magistratus nequit tutorem dare sub conditione vel ex certo die. *l. 6. §. 1. ff. h. t. & arg. l. 77. ff. de R. I. Ergò &c.* Certè ridiculum foret, dari tutorem à magistratu ita, ut statim alium dare debeat.

Ob sexum tutores esse prohibentur mulieres. *l. ult. ff. h. t.* Ratio insinuat in hâc ipsâ lege *ult.* nec non *l. 16. ff. cod. & l. 1. Cod. quando mulier tutela officio, &c.* Ibi: *tutelam administrare virile munus est, & ultra sexum feminæ infirmitatis talis officium est.* Excipiuntur mater & avia, quæ possunt esse tutrices liberorum suorum, si velint; dummodò renuntient secundis nuptiis, & SCto Vellejano. *nov. 118. c. 5. indeq. desumpt. à aush. matri & avia. Cod. d. s.*

Ob statum civilem repellitur à tutelâ 1. Servus, quamdiu in conditione servill est. Est enim tutela juris civilis, adeoque non cadit in statum servilem. Quodsi defacto à sciente in testamento detur, interest, sitnè proprius, an alienus. Proprius purè rectè testamento tutor datur, adeoque sive cum, sive sine adjunctâ libertate datus directam libertatem accipit, ut quæ eidem tacitè censetur adscripta. §. 1. *l. qui testam. tut.* nisi verbis precariis libertas sit relicta. *l. 9. Cod. de fideicommiss. libers. Ungepaur exercit. 4. q. 4. in nego.* Sub conditione. *si liber erit*, non rectè tutor datur, quia testator censetur ludere ac joculari, cum in ipsius sit potestate, libertatem servo adscribere. *Vin. ad. d. §. 1. l. qui testam. tut. in f.* Servus alienus datur vel purè, vel sub conditione. Purè inutiliter datur; rescriptum enim exstat à Principibus in *l. 9. Cod. de testamentaria manumissione.* neminem jure directo libertatem servis alienis dare posse. Ex æquitate tamen sustinetur datio, censeturque rogatus hæres, ut, si possit, servum redimat, manumittat, sicque viam ad tutelam sternat. *l. 10. §. 4. ff. de testam. tut. Confer Braun ad Tit. de tut. lib. 77.* Sub conditione, *si liber erit*, servus alienus rectè tutor datur. *d. §. 1.*

Dixi antea, quodsi defacto à scientie in testamenta detur. ut inuenerem 1. seruum, per errorem liberum putatum, & testamento tutorem datum, neque liberum, neque tutorem fore. *d. §. 1. l. 22. ff. cod. l. 24. §. 9. ff. de fideicommiss. libert.* Nam errantis nullus est consensus. *l. 15. in f. ff. de jurisdict.* Ut inuenerem 2. seruum à præside tutorem dari non posse, per textum expressum in *l. 7. Cod. qui dare tut.*

2. Ob defectum status civilis à tutelâ removetur deportatus, quia juris civilis communionem non habet, adeoque incapax est tutelæ: hæc enim creatura est juris civilis, ut superiore §. diximus. Ob statum civilem arcetur à tutelâ peregrinus, ob rationem jam dictam, quia communionem non habet officiorum civilium.

Causa alia repellens à tutelâ fundatur, vel in favore pupilli, vel tertij. Ob favorem pupilli removetur à tutelâ 1. prodigus. *arg. d. §. 13. l. de excusat. d. l. ult. Cod. de legit. tut.* cum enim bonis propriis non parcat, periculum subest, nè bona aliena quoque perditè profliget. Vulgare dictam est; qui sibi nequam, cui bonus? 2. Creditores & debitores pupilli. *nov. 72. c. 1. indeq. desumptà auth. minoris. Cod. qui dare tut.* Periculum enim erat, nè apochas solutæ pecuniz supprimerent, aut syngraphas interverterent, & hoc pacto probationibus pupillum exarmarent. Quodsi memoratæ personæ, credito vel debito dissimulato, tutelam suscipiant, tunc creditor quidem creditum amittit. *d. auth. minoris.* Ibi: *nam si taceat, actionis sustinebit iacturam.* Prout in simili casu Facultas nostra requisita, me referente, anno 1701. die 16. Februarij respondit. Debitor verò non liberatur, licet pupillo solverit. *d. auth. Ibi: item si debitor tacet, nec redhibitione, nec aliâ tempore curationis solutione iuvabitur.* Quia jura præsumunt, quod non bonâ fide solverit. Porro, an hæc pœna in omnibus tutelæ speciebus, omnibusque creditis & debitis procedat, dabit *Clarissimus D. D. Braun. p. m. d. loc. th. §. 1. & seqq. & Stryck. in usu mod. Pand. h. t. §. 17.* 3. Infames. *l. 17. §. 1. ff. de testam. tut.* ob periculum, nè malè ac perniciosè administrant.

Ob favorem tertij arcetur à tutelâ 1. religiosi. *can. f. dist. 86. nov. 123. cap. 5. auth. presbyteros, diaconos. Cod. de Episcop. & Clericis.* Ratio est, tum nè occasione tutelæ abducantur ad negotia sæcularia, cum neglectu spiritualium, contra *c. 8. 16. q. 1.* tum quia non habent bona, quæ pupillis possint esse pignori pro securitate administrationis. Planè personarum miserabilium tutelam suscipere non vetantur, si nemo alius administrare eam vellet, quia his succurrere, sapit pium opus. *d. can. f.* 2. Arcetur à tutelâ Episcopus. *d. nov. & d. auth.* Ne hæc viâ abducatur à curâ ovium suarum, cum dispendio salutis publicæ. Planè si tutor idoneus non suppetat, personarum miserabilium tutelam suscipere non tantum potest, sed tenetur quoque, non quidem, ut ipse tutelam gerat, sed ut alij clerico committat gerendam. *c. 7. d. 88.*

3. Removentur à tutelâ Clerici. *can. ult. d. dist. 88. c. 4. causa. 21. q. 2.* nè occasione tutelæ distrahantur à Divinis officiis atque functionibus cum dispendio salutis propriæ. Planè miserabilium personarum possunt tutores esse, in eventu, quo id Episcopo licere diximus. Similiter tutelam legitimam, si velint, possunt suscipere: inviti tamen non coguntur. *d. anth. presbyteros, diaconos &c.*

4. Repelluntur à tutelâ milites. §. 14. *F. de excusat. l. 4. l. ult. Cod. qui dare tut. nè occasione tutelæ avocentur à numeris & signis victricibus cum dispendio causæ publicæ: aut nè occasione tutelæ graves aliis existant, ac militarem ferociam, quam præferre jubentur ergà hostes, in cives exercent. l. 31. Cod. de locato.*

## §. VI.

**O**bjectum tutelæ est pupillus, qui definitur, quòd sit persona impubes sui juris, id est, suæ potestatis. *l. 4. ff. de his, qui sui vel alieni juris sunt. l. 2. 39. princ. ff. de V. S.* Tutor igitur per se primò & principaliter datur ad defensionem personæ pupilli, quæ cum sit individua, tutela quoque censetur individua, ac personam ita respicere, ut bonorum administrationem quoque in solidum complectatur. Certæ rei, v. g. ut tabernæ pupilli præsit, aut certæ causæ, v. g. ut hanc vel illam litem in iudicio persequatur, tutor dari non potest. §. 4. *l. qui testament. tut. l. 12. & 14. ff. cod.* Quodsi ita datus fuerit, tota datio est inutilis, *l. 13. ff. d. t.* Planè si pupilli utilitas flagitet, ut tutor certæ causæ aut rei detur, fortè in ordine ad adeundam hæreditatè, aut quia pupillus patrimonium habet tam amplum, tam diffusum, tamque dispersum, ut unus bonis omnibus administrandis non sufficiat, sustinetur datio, quâ unus negotiis hujus provinciæ, alter negotiis provinciæ alterius præponitur: quo ipso tamen casu non tam tutela, quam administratio censetur divisa. *l. 15. ff. d. t. l. 9. ff. de tut. & curat. dat.*

## §. VII.

**F**orma tutelæ consistit in differentiâ specificâ, quâ secernitur à potestatibus aliis; quæ in eo sita, quòd respiciat bonum privatum solius pupilli.

## §. VIII.

**F**inis tutelæ duplex est, primarius, & secundarius. Primarius est defensio personæ pupilli: secundarius est administratio bonorum ejus.

## §. IX.

**E**ffectus tutelæ alius est, si consideretur, ut delata, alius, si ut suscepta. **10**  
Delata duos potissimum effectus operatur. Primus est, quòd obligatio-



nem imponat tutori, protinus ac sine morâ tutelam suscipiendi, ita, ut si cesset, ac moras nectat, suo periculo cesset, l. 1. princ. & §. 1. ff. de administr. tut. Secundus est, quod obligationem tutori imponat, conficiendi statim inventarium. l. 7. princ. & §. 1. ff. cod.

Effectus tutelæ susceptæ duplex occurrit, proximus, & remotus. Proximus est obligatio tum principalis, tum minus principalis. Principaliter obligatur tutor ad tutelam rectè administrandam, rationes de administratione reddendas, damna, dolo aut culpâ suâ illatâ, resarcienda, ac omnia denique, quæ ex tutelâ penes se habet, pupillo restituenda. De quibus infra tit. 21. & 24. hujus libri uberior recurret sermo. Minus principaliter obligatur pupillus ad indemnem servandum tutorem ratione tutelæ.

Effectus remotus tutelæ est actio tutelæ directa & contraria, de quibus dicemus in libro tertio. tit. 28.

### §. X.

II **C**ontraria tutelæ differimus ad suam propriam sedem, nimirum tit. 22. presentis libri, quibus modis tutela finitur.

## TITULUS XIV.

### Qui Testamento tutores dari possunt.

#### SUMMARIA.

1. Definitur tutela testamentaria.
2. Deferri potest tantùm ab eo, qui liberos in potestate habet.
3. Etiam filiusfamilias testamento tutor dari potest.
4. Liberis tum nascituris, tum jam natis.
5. Tum exheredibus scriptis.
6. Verùm mortuo testatore in potestatem alterius recasuris tutor non rectè datur, sicut nec emancipatis.
7. Tutor, filiis datus, censetur posthumis quoq; datus.
8. Datus autem filiis non censetur datus nepotibus, nisi quibusdam casibus.
9. Tutor datus filiis, censetur datus filiabus, non vice versa: datus liberis, censetur datus filiis & nepotibus, masculis & feminis, natis & posthumis.
10. In Theoriâ verius est, Electorem non obstare Aurâ Bullâ posse per testamentarium tutorem, à tutelâ legitimâ agnatum seniore removere.
11. Respondetur ad opposita.
12. Exemplo testamentaria Electoralis Turricis assignatur practica distinctio, quâ Theorica circa Tutelam Electoralem Doctorum pugna conciliatur.
13. Adducuntur requisita & modi dandi tutorem testamentarium.
14. De sine, effectu, & contrariis tutela testamentaria remissivè.

**H**æc de tutelâ in genere. Descendamus ad species: quas inter primo loco occurrit tutela testamentaria, omnem aliam tutelam excludens, l. 11. in f. princ. ff. h. t. l. 9. §. 1. in f. ff. de tutela & ras. distrab.

## §. I.

**D**efinitur tutela testamentaria, quod sit tutela, quâ parentes liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dant. Colligitur satis ex §. 3. *suprà de tutelis, & l. 1. princ. ff. h. t.*

## §. II.

**C**ausa efficiens tutelæ hujus est is, qui testamento tutorem dat. Ubi occurrit regula generalis, quod dare tutorem testamento possit omnis ille, qui liberos in potestate habet. *d. §. 3.* Hinc excluditur pater, qui liberos in potestate non habet. *§. ult. suprà de tutelis.* Quodsi defacto det, tutor simpliciter & sine inquisitione in mores aut facultates tutoris confirmatur, quia jura effuse indulgent voluntati patris, ac præsumunt, quod optimum consilium experit pro suâ progenie. *d. §. ult. & l. 1. §. 2. ff. de confirmando tutore.* Ex eodem capite excluditur mater. *l. 69. §. 2. ff. de legat. 2.* Ratio est, quia liberos in potestate non habet. *§. 10. suprà de adopt. §. 3. de hered. qualis. & differentia.* Quodsi defacto tutorem det, datio quidem ipso jure non valet, in ordine ad confirmationem tamen interest, simulnè mater filium hæredem scribar, an non? Priore casu præviâ inquisitione tutor confirmatur. *l. 4. ff. h. t.* Posteriore casu solet confirmari, adeoque non debet confirmari. *l. 4. Cod. eodem,* cujus distinctionis adminiculo illæ duæ leges, quæ aliàs videntur contrariæ, conciliantur. Multò minus tutorem testamento dare possunt, qui non sunt ex numero parentum, ut patronus, patruus, frater, aut quivis alius extraneus. Quodsi hæc personæ defacto testamento tutorem dederint, datio rursus ipso jure non valet. Si tamen impubere simul hæredem scripserint, tutor præviâ inquisitione à magistratu confirmatur. *l. 28. §. ult. ff. h. t. l. 4. & sequente. ff. de confirmando tut.*

## §. III.

**S**ubjectum tutelæ hujus est is, qui testamento tutor datur. Potest autem dari 3  
omnis, qui de jure tutor esse potest. quis possit, superiore titulo diximus. Neque refert, filiusfamilias sit, an paterfamilias. *princ. l. h. t. l. 7. ff. de tutelis.* Nam tutela est munus publicum. *princ. l. de excusat.* Atqui in causis publicis filiusfamilias habetur pro patrefamilias. *l. 9. ff. de his, qui sui vel alieni juris sunt.* Ergo &c. Neque dicas: qui ipse in potestate est, alium in potestate habere non potest. *l. 21. ff. ad leg. Jul. de adult.* Sed filiusfamilias ipsemet in potestate est, ergo &c. Nam 1. Qui ipse in potestate est, non potest aliam habere in potestate ejusdem speciei, concedo, diversæ speciei. nego Potestas autem patria, in quâ filiusfamilias habetur, & potestas tutoria, in quâ filiusfamilias pupillum habet, sunt diversæ speciei.

## §. IV.

4 **O**bjectum tutelæ hujus constituunt liberi, proximè in potestate dantis constituti, ac post mortem ejus in potestatem alterius non recaturi. *d. §. 3. suprâ de suc.* Cæterum potest tutor constitui liberis non natis tantum, sed etiam posthumis. *§. 4. l. eod.* Quoniam qui in utero sunt, in plerisque juris articulis pro jam natis habentur, & quidem toties, quoties de commodo ipsorum agitur. *l. 7. l. pen. ff. de statu hominum.* Dummodò posthumi in eâ causâ sint, ut vivo parente nati, sui hæredes eidem futuri essent; quales sunt posthumi, qui in utero uxoris sunt, & ex nuru seu filij uxore, in potestate, vivo avo testatore, tempore testamenti, jam concepti, post præmortuo vel emancipato, aut in adoptionem dato filio, nascituri sunt. *d. §. 4. & ibi Bachov.* Neque testamentum rupturi, hoc est, instituti, vel exhæredati, non præteriti sunt. *l. 1. §. 1. ff. b. t. & ibi Gothofredus lit. D.*

Liberi nati sunt vel sui, vel emancipati. Sui sunt vel primi gradus, vel ulterioris. Liberis primi gradus rectè testamento tutor datur. *d. §. 3. suprâ de tutelis.* Quod an procedat, licet sint exhæredati? controversum est. quam controversiam affirmativè resolvo, & resolutionem probo tum ex *l. 4. princ. l. 10. §. 2. in f. l. 31. ff. b. t.* in quibus locis JCrus Modestinus, Ulpianus, & Scævola verbis perspicuis dicunt, patrem filio, vel hæredi instituto, vel ex hæredato, tutorem dare posse. Tum ex ratione, quia nimirum potestas dandi tutorem testamento dependet à potestate patriâ. *l. 1. princ. ff. d. t.* Atqui hanc non perimit exhæredatio. *arg. t. t. suprâ quibus modis jus patriæ potestatis solvitur.* ergo, &c.

Qui cum *Hocmann. lib. 6. obs. 5. Guilielm. Forster dissert. ad Inst. 4. q. 4.* sustinent contrarium Objiciunt 1. text. in *l. 5. ff. de V. S.* ubi JCrus Paulus ait, tutorem separatim sine pecuniâ dari non posse. Ergò non potest dari illi, ad quem pecunia, vel hæreditas ex testamento perventura non est. Atqui talis est exhæredatus; ergo exhæredato tutor dari non potest. *¶* dum dicitur, quòd tutor testamentarius non possit separatim dari sine pecuniâ, id non ita exaudiendum esse, quasi hæres institui deberet is, cui tutor testamento datus est; sed eo sensu, quòd sine dispositione de pecuniâ, sive bonis testatoris factâ, tutor testamento dari nequeat. Quomodò enim erit tutor testamentarius? Si non testamentum. Quomodò testamentum sine dispositione de bonis, sine hæredis institutione, à testatore factâ?

Objic. 2. text. in *l. 73. §. 1. ff. de R. I.* ubi Quintus Mutius Scævola in hæc verba: *Nemo potest tutorem dare cuiquam, nisi ei, quem in suis hæredibus, cum moritur, habuit, habiturusve esset, si vixisset.* Atqui exhæredatus non est suus hæres: id, quòd JCrus Ulpianus sat clarè innuit in *l. 1. §. pen. ff. de suis & legitimis hæred.* dum ibi dicit, exhæredatos quoque consanguineos esse, etiam sui hæredes

patri non extiterint. Ergò filio exheredato tutor à patre dari nequit. **¶** Distinguendo majorem, nemo potest tutorem dare cuiquam, nisi suis hæredibus in actu vel primo, vel secundo talibus, concedo, nisi hæredibus in actu secundo suis, nego majorem: atqui exheredatus non est suus hæres in actu secundo, concedo, in actu primo, nego minorem, & consequentiam. Hæres suus dicitur, qui in gradu proximo junctus est ei, in cujus patriâ potestate est. §. 2. *l. de hered. qualis. & differentia.* cum igitur ex diæis, exheredatione patria potestas non dirimatur, neque sultas in actu primo tollitur, esto actus secundus impediat, & quidem omnino, si per aditionem hæredis plenè confirmetur.

Objic. 3. text. in *l. 26. §. ult. ff. h. t.* ubi Jctus Papinianus vult, tutor filio exheredato à patre datus, à prætore confirmetur; ergò signum est, dationem non jure, non rectè factam esse. *arg. l. 1. §. 1. ff. de confirmando teste*, ubi Modestinus ait, tunc demùm defectum dationis à consulari potestate repleri debere, cum tutorem dederit talis persona, quæ non potest dare. **¶** Argumentum hoc laborare fallaciâ non causæ ut causæ. Tutor, exheredato datus, non idè confirmatur à prætore, quia datus est exheredato, sed propter motam querelam inofficiosi testamenti: ut ex eventu palàm fiat, utrùm ex testamento patris, an decreto Prætoris auctoritatem acceperit. Pupillus igitur motâ querelâ vel vicit, vel succubuit. Si prius, tutor ex decreto auctoritatem accipit, utpotè quam ex datione, unacum testamento nullâ, accipere non potest. Si posterius, tutor ex testamento auctoritatem habet, utpotè unacum datione tutoris valido. Confer *Wessenh. Diss. ad Inst. 7. 1b. 7.*

Liberi nati ulterioris gradûs vel mortuo testatore sunt recasuri in potestatem alterius, vel non: Si prius, tutorem testamento non rectè accipiunt, quia recidunt sub potestatem patriam, à quâ excluditur potestas tutoria, cum, qui patrem habet, à quo regatur, non egeat consilio tutoris. *l. 1. §. ult. ff. h. t.* Si posterius, tutorem testamento rectè accipiunt, quia sunt sui hæres: hinc pater rectè dat tutorem filiis & filiabus suis impuberibus: avus verò nepotibus, neptibusque non aliter, quàm si post mortem ejus in potestatem patris sui recasuri non sint. Si igitur filius tuus mortis tuæ tempore in potestate tuâ sit, non poteris nepotibus ex eo testamento tuo tutores dare, quia mortuo te in potestatem patris sui recasuri sunt. Taceo, quòd nepos in hoc casu, avo non sit suus hæres. *arg. §. 2. l. de hered. qualis. & differentia.* Liberis emancipatis non rectè testamento tutor datur, quia datio hæc pendet tanquàm effectus à potestate patriâ, quæ per emancipationem tollitur.

Posthumis tutor datur vel expressè, vel tacitè. Expressè, si nominatim posthumis tutor testamento assignetur; quo casu tum primi, tum ulterioris gradûs posthumis tutor datus intelligitur. §. *ult. in f. h. t. l. 6. ff. eod.* Tacitè, si filiis tutor detur, expressâ mentione posthumorum non subnexâ: tunc enim posthumis quoque tutor datus censetur, quia appellatione filiorum aut filiarum etiam

8 filij posthumi & filia posthumæ continentur. *d. §. ult.* Quòd si quis tutorem filiis dederit, nepotibus dedisse non censetur. Quia aliter filij, aliter nepotes appellantur. *d. §. ult. & l. 6.* Filius enim est, qui ex patre & uxore ejus natus est. Nepos, qui ex avo. *l. 6. ff. de his, qui sui vel alieni juris sunt.* Neque dicas, filiorum appellationem etiam ad nepotes extendi. *l. 84. l. 201. l. 220. §. 3. ff. de V. S.* Extensio enim est hæc tunc solum admittenda est, cum justa ratio extendendi subest, qualis hic non apparet, eo quòd nepoti, licet testamento ei tutor non sit datus, à magistratu tamen prospici possit: & præterea non expediat, eundem tutorem dari filiis & nepotibus, cum facile fieri possit, ut ille omnibus pupillis tuendis non sufficiat. *Harp. ad d. §. ult. n. 4.*

Planè si testator in dato casu nullum penitus filium haberet, aut haberet quidem, sed puberem, nepotes verò impuberes, justa ratio subesse censetur, appellationem filiorum extendendi ad nepotes, nè videlicet testator aliàs nihil egisse videatur. *Vin. ad d. §. ult. n. 2.* Porro nec filius ignoratus, puta, quem testator fortè mortuum putabat, sub generali filiorum appellatione contineretur, quia de eo testator sensit non potest. *l. 16. §. 3. ff. b. t.*

9 Si Filius tutorem quis dederit, filiabus quoque dedisse censetur, quia appellatione filiorum etiam filia comprehenduntur. *d. l. 16. prin. l. 195. princ. ff. de V. S.* Contrà si quis filiabus tutorem dederit, filiis dedisse non censetur, quia exemplo pessimum foret, scæminatum vocabulo masculos comprehendendi. *l. 45. princ. ff. de legat. 2.* cum veteres ludibrij causâ molles & enervatos scæminino vocabulo compellârint. *Hilliger in Donell. apud Harp. d. §. ult. b. t. n. 5. in f.* Quòd si quis liberis tutorem dederit, dedisse censetur non tantum filiis, sed etiam nepotibus: non tantum masculis, sed etiam scæminis: non tantum patris, sed etiam posthumis, quia nomen liberorum amplissimis terminis circumscriptur, ac ambitu suo descendentes omnes complectitur. *d. §. ult. d. l. 220. princ. ff. de V. S.*

10 Illam ingentem, ac multorum scribentium operâ nobilitatam controversiam jure merito vocat *Clariff. D. Doct. Braun p. m. cit. loc. th. 18.* Utrum videlicet filio Electorali impuberi hodie, id est, post auream Bullam, in paterno testamento tutor dari possit, qui excludat tutorem legitimum seu proximum agnatum, sicut fit, dum alij impuberi testamento tutor assignatur, an verò jus commune vetus in hoc passu per Jus novum Aureæ Bullæ correctum fuerit?

Adhuc hodie post auream Bullam dari posse, sustinent *Marquardus Freherus & Dionysius Gothofredus, integris tractatibus eo sine editis. Bachov. in Tresil. vol. 2. disp. 8. th. 3. lit. A. in verb. huc pertinet ardua questio. Eckolt. ff. de scælam. tut. §. 1. Ungepaar exercit. Inst. 9. q. 5. in aio. Philippus Ringler de tutelâ Illustrium cap. 3. §. 1. 2. & 3. Georgius Schulzen in Synopsi Instit. tit. de legit. agnat. tut. lit. A. Ludovell. exercit. ad Inst. 3. th. 2. lit. B. Clariff. D. Doct. Gletle p. 2. de testamentis. cap. 2. §. 1. n. 3. Clariff. D. Doct. Braun d. l. th. 19. cum quibus id*

Probo 1. omnis nova constitutio, si potest, ita explicari debet, ut quàm minimè recedat à jure communi. *arg. l. 27. Cod. de testament. & l. 32. §. ult. Cod. de appellat.* Atqui constitutio Aureæ Bullæ est constitutio nova, & potest ita explicari, ut quàm minimè recedat à jure communi, ergò debet. Minor prob. si non posset ita explicari, ut quàm minimè recederet à jure communi, tunc idèd, quia jus novū aureæ Bullæ in *tit. 7.* dicit, fratrem seniorè debere esse tutorè Electoralè Electoris impuberis. Atqui hoc non obstat, quòd minus constitutio Aureæ Bullæ ita possit explicari, ut quàm minimè recedat à jure communi, ergò &c. Minor rursùs prob. esto jus vetus dicat, proximum agratum debere esse tutorem agnati impuberis, per verba tamen hæc non excluditur tutor testamentarius, sed includitur hæc conditio, *nisi alius testamento tutor desur. l. 11. princ. ff. b. t.* Ergò etiam esto jus novum aureæ Bullæ dicat, fratrem seniorè debere esse tutorem Electoralè Electoris impuberis, per verba tamen hæc non excludetur tutor testamentarius, sed includetur hæc conditio, *nisi alius testamento Electoralè tutor datus fuerit.*

Prob. 2. Aurea Bulla non tantum ipsius Electoralis impuberis, sed reliquorum etiam Principum, qui in Electoratu non succedunt; agnatum seniorema jubet esse tutorem; & tamen in omnium sententiâ tutela reliquorum Principum est juris communis, ac recipit hunc sensum vel conditionem, *nisi alius testamento tutor datus fuerit.* Ergò etiam tutela Electoralis erit juris communis, ac eundem sensum recipiet.

Probo 3. Reliqui Imperij Principes liberis suis impuberibus testamento tutorem dare possunt. *l. 1. Cod. de tutoribus vel curatoribus Illustrium.* Ergò etiam Principes Electores. Prob. consequentia. Idèd reliqui Imperij Princeps liberis suis impuberibus testamento tutorem dare possunt, ut bono communi, principatui, & posteritati suæ possint consulere, ac, si agnatum seniorema vel propriis comodis plus justò intentū experiantur, vel aliàs de infideli administratione suspectum habeant, mediante tutelâ testamentariâ eundem à tutelâ agnati impuberis removere possint. Ergò cum eadem pericula & suspiciones intercedere possint respectu Electoratum, non credendum, auream bullam his salutem publicam invidisse, præsertim, quia tota Constitutio Aureæ Bullæ ex consensu & Autoritate Electorum à Carolo IV. promulgata est; unde præsumptio non nascitur, quòd Imperator per illam juri Electorum parentum, quod non tantum ex lege Civili, sed & ipso quasi naturæ & Gentium jure habent, derogare voluerit. Accedit, quòd memorata constitutio Aureæ Bullæ in favorem, non odium Electorum introducta fuerit; prout satis colligitur ex *tit. 13.* ubi dicitur, quòd, si quid illorum juribus & libertatibus derogans in constitutione illâ reperitur, id vacuum & inutile, cassatum & revocatum sit, nisi de ipsis, & toto eis comprehenso tenore in tali derogatione fieret de verbo ad verbum seriatim mentio specialis.

11 Argumenta adversariorum, quos inter *Joan. Zeslin & Zacharias Fridenreich*, totis iracundibus eo sine editis. *Clariffi. D. Doct. Hermannus Hermes p.m. fasciculo Juris publici. cap. 18. n. 48. Joan. Limmaus lib. I. Jur. Pub. cap. 11. n. 110. Nicol. Myler ab Ehrenbach de princip. & statibus Imperij p. 1. c. 29. n. 16. TrentL. vol. 2. diff. 8. tit. 3. lit. A. Harp. Inst. de legit. agnat. tut. §. 2. n. 4. & seqq. Paulus Berens ad Inst. diff. 1. them. 1. q. 6. sunt ferè sequentia : Primum*

Ex nostrâ sententiâ sequitur, Carolum IV. in Aurêâ Bullâ nihil aliud statuisse, quàm quod jam antea jure civili veteri constitutum fuit. Consequens est absurdum, ergò & id, undè fuit. ¶. Nego seq. majoris. Jure enim communi, si plures sint agnati gradu æquales, omnes ad tutelam admittuntur. *prin. l. de legi. agnat. tut. §. f. l. de capitis deminut. l. 8. & seq. ff. de legit. tutoribus.* At vi aureæ Bullæ solus agnatus senior ad tutelam vocatur.

Secundum : successio Electoralis non stat in arbitrio & dispositione Electoris, ergò neque tutela, nam tutor separatim sine pecuniâ dari nequit. *d. l. 53. prin. ff. de V.S.* ¶. Retorquendo argumentum : Reliqui Principes Imperij de successione feudali disponere nequeant : ergò tutela non stat in arbitrio & dispositione eorum.

Tertium : in feudis nulla ordinatio aut dispositio locum habet. *1. feud. 8. in f. princ.* Sed si Elector Electoratum tutelæ obnoxium redderet, disponderet de feudo ; ergo obnoxium reddere nequit. ¶. Dist. majorem : in feudis nulla dispositio, ad alienationem feudi tendens, locum habet, concedo. tendens ad nudam administrationem feudi, nego majorem, & sic distinctâ minore, nego consequentiam.

Quartum : à tutelâ, quæ defertur jure communi, non licet arguere ad tutelam electoralem, quia jus commune in causis & personis publicis non est attendendum ; ergò sententia nostra nullo nititur fundamento, utpotè quod in concordantiâ juris communis & Auræ Bullæ consistit. ¶. Neg. antec. nam jus Romanum non tantùm in Germaniâ receptum, sed insuper constitutionibus & Recessibus Imperij expressè cautum fuit, ut causæ secundùm illud in supremis tribunalibus deciderentur ; ergò etiam controversiæ, circa tutelam Electoralem ortæ, justissimè applicatur.

Quintum & ultimum : dato, quòd Aurea Bulla in proposito non esset unde quæq; clara, interpretationem certam tamen usù recipit. *arg. l. 37. ff. de h. Quo constat 1. quòd Ludovici IV. Electoris Palatini frater Fridericus, spretâ dispositione testamentariâ, ejus filij Philippi tutelam Anno 1449. admittittraverit. 2. Quòd mortuo Ludovico V. Electore Anno 1583. Joannes Casimirus ejus frater, neglectâ ultimâ voluntatis dispositione, tutelam defuncti Friderici Electoris susceperit. Ergo vi Auræ Bullæ Elector in testamento tutorem dare non potest, quo removeatur agnatus senior. 3. Exemplis non restringi regulam : neque quid fiat, sed quid fieri debeat, attendendum esse. *l. 12. ff. de offi-**

*cio Praefidis.* Praesertim quantum praesentes concernit casus, quibus juniores advenantur. Nam 1. cum saeculo abhinc. circa annum 1613. Fridericus IV. Elector Palatinus tutelam Electoralem testamento detulisset Joanni Bipontino, excluso fratre Philippo Ludovico Palatino Neoburgensi, Bipontinus mortuo Friderico IV. possessionem administrationis Electoralis actu apprehendit, ac in eam tamdiu permansit, donec Fridericus V. evaserit majorennis. 2. Reliquit Serenissimus Elector Bavariae Maximilianus I. neglecto fratre Alberto, tutelam Serenissimi Electoris Ferdinandi Mariae, Serenissimae Conjugi suae Mariae Annae, unacum administratione, quam usque ad legitimam filij aetatem continuavit.

Ceterum, ne quid dissimilem, haecenus dicta & deducta solummodo intelligenda sunt de causa privatae Electoris quoad regimen territorij & Principatus, respectu cujus Serenissimis Electoribus dispositio testamentaria de tutela adimenda non est: at verò quod jus eligendi, tanquam causam omninò totius Imperij publicam attinet, ejusdem administrationem, proximo agnato lege publicà delatam, auferri, & per testamentum mutari posse, negamus cum Henrico Cocceio de *tutela Illustrissimae sect. 3. §. 8. & in Juris Publici Prudentia cap. 29. §. 17. & seqq.* in toto enim titulo 7. Aureae Bullae de solo jure eligendi agitur, & omnia ejus membra expressè eò restringuntur. hoc patet 1. ex occasione memoratae constitutionis, quae erat, ne inter Electorum filios *super jure, voce, & potestate praefata* disceptatio oriretur. *d. tit. 7. §. 2.* Deinde in ipsa tutelae constitutione, quae est §. 4. *d. tit. 7.* iterum nulla fit mentio terrae aut Principatus, sed saltem praefati juris & potestatis: ibi: *& salta successio in primogenitis & haeredibus Principum eorundem in NB. Jure & Potestate praemissis, perpetuis temporibus observetur.* in fine quoque *d. §. 4.* ubi Imperator constituit, quando tutela Electoralis finire debeat, & ad quid tutor ejus teneatur, nihil de Principatus administratione adiicit, sed tantum dicit: *Si legitimam aetatem attigerit impubes filius Electoris, jus, vocem, & potestatem, & omnia ab ipsis dependentia tutor ipse sibi totaliter cum officio teneatur protinus assignare.* Sententia haec egregie confirmatur exemplo in fine *praced. n. 11.* adducto, ubi Maximilianus I. Elector Bavariae liberis suis & Provinciis quidem tutricem dedit Serenissimam Conjugem Mariam Annam Austriacam pupillorum matrem; ratione officij electoralis autem agnatum proximum Albertum Bavariae Ducem haud neglexit: unde in eomitibus Imperij Anno 1654. agnati legatus Electoralis in Electorum, Tutricis Ducalis verò in Principum senaculo receptus est, sicque ambo voce & sessione, atque postmodum etiam subscriptione distincti fuerunt. videatur subscriptio novissimi Reversus Imp. *de d. Anno 1654. & conferatur Stryck ff. de testamentari tit. §. 9.* ubi aliud distinctionis medium suggerit.



## §. V.

13 **F**orma Tutelæ hujus duplex est, intrinseca, & extrinseca. Intrinseca, stat in requisitis. Ad hoc autem, ut in testamento tutor legitimè detur, requiritur. 1. Ut dans sit paterfamilias. d. §. 3. de tut. 2. Ut dederit liberis impuberibus, proximè in potestate dantis constitutis. d. §. 3. 3. Ut dederit, ubi potest dare, scilicet in testamento perfecto, vel codicillis testamento confirmatis. l. 3. f. h. r. In Testamento imperfecto, in codicillis ab intestato, in epistola non rectè tutor datur: quòd si tamen defacto datus fuerit, confirmatur à Magistratu. l. 1. §. 1. ff. l. 2. Cod. de confirmando tut.

Forma extrinseca stat in modo, quo tutor testamento datur. Potest autem dari non tantum purè, sed etiam sub conditione, vel ad conditionem, item ex certo tempore, vel ad certum tempus. §. 3. l. 1. §. 2. ff. h. r. Sub conditione: *Titius filij mei tutor esto, si navis ex Asia venerit.* Quo casu alius iterum à Magistratu tutor datur, qui eveniente conditione desinit tutor esse.

Ad conditionem: *Titius filij mei tutor esto usque ad adventum navis ex Asia.* Ubi, si navis ex Asia venerit, Titius tutor esse desinit, & locus fit tutelæ legitimæ. Ex certo tempore: *Titius ex calendis proximis Augusti filij mei tutor esto.* Quo casu iterum alius à Magistratu tutor datur, qui desinit tutor esse, adveniente primâ Augusti. l. 11. princ. ff. h. r. Ad certum tempus: *Titius usque ad proximas calendas Augusti filij mei tutor esto:* ubi, adveniente primâ Augusti Titius desinit tutor esse, & locus fit tutelæ legitimæ.

## §. VI.

14 **F**inis & effectus tutelæ hujus coincidunt cum fine & effecto tutelæ in genere.

## §. VII.

**C**ontraria seu modi, quibus tutela hæc desinitur, suo loco exponantur.

## TITULUS XV.

De legitimâ Agnatorum Tutelâ.

## TITULUS XVI.

De Capitis deminutione.

## TITULUS XVII.

De legitimâ Patronorum tutelâ.

## TITULUS XVIII.

## De legitimâ Parentum Tutelâ.

## TITULUS XIX.

## De Fiduciariâ Tutelâ.

## SUMMARI A.

1. Unde dicatur tutela legitima? 2. Regulariter ad eam tantum admittuntur mares. Inter feminas sola mater & avia, tum legitima, tum naturalis. 3. Mater binuba tutelam ipso jure amittit. 4. Tutela legitima regularis alia est vera, alia quasi talis. 5. Desinitur legitima agnatorum tutela. 6. Debet ortum legi 12. tabularum. 7. Defertur agnatis. 8. Desinitur capitis deminutio. 9. Describuntur maxima, media, & minima. 10. Hodie sublata est differentia inter agnatos & cognatos. 11. Juxta communes Juris regulas femina ab hac tutela arcentur. 12. Tantum mares gradu proximi ad eam admittuntur: si plures in eodem gradu, omnes, nisi utilitas pupilli aliud exigat. 13. Debent etiam mares hi esse majoronnes. 14. Non nisi impuberes, testamentario tutore carentes, tutela legitima respicit. 15. Adornatur differentia ejusdem alius tutela speciebus. 16. Effectus statuitur. 17. Desinitur legitima patronorum tutela. 18. Legitima parentum. 19. Fiduciaria. 20. Novo jure abolita est harum tutelarum diversitas.

## §. I.

**D**efficiente tutelâ testamentariâ succedit legitima, per eminentiam sic dicta, quoniam videlicet proximè defertur à lege.

## §. II.

**D**ividitur in ordinariam seu regularem, & extraordinariam seu irregularem. Ordinaria est, quæ secundum communes juris regulas defertur masculis. Extraordinaria, quæ præter communem juris ordinem defertur feminis, puta, matri & avia, quæ sive legitima sint, sive naturales tantum, si velint, ac secundis nuptiis Scto Vellejano, omniq; alij legum auxilio renunci-ent, ad tutelam legitimam liberorum suorum admittuntur, exclusis omnibus à latere conjunctis, & à fortiori tutoribus dativis. nov. 22. c. 4C. nov. 89. c. 14. nov. 94. c. 1. & 2. nov. 118. c. 5. l. 2. h. 3. l. ult. auth. matri & avia. & auth. Sacramentum. Cod. quando mulier tutela officio fungi possit. Tametsi enim tutela sit munus virile, quia tamen mater & avia tenerissimo affectu prosequuntur suos liberos, hinc jura tutelam liberorum iisdem deferunt, quia præsumunt,

quòd defectus judicij pensetur affectu. Quòd si mater promissioni suæ contraveniat, ac ad secunda vota decurrat, tutelam amittit. Sed.

3 An ipso jure, vel primùm per sententiam judicis? *¶* Ipso jure: constat cum ex c. 67. de appellat. ibi: *¶* *Et prædicti filij ejus sub potestate & tutela ipsius minime permanerent, cum iam ad secunda vota transisset, super his ei non tenebatur ipsorum nomine, quorum turtrix esse desiderat, respondere &c.* tum ex d. nov. 94. c. 2. ibi: *¶* *Mox tamen, ut secundas contraxerit nuptias, repente expelli à tutela &c.*

Dices: in d. c. 2. Mater à tutelâ expellenda dicitur: ergò ipso jure non amittit tutelam. *¶* cum Braun de legit. tutor. tb. 14. recitata novellâ verba intelligenda esse solùm de expulsionem facti.

### §. III.

4 **T**utela legitima regularis discerpitur ulteriùs in veram & quasi talem. Vera est 1. quam lex 12. tabularum expressis verbis defert agnatis impuberum, quò spectat legitima agnatorum tutela. 2. Quæ descendit proximè ex mente, ratione, & sententiâ legis 12. tabularum, quò pertinet legitima patronorum tutela.

Quasi talis sive quasi legitima tutela est, quæ neque ex verbis, neque ex mente legis 12. tabularum proximè descendit, sed ad exemplum veræ legitimæ per ulteriorem interpretationem recepta est, in quem censum pertinent legitima parentum & fiduciaria tutela. De singulis hæc tutelæ speciebus agemus ordine.

### §. IV.

5 **L**egitima agnatorum tutela est, quam lex 12. tabularum proximis pupillis agnatis expresso verborum tenore defert. Ratio deferendi stat in eo, quia, cum agnati proximi sperent successionis commodum, æquum est, ut sustineant etiã onus tutelæ, ac tueantur bona, nè dilapidentur. l. 1. princ. ff. de legit. tutor.

### §. V.

6 **C**ausa efficiens tutelæ hujus est lex 12. tabularum. princ. l. de legit. agnat. tut. l. 1. princ. ff. eod.

### §. VI.

7 **S**ubjectum hujus tutelæ constituunt agnati, masculi, gradu proximi, majorennes. Plura itaque concurrant, necesse est, ut à lege quis vocetur ad tutelam hanc. 1. Debet esse agnatus impuberis, hoc est, per virilis sexus personam junctus impuberi. Cognatus, hoc est, per fœminini sexus personam junctus impuberi, ad Tutelam hanc a lege non invitatur. Cum enim non speret successionis commodum, neque ferre debet onus tutelæ. Quòd si

Quodsi pluribus scire cupias, quinam dicantur agnati? qui cognati? vide §. 1. l. d. t. l. 7. ff. cod. l. 10. §. 2. 4. & 13. ff. de gradibus & affinitibus. l. 2. §. 1. ff. de suis & legit. Hered. Et nos supra ad tit. de nupt. p. 2. §. 9. n. 62. pag. 172. Ex his sua sponte fluit, quâlibet capitis deminutione tutelam hanc perimi, quia quâlibet tollitur jus agnationis. §. f. Inst. de legit. agnat. tut. l. 7. princ. ff. de capite minutis.

Definitur capitis deminutio in princ. Inst. de capitis deminutione, & l. 1. ff. de capite minutis. Quod sit status permutatio. Accuratio videtur definitio, quam cum glossâ dat Schambogen ad princ. l. de capite deminuit. Quod sit status civilis mutatio, facta, vel quasi facta hominis interveniente. Ly facta. addit idem, quia per mortem patris filius familiâs statum mutat, nec tamen capite minuitur, ob factum non hominis, sed DEI interveniens. Ly vel quasi facta verò adjungit, quia liberi patris familiâs arrogati, esto non consentiant, tamen unicum patre, propter factum ejus, in potestatem arrogatoris transeunt.

Dividitur capitis deminutio in maximam, mediam, & minimam. Maxima est, quâ jura libertatis, civitatis, & familiâe amittimus. §. 1. l. l. ult. ff. d. t. Contingit hæc capitis deminutio 3. modis, puta, atrocitate sententiâ, venditione sui ipsius, & revocatione ingrati liberti in servitutem. d. §. 1. Media capitis deminutio est, quâ salvis juribus libertatis, jura civitatis saltem & familiâe amittimus. d. l. ult. & §. 2. l. cod. Ut si alicui aquâ & igni interdictum, aut in insulam quis deportatus fuerit. Hodie fit proscriptione Imperiali. Minima denique capitis deminutio est, quâ sola familia mutatur. d. l. ult. & §. 3. l. cod. Accidit arrogatione, & emancipatione. Quamcunque igitur capitis deminutionem quis patitur, amittit tutelam. Nam, si patitur maximam aut mediam, tollitur è numero civium Romanorum, adeoque redditur incapax civilis potestatis. Si minimam, mutatur familia, consequenter perdit jus agnationis. d. ult. l. de legit. agnat. tut. & d. l. 7. princ. ff. de capite minutis. Hodie tamen sublata est differentia inter agnatos & cognatos, proindeque sicut non minus cognatus, quam agnatus admittitur ad tutelam legitimam, eo gradu ac ordine, quo ad hæreditatem. nov. 118. c. 5. Itâ minima capitis diminutio hodie tutelam legitimam non amplius dirimit. Nam jure veteri jus agnationis hæc deminutione non tollebatur. d. §. f. l. de legit. agnat. tut. Ergo spectato jure novo nec tollitur jus agnationis: quia d. c. 5. differentia inter hæc jura, sublata fuit. 2. Requiritur, ut sit masculus: Nam foeminae, licet ad successionem et invitentur, ad tutelam tamen tanquam munus virile non vocantur, exceptis matre & aviâ, quæ solæ ex foeminis vocantur ad tutelam legitimam liberorum suorum, ut supra §. 2. n. 2. diximus. 3. Debet esse gradu proximus: semper enim inter plures agnatos ad tutelam is vocatur, qui propinquiore gradu impuberem attingit. Si plures sunt in eodem gradu, ad tutelam omnes admittuntur. l. 9. ff. de legit. tutor.

Si tot fortè inveniantur agnati eodem gradu proximi, ut non expediat, per tam multos tutelam spargi, tunc iudex magis idoneo aut idoneis administrationem decernet, periculo tamen omnibus imminente, qui ad tutelam vocati sunt, & bonis ipsorum tacitè pro securitate administrationis obligatis. *l. nov. § 18. cap. 5. indeq. desumpta ant. sicut. Cod. de legit. tut. 4.* Denique requiritur, ut sit majorennis. Si ejus adhuc ætatis sit, ut directione alienà ipse egeat, tutelam suscipere non permittitur. *l. 16. §. 1. ff. de tutela. l. 4. l. 8. ff. de legis. tutorib. l. 10. §. 7. ff. de excusat.*

### §. VII

14 **O**bjectum tutelæ hujus sunt agnati impuberes, destituti tutore testamentario, vel quia nullus datus est, vel quia datus decessit vivo testatore, vel supervixit quidem, mortuus tamen est ante tutelam cæptam, vel etiam post cæptam, antè pubertatem tamen pupilli: his omnibus casibus, ac præterea toties, quoties tutela testamentaria finitur ipso jure, locus est tutelæ legitimæ. *§. 2. l. de legit. agnat. tut. l. 6. ff. eod. l. 11. §. pen. ff. de testam. tut.* Planè si tutor testamentario datus se excuset, aut tanquam suspectus removeatur, non succedit tutela legitima, sed in locum excusati vel remoti alius à magistratu constituitur. *d. l. 1 r. §. 1. & 2.* Cur tam variè? rationem disparitatis dat *Vin. ad d. §. 2. l. de legit. agnat. tut. inf.* ubi ait, quòd prioribus casibus tutela ipso jure finiatur & planè extinguitur. Excusatione autem & remotione non item, sed in re tvenrumagistratùs: quasi ipso jure perindè quodammodò habeatur, ac si excusati & remoti adhuc tutores essent.

### §. VIII

15 **F**orma Tutelæ hujus stat in differentiâ specificâ, quâ distinguitur à reliquis duabus tutelæ speciebus; quæ differentia in eo sita est, quòd proximè deferatur à lege, ac solos agnatos impuberes, tutore testamentario carentes, pro objecto habeat.

### §. IX

16 **E**ffectus Tutelæ hujus coincidit iterum cum effectu tutelæ in genere.  
Et hæc de legitimâ agnatorum tutelâ.

### §. X

17 **I**gitima Patronorum tutela est, quæ ex mente legis 12. tabularum defertur Patronis, eorumque liberis in libertos, libertasque impuberes. Dicitur tutela hæc descendere ex mente legis; cum enim Patroni, eorumque liberi à lege vocentur ad successionem libertorum, æquum erat, ut traherentur quoque ad onus tutelæ, quia plerumque, ubi datur successionis commodum, onus tutelæ quo-

quoque esse debet. *v. r. de legit. Patron. tut.* Dicitur notanter *plerumq;* : nam fallit etiam in foemina patrona, quae licet ad successionem manumissi impuberis vocetur, ad tutelam tamen ejus non admittitur. *d. loc. in f. & l. 1. Cod. quando mulier tutela officio fungi possit.*

## §. XI.

**L**egitima parentum tutela est, quae ad exemplum legitimae patronorum de-18 fertur parentibus in liberos impuberes emancipatos. *s. t. de legitimâ parentum tutela.*

## §. XII.

**F**iduciaria denique tutela est, quae detetur. 1. Patri in filium suum im-19 puberem, ab avo emancipatum. 2. Fratri in fratrem, a patre emancipatum. 3. Patruo in patruelem, a fratre emancipatum. *v. r. de fiduciariâ tutela.* Ho-20 die, sublata differentiâ inter agnatos & cognatos, suos & emancipatos quoad legitimas tum successiones, tum tutelâs, nulla datur amplius tutela fiduciaria, nulla specialis parentum, sed unica tutela legitima, ad quam non minus cognati, quam agnati invitantur. *d. nov. 118. cap. 5.* Merito sanè! cum enim hodie æquè cognati succedant ab intestato, atque agnati, ratio juris postulat, ut non minus illi, quam isti ferant onus tutelâe.

## TITULUS XX.

De Atiliano Tutore, & eo, qui ex lege Juliâ & Titiâ dabatur.

## SUMMARI A.

1. Desinitur tutela dativa, ac explicatur, quibus casibus deficere dicatur tutor testamentarius, quibus legitimus.
2. Stando in jure Romano tutoris datio est jurisdictionis extraordinaria.
3. Inbarendo unquam ordinationi Imperij Politica est ordinaria.
4. Ut quis à magistratu tutor rectè detur, debet præter requisita alia, jurisdictioni dantis obnoxius esse: ubi etiam respondetur ad textus oppositos.
5. Suggestitur consilium, quid agendum, si sub jurisdictione dantis, idonei tutores non reperiantur.
6. Magistratus tutorem dat pupillo, nullum aut impeditum tutorem habenti.
7. In quo tutela hæc differat ab aliis speciebus.
8. De sine, effectu, & contrariis ejus remissivè.

**T**ercia, & ultima tutelæ species est tutela Atiliana, seu dativa, ac

## §. I.

**D**efinitur, quòd sit illa, ubi Magistratus is, qui jus dandi tutores habet, in defectu tutoris testamentarij vel legitimi pupillo tutorem dat. Ut igitur tutela hæc locum habeat, deficere debet tutor tum testamentarius, tum legitimus. Tutor testamentarius deficit varijs casibus. 1. Si omninò nullus testamento datus sit. *princ. l. h. r.* 2. Si datus sit aliquis, sed ex certo die, aut sub conditione. §. 1. *l. cod.* 3. Si purè quidem sit datus, sed scriptus hæres nondum hæres existerit, vel quia necdum vult, utens jure deliberandi, vel quia sub conditione scriptus necdum potest. *d. §. 1. & l. 10. princ. ff. de testam. tut.* Nam àb aditione hæreditatis pendet valor testamenti, ac eorum, quæ in testamento scripta sunt. *l. 9. ff. d. r.*

Planè si pater filium impuberem, quem in potestate habet, tutore dato simul hæredem instituit, is suum hæres & necessarius ipso jure hæreditatem capit. §. 2. *infra de heredum qualis. & differentia.* Adeòq; sicut statim post mortem patris ipso jure hæres existit, ita & tutela hoc ipso statim confirmatur, cum fuitas pro aditione sit. *l. 14. ff. de suis & legit. hered. Vin. ad §. 1. l. b. r. in verb. nemo hæres existerat.* Quod adeò verum; ut, esto alij, cum filio instituti, hæreditatem necdum adierint, tutela tamen statim confirmetur, quia non est expectandum, donec alij adeant. *d. l. 9. ff. de testam. tut. Ludovell. ad d. §. 1. l. b. r. in verb. nemo hæres existerat.* 4. Si tutor testamentarius àb hostibus captus sit. §. 2. *l. b. r.* 5. Si aditâ hæreditate, tutor testamento datus, se excusaverit, aut tanquàm suspectus fuerit remotus. *l. 11. §. 1. & 2. ff. de testamentaria tut.* 6. Si ex duobus vel pluribus testamentariis unus decedat, vel in civitate esse desinat. *d. l. 11. §. 4.* His omnibus casibus, excluso tutore legitimo, magistratus tutorem constituit, quia, quamdiu vel spes subest tutoris testamentarij, non admittitur legitimus.

Tutor legitimus deficit, si aut nullus planè agnatus adsit, vel adsit quidem, sed fuerit captus àb hostibus, vel remotus tanquàm suspectus, vel se excusaverit, vel etiam pupillo moverit statim controversiam. *d. §. 1. & l. 27. §. un. ff. de testam. tut.*

## §. II.

**C**ausa efficiens tutelæ dativæ duplex est, proxima & remota. Remota sunt leges & constitutiones Principum. §. 3. & seq. *l. b. r.* Causa efficiens proxima est magistratus, qui tutorem dat. potest autem dare is tantum, cui lege, Scto, vel Principis placito nominatim id concessum est. §. 4. & 5. *l. b. r. l. 6. §. 2. ff. de tutelis.* Tutoris datio itaq; spectato jure Romano non est jurisdictionis ordinariæ, sed extraordinariæ, hoc est, non ideò præcisè competit, quòd magistratus munere quis fungatur, sed quia lege nominatim conceditur. *d. d. retribus.* Neque obstat. 1. quòd ea, quæ mandari possunt, sunt jurisdictionis ordi-

ordinariæ. l. 1. pr. ff. de officio ejus, cui mandata est jurisdictio. Tutoris datio autem mandari potest, tum per §. 4. l. h. t. Ibi: vel Magistratus jussu Præsidentum. Tum per l. 13. & 15. ff. de officio proconsulis. Ibi: legati Proconsulis nihil proprium habent, nisi à proconsule eis mandata fuerit jurisdictio. Et legati Proconsulum tutores dare possunt. Nam n. 1. Ad d. §. 4. cum Bachovio ibidem, sensum loci illius esse, quòd Magistratus municipales, licet jus dandi tutores specialiter à lege habuerint, antea tamen jus illud exercere non potuerint, quàm jussu vel moniti à Præsidentibus; prout etiam in l. 1. §. 6. ff. de Magistrat. conveniend. dicitur, imputari Magistratibus, si NB. Moniti non dederint tutores. n. 2. Negando, tutoris dationem mandari posse, per textum expressum in l. 8. princ. ff. h. t. ubi ita Ulpianus: nec mandante Præside alius tutorem dare poterit. ad l. 13. & 15. de officio Proconsulis. dico cum Wissenbach ad Inst. disp. 7. th. 29. pag. m. 84. Legatum proconsulis ex ratione Divi Marci tutorem dare posse, non vi mandatae jurisdictionis. l. 1. §. 1. ff. h. t. Esto hanc legis actionem, puta, jus dandi tutoris, post mandatam demùm jurisdictionem exerceat; quod insinuare voluit Pomponius in d. l. 13. dicens, legatum nil proprium habere, intellige, in actu secundo, nisi mandatâ priùs à Proconsule jurisdictione; ut aded hanc jurisdictionem Vinus ad d. §. 4. in f. rectè dixerit necessarium duntaxat antecedens, & causam, sine qua non.

Neque obstat 2. quòd in d. §. 4. Prætor Romæ secundùm suam jurisdictionem tutores creasse dicatur. Nam n. 1. cum Ludrvell ad d. §. 4. n. 1. verba illa, secundùm suam jurisdictionem, restringenda esse ad jurisdictionem extraordinariam, ut sensus sit: Prætor creabat tutores secundùm eam jurisdictionem, quam specialiter habebat ex concessione legis. n. 2. cum Harp. ad d. §. 4. n. 31. & seqq. Jurisdictionis verbò illic designari territorium, in quo potest quis jus dicere, cujus fines transiliri nequeunt. h. ult. ff. de jurisdictione. ut hic sit Imperatoris sensus: Prætor creabat tutores, non ubique, nec quemcunque: sed intra jurisdictionem suam, hoc est, territorium; ut scilicet detur, qui jurisdictioni dantis sit subjectus. l. 1. §. ult. l. 3. ff. h. t.

Hodie tutoris datio est Jurisdictionis ordinariæ, adeoque Magistratus quilibet potest tutorem dare, & debet etiam, hoc ipso, quòd sit Magistratus, nec proinde eget amplius concessione legis, vel Principis. Ordinatione Imperij Polonica de Anno 1577. tit. 32. Servu. exercit. ad pand. 31. th. 29.

### §. III.

Subjectum tutelæ hujus est is, qui à Magistratu tutor datur. Potest autem dari omnis, qui tutor esse de jure non prohibetur, sive præsens sit, sive absens. l. 5. ff. h. t. Dummodò. 1. jurisdictioni dantis sit obnoxius. d. l. 1. §. ult. l. 3. ff. eod. 2. Non sit à parentibus dari prohibitus. l. 21. §. 2. ff. ibid. 3. Scipitum non injefferit, aut precibus tutelam mercari studuerit. d. l. 21. §. 2. & f.



Necque obstat. 1. *lex 10. ff. de tutela.* Ubi Ulpianus ait, etiam municipem tutorem dari posse, dummodò municipi detur. Nam *l. 1. Jctum ibi exaudiendum esse de tutore testamentario, qui dari potest, esto non ejusdem cum dante fit municipij, per l. 32. pr. ff. de testament. tut. & ibi Gothofredus lib. 5. c. 2.* Legem accipiendam de eo, qui datur à præside, quem satis est, ejusdem esse provincie, licet non sit ejusdem cum pupillo municipij, *l. 24. ff. b. t. Wiffenb. d. 1. tb. 29. pag. m. 85.*

Necque obstat. 2. quòd Collega, quamvis jurisdictionem non habeat in Collegam. *l. 13. §. 4. ff. ad SC. Trebell.* nihilominus collegam suam, tutorem dare possit. *l. 19. §. 1. ff. b. t.* Nam *l. 1. Magistratum ira demùm tutorem dare posse Collegam suam, si is spontè se subiiciat jurisdictioni Collegæ, quod potest, per l. 14. ff. de Jurisdic. R. 2. Cum Struoto in evolut. controu. exercit. 31. tb. 30.* Magistratum municipale, idè Collegam tutorem dare posse, quia non tam ipse, quàm Præses Provincie illum dedisse videtur; cum non nisi monito prius Præsidi, atque ita quodammodò jussu Præsidis, Magistratus municipalis tutorem det. *d. §. 3. l. b. t. d. l. r. §. 6. ff. de Magistratibus. convenientiis.* Planè si non inveniuntur tutores idonei sub jurisdictione dantis, tunc adpropinquum aliquem Magistratum, medianribus literis reversalibus, recursus fieri potest, & is requiri, ut aliquem ex subditis suis in subsidium veli deputare & mittere, qui tutelam pupilli ita destituti suscipiat, per tradita *Brunneman. rep. paratis. b. t.*

#### §. IV.

6 **O**bjectum tutelæ hujus est pupillus, qui vel nullum, vel impeditum tutorem habet. Nam tutorem habenti regulariter tutor non datur. *§. 5. l. de curat.*

#### §. V.

7 **F**orma Tutelæ hujus stat in differentiâ specificâ, quâ à reliquis duabus tutelæ speciebus distinguitur: quæ in eo sita, quòd à solo Magistratu, ac in defectu reliquarum deferatur.

#### §. VI.

8 **F**ais, effectus, & contraria tutelæ hujus coincidunt rursus cum fine, effectus, & contrariis tutela in genere.

## TITULUS XXI.

### De Auctoritate Tutorum.

#### SUMMARIA.

1. Enumerantur juris romani requisita ad legitimam tutela suspensionem. 2. Reconsentur ad eam requisita de Jure novissimo Imperij. 3. Præscribitur.

Quomodo & ubi pupillus educari debeat. 4. Consus inicit requisitorum, ad conservationem honorum pupillariorum spectantium. 5. Qua in augmentatione rerum pupillariorum tutor attendere debeat. 6. Quas res alienare possit, quas non possit. 7. Tutor tenetur diligenter solvere, quae pupillis debent. 8. Desinitur auctoritatis praestatio. 9. Adducitur ejusdem causa efficiens cum proxima, cum remota. 10. Tutor invitus ad praestandam auctoritatem cogi non debet. 11. Etiam tutor honorarius pupilla rectè auctor sit, nisi administratio eidem interdicatur. 12. Tutor in causa propria auctor esse nequit. 13. Si in negotio, cum tertio gesto, id agatur, ut pupillus alteri obligetur, tutoris auctoritas omnino necessaria est. 14. Soccus, si hoc, ut alter pupillo obligetur. 15. Negotium bilaterale, consensu vero constans, & tutoris auctoritate carens, elaudicat. 16. Constans autem consensu ficto auctoritatem tutoris non requirit, si ex eodem inter easdem personas mutua obligatio nascatur. 17. Diversum obtinet, si exinde oriatur obligatio in ordine ad tertium. 18. Solvantur duae objectiones. 19. Expenditur, quomodo à tutore, pupillo auctoritatem praestari expediat. 20. Quorundam requisitorum scrupulositas hodie in usum esse desit. 21. Finitis auctoritatis tutoria. 22. Effectus ejus.

**H**ucusque de tutela in genere, ac speciebus ejus, Proximam est, ut transcamus ad officium tutoris, quod potissimum in duobus consistit, nempe in eo, ut tutela rectè suscipiatur, ac ut suscepta legitime administretur.

### §. I.

**A**D rectam susceptionem alia requiruntur jure romano, alia novissimo jure Imperii. Jure Romano sequentia requiruntur. 1. Ut à tutore conficiatur inventarium, tanquam caput & fundamentum reddendarum rationum. *l. 24. Cod. de administ. tut.* Ad confectionem inventarii adhiberi debent notarius & testes, ac in eo distinctè describi bona omnia pupilli, tum mobilia, tum immobilia, nec non jura tum activa, tum passiva. *l. 7. prae. ff. d. r. & ibi DD.* Quodsi tutor inventarium facere neglexerit, tanquam suspectus à officio removeretur, ac perpetuà infamiamaculâ notatur. *l. ab. §. 1. Cod. ad b. prae. tut.*

2. Requiritur, ut tutor satisfactionem praestet, intellige, si sit legitimus, aut sine inquisitione datus, de quo infra *l. 24.* 3. Ut juramentum fidelis administrationis praestet. *nov. 72. c. 1.*

Jure novissimo Imperii ad legitimam susceptionem tutela sequentia requiruntur. 1. Ut tutor quicumque administrationem rerum pupillariorum non, antè suscipiat, quam à Magistratu eidem decreta fuerit. *Serv. exercit. ad Pand. 32. ab. 29. Gail. 2. obs. 107. Mynsing. cent. 2. obs. 35. Clarif. D. Doll. Rin.*

*Klingensperger quaestionum Illustr. ad Inst. q. 25. n. 1.* 2. Ut post Decretum interpositum decurrat, protinus ad confectioem inventarii. Hic Salisburgi ejusmodi inventaria, tum hæredibus, tum tutoribus servientia, per Magistratum seu judicem fieri solent. 3. Ut idoneè caveat, rem pupilli salvam fore. 4. Ut juramentum præstet, quod utilitati pupilli omni meliori modo velit providere ac prospicere. *d. Ord. Imp. Polir. de anno 1577. tit. 32.*

Officium tutelæ susceptæ potissimum duabus partibus absolvitur, nempe administratione tutelæ, & præstatione autoritatis.

## §. II.

**A**dministratio est vel occupata circa personam pupilli, vel circa res ejus & negotia. Ad illam pertinet educatio pupilli, hiscè terminis circumscripta. 1. Curare debet tutor, ut pupillus juxta conditionem status sui probè instituat. *l. 12. §. 3. ff. de administr. & peric. tut.* 2. Ut decernat eidem alimenta pro modo & viribus patrimonii. *l. 3. §. 14 l. 7. §. 2. ff. de suspect. tut. d. l. 12. §. 3. ff. de administr. & periculo tut. l. 1. §. 8. ff. de tutela & rat. distrab.* 3. Ut locum determinet, ubi pupillum morari conveniat. Equidem educatio pupilli nemini magis, quam matri committenda, nisi vitricum superinduxerit. *l. 1. Cod. ubi pupilli educari debeant.* Si tamen eâ decesserit tutorem, matrem, & cognatos non satis conveniat, ei educatio committenda, quem Magistratus nominaverit. *d. l. 1.* cujus erit attendere, nè educatio temerè committatur ei, qui sperat successionis commodum, propter periculum, nè vitæ ejus insidias struat. *l. ult. Cod. d. t.*

## §. III.

**A**dministratio rerum pupillarium tribus potissimum perficitur, puta, conservatione bonorum pupillarium, augmentatione, ac legitimâ dispensatione. Circa conservationem ad tria attendere debet tutor. 1. Ut in statum rerum pupillarium diligenter inquirat, ac caveat, nè mancipia otio torpescant, nè prædia atque ædificia detrimentum capiant. *l. 22. Cod. de administratione tut.* 2. Ut debita pupillariâ exigat, tum à se, si quid fortè pupillo debeat, tum à debitoribus aliis. *l. 46. §. ult. ff. l. 18. Cod. d. t.* 3. Nè pupillum relinquat indefensum, si quis eundem fortè in, vel extrâ judicium conveniat. *l. 30. ff. l. 28. Cod. d. t.*

## §. IV.

**A**ugmentationem rerum pupillarium quod attinet, attendere debet tutor 1. Ut donationes & hæreditates, pupillo delatas, acceptet, si utilis eidem fore censeat. 2. Ut diligenti curâ ex prædiis pupillaribus fructus colligat, collectos distrahat, ac pecuniam inde redactam in emptionem prædiorum collectet, aut fœnorè exponat. *l. 7. §. 2. & seqq. ff. l. 4. Cod. d. t.* Jure novellarum tamen

men ad id amplius non tenetur, sed satisfacit, si pecuniam diligentèr custodiat, aut deponat: experientia enim docuit, raro pecunias tunc ac cum fructu sonori exponi. *d. nov. 72. cap. 6. indeque desumpta anth. novissimè. Cod. d. 1.* Hodie, quia in Imperio Romano ex mutuo non tantum à tempore moræ, sed etiam ex pacto usuræ quincunces approbatæ licitè accipiuntur, tanquam verum vel præsumptum interesse damni emergentis aut lucri cessantis, deputationis *Reichs Abschied zu Speyer Anno 1600. §. so viel num 152. N. N. zu Regensburg 1654. §. anreichend die künfftige Zinsß 7c.* Idèd credunt *Covarruvias lib. 3. var. resolut. cap. 2. num. 1. & post. eum Molina de F. & F. tr. 2. disp. 224. n. 19.* ferè in usum revocatum esse jus antiquum, ut tutores juxta morem regionis ex pecuniis pupillaribus vel prædia emere, vel, si hoc minus utile pupillis futurum videatur, mercatori ad honestum lucrum recipiendum eas tradere, vel ex receptâ & passim approbatâ locorum consuetudine sub usuris quincuncibus mutuare teneantur.

## § V.

**D**ispensatio rerum pupillarium in duobus consistit, nempe in alienatione & erogatione. Alienatio est vel rerum immobilium, vel mobilium. Illa est tutori prohibita, nec aliter procedit, quam si justa causa subsit, ac præscriptæ solennitates interveniant, puta, præcedens causæ cognitio, & solempne decretum judicis. *l. 6. 12. & ult. Cod. de prædiis & aliis rebus minorum. Confer Clariss. DD. Braun ad Tir. ff. de rebus eorum, qui sub tut. vel curâ sunt & c. th. 25. cum seqq. & th. 50. cum seqq.* Res mobiles sunt vel ejusmodi, ut servando servari possint, puta, aurum, argentum, gemmæ, monilia, torques, bibliotheca, ac pretiosa id genus alia; vel servando servari nequeunt, ut vestes usu detritæ, animalia superflua; item quæ usui, potuique parata sunt, ut vinum, oleum, frumentum &c. Res prioris generis tutor alienare non potest sine decreto judicis. *d. l. 22. Cod. de administ. tut.* Res posterioris generis tutor liberè alienat. *d. l. 22.*

Ad erogationem denique pertinet solutio debitorum, ad quam omnino tenetur tutor, ita, ut, si culpâ ipsius damnum pupillo obveniat, teneatur id præstare. *l. 23. Cod. d. 1.*

## § VI.

**A**ltera pars officii tutorii consistit in præstatione auctoritatis, quæ proprie hujus loci, ac

Definitur, quòd sit approbatio negotii, à vel cum pupillo gesti. *l. 3. ff. b. s.*

## § VII.

**C**ausa efficiens auctoritatis, sive auctoritatis præstationis duplex est, proxima & remota. Remota est jus civile. *Wesenbec. ff. b. s. num. 3.* Ubi per

per l. 1. *princ. ff. cod.* probat, quod potestas authorandi à lege introducta sit, sicut ipsa tutela.

Causa efficiens proxima est tutor eandem præstans. Potest autem præstare auctoritatem etiam unus ex pluribus, neque requiritur, ut omnes præsentent. l. 4. h. t. Nisi forte. 1. agatur de tutelâ dissolvendâ, ut quando pupillus in arrogationem dari desiderat; tunc enim consensus omnium tutorum requiritur. l. ult. C. cod. Quia quod omnes tangit, ab omnibus debet approbari. c. 29. de R. l. in 6. Nisi forte. 2. Inter tutores facta sit tutelæ divisio, ubi quisque pro parte administrationis suæ author fieri debet. d. l. ult. Cum alter in alterius collegæ parte vel regione pro extraneo habeatur. l. 51. ff. de administr. & periculo tut. Planè tutor invitus auctoritatem præstare non debet. Vel enim expedit pupillo tutoris auctoritas, vel non expedit; neutro casu coactione opus est. Non illo, quia pupillus iacturam, si quam sustinet, tutelæ iudicio consequi potest. l. 17. ff. h. t. Non isto, utpotè quo iniquum foret, tutorem ad authorandum cogere. Aliud meo quidem iudicio obtineret, si utilitas pupilli ex denegatione auctoritatis in apertum discrimen deduceretur; tunc enim Magistratus partes suas interponere, ac causâ cognitâ tutorem ad auctoritatis præstandam compellere deberet, quoniam status tutorum incertus est, & quæ hodie solvenda, eras solvendo esse non potest, adeoque satius est, intacta jura servare, quàm post vulneratam causam remedium querere. l. ult. in f. Cod. in quibus causis in integrum restitutio non est necessaria.

De tutore honorario pugnant l. 4. ff. h. t. & l. 49. ff. de acquir. vel omitt. hered. Possitne pupillo author fieri? Luctet pugnam hanc tollere distinctionis medio, quo nititur *Hahn ad Wesenbec. d. loco num. 3.* ac dicere, etiam tutorem honorarium rectè pupillo authorem fieri. d. l. 49. modò ipsi administratio tutelæ negata non sit. d. l. 4. Ibi: *cui administratio tutela concessa non est. Confer l. 14. §. 1. ff. de filius. & l. 41. in f. ff. de administr. & periculo tut.*

## §. VIII.

**O**bjectum Auctoritatis tutoriæ suat causæ & negotia, quæ pupillus gerit. Ubi sic licet distinguere: vel pupillus gerit negotium cum proprio tutore, vel cum tertio. Si prius, tutor in hanc rem author fieri non potest, ob regulam juris civilis, quâ tutor in causâ propriâ author esse nequit. §. ult. l. 1. *princ. l. 7. ff. h. t.* rationem hujus regulæ dat *Hahn ad Wesenbec. d. loc. num. 4.* dicens, quia idem actor & iudex in unâ, eâdemque lite constitueretur, nec crederetur tutor suam utilitatem pupilli commodis postpositurus. rationem aliam assignat *Peraz. in Cod. h. t. n. 12.* nimirum turpe esse, eum, quem curare debes, nè obligetur, obligare sibi. Intellige tamen negotium, ex quo principaliter & directò tutor sibi suisque querit, ut stipulando, aut emendo à pupillo. d. l. 1. *princ. l. 1. §. 2. & 3. ff. h. t.* Nam pupillo, adeunti hæreditatem debitoris sui, auctoritatem validè accomodat, esto per hoc pupillus efficiatur,

debitur sui; quoniam hic per consequentiam tantum contingit, quod tutor in rem propriam auctor fiat; prima enim ratio auctoritatis est, ut pupillus hæres fiat. *d. l. i. princ. d. 1. 7.*

Similiter potest tutor solus, & sine adhibita contutoris, curstoris, vel iudicis auctoritate, sibi met solvere pecuniam à patre pupilli debitam. *l. 9. §. 5. ff. de administr. & peric. tut.* ratio est, quia solutio hæc pertinet in casum actuum, ad administrationem tutoris pertinentium, nec est negotium cum pupillo, sed pupilli gestum, sicut si tutor alteri creditori solveret. *Hannold. d. cap. 4. controu. 7. num. 294.*

Si posterius, hoc est, si pupillus negotium gerat cum tertio, refert, sitne id negotium unilaterale, ex quo nempe tantum unus contrahentium obligatur, an bilaterale. Negotio unilaterali vel hoc agitur, ut pupillus alteri, vel ut alter pupillo obligetur. Priore casu necessaria est tutoris auctoritas, quâ omisâ actus est nullus. *princ. l. 1. 9. pr. ff. b. t.* Hinc non potest pupillus sine auctoritate tutoris stipulanti promittere, quia conditionem suam redderet deteriore. *d. princ.* Posteriore casu auctoritas tutoris non est necessaria, adeoque actus

144 tenet, licet tutor non intervenerit. *d. princ.* Cum enim pupillus sit liber, actuumque civilium capax, habetur ipsius intellectus, esto imperfectior, in ejusmodi negotiis pro perfecto, nè aliàs, quod favore pupilli introductum est, contra dispositionem. *l. 6. Cod. d. 11. & cap. 61. de R. I. in 6.* convertatur in ejus odium. Facit etiam *lex 14. Cod. de procurat.* Ibi: *minoribus etas in damnis subvenire, non robus prosperè gestis obesse consuevit.* Hinc potest pupillus sine tutore suo stipulari, quia stipulando conditionem suam evidenter facit meliorem. Item potest accipere ea, quæ ex causâ merè lucrativâ gratuito & sine obligatione, vicissim quid præstandi, ipsi traduntur, quia rursus conditionem suam evidenter reddit meliorem. *d. l. 9. princ.*

Negotium bilaterale quod attinet, ex quo nimirum uterque contrahentium obligatur, videndum, perficiaturne consensu vero, an ficto. Si consensu vero, tutoris auctoritas interveniat, necesse est, quâ omisâ negotium claudicat, hoc est, aliter, qui contraxit cum pupillo, obligatur, ipse verò pupillus non obligatur. *d. princ. l. h. t. l. 13. §. 29. ff. de act. empr.* Ratio hujus stat in favore pupilli. Ratio illius verò est, ut coerceatur temeritas ejus, quâ cum solo pupillo contraxit, neque curavit, ut tutoris auctoritas accederet; cum tamen sciuerit, vel saltem scire debuerit, pupillum sine tutoris auctoritate obligari non posse. Videatur. *l. 19. ff. de R. I.*

Nequedicas: quod juris obtinet in uno correlativorum, idem juris debet obtinere in altero. Atqui contrahentes sunt correlativi, ergo obligato uno, debet etiam obligatio oriri in altero, & vice versâ non obligato uno, debet etiam obligatio cessare in altero. Nam *¶*. Distinguendo majorem, quod juris obtinet in uno correlativorum, idem juris debet obtinere in altero, si eadem in utroque correlativorum militet ratio, esto, secus, nego. Pupillus non obliga-

tur ob fragilitatem & infirmitatem iudicii. Adolito obligatur in poenam temeritatis suæ. En? manifestam rationis diversitatem.

Consensu ficto si perficiatur negotium, interest, nascatorne ex eodem mutua obligatio inter easdem personas, an occasione ejus consurgat obligatio in ordine ad tertium. Si prius, non requiritur tutoris auctoritas; adeoque si rem cum pupillo communem habeant, aut negotia ejus tanquam tutor vel negotiorum gestor expediam, consurgit hinc inde obligatio; licet tutoris auctoritas non accesserit. *l. 46. ff. de O. & A. l. 29. ff. communi dividendo. l. 21. §. 1. ff. de negotiis gestis.* Si posterius, necessaria est tutoris auctoritas, quæ omiſſa actus est nullus. Hinc si pupillus hæreditatem extranei sine tutoris sui auctoritate adeat; aditio nulla est, ita; ut nec pupillus aliis, nec alii pupillo obligentur. *§. 1. l. h. r. l. 9. §. 3. ff. eod.* In actibus enim, qui animi iudicio fiunt, tutoris auctoritas interveniat, necesse est. *l. 189. ff. de R. L.* Atqui aditio hæreditatis est actus, non nisi animi iudicio faciendus. *l. 20. princ. l. 88. ff. de aq. vel omni hæred.* Ergo &c. Deinde quando versamur in negotio, quo pupillus aliis obligatur, vel conditionem suam potest saltem deterioſem facere, tunc necessaria est tutoris auctoritas. *sapè cit. princ. l. h. r.* Atqui aditio hæreditatis est tale negotium, quo pupillus creditoribus hæreditariis & legatariis obligatur, ac quo potest conditionem suam deterioſem facere, ergo &c. Denique dato, quod hæreditas forte per accidens talis sit, ut merum lucrum contineat, nihilominus etiam in lucrosâ hæreditate multa adhuc metuenda sunt incommoda, quibus tenera & inconsulta ætas sine tutore involvi non debet, v. g. vexatio, negotiorum multitudo, offensæ, invidia &c. *l. 4. ff. ad SC. Trebell.* Ergo adhuc aditio hæreditatis extranei à pupillo facta tam respectu tertii, quam pupilli nulla est. Neque enim hic creditoribus hæreditariis culpa aliqua imputari potest, cum non ex facto eorum obligatio consurgat, sed nascatur ex aditione hæreditatis, quam impedire non erat in ipsorum arbitrio.

**18** Oby. 1. textum in *l. 26. ff. de condit. Instit.* ubi dicitur, quod si pupillus sub conditione hæres institutus fuerit, conditioni etiam sine tutoris auctoritate parere possit: ergo potest pupillus sine tutoris auctoritate hæreditatem adire, &c. Neg. conseq. potest pupillus sine auctore tutore conditionem ponere, sub quâ hæres institutus est, quia viâ hâc conditionem suam non reddit deterioſem, sed lucratur jus absolutum adeundi hæreditatem, quod maneret conditionatum, imò nullum evaderet, non positâ conditione. At hinc non sequitur: ergo potest etiam hæreditatem adire; quia adeundo hæreditatem exponeret se periculo læsionis.

Oby. 2. textum in *l. 7. Cod. qui admitti ad bonorum possessionem possunt &c.* ubi Imperatores Constantius & Maximianus declarant, quod impubes, sine tutoris auctoritate bonorum possessionem postulans, eam amplecti valeat: ergo potest sine tutoris auctoritate hæreditatem adire. ¶ Dist. antec. impubes sine

tutoris auctoritate bonorum possessionem amplecti potest, si auctoritas Magistratus suppleat defectum tutoris, concedo, secus, nego antec, & consequentiam. in d. l. 7. expressè additur, quòd iudex competens gnarus, impuberem tutore destitui, eidem bonorum possessionem dederit, proindeque emolumentum successiois impuberi quæsitum esse videatur jure prætorio. Apud Belgas & Gallos soli tutores pupillorum nomine, ipsis etiam absentibus & ignorantibus, hæreditates adeunt, teste *Simone Grænerwegen de legibus abrog. ad l. 5. Cod. de jure deliberandi. num. 2.*

## §. IX.

**F**orma auctoritatis tutoriæ desumitur à requisitis, quorum censum in eo. 1. 19  
 Requiritur, ut tutor in ipso negotio sit præsens, non tantum physicè, sed etiam moraliter. Per nuncium aut epistolam interposita auctoritas robur non obtinet. §. 2. *J. l. 9. §. pen. l. 14. ff. b. r.* 2. Requiritur, ut tutor spontè præsens sit, non invitus. l. 1. §. 1. *ff. eod.* 3. Requiritur, ut tutor statim, & calente quasi negotio author fiat: post tempus auctoritas non rectè interponitur. d. §. 2. & d. l. 9. §. pen. 4. Ut expressis verbis tutor approbet, quod cum pupillo geritur. *arg. l. 1. §. 2. ff. de tutel. & l. 3. ff. b. r.* 5. Denique requiritur, ut purè author fiat, non sub conditione, esto sub conditione cum pupillo contrahatur. l. 8. b. r. Certo siquidem, iudicio approbare debet tutor negotium pupillare; quæ certitudo non stat cum incerto eventu, in quem negotium suspenditur. Moribus hodiernis tot requisitorum scrupulositas non attenditur, sed sufficit, si quocunque modo, etiam ex intervallo, negotio à pupillo gesto tutor consenserit, modò tamen perfectè priùs ipse cognoverit negotium, & num illud pupillo expediat, probè secum pensitaverit. *Brunnemann in repetit. paratit. Wesenbec. ff. b. r. q. 14. Hopp. in usu moderno ad §. 2. Inst. b. r.*

## §. X.

**F**inis auctoritatis tutoriæ est, nè pupillus ob infirmitatem iudicii tenerè ac inconcultè getendo negotium, conditionem suam reddat deteriorem.

## §. XI.

**E**ffectus Auctoritatis tutoriæ alius est, si ritè sit interposita, alius si non ritè. Ritè interposita negotio robur conciliat, esto interdum ob læsionem per in integrum restitutionem rescindibili. *t. t. Cod. si tutor. vel curator. intervenerit.* Non ritè interposita negotium reddit inutile, nisi pupillus indè locupletior evaserit; quo casu valet, quatenus locupletior factus est, daturque in eum, & tutori & cuivis utilis actio ex constitutione Divi Pii ad consequendum, quatenus pupillus locupletior factus est. *l. 5. princ. & §. 1. ff. b. r.* quis enim ferat, ut ætas pupillo cum detrimento & jacturà alterius proficiat?



## TITULUS XXII. Quibus modis Tutela Finitur.

### S U M M A R I A.

1. Tutela Finitur, si tutor se excuset, aut tanquam suspectus removeatur.
2. Minima capitis diminutione, ex parte pupilli interveniente.
3. Pubertate, à quo modo finiendi tutelam nec hodie necessum fatimur.
4. Morte pupilli, non maxima & media ejus capitis diminutione.
5. Morte tutoris.
6. Nec non maxima & media ejus capitis diminutione.
7. Eventu conditionis, vel adventu diei, ad quem testamento tutor datus est.
8. Capivitate pupilli aut tutoris.

### §. Unicus.

**D**ispleximus, quo modo tutela constituitur. Proximum est, ut expendamus, quibus modis constituta finiatur.

**1** Finitur autem vel officio Magistratus, vel ipso jure. Officio Magistratus, si tutor se excuset, vel tanquam suspectus removeatur. §. *ut. l. b. r.* De quibus inferius plura dicemus. Ipso jure vel in totum, vel secundum quid. In totum vel ex personâ, vel modo, quo constituta est. Ex personâ vel pupilli, vel tutoris. Ex personâ pupilli, vel cum voluntate ejus, vel sine. Cum voluntate pupilli solvitur, si interveniat minima capitis diminutio, fortè, quòd pupillus se arrogandum tradat: tunc enim per potestatem patriam absorbetur tutoria. §. *l. b. r. l. 14. princ. ff. de tutela.* Sine voluntate pupilli solvitur tutela duobus modis, pubertate & morte. Pubertas aliter ætimitur in masculis, aliter in feminis. In masculis incipit anno 14. in feminis anno 12. juxta ea, quæ ad *tit. de jure personarum cum seqq. §. 6. n. 18.* diximus. Adedque si vel masculus annuâ 14. vel femina 12. compleverit, tutela finitur. *princ. l. b. r.* Ita, ut etiam officium curatoris, tutori adjuncti, pubertate finiatur. *l. 1. Cod. quando quis vel curat. esse desin.* consequenter alii curatores propter ætatis infirmitatem dandi sint. Moribus hodiernis quamvis multis in locis tutela non amplius finiatur pubertate, sed ad legitimam usque ætatem seu majorennitatem extendatur, ut inter alia constat ex jure lubecensi. *lib. 1. tit. 7. art. 1.* Alibi verò tutela quidem finiatur pubertate, ita tamen, ut, qui tutores fuerunt, iidem etiam absque interruptione aut ullâ innovatione, inviti teneantur remanere curatores, sicque ipso quasi jure tutela in curam transfundatur; quod in Belgio invaluisse, testatur *Grænevegan. de legibus abrog. ad princ. l. b. r.* Ex à JCois Jenensibus quoque ita pronunciatum, videre est in *Richter decis. 13. n. 26.* Nihilominus ubi in specie tale quid non reperitur constitutum aut receptum, ibi adhuc hodie ipso jure tutela pubertate finiatur. *arg. l. 27. Cod. de testam. §. l. 32. §. f. Cod.*

*f. Cod. de appell.* Neque refert, quòd ex generali quòdam ubique locorum, præsertim in Germaniâ, receptâ consuetudine, tutores etiam post pubertatem, continent officium administrationis, resque minorum usque ad perfectam ætatem curent. *Gail. 2. obs. 96. n. 1.* Esto enim id fieri plerumque solere, factumque pupillis admodum proficuum esse, lubens fatear; imo tutores, si suâ sponte continuaverint administrationem, à curâ se amplius liberare non posse, propter tacitum tum ipsorum, tum illorum, quorum res curant, consensum, libentissimè concedam; non tamen ad id faciendum cogi posse puto, sed hodie, si curam suscipere nolint, mox, ubi pupillus pubes factus, ad rationes reddendas sese offerre, administrationem deponere, adulto curatorem petere, & hâc ratione à curâ se libere posse, omnino existimo, per §. 18. *l. de excusat. tut. & l. 20. Cod. eod.* Sufficit enim, amico vel in paucis consuluisse. *l. 20. Cod. de negot. gestis.* Atque ita aliquoties in Camerâ Imperiali iudicatum esse, refert *Gail. d. obs. 96. n. 6.* Et Scabinos lipsienses in pronunciando Mens. August. anno 1582. id ipsum observâsse, testis est *Carpx. Jurisp. forensis part. 2. constit. 11. definit. 10. inf.*

Morte finitur tutela, si pupillus aut naturaliter decedat. §. 3. *l. b. r. aut. 4* civiliter, fortè quòd patiatur maximam vel mediam capitis diminutionem. *d. §. 1. l. b. r. d. l. 14. princ. & §. 1. ff. de tutelis.* nam neque homo mortuus, neque servus aut peregrinus sub tutelâ esse potest.

Ex personâ tutoris finitur tutela duobus modis, morte naturali, & civili, sive capitis deminutione. Morte naturali, de quâ in *d. §. 3.* ideò, quia tutela non est ejus indolis, ut ad hæredes transeat. Nam in tutelâ testamentariâ & dativâ eligitur personæ indultia, adeoque intentio dantis ad personam electam est restricta. In legitimâ verò succedunt quidem hæredes quandoque, non tamen quâ tales, sed in quantum sunt agnati vel cognati proximi. *l. 16. §. 1. ff. de tutelis.* Capitis deminutio est vel maxima, vel media, vel minima. Maxima & mediâ omnis tutela perimitur, adeoque non tantum legitima, sed etiam testamentaria & dativa. §. 4. *l. b. r.* quia servus aut peregrinus est incapax potestatis tutoriæ. Minimâ solum tutela legitima perimitur, reliquæ non etiam. *d. §. 4.* Imo hodie nè quidem legitima, postquam jure novellarum differentia 7 inter agnatos & cognatos est sublata. *nov. 118. c. 5.* Ex modo, quo constituta est, finitur tutela, si conditio existat, vel tempus veniat, ad quod tutor testamento constitutus fuit. §. 2. & §. 1. *l. b. r.* Modus igitur hic finiendi tutelam proprius est tutelæ testamentariæ, utpotè cui soli dies, vel conditio adijci potest. §. 3. *suprà, qui testamento tut.* Quò tamen etiam pertinere tutelam Atilianam, rectè ait *Vinn. ad d. §. 2. l. b. r.* nam si ex die vel sub conditione tutor testamento datus sit, tunc veniente die aut conditione, qui interim à Magistratu datus est tutor, tutor esse definit. §. 1. *suprà de Atil. tut.*

Secundùm quid denique finitur tutela, si tutor aut pupillus capiatur ab 8

hostibus. §. 1. l. h. a. Nam interim suspenditur tutela, donec evantus doceat, fueritne captivitate omnino finita, vel non. Si enim revertatur pupillus, jure postliminii recidit in tutelam. Sin decedat apud hostes, fictione legis Corneliae primo momento captivitatis censetur mortuus, interim curator bonis ejus datur, l. 15. prin. ff. ex quibus causis majores &c. Similiter si tutor ab hostibus captus, revertatur, jure postliminii recipit tutelam. Sin decedat apud hostes, fictione legis Corneliae primo momento captivitatis censetur mortuus, interim pupillo de atiliano tutore providetur, §. 2. l. de Atil. tut.

## TITULUS XXIII.

## De Curatoribus.

## SUMMARIUM.

1. Definitur curatela. 2. Est alia ordinaria, alia extraordinaria. 3. Curator constituitur à lege vel Magistratu; à testatore non etiam. 4. Curator esse potest omnis, qui tutor. 5. Curatela ordinaria respicit mares puberes, & foeminas viripotentes, de jure romano regulariter non nisi volentes. 6. De ordinatione Imperii politica etiam invitos. 7. Curatela extraordinaria respicit impuberes, furiosos, mente captos, prodigos &c. 8. Assignatur differentia inter tutelam & curatelam. 9. Effectus curatela. 10. Ordinaria finitur majorenitate. 11. Et impetrata aetatis venia. 12. Extraordinaria finitur cessante impedimento, ob quod curator constitutus est. 13. Cura prodigi non finitur ipsa jure.

**T**utelam excipit curatela, quae

## §. I.

- 1 **D**efinitur quòd sit vis ac potestas administrandi bona ejus, qui ipse ob aetatem, vel mentis aut corporis vitium, ea administrare vel omnino non potest, vel saltem non bene potest.

## §. II.

- 2 **D**ividitur in ordinariam & extraordinariam. Ordinaria est, quae mascululos puberes, & foeminas viripotentes respicit. Extraordinaria, quae impuberes aut majorenes pro objecto habet, puta, furiosos, mente captos, prodigos, ac id genus alios.

## §. III.

- 3 **C**ausa efficiens curatela duplex occurrit, remota & proxima. Remota est jus civile privatum. Proxima est lex & magistratus. Lex 12. tabularum constituit curatorem furiosis & prodigis, quos, licet majores 25. annis sint, vult

ult esse sub curâ agnatorum. §. 3. *l. h. t.* cum enim agnati habeant spem successione, æquitas postulat, ut curationis onus quoque ferant. *arg. princ. in f. de legis. patron. tut. l. 1. princ. ff. de legis. tutoribus. & l. 10. ff. de R. J.* Magistratus quoque rectè curatorem constituit minoribus, & quidem omnis ille, qui tutorem dare potest. §. 1. *l. h. t.* Imò etiam furiosis & prodigis, si curator legitimus deficiat.

Planè testamento curator non rectè datur. *d. §. 1. l. 7. Cod. de testament. tut.* Vel enim pater vellet curatorem dare liberis puberibus, vel furiosis aut prodigis. Prius non potest, quia in arbitrio stat minoris, velintè sub curatela esse. §. 2. *l. h. t.* Quæ autem in testamento scribuntur, non possunt pendere ex alieno arbitrio. *l. 32. ff. de hered. inst.* Posterius iterum non potest, ut satis colligitur ex *l. ult. §. 5. Cod. de curatore furiosi.* Ubi curator, quem pater testamento dedit filio prodigo aut furioso, jubetur à Magistratu confirmari: ergò datio ipsò jure non tenet.

Quòd si tamen defacto curator à patre testamento datus sit, confirmatur sinè inquisitione. *d. §. 1. & d. l. ult. §. 5.* Si à matre, cum inquisitione. *l. 2. §. un. ff. de confir. tut.*

#### §. IV.

**S**ubjectum curatela est curator, ex eo sic dictus, quòd ad curandas res minoris sit constitutus. Potest autem curator esse omnis, qui tutor, de quò supra *tit. 13. §. 5. num. 6.*

#### §. V.

**O**bjectum curatela est aliud, si loquamur de ordinariâ & aliud, si de extraordinariâ. Curatela ordinaria respicit masculos puberes & fœminas viripotentes. Nam hæ personæ usque ad annum 25. completum curatores accipiunt; tametsi enim puberes sint, ejus tamen adhuc ætatis sunt, ut negotiis suis commodè administrandis non sufficiant. *princ. l. h. t.*

Accipiunt autem non nisi volentes. In vitis minoribus regulariter curator non datur. *d. §. 2. l. h. t.* Iniquum enim visum est, hominibus ingenuis non esse liberam rerum suarum administrationem. *l. 2. ff. si à parente quis manumissus sit. Ludovell ad d. §. 2. n. 1.*

Neque opponas 1. textum in *l. 1. §. ult. ff. de minoribus & c.* ubi Ulpianus ita: *Et ideo hodie in hanc usq. ætatem adolescentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei sua administratio eis committi debet, quævis bene rem suam gerentibus.*

Nam 2. textum procedere de minoribus, qui ultrò curatorem acceperunt; his enim, licet postea deprehendantur habiles, administratio rei suæ tamen committi non debet, eò quòd semel eidam renunciaverint per ultroneam acceptionem curatoris.

Neque opponas 2. textum in *l. 3. pr. ff. d. tit.* ubi prælaudati Jcti verba sic sonant: *ipsi autem perrarò minoribus rerum suarum administrationem extræ ordinem indulerunt.*

Nam 3. textum loqui de veniâ ætatis, & dicere,

quod Principes raro soliti fuerint, minoribus concedere veniam status; quod regulæ à nobis statutæ, haud officit.

Neque opponas 3. textum in *l. f. §. 5. ff. de administrat. & peric. tut.* ubi tutori necessitas imponitur, pupillum suum, puberem factum, admonendi, ut sibi curatores petat: ergo invitus tenetur petere. Nam *u. neg. conseq.* lex enim accipienda est de minore volente.

Neque opponas 4. textum in *l. 33. §. 1. ff. d. tit.* ubi legitur: *officium tutorum, curatoribus constitutis, finem accipit.* adeoque JCoen Callistratus per ablativum absolute positum insinuare voluit, quod finita tutelâ curatores debeant constitui, consequenter minores, etiam inuiti, curatores teneantur admittere.

Nam *u.* officium tutorum finem accipere curatoribus constitutis, puta, si minores velint. Cæterum patitur præassignata regula suas limitationis, & excipitur.

1. Casus, quo minor litigat. *d. §. 2. l. h. t.* Vel enim litigando agit, vel convenitur. Si agit, debet curatorem accipere in eum finem, nè secus à limine iudicii repellatur, eique actio denegetur. *Bachon, & Ludvvell ad d. §. 2. l. h. t. Gail. 2. obs. 108. n. 1. & seqq.* Si conveniatur, nolens volens debet curatorem admittere, quia in causâ propriâ non habet legitimam personam standi in iudicio sine curatore. *l. 2. Cod. qui legitimam personam standi in iudicio habent &c.* Et sententia contra minorem indefensum lata nullius est momenti. *l. 54. ff. de re jud.*

2. Excipitur casus, quo is, qui tutor fuit, vult rationes reddere administrationis suæ. *l. 7. Cod. qui petant tut. vel curatores.*

3. Casus, quo debitor minoris ei vult aut debet solvere. *l. 7. §. 2. ff. de minoribus.*

6 Imò hodie regula superius data videtur omnimò abolita, cum per ordinationem Politicam de anno 1577. tit. 32. minores indistinctè æquè, ac pupilli, inuiti curatores admittere teneantur. *Brunnemann. ad d. l. 7. Cod. n. 3.*

7 Objectum curatellæ extraordinariæ constituunt furiosi, mente capti, prodigi juridicè tales, muti, surdi, perpetuò valetudinarii, ac in universum omnes, qui rebus suis præesse nequeunt. *§. 3. & 4. l. h. t. l. 8. §. 3. l. 12. ff. de tut. & curatoribus datis.*

De cæco nil videtur cautum, quippè qui rei suæ familiari, si nihil aliud impediatur, satis benè præesse potest, cum & senatorium ordinem retineat, & iudicandi munere rectè fungatur. *l. 1. §. 5. ff. de postulando. l. 6. ff. de iudiciis. Ludvvell & Finn. ad d. §. 4. in f.* Interdum etiam pupilli curatores accipiunt, puta, si tutor testamentarius, legitimus, vel dativus ob inopiam, morbum, senium, vel causam similem ad tutelæ administrationem sit inidoneus; tunc enim curator eidem adiungitur, qui defectum ipsius suppleat. *§. 5. l. h. t. l. 13. ff. de tutel. l. 10. §. ult. ff. de excusat. l. 6. Cod. de suspectis tutoribus.* Item in locum tutorum, qui non in perpetuum, sed ad tempus à tutelâ excusantur, solent curatores dari. *d. §. 5. l. h. t.*

## §. VI.

**F**orma curatela: stat in differentiâ specificâ, quâ distinguitur à tutelâ, quæ in eo posita, quòd curatela primariò administrationem bonorum respiciat, tutela verò tuitionem personæ.

## §. VII.

**E**ffectus curatela: est idem, qui tutelæ, de quo supra tit. 12.

## §. VIII.

**C**ontraria curatela: suad modi, quibus finitur. Finitur aut vel modis communibus, vel proprio & singulari modo. De modis communibus mox præcedenti titulo diximus. Modi singulares concernunt vel curatela: ordinariam, vel extraordinariam. Curatela ordinaria duobus modis finitur. 1. Majorennitate, quæ tam in mare, quàm fœminâ incipit post annum 25. completum. Si rationem desideres, cur terminus pupertatis in sexu diversus sit, majorennitatis idem? Ad *Jean. Schneidevvinum ad §. 2. l. h. t. n. 12.* ubi ait, nè fœminæ citiùs perdant beneficium restitutionis in integrum, quàm mares. In Electoribus Imperii majorennitas incipit anno 18. completo. Aurea Bulla cap. 7. Ibi: *tunc Frater senior ejusdem primogeniti tutor eorum & administrator existat, donec senior ex eis legitimam aetatem attigerit, censeri volumus, quam incipit Electore 18. annos completos, & statim perpetuò haberi, quam dum attigerit, jus, vocem, & potestatem, & omnia àb ipsis dependentia tutor ipse sibi vocaliter cum officio teneatur proinùs assignare.*

2. Finitur curatela ordinaria, si minor veniam ætatis impetraverit, quæ mascululis concedi solet post annum 20. fœminis post annum 18. completum, dummodò ætatem hanc probent, ac morum honestatem & frugalitatem doceant. *l. 2. princ. & §. 1. Cod. de his, qui veniam ætatis impetraverunt.*

Quòd si roges, cur fœminis litiùs, quàm mascululis venia ætatis decernatur? Id ex eo esse, quia nimirum cursus prudentiæ muliebris solet esse celerior, quàm virilis; cum passim videamus, ea, quæ naturâ infirmiora sunt, citiùs perfici ac maturefcere.

Curatela extraordinaria finitur ex parte furiosi, si ad sanam mentem redierit. Ex parte mente capti, si intellectum sobrium receperit. Ex parte prodigi, si cum frugalitate fœdus pepigerit. Ex parte aliorum denique, si vitium vel defectus, ob quem curator datus est, cessaverit.

Claudat hunc titulum quaestio, utrùm curatela extraordinaria ex parte prodigi, absque prævio decreto Magistratùs, solâ malorum morum depositione finiatur? 1. Cum *Perez in Cod. de curatore furiosi. n. ult. Wissenbach ad Inst. disp. 8. th. 8. Vin ad §. 3. l. h. t. n. 1. Struv. in evolut. controvers. exercit. 31. th. ult.* Negative; adeoque dico, nec obligari prodigum ex contractibus à se

initis, esto ad frugem reversus fuerit, nisi à prætore administrationem bonorum receperit. Prodigalitas juridica namque solâ legis potestate non inducitur per l. 10. *princ. ff. de curatoribus furioso* & l. 6. *ff. de V. O.* Ergò neque tollitur. Ideo enim non inducitur, quia sine prævio examine plurium circumstantiarum constare non potest, itane in erogando quis excedat, & conservando deficiat, ut administratione rerum suarum mereatur cadere: ergò neque tollitur, quia sine prævio examine plurium circumstantiarum constare non potest, itane vitium prodigalitatibus quis abjecerit, ut administrationem rerum suarum mereatur recipere.

Neque turbat textus in l. 1. *in f. princ. ff. de curatoribus furioso &c.* ubi de prodigo, ad meliorem frugem reverso, traditur, quòd ipso jure desinat esse in potestate curatoris. Nam per voces, *ipso jure*, non excluditur cognitio & declaratio judicis; imò ne quidem potest excludi, quia in facto consistit, itane à morbo prodigalitatibus quis convalescit, ut dignus sit, qui administrationem rerum suarum recipiat. Equidem curatela furiosi, postquam ad sanam mentem rediit, ipso jure finitur, neque opus est cognitione Magistratus; ergò idem dicendum videtur de prodigo; hic enim in jure nostro comparatur furioso. d. l. 1. *ff. de curat. furios.* d. l. 6. *ff. de V. O.* Sed non est paritas inter furiosum ex unâ parte, & prodigum ex alterâ. Furor siquidem se ipsum prodir, neque astutâ dissimulatione tegi potest, adeoque non est, cur de præsentia ejus vel absentia judex statuât. Prodigalitas verò potest abscondi, ac fictâ frugalitatis velamine obnubi, adeoque necesse omnino est, ut judex statuât, moresne sanitatem receperint, an recepisse duntaxat fingantur.

## TITULUS XXIV.

### De Satisfatione Tutorum & Curatorum.

#### SUMMARIA.

1. Definitur satisfactio.
2. Quisnam ex interioribus testamentariis tandem prestare debeat?
3. Quis ex legitimis?
4. Quis ex dativis?
5. Hodie prestare debent omnes.
6. Cui debeat prestari?
7. Objectum ejus est indemnitas pupilli & minoris.
8. Est prestanda mediântibus fideiussoribus.
9. Hodie mediante jurejurando, vel etiam sine hoc.
10. Tutor regulariter tenetur de culpa lata & levi.
11. Hæres ejus de culpa lata solvitur.
12. Ostenditur obligatio fideiussoris.
13. Ex hac satisfactioe tutoria oritur actio ex stipulatu.
14. Recensentur ejus prædicta.
15. Subjectum actuum & passivum.
16. Objectum.
17. Non potest autem, nisi finita tutela, moveri.
18. Definitur actio in factum subsidiaria.
19. Quæ descendit ex æquitate naturali, à jure civili ad producendam actionem roboratâ.
20. Enumerantur ejusdem prædicta.

20. *Adiudicatio subiectum aditum.* 21. *Passivum.* 22. *Objectum.*  
 24. *Locum habet primum post excessus facultatis tutoris, fideiussoris, aut heredis.* 25. *An hodie adhuc obtineat? Praxis consulenda est.*

**H**ucusque de iis, quæ tutelæ & curatellæ sunt propria. Restat dicendum de iis, quæ utrique sunt communia, puta; de satisfactione, excusatione, ac remotione suspecti. De satisfactione, tanquam primo communi in hoc titulo.

### §. I.

**D**efinitur, quod sit cautio, quæ tutor vel curator pupillo vel minori, datis fideiussoribus promittit, tutelam aut curam ita gestum iri, ut res pupilli hares aut minorum nullum capiant detrimentum. Colligitur ex *l. 1. §. seqq. ff. de pupilli vel adolescentis salutem fore.*

### §. II.

**C**Ausa efficiens satisfactionis hujus duplex est, proxima, & remota. Remota est prætor. *princ. l. h. t. l. 1. §. 2. ff. de stipul. prætoriiis.* Causa efficiens proxima est tutor vel curator, qui eandem præstare tenetur. Ubi tutor testamentarius discernendus à legitimo, & legitimus à dativo. Testamentarius vel datus est à eo, qui jus dandi tutores habet, vel à eo, qui non habet. Datus à eo, qui jus dandi tutores habet, ut à patre, vel est solus, vel habet contutores. Si solus adsit, satisfactionem præstare non tenetur, quia fides ipsius iudicio testatoris sufficienter est approbata. *princ. l. h. t. l. 17. princ. ff. de testament. tut.* Planè si post testamentum, facultatum tutoris dati facta sit deminutio, vel morum antè celata aut ignorata emerferit improbitas, aut inimicitia postea cum Patre exarserint, etiam tutor testamentarius satisfacere cogitur. *l. 8. ff. de confirmando tutore.* Quinimò his casibus interdum omninò reici poterit à magistratu, uspotè, qui incumbit, utilitatem magis sequi pupillorum, quam scripturam testamenti, & patris voluntatem ita accipere, si non fuit ignarus, scilicet eorum, quæ ipse prætor de tutore comperta habet. *l. 10. ff. eod.* Adde *l. 4. in f. ff. de testament. tut.* Si contutores habeat, ac fortè timeat, nè

Segniùs expediant commissa negotia plures,

adeoque, malit aut solus tutelam gerere, aut omninò liber à eadem esse, audiendus est, si contutoribus satisfactionem offerat, quam accipere tenentur, vel, si in administratione præferri cupiant, ipsi offerre. *§. 1. l. h. t. d. l. 17. princ. ff. de testament. tut.* Quod si plures satisfactionem offerant, personæ tutorum inter se conferendæ sunt, ac præferendus, qui visus fuerit magis idoneus. *l. 18. ff. d. t.* Si nullus satisfactionem offerat, isgeret, quem testator designaverit. Si de voluntatemus non constat, quem major pars tutorum elegerit. Si



dissentiant, prætor partes suas interponet, ac determinabit, quis ex pluribus gerere tutelam debeat. *d. §. 1. l. 3. §. 1. & 7. ff. de administr. & periculo tut.* Si tutorem is dederit, qui jus dandi non habet, puta, mater, patronus, frater, patruus, &c. refert, confirmeturne tutor datus à Magistratu majore, an à minore? Confirmatus à Magistratu majore, puta, à Præside, Prætorè, Præfecto Urbi &c. satisfacere non tenetur, quia confirmationem præcedit inquisitio in mores ac vitam tutoris, cujus inquisitionis fides pro vinculo cautionis cedit. *d. princ. l. b. 1. l. 13. §. ult. in f. ff. de tut. & curat. datis.* Confirmatus à Magistratu minore, puta, municipali aut Duumviris &c. tenetur satisfacere. *l. 5. ff. de confirmando tutore.*

Tutor legitimus vel est ex numero parentum, vel non. Si prius, judex decernet, debeatne satisfacere, vel non: si enim honestus sit conditionis, ac probata vitæ, ad satisfactionem non est compellendus, quia morum probitas, affectui paterno juncta, vicem cautionis obtinet. *l. 5. §. 1. ff. de legit. tut.* Si posterius, tenetur satisfacere, quia lex, quæ proximos agnatos ad tutelam vocat, propinquitatem gradus quidem approbat, mores personæ tamen, utpotè inexploratos, non approbat. *d. l. 5. §. 1.*

Tutor Acilianus vel datur à Magistratu majore, vel minore. Datus à majore, satisfacere non tenetur, quia dationem præcedit inquisitio, per quam fides ejus approbatur. *d. princ. l. b. 1. d. l. 13. §. ult. in f. ff. de tut. & curat. datis.* Datus à Magistratu minore tenetur satisfacere. Si nolit, captis pignoribus coerceri potest. *§. 3. l. b. 1.* Si contumax persistat, tanquam suspectus cum infamiz notâ removeatur. *l. 2. Cod. de tutore vel curatore, qui satis non dedit.* Nam Magistratus minor non constituit tutorem cum præviâ inquisitione, adeoque nihil occurrit, quod vices cautionis suppleat. Hodie sine discrimine omnes tutores & curatores cautionem præstare debent, ex Reformatione Politicâ Caroli V. de Anno 1548. & Rudolphi II. Imperatoris de Anno 1577. tit. 32. ubi ratio generalis redditur, quia sæpissimè compertum est, etiam jure communi exceptos, in officio suo vel negligentes, vel dolosos fuisse. *Hoppius in usu moderno d. princ. l. b. 1. Eckelt. ff. de administr. & periculo tut. §. 1. Hanuold de F. & F. tit. 4. cap. 4. contr. §. num. 259.*

### §. III.

Subjectum satisfactionis hujus est is, cui præstatur. Ubi refert, sitne præsens pupillus & dari possit, an absit, aut dari nequeat. Priore casu ipsi pupillo præstatur hæc cautio. *l. 6. ff. rem pupilli salvam fore.* Posteriore casu præstatur servo pupilli, vel, si servum non habeat, ei, quæ prætor designaverit. *l. 2. & 3. ff. eodem.*

### §. IV.

Objectum satisfactionis hujus est indemnitas pupilli: promittit enim tutor, rem pupilli salvam fore, hoc est, tutelam in administratum iri,

ut res pupillares detrimentum non capiunt. *d. princ. l. h. t. l. 1. l. 9. ff. rem. pupilli salvam fore.*

## §. V.

**F**ORMA satisfactionis hujus desumitur à requisitis, quæ duo. 1. Promittit, ipse tutor, rem pupilli salvam fore. 2. Dat fideiussores, qui idipsum spondeant. Fideiussores idè desiderantur, tum quia, quotiescunque requiritur satisfactio in specie, fideiussores interveniant, necesse est. §. 47. 1. de R. D. l. 1. ff. qui satisfacere cogantur. l. 9. §. 3. ff. de pignorat. act. l. 4. §. 8. ff. de fideicommiss. libers. l. 1. l. 7. ff. de stipulis. pratoris. Atqui hic requiritur satisfactio in specie *d. princ. l. h. t.* Ergo &c. Tum quia bona tutoris ipso jure pupillo tacite obligata sunt. l. 20. Cod. de administrat. int. Tum quia tutor obligatur ex incerto: quando autem obligatio certam mensuram non habet, fideiussores requiruntur, quia per pignora adversario sufficienter cautum non esset. Tum denique, quia in pignore subest periculum interitus & evictionis, quod non ita verisimile in fideiussore, ferè semper hæredem obligatum post se relinquire. §. 2. l. de fideiussoribus l. 4. §. an. ff. eod. Vin. ad princ. l. h. t. n. 1. Eckelt ubi supr. d.

Neque obstant 1. l. 1. §. 9. ff. de collatione. & l. 2. §. 3. ff. quod legatorum. Quia loquuntur de causa, quo cautio pro re certa aut quantitate præstanda est, ubi pignora admittuntur. Vin. di loco. Neque obstat 2. §. 5. l. de Administratione int. Nam legitimam cautelam satisfactio quoque importatur. Eckelt di loco.

Neque obstat 3. auct. generaliter. Cod. de Episcop. & Clericis. Loquitur enim de cautione iudicio sisti. Neque obstat 4. quod plus cautionis sit in re, quam personam. §. 14. l. de obl. qua ex delicto &c. l. 25. ff. de R. l. Hoc enim tantum procedit comparatione facta inter pignora & personam debitoris; expedit enim creditori, pignori potius incumbere, quam in personam debitoris, licet idonei, agere. Quod si pignora conferantur cum fideiussoribus, plus cautionis est in personam, quam in re. *Ungew. exercit. just. 4. q. 12. & Struv. in evolus. controuv. exercit. 5. tit. 21.* ubi ad plures adhuc objectiones respondent. Hæc necesse sitas satisfaciendi per fideiussores hodie in Imperio Romano tam scrupulose non observatur, sed prudentiæ & religioni eorum, qui rebus pupillaribus præsumunt, ea res committitur, qui non solent satisfactionem à tutoribus exigere, contenti eorum jurejurando, quo promittunt, se bona pupilli fideliter administravuros, nec quidquam ex eis sine decreto magistratus alienavuros esse. *Vinn. ad princ. l. h. t. n. 4. Gronovius de legibus abrogatis ad princ. l. ibid. Ant. Matth. in not. & animadvers. ad Inst. ibid. Hedon. ad Wesenboc. de iustis n. 5. verb. id nomen in genere sciendum est. pag. n. 299. Joann. à Sando in Theatro practicianimo lib. 2. tit. 9. def. 3.* Imò hodie raro imponitur alicui tutori corporale juramentum, sed saltem admoneri solet iuramenti præstiti Magistratu suo, recte Schmeidovino l. de legit. agnat. int. n. 17. & Carpz. p. 2. Jurispr. for. const. 11. def. 6.

num. 4. cum enim ut plurimum ejusmodi tutores constituentur, qui bona possident immobilia, aut alias sufficientia, in quibus ipso jure pupillis tacita hypotheca competit, videtur iisdem adeo cautum, ut tutores ulteriori cautione gravari non debeant. *Hoppius ubi supra.*

## §. VI.

**I**O Effectus satisfactionis hujus duplex statui potest, directus & indirectus. Directus est vel proximus, vel remotus. Proximus est obligatio tutoris & fideiussoris. Tutor obligatur ad tutelam ita gerendam, nè res pupillares detrimentum capiant, ac ad damna resarcienda, quæ ex negligenti administratione emerferunt. *L. 11. ff. rem pupilli salvam fore.*

Quæritur, de quâ culpâ teneatur tutor? *¶ Regulariter de latâ & levi. Haunold d. contr. 5. n. 265. Struv. d. exercit. 31. th. 38. & in ovolus. controvers. exercit. 19. th. 23. Trentl. vol. 2. disp. 9. th. 5. lit. C.*

Prob. 1. Ex *L. 33. princ. ff. de administratione & periculo tut. & l. 1. princ. ff. de tutela & rationibus distrah.* In quibus locis Callistratus & Ulpianus à tutore in rebus pupilli non aliam exigunt diligentiam, quam ipse rebus propriis adhibet. Atqui hæc est diligentia mediocris, cui opponitur culpa levis; ergò tutor tenetur de culpâ saltem levi. Prob. 2. per *L. 23. ff. de R. l.* Ubi venditum, locatum, & tutela conjunguntur, ac de omnibus istis dicitur, quòd dolum & culpam recipiant. Atqui venditum & locatum recipiunt culpam non tantum latam, sed etiam levem. *L. 35. §. 4. ff. de contrab. empt. l. 36. ff. de act. empti. l. 9. §. 3. L. 13. §. 1. ff. l. 28. Cod. locati.* Ergò etiam tutelæ administratio. Prob. 3. per textum rotundum in *L. 7. Cod. arbitrium tutela.* Quæ sic habet: *quidquid tutoris dolo vel latâ culpâ aut levi, seu curatoris, minores amiserint, vel, cum possent, non adquisierint: hoc in tutela seu negotiorum gestorum utile iudicium venire, non est incerti juris.*

Oby. 1. quandò contractus planè non respicit utilitatem principaliter obligati, tunc non præstatur, nisi culpa lata, per *L. 5. §. 2. commodati.* Atqui tutelæ administratio planè non respicit utilitatem tutoris, tanquam principaliter obligati; ergò non præstatur, nisi culpa lata. *¶* à communi regulâ hoc in passu favore pupillorum recessum esse, quibus ut optimè sit prospectum, publicè interesse creditur, cum sibi ipsis insufficientes sint, & sæpius in propria damna ruere, & contrâ proptia commoda venire deprehendantur.

Oby. 2. tutor solum excusatur à præstando casu fortuito. *L. 9. Cod. de periculo tut.* Ergò culpam omnem, etiam levissimam præstare tenetur. *¶* Neg. consequentiam. Exclusio unius non semper est inclusio alterius, præsertim in rescriptis Imperatorum, qui sæpè tantum responderunt ad id, quod ex ipsis quærebatur; si ergò quærebatur de casu fortuito, uti contigit in *d. l. 4. de hoc solo respondebant, abstrahentes de culpâ, quia de illâ non quærebaatur. Ham-*

*wold*

*word d. loc.* Sanè toties exclusio unius non est inclusio alterius, quoties alterum aliâ speciali lege excluditur, ut fit in proposito, per *l. 7. Cod. arbitr. tut.* Adhæc durum nimis foret, obligare tutorem ad exactissimam diligentiam, huicque oppositam præstationem culpæ levissimæ, ut qui plerumque onus tutelæ invitus suscipit. *l. 20. Cod. de negotiis gestis.* ex quâ nulla ad eum redundat utilitas.

Dixi tamen antea, *regulariter.* Aliquando enim tutor ad levissimam quoque culpam præstandam obstringitur: interdum de culpâ latâ solum tenetur. Ad levissimam quidem, si administrationi se se spontè obtulerit, puta, offerendo satisfationem, cum plures tutores testamento dati essent. *l. 53. §. 3. ff. de furtis.* De solâ latâ verò in illis negotiis, in quibus etiam diligens paterfamilias cæcutire, & culpam levem facillè admittere potest; non enim in talibus nimis rigidè, ob adductam paulò superiùs rationem, cum tutoribus agendum est. Videatur *l. 7. §. 2. ff. de administr. & peric. tut. & l. 2. Cod. arbitr. tut. Struv. d. th. 38.*

Cónnexa quæstio est; de quânam culpâ hæredes tutoris teneantur? **¶ II**  
*Cum Hannold & Struv. Ubi supra,* teneri solum de latâ. Habetur sat clarè in *l. 4. ff. de Magistratibus conveniendis. & l. 1. Cod. de hæredibus tutorum.*

Neque dicas 1.: hæredes tutoris tenentur ob id, quod tutor administrare debuit, nec administravit. *l. f. Cod. d. t.* Nam **¶.** teneri saltem ob id, tutor ab culpam latam non administravit.

Neque dicas 2. actio tutelæ datur in tutorem ob levem culpam: ergo ob eandem etiam datur in hæredes, quia eadem actio in hos datur. Nam **¶.** actionem tutelæ dari quidem etiam in hæredes tutoris, cum sit rei persecutoria; sed aliter, quàm in ipsos tutores.

Neque dicas 3. in aliis contractibus hæres eodem rigore tenetur de dolo & culpâ, quo ipse defunctus: ergo etiam in contractu tutelæ. Nam **¶.** neg. conseq. si enim hic contractus servaret paritatem cum aliis contractibus, tunc ipse etiam tutor non deberet teneri de culpâ levi: quia obligatur non in suum, sed pupilli commodum: ergo mirum non est, quòd major rigor, in favorem pupillorum introductus, non fuerit extensus ad hæredes tutoris.

Fideiussor obligatur ad indemnem servandum pupillum, si à tutore vel in hæredibus ejus suum consequi nequeat. *l. 9. in f. & d. l. 11. ff. rem pupilli salvam fore.*

Effectus remotus est actio ex stipulatu, quâ tenetur tum tutor, tum fideiussor. *l. 4. §. 2. ff. d. t.* Tutor quidem, ut præstet, quod occasione tutelæ pupillo abest. Fideiussor verò, ut præstet, quod pupillus à tutore vel hæredibus ejus consequi non potest. *Bachon. in Trentl. d. vol. 2. disp. 9. th. 7. lit. C. Clariff. D. Doct. Glerle p. m. in jure civili ad normam Instit. concinnato. h. t. n. ult.*

Est hæc actio civilis, personalis, rei persecutoria, stricti juris, perpetua. **¶ 14**  
Datur pupillo ac ejus hæredibus, contra tutorem ac fideiussorem, eorum-que hæredes, cum distinctione tamen inter jus vetus & novum. Jure veteri in

- arbitrio pupillierat, male tñe priore loco convenire tutorem, an fideiussorem. *l. 1. Cod. de fideiussoribus tutorum.* Jure novo hoc correctum, & statutum est, ut priore loco excutiatyr tutor tanquàm principalis, ac, si ab hoc suum consequi nequeat pupillus, tunc demùm fideiussorem conveniat. *nov. 4. c. 1.*
- 16 Datur hæc actio ad hoc, ut præstetur id omne, quod ex causâ tutelæ gestæ debetur.
- 17 Moveri potest primùm post tutelam finitam. *l. 1. l. 4. §. 4. ff. rem pupilli salvam fore. l. 4. l. 9. §. 4. ff. de tut. & rationibus distrab.*
- 18 Effectus indirectus satisfactionis tutoriæ est actio subsidiaria in factum, ex eò sic dicta, quòd sit ultimum præsidium. §. 2. *l. b. t. & sacra* velut anchora pupilli. *Vinn. ad d. §. 2. n. 1.* Definitur, quòd sit actio personalis, quâ magistratus à pupillo in subsidium convenitur, ut præstet, quod à tutore ac fideiussore & hæredibus eorum consequi nequit. Colligitur ex *d. §. 2. & l. 5. Cod. de Magistratibus conveniendis.*
- 19 Causâ efficiens actionis hujus duplex est, proxima, & remota. Proxima est obligatio. Remota est æquitas naturalis, jure civili agnita, ac ad generandam actionem hanc firmata. Naturaliter enim videtur æquum, à Magistratu, qui aut nullam, aut non idoneam cautionem exegit, damnum reparari, quod inde passus est pupillus. Sunt, qui censeant, actionem hanc ex delicto descendere, puta, ex negligentia ejus, qui jurisdictioni præstet, prout etiam supponit *Perez ad tit. Cod. de Magistrat. conveniend. n. 3. in f.* Sed male! si enim ex delicto descenderet, moveri non posset adversus patrem, in casu, quo filius magistratus cautionem non exegit. *tot. tit. ff. de peculio.* Quod tamen falsum est. *l. 1. §. ult. ff. de magistrat. conveniendis.* Cæterum de actione hæc
- 20 Quæres. 1. qualis sit? *ꝛ. esse civilem. arg. l. 2. ff. & d. l. 5. Cod. d. t. personalem, rei persecutoriam, stricti juris, perpetuam.*
- 21 Quæres. 2. cui detur? *ꝛ. pupillo, ac ejus hæredibus l. 1. §. 4. ff. eodem.*
- 22 Quæres. 3. contra quem detur? *ꝛ. contra magistratum minorem, qui aut nullam, aut non idoneam cautionem exegit. Contra magistratum majorem, puta, Præsidem, Prætorem, Præfectum urbi &c. actio hæc non datur, quia, cum præviâ inquisitione tutorem constituit, neque satisfactionem exigit. §. ult. l. b. t. d. l. 1. §. 1.*
- 23 Quæres. 4. ad quid detur? *ꝛ. ad hoc, ut Magistratus præstet, quod pupillus à tutore, fideiussore, aut eorum hæredibus consequi non potest.*
- 24 Quæres. 5. quando detur? *ꝛ. post excussas facultates tutoris, fideiussoris, aut hæredum. l. 46. §. pen. ff. de administr. & peric. tut. l. 4. Cod. de Magistrat. conven. initio itaque convenit pupillus tutorem, vel hæredes ejus. ab his si consequi suum nequeat, aggreditur fideiussorem, vel hæredes ejus. Si neque hi satisficiant, actione subsidiaria percellit Magistratum.*

Quæres. 6. & ultimo, an actio hæc contra Magistratum hodie obtineat? 26  
 Affirmant *Gregorius Schulzeus in synopsi. Fœdit. ad h. t. in f. lit. R. Hahn ad Wesenbec. de Magistr. conveniend. num. 1. Struv. exercit. ad Pand. 31. sh. 81. in. f. Carpz. p. 2. Jurisprud. for. constit. II. def. 41. n. 7.* Negant *Trem. d. diff. 9. sh. 7. lit. E. Finn. ad §. ult. l. b. t. ad finem. Grænovægen de legibus abrog. ibid. num. 1.* Ego in hoc opinionum conflictu magis probatum auctorem non agnosco, quam praxin ipsam, quæ quælibet docebit, quænam sententia ex his vera sit.

## TITULUS XXV.

## De Excusationibus Tutorum vel Curatorum.

## SUMMARI A.

1. Definitur excusatio. 2. Est alia propria, alia impropria. 3. Causa excusationum Constituta sunt à jure civili. 4. Inter quas numerus liberarum. 5. Administratio bonorum fiscalium aut patrimonialium, vel etiam cura alterius rei à principe commissæ. 6. Absentia Reipublicæ causâ. 7. Potestas. 8. Lis cum pupillo. 9. Numerus tutelarum. 10. Professio liberalium artium. 11. Paupertas. 12. Aegritudo. 13. Imperitia litterarum. 14. Inimicitia. 15. Minor ætas. 16. Militia. 17. Ætas septuagenaria. 18. Onus tutela prius gesta. 19. Maritalis potestas. 20. Excusare se possunt tutores omnes, etiam legitimi. 21. Assignatur materia excusationis. 22. Ad excusationem requiritur allegatio iusta causâ. 23. Quæ etiam modo debito fieri debet. 24. Proponitur controversia, an tutor statim ab ipsâ datione appellare possit? & adducuntur fundamenta affirmantium. 25. Quibus accedimus, unâ respondententes ad contraria. 26. Ostenditur locus, ubi excusatio proponenda. 27. Judex, coram quo. 28. Et tempus, intrâ quod. 29. Dispositio juris romani circa contesum lapidem videtur hodie ab usû recessisse. 30. Scaturitur excusationis effectus.

**A** Iterum tutelæ & curatælæ communecst, quòd tutores ac curatores se possint excusare.

## §. I.

**D**efinitur excusatio, quòd sit allegatio iustæ causæ, quâ tutor vel curator, & onus tutelæ vel curæ deprecatur. *Henricus Zoësius. ff. h. t. n. 1. & Ant. Perez. in Cod. eod. num. 1.*

## §. II.

**D**ividitur in propriam & impropriam. Propria est, quâ nisi tutor utere. 2  
 LI. 3  
 tur,

tur, subire teneretur onus tutelæ. Impropria, quâ is utitur, qui jure tutor esse non potest; cujusmodi est excusatio minoris ætatis & militiæ. Videatur §. 13. & 14. l. h. t. *Wesenbec. ff. h. t. num. 1.*

### §. III.

3 **C**Ausa efficiens excusationis duplex est, proxima & remota. Remota est jus civile, quo causæ varix constitutæ & probatæ sũnt, quibus vacatio tribuitur à tutelâ vel curâ. Nos eas ordine, quem Princeps noster in præsentì titulo tenuit, enumerabimus.

4 Prima igitur causa excusans est numerus liberorum, tam suorum, quàm emancipatorum: nam immunitas à tutelâ non est effectus patriæ potestatis, sed remuneratio ob auctum numerum civium romanorum. Si quis igitur Romæ 3. in Italiâ 4. in provinciis 5. liberos habeat, à tutelâ vel curâ excusatur; partim quia studere debet familiæ propriæ, partim quia favore censetur dignus, quòd tot liberos generaverit in magnam spem reipublicæ. *princ. l. h. t. l. 2. §. 2. & seqq. ff. eod.* Cæterum ut liberi ad excusationem proficiant, varia requiruntur. 1. ut sint nati. Posthumi, sive qui sunt adhuc in utero, ad excusationem non profunt; quia non agitur de ipsorum commodo. *d. l. 2. §. 6. ff. h. t.* Nec obstat. *l. 7. & pen. ff. de statu hominum.* Responso enim patet ex dictis *suprà, de jure personarum §. 3. n. 3.* 2. Requiritur, ut sint superstites: defuncti non profunt. *d. princ. l. h. t. d. l. 2. §. 4. ff. eod. t. 2. §. 5. ff. de vacatione & excusatione munerum.* Nisi fortè in acie ceciderint; tunc enim in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur. *d. princ. & l. 18. ff. h. t.* idem obtinet, si liberi extrâ aciem ex vulnere, in acie accepto, sint mortui; cùm in favorabilibus idem sit, mortuum, & lethaliter vulneratum esse. *Hannold. d. cap. 4. contr. 6. n. 270. & Harp. ad d. princ. l. h. t. n. 11.* quibus non immeritò idem dicendum videtur de illis, qui more Davidis ob patriæ salutem singulari certamine pugnant & occumbunt; nè aliàs gloriosius post mortem vivat tyro aliquis, aut gregarius miles, in præliò occisus, quàm Manlius torquatus, aut Valerius Corvinus, qui in singulari certamine occubuit. Planè liberi, parentibus in obsidione, præfidiis, castris &c. abrepti, ad excusandum non profunt. *d. l. 18.* Sicut nec capti à hostibus. *l. 2. Cod. de his, qui numero liberorum, vel paupertate excusationem meruerunt.* 3. Requiritur, ut sint filii naturales seu veri. Ficti, hoc est, adoptivi, ad excusationem non profunt. Nam beneficium hoc illis duntaxat patribus datum est, qui numero civium Rempublicam auxerunt. *d. princ. l. h. t. d. l. 2. §. 2. ff. de vacatione & excusat. mun.* 4. Requiritur, ut ex justo thoro sint nati. Spurii & illegitimi non profunt; nè pater ex delicto suo commodum reportet. *d. l. 2. §. 3. ff. h. t.* Quod hucusque de liberis diximus, non tantum de liberis primi, sed & ulterioris gradus intelligendum est; nam nepotes quoque, ex filio, jam defuncto avo, ad excusationem

nem profunt, ita tamen, ut, quotquot nepotes fuerint ex uno filio, omnes pro uno reputentur, & in locum patris sui ingressi, vicem ejus repræsentent. *d. princ. l. h. t. d. l. 2. §. 7. ff. cod. l. 2. Cod. qui numero liberorum se excusant.*

Secunda causa excusans est administratio bonorum Fiscalium aut patrimonialium, vel etiam cura alterius rei à Principe commissa: qui enim res fisci administrat, aut cui Princeps curam alicujus rei injunxit, dum administrat, aut donec curam gerit, excusatur à tutelâ & curâ, nec potest interim ad novam tutelam vocari, nè occasione negotiorum pupillarum avocetur à administratione causæ, cum dispendio salutis publicæ. *§. 1. l. h. t. l. 22. §. 1. l. 41. princ. ff. cod. Planè tutelam cæptam deserere non potest. d. l. 41. Hodiernis moribus referri huc possunt diè Rentmeister/ Cammermeister/ Steurs Buchhalter/ Steurs Cassier/ Steurs Einnehmer/ und andere Rent Cammer Bediente. Hoppins ad d. §. 1.*

Tertia causa excusans est absentia Reipublicæ gratiâ: qui enim abest Reipublicæ causâ (quid sit ita abesse, videbis, ubi videris *l. 32. 35. 36. & 38. ff. ex quibus causis majores &c.*) vel propediem abfuturus est, à tutelâ, curâve excusatur, quia privata utilitas pupilli meritò cedit favori Reipublicæ. *§. 2. l. h. t. l. 41. §. 2. ff. cod. et. Cod. si tutor vel curator Reipublica causa aberit.* Interim pupillo curator datur. *d. §. 2. non tutor: quia tutorem habenti tutor non datur. §. 5. ff. de curat.* Obstare videntur textus in *l. 12. ff. tutelis. l. 5. §. 10. ff. de suspectis tut. & l. 9. princ. ff. de tutela & rat. distrab.* ubi Ulpianus dicit, in locum tutoris, Reipublicæ causâ absentis, alium tutorem peti posse: & Paulus supponit, dari posse. *Schoanus ad h. t. respondet, in memoratis locis per tutorem intelligi curatorem.* Quæ tamen interpretatio difficilis videtur *Hauwoldo d. cap. 4. contr. §. n. 273.* undè hic cum *Bechmann ad d. l. 3. §. 10. & Brunnemann ad d. t. Cod. si tutor vel curator Reipublica causa aberit. n. ult.* respondet, esto regulariter in locum absentis Reipublicæ causâ curator detur, interdum tamen etiam tutorem dari. puta, si tutor absens vel abfuturus sic desideraverit, intelligens fortè, id magis profuturum pupillo; cum dentur quidam actus, interventum tutoris necessariò exigentes, v. g. aditio hæreditatis. *l. 17. §. 1. ff. de appellat.* Aliter respondet *Braun ff. h. t. Tb. 10.* Pace meâ poteris cum hoc, vel illis respondere: in praxi enim hæc res utilitate vacua est, cum hodie tutorum & curatorum nomina confusa dicantur. Quòd si absens revertatur, antiquam tutelam protinùs recipit, neque gaudet annuis feriis. *d. §. 2. & l. 10. §. 2. ff. h. t.* vocatus tamen ad tutelam novam habet vacationem annuam, hoc est, non tenetur tutelam delatam suscipere, nisi post annum, à die reditùs computandum. *d. §. 2. d. l. 10. princ. l. 4. ff. de vacat. & excusat. mun. Brunnemann d. loco n. 2. Hahn ad Wesenbec. ff. h. t. n. 3. in verb. absentia.*

Quarta causa excusans est potestas. Qui enim potestatem seu Magistratum gerit, fortè, quòd sit consul, prætor, aut Duumvir, excusatur à tutelâ

fisci.



suscipiendâ : susceptam tamen deserere non potest. §. 3. l. b. r. l. 6. §. 16. ff. cod.

Objicies textum in l. 15. §. 3. ff. d. r. ubi is, qui tutor fuit liberorum plebejorum, senator factus continuo à sollicitudine & tutelâ absolvi dicitur. Ergo à fortiori, si jam tutor consul aut prætor fiat, à tutelâ liberabitur. Neg. conseq. à mutatione ordinis non licet argumentum ducere ad dignitatem & magistratum, qui alicui accedit. Esto igitur quis ex ordine plebeio (erant enim in Reipublicâ Romanâ 3. ordines, senatorius, equestris, & plebeius) tutelam liberorum sui ordinis gerens, & ex post facto in ordinem senatorium cooptatus, à tutelâ liberatus fuerit. d. l. 15. §. 3. exinde tamen non bene inferitur : ergo etiam, si jam tutor consul aut prætor fiat, à tutelâ sollicitudine liberabitur. *Ludovell. add. §. 3. l. b. r. in verb. sed susceptam &c.* Neque responsioni huic obstat §. 2. d. l. 15. ubi Senator eorum quodque, qui inferioris sunt ordinis, quàm Senatorii, tutor esse dicitur, adeoque ordo Senatorius superveniens tantò minus à sollicitudine eximet, quia res non venit in eum statum, à quo incipere non potest.

Nam respondet *Bachovius add. §. 3. in verb. susceptam deserere non possunt.* græcum textum ita habere, quòd senator tutor dari possit liberis senatorum inferioris ordinis, consequenter senatores non cum plebeis, sed cum aliis senatoribus diserto conferri.

Quinta causa excusans est lis cum pupillo. nam si tutor cum pupillo, vel curator cum adulto litem habeat, excusatur, si modò lis bona omnia, vel majorem partem, vel hereditatem aliquam concernat. §. 4. l. b. r. l. 20. l. 21. *prins. ff. cod.* Amor proprius enim non patitur, ut pupilli causam suscipiamus, nostram mittamus, sed potius periculum erat, nè tutor documenta ac instrumenta interverteret, & hoc modo pupillum probationibus suis exarmaret. Jure novissimo is, qui litem cum pupillo habet, ad tutelam vel curatellam ne quidem admittitur, ut *suprà tit. 13. §. 5. n. 6. pag. 230.* diximus.

Sexta causa excusans est numerus tutelarum. Si quis enim tres tutelâs vel curas, omnes diversi patrimonii, ac non affectatè susceptas, eodem tempore administret, vocatus ad quartam excusatur. §. 5. l. b. r. l. 2. §. ult. ff. *codem. l. ult. Cod. qui numero tutelarum &c.* Nec immeritò idcirco enim erat, negotiis alienis ita immergi tutorem, ut propria cogatur negligere: pupillis quoque ipsis consultum non foret, tutorem tot tutelâs distringi; nam pluribus intentus, minor est ad singula sensus. Plura itaque concurrant, necesse est, ut numerus tutelarum excusationem præbeat. r. requiritur, ut omnes tutelâs quis administret: quod tamen non ita exaudiendum, quasi necesse sit, ut tres tutelâs in specie sic dictas administret: Nam si ve tres tutelâs, si ve duas tutelâs & unam curatellam, si ve duas curatellas, & unam tutelam administret, excusationem habet. d. §. 5. & d. l. 2. §. ult. Quia non præcisè numerus tutelarum, sed gravitas oneris spectatur, & difficultas conscientiarum, reddendarumque ratio-

num l. 31. §. ult. in f. ff. h. r. Quæ in omnibus memoratis casibus occurrit. Planè quandoque unica tutela ad excusationem prodest, puta, si tam ampla, tamque diffusa sit & negotiosa (in quâ re ad prudentis iudicis arbitrium recurrendum. arg. l. 1. §. ult. ff. de jure deliberandi) ut pluribus æquivalet. d. l. 31. §. ult. Econtrâ quandoque nè tres quidem ad excusationem profunt, puta, si parum oneris complectantur, vel quia una ex iis valdè modici patrimonii est, vel quia jam propè finem est, pupillo fortè jam annum 14. agente, aut tempore, ad quod tutor datus est, ferè jam elapso. l. 15. §. 15. l. 17. princ. ff. h. r. 2. Requiritur, ut omnes diversi sint patrimonii; nam unicum patrimonium, licèt plurium pupillorum, unicam etiam tutelam fundat. l. 3. ff. h. r. Hinc si tres sint fratres consortes, hoc est, indivisum patrimonium habeant, censeatur una tutela. Si tres dissortes, tres sunt tutelæ. d. l. 3. & d. l. 31. §. ult. 3. Requiritur, ut non sint affectatè susceptæ. d. l. 15. §. 15. Nam juxta d. §. 5. f. d. l. 3. & 5. ff. h. r. tertia onera tutelarum profunt ad excusationem. Atqui tutelæ, studio & diligentia quæ sitæ, onerum numero non continentur, quis enim onus ambiat? ergò &c. 4. Requiritur, ut eodem tempore administrarentur: qui enim non administrat, vel non amplius administrat, excusationem non habet, cum tutela, ab administratione libera, onus non afferat. Hinc non possunt se excusare Magistratus, fidejussores tutorum, tutores honorarii. d. l. 15. §. 9. ff. h. r. Esto hi teneantur ad inspectionem actuum, à tutore onerario gestorum. l. 3. §. 2. ff. de administr. & peric. tut.

Dices: tutor ad administrandum datus computat periculum neglectæ administrationis in numerum trium tutelarum. d. l. 31. in f. pr. ff. h. r. & l. 60. ff. de R. N. ergo etiam, qui tantum fidejussit pro tutore, qui tutorem dedit, qui solo honore tutor est, computabit periculum (nam etiam hæ personæ in subsidium tenentur) in numerum trium tutelarum. ꝑ. neg. conseq. ratio disparitatis est, quia, qui cessat in administratione, cum deberet administrare, tenetur principaliter & suo nomine, perinde ac si administrasset: econtra reliqui, ut fidejussores tutelæ, Magistratus municipales, tutores honorarii non tenentur principaliter, sed tantum in subsidium: non propter suam, sed ob alterius personam.

Septima causa excusans est professio liberalium artium; nam grammatici (per quos non intelligimus grammaticas sive magistellos illos abecedarios, qui pueros primis tantum literis imbuunt. l. 11. §. ult. ff. de mun. & honor. l. 2. §. ult. ff. de vacat. & excusat. mun. Sed Professores, qui interpretandis auctoribus v. g. Homero, Virgilio &c. operam impendunt, & aliàs Ludimagistris opponuntur. l. 1. §. 6. ff. de extraord. cog. Hoppius ad §. 15. l. h. r.) Sophistæ, Rhetores, Medici, uti à muneribus reliquis, sic etiam à tutelâ & curatelâ excusationem habent. d. §. 15. l. 6. §. 1. ff. eodem. Similiter habent & Philosophi, qui publicè juvenibus profunt. d. l. 6. §. 5. Non illi, qui falsè nomen Philosophi ementuntur, ac præter pallium & barbam, nihil Philosophi habent, ut ait Harp. ad

d. §. 15. n. 9. **Contra** ejusmodi immunitate carent Doctores legum, exceptis illis, qui Romæ docent. d. l. 6. §. 12. ff. h. t. Poëtæ. l. 3. Cod. de Professoribus & medicis. Calculatores sive qui docent artem numerandi. l. 4. Cod. eod. Geometræ. l. 22. princ. ff. h. t. Mulici. l. 4. Cod. de excusat manuum. & ibi Gothofredus. lit. O. venatores. l. 6. Cod. d. t. Hodie teste Hoppio in usu moderno d. §. 15. pag. m. 231. Vacationem à tutelâ & curatelâ habent omnes Professores, cujuscunque sint facultatis, sive in Universitatibus publicè profiteantur, sive in Gymnasiis privatis, sive ordinarii sint, sive extraordinarii, cum pro omnibus eadem militet ratio, scilicet quòd bonis literis juventutem instituant. l. 6. Cod. de Professoribus & medicis.

**11** Octava causa excusans est paupertas: qui enim egestate ita premitur, ut oneri tutelæ sit impar, ut vix sibi necessaria quærere valeat (cujus probatio incumbit alleganti, quoniam nec divitiæ, nec paupertas præsumuntur. Menoch. de presump. lib. 6. presump. 25. n. 14.) à tutelâ, curatelâve excusatur. §. 6. h. t. l. 7. l. 40. §. 1. ff. eod.

**12** Nona causa excusans est ægrotudo: nam qui cum morbis ita luctantur, ut nè suis quidem rebus præesse possint, excusationem habent à tutelâ & curatelâ, tum susceptâ, tum suscipiendâ. §. 7. F. l. 10. §. ult. in f. l. 11. l. pen. §. ult. ff. h. t. l. un. Cod. qui morbo. In horum censum pertinent epileptici, paralytici, hydropici, phrenetici, podagrici, febricitantes, tabescentes, aut alio simili vehementiore morbo detenti, in quâ re rursus prudentis judicis arbitrium subintrat. Haunold. d. contr. 6. n. 277. Planè si quis ita ægrotus fuerit, ut oporteat eum non omnino dimitti à tutelâ, in locum ejus curator interim dabitur. Restituto autem restituetur tutela. d. l. 10. §. ult.

**13** Decima causa excusans est imperitia litterarum, conjuncta cum stupiditate, excludente Sagacitatem rei familiaris, qualis sæpè reperitur in rusticis. Qui igitur nec scribere, nec legere sciunt, ac expertes sunt negotiorum, à tutelâ, curatelâve excusantur. §. 8. F. l. 6. §. ult. ff. h. t. Confer. Haunold d. loc. n. 278. Boehmann ad d. l. 6. §. ult. exercit. 6. num. 35. pag. m. 146. Hopp. ad d. §. 8. p. m. 224.

**14** Undecima causa excusans sunt inimicitia: quod duplicem sensum recipit: primò si quis ob inimicitias testamento tutor sit datus. §. 9. l. h. t. l. 6. §. 17. ff. eod. videlicet, ut tutor negotiis implicetur, ac occasione tutelæ trahatur in discrimen. Tutela siquidem deferri debet ex affectu ergo pupillum, non ex odio erga tutorem. Secundò si capitales inimicitia post conditum testamentum, aut etiam alias cum patre pupilli vel aduli exercitæ sint, nec reconciliatio intervenit. §. 11. l. h. t. quo casu similiter excusatio datur; non quidem idèò, quòd non teneamur benefacere homini inimico, malè de nobis merito, aut liberis ejus: hoc enim ab ore, more, & amore Christiano procul sit ac alienum; sed ut partim consulatur pupillo, cui non minùs ac patri tutor inimicus malè velle

ereditur, partim ut prospiciatur ipsi tutori, qui hoc obtentu finistram suspitionem vitare, & vi h. 3. §. 12. ff. de suspectis int. imminentem remotionem anteverere possit. *Hoppius & Vinnius ad d. §. 11.*

Duodecima causa excusans est minor ætas. Nam qui nondum complet 15 vit annum 25. excusatur, si ad tutelam vocetur. §. 13. l. h. r. sed de hoc superius tum titulo 13. §. 5. n. 6. pag. 228. tum present. tit. §. 2. n. 2.

Decima tertia causa excusans est militia. Nam miles, actu in militiâ existens, si tutor detur, excusationem habet; imò licet velit esse tutor, à gestione tamen arceatur, nè obtentu negotiorum pupillarum avocetur à militiâ & signis victricibus, cum dispendio causæ publicæ. §. 14. l. h. r. l. 4. Cod. qui dari tutores vel curatores possunt.

Dixi: Miles, actum in militiâ existens: quid juris sit circa veteranos, sive illos, qui honestè militiâ dimissi & Sacramento soluti sunt, perhibet Modestinus in l. 8. ff. h. r. nimirum veterani vacant à tutelis paganorum, & à tutelis nepotum conveterani perpetuo: à unâ tutelâ filiorum conveterani non vacant post annum missionis, intra annum vacant: à pluribus eodem tempore vacant etiam post annum. una ergo tutela eos excusat; cum in paganis tres exigantur. Sed sicut in paganis præteritæ, aut fini proximæ non excusant, ita veterano quoque tutela jam finita, aut fini proxima nihil prodest ad excusationem secundæ. Eodem exemplo non excusatur veteranus à secundâ, si hæc diu duratura non est. Conveterani autem verbo non tantum commilito continetur, qui in eadem legione militavit, sed & veteranus quilibet; ut qui militavit inter legionarios, non excusatur à tutelâ vel curâ filiorum ejus, qui militavit inter vigiles. Conveterani igitur & commilitones sunt, quamvis in diversis numeris militaverint: una enim eademque Respublica est, pro quâ militârunt. Veteranorum jure in hæc parte etiam utuntur, qui expletis in militiâ 20. annis honestè dimissi sunt: qui verò intra hos annos dimissus est, non habet continuam tutelorum immunitatem, sed ad tempus solum: & quidem qui intra quinquennium, hoc est, quinquennio nondum exacto, militiâ solutus est, nullo tempore vacat: qui post quinquennium, intra octennium, anno tantum vacat: post octennium intra 12. annos, biennio: post duodecim, intrâ sedecim, triennio: post sedecim, intrâ viginti, quadriennio: qui post vicennium dimissus est, habet, ut dictum, perpetuam immunitatem. Porro & primipilares, seu primi pili centuriones, omnium tutelarum vacationem habent. unam tamen tutelam filiorum primipilaris tenentur suscipere, sed demum annum depositi primipilatûs. Contra ignominiosæ, seu ob delictum militiâ non immunitatem non habent.

Moribus hodiernis an isthæc etiam obtineant in nostris militibus, non pauci sunt, qui dubitant, imò ferè negant, partim quia milites nostri temporis non eodem ritu eliguntur & recipiuntur, quo olim, partim quia etiam in aliis multum differunt ab illis, qui Romanis olim militârunt.

Verùm eùm ratio juris, pro militibus introducti, non sit ad formam receptionis referenda, *Zesius ff. de testamento militis n. ult.* ac præterea hodie adhuc duret causa excusationis militum à tutelâ, functio nimirum & virtus militaris, nec non defensio patriæ, non videt *Hoppius in usu moderno d. §. 14.* cur non idem de nostris militibus sit dicendum; idque sive in procinctu stent, sive in præsidiis degant, cum & hi defendant patriam, & signis jugiter inhærere teneantur.

Decima quarta causa excusans est ætas, annorum pondere gravata, puta septuagenaria. §. 13. *J. l. 2. princ. ff. b. r. l. n. Cod. qui atate.* Quod ita constitutum vel favore & reverentiâ senii, cui debetur quies, vel quia senex, tanquàm bis puer, vix rebus suis commodè præesse potest, vel denique quia morbus excusat à tutelâ, *l. n. Cod. qui morbo.* Ergò etiam senectus, ut quæ ipsa est morbus.

17 Objicitur 1. à *Struvio in Syntag. Jur. civil. exercit. ad pand. 31. th. § 6. lex 8. princ. ff. de vacat. et excusat. mun.* Ubi ait *JC. Papinianus: in honoribus delatis neque major annuum septuaginta, neque pater numero quinque liberorum excusatur.* Sed respondetur ab eodem *Struvio in evolv. contr. d. th. § 6.* agi ibi de muneribus, quæ ferè solo animo expediuntur. Cum igitur tutoris administratio cum aliquâ etiam corporis molestiâ sit conjuncta, meritò is, qui ultrà 70. annos est, excusatur.

Objicitur 2. *Lex. ult. Cod. qui atate vel professione se excusant.* ubi Imperatores *Diocletianus & Maximianus* rescribunt, manifesti juris esse, quòd majores 55. annis inviti ad munera personalia vocari nequeant. Ergò nec vocari possunt ad tutelam, ut quæ etiam munus est personale.

¶ 1. Cum *Perez. in Cod. d. t. n. I.* Injuriâ typographi, rescripti hujus seriem inversam & mendosam esse, ac loco 55. legendum 70. quod ipsum etiam *Cujacius* ex manuscriptis exemplaribus se annotasse scribit, & confirmatur ex verbis statim sequentibus, *cùm itaque septuagenario majorem se esse profiteris.* cujus septuagenarii mentione opus sanè non fuisset, si manifesti juris erat 55. annis majores ad personalia munera vocari non posse. ¶ 2. *d. legem ult.* accipiendam esse de illis muneribus personalibus, quæ cum dignitate sunt conjuncta, vel de muneribus merè personalibus, quæ potissimum operâ & labore corporis expediuntur. Ita *Brunnemann. add. l. ult. n. ult. Bachov. in Treutl. vol. 2. disp. 9. th. 2. lit. C. pag. m. 235. Joannes Hanedæsius exercitationum Imperialium 7. q. 9. pag. m. 138.*

18 Decima quinta causa excusans non quidem à tutelâ, sed curatelâ est onus tutelæ priùs gestæ: qui enim tutelam alicujus gessit, invitus curator ejusdem fieri non compellitur. §. 18. *l. b. t.* Confer ea quæ *suprà tit. 22. §. un. num. 3.* Scripsimus.

19 Decima sexta & ultima causa excusans, est rursus non communis, sed ma-

Ati propria, est maritalis potestas, quâ maritus se excusat à curâ uxoris suæ, licet se administrationi jam semel immiscuerit. §. 19. *I. h. t. l. 4. Cod. eod. l. 2. Cod. qui dare tutores &c.* Quod intelligendum respectu bonorum receptitorum, quæ videlicet mulier, cum dotem daret, sibi retinuit, nec ad virum transire passa est. *l. 9. §. ult. ff. de jure dotium.* Non respectu bonorum dotalium aut paraphernalium, cum maritus illorum jam tum Dominus sit. *princ. l. quibus alienare licet, vel non.* Et horum administratio eidem ipso jure competat. *l. ult. Cod. de pactis conventis tam super dote &c.* Rationem hujus improprie excusationis ait *Hoppius ad d. §. 19.* esse, nè maritus ejusmodi bona receptitia male admistraret, rationum reddendarum propter imperium maritale securus, nec suspecti infamiam propter honorem matrimonii metuens. Porro esto hæc ratione maritus nequeat esse curator uxoris suæ, procurator tamen illius esse potest, etiam sine mandato. *l. 21. Cod. de procuratoribus.* Rationem differentie reddit *Harp. ad d. §. 19. n. ult.* quia procurator revocari potest, quotiescumque Dominus, qui ipsum constituit, voluerit. §. 9. *l. de mandato.* Curator autem demum esse desinit, postquam minor factus est major. Quodsi antè removeatur, id fieri non potest sine suspitione doli aut culpæ. §. 6. *l. de suspectis tut.* Quæ inter conjuges locum habere non debet, adèoque ob reverentiam conjugii verecundiùs agi cum marito oportet. *l. 2. l. 3. §. 2. ff. de act. rerum amot.* Consuetudine & moribus ut aliarum gentium, ita etiam Germaniæ nostræ bona receptitia cum paraphernalibus in tantum confundi, ut tam illis, quam istis maritus curator detur, nec alio curatore opus sit, testantur *Harp. d. loc. n. 8. & Brunneemann. ad d. l. 4. Cod. h. t. n. ult.*

Causa efficiens proxima excusationis est excusans. Ubi occurrit regula generalis, quod excusare se possit omnis tutor, sive sit testamentarius, sive legitimus, sive dativus. §. 16. *l. l. 2. §. 5. l. 13. princ. l. 16. in f. ff. h. t.* Testamentarius autem se excusans amittit legatum, eidem in testamento ideo adscriptum, ut onus tutelæ in se susciperet. *l. 32. ff. eod. & nov. 1. cap. 1. in princ. Han-nold. d. contr. 6. n. 284. in f.* Sunt qui in diversum abeant, ac existiment, tutorem legitimum ad excusationem non admittendum, quos inter post *Cuiacium Borcholt ad princ. l. h. t. Hotomannus, Heigius, Giphanius ad d. §. 16. eod.* Sed his reclamant plura juris loca, puta, textus in *l. 1. & 4. Cod. de legitimâ tut. l. 3. §. 8. ff. de legit. tutor. l. 9. Cod. qui dare tutores. nov. 118. c. 5.* Quæ jura satis arguunt, etiam tutore legitimo excusationem proficere. *Hunn. 1. var. resolut 4. q. 26. Ungepaur exerc. 7. 4. q. 13. Hanedæfius d. exerc. 7. q. 11.* ubi etiam contrariis argumentis satisfaciunt.

## §. IV.

**O**bjectum excusationis est tutela vel cura, quam quis deprecatur: neque enim tutela suscepta tantum, sed etiam suscipienda.

## §. V.

**22** Forma excusationis desumitur à requisitis, quæ s. Primum est, ut allegetur justa causa. Alterum, ut allegatio fiat debito modo. Tertium, ut congruo loco. Quartum, ut coram competente iudice. Quintum denique, ut **23** debito tempore. De justis causis dictum est §. 3. Modus allegandi est sequens. Is, qui se vult excusare à tutelâ vel curatelâ, si tantum unam excusationis causam habeat, illam solam coram competente iudice proponit. Si plures, omnibus uti potest, adeò, ut si una allegata, & non probata sive recepta sit, ad alias intrâ tempus legitimum decurrere valeat. *d. §. 16. in princ. d. h. t. l. 21. §. 1. ff. h. t.* Nemo enim pluribus exceptionibus, quibus excusationes assimilantur, uti prohibetur, quamvis illæ diversæ sint. *l. 8. ff. de except. l. 43. prin. ff. de R. L. cap. 20. eod. in 6.* Quoniam exceptiones omnes ex æquo & bono, ac vitandi damni ergò sunt introductæ. *arg. l. 12. ff. de doli mali & metus exceptione. l. 66. ff. de R. I. Harpp. ad d. §. 16. n. 3.* Causam vel causas excusationis propositas iudex cognoscit. Inventas illegitimas statim repudiat. Repertis legitimis, in veritatem earum inquirit; quâ probatâ pronunciat tutorem à tutelâ liberum: probatione autem deficiente, rejicit excusationem, & pronunciat, tutorem manere; cui, si se hâc sententiâ gravatum existimet, provocationis auxilium adhuc est reliquum. *l. 16. Cod. h. t.*

**24** Controvertitur, an non tutor vel curator statim à ipsâ nominatione, creatione, datione, seu delatione tutelæ, vel curatelæ, si velit, appellare possit? Possit, adeoque in arbitrio tutoris esse, vel coram eodem magistratu, qui nominavit, excusationem proponere, & demùm à sententiâ rejectionis appellare: vel protinùs à ipsâ nominatione seu creatione appellare, tenent *Harpp. ad. d. §. 16. n. 4. Bachon. ibid. pag. m. 189. Ludovell. ibid. n. 2. Ungespaur d. exercit. 4. q. 15. Eckelt. ff. h. t. §. 4. Bechmann, ad l. 13. ff. eod. exercit. 6. n. 37. Habm ad Wesenbes. ff. h. t. n. 4. in verb. ut à creatione tutor non appellet. Treutl. vol. 2. disp. 9. th. 1. lit. B. Begerus Class. 1. disp. 14. th. 100. & seq. Sirv. exercit. 31. th. 59. & in evolus. contr. ibid. Clariff. D. Doct. Braun, p. m. ff. h. t. th. 58.* & alii à his relati.

Fundamenta horum sunt ferè hæc: 1. in variis juris-romani locis licentiâ ista legitur tutori data, nominatim in *l. 60. §. ult. ff. de ritu nupt. l. 4. ff. h. t. l. 17. §. m. ff. de appellat.* ubi dicitur, tutorem datum, vocatum, appellâsse. Neque dici poterit: appellâsse propositâ antea & rejectâ illius excusatione. Præterquam enim, quòd nullibi dicatur, tutorem à sententiâ provocâsse, interpretationem istam repudiant textus alii, ut in *l. 28. ff. de tut. & curat. datis*, ubi tutor appellavit, allegatâ simul causâ appellationis & excusationis: ergò antè appellationem, eam causam allegare, necessè non fuit. Ut in *l. 20. ff. de administr. & peric. tuc.* ubi hæc duc inter se quasi opponuntur, tutoris appellationem injustam pronunciatam, & ejus excusationem non fuisse receptam. ut in

l. 39. §. 6. ff. eod. ubi Papinianus ait, tutorem provocasse non adversus sententiam, sed adversus ipsam creationem.

2. Quibus necessitas appellandi remissa est, iis, si velint, appellare est licitum. *arg. t. r. Cod. quando provocare non est necesse.* Atqui tutoribus, causam se excusandi habentibus, necessitas appellandi est remissa. l. 13. princ. ff. h. e. ibi: *scire oportet, quoniam neque dari tutores, neque testamentarii provocare necesse habent &c.* §. l. 18. Cod. eod. ibi: *Tutores nominatos appellationem interponere, necesse non habere, certissimi juris est.* Neque ferendum, ut dicatur, verba, *necesse non habere*, hunc sensum habere, quod non tantum necesse non habeant provocare, verum nè quidem possint. Hoc enim nil aliud foret, quam jus vitæ & necis in leges sibi arrogare, ac sensum, verbis legum planè contrarium, textibus affingere, ut, esto aperte obstant, insententiam tamen ita temerè respondentium obtorto velut collo per capillos trahantur.

3. Licet à curatione etiam eitrà appellationem se excusare. l. 16. princ. ff. h. t. ergo curator etiam potest appellare àb ipsâ curationis delatione.

4. Olim ad munus aliquod civile vocatus non tantum poterat, sed debebat mediante appellatione excusationibus suis uti. l. 1. §. 2. ff. quando appellandum sit. l. 1. princ. ff. de vacat. & excusat. mun. l. 4. l. 7. l. 11. Cod. de appellat. At qui inter hæc duo, licentiam nimirum & necessitatem appellandi, à Divo Marco sola necessitas fuit remissa in l. 1. §. 1. ff. quando appellandum sit. Licentia, verò nullibi adempta: ergo adhuc hodie eadem gaudebunt tutores. *arg. l. 27. Cod. de testamentis.*

5. Memorata Divi Marci constitutio emissâ est favore tutorum, nè videlicet hi (qui etiam absentes dari possunt. l. 5. ff. de tut. & curat. datis. l. 19. Cod. de administrat. tut.) omisâ appellatione, quæ brevissimo bidui aut tridui spatium coarctabatur. d. t. 1. §. 5. ff. quando appellandum sit. gravi & diuturno tutela onere implicarentur. Ergo non debet detorqueri in eorum odium, appellationem, si eâ uti velint, iisdem denegando.

Atque hæc sententia videtur mihi verior, quam altera, quæ sustinet, eos, quibus tutela delata est, non posse àb ipsâ statim delatione appellare, sed necessarium habere, se prius excusare, & si excusatio sententiâ iudicis rejecta fuerit, tunc demum àb hâc sententiâ appellare. Inter patronos hujus contrariæ opinionis numerantur Haunold. d. n. 284. Vinn. ad d. §. 16. n. 1. in verb. non appellant. Hopp. ibid. pag. m. 233. Hanedæf. d. exercit. 7. q. 10. Wesenbec. ff. h. t. n. 4. Zoësius. ff. ibid. n. pen. Perez in Cod. eod. n. 17. Hunn. var. resolut. lib. 1. tr. 4. q. 25. Thomas Schroër in Instit. tutorum & curat. p. 1. q. 34. n. 4. & 25. Qui objectiones faciunt ferè sequentes,

1. Obiiciunt §. 16. l. h. t. ubi ita Justinianus: *qui autem excusare se volunt, non appellant: Sed intra quinquaginta dies continuos, ex quo cognoverint, se esse tutores vel curatores datos, se excusare debent, cuiuscunque generis sint &c.*



Ergò non stat in arbitrio tutoris, utrùm appellare velit, nec *ne*, sed excusationem per viam simplicis querelæ proponere debet.

*¶* neg. consequentiam. Imperator enim in d. loco solum loquitur de illis, qui excusare se volunt, hoc est, exceptiones suas apud inferiorem competentem judicem proponere, ac illius sententiam expectare; quales Opus non habent, statim à nominatione appellare, sed intrâ 50. dies continuos, ex quo cognoverint, se esse tutores vel curatores datos, excusare se debent, ac sententiam expectare.

2. Obtendunt textum in l. 1. §. 1. ff. quando appellandum sit. ubi ita Ulpianus: *Si quis tutor datus fuerit, vel testamento, vel à quo alio, qui jus dandi habet: non oportet eum provocare: hoc enim D. Marcus effecit: Sed intra tempora præstituta excusationem allegandam habet, & si fuerit repulsa, sumps demùm appellare debet: ceterùm antè frustra appellatur.* *¶* verum hujus legis sensum hunc esse: si quis tutor datus fuerit vel testamento, vel à quo alio, qui jus dandi habet, non oportet eum, id est, non cogitur is, provocare: hoc enim D. Marcus effecit, contrâ anteriores constitutiones in d. l. 1. §. 2. ff. quando appellandum sit. l. 1. princ. ff. de vacat. & excusat. mun. l. 4. 7. & II. Cod. de appellat.

Planè si tutor excusationes suas velis judici proponere, intra tempora præstituta, videlicet 50. dies continuos, ex quo cognoveris, se esse tutorem datum, excusationem allegandam habet, id est, debet se excusare; quæ si repulsa fuerit, tunc demùm appellare debet. ceterùm antè frustra appellatur *ratione effectus*, non quasi causa non devoluatur, sed quòd appellatione illâ tutor nil ampliùs consequatur, quàm si rectâ coram magistratu, qui eum dederat, excusationum causas proposuisset, quippe quæ apud judicem appellationis omninò sunt deducenda. *Bechmann & Bachovius ubi supra.*

3. Sic argumentantur: non appellatur, nisi à sententiâ judicum. l. 1. princ. ff. de appellat. Atqui nullus tutorum sententiâ judicis datur: non legitimus aut testamentarius, ut qui à lege aut testatore datur. Non etiam Atilianus, qui sine aliâ causæ cognitione ut plurimum dari solet: quàmvis in tutore confirmando decretum Magistratûs interveniat, tutor tamen ita confirmatus non tam à judice, quàm testatore dari intelligitur, cujus iudicium Magistratus causâ cognitâ sequi jubetur. Ergò tutor statim à ipsâ datione appellare nequit. *¶* majorem tam falsam esse, quàm certum econtrâ & in confesso est, quòd à solâ nominatione ad munus civile appellare necessum sit. l. 2. 5. & 18. Cod. de decurionibus, & antè D. Marcum etiam à datione tutelæ appellari debuerit.

4. Prætexunt favorem pupilli, cujus interest, causam ipsius coram superiore iudice non protrahi, & interim res ejus non disperdi. *¶* Nullum hâc in re pupillorum favorem esse, constare ex eo, quòd, etiam si rectâ tutores excusationem proponant, illâ tamen rejectâ facultas appellandi ipsis competat, cujus usu itidem, & quidem magis causa protrahitur, quàm si statim appellatione factâ à decreto, in iudicia superiori res tota tractata fuisset.

3. Requiritur ad excusationem, ut proponatur debito loco, nempe ubi major Magistratus jus dicit, ubi pro tribunali sedet. *l. 13. §. 10. l. 25. ff. h. r.* 4. Requiritur, ut proponatur coram competente iudice. Est autem competens, qui tribunali præest, qui jurisdictione gaudet altioris ordinis, ut olim prætor Romæ, præses in provinciis; undè excluduntur Magistratus municipales, tribunalibus carentes, & iudices pedanei, qui solum de plano cognoscunt. *l. 3. 16. 18. & 23. Cod. h. r.* 5. Denique requiritur, ut proponatur debito tempore. Ubi refert, in eo loco, in quo datus est, vel intra centesimum lapidem, puta, centum milliaria (quæ olim lapidibus distinguebantur. *Hopp. ad §. 16. l. b. r. in verb. intrâ centesimum lapidem*) tutor habitet, an ultra centesimum lapidem, id est, centesimum milliare, habitet ab eo loco, in quo tutor creatus est. Si prius, ad proponendam excusationem 50. dies continuos habet, numerandos ex tempore scientiæ, sive ex eo, quod quis sciverit, tutelam sibi delatam esse. *d. §. 16. d. l. 13. §. 1. 2. & 9. ff. l. 6. Cod. eodem.* Si posterius, habet tot dies, quot necessarii sunt ad iter illud conficiendum, numeratis in unumquemque diem 20. milliariis, & insuper 30. dies: ita tamen, ut semper, qui longius abest, non minus habeat, quam 50. dies; nè alioquin deterioris conditionis sit ille, qui longius habitat, quam qui intrâ centesimum milliare, vel in ipsâ urbe est. *d. §. 16. & d. l. 13. §. 1. & 2. Bachou. ad d. §. 16. in verb. intrâ tempora constituta.* Tempora hæc si tutor vel curator datus elabi patiatur, neque intrâ illa excusationis suæ causas alleget, ad allegandas eas postea non admittetur, etiamsi iustissimæ fuerint, ac propterea tutor à iudice absolutus, & in locum ejus alius fortè datus fuerit. *d. l. 13. §. 5. & 8. & l. 11. Cod. h. r.* Nisi ob adversam tutoris valetudinem, tempestatem, incursum hostilem, aut aliam similem necessitatem eidem ignoscendum videatur. *d. l. 13. §. 7.* Ubi verò intrâ præfixa tempora tutor excusationum causas contestatus est, debet postmodum negotium intrâ 4. menses continuos (qui nimirum continuè, diebus feriatis & non feriatis currunt; Vide *Hopp. d. loc. in verb. dies continuos.*) à die nominationis (cognita, non facta) numerandos peragere & finire. *l. 38. ff. h. r.* Nisi morâ contradicentium impeditus fuerit. *l. 39. ff. cod.* Porrò quæ de eo, qui ultra 100. milliaria habitat, dicta sunt, præter cognitionem quarundam legum, hodie nullum habere videntur usum, cum de consuetudine & statutis locorum, teste *Hopp. ad d. §. 16. n. ult.* tutores & curatores non assumantur, nisi qui & domicilium, & jus civitatis cum pupillo vel adulto commune habent.

## §. VI.

**E**ffectus excusationis hujus alius est, si justa causa subsit, alius, si non subsit. Illa tribuit immunitatem à tutelâ. Hæc non tribuit: quæ enim falsis allegationibus excusationem tutelæ meruit, non liberatur onere tutelæ. *S. ult. l. h. r.*

T I T U L U S XXVI.

De suspectis Tutoribus vel Curatoribus.

S U M M A R I A.

1. *Definitur suspecti remotio.* 2. *Definitur ejusdem accusatio.* 3. *Qua legi 12. tabularum canabula sua refert in acceptis.* 4. *Patet hac accusatio cuius de populo.* 5. *Ita, ut etiam femina ad eam admittantur.* 6. *Item contutores, & remoti tutores.* 7. *Nec non minores, saltem cum consilio necessariorum.* 8. *Impuberes non etiam.* 9. *Nemine accusante Prator ipse suspectum repellit.* 10. *Accusari possunt curatores & tutores omnes, testamentarii, legitimi, & dativi.* 11. *Sed de jure romano non nisi coram Magistratu majore.* 12. *Adducuntur rationes sententia sustinentis, cognitionem suspecti esse jurisdictionis extr aordina-  
ria.* 13. *Proponuntur auctores & fundamenta sententia opposita, qua videtur verior.* 14. *Respondetur ad prioris rationes.* 15. *Ut accusatio suspecti rite de-  
ducatur in iudicium, probari etiam debet, quod tutor non ex fide tutelam ge-  
rat.* 16. *Qualis in genere censetur, qui dolo vel culpa lata administrat.* 17. *Recensentur speciales causa suspicionis.* 18. *Statuitur effectus accusationis sus-  
pecti.* 19. *Referuntur auctores tum affirmantes, tum negantes, tutorem  
ob culpam latam remotum fieri infamem.* 20. *Defenditur sententia negan-  
tium, & argumentis firmatur.* 21. *Eliduntur argumenta contraria.* 22. *Cessat accusatio suspecti, si causa suspicionis tutelam precesserit, aut tutela  
quomodocumq; finita fuerit.*

**T**ertium ac ultimū tutelæ & curatellæ commune est, quod tutores & curatores tanquā suspecti possint à tutelā vel curatellā removeri.

§. I.

- 1 **D**efinitur suspecti remotio, quod sit actus, quo tutor vel curator, tutelam, vel curam non ex fide administrans, ab officio removetur. Colligitur ex §. 5. *I. h. t.* Fit hæc remotio plerumque præviā accusatione suspecti, quæ

§. II.

- 2 **D**efinitur, quod sit actus, quo tutor vel curator, tutelam vel curatellam non ex fide administrans, eo fine apud Magistratum deferatur, ut ab officio removeatur.

§. III.

- 3 **C**ausa efficiens postulationis hujus est lex 12. tabularum, testibus Imperatore in *princ. l. & J* Cto Ulpiano in *l. 1. §. 2. f. h. t.* Ibi; *sciendum est, si-*  
*postul*

*Potest crimen* (Intellige, criminationem seu accusationem, non crimen formale) à lege 12. tabularum descendere.

## §. IV.

**S**ubjectum postulationis hujus duplex est, activum & passivum. Activum est is, qui tutorem, velut suspectum, accusat. Potest autem accusare quilibet de populo.

Sciendum enim, quasi publicam esse hanc accusationem, hoc est, omnibus patere. §. 3. l. d. l. 1. §. 6. l. 3. §. 1. inf. ff. h. r. Verè itaque non est publica, tum quia non vindicat injuriam Reipublicæ, sed privatam pupilli: tum quia in judicio hoc accusator se subscribere non tenetur, nec desistens ab accusatione incidit in senatusconsultum Turpillianum. l. 1. §. 11. ff. ad SC. Turpill. Exemplo privatorum delictorum. l. ult. ff. de privatis delictis.

Est tamen quasi publica, quia omnes ad eandem admittuntur, quemadmodum admittuntur ad accusationem verè publicam. §. 1. l. de publicis judiciis. Ideò autem admittuntur omnes, quia publicè interest, non negligi curam pupillorum aut minorennium, qui sunt seminarium omnium ordinum civitatis. Braun. ff. h. r. sh. 3.

Hinc etiam feminæ, (quibus alias non nisi certis ex causis permissum est, judicio publico quemquam reum facere. l. 1. 2. & 8. ff. de accusationibus, nè contrà pudicitiam, sexui congruentem, alienis causis sese immisceant, & virilibus officiis fungantur. l. 1. §. 5. ff. de postul. l. 2. ff. de R. 1.) tutorem postulare possunt tanquam suspectum; neque illæ tantum, quæ vinculo necessitudinis pupillo sunt nexæ, ut mater, avia, soror &c. Sed alia quoque, quæ verecundiam non egressæ, ob injuriam pupilli ad postulationem hanc decurrunt. d. §. 3. d. l. 1. §. pen. ff. l. 6. Cod. h. r.

Præterea non solum tutor contutorem, sive duret adhuc tutor, sive jam desierit ipse, contutor autem maneat tutor: sed etiam tutor jam remotus alios contutores suos suspectos postulare potest. l. 3. princ. ff. h. r. ut, quo modo tractatus est ipse, alios tractet, & pariter delicti parem pœnam esse procuret; si fortè communionem in malis desiderat. Harp. ad d. §. 3. n. ult.

Quinimò ipsi quoque minores, suos curatores arguere possunt suspectos, dummodò consilium necessariorum adhibeant. §. 4. l. 1. 7. princ. ff. d. l. 6. Cod. h. r. Alioquin enim foret periculum, nè lubrico ætatis ducti, ad accusationem temerè decurrerent. Quodsi propinqui recusent adesse adolescenti, potest hic judicis implorare officium, cui incumbet videre, nè quid detrimenti minor capiat. Mysing. Harp. Vinn. ad d. §. 4. inf.

Planè impuberes seu pupilli, quia nondum judicium habent decursu annorum firmatum, tutores suos non possunt arguere suspectos. d. d. textibus.

Accedit, quòd impuberes plerumque salutarem severitatem odio, perniciosam econtrà assentationem amore prosequantur; undè permittendum non erat, ut fictis sapè ab ipsis frivolis suspicionis causis innocens tutor temerè irritetur.

Porrò etiam sine accusatione Prætor ipse, si ex apertis ar-

gumentis sibi de suspecto constat, tutorem repellere potest: idque favore pupillorum accipiendum esse, Ulpianus testatur in *d. l. 3. §. 4. ff. h. t.*

- 10 Subjectum passivum postulationis hujus est is, qui suspectus postulatur. Postulari autem potest tutor & curator cujuscunque generis. Ergo imprimis tutor testamentarius. *§. 2. l. 1. §. 5. ff. l. 4. Cod. h. t.* Neque dicas: Fides & diligentia tutoris testamentarii à patre electa & approbata est. *princ. ff. de satisfactat. tut.* Quid enim tutum? nunquid fieri potest, ut qui primum bonæ vitæ vel frugi videbatur, postea malè conversari incipiat? *arg. l. 3. §. 3. ff. de admistr. & periculo tut.* Nunquid etiam fieri potest, ut morum improbitas, antea celata vel ignorata, tandem emergat? *arg. l. 8. ff. de confirmando tut.* Adeoque semel approbatus, postmodum reprobari valeat? *arg. l. 6. §. 6. ff. de excusat. l. 1. §. pen. ff. de mun. & honoribus. l. 2. Cod. de Professoribus & Medicis.*

Deinde etiam tanquam suspectus usurari potest tutor legitimus, esto patronus sit, aut is, qui necessitudine vel affinitate pupillo conjungitur, dummodo meminerimus, famæ harum personarum parcendum esse. *d. §. 2. l. d. l. 1. §. 5. ff. h. t.* Undè verbis moderatis proponenda postulatio *arg. l. 1. §. 1. ff. de dolo malo. & l. 5. §. 1. ff. de obsequiis parentibus & parovis prestandis.* aut potius id agendum, ut curator iisdem adjungatur. *l. 9. ff. h. t.*

De Atiliano tutore, maxime quæ inquisitione dato, minùs dubium est, quin tanquam suspectus accusari & removeri possit. De curatore quoque non tantum adolescentis, sed etiam furiosi vel prodigi, aut de eo, qui curam ventris, bonorumvè administrat, dubio caret, quòd hujus criminis metu non careat. *d. l. 3. §. 2. & 3. ff. h. t.*

## §. V.

- 11 **F**orma postulationis hujus stat in modo deducendi eam in judicium. Ut autem rectè deducatur in judicium, duo requiruntur. 1. Ut instituat<sup>r</sup> coram competente Magistratu, qualis de jure Romano non est, nisi major, & hujus mandatarii, uti olim Romæ Prætores, in provinciis Præsides. *§. 1. l. 1. §. 3. & 4. ff. h. t. l. 4. princ. ff. de officio ejus, cui mandata est jurisdictio. d. l. 1. §. 11. ff. ad Sc. Turpilianam.* Arque hoc satis exploratum est. Illud non etiam
- 12 An cognitio de suspectis tutoribus sit jurisdictionis ordinariæ, & jure magistratus competat, num potius jurisdictionis extraordinariæ seu specialis concessionis? sicut de ipsâ tutoris datione *supra tit. 20. hujus libri §. 2. num. 2.* diximus.

Et quidem primâ fronte videtur idem de cognitione suspecti dicendum, quod de datione tutoris dictum. 1. Quia eadem solent esse principia destructionis, quæ constitutionis. *l. 35. l. 153. ff. de R. I.* ergò cum jus constituendi seu dandi tutores, juxta à nobis cit. loc. probata, sit specialis concessionis, etiam jus removendi tutores specialis concessionis erit. 2. Quæcunque secundum

communis juris regulas mandari nequeunt, ea non sunt jurisdictionis ordinariæ, nec jure magistratûs competunt. *arg. l. 1. princ. ff. de officio ejus, cui mandata est jurisdictio.* Atqui cognitio de suspecto tutore non ex jure communi, sed ex privilegio ac singulari jure, in favorem pupillorum recepto, mandari potest, & mandata jurisdictione transit. *l. 4. princ. ff. eod.* Ubi Macer ita: *Cognitio de suspectis tutoribus mandari potest: immo etiam ex mandatâ generali jurisdictione, propter utilitatem pupillorum, eam contingere constitutum est in hac verba: Imperator Severus & Antoninus Bradua Proconsuli Africa. Cum propriam jurisdictionem legis tuis dederis: consequens est, ut etiam de suspectis tutoribus possint cognoscere.* Ergo cognitio de suspecto tutore non est jurisdictionis ordinariæ, nec jure magistratûs competit. 3. Quidquid à lege alicui specialiter, nominatum & expressè defertur, id non potest dici jurisdictionis ordinariæ. *per d. l. 1. princ. ff. de officio ejus, cui mandata &c. & l. 6. §. 2. ff. de testis.* Atqui cognitio de suspecto tutore, specialiter à lege & principis constitutione certis Magistratibus defertur. *d. §. 1. f. d. l. 1. §. 3. ff. h. t. d. l. 1. §. 11. ff. ad. SC. Turpillianum.* Ergo non est jurisdictionis ordinariæ. Atque istis rationibus moti sunt *Trenl. vol. 2. disp. 9. th. 3. lit. C. Hunn. lib. 1. var. resolut. tr. 4. q. 27. & ab eodem citati Ant. Goussanus ac Corafius.*

Veram me magis movent fundamenta sententiæ contrariæ, cui subscribunt *J. Vinn. & Major ad d. §. 1. l. h. t. Ludovell ibid. & exercit. Just. 3. th. 12. lit. D. Bachov. ad d. §. 1. l. h. t. & in Trenl. d. vol. 2. disp. 9. th. 3. lit. C. Bechmann ad d. l. 1. §. 4. ff. h. t. exercit. 6. n. 19. Halm ad Wesenbec. ff. eod. n. 4. Struv. in evolut. controvers. exercit. 4. th. 67. q. 2. Ungewant exercit. Just. 4. q. 16. Clariss. D. D. Braun. ff. h. t. th. 7.*

Nam 1. quæ mandari possunt, & vi mandatæ jurisdictionis transeunt in mandatarium, ea non dicuntur competere ex speciali legis, Senatûs consulti, vel Principis concessione, sed sunt ordinariæ jurisdictionis & jure magistratûs veniunt. *arg. d. l. 1. ff. de officio ejus, cui mandata &c.* Atqui jus cognoscendi de crimine suspecti mandari potest, & vi mandatæ jurisdictionis transit in mandatarium. *d. l. 4. princ. ff. d. t. d. l. 1. §. 4. ff. h. t. ergo &c.*

2. Ad hoc, ut aliquid dicatur esse specialis concessionis, debet speciali lege vel Senatûs consulto aut Principis constitutione delatum esse. *arg. d. l. 1. ff. de officio ejus, cui mandata &c.* Atqui cognitio de crimine suspecti nullibi legitur speciale lege, vel Senatûs consulto aut constitutione Principis Magistratibus delata, prout ampliùs ex resolutione rationum oppositæ sententiæ patebit, ergo &c.

Ad primam igitur contrariam rationem *R. I.* Vix ullam juris regulam tam firmam esse, quæ non pro circumstantiarum varietate aliquandò exceptionem patiatur. Certe illa, ex *d. l. 35. & l. 53. ff. de R. I.* defumpta, in proposito manifestè fallit. Magistratus enim municipales possunt tutores dare. *l. 3. l. 19. §. 1. ff. de tutoribus & curat. datis.* Datos removeere non etiam, per *d. l. 1.*

§. 11. ff. ad. SC. Turpill. ibi : *Suspecti tutoris accusatio pro tribunali tantum examinari potest* : Magistratus autem municipales carent tribunali, teste Cuiacio ad l. 71. ff. de R. I. n. 2. Sufficere, quod memorata regula impræsentiarum salvetur quoad genus, esto non quoad speciem : hoc est, jus dandi & removendi tutoris est jurisdictionis, illud autem extraordinariæ, hoc ordinariæ.

Ad 2. Rationem n. neg. minorem. Nam licet favor pupillorum (quorum interest, ut plures de suspecto possint cognoscere, nè perfidus tutor diutius in patrimonio pupilli grassetur) causa sit secundaria & minus principalis, quod mandatarius jurisdictionis possit de suspecto cognoscere ; causa proxima & principalis tamen est delegatio jurisdictionis, proût satis liquet ex verbis finalibus d. legis 4. ff. de offic. eius, cui mand. &c. ubi in rescripto Imperatorum Severi & Antonini nulla penitus fit mentio favoris pupillaris, sed causa, propter quam legati Proconsulis Africæ de suspecto cognoscere possunt, desumitur ab eo, quod proconsul illis jurisdictionem suam mandaverit.

Ad 3. n. 1. diff. majorem : quidquid alicui à lege specialiter defertur, hoc est, à speciali lege defertur, id non potest dici jurisdictionis ordinariæ, concedo, quidquid alicui à lege specialiter defertur, hoc est, à lege specialibus & certis personis defertur, id non potest dici jurisdictionis ordinariæ, nego majorem. Atqui cognitio de suspecto tutore specialiter à lege & Principis constitutione certis magistratibus defertur, hoc est, speciali lege defertur, nego, hoc est, specialibus & certis Magistratibus defertur, concedo minorem, & nego consequentiam. Quam parum ostendi potest, cognitionem de crimine suspecti speciale lege vel Senatûs consulto aut constitutione Principis Magistratibus delatam esse, tam parum officit, quod jus cognoscendi de suspectis tutoribus, certis duntaxat Magistratibus, eorumque mandatariis tributum sit.

Quamvis enim etiam iudicis dandi licentia certis Magistratibus data sit. l. 12. §. 1. ff. de iudiciis. facultas illa nihilominus competit jure magistratûs. l. 3. in f. ff. de jurisdictione.

n. 2. Ad textum in l. 1. §. 1. ff. ad SC. Turpill. ubi Marcianus ait, suspecti tutoris accusationem pro tribunali tantum examinari posse, & nullum alium de hujusmodi quæstione, quam præsidem, posse pronuciare. Respondeo, inquam, cognoscere & pronuciare intelligi, cum non suâ, sed Præsidis vice mandatarius fungatur. l. 16. ff. de Jurisdictione.

Voluit igitur J. C. Marcianus solummodo excludere Magistratos inferiores in municipiis & aliis civitatibus, qui pro tribunali, ubi hæc quæstio diæceptanda, non cognoscunt, licet jurisdictionem aliquam habeant. Vinn. ubi supra. in verb. legato Proconsulis.

Di xi tamen antea num. 11. qualis de jure romano non est, nisi major. Nam jure hodierno omnes magistratus etiam inferiores jurisdictionem & jus dandi tutores habentes, de hoc crimine cognoscunt, & suspectos tutores remouent ; testibus Zoëto ff. h. t. num. 2. in f. Eckels ibid. §. 1 in f. Hopp. in usu moderno ad §. 1. l. h. t.

2. Requiritur, ut doceatur, quod tutor vel curator non ex fide tutelam vel curatellam gerat, aut probabiliter credatur, non ex fide gesturus esse. §. 5. *I. h. r. l. 2. & 3. Cod. eodem, Bach. ad d. §. 5. in verb. sed & antequam incipiat.* Neque obstant verba Ulpiani in *l. 4. §. 4. ff. b. r.* Ibi: *qui nihil gesserunt, non possunt suspecti postulari.* Nam *u. cum Wissenbach. ad d. l. 2. Cod. b. r.* Textum procedere de iis, qui nihil gesserunt, cum non debuerint gerere, quia tantum erant tutores honorarii. Secus, si dolo, ignaviâ, contumaciâ, cunctati, sunt delatum tutelæ munus suscipere, adeoque nihil gesserunt, cum debuissent gerere; hi enim utique tanquam suspecti postulari possunt, *d. l. 2. Cod. b. r.* Ex moribus igitur, non ex patrimonio fides tutoris æstimatur: hinc licet egenus sit tutor, diligens tamen, removendus non est. §. ult. *I. h. r. l. 8. ff. cod.* Nisi fortè tantâ premeretur egestate, ut substantia pupilli periclitaretur; quo casu curator adjungendus esset. *l. 6. Cod. b. r.* Econtrâ quamvis tutor amplissimas facultates possideat, aut plenissimam satisfactionem offerat, removendus tamen est. *d. §. 5. & §. 12. l. b. t. l. 5. Cod. eodem.* Neque enim plenissima satisfactio malevolum animum emendat, sed exasperat potius, & satius est, intacta pupilli jura servari, quam post vulneratam causam remedium quærere. *l. ult. Cod. in quibus causis restit. in integr. necessaria non est. l. 1. Cod. quando liceat unicuique sine iudice se vindicare, vel publicam devotionem.*

Censentur autem in genere non ex fide administrare tutelam, qui dolo, vel culpâ latâ, id est, per segnitiam, rusticitatem, inertiam, simplicitatem, crassam & supinam ineptiam administrant. *l. 3. §. 18. ff. b. r.* Causæ suspicionis speciales aliæ expressæ sunt jure digestorum & codicis, aliæ jure Institutionum: Quoad illas videatur *l. 19. ff. de administr. & peric. tut. l. 3. §. 5. l. 2. l. 3. l. 6. & 17. ff. b. r. l. 2. Cod. de tu. vel curat, qui satis non dedit. l. ult. §. 1. Cod. arbitrium tutela.* Jure Institutionum continentur tres sequentes. 1. Si tutor copiam sui non faciat, ut pupillo alimenta decernantur. Quo casu Epistola Divorum Severi & Antonini pupillus in possessionem bonorum tutoris mittitur & quæ morâ deteriora futura, dato curatore distrahi jubentur. §. 9. *I. h. r. adde l. 3. §. 14. & l. 7. §. 2. & 3. ff. cod.* 2. Si tutor præsens per mendacium neget, tantum in pupilli bonis esse, ut inde alimenta ipsi decerni valeant. Tunc enim tutor, de mendacio convictus, non solum ut suspectus removetur, sed insuper remittitur ad Præfectum urbi, afficiendus eâ pœnâ, quæ solent affici, qui vel numis datis tutelam occuparunt, vel accepto præmio operam dederunt, ut non idoneus tutor alicui daretur. §. 10. *I. h. r. adde l. 1. §. 7. ff. de officio Præfecti urbi. & l. 3. §. 15. ff. b. r.* Ratio hujus remissionis facillè colligitur ex *d. l. 1. princ. ff. de offic. præfecti urbi & l. ult. ff. de in jus vocando.* Eadem pœna obtinet in liberto, fraudulenter in patroni liberorum tutelâ versante. §. 11. *I. h. r.* 3. Si tutor datâ pecuniâ tutelam redemerit. *d. §. 10.* Cum enim nemo prudens pecuniâ det, ut sibi omnis accersat, censetur hæc redemptio eò tendere, ut

tutor



tutor ex tutelâ iniustum lucrum sibi paret , intervertendo res pupillares , & commoda illorum ad se trahendo.

## §. VI.

18 **E**ffectus postulationis hujus alius est, dum pendet, alius, postquam finita. Effectus pendens est, quod operetur suspensionem officii, & in locum accusati tutoris, cui interim administratio interdicitur, alius surrogetur, qui medio tempore bonâ administrat. §. 7. *l. b. t. l. 7. Cod. eod. l. 14. §. 1. in f. ff. de solut.* tamen si enim pendente lite regulariter nihil sit innovandum. *c. 1. & ult. ut lite pendente &c.* favor pupilli tamen efficit, ut à communi illâ juris regulâ hoc in passu recederetur. confer *Vinn & Hopp. ad d. §. 7. & Brunne mann ad d. l. 7. Cod. h. t. n. 3.*

Effectus accusationis finitæ est remotio suspecti, quæ quandôque infamiam irrogat, quandôque verò existimationem relinquit intactam. Infamiam irrogat, si ob dolum, in administratione admissum, & à judice in decreto, hoc v. g. modo: *Weil getugsam dargethan / das N. N. befrüglich / und seinem Pupillo zu Schaden / ihm aber selbst zum Vortheil die Vormundschaft verwalet etc.* expressum, facta sit. §. 6. *l. b. t. l. 4. §. 1. ff. eodem.*

Existimationem relinquit illâsam, si ob culpam, aut dolum quidem, sed à judice in decreto non significatum, puta, hoc modo: *Weil getugsam erwisen / das Beklagter ein und anders dem Pupillo zu Schaden versehen und zu der Administration nicht capable &c.* contigerit. *d. §. 6. l. d. l. 4. §. 2. & ibi Brunne mann n. 4. & 5. ff. h. t.*

19 Controversia superest, an tutor, sicut ob dolum, ita etiam ob culpam latam, Decreto expressam, remotus, fiat infamis? Affirmant ex Theologis *Hammold de F. & F. tom. 1. tr. 4. cap. 4. contr. 5. q. 8. n. 266.* ubi hanc communem vocat sententiam. Ex Jureperitis *Bach. Vinn. ad §. 6. l. b. t. Wessenbach. disp. ad Inst. 8. th. 37. Bocerus p. 1. Classe 1. disp. 14. Treuil. vol. 2. disp. 9. th. 4. Lit. G. Hunn. 1. var. resolut. tr. 4. q. ult. Brunne mann in repetit. par. atis. Wesenbach. ff. h. t. q. 11. & ad l. ult. Cod. eod. n. 2.* ubi tamen contrariam fatetur æquioram, & fortè in judicando sequendam. *Zoësius ff. h. t. n. 9. Perez in Cod. eod. num. 5. & alii àb his citati.*

Negant ex Theologis *Molina de F. & F. tom. 1. tr. 2. disp. 225. n. ult. ex nostris Maier, Hoppins, Franzkins, Harp. Ludovuel ad d. §. 6. l. h. t. & hic etiam exercit. ad inst. 3. th. ult. lit. H. Clariff. D. D. Klingensperger Inst. h. t. q. 6. Handedius exercit. Imper. 7. q. 14. Arumans exercit. 3. th. ult. Lawterbach ff. de his, qui not. infamiâ. §. 8. Ungepaar exercitio 4. q. 17. Beckmann ad l. 3. §. 18. ff. h. t. exercit. 6. n. 23. Eckold. ff. cod. §. 4. Struv. exercit. ad pand. 31. th. 55. Clariff. D. D. Bráun p. m. ff. h. t. th. 27. & plures alii.*

20 Posteriores videntur nobis potiores prioribus, cum quibus proindè, quòd tutor ob culpam latam remotus non fiat infamis, probamus 1. per textus cau-

sz nostræ favorabiles in *c. odia*. 15. & *c. 49. de R. l. in c. l. 56. ff. cod. l. 18. & 19. ff. de h. l. 32. inf. l. pen. ff. de panis.* in quibus locis odia jubentur restringi, in dubio benignior interpretatio præferri, & legum pænæ interpretatione molliri: atqui pæna infamiæ est odiosa, benignior interpretatio est, si per culpam, in §. 6. *l. b. t.* absolutè positam, intelligatur culpa lata, & infamia tutoris est pæna legis: ergò debet restringi ad solum dolum, de eo solo interpretari, si- que legis pæna molliri.

Probamus 2. hoc modo: ubi lex non distinguit, ibi neque nos distingue- re debemus per *l. 8. ff. de publiciana in rem act. l. 1. §. 1. ff. de legat. præstandis &c.* & dicta de genere vel toto, censentur dicta de singulis speciebus & partibus. *arg. l. 68. princ. ff. de legat. 3. l. pen. §. ult. ff. de juris & facti ignorantia. l. 1. §. 2. ff. quæ in fraudem creditorum &c. l. ult. Cod. de hereditate vel act. vend.* Atqui Imperator Justinianus in *d. §. 6. l. h. t.* Simpliciter, indefinitè, generaliter at- que indistinctè culpam excipit, negando, ob illam tutorem remotum infamem fieri, ergò excipit etiam latam, neque vult, ob hanc remotum infamem fieri.

Probamus 3. per *l. ult. Cod. eod.* ubi Imperatores Diocletianus & Maxi- mianus manifestum esse dicunt, quòd tutores suspecti remoti tantum ex dolo infames fiant: Ergò ex culpâ latâ infames non fiunt, cum hæc passim distin- guatur à dolo. *l. 7. Cod. arbüt. int. l. 2. Cod. de in litem jurando. l. 1. Cod. de positi. l. 20. Cod. de negot. gestis.*

Probamus 4. in *l. 1. ff. de his, qui not. infamia*, certæ causæ inveniuntur expressæ; ex quibus infamia irrogatur, inter quas non numeratur remotio sus- pecti tutoris ob culpam latam. Ergò nec nos eam adnumerare debemus; cum in causis, ad honorem & existimationem alicujus spectantibus, temerè vagari non liceat. *l. 7. princ. ff. de injuriis.*

Probamus 5. tutor ob segnitiam, rusticitatem, inertiam, simplicitatem vel ineptiam remotus in hæc causâ est, ut integrâ existimatione à tutelâ abeat. *l. 3. §. 18. l. 4. princ. ff. h. t.* Ergò ob culpam latam remotus non fit infamis. Scio equidem, quòd *D. à Somering. p. no. in semicenturia controvers. illustrium. decade 3. contr. §. n. 6.* respondeat, quemvis videre, quòd segnitias, rusticitas, & simplicitas in memoratis legibus solum culpam levem, non latam denotet. Verum scio etiam, quid *Georgio Franzkio exercit. 3. q. 8.* de respon- sione hæc visum fuerit, ubi ait: segnitiam, rusticitatem, inertiam, sim- plicitatem de levi culpâ accipere velle, est distinctionem culpæ latæ ac levis aut ignorare, aut confundere. Adhæc si in *d. l. 3. §. 18.* per segnitiam intel- ligeretur culpa levis, JCur respondisset de eo, de quo nemo dubitat: nemo enim dubitat, quin ob culpam levem remotus non fiat infamis. Confer *Sernuv. exercit. ad Pand. 19. tb. 18.*

Obji. 1. appellatione culpæ sinè adjuncto, regulariter continetur dunta-2  
xat levis. §. 2. *l. quibus modis re contrah. obligatio. l. 5. §. 2. ff. commodati. l. 3. §. 1. ff.*

*manus, caupones, stabularii*, l. 13. §. ult. ff. de pig. act. l. 1. §. 35. ff. de positi. l. 4. §. ult. l. 5. §. 3. ff. l. 2. Cod. de in litem jurando. l. 23. ff. de R. l. Arqui in d. §. 6. l. h. r. fit appellatio culpæ sine adjuncto; ergo eadem duntaxat continetur levis, consequenter ob culpam latam remotus tutor fit infamis. Ad argumentum hoc, quod *Harp. ad d. §. 6. n. 12.* nullius hili & pili facit, n. memoratam regulam, majore comprehensam, toties fallere, quoties aliud suadet subjecta materia, ut hic; cum enim dubitari non poterat, levem culpam non infamare, eò quòd certum sit, & omnes admittant, culpam illam jure nostro non infamare, hinc Justinianus eo ipso, dum culpam à dolo impræsentiarum distinguit, dubitabilem casum decidere voluit, qui de culpâ levi, tanquam minus dubitabili, intelligi non potest. *arg. l. 9. ff. de Carboniano edito & l. 1. §. 2. in f. ff. municipalem de incolis.* Sed potius de latâ, de quâ dubitatio erat, & quæ in cæteris contractibus, non item in hoc quasitute læ contractu, dolo continetur. Confer *Struv. d. exercit. 19. th. 26.*

Obji. 2. remotus ob dolum fit infamis d. §. 6. l. h. r. Ergo etiam remotus ob culpam latam; hæc enim passim in jure nostro æquiparatur dolo. l. 1. §. 8. l. 32. ff. de positi. l. 29. princ. ff. mandati. l. 8. ff. de edendo. l. 1. §. 1. ff. si mensor falsum modum dixerit. l. 1. §. 2. ff. si is, qui testamento liber esse jussus &c. l. 8. §. 3. ff. de precario. l. 1. §. 5. in f. ff. de O. & A. l. 9. l. pen. ff. de incendio, ruina, naufragio. l. 226. ff. de P. S. l. 2. Cod. de in litem jurando. n. Neg. consequentiam. Ad textus oppositos dico 1. culpam latam æquiparari dolo solum in contractibus & causis civilibus, ubi agitur ad restitutionem damni, aut interesse privatum & pecuniarium, prout in d. l. 1. §. 1. ff. si mensor falsum modum &c. in d. l. 9. & pen. ff. de incendio &c. in d. l. 2. Cod. de in litem jurando. Non etiam in causis criminalibus. l. 7. ff. ad l. Cornel. de fisciis. Menoch. de arbit. jud. l. 2. cent. 3. cas. 324. D. Gleise p. m. *Jurisprud. terrib. tom. 1. part. 1. cap. un. §. 6. n. 4. & seqq. Aut. Marthaus sit. de pœnis. cap. 4. num. 11. & 12.* Quibus æquiparantur famosæ. *arg. l. 8. §. 2. ff. quod metus causa. & l. 9. princ. ff. de manumissis vind. Gail. 1. Obs. 64. n. 2. & 2. obs. 110. n. 2.* Certè contractus cæteri liberâ voluntate incurrunt, damnumque, si ex latiori culpâ in illis quoddam oritur, spontè quodammodò datur; ergo meritò culpa lata in iisdem æquiparatur dolo. Econtra tutela per se est onus grave, quod à plerisque detrectari solet, & adductis in medium excusationibus recusari: ergo æquum, ut ignorantia tutoris & muneris, ad quod in vitus evectus est, ipsum à pœnâ infamiæ excuset; præfertim cum pupillo jam satis consultum sit, si ineptus aut simplex tutor à administratione simpliciter removeatur. 2. Distinguo: lata culpa æquiparatur dolo, secundum quid & quoad pœnam remotiois suspecti, concedo, simpliciter & quoad pœnam infamiæ, nego.

Obji. 3. tutor remotus ob fraudem, efficitur infamis. Atqui remotus ob culpam latam censetur remotus ob fraudem, quia culpa lata accedit propè fraudem. l. 7. §. 1. ff. h. s. Ergo remotus ob culpam latam efficitur infamis. n.

Cum distinctione, quam suggerit ipse textus: nimirum culpa lata accedit prope fraudem, quoad remotionem, concedo, quoad infamiam, nego. Vide *Harp. ad §. 6. l. h. t. n. 9.* quæ responsio etiam applicanda *legi 3. §. 5. ff. h. t. ab aduersariis obijci solitæ.*

Obji. 4. *l. 7. §. 2. ff. de administratione & periculo tut.* ubi tutor dicitur teneri tam de latâ culpâ, quàm de dolo. *¶.* Legem non esse ad rem, cum de actione tutelæ, non accusatione suspecti tractet.

Obji. 5. ignorantia juris est species latæ culpæ. Atqui ignorantia juris notatur infamiâ. *l. 11. §. 4. ff. de his, qui notantur infamiâ,* ubi is, qui per ignorantiam juris duxit nubentem intra annum luctûs, notatur infamiâ; ergò culpa lata notatur infamiâ. Ergò quia in ducente, etiam in tutore negligenter administrante: *¶.* Neg. minorem. Qui per ignorantiam juris ducit nubentem intra annum luctûs, non sit infamis propter ignorantiam, sed propter factum illicitum, à prætore in edicto. *l. 1. ff. d. t. expressè notatum,* à cuius pœnâ ignorantia juris idèò non eximit, nè prætextu illius edictum Prætoris eludatur. *Ungeparur ubi suprâ. Object. ult.* ubi pro hâc responsione adducit *l. 43. §. 12. ff. de rit. nupt.*

Obji. 6. tutor propter negligentiam, in inventario omisso factum, perpetuâ infamiæ maculâ notatur. *l. ult. §. 1. inf. Cod. arbitrium tut.* Ergò etiam culpa lata infamat. *¶.* Neg. conseq. qui enim neglexit inventarium f cere, dolo fecisse censetur, per textum apertum in *l. 7. princ. ff. de admistr. & peris. tut.* Confer. *suprà de auctorit. tut. §. 1. n. 1. pag. 249. dicta.*

Obji. 7. *l. ult. ibi: dignus tali notâ. ff. ubi pupillus educari debeat. l. 39. §. ult. ibi: quoniam fama causa est. ff. de procurat. & l. 42. ff. de V. S. ibi: tutela daminari, hoc non est naturâ probrum, sed more civitatis &c.* Ergò, cum tutelæ quis damnetur non tantùm propter dolum, sed etiam propter latam culpam, videtur ista infamiam importare. *¶.* 1. In *d. l. ult.* Sermonem fieri de notâ remotionis, non infamiæ. Patebit ex consideratâ lectione textûs. *¶.* 2. Postulatio suspecti tutoris causa famæ est, id est, remotus ob dolum fit infamis, ob culpam latam non etiam. *¶.* 3. Tutelæ daminari ob dolum, hoc non est naturâ probrum, nego, daminari ob culpam latam, hoc non est naturâ probrum, sed more civitatis seu opinione civium duntaxat, concedo. *Bechmann ubi suprâ num. 25.*

Obji. 8. & ultimò: quod perfidiâ non caret, importat infamiam. *l. 6. §. ult. ff. de his, qui not. infamiâ.* Atqui culpa lata perfidiâ non caret. *l. 32. ff. de possiri.* Ergò culpa lata importat infamiam. Respondet ad minorem *Bechmann d. loc. num. 24.* Illam procedere solummodò in causis civilibus, non etiam in criminalibus, & quæ his æquiparantur, famosis.

## §. VII.

22 **C**ontraria hujus postulationis sunt modi, quibus cessat. Cessat autem 1. si tutor quid remotione dignum admiserit, antequam tutor esset, quamvis admiserit in bonis pupilli, vel in tutelâ. l. 3. §. 5. *vers. quod si quid. ff. h. t.* 2. Si tutela jam finita sit vel morte tutoris. §. 8. l. h. t. vel pubertate pupilli. l. 1. *Cod. eod.* ita quidem, ut, esto postulatio suspecti antè tutelam finitam cæpta, consequenter lis cum defuncto contestata jam fuisset, si tamen tutela antè finitam postulationem finiatur, postulatio cesset. d. §. 8. l. & l. 11. *ff. h. t.* Ratio est, tum quia generaliter crimina morte reorum extinguuntur. l. 2. l. 3. *Cod. si reus vel accusator mortuus fuerit.* tum quia frustra agitur de remotione suspecti tutoris, quem mors præveniens jam removet. Neque tamen propterea pupillo actio tutelæ denegatur, quâ agere possit contrâ tutorem, vel hæredes ejus, ad reparandum damnum, ex malâ administratione perpeßum. d. l. 3. §. 6. *ff. h. t. l. 4. pr. ff. de tut. & ration. distrah. l. 1. ff. de fidejussoribus & nominatoribus & hæredibus tut. & c. l. ult. Cod. de hæredibus tut. & c.* Sed

Dices: post litis contestationem omnes actiones transeunt contrâ hæredes. l. un. *Cod. ex delictis defunctorum in quantum hæredes conveniantur* Ergò etiam postulatio suspecti tutoris. *ny.* dist antec. post litis contestationem omnes actiones transeunt contrâ hæredes, quæ finem suum necdum consecutæ sunt, esto, quæ consecutæ jam sunt, nego antec. & consequentiam. Finis hujus postulationis est, ut tutor à tutelâ removeatur; atqui cessat hic finis, nec potest à tutelâ removeri, qui tutor esse jam desiit: ergò cessat etiam postulatio suspecti. Econtrâ finis actionum civilium, ex delicto descendentium, est pæna applicanda actori, quæ post litem, à defuncto contestatam, àb hærede adhuc peti potest. *Struv. in evolut. controvers. exercit. 31. th. 54.*



INSTITUTIONUM  
IMPERIALIUM

Seu

ELEMENTORUM

D. JUSTINIANI,  
SACRATISSIMI  
PRINCIPIS

LIBER II.  
TITULUS I.

DE RERUM DIVISIONE, ET  
ADQUIRENDO IPSARUM  
DOMINO.

**I**N libro præcedente egimus de jure personarum. Ratio methodi postulat, ut aggrediamur jus rerum. Quia verò res duobus modis considerari possunt, absolutè sive in se, & relatè sive cum respectu ad jus, quod circà illas habemus, hinc sic

PARS I.

*De Rebus in se.*

SUMMARIA.

1. *Vocabulum rei sumitur variè.* 2. *Designantur res sacra.* 3. *Wistbachii opinio de campanis exploditur.* 4. *Assignantur quedam regula circà res sacras obfer-*

observanda. 5. Explicantur res religiosa. 6. Cuinam competat jus inferendi mortuum? 7. Secundum quam partem illatio locum faciat religiosum? 8. Ubi caput jacet, ibi fundus fit religiosus. 9. Cade in confinio admixta notio criminis tribuitur utrique judici. 10. Expenduntur requisita ad hoc, ut illatio operetur religionem loci. 11. Statuitur effectus illationis. 12. Hodie successerunt comiteria. 13. Explanantur & enumerantur res sancta. 14. Poena capitis etiam locum habet in iis, qui muros alterius civitatis, quam Roma hostili animo transcederint. 15. Agitur de Salvâ Guardia von Burgfrid. 16. Defenditur divisio in res, quae sunt extrâ patrimonium, & illas, quae sunt in patrimonio. 17. Describuntur & recensentur res communes. 18. Mare est negativè liberum. 19. Solvantur argumenta contraria. 20. Describuntur & adornantur res publica. 21. Respondetur ad 3. objectiones. 22. Quam sint & dicantur res Universitatis?

## §. I.

**V**ocabulum rei tripliciter accipitur. In sensu metaphysico, physico, & civili seu juridico. In sensu metaphysico acceptum denotat ens, sicque nihil in totâ rerum naturâ est, quod non sit res. In sensu physico exprimit ipsum rei corpus, ejusque internam qualitatem. In sensu juridico accipitur latè, vel strictè. Nomine rei latè sumpto veniunt nomina, causæ, jura, contractus, obligationes. l. 4. l. 5. princ. l. 6. princ. l. 23. ff. de V.S. Presè acceptum nomen rei significat objectû, a personis & actionibus distinctum. §. ult. l. de I. N. G. & C. Hoc sensu describit res Joannes Fridericus Rhetius dissert. ad Inst. 10. posit. 1. Quòd sint supposita ex impositione morali hominum usus intervientia. Possent fortè etiam non incommodè definiri, quòd sint entia objective considerabilia in ordine ad acquisitionem vel dispositionem humanam.

## §. II.

**S**umma rerum divisio in duos articulos deditur. Nam aliæ sunt divini juris, aliæ humani. l. 1. princ. ff. de R. D. Res divini juris sunt, quæ neque actu, neque potentiâ, humano commercio sunt obnoxia. Res humani juris, quæ vel actu, vel potentiâ, humano commercio sunt obnoxia. Res divini juris discernuntur ulterius in verè & quasi tales. Res divini juris verè tales sunt vel sacrae, vel religiosae. d. l. 1. princ. §. 7. l. b. t. Res sacrae dicuntur, quæ ritè per Pontificem DEO sunt consecratae, in quam classem pertinent sacrae ædes, donaria DEO dicata, ac id genus alia. Plura itaque concurrant necesse est, ut res efficaciter sacra. Primo Authoritas publica, adeoque requiritur, ut per eos, qui jus consecrandi habent (quod olim etiam Principibus competit. l. 9. §. 1. ff. de R. D. hodie Episcopis. confer Vinn. ad §. 8. l. b. t. n. 1.) divino cultui

cultui res destinatur. Si pietate privatâ divino cultui res destinatur, sacra non efficitur, sed manet profanâ §. 8. *l. h. t. l. 6. §. 3. ff. de R. D.* Secundò requiritur, ut adhibeantur solemnitates à jure definitæ *d. §. 8. ibi: qua ritè per Pontifices, &c. qua ritè ad ministerium DEI, &c.* Tertiò requiritur, ut proximè & immediate ad cultum divinum res destinatur. U. de sua spontè sequitur, vineas, prædia, agros & fundos Ecclesiasticos non esse sacros, quia non proximè deserviunt cultui divino, sed ad hoc habentur, ut necessitati Ministrorum consulatur. Hinc etiã res hæ alienationem absolutè non effugiunt, quamvis certæ solemnitates in eãdem concurrere debeant.

De campanis sunt, qui dubium moveant, pertineantne in censum rerum sacrarum? Negativæ subscribit *Joannes Jacobus Wissenbach. disp. ad Inst. 9. ib. 10.* ubi asserit, campanas, licet apud Pontificios more admodum ridiculo baptizentur, sacras tamen non esse. Sed irrisionè dignissimus est *Wissenbach*, quòd de campanis nostris tam imperitè scribat. Non baptizantur illæ, sed unguntur sacro oleo, & asperguntur aquâ benedictâ. Soli homines, non campanæ, Baptismi sunt capaces. Mirum est (exclamat *Eminentiss. Bellarminus de Romano Pontifice lib. 4. cap. 12. fol. m. 844.*) quòd Magdeburgenses non etiam dicant, Campanas à Catholicis antea catechizari, & instrui, ut possint fidei Symbolum resonare.

Circâ res sacras est regula, quòd non subsint commercio humano, neque alienari aut obligari possint *d. §. 8. l. h. t. & l. 21. princ. Cod. de SS. Ecclesiis.* Hæc regula tamen exceptiones quasdam sustinet. Prima est, si Ecclesia oneretur ære alieno, & facultates aliæ non suppetant, quibus expungatur: hoc enim casu res sacræ possunt distrahi. *cap. 2. 10. q. 2. nov. 120. cap. 10. indeq. desumpta anth. præterea Cod. de SS. Ecclesiis.* Secunda, si redimendi sint captivi *d. §. 8. d. l. 21. in f. Cod. de SS. Ecclesiis.* Quoniam absurdum non est, animas hominum quibuscunque, vasis vel vestimentis præferri. Tertia, si pauperibus succurrendum *d. l. 21.* Aurum, inquit *Ambrosius in cap. 70. 12. q. 2.* Ecclesia habet, non ut servet, sed ut erogat, & miserorum necessitatibus subveniat. Et paulò post: meliùs fuerat, ut vasa viventium servares, quàm vasa metallorum. Extrâ hos casus alienatæ res sacræ vel obligatæ vindicari possunt per Episcopos, oconomos, & sacrorum vasorum custodes; nullâ eis, qui acceperunt, vel super recipiendo pretio, vel scœnore exigendo actione in Ecclesiam relicta. *d. l. 21.*

### §. III.

**R**es Religiosæ sunt illa fundi portio, quæ per illationem corporis humani religioni seu piæ cuidam reverentiæ est dicata. §. 9. *l. h. t. l. 6. §. 4. ff. de R. D. l. 2. §. 5. ff. de religiosis & sumptibus funerum.* Nullus itaque locus de se est religiosus, sed de jure civili fit talis per illationem corporis humani. Sola



destinatio locum religiosum non facit. Hinc mausoleum, cenotaphium seu inane sepulchrum, caltrum doleris &c. loca religiosa non sunt. *l. 7. ff. de R. D. l. 6. §. 1. l. 42. ff. de religiof. & sumpt. fun.* Similiter epitaphium, monumentum &c. religiosa non sunt. *d. l. 42.* quia non eo sine adornantur, ut cadaver inferatur, sed ut memoria defuncti ab oblivione vindicetur. *l. 2. §. 6. ff. de relig. & sumpt. fun.* Cùm igitur sola illatio locum religiosum faciat, lubet eam breviter methodicè tractare.

6 Causa efficiens illationis est inferens. Habet autem jus inferendi solus ille, qui plenissimum obtinet loci dominium. *d. §. 9. l. h. t.* In locum alienum cadaver inferre non licet. Si quis inferat, tenetur vel tollere, quod intulit, vel solvere loci pretium. *l. 7. princ. ff. de relig. & sumpt. fun.* Sed neque proprietarius inferre potest invito fructuario. *d. §. 9. d. l. 2. §. 7. ff. de relig. & sumpt. fun.* quia causam fructuarii deteriore redderet, re commercio exemptà, contra *l. 74. ff. de R. I.* Multò minùs fructuarius jus inferendi habet, quia loci dominium non obtinet. *d. l. 2. §. 7.* Si plures sint loci domini, omnes consentire debeat, casu quo extraneus inferri velit, alioquin locus religiosus non efficitur. Quòd si autem fortè unus ex ipsis dominis inferatur, rectè ibi sepeliri constat, etiam sine cæterorum consensu, maximè si locus alius tam commodus non suppetat, in quo sepeliretur. *l. 41. ff. de religiof. & sumpt. fun.* Planè in commune sepulchrum etiam invito socio inferre licet. *d. §. 9. l. h. t.*

Neque obstat regula, quã in *l. 28. ff. communi dividundo* dicitur, quod in re communi melior sit ratio prohibentis. Procedit enim illa tunc solùm, quando res ab initio ad certum usum non est destinata. Cùm igitur ex primâ conventionione jus in commune sepulchrum inferendi quilibet lociorum nactus sit, melior est ratio facientis. *Hoppins in usu moderno d. §. 9. l. h. t.*

7 Subjectum hujus illationis est locus, in quem fit illatio, puta, fundus, qui tamen non totus, sed tantùm secundùm illam partem religiosus efficitur, quam cadaver occupat. *d. l. 2. §. 5. ff. de relig. & sumpt. fun.*

8 Objectum illationis hujus est corpus humanum. Si cadaver divellatur, & sparsim sepeliatur, quia una sepultura plura sepulchra efficere non potest, uterque locus religiosus non fit, sed ille, in quo recubat membrum principale, puta, caput. *l. 44. ff. de relig. & sumpt. fun.* Hoc enim imago est, undè dignoscimur, juxtà illud :

- - - Cùm spectent cætera terram ;  
Os homini sublime dedit, calicemque tueri  
Fussit, & erectos ad sidera tollere vultus.

9 Illud hic communiter à Doctoribus controversi video. Si cædes in confinio admissa sit, ac utriusque territorii iudex de cognitione contendat, uter præferatur? Sunt, qui cum *Joanne Harp. ad §. 9. l. h. t. n. 5.* cogitationem ei deferant, in cujus territorio caput occisi, seu principale membrum corporis huma-

mani repertum est. Verum displicet hæc sententia: esto enim caput principale corporis humani membrum sit, non probat tamen, eadem ibi commissam esse, ubi recubat, cum facile ab uno loco in alium volvi potuerit. Sunt alii, qui cum *Wissenbach d. disp. 9. th. 16. in f.* stent pro pedibus, ac illum præferant, in cuius territorio pedes jacent, eo præsumptionis argumento, quod ibi vulnus inflictum videatur, ubi pedes terram premunt. Sed neque horum opinio firmo incedit pede; quoties enim accidit, ut cadaver ab uno loco rapiatur in alium! quam sæpè morituri diu cum morte luctantur, ac dolorum impatientiâ ab uno loco in alium se ipsos volvunt!

Rectius meo iudicio sentiunt *Eckolt ff. de accusat. & inscript. §. 5. Böckelmann ad pand. disp. 19. cap. no. 353. Trentl. & in eum Bachovius vol. 1. disp. 19. th. 4. Benediktus Carpzovius p. 3. criminalium quest. 110. n. 34. & seqq. Majoranus ad §. 9. l. h. s. pag. no. 331.* qui cum pluribus adhuc aliis notionem criminis iudici utrique deferunt, ac illum præferunt, qui alterum prævenit. In re enim dubiâ illam opinionem amplectamur, oportet, quæ magis studet disciplinæ publicæ. Atqui posterior hæc opinio magis studet disciplinæ publicæ, cum reliquæ viam præparent contentioni, atque aded reo portam aperiant elabendi, ergo &c. Adhæc qui in confinio eadem admittit, ita, ut non constet, in quo territorio scelus pataverit, jurisdictionem utriusque territorii turbat. Ergo meritò utrique iudici potestas asseritur, eadem vindicandi.

Forma illationis hujus desumitur à requisitis: quæ duæ. Primum est, ut illatio fiat à eo, qui jus inferendi habet. Alterum, ut fiat sepulturæ causâ, hoc est, ut fiat ideò, ut illic corpus perpetuò maneat. *l. 2. §. 3. ff. de relig. & sumpt. fun.* Si cadaver saltem ad breve temporis spatium deponatur, mox aliò transferendum, locus manebit profanus *l. 40. ff. d. t.*

Effectus illationis hujus est, quod ejus adminiculo locus efficiatur religiosus, ac eximatur commercio humano. Ubi tamen locus ipse secernendus à usu, ad quem destinatus est. Locus ipse versatur extrâ commercium humanum, quia per illationem cadaveris religioni cessit. Consideratus in ordine ad usum, ad quem destinatus est, indeque fluens jus inferendi mortuum, videtur esse in commercio, eoque nomine tam inter vivos, quam ultimâ voluntate in alium transferri potest. *l. 14. Cod. de legatis. & ibi Bruunemann. num. 2.*

Dixi supra *num. 5.* locum religiosum de jure civili fieri per illationem corporis humani. Hodie privatorum sepulchrorum usus vix ullus superest, postquam pia consuetudo invaluit, ut cadavera sepelirentur in locis, solenniter ab Episcopo consecratis. *cap. 1. 13. q. 1. c. 3. de sepulchris. c. 4. de religiosis domibus, &c.* Confer *Stryck ff. de R. D. §. 5.*

## §. IV.

13 **R**es divini juris quasi tales vocantur sanctæ, sic dictæ à sanguinibus, certis herbis, quas legati populi Romani ferre solebant, ne quis eos violaret. l. 8. §. 1. ff. de R. D. Sunt autem res, peculiari lege ab omni injuriâ ac violatione hominum defensæ & munitæ. d. l. 8. princ. Unde advertis, denominationem rei sanctæ provenire à formâ extrinsecâ, puta, speciali sanctione, quâ res ab omni violatione hominum defenditur. In hunc censum pertinent. 1. DEUS T. O. M. Beatissima Virgo, & Cœlites, qui non tantum theologicè, sed etiam civiliter sancti sunt, sanctionibus capitalibus constitutis in blasphemantes. nov. 77. cap. 1. §. 1. 2. Imperator. l. ult. in princ. Cod. de ll. ibi: quid enim majus, quid sanctius Imperiali est majestate? 3. Imperium Romanum das Heilige Römische Reich. 4. Portæ & muri civitatum. Nam pœna capitis statuta legitur in eos, qui aliqui in muros deliquerint. §. 10. l. h. t. l. ult. ff. de R. D.

14 Dubitatur, an pœna isthæc non tantum ad muros & portas urbis Romæ, sed etiam aliorum municipiorum pertineat, ita, ut capite plectendus sit, qui muros alterius civitatis transenderit? *¶* Referte, quo animo quis transenderit, hostili, an alio. Si hostili, locum habet pœna capitalis, sive muros urbis Romæ, sive municipii transenderit, quia in d. §. 10. & l. ult. pœna capitis generaliter statuta legitur in eos, qui in muros aliquid deliquerint. Dein etiam municipiorum muri censentur sancti. l. 8. §. ult. ff. de R. D. Ergo qui in eos deliquit, æquè subjacet pœnæ capitis, ac is, qui delinquit in muros urbis Romæ. Animo non hostili si muros quis transenderit, arbitrio judicis extra ordinem punitur. arg. d. l. ult. Carpz. p. I. pract. crim. q. 40. n. 20. & seqq. Stryck ubi supra. §. 6.

Scio equidem, quod *Erasmus Ugepar* exercit. *Just.* §. 9. 2. contrarium sentiens objiciat, in memoratâ l. ult. expressam civium Romanorum mentionem fieri, adeoque textum, tanquam aliàs odiosum, ad cives alios extendi non debere. arg. c. 15. de R. l. in 6. Sed meminisse oportet, per cives Romanos hodie omnes, qui in orbe sunt Romano, designari. l. 17. ff. de statu hominum. confex *Harp* ad d. §. 10. l. h. t. n. 4. & seqq. 5. Res sanctæ sunt leges, non quidem omnes, sed illæ, in quarum transgressores gravior pœna legitur constituta. d. §. 10. uti enim muri civitatum dicuntur sancti, quia speciali jure ab omni violatione sunt muniti; sic etiam leges dicuntur sanctæ, si speciali jure ab omni violatione hominum sint munitæ. d. §. 10. l. 9. §. 3. ff. de R. D. l. 41. ff. de pœnis. 6. Rebus sanctis annumerantur termini *Die Maref & Stein*, quos transferre non tantum lege divinâ prohibitum est. *Deuteronomii* c. 19. vers. 14. ibi: non assumes & transferes terminos proximi tui, quos fixerunt priores in possessione tuâ, &c. Et cap. 27. vers. 17. ibi: *Maledictus, qui transfert terminos proximi sui &c.* Sed etiam statim ab urbe conditâ Numam Pompiliam, consecrato DEO Termino,

mino, jura finium religione quâdam munitis, nè temeritate cujusquam aut injuriâ violarentur, ex *Dionysio Halic.* refert *Marthus Wesenbec. in paratit. ff. finium regund. n. 2.* 7. Cujusvis domus, quæ teste *Cajus l. 18. ff. de in jus vocando.* Tutissimum refugium sit atque receptaculum. Videatur etiam *l. 103. ff. de R. l.* ibique *Petrus Faber & Everhard. Farinac. in fragment. crim. p. 1. vers. domus. n. 103.* *Jul. Clarus in §. fin. q. 10. Gabal. cas. 13. num. 10.* & eleganter *Cicero in Orat. pro Domo sua.* ibi: *quid est sanctius, quid omni religione munitius, quàm domus uniuscujusque civium? hic ara, hic foci, hic Dii Penates, hic sacra religionis ceremonia continentur. Hoc perfugium est ita sanctum omnibus, ut inde abripi neminem fas sit.* 8. Fœdera, quæ à gentibus sanguine sanciri consueverunt. *Hottom. in lexic. verb. sanctum.* 9. Asyla seu loca refugii, immunitatem contrâ vim præstantia, de quibus mentionem facit sacer *Codex Josue 20. cap.* Et variaz utilissimæ quæstiones resolvuntur àb *Harp. ad §. 1. & 2. l. de his, qui sui vel alieni juris sunt. n. 16. & seqq.* ubi vide. 10. Legati, quos violare nefas est. *l. ult. ff. de legationibus.* 11. Personæ parentum & patronorum. *l. 9. ff. de obsequiis parentibus & patronis præstandis.* 12. Ministri publici, apparitores, lictores, nuncii Camerales, vigiles nocturni, ac alii ministri Justitiæ, in quorum violatores & offensores vel capitis vel saltem alia gravis pœna constituta est. *Manz. add. §. 10. l. h. t. num. 26.* 13. Loca, quibus *Salva Guardia* (der *Burg-Strid*) est præfixa, cujus accidentale signum est manus securi relicta. *Schambog. ad d. §. 10.* Dico, accidentale: nam teste *Nicolao Mylero à Ehrenbach de Principibus & Statibus Imperii part. 2. cap. 5. 2. num. 5.* hoc securitatis privilegio gaudent palatia Principum & statum Imperii sui naturâ, ac per se, esto iisdem nihil pro signo securitatis adscriptum sit. Ubi enim Princeps degit, ibi securitas existit, modò Princeps ibidem resideat, ac curiam celebret vel teneat. Undè Gallorum proverbium: *le Roy est toujours à la cour.* Pœnam fractæ pacis Bürgerstis incurrit etiam ille, qui gladium ad lædendum d' intaxat strinxerit, aut manum in tam sancto loco ad pulsandum solummodò leverit. *Myler d. loc. n. 9.*

## §. V.

**R**es humani juris dividuntur in eas, quæ sunt extrâ patrimonium, & illas, quæ sunt in patrimonio. *princ. l. h. t.* in patrimonio sunt, quæ in Dominio privato singulorum existunt. Extrâ patrimonium dicuntur res illæ, quæ vel usu vel proprietate hominum necessitatibus deserviunt, sic tamen, ut defacto in nullius privati sint patrimonio.

Objicies textum in *l. 1. ff. de usu & usufructu & reditu &c.* ubi *J. C. Paul. 16* sus ait, servitutes neque ex bonis esse, neque extrâ bona. Ergo facta divisio non est adæquata, sed dabitur tertia species rerum, quæ neque in patrimonio nostro, neque extrâ patrimonium nostrum sunt. *n. cum Urgepar. d. exercit. 5. q. 1.*

pag. n. 242. J. Cum non simpliciter negare, quòd servitutes ex bonis sint, cum concedat, eas non esse extrà bona; sed duntaxat negare, quòd sint ex bonis seu ordine illorum bonorum, quorum usufructus constitui possit, additâ ratione, quia servitus servitutis esse non potest. fortè ideò, nè detur processus in infinitum. Aliter respondent Eckolt ff. d. tit. §. 3. Brunemann ad d. l. 1. Donell. Comment. Jur. Civ. lib. 4. cap. 5. Bachov. de Pign. lib. 1. cap. 7. n. 3. videlicet, Paulum in oppositâ l. 1. loqui de usu itineris, per fundum testatoris legato, qui usus, cum primùm per patientiam hæredis, & usum legatarii deducatur in esse, antea nihil fuit, consequenter neque in bonis, neque extra bona constitutus dici potuit. Vel etiam responderi potest, quòd legans usum itineris per fundum suum, legat usum rei, quæ neque est extra fundum, neque in ipso fundo, quia re sua nulli teruit. l. 26. ff. de S. P. U. dico, per fundum suum. Usum enim itineris, testator per alienum fundum constituti, legare non potuit alii, per l. 24. ff. de S. P. R.

Res extrà patrimonium existentes dispecuntur in communes, publicas, & Universitatis. Rès communes sunt, quæ ab ipsâ naturâ ad promiscuum hominum usum proditæ, in nullius adhuc dominium pervenerunt. In hac classem pertinent lux solis, aër, aqua profluens, mare, littora maris, fera bestiarum, lapilli, gemmæ à mari ejectæ, ac res id genus aliz. §. 1. l. h. r. l. 2. §. 1. l. 3. ff. de R. D. quòd faciunt versus Ovidii:

*Quid prohibetis aquas? usus communis aquarum est.  
Nec solem proprium natura, nec aëra fecis,  
Nec tenues undas.*

Sed an decisio J. C. Florentini in cis. l. 3. ff. h. r. hodie adhuc obtineat, ita ut lapilli, gemmæ, cæteraque in littore inventa inventoris fiant? dubio non caret ideo, quia hodie cessat ratio promiscui usus littorum, ut quæ principis sunt, privatorum ab acquisitione rerum in littore inventarum merito in centis.

Interim tamen existimat Stryck ubi supra §. 9. ex eo solo, quòd littora Principis sint, acquisitionem rerum, in littore repertarum, non cessare, donec accesserit prohibitio Principis, ut subditi ab ejusmodi rebus se abtineant. prout etiam ab unius speciei, v. g. succini, collectione prohibita argumentari non licet ad speciem aliam. Cæterum

Nobilis Publicistarum controversia est, sitne mare absolutè incapax humani domini? Controversia hæc infectis calamis & armis non semel disceptata fuit. Megareses concitando in Athenienses, Bononienles in Venetos, Anglos collidendo in Batavos. Partem negativam defendit consummatæ eruditionis scriptor Joannes Seldenus in tractatu, quem inscripsit, *mare clausum*, sive de *Domino Maris*. Cujus sententiam quidem Arnoldus Vinnius ad §. 1. l. h. r. n. 2. in f. dicit paradoxam, Clarissimus D. Doctor Braum verò p. m. in tr. de dominio c. 6. §. 2. n. 2. in princ. vocat & communiozem & veriq-

veriorum. Partem affirmativam tuetur incomparabilis V. r. Hugo Grotius in tractatu, quem inscripsit, *mare liberum*. Seldenus defendit causam Anglorum, Grotius Batavorum.

Placet in periculoso hujus modice difficultatis Oceano vela Seldeniana explicare, ac vento secundo ad primæ opinionis metam contendere, dicendo, mare æquè, ac terram, capax esse humani dominii. Probatur: ex naturâ rei non repugnat dominium maris: ergo potest mare occupari. Confirmatur: omnis illa res admittit dominium humanam, de quâ homo potest libere disponere in ordine ad omnem usum, cujus res illa est capax. Atqui hoc modo potest homo disponere de mari: potest enim arrogare sibi jus navigandi, transeundi commerciorum gratiâ, piscandi, imponendi vestigalia &c. exclusis inde omnibus aliis. Ergo potest mare cadere sub dominium humanum.

Ad hæc DEUS generaliter contulit homini jus in omnia hæc inferiora *Genes. 1. c. v. 28.* ibi: *Crescite & multiplicamini; & replere terram, & subjicite eam, & dominamini piscibus maris, & volatilibus celi, & universis animalibus, quæ moventur super terram.* *Genes. 9. v. 2.* ibi: *Et terror vestror ac tremor sit super cuncta animalia terra; & super omnes volucras celi, cum universis, quæ moventur super terram: omnes pisces maris manus vestror tradita sunt.* *Psalms. 8. v. 8.* & *9.* ibi: *Omnia subjicisti sub pedibus ejus &c. Et pisces maris, qui perambulans semitas maris.* *1. Corinth. 15. c. v. 26.* ibi: *Omnia enim subjicet sub pedibus ejus.* Specialiter in mare *Deuteronomi 33. c. v. 23.* ibi: *Et Nephtali dixit: Nephtali abundantia perfructur, & plenus eris benedictionibus Domini: NB. Mare & meridiem possidebis.*

Accedit, quod defacto plures Republicæ ac Principes sibi jus asserant in quorundam maria. Sic Veneti sibi vindicant dominium maris Adriatici. Rex Daniæ Dominium maris Baltici. Rex Angliæ dominium sinûs Britannici. Rex Hispaniæ & Galliæ Oceanum & mare mediterraneum. Nemo verò dixerit, à tot Gentibus Christianis & cultissimis prætendi dominium rei, quæ omne dominium respicit.

Sed suberantire, quid opponat Grotius in mari suo libero. Argumentatur ille *cap. 5. pag. m. 14.* hoc modo: non potest dari dominium rei, quæ occupationem ac terminationem respicit; atqui mare terminationem respicit; quis enim Oceanum, quem immensum, infinitum, retum parentem, cælo contersitum antiquitas vocat: cujus perpetuo humore non fontes tantum & flumina & maria, sed nubes, sed ipsa quodammodo sidera pasci veteres crederunt; qui denique per reciprocas astorum vices terram hanc humani generis sedem ambit; tenebit, aut includet, cum possideat verius, quam possideatur? ergo non potest dari dominium maris. Sed non stringit argumentum hoc. Præterquam enim, quod aliud ingerat Sæcra Pagina, in quibus *Job. 38. c. v. 10.* legimus, quod DEUS terminis suis mare circumdederit, ibi: *Circumdedit illud terminis suis, & posuit vallim, &*

ofis. Illud quoque advertendum, tametsi mare terminari nequeat termino proprio, posse tamen terminari termino alieno, quod sufficit ad occupationem & distinctionem dominiorum. Audi Seldenum, qui *lib. 1. c. 22.* ita inquit; Scopulos eminentes, brevia, adversa invicem promontoria, insulas hinc inde sparsas habemus, è quibus linearum rigores, versurae, coxae, gammata sumantur, ad territorium maris terminandum. Numerantur item veteribus orbis oceanum maria non aliter ac oppida, flumina, insulae, montes; veluti non minus invicem determinata &c. Accedit egregiae nauticae pyxidis & graduum caelestium sive longitudinis, sive latitudinis, atque ex hiscè triangulorum auxilium &c. Tropicus item cancri & aequator in mari fuere termini, quibus finiri voluere aliqui foedus inter Belgiae foederatos & Austriacos anno M. DCVIII. contrahendum. Et in foedere inter magae Britanniae & Hispaniarum Reges nuper aequator est in mari terminus. Hæc ille. Jungi possunt Hieronymus de Monte, & P. Christoph. Ott. quorum ille *tract. de fin. regum. cap. 7.* iste vero in *sua Roma gloriosa ad factum 15. n. 305. fol. m. 558. & 559.* scribit: termini in cælo & aère positi sunt tempore Alexandri Papæ VI. inter Lusitanos sive Portugaleses, & Castellanos, dividendo insulas Indiarum nunc noviter repertas per lineas graduum cœli. Scio equidem, quoddam similes termini & terminaciones displiceant *Grotio*, unde is *d. loc. pag. m. 15.* ait, si talis dimensio ad possidendum valet, jam dudum nobis geometrae terras, astronimi etiam cœlum eriperent. Sed minor ego, quod non eadem ratione timuerit Grotius, nè sutor sibi pedem aut factor ventrem surriperet, mensuram harum rerum pro modo corporis sumendo. Confer *Strauchium differt. de Imper. Maris. c. 2. n. 6.* Videlicet potest mare occupari terminis certis, perpetuis, & fixis. Non est necessè, ut sint termini materiati & reales. Pergit argumentari *Grotius d. c. 5. pag. m. 14.* libertas commerciorum, navigandi, peregrinandi ad externos, ipso jure gentium videtur communis, ac immodicæ dominationis affectator haberetur, qui in tanto mari usû promiscuo solum sibi imperium & ditionem exciperet: insanæ cupiditatis notam non effugeret, qui piscatu arceret alios: quemadmodum eum, qui ab igne, qui totus saurest, ignem capere, vel lumen suo de lumine alterum prohiberet, ipsa humanæ societatis reum (ait ille) peragerem. Ergò mare non potest concedere sub dominium humanum. Sed eadem facilitate negantur propositiones Gentium, quæ adstruuntur. Non enim vult positivè jus gentium, ut libertas commerciorum ubique ac semper sit, sed eandem permittit, quousque humana potestas non intercedat, ac eandem ex justâ causâ restringit. Certè potest à potestate humanâ exteris ex justâ causâ prohiberi commercium terrestre in suo territorio; navigatus & piscatus in suo flumine. Ergò etiam commercium maris in mari sibi appatratum.

Clamat *Grotius d. c. 5. pag. m. 13.* mare jure naturali omnium commune est. *d. 5. l. l. c. l. 2. §. 1. f. de R. D. l. 13. princ. f. communia prædiorum.* Ergò

non potest venire in dominium hominis, cum jus naturæ sit immutabile. §. 11. *L. de I. N. G. & C.* Sed facillimâ distinctione clamore hunc compesco: mare jure naturali permissivo, negativo, & conditionato est commune omnium, condono. Jure naturali positivo, præceptivo, & absoluto, est commune omnium, nego antec. & consequentiam. Discurrendum nimirum hic est contra Grotium *d. pag. 13. ex Grotio de Jure & Pacis lib. 2. cap. 2. §. 5. in f. ubi objectioni,* quâ dicitur, jure naturæ liberum esse, animalia venari, ita occurrit: Lex civilis, quanquam nihil possit percipere, quod jus naturæ prohibet, aut prohibere, quod præcipit, potest tamen libertatem naturalem circumscribere, & vetare, quod naturaliter licebat. Pari modo, cum natura maris usum omnibus reliquerit (non præceperit) Liberum, nec dominium ejus ulli in particulari tribuerit, poterit humana potestas libertatem illam circumscribere, mare occupare, ac facere proprium alicujus populi, à quo deinde citrà injuriam auferri sequatur.

## §. VI.

**R**es publicæ dicuntur, quæ, cum sint sub jurisdictione certi populi, usum tamen omnibus præbent hominibus. In hunc censum pertinent. 1. Flumina perennia, quæ semper fluunt. *l. 1. §. 3. ff. de fluminibus.* Hæc enim, licet sint sub jurisdictione populi, per ejus territorium decurrunt, usum tamen præbent omnibus hominibus. Hinc nemo prohibetur accedere flumen lavandi aut potandi gratiâ. Ceterum hic distinctione opus, ac flumen formaliter spectatum, secernendum à flumine spectato materialiter. Flumen formaliter spectatum, sive in quantum coercetur his ripis, ac in æstimatione morali semper idem manet, est juris publici. §. 2. *l. h. t.* Spectatum verb materialiter, sive secundum aquas, quas vehit, ac quæ motu continuo decurrunt, est res communis. §. 1. *l. eodem & ibidem Harp. n. 9.* 2. Huc pertinet portus *d. §. 2.* qui est locus in mari aut flumine conclusus ac munitus, quò importantur, & undè exportantur merces. *l. 59. ff. de V. S.* Alio nomine etiam vocatur statio, quæ est locus accommodatus ad naves recipiendas, ut turd illic stare possint adversùs injuriam prædomus ac tempestatum. *d. l. 1. §. 13. ff. de fluminibus.*

Neque dicas: littus est res communis, sicut mare. §. 7. *l. h. t.* Ergò etiam portus erit res communis. Nam littus (quod nihil aliud est, quàm extremitas maris, sive terra mari coherens, aut illud spatium, quousque hybernus aquarum fluxus maximus excurrit. §. 3. *l. h. t. l. 96. princ. l. 112. ff. de V. S.* Additur *hybernus;* quia mare tempore hyemis magis exæstuat: cum enim sol illo tempore transeat per signa aquatica, fit, ut potentius influat in lunam aquarum Dominam, undè illa multiplicatâ virtute à sole majores in mari æstus excitat. Videatur *Paulus Merula dissert. de maribus. pag. m. 122.* Nullius populi expensas considerat, proindeque à nullo occupatur. Econtrâ portus muniti debent ac in-



strui ad naves recipiendas: dein igitur manentur & instrumentar; hoc ipso hypo-  
pulo occupantur. Hodie adhuc flumina & portus certâ ratione publica sunt,  
quamvis liber eorum usus, nec navigando, nec piscando, omnibus pateat, cum  
hodie flumina & portus regalibus adscribantur, & ita quisque Principum legem  
navigandi & exonerandi in portu statuat. Rosenthal de feudis. cap. 5. tit. 2.  
23. Nicol. Myler sive Ehrenbacht de Princip. Stat. Imp. pars. 2. cap. 66. n. 1. Una  
de se flumina tam quoad proprietatem, quam jurisdictionem; Principis esse,  
pleneque asserunt, citati à Christoph. Besoldo vel. 7. consil. 239. n. 5. ex quo  
Seryckius cit. loc. §. 14. infert, §. 2. l. h. r. abrogatum esse, & reditus piscatio-  
num hodie regalibus accenseri, 2. f. 56. ita ut nemo sibi licentiam piscandi in  
portu, fluminibusve sine indulto Principis vindicare possit. Atque hinc etiam  
est, quod illi, qui prope flumina feuda possident, plerumque in hactis investitu-  
re facultatem piscandi expressam habeant, sicut qua non possent eadem uti,  
3. Huc pertinet ripa; quæ est extremas fluminis sive illa pars terræ, quæ cursus  
fluminis coercetur. l. 1. §. 5. l. 3. §. 1. ff. de fluminibus. hæc enim exemplo flu-  
minis est publica §. 4. l. h. r. ubi tamen usus ripæ separandus à proprietate ejus.  
Quoad usum ripa est publica, adeoque nemo prohibetur flumen accedere, in-  
terpâ vestes suas aut retia deponere, naves arboribus ibi natis alligare. d. §. 4. l. 5.  
princ. ff. de R. D. Quoad proprietatem verò ripa pertinet ad eos, qui circa flu-  
minem prædia possident. ad. cœribus. Nec immerito. cum enim vicinarum  
possessioarum domini ex fluminibus præterlabentibus multa sustineant incom-  
moda, jamque undarum impetu pars agrî avellatur, jam imbribus eadem exa-  
gitata ex alveo suo ebulliant, ac passim læta læta steruant, boumque labores,  
hinc damna & sumptus, ad muniendas reficiendasque ripas necessarii, commo-  
do proprietatis pensandi erant arg. l. 10. ff. de R. I. quæ ratio est, cur hoc so-  
lum jus privatis in h. r. relictum sit à fisco, commodis suis alias intentissimo.  
Stryck. §. 15. Sed

21 Dices 1. cum Hotomanno apud Vin. l. h. r. §. 4. ripa est pars fluminis. Atque  
flumen ita publicum est; ut nec proprietate cujusquam sit. d. §. 2. l. h. r. ergo eti-  
am ripa. 2. Cum Vinio d. l. majorem esse fallam. Tam parum ripa est pars  
fluminis, quam parum scyphus est pars vini, quod constat.

Dices 2. Idem est ripa in flumine, quod litus in mari. Atque litus com-  
mune est, ut mare, ergo etiam ripa quoad proprietatem publica est, ut flumen.  
3. Rursus vel cum Vinio d. loc. Negando majorem. Ripa flumini non subii-  
citur. Subiicitur mari litus, quod quotidianis accessibus ab eo occupatur. Vel  
cum Harp. ad d. §. 4. l. h. r. num. 5. assignando rationem diversitatis, cur pro-  
prietas riparum sit privatorum, littora verò sint communia. Flumina alveos suos  
& ripas ex privatorum adjacentibus agris detraxisse censentur, quia passim vide-  
mus, quod alveos mutare, ac ex agris novos alveos & ripas facere soleant. arg. §.  
23. l. h. r. ergo ripa potiori jure partes agrorum, quam fluminum creduntur.

Contra mare eadem perpetuo alveum, cursum, litus initio acceptum retinet. Ergo & litus merito intelligitur propria pars ipsius maris, non privatorum.

Dices 3. Ripa est pars alvei, quia continuatur cum alveo. Atqui alveus quoad proprietatem est publicus. l. 1. §. 7. ff. de fluminibus. l. 7. §. 5. ff. de aq. rerum dominio. Ergo etiam ripa quoad proprietatem est publica. n. Distinguendo minorem: alveus est publicus quoad denominationem extrinsecam, concedo, intrinsecè, nego minorem & consequentiam. Alveus in se non est publicus, quia continuationem habet cum vicinis prædiis, quæ sunt privata, non publica. Quia vero tegitur à flumine publico, hinc ab illo recipit denominationem rei publicæ. Confer omnino *Novum ad d. §. 4. l. h. t. in f. ff. ad d. §. 23. l. eodem. n. 1. circa finem.*

### §. III.

**R**es Universitatis (quæ nihil aliud est, quam hominum incivili societate viventiæ communitas. *Wesembacius ad §. 6. l. h. t. n. 3.* ac etiam in uno conservatur. l. 7. in f. ff. quod cuiuscunque Universitatis nomine &c.) definiiri possunt, quod sint illæ, quæ secundum proprietatem ad certam universitatem pertinent, usum tamen plerumque omnibus de universitate illâ præbent. Differunt à rebus publicis, quia istæ usum præbent omnibus planè hominibus. Res Universitatis verò us tantum, qui sunt de universitate. In hunc censum pertinent theatra, stadia, forum, curia, basilica, viæ publicæ, balnea publica, pascua publica, nemora, piscinæ, aquæ ductus, fontes, campus martius, die gemeine *Walden / Hölzer / Schieß / Hütten / Tänz / Häuser / Meppen* / ac si quæ sunt res huius generis alia, §. 6. l. h. t. l. 6. §. 1. ff. de R. D. Dixi antea, usum tamen plerumque omnibus &c. nam dantur res universitatis, quarum usus non pertinet ad singulos, sed manet cum proprietate penes universitatem. l. 6. princ. ff. de contrab. emp. l. 14. ff. de aq. rerum dominio. l. 2. §. 4. ff. nō quid in loco publica. l. 15. c. 17. ff. de V. S. tales sunt servi publici, prædia, horrea, armamentaria, pens, cellæ vinariæ, cerevisiariæ, tabernæ, officinæ, vectigalia, molendina &c. quæ locari, vendi, permutari, oppignorari, aliisque modis ab administratoribus civitatum alienari possunt, modo debitæ solennitates interveniant, de quibus latè tractat *Franciscus Mantica de sacis. & ambig. convent. lib. 4. tit. 8. n. 15.*

& seqq. Et quod respectu harum rerum debet Universitas, id non debent singuli subditi aut ministri. *Herrlichius p. 1.*

*pract. conclus. 76. per totam.*



## P A R S II.

## De Jure Rerum, Dominio, ejusdem speciebus, &amp; Causis.

## SUMMARIÆ.

1. *Varia aliorum Juris in re & ad rem definitiones sub censuram vocantur.*
2. *Adducitur alia definitio utriusque Juris.*
3. *Statuntur.*
4. *Species Juris in re, ac precipua, nimirum domini definitio adornatur, & per singulas particulas exponitur.*
4. *Dominium penes duos in solidum esse non posse, probatur.*
5. *Diluuntur contraria.*
6. *Dividitur dominium in bassium, & altum seu eminentem.*
7. *Quod posterius dari, ostenditur.*
8. *Et opposita refutantur.*
9. *Nec tamen admittitur, dominium eminentem esse perfecte & strictè dictum dominium.*
10. *Describitur dominium eminentem.*
11. *Adornatur varia alia domini divisiones.*
12. *Quod ortum trahit ex jure gentium.*
13. *Et competit soli naturæ intellectuali.*
14. *Movetur controversia, an Clerici sint domini bonorum superfluum?*
15. *Bona alia sunt Ecclesiarum, alia Ecclesiasticorum.*
16. *Et hæc iterum vel secularia, vel Clericalia.*
17. *Clericalia rursus verè, vel quasi talia.*
18. *Quantitas congrua sustentationis patitur suam latitudinem.*
19. *Bona Ecclesiarum sunt in dominio immediato cujusque Ecclesia particularis.*
20. *Bona patrimonialia sunt in dominio absoluto singulorum clericorum.*
21. *Idem dicendum de bonis quasi patrimonialibus.*
22. *Idem de bonis beneficiabilibus, congrua sustentationi necessariis.*
23. *Rursum proponitur controversia, an Clerici bonorum superfluum verè domini sint?*
24. *Refertur sententia negans.*
25. *Adducitur sententia affirmans.*
26. *Quando, & quare facta sit divisio reddituum Ecclesiasticorum?*
27. *Probatur nostra negans sententia imprimis ratione.*
28. *Deinde SS. Canonibus.*
29. *Denique ex mente filiorum.*
30. *Enervatur argumentum desumptum ex Concilio Trid. sess. 23. de reformat. cap. 1. & sess. 24. cap. 12.*
31. *Solvitur objectis, facta ex cap. 65. de R. J. n. 6.*
32. *Respondetur ad aliud argumentum.*
33. *Assignatur ratio, cur Prælati Ecclesiastici rescissionem contractuum, de superfluis ad causas profanas à Clericis inchoatas, non urgeant.*
34. *Negatur consuetudo, quæ clerici, tanquam domini, de bonis superfluis ad causas profanas valde disponant.*
35. *Monstratur, sententiam nostram cum Ecclesia, tum Ecclesiasticis magis favere.*
36. *Statuitur materia domini.*
37. *Ejusdem forma.*
38. *Effectus.*
39. *Constraria.*

**C**onsideravimus res absolutè, proximum est, ut easdem expendamus relatè, sive cum respectu ad jus, quod circa illas habemus.

## §. I.

**J**us rerum, prout hic sumitur, descripsi *lib. 1. Inst. tit. 1. parte. 2. §. 3. v. §. in f.* ubi simul dixi, illud duplex esse, jus in re, sive reale, & jus ad rem, sive personale. Utriusque explicationem in presenti titulo me daturum promisi. Labet igitur promissis stare, explicationi autem meæ præmittece, quod jura hæc à variis variè definiantur. *Ludovicus Molina de l. & l. tr. 2. disp. 2. n. 1. & 2.* Dicit, jus in re esse jus circa rem aliquam, ad quod res ipsa devincta est. Jus verò ad rem esse jus circa rem aliquam, ad quod res ipsa nondum est devincta. Definitiones Molinæ sequitur *Magnificus D. P. Benedictus Petschacher in opusculo de jure in communi & in specie q. 1. art. 2. n. 1. & 4.* Novissimè jus in re describit *Clarissimus D. P. Ludovicus Babenstuber in tr. de l. & l. p. 1. cap. 1. §. 3. n. 13.* esse illud, vi cuius certa res existens ita alicui redditur devincta & obligata, ut eandem vindicare atque repetere ex cujuslibet manibus possit, quocumque devenierit. Jus ad rem verò, vi cuius non quidem res ipsa, sed persona quæppiam alicui sit devincta ac obligata vel ad rem aliquam certam, vel pretium illius reddendum. Veram explicationem istæ *Hannoldo* videntur admodum æquivoce, contra quas proinde *tr. 2. de l. & l. cap. 1. contr. 2. §. 7. n. 62.* sic discursit: vel, rem devinctam esse, est nihil aliud, quam rem obligatam esse, vel est aliquid aliud. Si prius, tunc modus loquendi, ait *Hannoldo*, est valde improprie; proprie enim obligatio non cadit, nisi in naturam intellectualem, res ipsæ per metaphoram solum nobis dicuntur devinctæ. Si posterius, tunc restat ulterius explicandum, quidnam ergò aliud sit, esse devinctum, quam esse obligatum. Adhuc cur non æquè vi juris ad rem obligatus & devinctus mihi sit equus venditus quidem, sed necdum traditus, cum non possit amplius licite vendi alteri, imò si vendatur alteri sine traditione, venditio sit nulla? Certè in *l. 9. §. ult. ff. quod metus causa. in l. 27. §. 2. ff. de peculio. in l. 3. §. ult. ff. ad exhibendum* occurrunt plura exempla, ubi ei, qui tantum jus ad rem habet, res ipsa tamen ita devincta est, ut eandem repetere ex cujuslibet manibus possit, quocumque devenierit. Sic qui metu coactus rem tradidit, non habet, nisi jus ad rem, & tamen res ipsa ita eidem est devincta, ut repetere à quocumque possessore illam possit. *d. l. 9. §. ult.* Pari modo, qui cum servo aut filiofamilias contraxit, non habet, nisi jus ad rem, & tamen agere potest contra quemcumque peculii possessorem. *d. l. 27. §. 2.* Item, cujus ob jus personale interest, rem exhiberi, jus habet duntaxat personale, & nihilominus experiri potest contra omnem, qui rei exhibendæ potestatem habet. *d. l. 3. §. ult.* Vice versâ potestas dominica est species juris in re, & tamen proximè respicit personam mancipii, quæ nobis devincta est. Quodsi dicas, mancipium considerari, ut rem, non ut personam, restat, explicandum (sunt verba *Hannoldi d. n. 62. in f.*) discrimen harum formalitatum, ad discernenda jura, quæ circa illas verantur. His præmissis

2 Definitio jus in re cum *Hannoldo d. 6. 7. num. 65. & Clariff. D. Doct. Glesio p. m. part. 1. select. quest. 13. n. 2. nec non Inst. h. t. num. 4.* esse illud, quod proximè tendit ad subijciendam nobis rem aliquam vel personam, rei instar consideratam, in ordine ad certas actiones, quas vi juris nostri circa illam possumus exercere. Jus ad rem verò cum *Hannoldo d. loc. n. 66. & D. Doct. Glesio dictis locis.* esse illud, quod proximè tendit ad subijciendam nobis personam aliquam in ordine ad actionem vel omissionem actionis, ad quam persona illa vi juris nostri proximè est devincta: Sic Dominica potestas est species juris in re, quia respicit personam tanquam rem aliam, de qua proximè disponere vi juris nostri possumus. Econtra jus, vi cuius te obligatum habeo, ut equum mihi venditam tradas, est jus ad rem, quia vi juris hujus de ipso equo proximè disponere necdum possum *arg. l. 20. Cod. de pactis.* Sed autam personam teneo devinctam, quam jus meum in ordine ad traditionem equi mihi proximè & immediatè subordinat.

## §. II.

3 **J**uris in re plures occurrunt species, puta, dominium; rem enim, quam respicit, proximè nobis subijcit, in ordine ad omnem dispositionem, cujus res illa est capax. Servitus; quia rem, in qua fundatur, proximè nobis subijcit in ordine ad usum, cujus gratia constituta est. Pignus, & possessio. Has inter species eminet dominium, quod duobus modis considerari potest. absolute & relatè, sive cum respectu ad modos, quibus acquiritur. Absolute consideratum definitur à variis variè. à *Wesembecio & Brunno Sarbio* hoc modo: est jus, vi cuius res aliqua est propria. à *Stranchio & Amaldeo Eckh* hoc modo: est jus, vi cuius res corporalis propria est. à plerisque sequacibus *Barthol. apud Mollinæ d. tr. 2. disp. 3. n. 1.* hoc modo: est jus de re corporali perfecte disponendi, nisi lege prohibeatur. Sed definitiones has non immeritò sub censuram vocat *Crisp. Steph. Hannold tr. 3. de l. & l. cap. 1. com. 1. §. 3. n. 16.* Quia vel definitur unum relativum per aliud correlativum, quod est vitium bonæ definitionis: vel angustis nimis terminis dominium circumscriptur, cum hoc non tantùm res corporales, sed etiàm incorporales ambitu suo complectatur.

Accuratè dominium definiri potest hoc modo: est potestas de re nomine proprio immediatè disponendi per actiones lege permissas, non impedibilibus licet ab aliis.

Dicitur 1. *Fortissus*, seu jus reale, cujus dominium potissimum, & potentissima species est. Unde falluntur, & fallunt, qui docent, dominium converti, & esse omnino idem cum jure in re. Differunt enim ut genus, & species: nam qui habet servitutem, possessionem, pignus, habet jus reale, non tamen habet dominium, ut bene advertunt *P. Illung Theol. pract. tr. 4. disp. 2. q. 2. art. 2. §. 55.* & *P. Jos. Gibalinus de usuris lib. 1. cap. 2. art. 4. n. 11.* Qui posterior vit.

loco cum Clariss. D. P. Paulo Mezger *Theol. Scholast. tom. 3. tr. II. diff. 26. art. 1. §. 2. n. 9.* contra Molinam solidè probat, dominium non esse tantum casualiter, sed imò formaliter jus reale & hoc implicari in dominio, sicut animal in homine, vel universim genus in sua specie.

Dicitur 2. *de re. sive corporali, sive incorporali*; imò etiam de personis, rerum instar consideratis, puta, servis, & ancillis.

Dicitur 3. *nomine proprio.* nè fortè tutores, curatores, procuratores, &c. censeantur domini, eò quòd facultatem habent disponendi de rebus, & quidem quandòque æquè liberam, ac ipsæ personæ principales. Cùm enim solummodò disponant nomine alieno, non sequitur, dominium esse penes ipsos.

Dicitur 4. *immediatè.* in quo differt dominium à suis specie Juris in re, servitute nimirum, & pignore, quarum illa, exclusà immediatà dispositione, saltem tribuit utilitatem rei alienæ, hæc verò securitatem in re alienà.

Dicitur 5. *disponendi.* hoc est, re utendi, abutendi, eam alienandi vel actu inter vivos, vel ultimæ voluntatis; servandi, destruendi, consumendi, abjiciendi &c. quo sensu Imperator Constantinus in *l. 21. Cod. Mandati.* ait, quemque suæ rei moderatorem esse, atque arbitrum. Per quod dominium differt à possessione, quæ tantum est jus detinendi rem aliquam, cum affectu sibi habendi; idque cum, vel sine opinione domini.

Dicitur 6. *per actiones legè permissas.* Hinc licet pupilli, & minores de rebus suis liberè, & se solis, obresistentiam legis, disponere nequeant, sunt tamen veri domini rerum suarum, utpotè habentes jus primum & radicale disponendi, usu saltem ligato & impedito, quò minus possit exire in actum secundum. *Illung d. art. 2. n. 54. in f.*

Dicitur 7. & ultimò. *Licetè non impedibilis ab aliis.* Quas particulas non idèò addo, ut negem, secundam venditionem contra jus primi emptoris, jure domini factam, & secuta traditione validam esse, licet à primo emptore licetè potuerit impediri; satis enim perspectum habeo textum in *l. 15. Cod. de R. V.* Ubi Imperatores Diocletianus & Maximianus verbis perspicuis rescripserunt, quoties duobus in solidum, prædium jure distrahitur, eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem. Si enim juxta explicationem particularum immediatè præcedentium, lex in bonum domini, vel ob finem alium, actum secundum omninò impediens & annullans, nihilominus salvum relinquit dominium, & radicalem potestatem disponendi; minus dubium est, quis lex, ob jus tertii, actum secundum solummodo prohibens, salvam relinquat radicalem potestatem disponendi. Ultimas itaque particulas hæcè idèò astuo, ut excludam illud impedimentum, quod de jure licitum, tolleret ipsam radicalem disponendi facultatem; quale foret, si alius firmum ac stabile jus in eandem rem haberet, quod vocant dominium in solidum, id est, adæquatum, plenum, & perfectum jus de tota re pro libitu disponendi; hoc, inquam, domi-

minium cum Clariss. meo D. Professore Joanne Balthasare Brans p<sup>re</sup> mem. de dominio cap. 5. §. 3. n. 1. & seqq. dico, omnino rhimaricum esse & impossibile,

Probat<sup>ur</sup> 1. ex textu luculento in l. 5. §. f. ff. commodati. ubi Celsus apud Ulpianum ait, duorum dominium vel possessionem in solidum esse non posse. Neque dicas 1. Ulpianum in cit. loc. saltem referre sententiam Celsi, non approbare. Contra enim est, quod Ulpianus nec minimo signo innuat, sententiam Celsi sibi displicere, aut dubiam videri, adeoque eandem approbare censetur; cum secus plane inutiliter retulisset, & authorem, à quo memoratam sententiam hausit, frustra citasset. Neque dicas 2. sensum legis esse, quod regulariter non sit dominium penes duos in solidum. Contra enim est, quod in d. loc. non dicatur, duorum dominium in solidum esse non solens, sed esse non posse. Quæ verba, nisi temerè torqueantur, impossibilitatem & repugnantiam significant. Adhuc in cit. §. ult. dominium penes duos in solidum esse posse negatur eo modo, quo negatur possessio: atqui possessio non solum regulariter non est penes duos in solidum, sed etiam repugnat esse: ergo repugnat quoque dominium penes duos in solidum. Minor probatur tum ex l. 19. pr. ff. de precario. Ubi IC. Julianus negat, duos in solidum vi aut clam possidere posse, eò quod neque duæ possessiones justæ, neque duæ injustæ concurrere valeant. Tum specialiter ex l. 3. §. 5. ff. de atq. vel amit. possess. Ubi Paulus in hæc verba: Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut, si vis ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit, cum, qui precario dederis, & ipsum possidere, & cum, qui precario acceperis. Idem Trebarius probabat, existimans, posse alium justè, alium injustè possidere: duos injustè, vel duos justè non posse. Quem Laber reprehendit: quoniam in summa possessionis non vultem interest, justè quis, an injustè possideat. Quod est verius: non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto: vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris. Atqui ut duo in eodem loco stent vel sedant, manifestè repugnat, & malè dixeris, regulariter solum id non fieri: ergo etiam possessio penes duos in solidum repugnat, nec dicere fas est, regulariter tantum esse non posse. Neque velim, ea tunc sedeat sententia menti, ut ex istimet, in cit. l. 3. §. 5. negari solummodò possibilitatem duorum naturaliter possidentium, hoc ipso, quod paritas fiat à stando vel sedendo. Nam in adversum sic arguor: vel lex solum vult, duos non posse naturaliter possidere, ita, ut ambo eidem rei in eadem parte corporaliter insistant; vel ut plane non possint uni rei corporaliter insistere, hoc sensu, quod non possint duo naturaliter fundum in solidum possidere per hoc, quod quivis saltem alicui parti insistat; sicut unus naturaliter dicitur possidere totum fundum in solidum, quamvis insistat uni tantum parti: nec enim totus in toto funde esse potest, & totus in qualibet parte. Quidquid dixeris, contra erit: ergo &c. Minor probatur: si

primum afferas, sequetur, in recitata lege nihil definitum fuisse, quàm quod aliunde lippis & 10a foribus notum est. Certè Labeo & Paulus in *cit. loc.* in eo occupati erant, ut expungerent sententiam Trebatii, *existimantis, posse alium, justè, alium injustè possidere*; licet idem Trebatius falsus sit, *duos justè, vel duos injustè possidere non posse*. Quis autem sibi persuadeat, Trebatium in tantum delirasse, ut crediderit, duos naturaliter ita possidere posse, ut ambo eidem rei in eadem parte corporaliter insistant? Praesertim cum ipse agnovit, duos justè, vel duos injustè possidere non posse. Ergò sensus legis, Trebatium impugnantis, longè alius esse debet. Porro in hac explicatione, quam adversarii comminiscuntur, dum putant, solùm rejici corporalem ejusdem rei, quoad eandem partem possessionem, omnino ineptè adducta fuisset paritas de stando, vel sedendo: nec enim fuisset paritas, sed identitas, ac sensum habuisset ludicrum, nempe istum: *non magis duo in eodem loco stare vel sedere possunt, quàm duo in eodem loco stare vel sedere possunt*. Quod quàm absurdum sit, quis non videat? Cæterùm cur lex paritatem fecerit de stando, sedendovè, in probatione *ita* declarabitur.

Quodsi jam zdum affirmes, assumo, quod ais, ita ratiocinando: si penès duos posset esse dominium in solidum, tunc etiam penès duos posset esse possessio naturalis, modo altero explicata; ergò si fatearis, ex *d. l. 3. §. 5.* non posse hoc modo penès duos esse possessionem naturalem, etiam dominium penès duos in solidum, admittere haud poteris. Sequela antecedentis probatur: si dominium à duobus in solidum acquiri possit, tunc non obstat, quia ambo simul ejusdem v. g. fundi possessionem capiant per corporalem illius ingressum, praesertim cum dominia non nudis pactis, sed traditionibus transferantur. *l. 20. Cod. de pactis*. Atqui ambobus ita capientibus possessionem, uterque naturaliter possidet: Ergo admisso dominio penès duos in solidum, debet quoque admitti naturalis possessio penès duos in solidum: quod tamen in *in d. l. 3. §. 5. ff. de acq. vel amit. possess.* expressè negatur.

Neque dièsi 3, cum recens aucto Friderico à Someting introductione in *in Univerium Jus. h. r. p. 2. n. 36.* Ulpianum in *l. 5. §. 15. ff. commodati*, negare duorum dominium in solidum, quod unicuique ex pluribus privativè competit, ut actualem dispositionem pro eodem instanti reali ponere possit. Aliud dicendum esse de dominio pluribus cumulativè competentibus, quod inter duos in solidum dari posse putat, ita, ut uterque de re illa pro eodem tempore disponere possit, deturque locus praevencioni, ac ille, qui alteram actuali dispositione praevenerit, primùm acquirat dominium privativè cum exclusione alterius. Contra enim est, quòd, quàm parùm Trebatius in *in l. 3. §. 5. ff. de acq. vel amit. possess.* credidit duos naturaliter ita possidere posse, ut ambo eidem rei in eadem parte corporaliter insistant, tam parùm etiam Ulpianus in *l. 5. §. 15. ff. commodati* unquam somniaverit, duos ita in solidum ejusdem rei dominos esse posse, ut actualem dispositionem pro eodem instanti reali



interque ponere possit, præsertim cum dominium & possessionem duorum in solidum in memorato §. 15. conjungat. Ergo Ulpianus excludere voluit dominium, pluribus cumulativè competens.

Neque dicas 4. Ulpianum & Celsum voluisse, dominium penes duos in solidum esse non posse sine speciali conventione. Contra enim ex *d. l. 5. §. 15.* satis convincitur, id omninò repugnare. secus lex iterum aliquid decideret, quod plane fuisset inutile, nec dignum, ut ejusdem sententiæ auctor Celsus referretur; cum aliunde apertum sit, citra specialem conventionem non posse plures dominos esse in solidum pro diviso, et quòd sine tali conventione nec pro indiviso plures domini ejusdem rei esse possint. Quoniam ergo in *d. l. 5. §. ult. ff. commodari.* negatur dominium penes duos in solidum esse posse, nempe pro diviso, admittitur verò pro indiviso; debet prius etiam stante speciali conventione repugnare; aliàs nulla foret differentia inter unum & alterum. Ad hæc ipsa verba: *esse non posse*: nisi vis inferatur proprietati verborum, satis elidant responsionem adverbiorum.

Neque dicas 5. adductam legem solùm velle, in commutationibus & alienationibus dominium plurium in solidum repugnare.

Contra enim est, quòd textus non distinguat, proindeque nec nostrum sit distinguere. Deinde nulla apparet ratio excipiendi commutationes & alienationes, si ex naturâ rei non obstat, quin plures in solidum possint esse domini.

Probat 2. qui solus habet dominium rei, habet plus juris realis, quàm si alius simul habeat dominium: Ergo in posteriori casu penes neutrum erit dominium plenum; de quo tamen impræsentiarum queritur. Conseq. constat, quia dominium illud non est plenum, cui aliquid juris deest. Antec. prob. ille dominus habet plus juris realis, qui potest alium quemcumque quocumque tempore excludere, eumque obligare, nè in re, jure domini ad se pertinente, dispositionem suam unquam impediatur, nè in re utendâ, vendendâ &c. præveniat; quàm ille dominus, qui non potest quemcumque alterum quocumque tempore excludere, & obligare, nè dispositionem suam unquam impediatur, & præveniat: sed qui solus est dominus, potest quemcumque alterum quocumque tempore excludere, & quemvis alium obligare, nè suam dispositionem unquam impediatur, aut in rei usu præveniat: econtra qui solus non est dominus, non potest alterum quemcumque quocumque tempore excludere, & obligare, nè suam dispositionem unquam impediatur, & præveniat; ergo qui solus est dominus, habet plus juris, quàm qui ita est dominus, ut simul alius habeat dominium. Minor est certa; & major videtur innegabilis, quia posse quemcumque alium quocumque tempore excludere, & obligare, nè unquam se præveniat, & dispositionem suam, vel usum impediatur, est verè aliquod jus activum; consequenter qui hoc habet, plus juris habet, quàm ille, qui eodem caret.

Probatur 3. qui solus habet dominium, habet dominium magis aestimabile, quàm si alius simul habeat: ergo posterius dominium non est plenum; secus foret æquè aestimabile. Antecedens patet; quia quisvis etiam ex adversariis, magis appetet, solus esse dominus, quàm pati condominium; nec prudentum ullus tanto pretio rem emet, cujus dominium etiam penes alium futurum est, quàm cujus solus poterit esse dominus. Respondebis, hoc nihil derogare plenitudini domini, ad quòd in locis, quæ bellorum tumultibus sunt obnoxia, fundi & prædia minoris aestimantur, quàm secus aestimarentur; & tamen illorum domini habeant dominium plenum. Sed contra est, quòd in casu, quo dominium prædii, hostium insultibus ac rapinis expositi, sit minus aestimabile, id ab extrinseco proveniat, proindeque non deroget plenitudini domini, quæ ab aestimabilitate intrinseca aestimatur. At verò, si habeam dominium rei, cujus etiam alius est dominus, tunc meum dominium est minus aestimabile ab intrinseco, quàm dominium, quòd quis solus habet; quia tum ex probatis habeo minus juris, quàm alius; cum non habeam jus, quemcùnque alterum quocùnque tempore excludendi; & obligandi, nè dispositionem meam unquam impediat, ac præveniat. Ad hæc periculum invasionis hostilis non est aliquod onus, obligans dominum, ut patiatur hostium incursum; sicut onus, sustinendi alius prævenientem, me obligat, ut præventionem sustineam; quòd onus est aliquid intrinsecum. Denique per discrimen bellicum nemo acquirit jus, vi cujus impedire posset liberam domini dispositionem: At, concessio plurium dominio in solidum, alius simul haberet jus, & quidem jus, me præveniendi impediendi, notum est autem, tantum cuius de jure decedere, quantum alteri accedit.

Prob. 4. Ideo domini ejusdem rei in solidum, haberent dominium plenum, quia, quòd unus præveniendi, alterius dispositionem impediat, se tenet solummodò ex parte actus secundi, cum præventio sit aliquid facti, proindeque non impediatur plenitudinem actus primi: sed hæc ratio nulla est; ergo, &c. Minor prob. 1. Jus plenum datur ad hoc, ut quis plene & liberè etiam in actu secundo disponere possit, atque ad id alius actum huic sine injuria impedire nequeat: imò in hoc consistit injuria, quòd quis impediatur actuale exercitium, ad quòd alter jus habet: ergo si quis possit quòd actum secundum sine injuria impediri, non censetur habere jus plenum. Probatur jam minor 2. licet præventio se teneat ex parte actus secundi, jus tamen præveniendi in uso, & obligatio sustinendi præventionem in altero, dantur ante actum secundum; cum aliis præveniens huic injuriam faceret, nisi priùs supponeretur habuisse jus præveniendi: ergo derogatur plenitudini domini etiam in actu primo. Consequ. prob. si unus habeat jus præveniendi, antequàm actu præveniat, tum alter etiam ante illum actum præventionis jam habet obligationem sustinendi præventionem, si sit futura. Sicut enim jus præcedit id, ad quòd aliquis jus habet, ita & obligatio præcedit illud, ad quòd quis obligatur. At qui habet obligationem,

nem, sustinendi alterum praevenerit, non habet jus plenum in actu primo : ergo licet praevencio se teneat ex parte actus secundi, per eam tamen derogatur plenitudini domini, etiam in actu primo. Minor rursus probatur : in illo genere jus activum non est plenum, in quo conjunctum habet jus passivum : sed qui jus habet activum disponendi de re, & simul obligationem sustinendi alium, casu quo disponendo praevenerit, ille habet in eodem genere jus activum, conjunctum cum jure passivo : obligatio enim est jus passivum : ergo qui habet jus activum disponendi de re, & simul obligationem, sustinendi alium, casu quo disponendo praevenerit, non habet jus activum plenum.

Probatur §. urgendo illam paritatem, quae in *d. l. 3. §. 1. ff. de a. vel. a. p.* suggeritur : non possunt in physicis duo in eodem loco stare, vel sedere ; ergo etiam in moralibus non possunt esse duo domini pleni, seu adequati ejusdem rei. Conseq. prob. ideo repugnat, naturaliter falsum, duo corpora adequata esse repletiva ejusdem loci, quia ex ipsa ratione adaequationis venit, ita adaequare totum locum, ut alteri corpori nihil relinquatur ad eundem locum adaequandum : ergo repugnabit quoque, duos esse dominos adequatos ejusdem rei, quia ex ipsa ratione adaequationis venit, ita adaequare totam rem, in qua quis habet dominium, & liberam dispositionem, ut alteri nihil relinquatur in ordine ad dominium aut liberam dispositionem ejusdem rei.

Objic. I. occurrunt in jure duo rei credendi seu stipulandi, quorum utriusque eadem res ex eadem causa ab uno simul & semel in solidum debetur. §. 1. *inst. de duobus reis stipul. l. 2. l. 3. §. 1. ff. de duobus reis constit. l. 31. §. 1. ff. de novat. & delegat.* ergo etiam duo condemnari in solidum esse possunt. *¶* Ad haec negando, utramque ex duobus correis credendi habere jus plenum personale, quis plenius foret jus, quod quis solus haberet. Et, licet in dd. verbis asseratur, utramque habere jus in solidum ex parte objecti, ita ut *ly in solidum* appellet supradictam, ad quam habeat jus, non tamen uterque habet jus in solidum ex parte subjecti, ita ut *ly in solidum*, appellet supra ipsius jus. Quod satis inveniunt ipsi textus oppositi. Nam in *d. §. 1. ff. de duobus reis stipul. dicitur, solidum singulis debetur.* & in *d. l. 3. §. 1. ff. de duobus reis constit.* asseritur : *potest ab uno eorum solidum peti.* Hoc est, res tota singulis debetur, non verò pars una uni, & pars altera alteri. Ex quo nondum probatur, utriusque jus in se totale & plenum esse. Nam etiam plures domini pro indiviso sunt domini in solidum, si *ly in solidum*, appellet supra objectum seu rem, cum non pars una uni, & alia alteri, sed tota singulis, pro indiviso, subjecta sit; neque tamen dixeris, eos esse dominos plenos.

Dices : juxta *cit. l. 3. §. 1.* potest ab uno eorum solidum peti : ergo etiam unus eorum habet plenum jus, seu in solidum, *ly in solidum* appellante supra ipsius jus. Probabis consequentiam : quando jus illud se solo & sine concursu alterius est sufficienter ad exigendam rem solidam, tunc ipsam quoque jus est solidum

solidum, seu plenum & totale; quemadmodum in physici causa, quae se sola sine concursu alterius causae sufficiens est producere totum effectum, dicitur causa totalis, totalitate non solum effectus, sed etiam totalitate virtutis & causae; atqui sibi ab uno potest solidum peti, tunc ejus jus est se solo, & sine concursu alterius sufficiens ad exigendam rem solidam; ergo etiam jus illud est solidum, plenum, & totale. *¶* Neg. conseq. ad probat. disting. majorem: quando jus illud se solo est sufficiens ad exigendam rem solidam absolute, hoc est, pro omni casu & tempore, tunc est jus plenum, concedo, si se solo est sufficiens solum restrictivè ad casum, quae exigens praevnit, & ab altero non praevnitur, nego majorem, & sic distincta minore nego consequentiam. Jus plenum non est, cui aliquid juris deest; atqui ei, qui solidam quidem potest exigere in casu, quo praevnit, non verò in casu, quo praevnitur, aliquid juris deest; cum plus juris haberet, si haberet jus, alium exactorem prorsus excludendi, quale jus competit illi, qui soli habeat jus. Adeoque permiserim, praevnitione acquiri posse jus plenum, nego autem, antea haberi; quia pro priori ad praevnitionem aliter non habet jus excludendi quemcumque alium.

Instabis; possunt duo coram stipulandi concurrere in actuali petitione, quo casu utriusque solvitur totum, seu una res solida ambobus; ergo habent jus in solidam etiam pro casu, quo neuter alium praevnit. *¶* Si ex hac instantia probetur plenitudo juris, probabitur etiam, eos habere plenum jus, qui habeat jus pro indiviso, ut patet quibus etiam una res solida solvitur. In forma autem distinguo consequens; ergo habent jus in solidum etiam pro casu, quo neuter alterum praevnit, ut acquirant rem cumulativè, concedo, ut acquirant rem privativè, nego consequentiam. Hoc ipso autem non est jus plenum, quia plus utriusque juris habet ille, qui potest totum acquirere privativè, nec tenetur parti alium concurrere volentem. Adeoque manet adhuc verum, in casu correptionis obligationis utrumque habere jus in solidum ex parte obiecti, quia utriusque jus rem solidam respicit; non autem ex parte subjecti, quasi amborum jus plenum foret.

Urgebis; non obstante, quod aequè repugnare videatur, id, quod totum debetur uni, totum deberi alteri, quam unum habere jus totum, & simul alterum habere jus totum, potest nihilominus una res duobus deberi in solidum ita, ut *ly in solidum* appellet supra obiectum; ergo potest etiam una res duobus deberi in solidum ita, ut *ly in solidum* appellet supra ipsum jus. *¶* Ad primum membrum antecedens, distinguendo, aequè videtur repugnare, id, quod totum totaliter, seu quoad totale commodum debetur uni, totum deberi alteri, concedo, quod totum debetur uni; sed non totaliter, seu non quoad totale commodum, totum deberi alteri, nego antec. & conseq. Licet in casu, quo *ly in solidum* appellat supra obiectum, utriusque debeatur totum, hoc sensu, quod non unica pars, & pars certa debeatur alteri; neutri tamen debetur totaliter seu quoad

quod totale commodum : quia majus commodum quis haberet , si solus haberet jus , & posset quemcumque alium quocumque tempore excludere.

Objic. 2. cum recens aucta *introductione Sometingiana* : pag. 167. & seq. pupilli, minores, furiosi, dormientes, &c. sunt veri, perfecti, & pleni domini rerum suarum, licet iisdem non competat actualis dispositio : ergo etiam dominus, à condominio præventus, erit piensus dominus, licet eidem tunc non competat actualis dispositio. Certè cum verba, in definitione posita, non dicant actum, sed saltem potentiam ; ideò etiam in definitione domini non debet requiri actualis dispositio, sed saltem potentia. *z.* Neg. conseq. disparitas est amplissima ; quia impotentia disponendi in pupillis, minoribus, amentibus, &c. provenit àb impedimento, dominio eorum prorsus extrinseco, videlicet ex ordinatione legis, aut ex defectu usùs rationis, non ex defectu juris, cum penes alium non supponatur esse jus, adeòque penes ipsos est jus plenum. Econtra si dominus, & simul alius condominus habeant ejusdem rei dominium, tunc, si condominus dominum præveniat, dominus de re disponere non potest ob impedimentum intrinsecum, defectum scilicet juris, quia non habet jus, condominum prævenientem excludendi ; quale jus haberet, si solus esset dominus ; ubi, proinde plus juris haberet. Quod de verbis in definitione positis, & potentiam, non actum importantibus, additum fuit, hoc ipsum est, quod duorum dominium in solidum excludit, tum quia dominium plenum saltem dicit potentiam adeò expeditam, ut alius sine injuria nequeat impedire, què minus illa potentia quocumque tempore prohibita prodire valeat in actum secundum : tum quia condominus, habens jus præveniendi, actuali præventionem non, tantum, impedit actum secundum alterius domini, sed insuper ligat ejusdem liberam potentiam disponendi, & jus excludendi quemcumque alium quocumque tempore, quam & quod haberet, si solus foret dominus.

Objic. 3. in ipsa l. 5. §. ult. ff. *commodati*. admittitur, duos posse habere ejusdem rei usum in solidum ; ergo possunt etiam duo habere ejusdem rei dominium in solidum. *z.* Neg. conseq. ratio disparitatis assignatur in objecto, textu §. ult. *verf. usum, autem, &c.* quia videlicet commodè quis balneo etiam cum alio uti potest, sine suo præjudicio, ita ut æquè utatur cum alio, ac si solus uteretur ; idem est de partica ambulatoria ; idem de campo, qui sumitur pro ampla plautie, sive in urbe, sive extra urbem ; datur proinde duorum ejusdem rei usus in solidum tunc, quando res habet magnam latitudinem, & spatiositatem ( ut notat Glossa major *ad d. l. 5. §. ult. lit. M.* ) propter quam moraliter censetur non tam una res, quam multiplex, cum usum suum in plures æqualiter dividere possit. Econtra admisso duorum dominio in solidum, unus non æquè potest disponere, quam si solus esset dominus, hoc ipso, quòd à condominio impediri possit.

Objic. 4. Si servitus itineris, viæ, actûs, debeat fundi communi, pluribus fundi dominis ita debetur in solidum, ut omnes in actu secundo viæ &c. concurrere possint. l. 4. §. 3. ff. si servitus vindicetur. Ergo etiam dominium penes plures in solidum esse poterit. R. Sicut inter plures fundi communis dominos neuter habet dominium plenum, prout ipsi Adversarii fateri debent; ita etiam ex servitute, fundo communi debitâ, neuter dominorum acquirit jus plenum, cum jus hoc æquè sit illis commune. Undè in forma disting. antec. servitus debetur pluribus in solidum, ita ut ly *solidum* appellet supra objectum, concedo antec. ut appellet supra cujusvis jus, nego antec. & conseq. distinctionem suggerit d. l. 4. §. 4. in f. ubi hæc ratio redditur: quia *divisionem hæc res non recipit*. cum enim servitus sit individua, tota in toto, & tota in qualibet parte fundi, neque in parte constitui possit, sed diffundatur per omnes fundi glebas. l. 9. pr. l. 17. ff. de servit. l. 23. §. 3. ff. de S. P. R. hinc in opposita l. 4. §. 3. ff. si servit. vind. rectè dicitur, unicuique dominorum competere actionem in solidum: neque enim potest vindicari servitus, nisi solida; interim tamen neuter ex dominis seorsim habet plenum jus, quemadmodum in re communi neuter habet dominium plenum. Aptè proin in cit. l. 4. §. 3. subjunguntur formalia: itaque de jure quidem ipso singuli experiuntur, & victoria etiam aliis proderit: affirmatio autem, ad quod ejus (agentis) interest, revocabitur. quibus innuitur, eum, qui in solidum agit, jus plenum non habere, nec agendo servitutem sibi soli, sed omnibus condominiumis, quorum nomine agere videtur, vindicare, pro sua persona verò saltem particulare interesse persequi. Possunt videlicet servitutes quædam pluribus interdum deberi in solidum, ita tamen, ut censeantur moraliter & virtualiter multiplices. Sic potest servitus itineris, viæ, actûs, deberi uni, & simul alteri, quia usus utriusque potest esse commodus, quin unus utendo alteri præjudicet, eò ipsò, quod plures simul ire, agere, &c. possint, neque unus eundo aut agendo alterum impediat: quo respectu servitutes virtualiter sunt multiplices, cum usum suum dividere possint in plures, sine alterutrius præjudicio. Similiter servitus altius non tollendi potest totaliter deberi duabus ædibus, & est virtualiter multiplex, quatenus ambabus æquale commodum asferre potest; sicut econtra altior ædificatio duplex causaret damnum, præjudicando duobus prædiis. Aliter discurrendum, si duo essent domini ejusdem rei, ut quæ non censeretur æquè unius dispositioni liberæ subjecta, ac foret, si unus esset dominus.

Objic. 5. in uno territorio, vel in una, eademque causa potest jurisdictione esse penes duos in solidum, sive deinde sit delegata, cap. 8. de offic. jud. deleg. in 6. sive ordinaria, cap. ult. de sens. & re jud. uti in causis mixti fori: Ergo etiam in eadem re potest dominium esse penes duos in solidum. R. Disting. antec. potest penes duos esse jurisdictione in solidum, ut ly *solidum* appellet supra causam, in qua duo obtinent jurisdictionem, concedo, ut ly *solidum* appellet supra

ipsam jurisdictionem, nego antec. & conseq. Quam verum est, quod post præventionem unius præveniens respectu illius causæ plenam jurisdictionem nanciscatur, cum jus tunc acquirat excludendi alium ab exercitio jurisdictionis, adeoque præventionem suam compleat jurisdictionem antea minus plenam & imperfectam; tam falsum est, quod jurisdictio antecederet utrinque plena fuerit, quia plenior atque est jurisdictio illius, qui habet jus excludendi omnem alterius jurisdictionem.

Objic. 6. potest pignus in eadem re duobus eodem tempore constitui, & singulis in solidum acquiri. *l. 10. l. 16. §. 8. ff. de pignor. l. 1. §. 1. ff. de Salviano interdicto.* Ergo potest etiam dominium in solidum esse penes duos. *ꝛ.* Rursus disting. antec. uti prius, ut *ly solidum* appellet supra objectum pignoris, concedo, ut appellet supra jus pignoris, nego. Utrique creditori in casu constituti pignoris non competere jus plenum, patet ex *d. l. 10. c. l. 1. §. 1.* ubi dicitur, inter ipsos autem creditores si quæstio moveatur, possidentis meliorem esse conditionem; dabitur enim possidenti hæc exceptio: *Si non comvenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset.* Possidens igitur pignus habet plenius jus, quia habet jus contra alterum creditorem hypothecarium, non item hic contra illum, sed saltem contra extraneos, a quibus pignus vindicare potest.

Objic. 7. text. in *l. 3. princ. ff. uti possidetis.* ubi supponitur possessio duobus in una re competere; ergo etiam dominium duobus in una re poterit competere. *ꝛ.* Cum possessio in solidum penes plures aperte rejiciatur in *l. 5. §. 1. ff. commo-dati. l. 3. §. 5. ff. de a. vel a. p. l. 19. pr. ff. de precario.* ideo textum oppositum exaudiendum esse de diverso jure possidendi, ita ut unus civiliter, alter naturaliter possideat. Videatur Brunnemann, *ad d. l. 3. n. 2.*

Objic. 8. in casu, quo Cajus bona sua tum præsentia, tum futura donavit Ecclesiæ, & postea Sempronius Cajo donet prædium, tam Cajus, quam Ecclesia eodem instanti simul eruat domini ejusdem prædii; Cajus quidem, quia titulo donationis, atque adeo ad transferendum dominium habili, & traditione secuta acquisivit dominium fundi; Ecclesia verò, quia hæc etiam sine traditione, vi solius donationis acquirit dominium: ergo datur duorum dominium ejusdem rei in solidum. *ꝛ.* Ad antec. negando, quod in posito casu tam Cajus, quam Ecclesia eodem instanti acquirant dominium; nam vel Cajus nomine Ecclesiæ quasi procurator ejusdem acquirit dominium; vel, si suo nomine acquirat, dominium prædii transit ad Ecclesiam post instans, quo Cajus id fuit consecutus.

Objic. 9. donatarius in instanti donationis est dominus doni, itémque donator, quia hic in instanti donationis liberè ac perfectè disponit de re, quam donat: ergo &c. *ꝛ.* Ad hoc, ut de re aliqua liberè disponens, sit ejus dominus, requiri, ut disponat dispositione conservativa domini; quòd si dispositio sit destructiva domini, tam parùm manet dominus, quam parùm in instan-

et completivo combustionis, tanquam exercitii destructivi domini, manet dominus rei combusta.

Objic. 10. Dominium plenum non minuitur, licet dominus alteri concedat usumfructum, & per hoc ipse non habeat omnimodam dispositionem, sed ab eadem impediri possit per fructuarium; ergo etiam dominium manet plenum, licet alius simul habeat dominium, vi cuius impedire possit alterius liberam dispositionem. R. Neg. consequ. disparitas est, quod in priori casu libera domini dispositio non impediatur impedimento intrinseco, seu proveniente ex defectu domini, ut quod in fructuarium translatum non est; sed impediatur impedimento extrinseco, inducto vel à lege, si ususfructus sit legalis; vel à iudice, si judicialis; vel conventionione, si conventionalis. E contra in nostro casu dominus, obstructus pati preventionem condomini, in libera sua dispositione impeditur ex defectu juris, quod non habet impediendi preventionem condomini.

Objic. 11. quævis Respublica vi alti & eminentis domini dispositionem privati domini impediatur, propterea tamen non censetur minus plenus dominus: ergo etiam non censetur minus plenus dominus, licet condominium vi condominium dispositionem privati domini impediatur. R. Nego consequ. & paritatem. Disparitas est, quod, sicut dominium bassum est subordinatum domino alto, ita & dispositio domini bassi seu privati subordinata sit dispositioni domini alti, tanquam superioris; quo tamen non obstante habens dominium bassum in suo genere est plenus dominus, quia in suo genere non laborat defectu juris, sed subordinatur saltem alto & eminenti domino juxta exigentiam boni communis. E contra dispositio domini privati non est subordinata dispositioni alterius privati & bassi domini, à quo proinde si in dispositione sua excludatur, excluditur ideo, quia non habet jus excludendi omnes alios privatos; quod tamen haberet, si solus foret dominus.

Objic. 12. text. in l. 7. §. 10. ff. de a. r. d. ubi J. C. Cajus ait, eum, qui in suo solo ex aliena materia ædificavit, fieri dominum ædificii, nec tamen ideo alterum, qui materię dominus fuerat, desinere dominum ejus esse: ergo materię illius dominium est simul penes duos in solidum, nempe penes ædificantem, & penes eum, ex cujus materia ædificium constructum est. R. Neg. consequ. in oppositâ lege bene distinguitur, ac ædificans vocatur dominus ædificii, alter dominus materię, quæ seorsim spectata, puta, secundum lapides, tigna, cæmenta, &c. utique distincta est ab ædificio formaliter sumpto, quod est totum quoddam artificiale, ex lapidum, &c. debita coordinatione compositum, quando itaque à Cajoc dicitur, eum, qui fuit dominus materię, alieno ædificio junctæ, manere adhuc dominum ejus, intelligendus est de materia seorsim spectatâ, & præcipue in eventum futuræ dissolutionis ædificii, per verba finalia d. §. 10. ibi: Ergo si aliqua ex causa dirutum sit ædificium, poterit materia do-



*minus nunc eam vindicare, & ad exhibendum agere.* Edificans verbò est dominus ædificii, donec durat artificiosa coordinatio.

Urgebis: ex concessis ædificans est dominus ædificii, quod est aliquod totum: ergò etiam est dominus materiæ, tanquam partis; cum totum includat partem. 4. Disting. conseq. ergò etiam est dominus materiæ formaliter sumptæ, seu prout substat artificiosæ coordinationi, concedo, est dominus materiæ materialiter, secundùm se, & seorsim sumptæ, nego consequentiam. Opportunè huc facit l. 7. §. 2. ff. de Except. rei jud. ubi Ulpianus ait, eum, qui insulam petit, si victus postea cæmenta aut tigna petat, non videri idem petere, ex ratione, quia non statim, cujus insula est, ejus & cæmenta sunt. Suffragatur etiam Javolenus in l. 23. pr. ff. de usurpat. & ususap. inq̄rens, eum, qui universas ædes possidet, non videri singula corpora, ex quibus totum constituitur, possidere, adæque nec usucapere. Jungantur textus in l. 23. §. ult. ff. de R. V. & d. l. 7. §. 11. ff. de a. r. d.

Objic. 13. possunt simul dari duo domini utiles ejusdem rei in solidum: ergò etiam duo domini pleni. Antec. prob. quando vasallus feudum subinfeudat alteri, constituendo subvasallum, præter vasallum etiam subvasallus est dominus utilis ejusdem feudi in solidum, & pro eodem tempore; ergò possunt simul dari duo domini utiles ejusdem rei in solidum. 4. Disting. antec. possunt simul dari duo domini utiles eodem modo, nego, diverso modo, concedo antec. & nego cons. licet vasallus sit dominus utilis comparative ad eum, à quo feudum habet; relatè tamen ad subvasallum habet se per modum domini directi: exemplo fidejussoris, qui se respectu fidejussoris subalterni habet instar rei principalis. l. 27. §. 4. ff. de fidejussoribus, &c.

Objic. 14. Esto rationes & responsiones hæcenus allatæ probent, eum, qui solus est dominus, habere jus plenius, quàm habeat is, qui pati debet condominium; exinde tamen non sequitur, hujus jus non esse plenum, hoc ipso, quòd solum probent, alterum habere jus plenius: ergò possunt duo esse pleni domini ejusdem rei in solidum. 3. Neg. antec. dum hic sermo est de dominio pleno, ly *plenius* non sumitur grammaticaliter, prout supra se habet comparativum & superlativum; sed accipitur in sensu latissimo, ita ut importet tantum jus, quantum in genere domini dari potest, extendens se ad omnem rei usum pro l'ibitu domini: qui jure hoc quocunque tempore caret, dominus plenus dici non potest: conformiter definitioni domini pleni, qua dicitur jus de re disponendi tam amplum, ut in ea nullus alius jus habeat stabile, & perpetuum.

Objic. 15. licet condominus, dominum præveniens, impediatur hujus dispositionem in actu secundo, non tamen impedit potentiam plenè disponendi in actu primo: ergò condominus non impedit, quòd minùs dominus fortiatur dominium plenum. Antec. prob. licet DEUS, hominem præmovens ad actum secundum amoris, impediatur actum odii, non tamen impedit plenam libertatem

tem in actu primo ad alterum odio habendum; quia, utut præmotio impedit actum odii pro sensu composito, relinquit tamen potentiam ad odio habendum pro sensu diviso: ergo etiam, licet condominus, dominum præveniens, impediatur hujus dispositionem in actu secundo, non tamen impedit potentiam plenè disponendi in actu primo; quia, quamvis præventio dispositionem domini impediatur pro sensu composito, relinquit tamen potentiam disponendi de re pro sensu diviso.

¶ Argumentum hoc non stringere, siue adornetur contra Theologum recentiorum, siue contra Thomistam, cum prior præmotionem physicam explodat, posterior verò reponat, se quidem admittere, quòd causa prima, quæ etiam causa est humanæ libertatis, dum præmovendo ad unum actum impedit actum oppositum, non præjudicet plenitudini libertatis; interim tamen haud idem admittere de causa secunda: quemadmodum enim viaculis me alligans, & iisdem ambulationem meam impediens, libertati meæ vim facere dicitur; ita quoque, qui penes me dominus est rei, & præveniendo dispositionem meam impedit, rectè dicitur, plenitudini domini mei præjudicare.

In formam autem respondendo ad argumentum, negatur antec. ad præbat. concess. antec. negatur consequentia, & paritas. Disparitas tanta est, quanta inter DEUM, & hominem: nam in antecedenti sermo est de DEO præmovente, à quo tanquam primam causam libertatis, essentialiter dependet causa secunda, etiam dum actu operatur; adeoque præmotio illa non destruit libertatem hoc ipso, quòd applicet ad exercitium libertatis. Equidem applicando ad unum actum, impedit actum oppositum; id tamen non obest libertati, cum ambo actus oppositi simul poni nequeant, neque homo ipse, nisi ad unum actum, determinare se possit: manet proinde salva libertas, quia ex dictis præmotio applicat ad exercitium libertatis.

Econtra in consequenti sermo est de homine, à quo homo alius essentialiter non dependet, tanquam à causa liberæ dispositionis; imò dum habens condominium dominum alterum prævenit, non applicat hunc ad aliquem actum domini, sicut præmotio applicat ad exercitium libertatis, sed excludit & impedit omne exercitium domini: unde mirum non est, quòd in priori DEUS non faciat præjudicium plenitudini libertatis; in posteriori autem homo habens jus præveniendi, minuat plenitudinem domini. Neque juvat, quòd dicas, dominum stante condomini præventionem habere potentiam ad liberè disponendum de re pro sensu diviso; nam plenus dominus debet posse de re liberè disponere pro sensu composito: cum enim is, qui solus est dominus, habeat jus contra quemcunque quocunque tempore, adeoque etiam in sensu composito, quo alius qualiscunque eum volet impedire & prævenire; necessariò sequitur, illum minus juris, nec proinde jus plenum habere, qui non potest in sensu composito præventionis alium quemcunque excludere. Deinde esto dominus in casu, quo à condomino prævenitur, potentiam habeat disponendi de re pro sensu diviso, potentia tamen hæc solummodo remota est, nec

proximè expedita, hoc ipso, quòd sit impedita & ligata; quemadmodum, licet vinculis constrictus habeat potentiam ad ambulandum pro sensu diviso, potentia tamen illa remota est, ac impedita, adeoque cum diminutione libertatis conjuncta. Aliter discurrendum de præmotione, ut quæ applicando ad unum actum, relinquit potentiam adhuc proximè expeditam ad actum oppositum pro sensu diviso, quia præmotio se non tenet ex parte actus primi, sed ex parte actus secundi: cum contra præventio condomini etiam actum primum domini afficiat & impediat, non secus, ac vincula sunt impedimenta ex parte actus primi. Denique ut præsens argumentum plenè conficiatur, placet re-torsione uti, & sic arguere: si paritas de præmotione facit ad probandam plenitudinem domini duorum pro diviso, tunc paritas de concursu simultaneo probabit, etiam illos plenum habere dominium, qui sunt domini pro indiviso: sequelam adversarii concedunt; ergo paritas de præmotione non facit ad probandam plenitudinem domini duorum pro diviso. Sequela majoris prohibet juxta Adversarios dum duo sunt domini pro diviso, & unus præveniendo alterius dispositionem impedit, non facit, quin alter sit plenus dominus, quia etiam præmotio, impediens v. g. actum odii, non facit, quin homo præmotus & impeditus ab actu odii, sit plenè liber: ergo etiam dum duo sunt domini pro indiviso, ita ut unus sine concursu alterius de re disponere nequeat, manebit tamen uterque plenus dominus, quia etiam concursus simultaneus DEI, sine quo homo operari nequit, non facit, quin homo plenè liber sit.

Objic. 16. quando duo sunt domini ejusdem rei pro diviso cum jure præventionis, tunc dominium plenum non est penes ambos simul sumptos; hoc ipso enim, quòd sint domini pro diviso, non habentes jus simultaneum, simul sumi non possunt: ergo dominium plenum erit penes ambos seorsim sumptos. Neg. antec. cujus probatio nimis bona est, utpote evincens, in concursu domini directi & utilis utrumque fore plenum; sic enim argui posset: dominium directum & utile non est penes ambos dominos simul sumptos; cum enim habeant jus diversum, unus directum, alter utile, non habent jus simultaneum, consequenter erit dominium penes ambos seorsim sumptos. Licet itaque duo domini pro diviso non habeant jus simultaneum effective, quasi in effectu & actu secundo unus sine concursu alterius de re disponere non posset; habent tamen dominium simultaneum formaliter, quatenus verum est dicere, quòd simul sint domini; aliàs nec Adversarii querere possent, an dominium penes duos in solidum simul possit consistere?

### §. III.

**D**ividitur dominium variè 1. in bassum, privatum, seu speciale, & altum, publicum, seu generale. Illud est, quod competit Reipublicæ, quatenus hæc sustinet personam quandam, & bonis communibus utitur in suam

felicitem; dominium hoc ejusdem rationis esse cum dominio privatorum, docui *preced. lib. tit. 1. p. 2. §. 4. n. 16.* Dominium altum seu eminentis antequam describatur.

Quæritur, an detur? *z.* Affirmativè. Prob. omne illud jus intelligitur datum esse Reipublicæ, quod est necessarium ad ejusdem conservationem; atqui jus hoc est dominium eminentis: ergo datur dominium eminentis. Major patet exinde, quia qui vult rem aliquam, debet etiam velle, quæ eidem ex natura sua adjacent; vel qui vult finem, debet etiam velle media ad obtinendum finem necessaria: consequenter quando partes civiles coeunt in tertium corpus politicum seu Rempublicam, intelliguntur velle omne id, sine quo Respublica conservari nequit. Minor prob. dominium eminentis nihil aliud est, quam medium seu ratio expediendæ salutis publicæ, vel conservandi Rempublicam, ut patebit ex definitione ejus paulò post tradenda. Confirmatur: privato constituto in extrema necessitate famis, vel ex probabili etiam nuditatis, concessum est aliunde sumere, quantum necessarium est ad sedandam famem, aut ad regendam corpus. Lessius *de Just. & J. lib. 2. cap. 12. dubit. 12. n. 71.* Palao *operis moralis p. 7. rr. 32. diff. 1. p. 17. §. 1. n. 3.* idque ideò, quia in tali casu reviviscit vetus rerum communio; cum divisio earum à primis divisoribus facta intelligatur cum benigna quadam exceptione supremæ necessitatis. Hugo Grotius *de I. B. & P. lib. 2. cap. 2. §. 6.* ergo multò magis intelligitur concessum esse Reipublicæ, ut possit usurpare personas, & bona civium, quatenus necessarium est ad conservationem sui, quæ utique altioris ordinis est, & magis estimabilis, quàm conservatio alicujus privati. Verùm

Objic. 1. implicat duorum dominium in solidum pro eodem tempore, juxta *n. 4.* sed admissò dominio eminente, dabitur dominium simultaneum ejusdem rei pro eodem tempore; ergo &c. Minor prob. Respublica habet dominium eminentis in singula bona civium, & ipsi quoque cives habent dominium speciale in propria sua bona; ergo admissò dominio eminente, dabitur dominium simultaneum ejusdem rei pro eodem tempore. *z.* Majorem tantùm procedete de dominio simultaneo ejusdem speciei, non etiam de dominio simultaneo diversæ speciei, quale habent Respublica & partes ejus. Nam Respublica habet dominium altum, publicum, & generale in bona partium; ipsæ autem partes habent dominium bassum, privatum, & speciale circa bona sua, quæ utique sunt dominia diversæ speciei. Instantiam habemus in dominio DEI & creaturæ. Vid. P. Illung. *d. quæst. 2. arr. 3. n. 66. & seq.*

Objic. 2. cujus rei dominium Respublica potest acquirere, illius dominium non habet; quia quod semel sub alicujus dominio est, non potest amplius acquirere: sed dominium rei pertinentis ad aliquem ex civibus Respublica potest acquirere; ergo &c. Minor prob. potest civis Rempublicam, cujus ipse pars est, testamento heredem scribere, eidem possessiones suas vendere, vel donare; ergo

ergo potest Respublica acquirere dominium rei pertinentis ad aliquem ex civibus. **2.** Disting. majorem, cujus rei dominium Respublica potest acquirere, illius dominium Respublica non habet eo modo, quo potest acquirere, concedo, diverso modo, nego majorem. Et sic distincta minore nego consequentiam.

Questioni motæ admoveo aliam. utrum nimirum dominium eminens sit perfectè, & strictè dictum dominium? Negat Hahn ad Wesenbec. ff. de ac. r. d. n. 3. cum quo **2.** negativè. probatur: Respublica vel communitas non potest dici habere plus juris, quàm eadem à suis conditoribus concessum sit: atqui dominium strictè dictum non intelligitur Reipublicæ concessum esse in bona partium; ergo &c. Minor prob. illud dominium tantum intelligitur Reipublicæ concessum esse in bona partium, quod est necessarium ad conservationem boni communis; sed dominium strictè dictum non est necessarium huic fini: ergo, &c. Minor rursus prob. Dominium strictè dictum est potestas liberè & perfectè disponendi de re aliqua. Schambog. ad §. 11. Inst. h. t. pag. m. 205. sed talis potestas in Republica non est, necessaria ad conservationem boni communis, cum sufficiat, quòd Respublica, vel, qui eidem præest, possit disponere de bonis civium, quatenus necessitas vel utilitas publica exigit; quæ sanè potestas non est libera & perfectà, sed limitata & restricta ad exigentiam boni communis: ergo dominium eminens non est dominium rigorosum & strictè dictum. An autem hæc potestas debeat dici imperium, num verò dominium? mera logomachia est, seu lis de nomine. Vid. Grot. d. lib. 2. cap. 3. §. 4. ex dictis.

**10** Colligitur, dominium eminens rectè describi, quòd sit facultas communitati competens in partes, & res partium, boni communis causâ. Vel est jus, quod habet communitas quâ talis, in personas & bona partium quâ talium, in ordine ad bonum commune.

**11** **2.** Dividitur dominium in plenum, & minus plenum. Plenum est jus de re disponendi tam amplum & Universale, ut in tali re nullus alius habeat jus stabile & perpetuum. Haunold. d. contr. 1. §. 1. n. 5. in f. & §. 4. num. 18. Minus plenum est jus disponendi de re tam restrictum, ut alius quoque jus de eadem disponendi habeat. Hoc scinditur ulterius in directum & utile. Directum est superior de rei proprietate disponendi facultas. Germanicè das obere oder mehrer oder Grund Eigenthumb. Item Grund-Berechtigkeit. Utile est inferior & subordinata de rei proprietate disponendi facultas. In vernaculâ dicitur das untere oder nidere oder nughare Eigenthum. Item die erbliche Nughbarkeit. Illud habet dominus feudi & emphyteusos, hoc vasallus & emphyteuta. Hahn ad Wesenbec. ff. de rei vind. num. 3. Servu. exercit. ad Pand. 11. th. 55. Eckelt ff. de acquir. rerum dominio. §. 6.

**12** **3.** Dividitur dominium in legitimum seu civile, & prætorium. civile est, quod quis habet beneficio juris civilis strictè dicti. Hoc instructus est hæc civilis,

civile; & fere quilibet alius dominus. Prætorium est, quod quis habet beneficio prætoris. hoc gaudet bonorum possessor, item qui ex secundo decreto missus est in possessionem. *Braund. rr. cap. 3. §. 3. n. 1.*

4. Dividitur dominium in naturale & civile, naturale est, quod quis beneficio juris naturalis obtinet. Civile, quod mediante lege acquiritur. *Schambog. d. §. 11. pag. n. 210.* dominium naturale competit uxori in rebus dotalibus, durante matrimonio. *l. 71. ff. de viict. l. 75. ff. l. 30. Cod. de jure dotium. l. 7. ff. de pact. dotal. civile residet penes maritum, ut qui solus stante matrimonio exercet effectus dominii; dominio mulieris interim velut dormiente. d. l. 75. ff. & l. 29. Cod. de jur. dep. l. 9. Cod. de rei vind. princ. infra. quibus alienare licet vel non. Ludov. exerts. ad Inst. 6. ib. 12. lit. A.*

5. Dividitur dominium in verum & fictum. Verum est, quod citâ fictionem juris quis obtinet. tale habet dominus perfectus, directus, utilis. Fictum, quod obtinere quis fingitur, cum non obtineat. Sic qui rem aliquam cepit ulucapere, & antequam completeret, possessionem ejus casu amisit, usucapionem complêsse, & dominus fingitur. *§. 4. l. de actionibus. l. 1. princ. ff. de publiciana in rem. act.* Item qui per usucapionem jam ab alio contra se in absentia completam, desit esse dominus, fingitur mansisse dominus, ei que accommodatur actio rescissoria. *§. 5. l. de act. l. 1. §. 1. ff. ex quibus causis majores &c.* sed de his plura in tit. 6. lib. 4. Inst.

6. Dividitur dominium in singulare & universale. singulare est, quod res singulares: universale, quod universitatem jurium pro objecto habet. Prius, si materia ejus est res corporalis fundat rei vindicationem. Si res incorporealis, actionem confessoriam. Posterius est penes hæredem tum civilem, tum prætorium; tum directum, tum fideicommissarium, fundat que petitiones hæreditatis.

7. Dividitur dominium in revocabile, & irrevocabile. Revocabile est, ejus persistentia restricta est ad conditionem aliquam, que suapte indole resolvi potest. Tale habet maritus in re dotali. *rr. ff. soluto matrim. &c.* hæres in re sub conditione legatâ. *l. 66. ff. de R. V. Bonæ fidei possessor in fructibus jam perceptis, sed adhuc extantibus. l. 48. ff. de aq. rer. domin. l. 22. Coa. de R. V. &c. Habu ad Wesenbac. d. n. 3.* Dominium irrevocabile est, cujus persistentia ad nullam conditionem restricta est; tale habet regulariter quivis dominus.

## §. IV.

**C**Ausa efficiens dominii duplex est, remota, & proxima, Remota est jus gentium, quo distinctionem dominiorum inductam & receptam fuisse, diximus *lib. 1. tit. 2. p. 3. §. 7. n. 8.*

Obje. *cap. dilectissimis 2. caus. 12. q. 1.* ubi ita Clemens Pontifex: *communis usus omnium, qua sunt in hoc mundo, omnibus esse hominibus debita: sed*

*NB. per iniquitatem alius hoc suum esse dixit, & alius illud; & sic inter mortales facta divisio est: ergo non jure, sed injuria facta est.*

2. Disting. consequ. injuria facta est, tanquam occasione, concedo, tanquam fonte, nego consequentiam. Divisio rerum peccaminosa non fuit, licet facta sit occasione peccati, tum originalis, quod si non præcessisset, non fuisset necessaria divisio: singuli enim habuissent absque labore omnia ad vitam necessaria: tum peccatorum actualium, quæ timebantur, si in tanta hominum multitudine & corruptâ naturâ non fieret divisio. *Mol. de F. & F. tr. 2. disp. 20. in f. Less. de F. & F. lib. 2. cap. 5. dubit. 2. n. 5.*

Causa efficiens proxima domini sunt modi illud acquirendi, de quibus in parte sequenti.

13 Subjectum domini est sola natura intellectualis, cui ex ordinatione supermi domini statim ab exordio mundi res creatæ quoad liberam dispositionem fuerunt subjectæ. *Genes. 1. cap. vers. 26. & 28.* Neque enim creaturæ, intellectus expertes, possent vi ordinativâ unius ad alterum, aut judicativâ, quid sibi, aliisvè commodum sit, adeoque sunt incapaces liberæ dispositionis rerum, & per consequens domini.

14 De Clericis hic opportuna se offert quærendi occasio, an sint veri domini bonorum ac reddituum Ecclesiasticorum, quos ratione beneficii percipiunt, etiam superfluum, an verò sint eorum administratores tantum? Quò solidius hæc quæstio resolvatur

15 Præmitto I. bona alia dici Ecclesiastica, alia Ecclesiasticorum seu clericorum. Bona Ecclesiastica sunt, quæ proximè & immediatè pertinent ad ipsas Ecclesias. Hujus generis sunt horti Ecclesiarum, earum agri, vineæ, domus &c. Bona Ecclesiasticorum sunt, quæ proximè ad singulos clericos in particulari pertinent.

16 Præmitto II. bona Ecclesiasticorum subdividi in sæcularia & clericalia. Bona Ecclesiasticorum sæcularia (ab aliis patrimonialia dicta) sunt, quæ clericis obvenierunt ex causâ aliquâ profanâ, seu titulo sæculari, sine ullo respectu ad ordinem, aut beneficium Ecclesiasticum. In censum horum bonorum spectant, quæ sita titulo successionis, donationis, usucapionis, inventionis, artis & industriæ propriæ, ac universim, quæ clerici habent aliundè, quàm intuitu aut ratione cujusdam ministerii Ecclesiastici. Bona Ecclesiasticorum clericalia sunt, quæ clerici acquisiverunt ratione ministerii Ecclesiastici.

17 Præmitto III. bona clericalia iterum scindi in verè, & quasi talia. Bona verè clericalia sunt, quæ à Clericis acquisita sunt proximè intuitu ac titulo competentis beneficii Ecclesiastici, ut quia sunt Decani, Canonici, Parochi. Hæc pertinent decimæ, ac stipendia annua fixa. Bona quasi clericalia (aliter etiam quasi patrimonialia vocata) sunt, quæ clerici quidem acquisiverunt occasione status seu ministerii Ecclesiastici, non tamen proximè nomine ac titulo beneficii,

cii, tanquam fructus ejus; sed tanquam præmium aut mercedem impensi laboris. His rectè accensentur stipendia missarum, concionum, officiorum funeralium, exceptæ confessionis, redditus stolæ. *Navar. de Redin. Ecclesiast. q. 1. monit. 19. n. 2.* & secundum multos etiam distributiones quotidianæ, quæ dantur illis, qui interfunt divinis officiis. *D. Braun d. tract. de dominio cap. 5. §. 2. n. 9. pag. 99.*

Præmitto IV. bona clericalia verè talia rursus dispelci in necessaria & superflua. Necessaria sunt, quibus clerici indigent ad necessariam sustentationem. Ad quam pertinent 1. quæ ad alendam personam clerici & familiæ ejus sunt necessaria. 2. Quæ titulo hospitalitatis in consanguineos, aut peregrè adventantes sunt eroganda. 3. Donationes, tum remuneratoriæ, tum merè gratuitæ, juxta statum tamen moderatæ. 4. Convivia, alizque honestæ recreationes, relaxando corpori animoque, cum amicis decenter institutæ. *Molina de F. & F. tract. 2. disp. 145. n. 7. & seqq. Cardinalis de Lugo apud P. Ferdinandum Krimer tract. de Jure & Justitiâ q. 7. §. 4. n. 361.* Bona clericalia verè talia superflua sunt, quæ ultrà decentem, & statui convenientem sustentationem remanent. His præmissis.

Communi ac verior sententia sustinet, dominium particulare bonorum, quæ *suprà n. 15.* Ecclesiastica appellavimus, pertinere ad Ecclesiam particularem, cui bona illa in specie applicata sunt: intelligendo nomine Ecclesiæ communitatem personarum Ecclesiasticarum cum suo capite. Quatenus verò unaquæque Ecclesia particularis est pars Ecclesiæ universalis, ut sic dominium bonorum illorum est penes Ecclesiam universalem, cujus caput, Pastor, administrator est Romanus Pontifex. Ita *Molina d. tract. 2. disp. 142. n. 6. Hanbold de F. & F. tract. 4. tit. 2. controu. 1. n. 64. & seq. Lessius de F. & F. lib. 2. cap. 4. dubit. 7. n. 51. Magnificus D. P. Pötschacher p. m. tract. de restit. quest. 1. art. 4. §. 1. in nota. 2.* fundamentum horum est, quòd isthæc bona à fidelibus eo modo dentur Ecclesiis particularibus, quo modo dantur monasteriis: atqui monasteriis ita dantur, ut dominium particulare sit penes monasteria, ergò etiam ita dantur Ecclesiis particularibus, ut dominium particulare sit penes Ecclesias particulares.

Bonorum Ecclesiasticorum secularium seu patrimonialium clericos esse veros & absolutos dominos, adeoque de illis, actu tum inter vivos, tum ut timæ voluntatis, liberè perfectè & perinde disponere posse, acsi laici essent, dubitare non sinunt textus in *c. 19. caus. 12. q. 1. c. 12. & 15. de testamentis. Pirhing. ad lib. 3. Fur. Can. tit. 25. §. 1. n. 3.*

Idem dominium competit clericis in bonis clericalibus quasi talibus, seu quasi patrimonialibus. *Lessius d. cap. 4. dubit. 6. n. 37.* Ratio est, quia bona hæc obviant clericis sine onere expendendi illa in usus pios, cum ipsis dentur tanquam stipendium præstiti servitii personalis, adeoque per modum justæ mercedis, quæ novum onus non imponit, sed præcedens saltem compensat.



Unde *Lessius ubi supra n. 38.* infert, quòd si clericus de bonis istis vivat, aut ea expendat in pias causas, tantundem recipere possit ex redditibus beneficii, & de eo, tanquam de re patrimoniali liberè disponere.

22 Pari modo bona clericalia verè talia, sed necessaria, transeunt in absolutum dominium clericorum, à quibus proinde ad quoscunque usus liberè expendi possunt. *P. Illung Theol. pract. tract. 4. disp. 2. quest. 3. art. 5. §. 1. n. 163. & seqq.* portio enim, ad congruam sustentationem necessaria, debetur clericis, tanquam justa merces laboris personalis, quem impendant Ecclesiz, cui qui servit, jure exigit de bonis ejus vivere, cum operarius dignus sit mercede sua. *Lucea 10. cap. vers. 7.* & nemo cogatur militare propriis stipendiis. c. 16. de prescript. juncto cap. clarissim. 45. in f. caus. 12. quest. 2. ergò bona clericalia verè talia necessaria transeunt in absolutum dominium clericorum. Ex quo sequitur, clericos posse bona clericalia verè talia expendere in quoslibet honestos usus, sive pios, sive profanos, si fraudando genium parcius vivant, quàm deceat eorum statum, sicque de congruà sustentatione illa comparerint. *Lessius d. dubit. 6. n. 39. Pirhing d. §. 1. n. 4. Hannold d. cap. 2. controuv. 2. n. 96. Laymann Theol. moral. lib. 4. tract. 2. cap. 3. n. 2.*

23 Tota difficultas est, utrùm clerici sint veri domini bonorum ac reddituum Ecclesiasticorum, quos ratione beneficii percipiunt, etiam superfluum? an verò sint eorum administratores tantùm?

24 Prima sententia docet, clericos non esse dominos horum bonorum, sed solum administratores. Ita plurimi apud *Lessium d. dubit. 6. n. 41. qui n. seq.* fatetur, sententiam hanc omnium penè canonistarum esse, eamque tanquam tutiorem omnibus in praxi beneficiariis consulti: *Et Gandavenfis apud P. Christophorum Todseller contrariè Theol. quest. 74. §. 1. n. 2. in f. testis est, se mortuorum Theologorum neminem invenisse, qui Praelatos Ecclesiz ad restituenda prodigè expensa non obligaret.* Ex Neotericis opinioni huic applaudunt *Clariff. D. P. Ludovicus Bahnsfuber tract. de Justitià & Jure cap. 4. art. 3. n. 3. Clariff. D. P. Krimer d. §. 4. n. 354. P. Todseller d. n. 2.* ubi hanc sententiam duram quidem, sed securam dicit, ac insuper testatur, quòd oppositam *Arhidionanus* juris hæresim, *Molina* sacrilegam, *Major* animarum deceptoricem, *Petrus Sotus* gravissimum errorem contra bonos mores & Justitiam appellaverint.

25 Secunda, & hodie magis communis sententia, sustinet, clericos esse verè dominos reddituum superfluum. Ita *Molina d. tract. 2. disp. 143. n. 3. & seqq. Lessius d. dubit. 6. n. 43. Laymann. d. cap. 3. n. 3. Hannold. d. controuv. 2. n. 71. & seqq. Covar. in cap. cum in officio. de testamento. n. 3. Pirhing d. §. 1. n. 5. P. Illung d. §. 1. n. 165. P. Rosner de l. & l. pag. 16. Magnificus D. P. Pertschacher d. art. 4. §. 2. Clariff. D. P. Paulus Metzger p. m. Theol. Scholastica*

100. 3. *tratt. II. disp. 29. art. 2. §. 2. n. 6. & seqq. Fach. 5. controu. cap. 89. D. Braum d. 5. 2. n. 20. D. Gletle tratt. de testamentis p. I. cap. 4. §. 7. n. 10. & neotetici turmatim.]*

Placet cum antiquis sentire, antè probationes verò advertere, quòd tem-  
pore Apostolorum, tribusque primis, & quod excedit, legis Evangelicæ sæculis,  
omnia bona, quæ à fidelibus offerrebantur ad divinum cultum, fuerint commu-  
nia, ac ex iis clericis, pauperibus, ac fabricæ Ecclesiæ, prout singulorum pos-  
cebat necessitas, pròvisum sit, administratione & dispensatione residente penes  
Episcopos. Cùm autem isti vel omninò negarent, vel malignè clericis præbe-  
rent congruam portionem, hinc inter Episcopos, capitula, fabricarios, & elec-  
mosynarios orta sunt dissidia, lites, rixæ, ad quas tollendas tempore Simplicii  
Pape, qui in Petri cathedrâ sedit ad annum 471. reditus Ecclesiarum dividi cæ-  
perunt in quatuor portiones, quarum prima esset Episcopi, secunda clericorum,  
tertia pauperum, quarta deputaretur ad fabricam Ecclesiæ. *cap. vobis 23. cap. concessio. 26. cap. quatuor. 27. cap. de redditibus. 28. cap. cognovimus. 29. & cap. mos est. 30. causa 12. quest. 2.* Hoc à diverso

Probatum sententia nostra 1. antè erecta beneficia, & proventus singulis  
titulis attributos, seu in illo purioris metalli sæculo, ubi portio pauperum  
à portione clericorum separata fuit, clerici non fuerunt domini bonorum super-  
fluatorum: ergò neque sunt post erecta beneficia. Consequentia probatur: si  
clerici post erecta beneficia essent domini bonorum superfluatorum, tunc domi-  
nium hoc nacti essent, vel titulo confusionis factæ in erectis beneficiis, vel ti-  
tulo commutationis in alia pia opera, vel titulo divisionis & assignationis redi-  
tuum Ecclesiasticorum communium respectu clericorum beneficiatorum: At  
nullo horum titulorum clerici nacti sunt dominium bonorum superfluatorum; ergò  
clerici neque post erecta beneficia sunt domini bonorum superfluatorum; Mi-  
nor quoad primum membrum patet ex §. 27. *l. de R. D. & l. 7. §. 8. ff. de A. R. D.* ubi confusio non aufert jus ei, cujus portio cum alterius portione fuit  
confusa: imò si fiat consentiente utroque domino, rem efficit utrique commu-  
nem. Membrum secundum constat exindè, quia non constat, in quænam pia opera  
portio pauperum commutata fuerit? quæ mundi ætate? quæ olympiade? quo consule?  
quo Romano Pontifice? ergò jus pauperum manet in suâ certâ possessione: *arg. l. 126. §. f. l. 128. pr. ff. de R. l. c. 65. eodem in 6.* de qua pluribus infra n. 31. Mem-  
brum tertium liquet imprimis ex eo, quòd divisio nullibi numeretur inter modos  
acquirendi dominium, ut quæ facta hoc solum inducitur, ut, quas partes antè di-  
visionem coheredes pro indiviso possederunt, postea pro diviso possidere in-  
cipiant, *arg. l. 1. §. 1. ff. familia crestanda.* Cujus contrarium haudquaquam  
evincit textus in *l. 1. Cod. communia utriusque judicii*, ab adversariis adduci so-  
litus.

tus. Esto enim ibi dicatur divisionem prædiorum vicem emptionis obtinere, id tamen eo duntaxat sensu intelligendum est, vel quod, sicut emptio ob enormem læsionem retractari potest l. 2. *Cod. de rescind. vendit.* ita quoque possit divisio: vel quod iudex in iudicio familiæ eriscundæ sapè per modum venditionis rem uni, pecuniam alteri adjudicet: *arg. §. 4. Inst. de officio iudicis.* vel denique quod, sicut in emptione præstari debet evictio, ita etiam hæc præstanda sit in divisione hæreditatis. l. 66. §. ult. ff. *de evictionibus.* l. 25. §. per. ff. l. 14. *Cod. famil. eriscunda.* l. 7. *Cod. communia utriusque iudicii.* non verò quasi ad modum emptionis divisio de novo dominium conferat ei, cui illud antea nullatenus competiit. Deindè colligitur memoratum membrum tertium ex c. ult. *de præbendis.* & l. 19. *princ. ff. de R. l.*; unde commune procardicon promanavit, quod actus agentium non operentur ultra eorum intentionem: atqui intentio Pontificum bona Ecclesiastica dividendum non fuit, ut portio, antea pauperibus debita, atque aded ut bona superflua transirent in dominium clericorum; ergò clerici neque titulo divisionis post erecta beneficia nacti sunt dominium bonorum superfluum. Minor rursus probatur: Pontifices bona Ecclesiastica solum ided diviservat, ut, onere in plures disperso, bona illa facilius administrarentur, & commodius in pauperes, aliasque pias causas distribuerentur; item ut mala alia, præsertim discordiæ, tollerentur, quibus communicio bonorum solet esse obnoxia. l. 77. §. 20. ff. *de legatis* 2. ergò intentio Pontificum, bona Ecclesiastica dividendum, non fuit, ut portio, antea pauperibus debita, atque aded ut bona superflua transirent in dominium clericorum.

28 Probatur sententia nostra 2. Jura, Pontifices, SS. Patres, passim inclamant, Res Ecclesiasticorum esse res DEI, Patrimonium Christi, pecuniam Christi, bona ipsius Ecclesiæ, bona pauperum, tributa egentium animarum, pertinentia ad pauperes. *cap. qui Christi.* 1. *cap. qui abstulerit.* 6. *cap. quisquis.* 19. *caus.* 12. *quest.* 2. *cap. in canonibus.* 57. 16. q. 1. *cap. cum secundum.* 16. *de præbendis.* *cap. non minus.* 4. *de immunitate Ecclesiarum.* *cap. cum ex eo.* 34. *de electione in 6. Concil. Trid. sess. 25. de reformat. cap. 1.* item vocant clericos solum administratores, dispensatores, procuratores, oconomos reddituum superfluum. *cap. si privatum.* ult. d. *caus.* 12. q. 1. *cap. precipimus.* 3. *caus.* 16. *quest.* 2. *cap. quod autem.* 3. 23. q. 7. *cap. fraternitatem.* 2. *de donationibus.* Rursus appellant clericos fures, raptores, pauperum interfectores, si præfata bona non dent pauperibus. d. *cap. 1. & 6. caus.* 12. *quest.* 2. ergò clerici non sunt domini bonorum superfluum.

29 Probatur 3. mens fidelium, fundaciones pias facientium, non est, ut clerici habeant dominium bonorum superfluum, ergò non habent. Antec. patet ex nov. 3. *cap. 3. in f.* ubi Justinianus, piissimus Imperator, sacrosanctè cavuit, ne proventus Ecclesiastici ad alia, quàm pia opera referantur, oneravique ad restitutionem conscientias, si secus procedant: ita enim ibi ille: *sciatis autem*

antem DEO amabiles economi, & quiniens, & per tempora futuri sunt: quia si quid præter hac egerint, & divinis suppliciis subjacebunt, & ex sua substantiâ indemnitate sanctissima procurabunt Ecclesia.

Neque dicas 1. in d. nov. solum onerari illos economos, qui ab initio surgentis-Ecclesiæ clericis, eodem domicilio utentibus & paupertatis voto obstrictis, necessaria ministrabant, non autem nunc, ubi ille modus vivendi desuit. Contrâ enim est, quod status clericorum in commune viventium, & consequenter illi economi dudum antè desierint, quàm memorata novella prodiret in lucem. Nam conformiter dictis *suprà* n. 26. Status illorum desuit anno Christi 470. ex quo tempore divisi sunt redditus & oblationes fidelium, exinde erecta beneficia, & certi redditus singulis clericis assignati. Justinianus autem primùm anno 527. à Justino in consortium Imperii adoptatus est, qui post aliquot annos prælaudatam novellam condidit, prout ostendi in *proem. ad Instit. S. 5. n. 5. & §. 9. n. 14.*

Neque dicas 2. saltem non constare, eandem reliquis fidelibus mentem esse ac intentionem. Nam contrâ exclamat *P. Krimer d. quest. 7. §. 2. n. 338. in f. quis credat, reliquos fideles aliâ mente & modo fecisse tot fundaciones pias?* Et *P. Todtfeller d. q. 74. §. 3. in f. testatur, alios hoc idem sub anathematis interminatione fecisse.*

Objicies 1. clerici non residentes, divinis non præsentés, professionem fidei intrâ certum tempus non emittentes &c. fructus non faciunt suos, sed morerentur iisdem privari, quos alioquin lucrati fuissent. *Concil. Triad. sess. 23. de reformat. cap. 1. & Sess. 24. cap. 12. cap. 35. de electione. in 6. cap. un. de clericis non residentibus in 6.* ergò argumento à sensu contrario, quod in jure fortissimum est, clerici residentes, divinis præsentés, professionem fidei intrâ certum tempus emittentes, & reliqua, ad quæ tenentur, præstantes, faciunt fructus suos, eosque lucrantur. *¶ 1.* Retorquendo argumentum: hæres, non adiens hæreditatem, nihil hæreditatis suum facit, ergò hæreditatem adiens omnia sua facit, etiam legata, etiam fideicommissa, contrâ expressum textum in *l. 64. ff. de furtis, in cuius fine ea, quæ legantur, rectâ viâ ab eo, qui legavit, ad eum, cui legata sunt, transire dicuntur.* *¶ 2.* Argumento à sensu contrario vim non inesse, ubi obstat clara Juris dispositio, prout in proposito obstant antiqui canones *suprà* n. 28. à nobis adducti. *¶ 3.* Distinguendo antec. clerici non residentes, divinis non præsentés, professionem fidei intrâ certum tempus non emittentes &c. Fructus necessarios, & qui eis ob residentiam, præsentiam, emissionem professionis fidei &c. destinantur, non faciunt suos, concedo, fructus superfluos non faciunt suos, nego antec. & conseq. fructus superflui non subjiciuntur dominio clericorum propter præsentiam & alia, quæ præstare debent. Instabis: clerici non præsentés &c. omnibus omninò fructibus, etiam superfluis, privantur: ergò præsentés &c. omnes omninò fructus, etiam super-

superfluos, faciunt suos, si enim horum administratores duntaxat essent, non apparet ratio, cur iisdem privari deberent. *¶* Neg. consequ. rationem, cur clerici non presentes &c. Fructibus etiam superfluis in pecuniam negligentia priventur, assigno hanc, quia jus administrandi superflua, ac expendendi potius in hæc, quam illa pia opera, pascendi hos præ illis pauperibus, excitandi hæc, non illa templa, est pretio æstimabile, cum constet, à Religioso paupertatem lædi, si horum aliquid citrà licentiam superioris præsumat.

Urgebis: jus, præsertim favorabile, universaliter disponens, debet universaliter intelligi. *arg. l. 8. ff. de public. in rem act. & cap. 15. de R. l. in 6.* atqui memorata *Concilii Trid.* loca sunt favorabilia, & universaliter de fructibus disponunt, ergo etiam universaliter, & consequenter non minus de superfluis, quam necessariis intelligi debent. *¶* 1. distinguendo majorem, nisi habeatur sufficiens motivum, universalitatem jurium restringendi, concedo, secus nego majorem. Motiva restringendi dedimus in probationibus. *¶* 2. Concilium Tridentinum videri indefinitè de cunctis fructibus loqui, quia supponit, beneficia cujusque merito & personæ ita esse admenta, ut non sint fructus superflui.

**31** Objicies 2. in dubio nemo debet privari jure sibi competente, & in pari causâ melior est conditio possidentis. *d. l. 126. §. f. l. 128. princ. ff. de R. J. cap. 65. eodem in 6.* atqui est dubium, sitne penes clericos sola administratio, num etiam dominium bonorum superfluatorum? cum neutrum ex jure naturæ aut positivo liquido constet: & clerici bona superflua bonâ fide possident, ergo melior est conditio clericorum, hique præsumendi sunt domini illorum bonorum. *¶* 1. Invertendo argumentum: in dubio nemo debet privari jure sibi competente, & in pari causâ melior est conditio possidentis: atqui pauperes sunt in certâ possessione sui juris, ergo clerici non sunt præsumendi domini bonorum superfluatorum. *¶* 2. Distinguendo majorem: in dubio nemo debet privari jure sibi competente, si jus, quod competit, acquisitum est antè exortum dubium, & in pari causâ melior est conditio possidentis, si possessio sit antiquior dubio, concedo majorem, in dubio nemo debet privari jure sibi competente, si dubiū exortum sit post jus acquisitum, & in pari causâ melior est conditio possidentis, si possessio sit posterior dubio, nego majorem, & sic distinctâ minore nego consequentiam. Dubium, sitne penes clericos sola administratio, num etiam dominium bonorum superfluatorum? primum fuit exortum factâ erectione beneficiorum; pauperes verò multò antè erant in certâ possessione sui juris.

**32** Objicies 3. Si bona superflua non essent in dominio clericorum, sed essent pauperum, tunc possent pauperes in casu, quo constaret, clericum ex illis nihil erogaturum in pias causas, bona superflua absque peccato furti clam surripere ac retinere: consequens est falsum, ergo & quod bona superflua non sint in do-

minio clericorum. **¶** Nego sequelam majoris: non quis rem suam auferens à furto immunis est. Sic, esto debitoriem, alteri pignori nexam, atque ad eam suam auferat, furto tamen obstringitur. *l. 61. §. 8. ff. de furtis.* quia contractat jus, creditori pignoratitio competens. *§. 10. Inst. de obligationibus, qua ex delicto nascuntur. l. 3. ff. de pignoratitia actione.* Eodem modo, licet bona superflua sint res pauperum, si tamen illa accipiant & retineant, furtum committunt, nec à peccato injustitiæ excusantur, quia intervertunt clericis jus administrandi, & legitimam potestatem præfata bona erogandi potius in hos, quam illos pios usus.

**Objic. 4.** Si clerici non essent domini reddituum superfluum, tunc, si quid de his in usus profanos expendere, tam dantes, quam accipientes obligarentur ad restitutionem Ecclesiæ vel pauperibus faciendam, adeoque innumeræ donationes & contractus, de his bonis facti in causas profanas, rescindi deberent, tenerenturque Prælati Ecclesiastici rescissionem hanc urgere, neque possent salvâ conscientia dissimulare tantum præjudicium ac damnum causarum piarum, quarum ex officio tutores sunt: atqui talis rescissio nunquam facta, vel audita, neque ejus prætextu illis cuiquam mota fuit; ergo signum est, ejusmodi dispositiones omnino validas esse, ac clericos agnosci veros dominos reddituum etiam superfluum.

**¶** **1.** Bona superflua prodigè expendentes in usus profanos teneri ad restitutionem: quod autem prodigè expensâ non restituantur, in causâ est fulgor splendentis auri, à quo oculi clericorum vitium trahunt, ut superflua à necessariis non facile amplius discernant. Quis enim est? Qui fateatur, affluere se superfluis? rara avis, albôq; simillima corvo, quæ habitis etiam omnibus, dicat laudè: *habeo satis.* **¶** **2.** Etiam accipientes restitutionis onere distringi. Quod autem talis restitutio non fiat, inde est, quia nescitur, de quo genere bonorum ejusmodi donationes & contractus facti fuerint: vel quia bona fide prædicatur sententia contraria tanquam probabilis.

**¶** **3.** Rationem, cur Prælati Ecclesiastici rescissionem memoratorum contractuum in foro externo non urgeant, stare in eo, quia moraliter impossibile est, de re hæc ferre sententiam. Unde enim dijudicari poterit, contraxeritne clericus de bonis Ecclesiæ, an patrimonialibus aut quasi talibus? Relinquendum igitur singulorum conscientia, quod humano iudicio nequit definiri.

**Objicies 5.** Consuetudinis eadem est autoritas, quæ legis; & idè potest, legem præexistentem, tollere. *§. 11. in f. Inst. de l. N. G. & C. l. 32. §. 1. in f. ff. de l.* At communis consuetudo invaluit, quæ clerici tanquam domini de bonis superfluis ad causas profanas valide disponunt, sciente & non contradicente Ecclesiâ, adeoque approbante. *cap. 43. de R. l. in 6.* ergo antiquis canonibus in tantum derogatum est per consuetudinem, ut clerici sint domini bonorum superfluum.

**¶** Ad minorem r. legi bonæ non derogari per iniquam consuetudinem. *cap. 5. de R. l. ibi: quod latenter, aut per vim, vel aliam*

*illicite introductum est, nullâ debet stabilitate subsistere. & cap. 28. eodem in 6. ibi: qua à jure communi exorbitant, nequaquam ad consequentiam sunt trahenda.* Secus multa mala, quæ in consuetudinem transierunt, essent licita.

¶ 2. Negando, quòd allegata consuetudo passim invaluerit: à viris enim præstantissimis, de Ecclesiâ præclare meritis, confutatur ipso facto. & nimis quàm sæpè confutata est, quemadmodum de Jacobo Basileensi, & Joanne Eistadiensi Episcopo, aliisque non paucis testatur *Adamus Tanner apud P. Tods-feller d. q. 74. §. 7. n. 23. in f.*

¶ 3. silentio Ecclesiæ non probari, quòd clericorum dispositiones approbet. Audi Innocentium III. supremum Ecclesiæ Hierarcham: iste in *sine cap. dùm jam dudum. 18. de prebendis*, ita loquitur: *cùm multa per patientiam tolerantur, quæ, si deducta fuerint in judicium, exigente Justitiâ non debeant tolerari.* Silet igitur, seu dissimulat interdum Ecclesia, etiam magna mala metu majorum, præsertim in rebus, quæ periculosè & difficillimè emendantur. *arg. c. 1. dist. 13. c. 2. de Sponsalibus. c. 5. qui clerici vel vocentes.* Imò ausum dicere, Ecclesiam haud silere. Si enim Theologi sunt ora Ecclesiæ, per ora sat multa loquitur: si verba Ecclesiæ sunt antiqui canones, jam pridem in omnem terram exivit sonus eorum. Videatur *cap. 57. causâ. 12. quest. 2.*

¶ 5. Objicies 6. sententiâ, negans clericis dominium fructuum superfluum, iisque imponens onus restitutionis seu obligationē justitiæ, fructus illos expendendi in usus pios, est nimis severa, est multis scrupulis obnoxia: ergò tenenda contraria. Ad hanc objectionem respondet *P. Tods-feller d. q. 74. §. 5. n. 17. in f.* tantum videri nimis severam, & primâ fronte talem apparere, reversâ autem magis favere tum Ecclesiæ, tum ipsis Ecclesiasticis. Sic enim magis alliciuntur fideles ad sua bona in Ecclesiam conferenda, ad dandas propensius decimas, & alia onera clericis præstanda. Sic jura Ecclesiastica minus violantur, bona firmius defenduntur, & ab inutilibus, ipsisque clericis non parum onerosis sumptibus vindicantur. Addit §. 7. n. 25. viam, quæ ad cælum ducit, arduam esse, & cælum ipsum non nisi per violentiam occupari: mox et igitur omnes, præsertim Ecclesiasticos, enitantur, ut cælo vim faciant, ac, quod non possunt opulenti, rapiant violenti. Certè nec sententiâ oppositâ caret scrupulis: esto enim non foret obligatio ex justitiâ, in omnium tamen sententiâ obligatio est tanta, ut clerici nunquam, nè in ipsâ quidem mortis horâ, absolvi, aut remissionem peccatorum consequi possint, nisi superflua, quæ tunc habent, & habituri sunt, statuunt in pauperes aut alias pias causas erogare; & si testamentum condant, non possunt sine peccato mortali mori, nisi superflua pauperibus aut aliis piis causis legent, & secus legata revocent.

¶ 6. Objectum domini sunt res omnes, circa quas natura intellectualis liberam disponendi facultatem habere potest; sive deinde mobiles sint, sive immobiles, sive animata, sive inanimata, sive profana, sive sacra & religiosa, ita ut ipsi

ipſi quoque laici rerum ſacrarum dominii ſint capaces. Magnif. D. P. Collega Schmier, *tr. de Jure propriet. cap. 2. ſect. 4. §. 1. n. 292. & ſeqq.*

Forma dominii intelligitur ſatis ex ejuſdem definitione, & hujus per ſia-37 gulas particulas ſuperius n. 3. tradita explanatione.

Effectus dominii vertitur 1. in poteſtate diſponendi de re : quæ quouſque ſe extendat, dictum eſt ſupra *cit. n. 3. in verb. dicitur §.* 2. In jure vindicandi rem, ſi ea penes alium eſt, ſive detentorem, ſive poſſeſſorem verum vel quali, juſtum vel injuſtum. Cùm autem variæ ſint dominiorum ſpecies, ideò etiam vindicationis plures occurrunt ſpecies, quas *lib. 4. tit. 6. exponemus.*

Contraria dominii ſunt modi, quibus amittitur, optimè intelligendì ex 39 modis acquirendi dominium, quos itatim ſubjungemus. Eadem enim ſolent eſſe principia conſtitutionis & deſtructionis. *l. 35. ff. de R. l. & contrariorum cognito uno, etiam cognitio alterius eluceſcit. princ. Inſt. de his, qui ſui vel alieni juris ſunt.*

## P A R S III.

### De Modis acquirendi dominium.

#### SUMMARIA.

1. Explicantur in genere modi acquirendi dominium, tum naturales, tum civiles.
2. Deſinitur venatio in genere.
3. Deſcribitur venatio in ſpecie, aucupium, & piſcario.
4. Conceſſo jure venandi non cenſetur tributum jus aucupandi & piſcandi.
5. Bani verò jus cingendi ſilvam.
6. Declaratur alta & baſſa venatio.
7. Caprea pro diverſitate conſuetudinis modo ad hanc, modo ad illam revocantur.
8. Venatione ſimpliciter conceſſa, non niſi minorum ferarum venatio conceſſa intelligitur.
9. Neque etiam ſub facultate capiendi feræ majores, continetur facultas occupandi minores.
10. Venatione ſimpliciter conceſſa, majorum licet ferarum, aut datà poteſtate nach Süchs und Hujen zurichten / non cenſetur conceſſum exercitium, quod ſit ſcloppis & bombardis.
11. Agitur de venatione ſimplici & ſimultanea.
12. De precaria & hereditaria.
13. Principes venandi ſuſ jure ſibi arroganti.
14. Princeps non poteſt prohibere, ne ſubſtiti feræ damnificas arceant.
15. Tenentur Principes reſarcire damna illa a feris.
16. Poteſt venatio ita prohiberi, ne venator acquirat dominium fera capta.
17. Tractatur de pœnis injuſtorum venatorum remiſſivæ.
18. Expenditur ſubjectum venationis.
19. Quænam animalia objectum venationis conſtituant?
20. & 21. Fera, leiſa licet à te vulnerata, aut laqueo à te poſito intricata, tua eſt, & non eſt.
22. Apes, ex fundo alieno in tuum volantes, ac in eo confidentes, indiſtinctè ſua non ſunt.
23. Adducitur ſinis venationis.
24. Venans in alieno contra prohibitionem domini illicitè quidem agit, captum tamen ſuum facit.
- 25.



Diluuntur contraria. 26. non licet capere pisces ex alienâ piscinâ. 27. Jure communi licet cuilibet piscari in mari & fluminibus publicis; non etiam jure hodierno. 28. Licet capere pisces ex alieno stagno vel lacu. 29. Et quidem de jure civili pisces irrevocabiliter sunt capientis, esto stagnum contra exitum piscium munitum sit. 30. Jure Carolino autem non licet citra furti delictum ex alieno stagno pisces capere. 31. Neque in alienis rivis, aquis, aut fluminibus non inclusis. 32. Inventio, conjuncta cum apprehensione lapillorum &c. in litore maris, tribuit dominium. 33. Quod tamen hodiè vix obtinet. 34. Sicut nec inventio rerum, casu deperditarum, dominium confert. 35. Inventor, post adhibitam moraliter possibilem diligentiam, in notitiam domini non deveniens, rem inventam licitè retinet. 36. Respondetur ad opposita. 37. Definitur thesaurus. 38. Subjungitur jus circa illum. 39. Cujus sit repertus in loco religioso? Disquiritur. 40. Hodie medietas thesauri, in loco sacro vel religioso, casu reperti, pertinet ad Ecclesiam. 41. Thesaurus, operâ illicitâ in alieno inventus, totus cedit loci domino. 42. Solvitur objectio. 43. Referuntur hodierni mores circa acquisitionem thesauri. 44. Qui, si probati fuerint, possunt esse rationabiles. 45. Trutinatur acquisitio rerum derelictarum. 46. Explicatur lex 4. ff. pro derelicto. 47. Levanda navis gratiâ ejecta, aut de rheda cadentia, manent priorum dominorum. 48. Quidquid in contrarium dispositum videatur in l. 43. §. 11. ff. de furtis. 49. De occupatione personarum agitur remissivè. 50. Cui cedant res, actu vel publico, vel privato in bello occupata? medio distinctionis resolvitur. 51. Hodie cedunt Principi, bellum gerenti. 52. & 53. Vetera & hodierna missilia describuntur. 54. Definitur traditio. 55. Scinditur in veram & fictam. 56. In eam, quâ dicitur brevis manus, & illam, quâ vocatur longa manus. 57. Causa efficiens traditionis ostenditur duplex. 58. Adducitur ejusdem materia. 59. Proponuntur Requisita. 60. Traditur, quid juris sit, si tradens, & accipiens in causis dissentiant. 61. Præter alia, debet vacua possessio tradi. 62. Infringuntur argumenta contraria. 63. Singulare est in emptione venditione, quod venditor traditione dominium non transferat, nisi vel pretium solvatur, vel fides de eodem habeatur. 64. Adornatur effectus traditionis. 65. Describitur accessio naturalis, & artificialis in genere. 66. Alluvionis varia acceptiones afferuntur, unacum ejusdem definitione. 67. Jus alluvionis ordinariè locum habet in fluminibus, non in stagnis aut lacubus. 68. Statuitur subjectum alluvionis. 69. Ejus objectum. 70. Formâ. 71. Et effectus: quo etiam fundus fluctuarius gaudet. 72. Examinatur, jus modernum circa alluvionem. 73. Definitur coalitio. 74. Inquiritur in ejus ortum. 75. Subjectum. 76. Objectum. 77. Formam. 78. Expenditur, quid operetur coalitio. 79. Factâ coalitione priori domino nulla actio est prodita. 80. Definitur insula productio. 81. Describitur & dividitur

datur insula. 82. Cui acquirantur insula? indagatur. 83. Quomodo inter plures convicinos sint dividenda? remittitur ad alios. 84. 85. & 86. Definitio, divisio, & jura derelictionis alvei, tum Romana, tum moderna. 87. Explicatur fœdera animalium. 88. Describitur perceptio fructuum: item fructus unde dicti, & quid sint? 89. Quotuplices? 90. Oliva, vva, lac, lana &c. alibi ad fructus naturales, alibi ad industriales pertinent. 91. Partus ancilla in fructu non est. 92. Describuntur fructus pendentes, percipiendi, percepti, exstantes, consumpti. 93. Possessor alius est bona, alius mala fidei. 94. Iste nec naturales, nec industriales fructus suos facit. 95. In eo etiam percipiendos tenetur restituere. 96. Jure positivo possessor bona fidei fructus tam naturales, quam industriales, perceptione suos facit. 97. Evertuntur fundamenta opinionis contraria. 98. Bona fidei possessor fructus suos non facit irrevocabiliter, sed tenetur exstantes domino, rem suam evincenti, restituere, nisi eodem prescripserit. 99. Satisfit oppositis argumentis. 100. Bona fidei possessor fructus consumptos irrevocabiliter suos facit, esto inde factus sit locupletior. 101. Removentur motiva partis adversa. 102. Fructus post liti contestationem perceptos, vel consumptos, tenetur non tantum possessor mala fidei, sed etiam bona fidei, domino, rem suam evincenti, restituere. 103. Fructus pendentes à quocunque possessore cum re ipsa sunt præstandi. 104. Tractatur de accessione artificiali pura, & mixta in genere. 105. & 106. Definitur specificatio, & explicatur jus illius. 107. Cujus sit navis, ex alienis tabulis facta? datur resolutio. 108. Item cujus sit nova species, partim ex materia propria, partim ex aliena, confecta? 109. Produuntur remedia, quibus domino materia, & eandem specificanti consulitur. 110. Statuitur jus adjunctionis. 111. Et in quo differat. à specificatione. 112. Proponuntur actiones, domino adjuncta partis competentes. 113. Ferraminatio, & plumbatura disquisitionis lanci appendantur. 114. & 115. Examinantur jus confusionis, & commixtionis. 116. De jure inadificationis agitur remissivè. 117. & 118. Jus circa scripturam describitur, & circa pleturam juridicè dopingitur. 119. Jus implanationis tyronibus juris implantatur. 120. Et jus sationis pro coronide huic titulo inseritur.

**E**Xpendimus dominium absolutè. Proximum est, ut illud consideremus realitè, sive eum respectu ad modos, quibus acquiritur. Modi hi duorum sunt generum, naturales, & civiles. §. 11. *Instit. h. t. l. i. pr. ff. de a. r. d.* Naturales dicuntur, qui ad conferendum dominium suapte vi & naturâ sunt habiles. Civiles, qui vim conferendi dominii legi civili referunt in acceptis. Modi naturales habent pro objecto suo res vel corporales, vel incorporates. Modi, qui pro objecto suo habent res corporales, universim ad duos revocari possunt, puta, occupationem, & accessionem. Occupatio est vel rerum, quæ

nullius sunt, vel quæ alicujus. Occupatio rerum, quæ nullius sunt, diffiuit in duas species, venationem, & inventionem.

## §. I.

2 **V**enatio definitur, quod sit occupatio ferarum animalium, in naturali libertate relictorum.

3 Dividitur 1. in venationem in specie, aucupium, & piscationem. Venatio in specie est occupatio ferarum terrestrium; Aucupium volatilium; piscatio aquatilium. Ob der Otter- oder Biberfang zur Fischerey / oder Forst- Berechtigtheit gehörig seye? Vid. Am. Guilhelm. Ertel *Observat. illustr. jur. vid. equestr.* 10.

4 **Q**uæritur 1. an jure venandi in certo districtu concessio, etiam jus piscandi & aucupandi concessum videatur? Affirmativam suadere vult 1. quod beneficium Principis latissimæ interpretationis sit. *l. 3. ff. de Constit. Principum.* 2. Quod, cui licet plus, denegandum non sit, quod est minus. *l. 21. ff. de R. F.* Sed venatio præstantior est aucupio & piscatione, cum his solum occupentur aves & pisces vilioris pretii, quam sint feræ, quæ acquiruntur per venationem; ergo &c.

Sed verior est negativa. Quia à separatis ad separata malè inferitur: at qui venatio est species separata ab aucupio & piscatione, tum per *l. 9. §. 5. ff. de usufructu &c.* tum quia venatio sit longè aliis instrumentis, quam aucupium & piscatura, prout explicat Harp. *ad §. 12. & 13. Inst. h. t. n. 226.* ergo &c.

Ad 1. dubitandi rationem R. Eandem procedere, si concessio Principis sit ambigua; secus, si verba concessionis aperta, ut in præsentis. Ad 2.

respondet Harp. *d. loc. n. 236.* regulam illam procedere, quando agitur de una & eadem quantitate, re, vel tempore, per *l. 1. §. 4. & l. 109. ff. de V. O.* quod si verò agatur de diversa re, summa, vel tempore, tunc, quod minus est, non continetur sub majori, *arg. l. 43. §. 1. ff. de vulg. & pupill. substit.*

5 **Q**uæritur 2. utrum habeas jus venandi in silvâ, jus quoque habeat cingendi silvam in capturam ferarum; vulgò die Berechtigtheit des Jagens/das er einen Jag in das Holz schlagen möge? R. cum Gail. 2. *obs. 68. n. 7.* affirmativè, quia uno concessio, etiam reliqua concessa intelliguntur, sine quibus illud commodè explicari non potest. *l. 2. ff. de Jurisdicth.* Quod tamen non ita accipiendum monet Harp. *ubi supra n. 272.* quasi is, qui potestatem habet sepienti vel ambiendi silvam lignæis plagis, etiam possit ligna in eâ ipsâ silvâ cadere ad usum cingendi; sed, si vult sepire silvam, suis id lignis. & sine præjudicio alterius facere debet, cum plagæ istæ sint instar retium & cassium; at uti volens venatione, tenetur eandem suis retibus exercere, non alienis. *arg. l. 13. §. 4. ff. de S. P. R.* Vide Wehner verbo Forst-Recht pag. m. 115.

2. Dividitur venatio in altam & bassam. Venatio alta seu superior, in vernaculâ nostrâ, die hohe Jagd oder Jagdbarkeit / item der hohe Wild-Bahn est, quæ pro objecto suo habet feras majores aut nobiliores, vulgè das hohe / grosse / roth-und scharge Wildprät. Quales ex feris terrestribus censentur ursi, apri, cervi, lynces &c. ex volatilibus, die Berg-und Hasel, Hünner / Trappen / Schwänen / Auers- und Spillhanen / Fasänen / &c. Venatio bassa seu inferior, germanicè die nidere Jagd, oder Wild-Bahn: das kleine Waidwerck / item Reiß-Gejaid / est, quæ feras minores & ignobiliores respicit. Vocatur alicubi non inconcinne Wild-Bahn desß stiebenden und stiegenden Wildprät. Inter feras minores ex terrestribus numerari solent vulpes, lepores, coniculi, ciuri &c. ex volatilibus die wilde Tauben und Wendeten / Lerchen / Wachteln Krammets-Vögl / &c.

Quæritur 3. de capreis, pertineantne ad feras majores, an minores? Ob die Reche unter das grosse oder kleine Waidwerck gehören? Sunt qui feris majoribus illos accenseant. Sunt, qui minoribus. Ego existimem, cujusque regionis consuetudinem & observantiam attendendam esse, ac secundum illam formandum judicium. Certum enim est, quòd capræ alicubi accenseantur feris majoribus: alibi minoribus. Myler ab Ehrenbach de Princip. & Stat. Imp. part. 2. cap. 73. n. ult.

Quæritur 4. an factâ simpliciter venationis concessione, tam majorum, quam minorum ferarum venatio indulgetur? n. Cum Joanne Philippi in usu pract. Instit. lib. 2. tit. 1. §. 12. eclog. 4. & Joann. Harp. ubi supra n. 24 §. spectatâ hodiernâ Germaniæ consuetudine, & notoria experientiâ, inferioris solummodò notæ venationem reputari permissam, tum quia in genere non transit, quòd Princeps vix speciatim, ac in singularem favorem concedere assolet. arg. l. 6. ff. de pign. & cap. 81. de R. l. in 6. tum quia gratia non præsumitur, nisi in gratuito concedi solitis, arg. cap. 4. de Postulat. Pralat. confer Wehner in obs. pract. verb. d. Forst-Recht ad f.

Quæritur 5. utrum concedens potestatem insectandi & capiendi feras majores, intelligatur etiam dedisse facultatem capiendi feras minores? Dixeris, quòd sic; nam qui alteri per suum agrum concessit actum, tanquam majus & præstantius, censetur quoque concessisse iter, tanquam minus & levius. l. 1. princ. ff. de S. P. R. ergò etiam concedens alteri potestatem capiendi feras majores, seu excellentius, censetur quoque dedisse facultatem occupandi feras minores, utpotè quid ignobilius. Verius tamen est contrarium, quod in praxi servari testatur. Harp. ubi supra n. 239. prob. tam parùm licet excedere modum, concessioni venationis adjectum, quam parùm licet excedere modum servituti præscriptum. l. 4. pr. ff. de servit. sed impræsentiarum modus, concessioni venationis adjectus, consistit in eo, quòd liceat majores capere feras: ergò non licet minoris generis capere feras. Ad rationem dubitanti

7. Eum, qui actum dedit, iter quoque dare voluisse censeri, quia dantis nihil interest, licet actum habens per illi usfundum ear. Econtra concedens facultatem occupandi feras majores, non videtur voluisse etiam permittere venationem minorum ferarum, eò quòd ex hac venatione haud exiguum incommodum sentire possit.

- 10 Quæritur 6. an dominus foresti, concedens alicui potestatem, nach Fuchs und Hasen zurichten / jubaisen und zulausen / intelligatur etiam tribuisse facultatem, einen Fuchs oder Hasen mit der Büchsen zuschießen? Negans Harp. d. loc. n. 251. Philippi d. eclog. 4. n. 4. Wehner ubi supra pag. m. 116. Carpov. part. 3. decis. 287. n. 9. & seqq. tum ob modum, venationis concessioni adjectum, qui strictissime observari debet, arg. l. 13. pr. ff. de S. P. R. Tum quia feræ ex tonitu bombardarum disturbari, ac in fugam conversæ, sua lustra relinquere solent: tum denique quia Principes, venationes ex gratiâ concedentes, exercitium cum sclopetis & bombardis haud rarò verbis expressis excipiunt.
- 11 3. Dividitur venatio in simplicem & simultaneam. Simplex est, cum quis solus jus venandi habet in loco aliquo. simultanea, germanicè Koppels Jagd / quando duo, pluresvè habent jus in eodem prædio simul venandi.
- 12 4. Dividitur venatio in precariam, vulgò Gnaden Jagd / & hæreditariam, vulgò Erb Jagd. prior liberè, & quandocunque concedenti placuerit, revocari potest. arg. l. 1. princ. ff. de precario. Posterior transit ad hæred. a ejus, cui concessa est.
- 13 Causa efficiens venationis est venator. potest autem venari omnis, qui ad acquirendum ferarum dominium est habilis. Moribus hodiernis tamen soli Principes, & ii, penes quos summa Reipublicæ, jus venandi sibi arrogant.
- 14 Controvertitur, jurene Principes jus venandi sibi arrogant? sunt non pauci, quos referunt Didac. Covarruv. in c. peccatum. de R. l. in 6. p. 2. §. 8. n. 1. & And. Fach. 1. contr. c. 1. §. atque ita responderunt & c. qui negativam suscipiant. Sed præplacet sententia affirmativa, quam tuentur Moh. d. tr. 2. de F. & F. disp. 43. Lessius lib. 2. de F. & F. cap. 5. dubit. 7. n. 34. & seqq. Hamwald. de F. & F. tr. 5. c. 1. contr. 3. n. 74. & seq. Covar. d. l. Carpz. p. 2. prax. arim. quest. 84. n. 6. & seqq. Hugo Grotius lib. 2. de Jure belli & Pacisc. 2. §. 9. & c. 8. §. 5. Fach. ubi supra. Schambogen ad §. 12. l. h. 1. pag. m. 213. Zoef. ff. de a. r. d. n. 13. D. Bassius semisent. 2. quest. forens. controuv. l. n. 4. Clariss. D. Doct. Glæle p. m. in Juridprud. terribili. tom. 1. p. 2. c. 2. §. 6. n. 2. Clariss. D. Doct. Braun. p. m. d. tr. de admin. disp. 1. part. 2. c. 1. §. 2. n. 8. & seqq. ubi sententiam hanc & communissimam & veritissimam dicit. Probo ex iis, quæ scribit Grotius d. §. 5. in f. Lex civilis, quanquam nihil possit præcipere, quod jus naturæ absolutè prohibet, aut prohibere, quod absolutè præcipit, potest tamen ex justâ causâ libertatem naturalem circumscribere, & vetare, quod antea

naturaliter sub conditione licebat. Atqui jus naturæ venationem non vult absolute & simpliciter esse licitam, sed pro certo saltem rerum statu, ac sub conditione, nisi humana potestas ex justâ causâ intercedat, lege latâ reddens illicitam: potuerunt etiam esse gravissimæ rationes, ejusmodi legem extorquentes, ut nè homines tandem transeant in feras, oppida in latibula, agricultura in discordiarum semina, artes mechanicæ in otia, otia in caedes & rapinas, usus armorum in audaciâ, audacia in rebellionem, rebellio in Reipublicæ necem, ergò potest lex civilis venationem reddere illicitam.

Planè illud principes, & qui jus venandi habent, non possunt prohibere subditis, nè arceant vel abigant feras à satis aut fructibus depascendis, cum cuiusvis liceat, sua defendere contra quemcunque privatam, consequenter à potiori contra bestias, quas utique subditi alere non tenentur cum suo damno. *Harp. ad §. 12. & 13. I. b. t. n. 125. Haunold. d. contr. 3. n. 76.* ubi testis est, quòd omnes, non Theologi solùm, sed etiam juristæ ita sentiant. Imò teneatur porro princeps ad cavenda vel reparanda damna subditis, si quæ passi sunt ex venatione reservatâ, vel nimia ferarum multiplicatione. Nisi subditi ex pacto teneantur hujusmodi damna sustinere, fortè quòd prædia vicina hâc conditione comparaverint, aut neglexerint media, quibus se potuissent ex indulto principis indemnes servare. *Mol. d. tr. 2. disp. 47. Haunold. d. contr. 3. n. 79. Zoësius d. l. n. 14. in f. Bassus. d. semicent. 2. contr. 7.* Huc faciunt versus, quos Paulus Melissus ad Fridericum IV. Electorem palatinum scripsit:

*Cum libet in sylvis, Friderice, errare vagando,  
Ex pescere agrestes ferro, animoque feras:  
Sic tibi venandum perpendito, nè grave damnum  
Subjecti, aut fruges, ipsaque terra ferant.  
Qui nimis indulgent crebris venatibus, illos  
Cernimus in brucas degenerare feras.*

Unum adhuc teste *Clarissimo D. Doct. Klingensperger quest. illustr. ad Inst. 26. num. 9 & 10.* summè controversum, ac periculosæ decisionis dubium superest, possit nè princeps subditis prohibere venationem etiam eâ lege, ut nè ipsi venando contra prohibitionem fiant domini feræ captæ? Relinquit Vir prælaudatus rem in medio. *Zoësius e contra d. n. 14. Hugo Grotius d. §. 5. in f. Lauterbach. de Thesauris. tb. 2. Majerus ad §. 14. & 15. I. b. t. pag. m. 346. Braun d. §. 2. n. 14. & D. D. Glesle ubi supra. n. 7.* cordatè affirmant, quibus meum adjicio calculum, motus dominio subditorum jam acquisito, & in terminis usucapionis à lege extincto. undè sic discuro: potest princeps per legem v. g. usucapionis in subditis extinguere dominium acquisitum: ergò multò magis potest impedire dominium acquirendum, cum facilius impediatur jus quærendum, quàm adimatur jam quæsitum. Adhæc dominium feræ captæ non est de præcepto juris naturalis, sed tantum ita obtinet spectato præcisè sta-

tu naturali. ergò cum voluntates & actiones subditorum passivè subjaceant voluntati ac dispositioni principis, vi cujus cives suos potest reddere incapaces hujus aut illius juris, prout patet in pupillis, minoribus, ac personis id genus aliis, poterit etiam subditos per legem reddere incapaces dominiis feræ captæ, & ipsorum capturas assumere pro apprehensione propriâ.

17 Porro pœnas, quibus ij, qui contrâ prohibitionem principis venantur, percipi possint, videre licet apud *Hammold. d. l. n. 80. Harp. ad d. §. 12. & 13. n. 305. & seqq. Corpz. d. q. 84. n. 26. & seqq. Besold. in thesaur. practico verba wilderer. Glesio d. l. n. 19. & seqq. Klock. tom. 4. Consil. 98. Præn. D. Joan. Ant. de Zeidlmair, Ducalis ac exemptæ S. R. I. Præposituræ & Principatus Berchtesgadenensis Consiliarium, Cancellariæ directorem, & Provinciæ Præfectum, tr. de fornicidio q. 12. 13. & 14. Bassum d. semicent. 2. contr. 5.*

18 Subjctum venationis constituunt sylvæ, aquæ, loca vel alia, feris capiendis accommodata: quæ vel libera, vel non libera. Libera dicuntur, in quibus venatio singulis permessa, alio die *steyne Pürsch üblich* ist. Non libera, in quibus jus venandi solus princeps obtinet. à peritis loca, ad venationem habilia, dividuntur ulterius in vulgaria, & non vulgaria. Vulgaria appellantur, quæ ad venationem minus sunt habilia, ac dicuntur in vernaculâ nostrâ, *gemeine Wildfuhren* / uti sunt in venatione terrestri, *Plâß / da weder Wildnussen / rochte Haupt, Hölzer / Berg / noch Thal / sondern allein Hecken / und der mehrer Theil Bau, Güter seynd.* In aucupio verò *enge Felder / so zur Baiß nit tauglich.* non vulgaria vocitant, quæ ad venationem specialiter sunt habilia. *germanicè die beste Wildfuhren / da das Wild seinen Stand hat.*

19 Objectum venationis sunt bruta animalia, quæ duplicis generis, fera & mansueta. fera dicuntur, quæ habent congenitam feritatem, ac indolem liberè vagandi, aliena omninò à consortio hominum. talia sunt ursi, apri, leones, vulpes, &c. Atque hæc vel retinent naturam suam sylvestrem, vel usu & consuetudine hominum redduntur mansueta, ut solent cervi, columbæ, pavones, &c. Mansueta (quasi ad manum venire sueta) dicuntur, quæ ex ingentâ modestiâ gaudeant consortio hominum, ut sunt equi, boves, oves, gallinæ, canes &c. His prælibaris

Affero I. Sola animalia, naturâ fera, & in naturali libertate relicta, constituunt objectum venationis. Prob. Objectum venationis constituunt animalia, quæ sunt nullius. *d. §. 12. l. b. r.* atqui sola animalia naturâ fera, & in libertate naturali relicta, sunt nullius: ergò sola animalia, naturâ fera, & in libertate naturali relicta, constituunt objectum venationis.

Affero II. Animalia, naturâ fera, sed ab aliquo occupata, non constituunt objectum venationis, quamdiu custodiâ hominis coercentur. Prob. animalia talia sunt sub dominio ejus, cujus custodiâ coercentur; ergò non constituunt objectum venationis. Planè si evaserint custodiam occupantis, & in libertatem naturalem se receperint, desinant esse prioris domini, & rursus fi-

unt novi occupantis. Naturalem autem libertatem recepisse tunc intelliguntur, cum vel oculos nostros omnino effugerunt, vel adhuc quidem in conspectu nostro sunt, sic tamen, ut difficilis sit eorum persecutio & comprehensio: cujus determinatio merito relinquitur arbitrio prudentis viri. *d. §. 12. l. 3. §. 2. l. 5. princ. ff. de a. r. d. Molina d. tr. 2. dist. 41. n. 5.*

**Affero III.** Animalia, naturâ fera, sed cicurata, non constituunt objectum venationis, quamdiu mansuetudinem retinent. Prob. animalia talia, quamdiu animum retinent abscondi & redeundi, coercentur dominio possessoris; ergo objectum venationis non constituunt. Planè, si animum redeundi abjecerint, desinant esse prioris domini, & fiunt rursus occupantium: censentur autem abjecisse animum redeundi, quando consuetudinem redeundi deposuerunt: quod iterum arbitrio prudentis viri merito relinquitur, *arg. l. 1. §. 2. ff. de jure delib. vid. §. 15. l. b. r. & Molin. ubi supra. num. 6. & 7.*

**Affero IV.** Neque animalia, naturâ mansueta, constituunt objectum venationis. Prob. animalia, naturâ mansueta, sunt in vero dominio possidentis, & manent etiam, ubicunque existant: ergo objectum venationis non constituunt. Undè suâ spontè fluit, furtum committi, si anseres turbati, & volatu fortuito, ac insueto aliò translati occupentur, quia maneat prioris domini, qui proinde jus habet, illos vindicandi. Ex eodem fonte manat, teneri ad restitutionem, qui ovem, ex pascuis ereptam, prædatori lupo extorsit, & retinuit, esto alioquin omnino fuisset peritura, quia ovis mansit prioris domini, cui jus suum rapacitate lupi auferri non potuit. *§. 16. l. b. r. d. l. §. 6. l. 44. ff. de a. r. d. Mol. d. l. n. 3.*

Forma venationis stat in occupatione animalium, in naturali libertate relietorum. Sola igitur persecutio non tribuit nobis dominium feræ, quia accidere multa possunt, ut nostra non fiat. Undè nullo negotio resolvi possunt sequentiâ dubia.

Dubitatur enim 1. cujus sit fera, quam lethaliter unus vulneravit, alter apprehendit? *n. Cum Lessio d. c. 5. dubit. 10. Haunold. d. contr. 3. num. 65. & seqq. Braun. d. p. 2. cap. 1. §. 4. n. 2. & Magnif. D. P. König d. tit. 12. p. 2. n. 83.* interesse, itanè fera fuerit vulnerata, ut in æstimatione morali hominum manum vulneratoris non potuerit amplius effugere, an potuerit adhuc. Priore casu fera est vulnerantis, quia longâ manu à venatore videtur occupata. Posteriore casu efficitur apprehendentis, quia mansisse censetur in libertate naturali. *d. §. 13. l. b. r. d. l. §. 1. ff. de a. r. d.* Moribus hodiernis alicubi receptum est, ut liceat venatori, qui vulneravit feram, extra sylvam propriam eandem persequi, sic, ut, quamdiu feram persequitur, non liceat allis conatum ejus antevertere, ac feram insectari. *D. Seckendorff apud Oldenburger itinerarij jurisdici tit. 5. §. 417.*



21 Dubitatur 2. tuanè sit fera, si laqueo à te posito se intricaverit? *re-ferre non parùm, posuerisnè laqueum in fundo alieno, ubi jus venandi non habes, an in tuo. Si prius, tua non efficitur, esto ita se intricaverit, ut evadere nequeat. dum enim laqueum in alieno posuisti, domino intulisti injuriam. l. 13. §. ult. ff. de injuriis. ergò habet is jus tollendi laqueum: ablato autem laqueo fera recipit libertatem naturalem, adeoque cedit occupanti. Hannold ubi supra. num. 69. In fundo proprio si posueris laqueum, aut in loco publico, ubi cuilibet licet ponere, interest, itanè fera se intricaverit, ut evadere amplius nequeat, an luctando & conando possit adhuc retia eludere. Priore casu fera censetur tua; utpotè longà manu à te occupata. l. 55. ff. de a. r. d. posteriore casu tua non censetur; quia remansisse creditur in libertate naturali, per l. 3. §. 2. ff. d. t. confer Zoësum ubi supra. n. 10. & 11. Ludovall. ad d. §. 12. l. b. t. n. 2. Ungepaar. exercit. Jusstin. 5. quast. 5. Braun. d. loc. n. 4. P. König d. p. 2. n. 84. P. Hannold. d. contr. 3. n. 67. in cujus fine approbare videtur opinionem Molinæ & Lessii, qui in dubio, utrùm fera se esset extricatura? prædam inter eximentem & eum, qui posuit laqueum, dividendam statuunt.*

22 Dubitatur 3. an apes, quæ ex fundo alieno in tuum evolarunt, ac in eo confederunt, censeantur tuæ? *re. cum distinctione: vel retineant apes animum redeundi ad antiquum alvearium, vel non. Si prius, non tantùm non censentur tuæ, sed nec potes quidem illas alveario includere, quia, quamdiu animum redeundi retinent, esse censentur prioris domini, qui proindè tinninnabilis aut modis aliis consuetis revocare illas potest. Hannold. d. contr. 3. num. 86. Si posterius, refert, tuonè alveario jam incluseris apes, an necdum. Si incluseris, efficiuntur tuæ; quia suapte indole sunt feræ, adeoque in naturalem libertatem receptæ cedunt primò occupanti. Si nondum incluseris, tuæ non censentur, esto in arbore tuâ confederint, & alvearia formare illic ceperint. uti enim, si aves in arbore tuâ nidos construunt, tuæ non censentur, nisi illas occupes, quia nuda intentio non sufficit ad acquisitionem domini: sic etiam, si apes in arbore tuâ alvearia construunt, tuæ non censentur, nisi illas includas, quia nuda intentio non sufficit ad acquisitionem domini. §. 14. l. b. t. junct. l. 26. ff. de furtis. Planè si dominus agri apum agmina jam antea invenisset, ac tanquam sua occupasset, ea tamen in arboris aut rupis cavitate reliquisset propter aptitudinem loci, vel quia apibus videtur gratus, vel ut interim alveare parat; tunc utique dominium agminum comparasset, esto apes manu non contrectaverit, arborem non amplexus sit, minùs a refacto alveario incluserit. Hannold. d. l. n. 85. Mol. d. disp. 41. n. 10. in cujus fine subjungit, in aliquibus regionibus moris esse, alvearia in locis desertis constituere, ut peregrinum fortè aliquod examen in ea confluat. quo posito, eò ipso, quòd examen aliquod in eo alveari habitare incipiat, cedit domino illius alvearis, nisi fortè proprium examenis dominus illud insequeretur. De consuetudine aliorum locorum testatur Hop-*

*pius in usu moderno ad d. §. 14. l. h. t.* ubi ait, alicubi receptum esse, ut, si quis forsitan in sylvâ invenerit apium examen, & arborem, in quâ confedit, signaverit, ipsi, utut nondum occupaverit, tamen relinquatur, præferaturque alteri postea occupanti. Rationem hujus assignat *Berlichius part. 5. pract. conclus. 50. num. 11.* dicens, quod per signum in arbore factum, dominium & possessio apium ac mellis accipiatur.

Finis venationis est vel usus ferarum ad victum & vestitum, vel exercitatio ac confirmatio valetudinis, vel honesta animi relaxatio, prout variat intentio venantis. *Wesembecius ff. de a. r. d. n. 7. circa finem.*

Effectus venationis est, quod tribuat dominium feræ captæ. *d. §. 12. l. h. t. 24* qui effectus procedit, sive in tuo, ubi jus venandi habes, sive alieno fundo, ubi non habes, feram caperis. *d. l. 3. §. 1. ff. de a. r. d.* neque enim fera pars censetur fundi, adeoque manet in libertate naturali, eoque nomine cedit occupanti. Quinimò, licet dominus dissentiat & reclamet, si tamen contempto dissensu ejus feram occupes, tua efficitur. *d. l. 3. §. 2.* quia prohibitio domini non immutat naturam feræ, eoque nec operatur, quò minus cedat primò occupanti. Equidem, si dissentiente domino, feræ occupandæ gratiâ fundum ingrediaris alicuius, conveniri potes actione injuriarum. *d. l. 13. §. ff. de injuriis.* quia jus alienum injustè lædis. *l. 16. ff. de servis. præd. rusticorum,* feram tamen si occupes, tuam facis, quia, cum sit nullius, cedit occupanti. *d. §. 12.*

Objicies 1. ex delicto suo nemo debet reportare commodum. *l. 12. §. 1. 29 ff. de furtis.* Atqui, domino prohibente, ingrediens ac capiens feram delinquit. *d. l. 16. ff. de servis. præd. rust.* ergò ex hoc suo delicto non debet reportare commodum, lucrando feram, quam in alieno cepit. *¶.* Disting. majorem: ex suo delicto nemo debet proximè & directè reportare commodum, concedo, nemo debet remotè & indirectè reportare commodum, nego majorem. & sic distinct. consequenti nego consequentiam. Commodum, quod reportat venator, reportat proximè ex capturâ feræ, existentis in naturali libertate, quæ jure naturæ ac Romano omnibus libera est & permessa. Ex delicto suo, ingressu nimirum fundi prohibiti tantum abest, ut directè reportet commodum, ut is potius noceat venatori, cum exinde actione injuriarum conveniri possit. *cit. l. 13. §. ff. de injuriis.* Reportare autem commodum indirectè ex delicto suo, is jure paradoxum non esse, patet partim in emptore secundo, qui in dominio rei traditæ prævalet primo: partim in nuptiis, ex quibus, contrâ priora sponsalia contractis, confugit jus connubii. Confer *Magnificum D. P. Pettschacher d. opuscul. de jure in communi. q. 1. art. 1. num. 2. & 3. & Clariss. D. Doct. Gletle p. m. p. 1. select. q. 6. n. 6. Habu ad Wesenbec. d. n. 7. & Haanold. d. contr. 3. n. 62.*

Objicies 2. si cujusdam actûs initium vitio sit infectum, tunc totus actus est vitiosus. Atqui in præsentî initium actûs, puta, venationis, est vitiosum, quia ingressus fundi est prohibitus; ergò tota venatio est vitiosa, proindeque neque poterit indirectè tribuere dominium feræ. *¶.* Cum *Hannio ad Tront-*

*brum* vol. 2. *disp.* 18. *ib.* 2. *quæst.* 14. distinguendum majorem: si cujusdam unius ejusdemque continuati actus initium vitio sit infectum, tunc totus actus est vitiosus, esto, si cujusdam diversi actus initium vitio sit infectum, tunc totus actus est vitiosus, nego majorem, & sic distinet. minore nego consequentiam. Duo actus in præsentiarum accuratè ab invicem secerni debent, actus ingressionis, & actus venationis, seu captura feræ bestię. Prior vitiosus est, ac cum delicto conjunctus. non tamen propterea peccato contaminatur posterior, utpotè ab illo omninò diversus.

Objic. 3. qui fructus in alieno fundo, invito domino, colligit, non facit eos suos, sed potius tenetur furti. *l.* 12. *§.* 5. *ff. de usufructu.* Atqui venatio quandoque accensetur fructibus. *l.* 26. *ff. de usuris.* ergò qui feras in alieno fundo capit contra prohibitionem domini, non facit eas suas. *n.* Ad minorem, feras existentes in fundo non nisi valdè latè & improprie fructus dici, quemadmodum omnes omninò redditus & obventiones, omnia emolumenta & commoda, sive naturaliter ex ipso rei corpore producuntur, sive solertià hominis percipiuntur, sub generali fructuum significatione comprehenduntur. Fructus proprie ac strictè dicti sunt, qui ex ipso fundi corpore nascuntur. *l.* 59. *§.* 1. *ff. de usufructu.* *Hunn. d. loc. pag. n.* 1448. *Hausold. ubi supra. n.* 64.

Hucusque de venatione terrestri. Sequitur de piscatione, circa quam sit

26 Assertio I. Pisces piscinæ inclusos non licet capere: qui eos tollit animo lucrandi, furtum facit, ac tanquam fur puniri potest. Ita *Berlich. d. par. 5. conclus. 51. n.* 15. & *seqq. Carpz. d. quæst. 84. num.* 78. inque hoc, teste *Hausold. d. contr. 3. n.* 71. conveniunt omnes. Prob. Pisces piscinæ inclusi coercentur dominio & possessione nostrâ. *l.* 3. *§.* 14. *ff. de a. vel a. possess.* ergò extrahi ab alio licitè non possunt. Confirmatur: pecus squamigerum coercetur piscinis, ut feræ vivariis. *d. l.* 3. *§.* 14. atqui feræ vivariis inclusæ licitè auferri non possunt, quia amiserunt libertatem naturalem. *d. l.* 3. *§.* 14. Ergò neque pisces piscinæ inclusi, quia amiserunt libertatem naturalem.

27 Assertio II. De jure communi licet cuivis pisces capere in mari & fluminibus publicis, ita, ut, qui volentem in his locis piscari prohibet, prohibito actione injuriarum teneatur. sunt textus aperti in *d. §.* 2. *l. b. 1. l. 5. §. ff. de R. D. l.* 13. *§. ff. de injuriis.* Asserui autem notanter, de jure communi moribus enim piscationes ferè in manu Regum ac Principum esse, ita ut sine horum concessione expressâ vel tacitâ nemini hodie piscari liceat in mari & fluminibus, testis est *Hoppins ad d. §.* 2. *l. b. 1. de usu moderno.*

28 Assertio III. Pisces in stagno vel lacu constituunt objectum piscationis. Ita *Cujacius. 4. observ. cap. 2. Bachovius in Treusl. vol. 2. disp. 20. ib. 2. lit. F. Clarif. D. Doct. Braun. d. p. 2. cap. 1. §. 3. num.* 21. & alii ab his relati. Prob. pisces in stagno hæcenus differunt à piscibus piscinæ inclusis, quòd isti posside-

antur, illi non etiam: ergo constituunt objectum piscationis, quia sunt nullius. Rursus pisces in stagno hominis dominio non coercentur, sed libertatem naturalem retinent. *d. l. 3. §. 14. ff. de a. vel a. poss.* ergo constituunt objectum piscationis, quia sunt nullius. Certè in animalibus, quæ congenitam feritatem et indolem liberè vagandi obtinent, dominium æstimatur ex possessione, quæ sine neque obtinetur, neque retinetur, *arg. d. §. 12. l. h. t. d. l. 3. §. 2. & l. 5. princ. ff. de a. r. d.* Ergo, cum pisces in stagno non possideantur, neque dominia hominis coercentur.

**Assertio IV.** Pisces in stagno alieno aut lacu, jure nostro Romano, constituunt objectum piscationis, esto stagnum ita sit præclusum, ut exitus nullus piscibus pateat; adeoque piscator sit dominus piscium irrevocabiliter, neque eos domino stagni restituere tenetur, esto obligetur ad refundendam spem, quam habebat dominus, eisdem pisces capiendi. Assertio hæc tribus membris circumfluit. Quoad primum sentit nobiscum *D. Doct. Braun. d. l. num. 22. & D. Doct. Glöck. d. c. 2. §. 7. n. 6. quinum. seqq.* id probat hoc modo: feræ, quæ habentur in sylvâ circumseptâ, constituunt objectum venationis. *d. l. 3. §. 14. ff. de a. vel a. poss.* Ergo etiam pisces, qui habentur in stagno planè præcluso, constituunt objectum piscationis. Ideo enim feræ, quæ habentur in sylva circumseptâ, constituunt objectum venationis, quia retinent libertatem naturalem, cum apprehendi ad libitum nequeant, ut apprehendi possunt feræ, vivariis inclusæ. *d. l. 3. §. 14.* Ergo etiam pisces in stagno alieno constituunt objectum piscationis, quia retinent libertatem naturalem, cum extrahi ad libitum nequeant, ut extrahi possunt pisces piscinæ inclusi. Confirmat: esto stagnum planè sit præclusum, pisces tamen retinent libertatem naturalem, quia tam liberè vagantur, ut effugere possint manus & retia piscatoris: ergo esto stagnum planè sit præclusum, pisces tamen cedunt occupanti. Promovet argumentum: qui stagnum aut lacum munit, non hoc ipso pisces capit, sed piscationem saltè faciliorem, & spem suam certiore reddit: ergo retinent pisces libertatem naturalem, adeoque cedunt occupanti. Undè assensu indigna censet, quæ *Hugo Grotius d. cap. 8. §. 2.* scribit, nimirum: *pisces non minus stagno privato includuntur, quam piscinâ, & feras non minus coercent silva benè circumseptâ, quam vivaria: nec alio hac differunt, quam quod altera angustior, altera laxior custodia est.* Nam fallum hoc esse, exindè colligitur, quia pisces ex piscinâ, extrahi ad libitum possunt: pisces ex stagno non etiam. Minus assensum extorques, si dicas: stagnum pertinet ad dominum: atqui pisces sunt pars stagni; ergo etiam pisces pertinent ad dominum stagni, consequenter non licebit cuivis eos capere. Quis enim admittat minorem? si eam hoc modo probare coneris: fructus fundi sunt pars fundi. *l. 44. ff. de rei vind.* Atqui pisces sunt fructus stagni. *arg. l. 62. ff. de usufructu &c.* ergo pisces sunt pars stagni. **¶.** Pisces propriè & strictè non esse fructus stagni, de quibus propriis fructi-

fructibus loquitur memorata *lex 44.* sed tantum abusive; cum ex ipso stagno non nascantur. Quodsi ulterius instare, ac dicere sustineas, pisces nasci ex qua stagni, quâ continentur, adeoque esse fructus propriè dictos ipsius stagni. Id ego tibi non credo, nisi profundiorém naturæ urinatórem in patrocinium causæ tuæ adducas, qui doceat, pisces non provenire ex commixtione sexus, cum tamen DEUS piscibus benedixerit, ut multiplicarent genus suum, & replerant aquas maris. *Genes. 1. cap. vers. 22.*

Alterum assertionis membrum, quod nimirum piscator fiat dominus piscium irrevocabiliter, videtur *Clarissimo Braunio d. l. n. 27.* adeò certum, ut super eo vix auderet transigere. Probat autem hoc modo: capiens rem nullius, fit ejus dominus irrevocabiliter, quia occupatio, cujus species est captura terræ, est modus acquirendi dominium irrevocabile. Atqui capiens piscem in alieno stagno aut lacu capit rem nullius, *juxta dicta superius*, ergò fit ejus dominus irrevocabiliter. Dissentit *Harp. ad d. §. 12. & 13. Inst. h. t. num. 67. & seqq.* cujus rationibus occurrit *Hannold. d. contr. 3. num. 71.* Membrum tertium, sive quod capiens obligetur ad refundendam spem, quam habeat dominus, eosdem pisces capiendi, vide apud *Hannold. d. n. 71. in f. & Magnificum D. P. Petschacher d. art. 4. in Colligens. 2.*

30 Assertio V. Jure Carolino pisces ex alieno stagno sine furto extrahi non possunt. Colligitur satis ex *art. 169.* ubi non is tantum, qui ex piscinâ, sed etiam, qui ex stagno pisces capit, sur appellatur, ac furti teneri dicitur: articulus ita sonat: *welcher auß Weyern und Behaltnuß Fisch stihlt/ist auch einem Diebstahl gleich zu straffen.* Ergò jure Carolino non minus pisces in stagno, quam piscinâ constituunt objectum furti. Hinc jure Carolino, qui dominus est stagni, evadit hoc ipso etiam dominus piscium, quod ab alio capiantur & extrahantur. Quod paradoxum in jure non esse, sat liquet ex *§. 39. l. h. t. & l. n. Cod. de thesauris.* ubi qui thesaurum datâ operâ in alieno scrutatur, eum, ad quem fundus pertinet, dominum facit thesauri. ergò etiam, qui in stagno alieno pisces capit, eum, ad quem stagnum pertinet, dominum facit piscium. Uti enim in casu priore jura siagunt, quasi operâ & ministerio alterius utatur fundi dominus, sic dicere licet in casu posteriore, fingere Nemesin Carolinam, quasi operâ & ministerio alterius utatur stagni dominus. Certè hoc ipso, quod velit Imperator, furti reum esse, qui in stagno alieno piscatur, per necessarium antecedens etiam censetur velle, dominium piscium non capienti, sed illi cedere, ad quem stagnum pertinet. *Hannold. d. l. n. 72. Magnificus D. P. Petschacher ubi supra.* Undè infero, eum, qui in stagno alieno piscatur, teneri ad restitucionem piscium, quia suos non facit, quos proinde si retineat, vel absumat, injustè retinet, vel absumit, eoque nomine tenetur domino satisfacere, ac pisces in se vel æquivalenti restituere. Confer *Braun cit. l. n. ult. circa finem: ibi: restit colligit Waizenegger &c. & Clarissimum D. Christoph. Blumharter p. m. in sequent.*

comment. ad constitut. crimin. Carol. d. art. 169. n. 3. ubi ait, idem de captura cancrorum intelligendum esse.

Affertio VI. Neque licet inspectâ ordinatione Carolinâ piscari in alienis rivis, aquis, aut fluminibus non inclusis. d. art. 169. ubi Carolus V. transgressoribus arbitriam minatur poenam, hisce verbis: so abet einer auß einem fließenden ungesungen Wasser sich feng / daß einem andern zustunde / der ist an seinem Leib oder Gut / nach Gelegenheit oder Gestalt des Fischens / der Person / und Sachen / nach Rath der Rechts-Verständigen zu straffen. Carpo. d. quest. 84. num. 80. & 83. D. Doct. Blumblacher ad d. art. 169. n. 1. & 2. Dicens, quod, sicut Imperator in hac parte articuli verbo *surari* non utitur, ita piscator hoc casu factum piscium non committat, wurde auch deswegen die Straff auff die Lebens- Straff nimmermehr extendirt werden können / wann er auch unzählbare mahl vel infinitis vicibus also in frembden ungesungen Wässern gefischt hätte.

## §. II.

**S**atis de venatione. Sequitur de inventione, quæ in genere definiri potest. 32 quod sit occupatio rerum inanimatarum, quæ nullius sunt. Habet pro objecto suo vel res, quæ nullius unquam fuerunt, vel res, quæ fuerunt quidem alicujus, sed deserunt esse. Prioris generis est inventio lapillorum, gemmarum, margaritarum, coralliorum, conchyliorum, ac rerum aliarum, quæ in littore maris reperiuntur: hæc enim, cum sint nullius, cedunt occupanti. §. 18. I. b. t. l. 3. princ. ff. de a. r. d. l. 1. §. 1. ff. de a. vel a. poss. per solam visionem igitur memoratæ res non acquiruntur, sed occupatio accedat, necesse est. Invenire, ait Grosius de mari libero. cap. 2. pag. m. 3. non est oculis usurpare, sed apprehendere. per l. si Barsatorum. 13. Cod. de fidejussoribus. Adde Goshofredum ad l. 3. §. 3. ff. de a. vel a. poss. l. i. §. 1. Unde si unus gemmam, in littore maris jacentem, videat, & visam ostendat socio, ille verò in occupatione socium antevertat, dominus efficitur gemmæ, quia per hoc, quod alter gemmam prior viderit, non desit esse nullius. Hannold. d. cap. 1. contr. 1. n. 2. citans pro hæc sententiâ Card. de Lugo. Harp. ad d. §. 18. I. b. t. n. ult. Treutl. vol. 2. diff. 20. th. 2. l. i. H. Stryckius de jure sensuum dissert. 1. cap. 3. num. 33. subnectens tamen num. 34. limitationem aliquam, quam vide. Contrarium sustinent. Bachovius in Transl. d. l. & Schambogen ad d. §. 18. qui putant, aliquid alpestris tribuendum esse, videnturque fundamentum opinionis suæ invenisse in d. l. 1. §. pen. & l. 18. §. 2. ff. de a. vel a. poss. ubi dicitur, & habetur, necesse non esse, possessionem corpore & actu apprehendere, sed etiam oculis & affectu. Sed revera non invenerunt: memorati textus enim solummodò loquuntur de occupatione rerum, quæ alicujus sunt, & medio traditionis in aliam transferuntur,

non de occupatione rerum, quæ nullius sunt, ac proinde verâ apprehensione aliquâ indigent.

33 Hodie hic acquirendi modus exiguae admodum videtur utilitatis, cum, uti lictorum usum, sic quoque ea, quæ in lictoribus inveniuntur, ut & jus apprehendendi res, quæ in nullius dominium juxta naturam suam pervenire, communiter ferè regibus suis adscripserint principes. Feste *Ludvel exercit* ad *hgh. 4. ob. 5. lit. E.* ubi tamen excipit bona naufragorum, quæ neque ad inventorem, neque ad dominum territorii pertinent, sed ipsas naufragis reddenda sunt, juxta Imperatorem Fridericum in *auth. navigia. Cod. de furtis. & F.C. Favalemm in l. 21. §. 1. ff. de a. vel a. poss.* quibus succinit Imperator Carolus V, in *confis. crim. art. 218.* ibi in fine: *die und dergleichen Gewonheit wollen wir/ daß ein jede Obrigkeit abschaffen und daran seyn soll / damit sie hinfürder nicht geübt / gebraucht / oder gehalten werden / als wir dann auß Kaysertlicher Macht dieselben hiermit auffheben / damit vernichten und abthun / und hinfürder nicht eingeführt werden sollen.* Planè res casu quodam deperditæ obiectum inventionis non constituunt, sed inventæ vero domino sunt reddendæ. Si retineantur, committitur furtum. §. *ult. l. h. r. l. 43. §. 4. ff. de furtis. c. 6. & 8. caus. 14. q. 5.* ac locum habent poenæ in fures statutz, sic tamen, ut non detur poena ordinaria, quia communiter homines fortunatos se existimant, ac felici fidere natos, si quid inveniunt; quæ communis persuasio malitiam delicti valde minuit. Quàmnam autem poenâ castigandus sit, qui rem inventam retinet, nec moralem diligentiam adhibet, veniendi in notitiam domini, tradit *Corp. d. p. 2. q. 86. n. 12. 16. & 19. ex quo Clariss. D. Glesle. p. m. d. p. 2. Terrib. Furtis. p. c. 1. §. 9. n. 17.* ita distinguit; vel scit inventor, ad quem res inventa pertineat, vel ignorat. Ignarus, ac debitam diligentiam, veniendi in notitiam domini, non adhibens, potest poena pecuniaria aut carceris puniri. Sciens dominum, notitiam tamen suam studiosè dissimulans, ac in usus proprios rem inventam convertens ad tempus relegari potest. Planè si notitiam suam non dissimulet tantùm, sed in suspicionem deductus rei inventæ præfraus neget, illam penes se existere, quia improbitate ac impudentiâ præcellit, supplicio graviorè castigari, ac aut fustibus cædi, aut in perpetuum relegari potest.

34 Quid verò Juris, si post adhibitam moralem diligentiam in notitiam domini deveniri nequeat, licebitne rem inventam retinere, vel potius obligatio confurget, eandem dandi pauperibus aut in alios pios usus expendendi? Dixeris cum *Mol. de F. & F. tom. 3. tract. 2. disp. 746.* & aliis citatis à *Clariss. D. P. Paulo Mezger Theol. Scholast. tr. 11. disp. 27. art. 3. §. 1. n. 2.* memoratam obligationem confurgere. Eo enim modo tenetur inventor res inventas expendere, quo modo prudenter præsumitur velle dominus: atqui hic videtur velle dari pauperibus, aut in alios pios usus expendi, cum hæc viâ in commodum suum & obsequium omni meliori modo expendantur, ergo &c. Verius tamen

videtur, non confurgere. quæ sententia *Paulo Layman Theol. Mor. lib. 3. de Inst. tr. 1. cap. 5. n. penult.* videtur valdè probabilis. *Quam Clariss. D. P. Paulus Mezer d. art. 3. §. 2. num. 4.* itidem valdè probabilem & securam dicit in conscientia. *Hannochi verò d. cap. 1. contr. 1. §. 2. n. 26.* in praxi securam & speculativè probabiliorè judicat. Pro quâ denique stant *Mouoch. lib. 5. præsumpt. 3. §. 30. n. 8. Castro Palae part. 7. operis mor. tr. 3. diff. un. punct. 19. n. 2. & seqq. D. Glesle d. cap. 1. §. 5. n. 6. & novissimè Clariss. D. P. Babenstuber d. tr. de F. & F. p. 1. c. 2. art. 3. §. 2. n. 12. in f.* Probatur destruendo fundamentum adversariorum: si inventor, adhibitâ morali diligentâ dominum non inveniens, rem inventam in usus pios expendere teneretur, aut dare pauperibus, tunc obligatio hæc descenderet ex præsumptâ voluntate domini, qui velle censetur, ut, si spes recipiendæ rei non sit reliqua, illa in commodum & obsequium suum omni meliori modo, adeoque ad pias causas applicetur. Atqui falsa est hæc dominicæ voluntatis præsumptio, ergo &c. In majori consistit fundamentum adversæ opinionis. Minor prob. illa voluntas in domino præsumenda est, quâ spes probabilior affulget, fore, ut rem amissam recuperet: atqui stante adversariorum præsumptione spes probabilis planè non affulget, fore, ut rem amissam Dominus recuperet, quia, si inventori emolumentum nullum sperare licet, sed merum onus imponitur ac obligatio molestissima investigandi dominum, ac, ubi reperi- tus non fuerit, expendendi rem in usus pios; quis erit, qui res amissas dignetur tollere? Ergo falsa est præsumptio, quam faciunt adversarii de voluntate domini, sed censetur potius omnium hominum voluntas ac tacitus consensus esse, ut inventores rem tamdiu servent, quamdiu prudens spes affulget, veniendi in notitiam domini: postea autem in præmium diligentæ & fortunæ res lucro cedat inventoris; hæc enim præsumptione factâ spes longè probabilior dominos alit, fore, ut res amissas recipiant. Taceo cum prælaudato Clarissimo Viro *D. P. Mezer d. num. 4.* Quod, si dominus sit Turca, paganus &c. nunquam habiturus sit voluntatem, ut res in suam spiritualem utilitatem convertatur: aut domino istarum rerum non possit prædesse distributio in pauperes, si sit hæreticus, infidelis, in statu peccati constitutus. Sileo præterea cum *Clariss. D. P. Babenstuber ubi suprâ num. 11.* Quod neque Catholici voluntas merè præsumpta & interpretativa sinè actuali desiderio hujusmodi piæ applicationis meritorea sit: quodque tale desiderium dari possit sinè intentione obligandi inventorem. Quod si fortè adversarii, suprâ memorato fundamento suo diffiden- tes, ad tex:us confugiant, ac ex *anth. omnes peregrini, Cod. omnium de success.* ubi statuitur, ut, si peregrinus intestatus decesserit, bona ipsius, si fieri potest, per manus Episcopi hæredibus tradantur, vel in causas pias erogentur. Aut ex *cap. 5. de Usuris.* Ubi Alexander III. decernit, usuras restituendas esse iis, quibus exoræ sunt, vel eorum hæredibus, vel in amborum defectu erogandas esse in pias causas, aut ex *cap. 6. caus. 14. q. 5.* ubi rapuisse dicitur, qui aliquid in-



venit, nec reddidit obligationem, juri positivo cum abuta in acceptis respondentem, evincere allaborent, ausim prædicere, ipsos ibidem multò minus sceleram quamdam Ancoram, reperturos esse. Imprimis enim quod attinet ad *auth. omnes peregrini*. Loquitur illa duntaxat de bonis intestatis (quorum dispositio cum Juris Civiles arbitrio sit relicta, merito lex de illis disponit, mentemque morientis ita exponit) de inventis altum te nec silentium. Ad hæc lata est disparitas inter bona intestata & inventa. Ad usurpanda bona hujus generis inventio est titulus justus & juridicus. Ad bona illius generis seu defuncti intestati mors peregrini & defectus hæredis non etiam. In *capitulo 5. de Usuris*. statuit Pontifex tantum de bonis injustè & ex delicto, utpotè usurariâ pravitatis acquisitis, quæ retineri non possunt; ideòque in defectu domini pauperibus erogari debent. In opposito *cap. 6.* denique de illo inventore agitur, qui aus sit dominam, aut inquisitionem studio intermitit, ne in notitiam ejus veniat.

### §. III.

37 **P**osterioris generis est inventio thesauri & rerum derelictarum.

Thesaurus in *l. 3. §. 1. ff. de a. r. d.* definitur à J. C. Paulo, quòd sit vetus quædam depositio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat. Ubi *ly depositio* non formaliter, sed objectivè accipi debet, ut sensus sit, thesaurus est pecunia quædam vetus deposita &c. neque enim infrequens in jure civili videas, verbalia in iò in passivam significationem flecti *arg. §. 2. l. de jure personarum. l. 4. §. 1. ff. de statu hominum l. 24. ff. de V. S. l. 62. ff. de R. I.* unde melius descripsisse videtur Imp. Leo in *l. un. Cod. de thesauris*, dicens, esse condita à ignotis dominis tempore vetustiori mobilia. Cæterum dicitur in definitione Jureconsulti, *cujus non extat memoria*: quòd enim tamdiu aliquid delitescit, ut spes omnis evanescat, veniendi in notitiam domini, revertitur res ad statum & libertatem quasi naturalem, adeòque censetur esse nullius. Circa inventionem thesauri faciendum jus naturæ à positivo. De jure naturæ thesaurus, ubicumque repertus, cedit primò occupanti, quia nec est pars, nec fructus fundi, in quo inventus fuit, sicut sunt venæ metallinæ, sed est res nullius. Jure positivo refert, in loco, ad patrimonium nostrum spectante, thesaurus reperiatur, an loco extrâ patrimonium nostrum constituto. Locus prioris generis vel est proprius, vel alienus. Repertus in loco proprio vel est repertus mediis licitis, vel illicitis. Ille cedit inventori. §. 39. *l. h. t. l. un. Cod. de thesauris*. iste fisco vindicatur. *d. l. un.* ita tamen, ut inventor illum tradere non teneatur, antequàm à judice compellatur. *Less. de F. & F. lib. 2. c. 5. dubit. 17. n. 65.* nisi fortè supponatur casus, quo *d. lex. un.* non sit penal. *Malina d. tr. 2. disp. 56. n. 1.* Locus alienus vel spectat ad personam privatam, vel publicam, puta, Cæsarem, Principem, civitatem, fiscum &c. ad quamcunque verò personam pertineat, refert ulterius, sitnè thesaurus in eo repertus casu fortuito, an datâ operâ. Repertus casu fortuito di-

vellitur in duas partes, quarum una actum ante omnem iudicis sententiam red-  
 di debet loci domino; altera inventori cedit. *d. §. 39. l. 63. §. 1. & 2. ff. de a.  
 r. d. l. nu. Cod. de thesauris. 2. feud. § 6. Less. d. cap. 5. dub. 15. n. 59. Scham-  
 boger Inst. h. s. §. 40. pag. m. 248.* Quæritur datâ operâ totus cedit loci domi-  
 no, esto hic consenserit, quantitatem tamen, quæ sibi deberet obvenire, pacto  
 non expresserit, obligatione restitutionis sese primam post sententiam iudicis  
 exerente *d. l. nu. ibi: imò nec volentibus. &c. Haunold. d. sr. 5. cap. 1. contr. 1. §.  
 2. n. 11. in f. Lessius d. l. Zoësius ff. de a. r. d. n. 24. Schambog. ubi supra pag.  
 m. 249.* Et, siquidem dominus sit Cæsar aut Princeps, thesaurus censetur de  
 ejusdem regalibus. *d. 2. f. § 6. in f.* Neque officit *d. §. 12. l. b. t. ubi cetera  
 res, quæ aullius sunt, occupantium sunt, esto datâ operâ in alieno quaesita.*  
 Nam idè in thesauro aliud placuit, quia ad illum plerumque sine effossione &  
 manifesto fundi alieni damno perveniri nequit. Cum igitur aliena sine per-  
 missu domini effodere, & latentes in iis opes rinari merito prohibitum fuerit,  
 hinc indignus videtur hoc DE I beneficio & fortunæ dono, qui, contrâ legis  
 prohibitionem alienis inhians, thesaurum, in alterius fundo reconditum, suo  
 nomine perforando, vero domino quaerendi & inveniendi intervertit facul-  
 tatem. Circa thesaurum in loco extrâ patrimonium nostrum constituto, p<sup>ta</sup>, 39  
 sacro aut religioso inventum rursus distinctione opus est: vel enim violatione  
 sepulchrorum & apertis defunctorum urnis eum invenisti, vel fortunæ munere,  
 nullòque adhuc operâ scrutandi studio adeptus es. Priore casu thesaurus to-  
 tus ad fiscum pertinet, saltem post iudicis sententiam. Textus apertus *in d. 2.  
 f. § 6. in f. Haunold. d. l. n. 13. Adagnif. D. P. Pettschacher sæpè cit. opusc. de  
 jure in communi. q. 3. art. 3. pag. 110.* Posteriore casu referre existimo, sitnè  
 locus sacer aut religiosus juris quodammodò privati, an publici. Si privati,  
 fortè quòd in fundo proprio locum religiosum aut sacellum quis habeat, thesau-  
 rus in eo repertus totus cedit loci domino, si ipse thesaurum invenerit. *d. §. 39.  
 l. b. t. Mevosh. de præsumpt. lib. 5. præsumpt. 30. n. 8.* tamen si enim locus talis  
 extrâ commercium sit humanum; quia tamen privato usui deservit, juris quo-  
 dammodò privati censetur esse. *arg. l. 5. & 6. ff. de relig. & sumpt. fuv. l. 24.  
 ff. de contrah. empr. & l. 9. §. 1. ff. ad legem Juliam peculatus.* Quem poste-  
 riorem textum si meliùs ponderasset Haunoldus, admisisset conciliationem no-  
 stram, neque in *d. §. 2. n. 16.* tantum tribuisset conjunctioni loci religiosi &  
 sacri in *d. §. 39. l. b. t.* ab Imperatore factæ, quasi nulla loca aut ædes sacræ pri-  
 vate dici possent. Si locus sacer aut religiosus juris sit publici, refert, sitnè ab-  
 solutè talis, an secundùm quid tantùm, fortè quòd fiscus juris aliquid in illo ha-  
 beat. Si locus sit absolutè publicus, thesaurus in illo repertus totus iterum ce-  
 dit inventori, quia, eum nemo juris aliquid in loco obtineat, nemo etiam ha-  
 bet, quod prætendat. *Less. d. c. 5. dubit. 16. num. 63.* Quòd si ad fiscum lo-  
 cus certo quodam respectu pertineat, fortè quia fundus publicatus fuit, antequàm

DEO aut religioni dicaretur, media pars cedit fisco, media inventori. *l. 3. §. pen. f. de jure fisci. d. 2. f. 56. in f. Harp. ad d. §. 39. n. 7. & 8. Arnold. Finia. ibid. n. 4. Franzelius d. §. n. 9. Hunnius in Treutl. d. vol. 2. disp. 18. th. 2. quest. 15. Brunnowann ad d. l. un. Cod. de thesauris. n. 6. Ant. Perez. in Cod. de thesauris. num. 5. Clariff. D. Doct. Klingensperg. Illustr. assert. ad Inst. 27. n. 1. & seqq. Dissentiunt Hamold. d. n. 16. Maxx. I. h. r. ad §. 39. n. 29. Bachev. in Treutl. d. th. 2. lit. G. Wissenbach ad Inst. disp. 10. th. 33. & disp. ad pend. 18. th. 17. qui persuaderi non possunt, in questione thesaurorum sententias principum non fuisse discordes. Nos maluimus, etiam in presentiarum, auctoritatem Justiniani servare intactam, ac præcepto illius in *l. 1. §. 8. & l. 2. §. 15. Cod. de V. l. E.* obtemperare, ubi vult, ut leges in speciem contrariæ subtili ratione conciliantur. Cæterum*

40 Dubitatur 1. An adhuc hodie princeps sæcularis vi regalium semissemæ thesauri in loco sacro vel religioso casu fortuito inventi prætereundum possit? Affirmant *Harp. ad d. §. 39. n. 9. Henricus Bocerus de regalibus cap. 3. n. 178.* quod se refert in classe 5. disp. 3. num. 47. *Loffius d. dubit. 16. n. 64. & alii.* Negant *Molina d. disp. 56. num. 5. Hamold. d. §. 2. num. 17. Ant. Perez. in Cod. de thesauris. n. 6. Sixtinus de regalibus lib. 2. cap. ult. n. 38. Clariff. D. Doct. Klingensperger d. assert. 27. n. ult.* Hæc posterior sententia, uti teste *Lauterbach. disp. de thesaur. th. 30. in f.* est communis Doctorum, ita etiam nobis probatur. Ideo olim princeps sæcularis prætextu regalium semissemæ memorati thesauri sibi vindicare potuit, quia locus religiosus nullius esse credebatur. *§. 7. l. h. t. & quivis privatâ auctoritate per illationem mortui locum religiosum fecerat. §. 9. l. cod.* Atqui hodie dominium loci religiosi residet penes Ecclesiam. *arg. c. 10. de constit. c. 5. & 10. de rebus Ecclesie alienandis vel non.* Et cœmeteria nostra Episcoporum consecratione sepeliendis mortuis destinantur. *s. t. de sepulturis.* Ergo hodie princeps sæcularis prætextu regalium semissemæ memorati thesauri amplius vindicare nequit. Prob. 2. Thesaurus in fundo alterius privati casu fortuito repertus pro parte dimidiâ cedit loci domino. *d. §. 39.* Ergo etiam thesaurus in cœmeterio Ecclesie casu fortuito repertus pro parte dimidiâ cedit Ecclesie, ejusque prælato; nam hic habetur pro domino loci sacri, nec videtur conveniens, Ecclesiam deterioris esse conditionis, quam privatum.

41 Dubitatur 2. Ad quem pertineat thesaurus operâ illicitâ, puta, arte magicâ in alieno repertus? Sunt, qui eundem regalibus annumerent, ac velint, ex asse ad fiscum pertinere. Ita *Jacobs Alvaros. ad d. 2. f. 56. n. 8. Schneidewynus ad d. §. 39. l. h. t. n. 5. Harp. ibid. n. 4. Schambog ibid. pag. m. 249. Perez. d. l. n. 3. Vale. de feud. lib. 1. c. 5. n. 7. pag. m. 75. Rosent. de feudis cap. 5. conclus. 92. n. 4. & alii, quos referunt.* Sunt econtrâ, qui dominum prædii fisco præferant: inter hos *Lauterbach. d. l. h. t. 26. Sixtinus d. cap. ult. n. 33. & seqq.*

§ seqq. *Doctrina d. c. 3. n. 180. Eiusdem de regalibus c. 3. n. 401. & complures alii.* Ego magis propendeo in posteriorem sententiam. Prob. 1. Textus nullus suppetit, qui tali casu totum thesaurum regalibus adscribat. Ergo nec nos debemus adscribere, quia erubescimus sine lege loqui. *nov. 18. c. 5. in prin.* Prob. 2. *Thesaurus in alieno prædio datâ operâ inventus simpliciter & sine distinctione totus ad dominum prædii pertinere dicitur. d. §. 39. d. 2. f. 56.* Ergo etiam thesaurus arte magicâ in alieno prædio inventus, totus ad dominum prædii pertinet, quia de hoc verum est dicere, datâ operâ inventum esse. Prob. 3. Alteri per alterum iniqua conditio inferri non debet, neque aliquis alieno delicto prægravari. *l. 2. §. 7. ff. de decurionibus. l. 74. l. 155. prin. ff. de R. F. c. 22. §. 23. ead. in 6. l. 6. §. 3. Cod. unde vi. l. 22. Cod. de penis.* At, si dominus, in cuius loco alius operâ illicitâ thesaurum invenit, propterea thesauro caderet, alieno delicto gravaretur, ergo &c. Prob. 4. *Instituendo civilem anatomiam d. legis unica. Cod. de thesauris; ibi: quod si nobis super hoc aliquis crediderit esse supplicandam, aut NB. præter huius legis tenorem in alieno loco thesaurum sortatus invenerit, ipsum hoc locum domino reddere compellatur.* Certe si recensa citata verba, præter huius legis tenorem, acurâ mentis acie inspicias, deprehendo, tantum abesse, ut lex illa nobis opponi (id quod adversarii sibi falso persuadent, ut patebit ex objectione) ut potius in favorem nostrum apponi valeat. Rem sequenti discursu evinco: tenor legis vult, nè quis in suo vel. alieno loco arte magicâ thesaurum quærat, quia hoc prohibet simpliciter & indistinctè in verbis; *in alienis vero terris noma audent invitis, imò neq. volentibus, vel ignorantibus dominis opes abditas suo nomine perferuari.* Atqui thesaurus præter legis tenorem inventus, totus loci domino reddi debet. *d. l. un.* ergo thesaurus in alieno loco arte magicâ inventus, totus loci domino, non fisco reddi debet. Prob. 5. In quæstionibus dubiis absque delicto contra fiscum respondemus. *l. 10. ff. de jur. fisci.* Sed est quæstio dubia, an thesaurus in alieno prædio arte magicâ inventus pertineat ad dominum prædii, an verò ad fiscum, ergo &c. confer. *l. 2. Cod. de advocat. fisci.*

Objicies: thesaurus mediis illicitis inventus in proprio totus cedit fisco. *d. l. un.* ergo & inventus in alieno; uti enim in casu p̄iore publicatur in odium commissæ improbitatis, sic & in casu posteriore publicetur, necesse est: unde etiam utroque casu inventor capitali supplicio affici iubetur, *arg. l. 5. Cod. de Malef. & Mathematicis.* *n.* Neg. conseq. disparitas est, quòd thesauro in fundo proprio abdito, inventor ipse sit & dominus & peccans, adeoque meritò ex malitiâ suâ lucrum non reportet. Econtra si thesaurus in prædio alterius lateat, dominus & inventor sive peccans sunt personæ planè separatae; ergo æquitati repugnat, ut alièna iniquitas domino compendium auferat, & fisco afferat.

Moribus hodiernis thesauros, quocumque etiam in loco fuerint reperti, ad fiscum pertinere, nec quodquam amplius juris circa eos privati competere,

Inter plurimos alios contendunt Covar. *inst. c. peccunia. d. R. l. de 6. aperienda relictionis parie. §. 2. num. 4. & Hugo Grotius de cap. 8. §. 7.* E contra in Imperio Romano-Germanico & plerisque ejus provinciis adhuc hodie jus commune de thesauris in judiciis, & tribunalibus observari, testatur *Sixinus. d. cap. ult. n. 1.* ubi simul refert, se in elegantissimi speciei de thesauris ex juris communis dispositione respondisse, ac secundam respondentem illud in supremo Hassiæ dicasterio, & in Camera Imperiali, ad quam ex parte videri appellatum, pronuntiatum fuisse. Ego, sicuti in dubio totius existimo inharere jori scripto, & tandem contra fideum pronuntiare, usque dum vel lege vel consuetudine aliud doceatur introductum. *arg. l. 27. Cod. de testamentis. & l. 32. in f. Cod. de appellat.* Ita judico, quod contraria constitutio aut consuetudo, si sufficienter probata, conformis sit rectæ rationi. nam 1. qui sepeliunt pecunias, committunt in Constitutiones principum. *l. 4. §. 6. ff. ad l. Ful. pecuniaris.* Ergo in poenam transgressionis potest Princeps partem thesauri sibi arrogare. 2. Bonis in terrâ absconditis, principes defraudantur tributis, ad sustinenda onera publica necessariis, ergo jure compensationis thesaurum sibi vindicare possunt. 3. Stando in jure naturæ thesaurus est res nullius, ac propterea ubicunque repertus cedit primò occupanti. Ergo potest princeps jure superioritatis & universalis territorii partem aliquam vel totum thesaurum ubicunque repertum sibi reservare. 4. Sunt principibus omninò bona quædam assignanda, unde dignitatem suam sustineant ac rempublicam defendant; ergo jure merito ab illis rebus missum fieri poterit, quæ in nullus adhuc dominium pervenerunt, & absque detrimento singulorum concedi possunt. 5. Lex positiva loci domino thesauri partem addixit; ergo & consuetudine poterit induci, ut pars vel totus thesaurus principi cedat. Confer Covar. *d. n. 4. Mol. d. disp. 56. in f. Brunnemann. ad d. l. ult. Cod. de Thestauris. n. 8. Perez cod. tit. n. 14. Zoëf. ff. de ac. d. num. 31. Lauterbach. d. disp. de Thestaur. ib. 31.*

## §. IV.

**R**es derelictæ dicuntur, quas (siquidem mobiles sint) dominus abjecit, aut de quarum possessione (si sint immobiles) eo animo exiit, ut intra numerum rerum suarum deinceps non essent. *§. 47. l. b. 1. & ibi Schambogen.* Circa has est regula, quod cedant occupanti, *d. §. 47. & l. 1. ff. pro derelicto.* modò sciat, rem à domino pro derelictâ habitam. *l. 2. princ. ff. eod.* In dubio enim nemo præsumitur, rem suam habere pro derelictâ. *arg. l. 2. §. ult. ff. de leg. 2. rhodia de jactu. & l. 25. princ. vers. qui enim solvis & c. ff. de probat.* Quòd si expresse non constet de animo domini, inventor tamen probabili conjecturâ credat, rem pro derelictâ habitam esse, tunc eam ita sibi acquirit, ut quandoque à restitutione excusetur. *Hanbold. d. contr. 1. cap. 1. §. 1. n. 5. in f. quo 2.*

plures adducit conjecturas, ex quibus præsumere liceat, velle dominum rem suam pro derelictâ habere. Adde *Menoch. d. præsumpt. 30. num. ult.*

Dicitis non obstat *lex 4. cum 2. seqq. ff. pro derelicto.* ubi res pro derelictâ habita dicitur usucapi ab eo, qui occupavit. Ergo non statim ipsâ occupatione facta est accipientis; aliâ enim usucapione opus non esset, cum res, semel nostra, non possit amplius fieri nostra. §. 14. *Inst. de act.* Nam *q.* In memoratis locis sermonem institui de re pro derelictâ habitâ à non domino, qui v. g. sciens, esse alienam, noluit retinere, ne fortassis furti argueretur &c. in tali casu enim potest res adhuc habere antiquum dominum, consequenter usucapione opus est. *Harp. ad d. §. 47. n. ult.* Planè alia longè conditio est earum rerum, quæ in tempestate levandæ navis causâ ejiciuntur, aut de rhedâ turrente non intelligentibus dominis cadunt, aut alio simili amittuntur modo; hæ enim dominorum permanent, quia palàm est, eas non eo animo abjici, quòd quis eas habere nolit, sed quòd magis cum ipsâ navi maris periculum effugiat. §. *ult. l. h. s. l. 8. ff. de lege rhodiâ de jactu. l. 9. §. ult. l. 58. ff. de a. r. d. l. 21. §. 1. ff. de a. vel a. poss. l. 7. ff. pro derelicto.*

Neque ab his discordat Ulpianus, dum in *l. 43. §. 11. ff. de furtis*, ait, plerùmque credendum esse, eum, qui rem jacit in mare, derelipientis animo jactare, cum sciat perituram. Distinguit enim *JCus in f. dicti. §. vi.* inter id, quod simpliciter, & non simpliciter jactatum est, adeoque intelligendus de eo, qui jacit absque ullo sibi imminente periculo. Quisquis igitur memoratas deperditas, nec pro derelictis habitas res deprehenderit, tenetur dominum illarum inquirere, easque inquisito restituere, adèd, ut ne quidem inventionis præmium propterea petere possit. *d. l. 43. §. 9.* esto accipere, aut in eum saltem casum mercedem prætereendere valeat, quo laborem & industriam aliquam in re invenienda, aut inventæ conservatione, pretio æstimabilem adhibuit. *Lessius d. cap. 5. dubis. 18. n. 67. circa f.*

## §. V.

**O**ccupatio rerum quæ alicujus sunt, fit vel invito domino, vel volente.

Quæ fit invito domino, dicitur occupatio bellica, ac definitur, quòd sit actus, quo personæ & res hostiles efficiuntur capientium. Occupationem personarum quòd attinet, tractavi de illâ *lib. 1. tit. de jure personarum. §. 7. n. 25. & seqq.* ubi, si lubet, vide. Circa occupationem rerum distinguunt aliqui inter res mobiles & immobiles. has dicunt cedere supremo belli duci, cujus auctoritate bellum geritur. Illas, nisi pretiosiores sint, fieri capientium. Nobis hæc distinctio in ordine ad concordandos textus Juris Romani non videtur satis accurata, sed sapit melius illa, quam ex *Grotio de Jure Belli & Pacis. lib. 3. cap. 6. §. 10. & seqq.* adornant *Vinn. & Franzkinius ad §. 17. l. h. s.* cum quibus providè discernimus actum publicum à pri-

soa privato. Quæ occupantur actu publico, tali videlicet, qui directè exercetur intuitu ejus, cujus auspiciis bellum geritur, pertinent ad principem, quia occupantur nomine principis. Undè si civitates, si castella, si integræ provincie occupentur, cedunt illi, cujus auspiciis bellum geritur; dummodò primò ita infestæ & occupatæ sint, ut alteri parti, nisi expugnatione exstructarum munitionum, aditus amplius non pateat. *l. 16. ff. de a. r. d. l. 20. §. 1. in f. ff. de capt. & postlim. revers. facit Lex 71. princ. ff. de V. S. nec secundo àb hoste, cui erepta sunt, injustè fuerint possessæ, ut quo casu pristinis dominis restitutio faciendâ. d. l. 20. §. 1. & ibi Brunnemann.* Ratio, cur ista aliàs ad belligerantem spectent, est, quia occupari non possunt, nisi inducantur numerosi exercitus, nisi terra sub pondere tormentorum gemat. Pari modo res mobiles, aut se moventes, ministerio publico captæ, cedunt supremo belli duci. *l. pen. ff. ad l. Ful. pecular. l. 31. ff. de jura fisci. l. 36. §. 1. Cod. de donat.* res enim hæ verè actu publico occupatæ censentur à duce per singulos tanquam ministros suos, per quos etiam possessionem & dominium nobis acquiri, constat ex *l. 53. ff. de a. r. d. l. 1. §. 20. ff. de a. vel a. possess.* Econtra quæ occupantur actu privato, puta, extrà ministerium, efficiuntur capientium. *d. §. 17. l. b. t. l. 5. §. ult. l. 51. §. 1. ff. de a. r. d. l. 12. l. 28. ff. de capt. & postlim. revers.* Modò intrà prælidia & stationes sint deducta. *l. 5. §. 1. l. 19. §. 1. ff. d. t.* Undè si similes dimicatione singulari cum hoste decertet, spolia victo erepta sua facit. Similiter si procul ab exercitu in liberis & injustis excursionibus prædam hosti miles extorqueat, suam facit, quia non capit illam ministerio publico, neque personam repræsentat ejus, cujus auspiciis bellum geritur, adeoque quæ occupat, sibi acquirit. Videatur *Clarissimus D. P. Joan. Bapt. Eberth. tr. de Bello cap. ult. §. 1. ult. n. 3. §. 6.* Hodie acquisitio rerum hostilium in bello videtur pendere ex liberalitate bellum gerentis, proindè tantum cedit privato, quantum princeps volet. *Hopp. ad d. §. 17. in usu moder.* Nec imperitò ! princeps enim stipendia solvit militibus, quidni ergò ab his acquisita sibi arroget?

## §. VI.

**V**oluntas domini est vel interminata, vel determinata. Indeterminata occasionem subternit apprehensioni missilium, quæ

52 Definitur, quòd sit actus, quo donaria in vulgus jacta occupantur. §. 46. *l. b. t. l. 9. §. pen. ff. de a. r. d.* Jactabant autem olim missilia prætores & consules in signum lætitiæ & liberalitatis *d. §. 46.* quam facultatem consulibus ademerunt *Imperatores Valent. & Marcian. in l. 7. Cod. de Consulibus.* Justinianus verò in *nov. 105. c. 2. §. 1.* iisdem permisit ad certum modum, de quo *Gothofred. ad d. l. 2. lit. D. Leo iterùm interdixit in totum. nov. 94.* Hodie missilibus successisse videntur variarum rerum donaria, quæ Reges & Principes in inauguratione suâ, aut in perpetuam alterius rei memoriam in vulgus pro-

ficere solent. *Hoppius, Schambog. Franzkins ad d. §. 46.* Prout Elector Palatinus in coronatione Regis Romanorum monetas tum aureas, tum argenteas, in vulgus projicere solet, & actu projecit Augustæ vindelicorum Anno 1690. in coronatione Augustissimi Imperatoris Josephi I. gloriosissimæ memoriæ, & Francofurti anno 1713. in coronatione modernæ Augustissimi Imperatoris Caroli VI. vid. D. Prosp. Simon Gerhauer *ir. acad. ex Jure publ. p. 1. dissertat. 3. de Coronatione.*

## §. VII.

**V**oluntas domini determinata inducit traditionem, quæ

Definitur, quod sit actus, quo possessio rei ab eo, qui jus transfere-  
endi habet, in alium acceptantem transtertur. §. 40. *l. h. r.*

Dividitur in veram & fictam. vera dicitur, quæ naturali & corporali rei traditione perficitur, sitque vel datione de manu in manum, vel immisione in possessionem. Priore modo contingit, si traditio respiciat rem mobilem. Posteriore, si pro objecto habeat immobilem: *l. 3. §. 1. ff. de a. vel a. poss.* Traditio ficta est, quæ inducitur dispositione legis. Atque hujus traditionis materia vel sunt res incorporales, puta, servitutes, vel corporales: Servitutes sunt vel affirmativæ vel negativæ. In affirmativis vicem traditionis sustinet usus unus & patientia alterius. *l. ult. ff. de servitut.* In negativis locum traditionis occupat ommissio actûs, quem aliàs jure domini in re nostrâ exercere possumus. Ut ecce! placuit, nè in gratiam prædii tui ædes meas aliàs tollerem. Non tustuli: ommissio hæc loco traditionis est, ac jus in re operatur. Traditio, quæ pro objecto suo habet res corporales, est vel brevis, vel longæ manûs. Brevis magis traditio est, quæ ambagium præcedendarum gratiâ, per occultationem actionis alicujus à lege inducitur. §. 44. *l. h. r. l. 9. §. 5. ff. de a. r. d. l. 15. ff. de rebus credit. l. 43. §. 1. ff. de jure dotium. l. 62. princ. ff. de evictionibus.* Ut ecce! deposui apud te catenam auream, aut eandem tibi comenodavi: quam ex postfacto tibi vendidi aut donavi: estne opus, catenam à te accipere, illamque tibi denuò tradere? non est opus; hoc ipso enim, quod illam apud te permanere patiar, per fictionem brevis manûs eam recepisse & denuò tradidisse censeor. Similiter petiisti à me pecunias mutuas. Ego, cum nummos in parato non haberem, jussi, ut eos exigeres à debitore meo, exegisti. Equè hoc casu dicitur intervenisse traditio brevis manûs, quia ambagium præcedendarum gratiâ, pecuniarum censentur à debitore mihi, & à me tibi traditæ. Traditio longæ manûs intervenisse dicitur, si res tradatur in symbolo, vel si tale aliquid tradatur, quod ex intentione tradentium rem ipsam significat, puta claves, instrumens, & si quæ sunt aliæ. §. 45. *l. h. r. l. 14. §. 1. ff. de periculo & commod. rei vend. l. 74. ff. de contrah. empt. l. 9. §. 6. ff. de a. r. d. l. 1. §. 21. in f. l. 18. §. 2. ff. de a. vel a. poss. l. 27. ff. de solut. l. 1. Cod. de donat.* Ut ecce! merces in horreo meo



repositas, aut vinum in cellâ vinariâ existens tibi venditurus in presentâ horrei vel cellæ vinariæ claves tibi tradidi. Censenturæ merces &c. in te translatae? censentur mediante clavium symbolo.

57 Causa efficiens traditionis est vel principalis, vel instrumentalis. Principalis est ille, qui suo nomine rem tradit. Potest autem hoc modo tradere, omnis ille, qui transferendi potestatem habet, sive, qui est dominus, & alienare non prohibetur. *princ. Inst. quibus alienare licet vel non.* Instrumentalis est ille, qui alieno nomine rem tradit: nihil enim interest, ipse dominus rem tradat, an voluntate ejus alius, cui licentiam hanc permisit. §. 42. & §. 43. *l. h. t. l. 9. §. 4. ff. de a. r. d. l. 58. & 59. ff. de procuratoribus.*

58 Objectum traditionis est res, quæ traditur. Potest autem tradi & hoc modo alienari res omnis, quæ existit in commercio humano, dummodo tamen alienatio ejus speciali jure non sit prohibita. *d. §. 40. l. h. t. Schambog. ad §. 41. l. eodem.*

59 Forma traditionis desumitur à requisitis, quæ plura. 1. Requiritur, ut is tradat, qui transferendi habet potestatem. 2. Ut animum habeat tradendi, adeoque sciat, rem suam esse. Si rem suam ignorans pro alienâ quis tradat, dominium non transfertur. *l. 35. ff. de a. r. d.* 3. Ut moveatur causâ ad transferendum dominium habili, v. g. emptionis, donationis &c. nunquam enim nuda traditio transfert dominium. *Paulus in l. 31. ff. d. t.* Si erret, ac causam subesse putet, cum non subsit, dominium non transfertur. 4. Ut voluntati dantis respondeat capacitas & voluntas accipientis in rem, quæ traditur. *l. 55. & 57. ff. de O. & A. Exceptionem vide in l. 32. ff. de a. r. d.*

60 Controversatur, transferatorne traditione dominium, si tradens & accipiens in causis dissentiant? *1.* Interesse, fueritne titulus, quem unus & alter subesse credidit, habilis ad transferendum dominium, an non. Si habilis, transfertur dominium; non quidem ex causis, in quibus dissenserunt, sed quia alter voluit transferre dominium, alter accipere. *l. 36. in f. ff. de a. r. d.* Ut ecce! tradidi tibi pecunias quasi donaturus: tu recepisti tanquam creditas: quia juxta opinionem utriusque titulus subit, ad transferendum dominium habilis, hinc transfertur dominium: non quidem ex causâ mutui, quoniam intentionem credendi non habui; sed quia voluntas mea fuit, transferre dominium, tua recipere. *d. l. 36. & l. 18. princ. ff. de R. C.* Planè si repetere nummos velim, repellere me potes per exceptionem doli mali, quasi dolo agam, quòd repetere pecunias sustineam, quas animo donandi transtuli. *d. l. 18. princ.* Diversum obinet, si nummos tibi tradiderim quasi mutuos; tu acceperis tanquam donatos: hos enim cum effectu repeto, quis eâ intentione tradidi, ut repeterem. *d. l. 18. §. 1.* Quòd si juxta opinionem unius tantum subfuerit titulus ad dominium transferendum habilis, dominium traditione non transfertur. *d. l. 18. §. 1.* Ut ecce! tradidi tibi pecunias animo deponendi; tu acceperisti quasi credi-

tas: quia intentio mea non fuit, transferre dominium, hinc non transfertur, sed dominus ego maneo, ac vindicare nummos possum, si adhuc existant. *d. l. 18. §. 1.* quinimo licet nummos consumpseris, jure tamen illos repeto, quia eos sine tradidi, ut repeterem. *d. l. 18. §. 1. Arnold. Vinn. in select. quest. lib. 2. cap. 35. & ad §. 40. I. h. t. n. §. Servus in Synag. jur. civilis exercit. 16. th. 10. Hahn ad Wosensb. ff. de R. C. n. 12. Stryck. de jure sensuum. dissert. 10. cap. 4. n. 35. & seqq.*

§. Requiritur, ut transferatur vacua & plena possessio, hoc est, non sufficit, rem quomodolibet tradi, sed res, quæ traditur, debet à nemine possideri. Si alius possessionem habeat, traditio effectum suum non consequitur, neque dominium aut conditionem usucapiendi operatur. Hinc si fundum tibi vendiderim, qui ab alio bonâ fide possidebatur, & dum fortè possessor peregrè abest, eum tibi tradiderim dominii transferendi causâ, tunc cum ingressus sis eo animo, ut capias, quod traditur, & dominus fias, fundus jure gentium tibi non acquiritur. *Vinn. ad d. §. 40. n. 3. Bach. in Transl. d. disp. 20. th. 4. tit. D.* Constat ex variis juris locis, 1. ex l. 8. *Cod. de act. empti.* Ubi Imperatores Dioclet. & Maxim. ita rescribunt: *si pater tuus unum dedis portionem suam, nec induxit in vacuum possessionem prædii, jus omne penes se eum retinuisse certum est. Neque enim velut traditionis facta reliqua exsolvatur, si simulatio factum intercessit, veritatem mutare potuit. Quapropter aditus præsentis, si animadvertentis in vacuum possessionem neque patrem tuum, neque successores ejus emptorem vel hæredes ipsius quocumque loco factos induxisset, non dubitabit nihil esse translatum pronuntiare.* Ex quo textu tale necesse argumentum; in vacuum possessionem altero non inducto jus omne retinetur: ergo ad effectum traditionis requiritur, ut vacua possessio transferatur. Similiter: in vacuum possessionem altero non inducto certum est, nihil esse translatum. *d. l. 8.* ergo ut traditio fortiat effectum, ac dominium aut conditionem usucapiendi operetur, vacua possessio transferatur, necesse est. 2. Constat ex l. 13. *Cod. de distract. pignorum.* Ubi iidem Principes rescribunt, quod *is, qui prædium obligatum à creditore comparavit, sine vacuum possessionem inductus non est, nullam in rem actionem habeat.* Undè sic arguo: vacuâ possessione non traditâ, locum non habet actio realis: ergo sine traditione vacuæ possessionis non transfertur dominium: hoc enim translato locum habet actio realis. Constat 3. ex l. 22. *ff. de a. vel a. poss.* Ubi J. C. Javolenus negat, possessionem adeptum esse, qui ita eandem nactus est, ut retinere illam non possit. Subsumo: sed quando vacua possessio translata non fuit, nondum alter ita nactus est possessionem, ut retinere illam ipsi liceat: ergo possessionem adeptus non videtur.

Sunt, qui contrarium asserant, ac contendant, effectum traditionis optime obtine posse, esto vacua & plena rei possessio non tradatur. Hos inter Placent. Azon. Accurs. Odofred. Barr. & Bald. quos sequitur Donellus 4.

*comment.* 19. Rationibus eorum breviter satisfaciam. Prima est: quando res commodatur aut deponitur, acquirit commodatarius aut depositarius possessio-  
nem rei, nec tamen acquirit plenam ac vacuam: ergo ad effectum traditionis  
non requiritur, ut transferatur vacua possessio. 20. Dist. antec. quando res  
commodatur aut deponitur, acquirit commodatarius aut depositarius possessio-  
nem rei improprie, concedo, proprie, nego antec. & conseq. commodata-  
rius & depositarius non habent possessionem proprie dictam; ad hanc enim re-  
quiritur, ut nomine proprio rem quis detineat. l. 28. *prin. ff. de a. vel a. poss. l.*  
*17. §. 1. ff. de positi.* Commodatarius autem & depositarius non detinent rem  
commodatam aut depositam nomine proprio, sed alieno, adeoque possessionem  
habent asininam sive improprie dictam, quia alienae possessioni nudum praestant  
ministerium.

Secunda ratio est: possessio cum dominio nihil habet commune l. 12.  
§. 1. *ff. de a. vel a. poss.* Ergo sine vacua possessione acquiri potest dominium.  
21. Rationem hanc nimis esse bonam, ac plus probare, quam gratum sit ad-  
versariis. Sic enim argumentor: possessio cum dominio nihil habet commu-  
ne. d. l. 12. §. 1. ergo sine apprehensione acquiri potest dominium. Sensus itaque  
non alio procedit lex illa, quam quod non impediatur mutare consilium suum,  
qui rem vindicare cepit, & transire ad interdictum *uti possidetis*, quoniam pos-  
sessio & dominium commune nihil habent. Ratio tertia: dominium sub-  
sistere potest sine possessione, ergo etiam acquiri. 22. Neg. conseq. plerum-  
que enim plus requiritur ad acquisitionem rei, quam ad conservationem ejus.  
Exemplum suppeditat usucapio: per hanc enim ut acquiratur dominium, plura  
concurrant, necesse est, quae amplius non desiderantur, postquam dominium  
semel fuit acquisitum. Ratio quarta: ex quo tempore mulier fundum, à  
Titio possessum & propè jam usucaptum, marito in dotem dedit, ut dotalis  
fieret, ex eotempore fundus ad prohibitionem Legis Juliae pertinet, & mari-  
to competit rei vindicatio. l. 16. *ff. de fundo dotali.* Ergo dominium absque  
vacua possessione in meritum fuit translatum. arg. l. 23. *prin. ff. de R. V. c.*  
*l. 13. §. 2. ff. de fundo dotali.* 23. Dist. antec. ex quo mulier fundum à Titio  
possessum in dotem dedit, id est, doti destinavit, fundus ad prohibitionem legis  
Juliae pertinet, & marito competit rei vindicatio, esto. Ex quo mulier fun-  
dum à Titio possessum marito in dotem tradidit, nego. antec. & conseq. Tan-  
tum abest, ut Jctus Tryphonianus in d. l. 16. dicat, fundum marito fuisse tradi-  
tum ut potius dicat, quod maritus fundum à Titio petere debuisset. ibi: *cum*  
*que petere neglexeris vir ero.* Neque enim illa tantum in dotem data dicuntur,  
quae protinus tradita sunt, sed & quae doti saltem destinata fuerunt. l. 14. & 15.  
*ff. de jure dotium*, ad exemplum usufructus ac aliarum servitutum praedialium,  
quae pactionibus ac stipulationibus constituuntur. §. ult. l. de *servitut. praediorum*  
*c. §. 1. l. de usufructu.* Quod autem rei vindicatio in d. l. 16. marito com-  
petere

potere dicitur, non arguit, fundi dominum in maritum translatum fuisse, sed id saltem evincit, actionem in ordine ad fundum vindicandum marito à muliere cessam esse. *arg. l. f. Cod. de hered. vel act. vend.* quæ cessio etiam facit, quòd fundus doti destinatus ad prohibitionem legis Julix pertineat, quoniam is, qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videatur. *l. 15. ff. de R. l.*

6. Requiritur ad traditionem, ut sit simplex, nec expressam atit tacitam conditionem innexam habeat, quæ facit, quòd minus dominium in accipientem statim transeat, & actum suspendit. *l. 8. ff. de R. C. l. 41. ff. de condit. & demonstrat.* Hujusmodi conditionata traditio est, quæ fit ex causâ emptionis venditionis, ex quâ licet venditor rem tradiderit, non tamen purè, sed sub conditione, si pretium solutum fuerit; tradidisse præsumitur, nisi vel fides habita appareat de pretio, expressâ pacti adjectione, determinatione diei solutioni præfixi, admissione fidejussoris aut expromissoris, datione pignorum &c. aut deniq; aliâ ratione satisfactum sit. *§. 41. l. h. t. l. 19. l. 53. ff. de contrab. empt. l. 5. §. 1. ff. de prescrip. verb. l. 3. Cod. de pact. inter emp. & vend. compositis.* antequàm igitur emptor pretium solverit, vel alio modo satisfecerit, venditor dominus manet, qui proinde rem vindicare potest, ac prioribus emptoris creditoribus in ipsâ re venditâ de jure communi potior est, per *l. 5. §. 17. ff. de tributariâ act. & l. 16. ff. de in rem verso.* confer *Vinn. & Frantzium ad d. §. 41.*

Effectus traditionis est, quòd ejus adminiculo transferatur vel dominium, vel usucapiendi conditio. Dominium quidem, si is, qui tradidit, fuit dominus; conditio usucapiendi verò, si dominus non fuit.

## §. VIII.

Occupationem sequitur accessio, quæ vel naturalis, vel artificialis. Naturalis dicitur, quæ solâ operatione naturæ perficitur. Artificialis, cui fundamentum substernit industria humana. Naturalis est vel continua, vel discreta. Continua est modus acquirendi dominium beneficio rei nostræ, sine factio & industriâ humanâ, alienæ rei accedentis. Hujus accessionis 4. occurrunt species, alluvio, accretio seu coalitio, insulæ productio, & alvei derelictio.

Alluvio sumitur tripliciter. 1. Causâli ter vel formaliter pro ipso alluvionis actu, germanicè *Anflossung*/ quo sensu definitur à *Zoëso ff. de a. r. d. n. 35. & Schambog. Inst. ad §. 20. h. t.* quòd sit appulsus fluminis ad ripam, quo sensum & clandestinè fundo alterius quid terræ vel arenæ alluitur. 2. Accipitur materialiter & effectivè pro alluvionis effectu, germanicè *anschütte*/ *Zusfluß*/ oder *Zuwachs*/ quo sensu definitur à *Imperatore in d. §. 20. l. h. t.* quòd sit incrementum latens. 3. Sumitur pro modo acquirendi per alluvionem, *das Zufuß-Recht*/ oder *Zuwachs-Berechtigkeit* / ac definitur, quòd sit accessio naturalis incrementi latentis, hoc est, talis incrementi, quod motu fluminis ita

ita paulatim fundo nostro incrementum adjectam est, ut intelligi non possit, quantum quolibet temporis momento adjectum sit. *l. 7. §. 1. ff. de a. r. d.*

67 **Causa efficiens alluvionis est flumen; unde in stagnis & lacubus jus alluvionis non agnoscitur.** Tametsi enim quandoque crescant, aut decrescant, terminos tamen suos semper retinent, adeoque jure alluvionis non gaudent. *l. 12. princ. ff. d. 2. junct. l. 24. §. 3. ff. de aqua & aqua pluvio arcenda & c.* Flumina verò, quia continuè moventur & decurrunt, hinc suscipiè naturà incrementum recipiunt & decrementum. Quodsi interrogas, ob quam rationem flumina jure alluvionis gaudeant? **Respondeo.** Idcirco, quia æquitati naturali nihil magis est consentaneum, quàm ut, qui sentit incommodum, percipiat etiam commodum. *l. 10. ff. de R. I.* unde cum illi, qui circa flumen prædia possident, magnum sæpissimè patiantur incommodum, dum flumen, fundos eorum alluendo, quasi furtivis dentibus partem aliquam rodit & abedit, atque abesam bajulante aquâ fundo alieno advehit & quasi affigit, hinc æquum videbatur, periculum hoc damni, spe lucri compensari, ac decrementum incremento alluvionis rependi. Planè si lacus essent majores & motui obnoxii, veluti sunt, quos flumina secant, v. g. lacus Brigantinus *Der Boden, See* / quem Rhenus, lacus Lemanus *Der Genfer, See* / quem Rodanus percurrit, tunc in his quoque cum *Gryphindro de insulis cap. 18. n. 109.* jus alluvionis admittendum foret.

68 **Subjectum alluvionis est fundus flumini vicinus; non omnis tamen refertur enim non parùm, sine limitatus, an illimitatus.** Fundus limitatus, sive certis finibus circumscriptus ac auctoritate publicâ signatus, jure alluvionis non gaudet, quia, dum factò publicè signatus fuit, satis declaravit Republicæ, quòd jus alluvionis sibi velit reservare. *l. 16. ff. de a. r. d.* Fundus illimitatus, sive, cujus limen est ipsum flumen, gaudet jure alluvionis. *arg. d. l. 16. Confer Braun de accessione naturali ib. 7.*

69 **Objectum alluvionis est incrementum latens, quale censetur, quod indiscernibiliter fundo adjectur, sic, ut non constet, quo tempore singulæ particule accesserint.** *d. §. 20. & d. l. 7. §. 1.*

70 **Forma alluvionis stat in accessione incrementi latentis, factâ beneficio fluminis.**

71 **Effectus alluvionis est, quòd pars, latenter fundo nostro adjecta, efficiatur nostra.**

**Cujus autem erit pars, fundo fructuario latenter adjecta?** *Paulus 3. sent. c. §. 22.* Negabat, accessionem alluvionum ad fructuarium pertinere, eò quòd fructus fundi non esset. Verùm, quemadmodùm alluvione augetur res. *l. 34. ff. de R. V.* impingatur hæreditas. *l. 16. §. 3. ff. famil. creisc. crescent legata. l. 16. ff. de legat. 3.* ditantur pignora. *l. 18. §. 1. ff. de pign. act. l. 16. princ. ff. de pignoriis.* dotantur dotes. *l. 4. ff. de jure dot.* ita & incrementum capit usufructus. *l. 9. §. 4. ff. de usufruct. & quemadmodùm quis utatur & c.*

var &c. ibi : placuit alluvionis quoque usum fructuum ad fructuarium pertinere. Ratio est, quia usus fructus omnem rei fructuarie utilitatem solet absorbere. l. 7. princ. d. l. 9. princ. ff. d. t.

Dices : insula juxta fundum fructuarium in flumine nata ita accedit proprietati, ut nē quidem quoad usum fructum ad fructuarium pertineat. d. l. 9. §. 4. ergo nec incrementum agri alluvii fructuarii quoad usum fructum cedit fructuario. *¶* Neg. consequ. rationem diversitatis assignat Ulpianus in d. §. 4. dicens : ubi latet incrementum, & usus fructus augetur : ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit. Verbo : latenti incremento augetur usus fructus, non patenti : hoc in insulae productione, illud in alluvione datur. Videatur *Carpz. Jurispr. for. p. 3. const. 13. def. 17.*

Hodie in quibusdam locis alluvio adhæret fisco, uti de Belgio & terris ad Rhenum sitis, testis est *Simon à Greeneveegen de ll. abrogatis ad d. §. 20.* alibi sequitur adhuc privatos, quod nominatim de Saxoniam ostendit *Schambog. ad d. §. 20.* Unde exillimo, hodie adhuc, nisi in specie diversum vel constitutum vel consuetudine introductum probetur, alluviones ad privatos pertinere. *Georg Schulzert in Synops. Inst. h. t. pag. m. 232. Scriv. exercit. ad pand. 41. th. 26. Hepp. in usu moder. ad d. §. 20.* ubi tamen concedit, quod, si ripæ fluminum vallo aut aggere sint munitæ, pars illa terræ, quæ ultrâ aggeres accessit, alveo adscribatur, consequenter jus alluvionis cesset, ac id, quod paulatim adjectum, ad principem pertineat, quia tali casu agri per aggerem quasi sunt limitati.

## §. IX.

**C**oalitio seu accretio definitur, quod sit accessio naturalis incrementi patenti, seu modus acquirendi, quo notabilis pars terræ, vi & rapinâ fluminis fundo alterius avulsa, & nostro allata, eique affixa nobis acquiritur. §. 21. l. h. t. d. l. 7. §. 2. ff. de a. r. d. l. 9. §. 2. ff. de damno infecto.

Causa efficiens coalitionis est vel instrumentalis, vel principalis. Instrumentalis est flumen, quod notabilem terræ partem cum impetu & violentiâ fundo alieno auvert, & nostro adjicit. Principalis est natura, quæ partem illam cum fundo nostro unit.

Subiectum coalitionis est fundus flumini vicinus, non limitatus. Limitatus siquidem, quemadmodum alluvionem non recipit, sic neque coalitionem.

Objectum coalitionis est notabilis pars terræ, fundo nostro rapinâ fluminis allata. Atque in hoc differt alluvio à coalitione : per illam incrementum latens indiscernibiliter, lentè, & obscurè fundo nostro acquiritur : per hanc notabilis pars terræ eidem accedit.

Forma coalitionis stat in unione naturali, vi cujus notabilis pars terræ fundo nostro, velut clavo trabali affigitur. Si pars, fundo nostro allata, nondum cum terrâ nostrâ perfecte coaluerit, forte quod arbores, quas secum traxit, nec-

dum in eâ radices egerint, non desinit esse illius, cuius fuit, quia nondum censeatur pars fundi nostri; potest igitur prior dominus illam unacû avulsis arboribus tollere, non secûs, ac trabes & ligna, quæ vi fluminis in alienum fundum importantur. *d. l. 9. §. 1. ff. de damno infecto. l. 4. §. 2. ff. de R. C.*

78 Effectus coalitionis est, quòd ejus adminiculo notabilis pars terræ, fundo nostro allata, ac beneficio naturæ eidem affixa, nobis acquiratur. *d. §. 21. d. l. 7. §. 2.* Ratio hujus dispositionis stat partim in eo, ut castigetur locordia domini, rem suam antè coalitionem non repetentis: partim in *l. 30. §. 3. ff. de a. r. d.* ubi Pomponius ait: *flumina censorum vice funguntur ut ex privato in publicum addicant, & ex publico in privatum.* Partim & principalius in eo, quòd pars avulsa post coalitionem continuativè uniatur, & quasi iacusetur fundo nostro, adeoque pars fundi nostri censeatur; pars autem sequitur naturam totius, ita ut, cuius est totum, illius meritò sit & pars. *arg. c. 80. de R. I. in 6.*

79 Dubitatur, an post coalitionem factam priori domino actio aliqua sit? proposita est. Nullam esse propositam. Si enim haberet actionem aliquam, illa foret vel realis, puta, rei vindicatio, vel personalis: neutrum dici potest: Et quidem, primò rei vindicationem ideò non habet, quia partis coalitæ neque verus amplius, neque fideus est dominus. Non verus, quia repugnat, esse duos dominos ejusdem rei in solidum pro eodem instanti. *l. 5. §. ult. ff. commodati.* Non fideus, quia alter dolo non desinit possidere, ut hoc nomine teneatur utili rei vindicatione. *arg. l. 27. §. 3. l. 36. princ. ff. de R. V. l. 131. l. 150. l. 175. §. 1. ff. de R. I. c. 36. ord. in 6.* At neque secundò actionem personalem habet: quia, si quæ competeret, illa foret actio in factum: hanc autem vel ideò non habet, quia factio alterius conditio ejus non est reddita deterior, cum ipsa natura coalitionem sit operata.

Objicies: cui post coalitionem datur in rem actio, is adhuc est dominus. Atqui domino arboris post coalitionem datur in rem actio. *l. 5. §. 3. ff. de R. V. ibi: de arbore, quæ in alienum agrum translata coaluit, & radices immisit, Vitis & Nerva utilem in rem actionem dabant:* ergò is adhuc est dominus. Fateor, difficilis hic nodus est, cui extricando multi operam suam, sed conatu infelici impenderunt. Certè, si rationes, quas textui huic temperando Harpr. ad d. §. 21. n. 7. & 8. Luduvvel. *ibid. in f. Ungepar d. exercit. §. 9. 7. Hunn. in Trench. d. disp. 18. th. §. 9. 25. pag. m. 1462. Mynfinger ad d. §. 21. lit. F. Wesenbec. ad Inst. h. t. §. 18. n. 6. lit. H. in f. & alii adhibent, cominus intueri, ac cum Clarissimo D. Doct. Braunn. d. discursu jurid. de accessione naturæ lib. 16. pressius excutere sustineas, deprehendes, dilutiores esse, quam ut consistere possint. Ego censeo cum Donello lib. 4. comment. de jure civ. cap. 27. & 34. in memoratâ l. 5. §. 3. ff. de R. V. sententiam Vari & Nervæ à JC. Ulpiano referri tantum, non probari. Quæ conjectura ex eo multum probabilis redditur, quia*

Ulpianus clausulam nullam adiecit, ex quâ colligi possit, quòd idem sentierit: imò utitur expressè voce, *dabant*: quæ non nisi mudam relationem continet.

## §. X.

**I**nfulæ productio est modus acquirendi, quo insula, in flumine producta, ratione vicini prædii nobis acquiritur. §. 22. *l. h. t. d. l. 7. §. 3. ff. de a. r. d.* Est autem insula nihil aliud, quàm eminentior pars terræ, quam mare vel flumen ambit.

Dividitur 1. in naturalem & accidentalem. Naturalis est, quæ à naturâ existit, ac semper apparuit. Accidentalis, quæ primùm per aquæ secessum nata est.

Dividitur 2. In mobilem & immobilem. Mobilis est, quæ levi aliquâ materiâ, puta, virgultis sustinetur. Immobilis, quæ ipsi alveo seu fundo insistit.

Dividitur 3. In marinam & flumineam. Marina est, quæ in mari nata est, quod raro accidit. *d. §. 22. confer, quæ scripsimus. lib. 1. tit. 2. p. 3. §. 6. num. 111.* Flumineam, quæ vel in flumine nata, vel à flumine facta est. Fieri dicitur insula, quando flumen, in duo cornua ruptum, agrum alicujus circumfluit, & hoc modo agrum quasi deportat in insulam. Cajus in *d. l. 7. §. 4. ff. de a. r. d.* paucis Pomponius in *l. 30. §. 2. ff. eod. cum agrum, qui alvei non fuit, amnis circumfluit.* Insula in flumine nasci dicitur 2. modis. 1. Cum flumen locum, qui alvei esset, siccum relinquit & circumfluere capit. 2. cum paulatim colluendo locum eminentem, supra alveum fecit, & eum alluendo auxit. *d. l. 30. §. 2.*

Cæterum circa acquisitionem insulæ separanda marina à flumineam, mobilis à immobili, facta à natâ. Insula in mari nata cedit primò occupanti, cum res sit nullius. *arg. §. 12. Inst. h. t. hodie fisco, undè sine fictione Juvenalis:*

*Quidquid conspicuum, pulchrumque est aquore toto,  
Res fisci est, ubicunq; natat.*

Insula flumineam facta manet ejus, cujus antea fuit ager; hic enim esse videatur mutatus, mutatus tamen non est, proindeque nec mutat suum dominum. *d. l. 17. §. 4. d. l. 30. §. 2.* Insula flumineam nata, siquidem immobilis sit, cedit privatis fundi accolis, hoc est, illis, qui propè ripam prædia illimitata possident. *d. §. 22. d. l. 7. §. 3. d. l. 30. §. 2.* tum quia insula flumineam creditur esse nata ex partibus riparum à flumine arrosarum, tum quia insula nascentis sæpè facit aquam exundare in vicinos agros cum ingenti accolarum damno, quod proinde lucro natæ insulæ iisdem compensandum fuit. Planè insula, inter limitata prædia nata, cedit primò occupanti. *l. 1. §. 6. ff. de fluminibus.* Insula flumineam nata mobilis, quia creatura censetur ipsius velut fluminis, est publica. *l. pen. §. 2. ff. de a. r. d.*



Objic. *text. in d. l. pen. §. ult.* ubi de insulâ simpliciter asserit **Labeo**, quod sit publica : ratione hæc annexâ , quoniam , quod publico insutum aut inædificatum est , publicum esse debeat. *u. Cum Hunno d. disp. 18. ub. §. quest. 27. in f.* textum coarctandum esse ad illam speciem insulæ , quæ virgultis sustinetur in ipso flumine : hæc enim exemplo ædificii , in publico positi , conditionem subjecti sui sequitur , ac , cum flumen sit publicum , ipsa quoque est publica. Aliter ex *Bachovio* respondet *Ludov. ad d. §. 22.* ubi vide.

83. Porro quomodo insulâ inter plures convicinos dividi debeat , accuratè docent *Clarissimi D. Doct. Braun & P. König.* hic *lib. 2. t. 12. p. 2. num. 94.* ille *d. discurs. de access. natur. th. 24.* Ego insulam , quia testibus *Eckolt ff. de a. r. d. §. 23. & Hoppio in usu modern. ad d. §. 22. l. h. t.* hodie plerumque fisco cedit , esto immobilis sit , consultò derelinquo , ac ad alvei derelictionem procedo.

### §. XI.

84. **A**lvei derelictio est modus acquirendi , quo alveus à flumine derelictus jure contigui prædii nobis acquiritur. §. 23. *l. h. t.* Alveus à quibusdam venter fluminalis , ab aliis lectus , quo flumen cubat , à nonnullis dicitur fossa , quâ flumen labitur. Ejus derelictio duplex est , vera seu realis , ac quasi talis. Veram seu realem voco , quando flumen priorem alveum planè deseris , ac novo fluere incipit. Censetur autem toties planè deseruisse , quoties alveus nè quidem tempore hyberno aquam continet , vel continet quidem , sed ad eò modicam , ut fluminis perdidit nomen ; id quod ex opinione circumcolentium judicandum. *l. 1. §. 1. ff. de fluminibus. Carp. par. 2. l. f. const. 3 1. def. 15.* quasi talem appello , quando flumen exundat , ac vicinos campos occupat. Circâ alvei mutationem quasi talem ita jus est : ager inundatus , & rursus denudatus , pristino domino restitui debet. §. 24. *l. h. t. d. l. 7. §. 6. ff. de a. r. d. l. 24. princ. ff. quibus modis ususfructus vel usus amitt.* cum enim inundatio solet ordinariè esse subita & exigui temporis , hinc non mutat formam seu speciem agri , consequenter nec ejus dominium. Non obstat *l. 23. ff. d. t.* ubi Pomponius ait , inundatione amitti proprietatem & usumfructum agri. Loquitur enim duntaxat de amissione facti , non juris , hoc est , quamdiu durat inundatio , proprietarius & fructuarius interim careat effectu agri. Quod etiam sentiunt Imperator in *d. §. 24. & Cajus cum Favoleno in d. l. 7. §. 6. & d. l. 24.* In quibus locis particulis recessit restitutum &c. utuntur , indicantes , donec aqua recesserit , dominos effectu juris in agro destitui. *Schambog. ad d. §. 24. in f.* Circâ alvei derelictionem verè talem duplex occurrit inspectio : vel enim consideratur alveus derelictus , vel novus. Alveus à flumine derelictus cedit illis , qui propè ripam ejus prædia illimitata possident pro modo latitudinalis cujuscunque prædii , quæ propè ripam est. *d. §. 23. d. l. 7. §. 5.* tum quia alveus intelligitur esse pars vicinorum prædiorum , unde meritò debet redire ad priores dominos , si flumen ,

& per flumen populus eo non ampliùs utatur. *d. l. 30. §. 1. ff. de a. r. d.* tum quia sæpè flumen se dilatando & paulatim latiore alveum faciendo damnum infert vicinis prædiis, quorum dominis ut hæc compensationis ratione locus à flumine desertus eederet, æquitatis flagitabat ratio. Alveus novus efficitur publicus. *d. §. 23. d. l. 7. §. 5.* Nam, ut Pomponius scribit in *d. l. 30. §. 3. Flumina consistorum vice funguntur, ut ex privato in publicum adducant, & ex publico in privatam.*

Dubitatur, cujus sit novus alveus, si flumen mutationis suæ poenitent, ac<sup>85</sup> idèò deserto novò alveo ad priorem sedem revertatur? *3.* Referre, recesseritnè uno impetu, an sensim. Si uno impetu, stricto jure novus alveus acquiritur vicinis, quia, cum formam mutaverit, ac prior dominus vicinum prædium non habeat, non potest jure vicinitatis quidquam sibi in eo alveo vindicare. *d. §. 23. d. l. 7. §. 5.* Æquitas tamen (quæ stricto juri præferenda. *l. 8. Cod. de judiciis*) postulat, ut ager, recessu fluminis restitutus, veteri domino reddatur. *d. l. 7. §. 5. in f. d. l. 30. §. 3.* Quòd si non uno impetu flumen recesserit, ac ad priorem locum reversum fuerit, sed lentè, ac ita, ut partem aliam & aliam siccam post se reliquerit, ager non revertitur ad priorem dominum, sed totus tractus ille, sensim ac per partes relictus, jure alluvionis illis obvenit, quæ prædia illimitata ibi possident. *l. 38. ff. de a. r. d. Schambogen, & Manz. ad d. §. 23. Bocerus Classe. §. disp. §. th. 9. Struv. d. exercit. ad pand. 41. th. 32.* Ho-86 die alveus, à flumine desertus, in plurimis locis ad regalia pertinet: in quibusdam verò adhuc cedit vicinis privatis. *Hopp. in usu modern. d. §. 23. & Struv. d. l. th. 34.*

## §. XII.

**A**ccessio naturalis discreta est modus acquirendi dominium earum rerum, quæ ex nostrâ descendunt. Species hujus duæ se offerunt, fætura animalium, & perceptio fructuum.

Fætura animalium est accessio fœtûs ex animali nostro nati. Quidquid<sup>87</sup> igitur ex animalibus, dominio nostro subjectis, nascitur, nobis acquiritur. *§. 19. l. h. s. l. §. 2. ff. de R. V. l. 2. l. 6. ff. de a. r. d.* Neque refert, fera sint animalia, an mansueta, ex nostris, an alienis conceperint animalibus. *d. l. §. 2. d. l. 2.* partus siquidem pars censetur viscerum. *l. 1. §. 1. ff. de inspiciendo ventre,* adeoque conditionem sequitur totius. Sicut enim fructus, ex re nostrâ nati, idcirco nobis acquiruntur, quia pars censetur rei nostræ; sic etiam partus, ex animali nostro natus, nobis acquiritur, quia censetur pars rei nostræ. Confer *D. Doct. Braun d. rr. de access. naturalib.*

*th. 2. & D. Doct. Klengenperg ad Inst. assert.*

*28. n. 3. & 4.*

## §. XIII.

**88** **P**erceptio fructuum est modus acquirendi dominium fructuum, ex re alienâ, bonâ fide possessâ, perceptorum, §. 35. *l. h. r.* Ubi tamen promptè non dixeris, quinam fructus hujus modi acquirendi objectum constituent, cum varient, ac alii sint civiles, alii naturales; civiles vel spontanei, vel adscititii; naturales vel in speciemales vel industriales. Utrique vel pendentes, vel percipiendi, vel percepti. Hi vel exstantes, vel consumpti. Adhuc tribuit quândoque perceptio dominium duntaxat revocabile, quândoque irrevocabile. Neque etiam ex terminis statim notum, quis bonæ, quis malæ fidei possessor dicatur. Undè, ut præsens acquirendi modus seu fructuum perceptio meliùs percipiatur,

Prænotandum. 1. Fructus, à ferendo, fruendo, aut frumine, id est, eminentiore gutturis parte, quâ vescimur, dictos, *Schambog. l. h. r. §. 36*, in strictâ acceptione id solum significare, quod ex terrâ, arbore, animali, vel simili corpore ab ipsâ naturâ physicè producitur. Hinc negat Pomponius in *l. 121. ff. de V. S.* usuram pecuniæ in fructu esse; hæc enim, ait ille, non ex ipso corpore, sed ex aliâ causâ, puta, novâ obligatione producitur. Paulò latius si vocabulum fructus sumatur, denotat omnem utilitatem, emolumentum, seu obventionem, quæ ex re vel occasione rei percipitur. *l. 29. ff. de petit. hered. l. 62. princ. ff. de R. V. l. 4. §. 2. ff. si servis. vind. l. 19. in f. princ. l. 34. l. 36. ff. de usur. & fruct.*

**89** Prænot. 2. Fructus in hâc latiore acceptione dividi in civiles & naturales. Civiles dicuntur, qui occasione corporis, mediante novâ obligatione, percipiuntur, v. g. usuræ, mercedes, pensiones, redditus annui &c. *d. l. 19. & seqq.* Naturales appellantur, qui ex ipso corpore physicè proveniunt. *d. l. 121.* Fructus prioris generis scindo ulteriùs in spontaneos & adscititios. Spontaneos voco, qui occasione corporis, suapte indole ad ferendum compendium apti, percipiuntur. Huc revoco pensionem, quæ pro usu ædium, equi, navis &c. solvitur. Adscititios nomine, qui occasione corporis, ad parandum emolumentum de se non idonei, ex speciali hominis industriâ principaliter proveniunt. Quò seduco usuras & lucra, ex negotiatione v. g. vini, frumenti, olei &c. percepta. Fructus posterioris generis contra *Corsium lib. 5. miscell. Jur. civ. s. 9. n. 5.* subdividuntur in naturales in specie, & industriales. Naturales in specie (alii vocant merè naturales) sunt, qui potissimum beneficio naturæ percipiuntur, operâ humanâ vel omninò nihil, vel certè parum conferente. In horum centum pertinent poma, pira, nuces, glandes, gramen, fœnum, folia, frondes, ligna &c. *l. 40. §. 4. ff. de contr. empt. l. 45. ff. de usur. & fruct. & arg. l. 31. ff. de V. S.* Industriales, qui adminiculante speciali hominis industriâ percipiuntur. in hanc classem spectant segetes, legumina, aliavè in agris & hortis lata. *d. l. 45.*

Sed quo revocabimus olivas, uvas, lac, lanam, foetum pecudum, quæ in fructu sunt. §. 37. *l. h. t.* an naturalibus in specie talibus, vel industrialibus accensenda erunt? *Hannold. de F. & F. rr. 3. contr. 5. §. 3. num. 266. & Menoch. de recip. poss. remed. 15. n. 577.* annumerant fructibus naturalibus, quibus quoad oleas accinit. *Virg. lib. 2. Georg.*

*Contra non ulla est oleis cultura, neque illa  
Procurvam exspectant falcem, rastroque senaces  
Cum semel haeserunt arvis.*

In diversum abeunt *Castro Palao apud Hannold. d. l. & cit. Menoch. de arbitr. jud. lib. 2. cent. 3. casu 210. n. 26.* ubi lac, lanam &c. fructibus industrialibus adscribunt.

Ego cum *Harp. ad d. §. 35. l. h. t. n. 8. in f. & Clariff. D. Doct. Glesle p. 2. select. quest. 19. n. 4.* existimo, determinationem horum fructuum cum optimo fructu prudentis iudicis arbitrio committi, qui pro qualitate regionis ac modo curæ, quæ pro varietate locorum hic major est, ibi minor, æstimabit, jurenæ naturalium, ac industrialium fructuum gaudeant.

Dixi antea, foetum pecudum in fructu esse; an ergo etiam partus ancillarum? cum servi pecudibus exæquentur in *l. 2. §. 2. ff. ad leg. aquil?* Nihil minus. §. 37. *l. h. t. l. 28. §. 1. ff. de usuris.* in quibus locis negatur, partum ancillæ usufructuario cedere, partim quia absurdum visum est, hominem, cujus gratiâ omnes fructus à naturâ comparati sunt, in fructu esse. *dd. r. ex.* partim quia ancillæ non comparantur ad hoc, ut pariant, sed ut pareant, ac serviant. *l. 27. ff. de hered. petit.*

Fructus tam naturales, quam industriales iterum secò in pendentes, percipiendos, & perceptos. Fructus pendentes dicuntur, qui corpore, undè provenerunt, adhuc tenentur. *l. 61. §. 8. de furtis.* veluti poma in arboribus, segetes adhuc in fundo hærentes. Percipiendi, qui percepti quidem non fuerunt, honestè tamen potuerunt percipi. *l. 33. l. 62. §. 1. ff. de R. V. l. 10. §. 20. ff. quæ in fraudem creditorum &c.* Fructus percepti vel sunt plenè & perfectè percepti, vel imperfectè & minùs plenè. Minùs plenè percepti dicuntur, qui à corpore, quo tenentur, præcisè sunt separati, v. g. spica cæsa, gramen defectum, dejectæ nuges, decerpta poma, uvæ adè nptæ, oleæ excussæ &c. *l. 78. ff. de R. V. l. 13. ff. quibus modis usufr. amit. l. 25. §. 1. ff. de usur. & fruct.* Fructus econtra plenè ac perfectè percepti vocantur, qui post factam separationem in horreum reconditi, aut alias collecti vel aucti fuerunt, ut reconderentur, v. g. spica trita, foenum auctum, nuges & poma collecta, vindemia coacta, oleum expressum &c. *l. 48. vers. denique. ff. de a. r. d.*

Fructus percepti discernuntur denique in exstantes & consumptos. Exstantes sunt, qui adhuc integri in bonis possessoris v. g. in horreis asservantur. *l. 22. §. 2. ff. de pignorat. act. l. 22. Cod. de R. V. l. 3. Cod. de Condit. ex lege.*

Consumpti, qui apud percipientem non amplius existant, sive deinde ab ipso distracti, sive usu perempti sint. *l. 40. in f. ff. de a. r. d.*

93 Prænot. 3. Bonæ fidei possessorem dici, qui attentis rei & personæ circumstantiis prudenter existimat, rem suam esse, aut illum, à quo accepit, jus habuisse ejus distrahendæ. *l. 109. ff. de V. S. malæ fidei verò, qui scit, aut certè culpabiliter ignorat, rem alienam esse. Vinn. ad d. §. 35. l. b. t. n. 4. in verb. quem dominum esse crediderit.* His prænotatis

94 Dico I. Malæ fidei possessor nullos planè fructus suos facit, sed tenetur tam naturales, quàm industriales domino, rem suam evincenti, restituere. Prob. ex *d. l. 22. Cod. de R. V.* ubi apertè habetur, quòd malæ fidei possessor fructus omnes unacum re ipsâ præstare teneatur. Certè ratio, cur possessor bonæ fidei fructus ex re alienà suos faciat, refunditur in bonum fidem: ergò cum hæc deficiat in possessore malæ fidei, non est, cur ullos fructus suos faciat. Dixi tamen, *fructus naturales, & industriales.* aliud dicendum de civilibus adventitiis, quos possessor etiam malæ fidei irrevocabiliter suos facit; quia non sunt emolumentum rei alienæ; sed industriæ propriæ, cujus authorem proinde meritò sequuntur. Opus igitur, alieno instrumento à me elaboratum, meum est, quamvis usum instrumenti domino pensare teneat. Neque officit, quòd nemo ex delicto proprio debeat sentire commodum: proximè enim, formaliter, & directè ex negotiatione de se honestâ, seu industriâ meâ commodum sentio, licet actus inhonestus præsupponatur. *Hannold. d. contr. 5. n. 264.*

95 Dico II. Possessor malæ fidei tenetur non fructus perceptos tantum restituere, sed etiam percipiendos, sive illos, qui ab alio potuissent honestè percipere. Ita *Hannold. d. contr. 5. §. 5. n. 287. Struv. exercit. ad pand. 11. sb. 18.* Prob. ex *d. l. 33. l. 62. §. 1. ff. de R. V. d. l. 10. §. 20. ff. qua in fraudem creditorum &c.* in quibus locis factè indicatur, quòd possessor malæ fidei fructus non illos tantum, quos percepit, sed etiam quos percepisset honestè alius, teneatur restituere. Neque opponas. *l. 17. Cod. de R. V.* Scimus enim, pieràsque leges Codicis ad certas facti species emissas esse, in quibus proinde ab inclusione unius ad exclusionem alterius legitimum non ducitur argumentum. vid. *Lauterbach. ff. de Petit. heredit. §. ult. in f.*

Dico III. Possessor bonæ fidei omnes planè fructus suos facit, hoc est, non industriales tantum, sed etiam naturales, si ex titulo non improhato rem habeat. Ita ex *Theologis Palas-part. 7. oper. mor. 17. 31. diff. un. punct. 24. n. 9.* ex *Jureperitis Vinn. ad. d. §. 35. l. b. t. n. 6. & select. quæst. l. 1. cap. 25, Struv. d. exercit. sb. 21. Perez in Cod. de R. V. num. 21. & alii.* Prob. 1. ex *d. §. 35.* ubi sine distinctione scribitur, possessorem bonæ fidei fructus, quos percepit, naturali ratione suos facere; ergo suos facit fructus non industriales tantum, sed etiam naturales. Prob. 2. Et solidissimè ex *l. 48. princ. ff. de a. r. d.* ubi *JC. Paulus* ita scribit: *Bona fidei emptor non dubitè percipiendo fructus etiam ex alienâ*

re suos interim facit, non tantum eos, qui diligentiam & opera ejus pervenerunt, sed omnes: quia, quod ad fructus attinet, loco domini penè est. Ex quâ lege sic licet argumentari: qui fructus non illos tantum, quos industriâ suâ percepit, sed omnes suos facit, facit etiam suos fructus naturales: atqui possessor bonæ fidei fructus non illos tantum, quos industriâ suâ percepit, sed omnes suos facit, ergò facit etiam suos fructus naturales. Deindè dominus fructus non industriales tantum, sed etiam naturales suos facit: ergò facit etiam suos possessor bonæ fidei, quia, fructus quod attinet, vicem domini sustinet.

Obstare videtur 1. d. §. 35. l. h. s. ubi dicitur, quòd possessor bonæ fidei fructus ex re alienâ suos faciat pro cultura & curâ. Undè sic argues: fructus naturales non egent culturâ & curâ: ergò fructus naturales possessor bonæ fidei suos non facit. Sed 2. Dist. conseq.: ergò fructus naturales possessor bonæ fidei suos non facit, si cultura & cura sit ratio principalis, cur fructus suos faciat, esto, si ratio tantum sit secundaria & minus principalis, nego consequentiam. Ratio principalis, ob quam possessor bonæ fidei fructus ex re alienâ suos facit, non stat in culturâ & curâ, sed in bonâ fide, iusto titulo subnixâ, cui privilegium hoc concessum, ut possessor penè pro domino habeatur. l. 25. §. 1. ff. de usur. & fruct. d. l. 48. princ. ff. de a. r. d. Concordat. lex 136. ff. de R. I. ubi Paulus: bona fides tantumdem possidenti præstat, quantum veritas, quæ viens lex impedimento non est. Confer l. 24. princ. ff. de usurpat. & usucap.

Obstare videtur 2. textus in l. 45. ff. usur. & fruct. ubi ita Pomponius: fructus percipiendo uxor vel vir ex re donatâ suos facit: illos tamen, quos suis operis acquiserit, veluti serendo: nam si pomum decerpserit, vel ex sylvâ cadit: non fit ejus, sicuti nec cujuslibet bonæ fidei possessoris, quia non ex facto ejus is fructus nascitur. Ex quo loco sic argumentaberis: qui fructus ex facto bonæ fidei possessoris non nascuntur, illos suos non facit: atqui fructus naturales ex facto bonæ fidei possessoris non nascuntur, ergò fructus naturales suos non facit. Sed 2. Dist. majorem, qui fructus ex facto bonæ fidei possessoris non nascuntur, illos quilibet bonæ fidei possessor suos non facit, concedo, illos bonæ fidei possessor, iusto titulo munitus, suos non facit, nego majorem, & sic distincto consequenti, nego consequentiam. In recitato textu non dicitur, quòd nullus possessor bonæ fidei fructus naturales suos faciat, sed quòd non faciat quilibet bonæ fidei possessor: quæ enunciatio tam parum generalis est, quam parum illat non cuivis homini licet adire Corinthum: aut illa in l. 6. princ. ff. de contrab. emp. non cujuscunque rei alienatio est: sed est particularis & verissima. Nam is demum possessor bonæ fidei fructus naturales suos facit, qui iusto titulo nititur: ergò si possessor bonæ fidei ex tali titulo rem habeat, quem leges improbant, fructus industriales suos quidem facit propter culturam & curam: naturales non etiam. Et hinc venit, quòd uxor fructus non omnes suos faciat, quos percipit

percipit ex re donatâ, sed illos saltem, quos percipit industriâ suâ : donatio enim, quâ pars donans redditur pauperior, donataria ditior, inter conjuges est prohibita. *l. 5. §. 8. 15. & 16. l. 25. l. 32. §. 9. l. 50. §. 1. ff. de donat. inter vir & uxorem.* Ergo fructus naturales uxor suos non facit, quia hoc modo compendium quæreret cum dispendio mariti : facit tamen suos industriales, quia viâ hâc marito nihil decedit, & uxor hos non tam à marito accepisse, quàm diligentia propriâ percepisse videtur.

98 Dico IV. Possessor bonæ fidei fructus, ex re alienâ perceptos, non facit suos irrevocabiliter, sed tenetur exstantes domino, rem suam evincenti, restituere, nisi eosdem præscripserit. Ita *Hauhold. d. contr. 5. §. 3. n. 268. Clariff. D. P. Paulus Mezger Theol. Scholast. tr. 12. disp. 33. art. 2. §. 1. n. 3. & seqq. Vinn. ad d. §. 35. n. 9. & in select. quest. 26. Struv. d. l. th. 22. Perez. d. l. n. 22. cum pluribus adhuc aliis. Prob. 1. ex d. §. 35. l. h. t. §. 2. l. de officio judicis, & l. 4. §. 2. ff. finium regund.* In quibus locis de fructibus consumptis dicitur, eorum nomine, esto postea dominus supervenerit, ac fundum vindicet, agi amplius non posse, sed cedere lucro bonæ fidei possessoris, ergo à sentu contrario fructuum non consumptorum nomine potest adhuc agi, neque hi cedunt lucro bonæ fidei possessoris. *Prob. 2. ex d. l. 48. ff. de a. r. d. ubi de possessore bonæ fidei dicitur, quod fructus, ex re alienâ perceptos, suos interim facit. Si interim, ergo non irrevocabiliter. Prob. 3. ex l. 22. Cod. de R. V. Ubi Diocletianus & Maximianus verbis perspicuis rescribunt, certum esse, quod malæ fidei possessores omnes fructus soleant cum ipsâ re præstare, bonæ fidei vero exstantes. Ergo bonæ fidei possessor fructus irrevocabiliter suos non facit. Prob. 4. Ratione : quando causa, fundans dominium fructuum, resolvitur, resolvitur etiam dominium. At quando res à domino evincitur, resolvitur causa fundans dominium fructuum, quia resolvitur bona fides, quæ per d. l. 48. fundat dominium fructuum, ergo resolvitur etiam dominium fructuum.*

99 Objices 1. Conjux non tenetur restituere fructus industriales, quos percipit ex re donatâ, licet adhuc existant. *l. 45. ff. de usur. & fruct.* ergo nec alius bonæ fidei possessor. *2.* Neg. consequ. sicuti in *d. l. 45.* conjux fructus naturales, ex re à conjugate donatâ perceptos, suos plane non facit, ita viceversa fructus industriales suos facit irrevocabiliter, cum donatio, ex quâ donans non redditur pauperior, nec donatarius locupletior, inter conjuges sit valida, & titulus translatus dominii irrevocabilis. Econtra sola perceptio fructuum ex dispositione juris bonæ fidei possessorem saltem interim facit dominum fructuum. Confer *Hauhold. d. l. n. 273. Schimberg. l. h. t. §. 36. pag. n. 242. in f.*

Objic. 2. Insolens est & inauditum, dari dominium revocabile, in rebus præsertim, quæ usu absumentur. Ergo, si bonæ fidei possessor fructus perceptos suos facit, facit irrevocabiliter. *3.* Antecedens esse falsum. Appello ad *Ulpianum*, qui in *l. 6. prin. ff. de in diem additione*, ait, quod, quando sub conditione

ditione resolutivâ res in diem addicitur, emptor interim fructus suos faciat, conditione autem meliore oblata rem unatum fructibus venditori reddere teneatur. Confer *l. 66. ff. de R. V. & ea, quæ habet Hannold d. l. n. 270.*

Objic. 3. Quos fructus pleno jure quis suos facit, facit irrevocabiliter. Atqui possessor bonæ fidei fructus pleno jure suos facit. *l. 28. princ. ff. de usur. & fruct.* Ergo facit irrevocabiliter suos. *¶* Dist. majorem: quos fructus pleno jure quis suos facit & facit pro omni eventu, suos facit irrevocabiliter, concedo, quos fructus pleno jure suos facit interim tantum, suos facit irrevocabiliter, nego majorem: & sic distinctâ minore, nego consequentiam. Possessor bonæ fidei est plenissimus perceptorum fructuum dominus, antequam res evincatur, ac dehinc vi juris realis, quod in illis obtinet, liberrimè de fructibus disponere potest. Quoniam verò causa fundans dominium fructuum sit bona fides, hæcque cum re evictâ resolvatur, igitur etiam dominium fructuum resolvatur, necesse est.

Objic. 4. Bonæ fidei possessor idem juris habet in fructibus perceptis, quod dominis prædiorum tributum est. *l. 25. §. 1. ff. d. r.* atqui domini prædiorum fructus perceptos suos faciunt irrevocabiliter, ergo etiam bonæ fidei possessor fructus perceptos suos facit irrevocabiliter. *¶* Nego majorem. Julianus in *d. l. 25. §. 1.* expressè loquitur de fructibus percipiendis, non de perceptis. In illis possessor bonæ fidei idem juris habet, quod dominus, quia, sicut iste fructus suos facit, sive ipse eosdem perceperit, sive alius, puta, fur aut prædo; ita etiam possessor bonæ fidei. Econtrâ in fructibus perceptis idem juris non habet, quod dominus; causa enim fundans dominium fructuum in possessore bonæ fidei resolvi potest.

Dico V. Possessor bonæ fidei fructus, ante litis contestationem consumptos, **100** irrevocabiliter suos facit, nec tenetur eosdem domino, rem suam evincti, restituere, et eo exinde factus sit locupletior. Ita ex Theol. *Hannold. d. contr. 5. §. 4. n. 281. ex nostris Vinn. d. l. n. 10. Struv. d. exer. II. n. 23. Fach. 1. contr. 6. 58. Harp. ad d. §. 35. l. h. s. n. 66. & plures alii ab hoc num. 70. citati. Lauterbach ff. de R. V. §. 17. Pinellus ad l. 2. Cod. de restituenda venditione p. 2. c. 4. n. 60. & 74.* ubi dicit, esse hanc sententiam forensi usu receptam. Eandemque omnino tenendam vult *Christoph. Besoldus part. 3. Consil. 108. n. 65.* ex ratione, quia, si bonæ fidei possessor teneretur fructus consumptos restituere eo in casu, quo locupletior esset factus, sequeretur, leges, quibus dicitur, eum fructus consumptos lucrari, tunc demum procedere, cum bonæ fidei possessor fructus inutiliter consumpsisset; quod sanè absurdum esset, quia nemo præsumitur jactare suum; ideoque non ita leges accipiendæ sunt, ut eum casum comprehendant, qui non ita frequenter evenire solitus est. Hactenus Besoldus ex ratione. Quoad textus Prob. 1. textus omnes, qui de fructibus loquuntur à possessore rei singularis consumptis, generaliter ac sine ullâ distinctione negant, quod



quod teneatur possessor eosdem restituere : ergò fructus consumptos possessor bonæ fidei suos facit irrevocabiliter , esto ex iis factus sit locupletior. Prob.

2. Textu, ut vocat *Hannold. d. n. 281.* efficacissimo in *d. §. 3 f. l. b. r.* ubi ait Imperator, naturali ratione, id est, naturali æquitate, placuit, fructus, quos bonæ fidei possessor percepit, ejus esse pro culturâ & curâ. Undè cum *Hannoldo* sic argumentor : fructus sinè lucro consumptos bonæ fidei possessor irrevocabiliter suos facit propter bonam fidem, juxta unanimem Theologorum doctrinam : ergò fructus cum lucro consumptos bonæ fidei possessor irrevocabiliter suos facit propter culturam & curam, neque enim aliàs Princeps noster amplius aliquid concessisset pro culturâ & curâ. Prob. 3. ex *l. 4. §. 2. ff. fin. regund.*

ubi dicitur, quòd possessor bonæ fidei fructus consumptos lucretur. Undè sic arguo : qui fructus lucretur, non tenetur eosdem restituere, in quantum factus est locupletior, quia cæteroquin lucrum nullum ex fructibus perciperet. Atqui possessor bonæ fidei fructus consumptos lucretur, ergò non tenetur eosdem restituere, in quantum factus est locupletior. Scio equidem, quâ responsione non nemo ex neotericis argumentum hoc elidere ac eludere conetur. Distraquit ille hoc modo: bonæ fidei possessor fructus consumptos lucretur, vocabulo lucri latè sumpto, concedit, vocabulo lucri strictè accepto, negat. Sed meminisse oportet, verba textuum in propriâ significatione, seu strictè (quâ voce neotericus ille distinctor significationem propriam palliare voluisse videtur) accipienda esse, nisi inde resultet absurdus intellectus, quod sanè in proposito non fit. Prob. 4. Consumptio possessori bonæ fidei tantum præstat, quantum usucapio. *l. 4. §. 19. ff. de usurpat. & usucap.* Atqui usucapio tribuit dominium irrevocabile, ergò etiam tribuit consumptio. Prob. 5.

ex *§. 2. l. de officio judcis.*, ubi absolute negatur, haberi rationem fructuum, antè litem cæptam consumptorum. Ergò fructus istos bonæ fidei possessor restituere non tenetur, esto factus sit ex illis locupletior. Prob. 6. In dubio (si tamen præsens tale est) illa sententia amplectenda, quam praxis civitate donavit, quâque aliàs in conscientia securâ, innumeris perplexitatibus & scrupulis occurritur, quibus timorata conscientia possessores essent expositi. Atqui nostram sententiam testibus *Pinello, Fabro, Rebello, Sanchezio* apud *Hannold. d. n. 281. in f. praxis civitate donavit*, in conscientia securam pronuntiat *Palao d. loc. n. 12.* Illâque innumeris scrupulis, quibus timorata conscientia possessores expositi essent, ac summâ cum difficultate & molestia exanimare deberent lucrum ex fructibus perceptum, illud sincerè ponderare, ponderatum restituere, occurritur, ergò nostra sententia est amplectenda.

101 Sententia contraria non destituitur patronis magnæ authoritatis. Eam enim ex Theologis sustinent *Molina de F. & F. disp. 718. n. 1. Clariff. D. P. Mezger d. loc. n. 9. Clariff. D. P. Babenstuber d. ir. de F. & F. cap. 2. §. 1. n. 3.* Ex Canonibus *Magnif. D. P. König. d. t. 12. part. 1. n. 64.* Ex Civilistis

*Zoëfius ff. de a. r. d. n. 73. Schambog. d. loc. p. m. 243. Stryck. in usu mod. Pand. tit. de R. F. §. 12. & 13. & multicitati ab Harp. ubi supra n. 66. Qui proinde contra nos sic argumentantur: 1. Possessor bonæ fidei tenetur fructus extantes restituere. d. l. 22. Cod. de R. F. Ergò tenetur etiam restituere fructus consumptos, si factus sit ex iisdem locupletior, quia hi sunt fructus extantes. l. 72. ff. de leg. 2. l. 23. ff. de adim. vel transfer. legat. l. 32. §. 9. ff. de donat. inter vir. & ux. l. 22. ff. de negot. gest. l. 34. princ. ff. de minoribus. 2. Dist. antec. possessor bonæ fidei tenetur fructus formaliter extantes restituere, concedo, tenetur fructus virtualiter tantùm & æquivalenter extantes restituere, nego antec. & consequentiam.*

Argumentantur 2. hoc modo: æquitas non patitur, ut locupletior quis reddatur cum damno & jacturâ alterius. l. 14. ff. de condiçt. in deb. l. 22. l. 73. §. 1. l. 55. ff. de petis. hered. l. 206. ff. de R. I. Atqui possessor bonæ fidei redderetur locupletior cum damno & jacturâ alterius, si fructus consumptos non teneretur restituere, in quantum ex illis factus est locupletior, ergò tenetur restituere. 2. Dist. majorem: æquitas non patitur, ut locupletior quis reddatur cum damno & jacturâ alterius injustâ, esto, justâ, nego majorem & sic distinctâ minorem, nego consequ. possessor bonæ fidei, percipiendo fructus ex re alienâ, suos facit: quos proinde si consumit, absque injuriâ alterius consumit. arg. l. 55. ff. de R. I. Neque ex re alienâ, sed propriâ redditur locupletior.

3. Utuntur hoc argumento: in petitione singularum rerum circa fructus eadem interveniunt, quæ in petitione hæreditatis, §. 2. l. de offic. jud. Atqui in petitionem hæreditatis veniunt fructus consumpti, in quantum percipiens ex illis factus est locupletior. l. 20. §. 6. vers. item eos. l. 25. §. 11. l. 40. §. 1. ff. de heredit. petis. l. 1. §. 1. Cod. cod. Ergò etiam in petitionem singularum rerum veniunt fructus consumpti, in quantum percipiens ex illis factus est locupletior. 2. 1. Ad majorem cum *Hauholdo d. l. num. 283.* eadem intervenire formaliter, non materialiter; seu, utrobique peti fructus, sed non eodem modo, nec pari latitudine. 2. Latissimam esse disparitatem inter judicium universale & singulare. nam fructus, ex hæreditate percepti, non obveniunt possessori, sed cedunt ipsi hæreditati, quæ tanquam universitas suapte naturâ augmentum recipit per fructus, & decrementum per impensas. d. l. 20. §. 3. ff. de heredit. petis. l. 9. Cod. famil. erisif. undè dùm possessor hæreditatis fructus ex hæreditate perceptos consumit, non consumit fructus proprios, sed alienos, quos proinde meritò jubetur restituere, si factus sit ex illis locupletior. Hinc dicitur petitio hæreditatis præstationes personales admixtas habere, in d. l. 25. §. 18. ff. de heredit. petis. & l. 7. Cod. cod. Econtra possessor rei singularis, si fructus perceptos consumat, consumit fructus proprios, adeoque non est, cur restituere illos teneatur, si factus sit ex iisdem locupletior.

Instant adversarii: sicut per fructus augetur hæreditas, sic etiam auge-

tur patrimonium : ergò si propter hoc augmentum possessor bonæ fidei fructus ex universitate perceptos & in pretio superstites tenetur restituere, tenetur etiam possessor restituere fructus ex re singulari perceptos & in pretio superstites. 2. Dist. anteq. sicut per fructus augetur hæreditas aliena, sic augetur patrimonium alienum nego, sic augetur patrimonium proprium possessoris, concedo.

Quantum & cæteris difficilius argumentum, videtur esse sequens reflexum : stando in jure naturæ tenetur possessor bonæ fidei fructus consumptos restituere, in quantum ex illis factus est locupletior, ergò tenetur etiam de jure positivo. Sunt, qui respondeant, jus positivum hoc in passu perspicue satis recessisse à naturali, in textibus pro nostrâ sententiâ suprâ adductis. Sed hi non satisfaciunt; videntur enim hoc modo premi posse: quoddò jure naturæ aliquid clarum est, & jure positivo dubium, standum est juri naturali claro, quia semper jus clarum prævalet juri dubio. Atqui jure naturæ clarum est, quòd possessor bonæ fidei teneatur fructus consumptos restituere, in quantum ex illis factus est locupletior, & jure positivo id est dubium, ergò standum hoc in passu juri naturali claro.

Confirmant adversarii : est sententia certò probabilis, quòd possessor bonæ fidei teneatur fructus consumptos restituere, in quantum ex illis factus est ditior, quia defenditur ab authoribus omni exceptione majoribus, & nititur rationibus non levibus : ergò sententia contraria est evidenter dubia ; implicat enim, unam partem contradictionis esse probabilem, & alteram certam. Ergò jus positivum hoc in passu est dubium ; in terminis autem juris dubii assurgendum juri naturali claro.

Ad argumentum hoc, quod etiam in aliis materiis sæpius proponi solet, communiter respondetur, probabilitatem extrinsecam separandam esse àb intrinsecâ. Undè impræsentiarum dicendum foret, sententiam, quæ sustinet, quòd possessor bonæ fidei teneatur fructus consumptos restituere, in quantum ex illis factus est ditior, esse saltem probabilem ab extrinseco, à principiis intrinsecis non etiam, cum ex solutionibus contrariorum argumentorum hætenùs factis luculenter constet, ea tantos achiles non esse, ut sterna non valeant. Ego autem nego antecedens, nimirum

stando in jure naturæ bonæ fidei possessorem teneri restituere fructus consumptos, in quantum ex illis factus est locupletior; postquam enim lex civilis possessori bonæ fidei dominium fructuum detulit, jure dominii eosdem absumit, neque rem alienam detinet invito domino, sed ex propriis fructibus consumptis fit ditior, adeoque nec ex radice injustæ læsionis, nec ex fonte rei acceptæ ad restitutionem obligatur. Confer omninò *Clariff. D. Doff. Gleric p. m. d. p. 2. select. quest. 19. n. 23.* Qui in dictâ quæstione per 17. assertiones de perceptione & acquisitione fructuum distinctissimè discurret.

evincenti restituere. *Haunold. d. contr. 5. §. 6. n. 290. Vinu. ad d. §. 35. n. 12. Struv. d. exercit. 11. th. 19. & 24. Lauerbach. ubi supra §. 18. Prob. 1. ex l. 22. Cod. de R. P. ubi perspicue dicitur, etiam à possessore bonæ fidei post litem contestatam fructus universos esse restituendos. Prob. 2. ex l. 25. §. 7. ff. de hered. petis. Ubi Ulpianus ait, post litem contestationem possessores omnes incipere esse malæ fidei: undè sic licet arguere; possessor malæ fidei tenetur fructus omnes restituere. Atqui possessor bonæ fidei post litem contestationem incipit esse possessor malæ fidei, ergò post litem contestationem tenetur fructus omnes restituere.*

*Objic. l. 25. §. ult. ff. de usuris & fructibus. ubi bonæ fidei emptor, qui cognovit, fundum alienum esse, fructus percipere, & suos facere dicitur, quamdiu fundus evictus non fuerit; ergò non à tempore scientiæ, aut litem contestatæ, emptor bonæ fidei fructus lucrari desinit.* vident Glossa, Cujacius, & alij apud Brunnemann *ad d. l. n. 3.* Cum solummodò dicere, possessorem, qui cognovit, rem alienam esse, interim & revocabiliter fructus suos facere; non autem negare, quòd denique restituere non teneatur. Concordant respondentes *Haunold. d. loc. n. 292. & D. Doct. Gletle. d. q. 19. n. 33.* ubi notat, oppositum textum immeritò factum & iniquum visum esse *Lessio lib. 2. de F. & F. cap. 14. dubit. 2. n. 11.*

Dico VII, Fructus needum percepti, sed pendentes adhuc, à quocunque possessore domino rem suam evincenti sunt restituendi. *Haunold. d. contr. 5. §. 2. n. 265. Struv. ubi supra, th. 18. Constat tum ex l. 13. §. 10. ff. de act. empt. ubi Ulpianus dicit, quòd, si fructibus maturis ager distractus sit, etiam fructus emptori cedant. Tum quia fructus pendentes sunt pars fundi, cui coherereat, l. 44. ff. de R. P. ergò fundo evicto, ipsi etiam censentur evicti.*

## §. XIV.

**A**ccessionem naturalem sequitur artificialis, quæ vel pura vel mixta. Pura est, quæ sola industriâ humanâ: mixta, quæ partim operatione naturæ, partim industriâ humanâ perficitur. Species accessionis artificialis puræ plures occurrunt. Huc enim pertinet specificatio, adjunctio, in edificatio, scriptura.

Specificatio definitur, quòd sit modus acquirendi, quo aliena materia, per introductionem novæ formæ subacta, nobis acquiritur. Circa quem acquirendi modum in varias olim Jureconsulti abjèrè sententias. Sabinus enim & Cassius consignârunt dominium domino materiæ, eò quòd species sine materiâ esse non posset. *l. 7. §. 7. ff. de a. r. d. & nemini invito res auferenda, aut in alium sine factio domini transferenda esset. l. 11. ff. de R. I.* Nerva e contra & Proculus dominum adjudicârunt specificanti, ex ratione, quòd forma det esse rei, isque dominus rei esse debeat, qui rei esse dedit. *d. l. 7. §. 7.* Nos hodie cum Justiniano viâ mediâ incedimus, referre existimantes, prævalente formæ materiæ, an materia formæ. Si forma prævaleat materiæ, nova species

species cedit nomine proprio & bonâ fide specificanti. §. 25. *I. h. t. d. l. 7. §. 7.* Si materia formæ prævaleat, species non immutat dominium, adeoque res manet ejus, cujus est materia. *ad. text.* Censetur autem forma prævalere materiæ, si nova species ad priorem & rudem materiam reduci nequeat. Si reduci possit, materia prævalere dicitur formæ. Ut ecce! ex alienâ lanâ vestimentum fecisti: ex alieno vino & melle miscuisti mulsum. His casibus forma prævalere dicitur materiæ, quia neque vestimentum in lanam, neque mulsum in mel & vinum reduci potest. Contra ex alieno auro vel argento fecisti vas. Hoc casu materia dicitur prævalere formæ, quia vas illud in rudem auri vel argenti massam reduci potest. *d. §. 25.* Quodsi rationem diversitatis desideres, quare prævalente formâ corpus cedat specificanti: prævalente verò materiâ res maneat prioris domini, hanc assigno: quia, si nova species ad priorem materiam reduci nequeat, materia censetur velut extincta & consumpta. *arg. l. 13. §. 1. ff. de V. S.* in quâ proinde prior dominus nihil juris vindicare sibi potest. At si nova species in priorem materiam reduci possit, materia extincta non censetur, adeoque potentia ejus, velut robustior, formam, ceu debiliorem, vincit & absorbet. *arg. l. 78. §. 4. ff. de legat. 3.*

106 Dixi tamen initio præsentis §. per introductionem nova forma nobis acquiri: Quodsi prior materia solum tingatur, aut forma antea latens tantum detegatur, quia introductio novæ formæ non fit, neque materia fit nostra. Esto igitur lanam nativam tingam, aut ex alienis speciebus bonâ fide & nomine proprio frumentum excutiam, quia tamen per tincturam tam parum mutuo speciem lanæ, quam si in lutum aut cæcum cecidisset: neque etiam excussio frumenti speciem morahiter novam facit, sed prius latentem duntaxat detegit, idèò nec lanam tinctam, nec excussum frumentum mihi acquiritur. *l. 26. §. ult. ff. de a. r. d. l. 7. §. 7. in f. ff. eod.* Confer Schambog. *ad d. §. 25. l. h. t. pag. m. 225. & Bachov. l. ibid. §. 19.* qui idem de vino, ex uvis, & oleo, ex olivis alienis expresso statuit. Sed egregiè refellitur à *Vinn. ad d. §. 25. n. 5.* ubi vide. Plane si ex alieni frumenti granis farinam faciam, meam facio, ob introductionem novæ formæ, vi cujus frumentum in commercio humano pro diversâ specie entis habetur, Ad *Hannoldum de F. & F. tr. 5. cap. 1. contr. 4. n. 106.* Cæterum

107 Dubitatur I. Cujus sit navis ex alienis tabulis confecta? *n.* Interesse, fueritnè confecta navis ex tabulis jam præparatis, faciendæ navi destinatis, ac idèò in asseres deductis, an lignis rudibus ex sylvâ cæsis. Priorè casu navis fit illius, cujus sunt tabulæ, quia structura totius operis causam carinæ sequitur, quæ, cum sit pars infima navigii & fundamentum totius operis, ad instar soli alicujus officium ad se trahit tabularum. *l. 61. in f. ff. de R. V.* Posteriorè casu efficitur ejus, qui eam construxit, quia arbores exsiccatae mutantur formam veterem, adeoque eo modo se habent respectu navis, quo lana respectu vestimenti, cujus exemplo illi cedunt, qui navem construxit. *l. 26. princ. ff. de a. r. d. Bachovius d. loc. pag. m. 223. Hannod. ubi supra. n. 168.* Du-

Dubitatur 2. Quid juris, si partim ex materiâ propriâ, partim ex alienâ 108  
nova species sit confecta, ad quam illa pertineat? *ꝛ.* Distinguendo: vel  
potest nova species ad priorem materiam reduci, vel non potest. Si prius,  
quilibet manet dominus suæ materiæ, l. 12. §. *un. ff. de a. r. d.* nisi fortè materia  
unius se habeat per modum principalis; tunc enim materia alterius jure accessio-  
nis cedit principali. §. 26. *l. b. t.* Si posterius, dubitandum non est, quin no-  
va species efficiatur ejus, qui illam fecit. Si enim illo casu, quo solam operam  
quis contulit, acquirit dominium corporis, quanto magis, quo & operam quis  
contulit, & partem materiæ præstitit. *d. §. 25. l. b. t.*

Dubitatur 3. quænam remedia de jure sint prodita, quibus & prior ma- 109  
teriaz dominus, & specificator indemnitati suæ consulant? *ꝛ.* Rursus sub  
distinctione: vel nova species ad priorem materiam reduci potest, vel non. Si  
prius, habet dominus rei vindicationem, bonæ fidei specificatori autem & pos-  
sidenti compedit exceptio doli mali seu retentio speciei, donec vindicans ope-  
ræ pretium solverit. l. 23. §. 4. *ff. de R. V.* malæ fidei specificator vero intelli-  
gitur domino operam suam donare, sinè ullâ obligatione quidquam refunden-  
di. *arg. l. 12. §. 3. ff. ad exhibendum.* adeoque si operæ pretium prætetendat, ipsi  
objici potest culpa, quâ temerè speciem conficere allaboravit ex materiâ, quam  
sciebat alienam esse. *arg. §. 30. in f. l. b. t.* Si posterius, hoc est, si nova  
species ad priorem materiam reduci amplius non possit, interest, quis novam  
speciem fecerit, bonæ fidei specificator, an malæ fidei. Si bonæ, rei vindica-  
tionem quidem non habet dominus, cum dominium ejus per introductionem  
novæ formæ extinctum fuerit. *arg. d. l. 13. §. 1. ff. de V. S.* Potest tamen expe-  
tiri actione in factum, ac petere, ut æstimatio materiæ sibi refundatur. *arg. d. l.*  
*23. §. 5. ff. de R. V.* Si malæ fidei specificator novam speciem fecerit, actioni-  
bus pluribus conveniri potest. Primo enim tenetur utili rei vindicatione &  
actione ad exhibendum, tanquàm is, qui dolo desit possidere. *arg. l. 27. §. 3.*  
*l. 36. princ. ff. de R. V. l. 9. §. 3. l. 12. §. 3. ff. ad exhibendum.* Secundo con-  
veniri potest conditione furtivâ & actione furti. l. 13. *ff. de condict. furtivâ.*  
*l. 52. §. 14. ff. de furtis.* Tertio denique tenetur etiam actione in factum, si  
adversarius velit mitius cum eodem confluere. *arg. d. l. 23. §. 5. ff. de R. V.*  
*Servv. exercis. ad pand. 41. th. 39.*

## §. XV.

**A**djunctio (quæ etiam conjunctio, accessio, intextura, suffultura, & su- 110  
tura vocatur) definitur, quod sit modus acquirendi, quores aliena, nostræ  
teu principali nexa, nobis acquiritur. Vel à genere proximo; est accessio rei  
alienæ ad nostram, vel nostræ ad alienam, ejus ornandæ, integrandæ, refici-  
endæ causâ. Ratio hujus acquisitionis stat in eo, quod accessorium cedat  
principalis. *l. 42. de R. l. in 6.* & adjunctum subjecto, utcumque fortè principa-  
le

le sit minoris pretii, quàm res, quæ adjuncta est, modò ex destinatione & voluntate patrisfamilias dijudicari possit, aliquid principale esse, fortè quòd ejusdem perficiendi aut ornandi gratiâ aliud abhibuerit, quod proindè accessorii vicem sustinebit. *l. 19. §. 13. ff. de auro, argento, mundo &c. legato. Schambog. I. b. r. §. 27. pag. m. 226. Clariss. D. P. Paulus Mezger Theol. Scolast. tr. 11. disp. 27. art. 3. n. 4.* Si igitur phialis tuis aliena emblemata, statuz turæ alienum brachium, candelabro sigillum, ædificio cœmentum, mensæ pes, lecto fulcrum, annulo gemma, vesti purpura, vehiculo rota, navi tabula &c. sive bonâ, sive malâ fide juncta fuerint, quæ juncta sunt, tua sunt. *d. §. 26. I. b. r. l. 23. §. 2. & §. ff. de R. V. l. 7. §. 2. ff. ad exhibendum. d. l. 19. §. 13. ff. de auro, argento &c. l. 26. §. 1. ff. de a. r. d.*

**¶ II** Ex quibus patet differentia inter priorem & præsentem acquirendi modum: nam in specificatione, quæ partim ex propriâ, partim ex alienâ materia sit, utriusquæ materia est aliquo modo principalis in ordine ad receptionem formæ inducendæ. Econtrâ in adjunctione forma vestimenti v. g. inducitur in materiam vestimenti principalem, cui purpura tanquàm minus principalis & accessoria jungitur. Undè vestis purpurea dicitur. Deindè ad specificationem juxta dicta præcedente §. necessariò requiritur bona fides. In adjunctione non attenditur, bonâ, an malâ fide res adjuncta sit: regula enim, quâ accessorium sequitur suum principale, non distinguit; resque adjuncta habetur pro extinctâ: undè mirum non est, quòd prior dominus indistinctè dominio excidat.

**¶ III** Illud hic dubium videtur, quâ actione jura consulant domino partis adjunctæ? Respondet *Vinnius ad d. §. 26. I. b. r. n. 4.* cum distinctione: vel purpuram alienam vestimento suo quis intexuit, vel suam vestimento alterius. Priore casu refert, bonâ, an malâ fide id fecerit. Si bonâ, competit priori domino condictio sine causâ. *d. §. 26. in f. item arg. §. 2. l. quibus alienare licet, vel non. & l. 1. §. 3. ff. de condict. sine causâ.* nec non actio ad exhibendum, ut purpura separaretur, separata vindicetur. *l. 6. l. 7. §. 2. ff. ad exhibendum. l. 23. §. 5. ff. de R. V.* Nisi fortè bonæ fidei possessor ex separatione manifestum detrimentum sensurus, æstimationem rei adjunctæ offerat, ac solvere paratus sit, quo casu necessitatem separationis effugere videtur.

Quod si malâ fide fecerit, actiones variaz accommodantur domino, puta, actio ad exhibendum, & utilis rei vindicatio, tanquàm adversus eum, qui dolo desit possidere. *arg. l. 1. §. 2. l. 2. ff. de signo juncto. l. 27. §. 3. l. 36. princ. ff. de R. V. l. 9. §. 3. l. 12. §. 3. ff. ad exhibendum. l. 131. ff. de R. l.* Item actio furti & condictio furtiva. *d. §. 26. I. b. r. in f.* Neque dicas: condictio furtiva datur soli domino. *§. ult. Inst. de obligat. qua ex delicto nascuntur. l. 1. ff. de condict. furtiva. l. 14. §. 16. ff. de furtis.* Atqui adjunctione, etiam malâ fide factâ, prior dominus partis adjunctæ definit esse dominus; ergò ipsi contrâ malæ fidei adjunctentem non datur condictio furtiva. Sciendum enim, textus majori subnexo

subactus non est pertipere, ut is, cui conditio furtiva semel quaesita est, eam re peremptâ sine facto suo amittat: sed ut hinc excludantur ii, quorum periculo res alienæ sunt, quibus, etsi furti actio, conditio tamen non competit. Posteriore casu rursus interest, bonâ fide quis suam purpuram alieno vestimento intexuerit, an malâ. Si bonâ, potest intexens, siquidem possessor sit, vestimentum retinere, ac oppositâ doli mali exceptione dominum vindicantem cogere, ut ratione purpuræ & sumptuum ipsi satisfaciatur, aut amissâ possessione ad exhibendum agere, ut purpura separatur & à se vindicetur, *arg. d. l. 23. §. 4. ff. de R. V.* Si malâ fide intexuerit, videtur propriâ voluntate proprietatem purpuræ amisisse. *arg. d. §. 30. in f. l. h. t. confer Bachov. Inst. h. t. §. 21. Struv. d. exercit. 41. th. 41. & quæ §. immediatè præcedenti: dub. 3. n. 109. diximus.*

Adjunctioni adjungi potest 1. ferruminatio, vulgò *Anlötung*/ quæ nihil aliud est aliud, quàm junctio metallorum ejusdem generis per eandem materiam vel idem metalli genus, ut si unum ferrum candens cum alio ferro candente confundatur, seu, pes ferreus statuae mæ ferreæ interveniente materiâ ferreâ, brachium aureum statuae aureæ; scypho argenteo argentea ansa jungatur. 2. Potest adjungi plumbatura, germanicè *Anschweiffung* / oder *Verbleyung* / quæ est unio duarum rerum ejusdem vel diversi generis per dissimilem materiam, ut si vasi figulino ansa & operculum argenteum; si plumbo, glutine, clavo, vel simili modo brachium statuae, navis tabula, asser asleri jungatur.

Circâ ferruminationem ita oportet distinguere: vel res aliena, mæ ferrumine juncta, corpore minor est mæ, vel par. Si prius, tunc res, ferrumino juncta, esto pretiosior, cedit mæ tanquam majori, seu, ut ait Paulus in *sapè d. l. 23. §. 5. ff. de R. V.* majoris partis unitate consumitur, salvâ tamen priori dominio actione subsidiariâ in factum ad consequendum pretium rei, quondam suæ. *d. §. 5. ibi: in factum actio necessaria est.* Si posterius, refert, una alterâ pretiosior sit, an ambæ res & corpore & pretio pares sint, seu, ut loquitur Pomponius in *l. 27. §. 2. ff. de a. r. d.* neutra alteri accessioni sit. Priore casu pretiosior ad se trahit minus pretiosam. *d. l. 27. §. 2. ibi: vel pro pretio. & d. l. 23. §. 4. ibi: per prevalentiam.* Posteriore casu ego mæ, alter rei dominus manet. *d. l. 27. §. 2.*

Circâ plumbaturam ita jus est: si rem alienam rei mæ per plumbaturam junxi, v. g. alienum brachium mæ statuae, fit quidem dominus totius statuae, sed priori domino datur actio ad exhibendum, ut ad plumbatum replumbetur, hoc est, separatur, & deindè vindicetur. *d. l. 23. §. 5.* Secus est in ferruminatione, per quam res juncta nè quidem post separationem vindicari potest. *d. §. 5. ubi ratio diversitatis simul assignatur, quia ferruminatione per eandem materiam fit confusio: plumbatura non idem efficit.* Videantur *Schambog. l. b. s. §. 28. pag. m. 228. Struv. d. exercit. 41. th. 44. Zoëf. ff. de a. r. d. n. 40.*

3. Adjungi potest confusio, quâ duæ materiæ liquidæ aut liquefactæ, I<sup>4</sup>



ejusdem vel diversi generis ita inter se commiscentur, ut arte humana & vi ordinariâ ab invicem separari nequeant. Ubi 4. principales casus distinguendi veniunt: vel enim duorum materiarum ex voluntate dominorum confusæ sunt, vel ex voluntate unius solum, vel facto tertii, vel casu fortuito. Primo casu indistinctè, hoc est, si ve materiarum ejusdem generis, puta, vinum cum vino, si ve diversi generis confusæ fuerint, fortè quoddam ex vino & melle confusum factum sit, mixtum resultans dominis pro indiviso commune est. §. 27. l. b. r. l. 7. §. 8. ff. de a. r. d. Adeoque partes, quæ ante confusionem singulorum erant separatim, post confusionem singulorum esse incipiunt conjunctim, ut jam non amplius unus, quod suum fuit antè confusionem, separatim vindicare possit, sed partem duntaxat pro indiviso, puta, dimidiam aut tertiam; si ve, quod in idem recidit, communi dividendo judicio experiri debeat, ut res dividatur, & pars rei divisæ dimidia aut tertia pro ratâ portionis, quam contulit, restitatur: in quo & pretii rationem judex habebit, si unius pars pretiosior fuerit: l. 3. §. ult. l. 4. l. 5. princ. ff. de R. V. Et, si fortè res commodam divisionem non admittat, uni totam adjudicabit, eumque vicissim alteri condemnabit in certam summam pecuniariam. arg. §. 5. l. de offic. jud. Secundo casu interest, bonâ, an malâ fide confusio facta sit. Si malâ, tota massa cedit læso, ita, ut neque hic obligetur quidquam refundere miscenti. arg. l. 13. ff. de R. I. Magnif. D. P. Robertus König p. m. d. tit. 12. p. 2. n. 102. circa suam. Si bonâ, refert ulterius, an ex confusione nova species, ad priorem rudem materiam irreducibilis, consurgat, nec nè. Si prius, discurrendum, sicut de specificatione. Hannold. d. contr. 4. n. 113. in f. Si posterius, discurrendum, sicut de confusione, dominorum voluntate factâ. d. l. 3. §. 2. l. 5. ff. de R. V. l. 12. §. 1. ff. de a. r. d. Tertio casu aliâ distinctione opus: vel enim confusæ sunt materiarum ejusdem generis, vel diversi. Si ejusdem, corpus ex confusione ortum commune est dominis materiarum, quia pristinam speciem continet, & res alium exitum naturaliter reperire non potest. Si diversi, refert, utrùm novi corporis species ad initia sua reduci valeat, nec nè. Si prius, sua materia cuique ex dominis manebit. Si posterius, jure specificationis tota species cedit tertio. Vinn. ad d. §. 27. n. 5. Quarto & ultimo casu interest, an res confusæ diduci & separari possint, nec nè. Priore casu confusio, casu facta, communionem non facit, proindeque non adito communi dividendo, sed ad exhibendum & in rem locum habet. d. l. 5. §. 1. ff. de R. V. d. l. 12. §. 1. de a. r. d. Posteriore casu totum corpus, ex duorum materiis casu confusis natum, commune est eorum, quorum materiarum, si ve ejusdem, si ve diversi generis, confusæ sunt. Cum enim confusio hoc casu rem eò deducat, ut unaquæque materia alteram in se per omnia indiscretam habeat, sit, ut vel minima pars unius partem alterius sibi habeat adjunctam, eamque ad se trahat, adeoque ipsa necessitas & vis naturæ communionem pariat.

*d. §. 27. l. b. t. d. l. 7. §. 9. ff. de a. r. d.* in quibus locis Imperator & Cæsarum duntaxat rerum exempla proponunt, quæ confusæ diduci & separari nequeunt. *Schambog. d. §. 28. pag. m. 227. Vinn. d. loc. n. 4. Struv. d. exerc. 41. th. 42.* in cuius fine ait, quod, quia hodie ope chrysulæ aquæ acerrimæ *des Schwaidwassers* quodlibet metallum ab altero segregari potest, in his confusis materiis absque dominorum voluntate communitio non inducatur.

A confusione differt commixtio, quâ materiæ solidæ ita junguntur, uti si aggregatum per accidens resultet, v. g. ex commixtis frumentis acervus, ex pecoribus grex. Commixtio, si citrà dominorum voluntatem facta sit, communionem materiarum non inducit, adeoque cuilibet dominorum competit actio in rem pro modo seu quantitate cuiusque frumenti. *§. 28. l. b. t. l. 5. princ. ff. de R. V.* Undè si unius frumentum fuerit pretiosius, officio iudicis continebitur, ut ejus ratio habeatur, & is, cujus frumentum pretiosius est, ex aervo, vel certè pecuniæ adjudicatione plus ferat, sicque omni ex parte utriusque satisfiat. *arg. d. l. 4. ff. de R. V. & d. §. 5. l. de officio jud.* Ratio autem, cur res, citrà dominorum voluntatem commixtæ, non fiant communes, est, quia singula corpora in suâ substantiâ durant, ac à se invicem verè separata & discreta manent, esto discerni nequeat, quæ corpora cuique antè commixtionem propria fuerint. *d. l. 23. §. 5. vers. as in his. ff. de R. V. & arg. l. 30. princ. ff. de usurpat. & usucap.* Planè si voluntate dominorum commixtio contigerit, corpora communicantur, & locum habet communi dividundo actio. *d. §. 28. & d. l. 5. princ. ff. de R. V.*

Dicitis non advertatur. *lex 78. ff. de solus.* ubi Javolenus ex libris Cæii refert, eum, qui pecuniam alienam indiscernibiliter miscet cum suâ, fieri dominum totius summæ. Nam missis responsionibus *Vinnii ad §. 28. l. b. t. n. 2. Wilhelmi Ludovici ibid. Struvii in evolus. contr. d. exercit. 41. th. 43. & Cardinalis de Lugo, relati ab Haunoldo d. contr. 4. n. 118.* Cum *Haunold. d. loc.* in pecuniæ permixtione hoc specialiter constitutum esse, propter quotidianum nummorum usum in commerciis, nè ex domini incertitudine, in nummis admixta, contractus innumeri fluctuent, præsertim contractus mutui & emptionis, qui sunt frequentissimi,

## §. XVI.

**I**n edificatio est accessio alienæ materiæ nostro solo, vel nostræ materiæ alieno solo inædificatæ. *Edificamus* itaque vel in nostro solo ex alienâ materiâ, vel in alieno solo ex nostrâ. Si in nostro solo ædificemus ex alienâ materiâ, ædificium jure soli nobis acquiritur, sic, ut stante illo prior dominus nec tigna sua vindicare, nec ad exhibendum de iis agere possit, propter legem 12. tabularum, quâ cavetur, nè quis tignum alienum, ædibus suis junctum, eximere cogatur. *§. 29. l. b. t. l. 7. §. 10. ff. de a. r. d.* Quia tamen durum foret, nullam

actionem priori donatio esse prodatam, hinc d. lex 12. tab. accommodat illi actionem de signo juncto, quæ definitur, quod sit actio personalis, quæ is, qui signum alienum ædibus junxit, convenitur, ut duplum ejus præstet. l. 1. *prins. ff. de signo juncto*. Ubi fortè aliquandò actionem hanc latius per causas tractabo. Interim de eâ videri possunt *Hannold d. contr. 4. à n. 119. usque ad n. 133. exclusivè. & D. Doct. Gletle Jurisprud. terrib. tom. 1. part. 2. cap. 2. §. 1. per totum*. Quodsi ædificium ex nostrâ materiâ in alieno solo paretur, ædificium rursus illius sit, cujus solum est. §. 30. *I. b. t. d. l. 7. §. 12. ff. de a. r. d.* Circâ materiam verò & impensas deducendas non parum interest, qualesnam factæ sint, necessariæ, utiles, an voluptariæ? item bonæ fidei possessor separandus à possessore malæ fidei: id, quod accuratè præstant, simulque jus circâ illos obrinens subnectunt *Hannold d. loc. à n. 133. usque ad n. 142. inclusivè. nec non d. tr. 3. cap. 3. controu. §. §. 7. num 293. cum seqq. & D. Doct. Gletle p. 2. sect. 18. per totum*.

## §. XVII.

117 **S**criptura quòque ad imitationem ædificii subjecto suo, puta, chartæ membranæ cedit. §. 33. *I. b. t.* Quod tamen hodiò immutatum esse, ac chartam scripturæ cedere, communiter testantur Doctores, præsertim cum & leges civiles in nonnullis casibus iniquitatem decisionis intellexerint, adversus dominum chartæ actionem in factum accommodantes. l. 3. §. 14. *ff. ad exhibendum. Hopp. in usu moder. d. §. 33.* Qui propterea totam hanc rem prudentis judicis arbitrio committendam autumat.

118 Planè non, ut scriptura chartæ, sic etiam pictura cedit tabulæ: nam propter artis privilegium placuit, tabulam picturæ cedere. §. 34. *I. b. t.*

Sed nunquid dictis obloquitur J.C. Paulus in *sapè cit. l. 21. §. 3. ff. de R. V.* ubi contendit, quod, sicut scriptura chartæ, sic etiam pictura tabulæ debeat cedere, quoniam necesse sit, unumquodque ei cedere, quo sine esse non potest. Sanè *Jacobus Wissenbach diff. ad pand. 18. th. 21. vol. 2.* Scribere non veretur, incuriâ compilatorum antinomiam hanc in pandectas irrepsisse. *Jacobo Wissenbach succinit Bachovius in Treutl. vol. 2. diff. 20. th. 6. lit. K.* sentiens, chartam & operam miserè ab illis perdi, qui antilogiam hanc tollere conantur. *Bachovio* ad stipulatur. *Vinnius*, qui ad d. §. 34. *I. b. t. n. 1. inf.* ait, qui negant, Paulum ab aliis dissentisse, eos oportet esse egregios dissentium opinionum conciliatores. Age igitur, respondeamus pro tanti tituli gloriâ obtinendâ, ac separemus cum *Adamo Struvio d. exercit. 41. th. 51.* regulam ab exceptione. Regulariter pictura cedit tabulæ, quia necesse est, unumquodque ei cedere, quo sine esse non potest. d. l. 23. §. 3. ubi Paulus exceptionem pretii quidem refert, sed suo loco relinquit. Quodsi Appelles quidam, Parrhasius, aut Zeuxis, adeoque pictor arte præstans & famâ inclytus opus confecerit, ob artis præstantiam

etiam diversum obtinet, ac tabula picturæ cedit. *d. §. 34. & l. 9. §. 2. ff. de a. r. d. aliam responsonem dabant Haunold. d. contr. 4. num. 149. in f. & Hopp. ad d. §. 34. si eos adjeris.*

## §. XVIII.

**A**D accessionem artificialem mixtâ pertinet primò plantatio, quæ domini-<sup>119</sup>  
um plantæ illi tribuit, in cujus solo radices egit. *§. 31. l. h. t. l. 7. §. ult. ff. de a. r. d.* Undè si arbor vicini terram meam ita presserit, ut in fundum meum radices egerit, arbor mea intelligitur esse facta. *d. §. 31.* Similiter si arbor, propè consinium posita, in fundum vicinum integras aliquot radices egerit, ut ex terrâ utriusque fundi nunc alatur, communis censetur facta, non quidem pro indiviso, sed pro regione cujusque prædii. *ad. textibus & l. 8. princ. ff. de a. r. d. Dixi, integras aliquot radices egerit.* Nam, si extremas tantum radicum partes in vicini fundum porrexerit, esto indè aliquid alimenti capiat, ejus tamen manet, cujus in fundo origo ejus fuit, quoniam majoris considerationis sint radices juxta truncum arboris, quàm extimæ illarum partes. *l. 6. §. 2. ff. arborum furtim casarum. Harp. ad. d. §. 31. §. h. t. n. 5. Struv. in evoluc. contr. d. exercis. 41. th. 48.*

## §. XIX.

**S**ecundò huc pertinet satio, circa quam est regula, quòd plantationem imite-<sup>120</sup>  
tur, ac dominium rei satæ illi tribuat, cujus est solum. *§. 32. l. h. t. l. 9. pr. ff. de a. r. d.* Undè vides, quàm vera sit industrialis accessionis regula, hæcè versiculis expressâ:

*Quidquid plantatur, seritur, vel inadificatur,  
Omne solo cedit, radices si tamen egit.*

# TITULUS II.

## DE REBUS CORPORALIBUS ET INCORPORALIBUS.

### SUMMARIA.

1. Explicantur res corporales & incorporales.
2. Mobiles & immobiles.
3. His accensentur molendina navalia.
4. Item molendina pneumatica.
5. Non tamen pecunia cambio destinata.
6. Actiones æstimantur jure objecti, quod respiciunt.
7. Pecunia ad emptionem rei immobilis destinata censetur immobilis.
8. Pecunia ex distractione immobilium comparata non etiam.
9. Res alia sunt dividua, alia individua.

**V**arias parte 1. prioris tituli dedimus rerum divisiones, sed non omnes; restat enim primò illa, quâ res

### §. I.

**A**-Beunt in corporales, & incorporales. *prin. l. h. t. l. 1. §. 1. ff. de R. D.*  
Res corporales sunt, quæ in sensus externos incurrunt, seu quæ suapte naturâ tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, & res aliz innumerabiles, quæ naturâ suâ tangi possunt, esto quandoque accidens aliquod obstat, quo minus hic & nunc tangi valeant, aut sub sensum externum cadant, ut si in profundo maris, aut intus terræ visceribus fixæ sint. Huc facit illud Lucret.

*Tangere vel tangi, nisi corpus, nulla potest res.*

Res incorporales sunt, quæ sui naturâ sub sensum exteriorum non cadunt, sed solo sensu interiori, puta, intellectu percipiuntur. v. g. jura, servitutes, obligationes, hæreditates &c. quamvis enim id, quod ex obligatione debetur, plerumque corporale sit; in hæreditate etiam plerumque res corporales continentur *arg. l. 50. prin. ff. de hæredit. petis.* Ipsa tamen obligatio, utpotè jus & vinculum juris, incorporalis est, sicut hæreditas formaliter accepta. Pari modo pecunia, formaliter, hoc est, pro valore seu quantitate, quâ res aliqua mensuratur, sumpta, res est incorporalis. *arg. l. 46. ff. de condit. indebiti. l. 95. ff. de leg. 3. l. 94. §. 1. ff. de solut.* Licet materialiter, & prout est aurum, argentum, cuprum &c. considerata, res corporalis sit.

**2** Res corporales subdividuntur in mobiles & immobiles. *l. 1. prin. ff. de aditio edicto. l. 15. §. 2. ff. de re jud.* Res mobiles vel sunt se moventes, vel in specie tales, seu, quæ ab aliis moveri debent. *l. 93. ff. de V. S.* Res mobiles se moventes sunt res animatz, quæ de loco in locum salvas & integras se transferre possunt, ut avis, æquus, &c. Res mobiles in specie tales sunt res inanimatz, quæ de loco in locum salve & integræ transferri possunt, ut vestis, aurum, &c. germanicè bewegliche Güter / Fahrnuß / fahrende Haab / alles das getriben oder getragen werden mag / oder alle leiblich Haab und Stuck / die sich entweder selbst bewegen / als das Vieh / oder von anderen bewegt werden mögen / als Gold / paar Geld / Silber &c. Res immobiles sunt, quæ in tegra & citrà rei corruptionem de loco in locum transferri nequeunt. Ut ager, domus &c. germ. unbewegliche Güter. Hæque vel sunt in se & suâ naturâ immobiles, vel civiliter seu interpretativè tales. Naturaliter immobiles sunt vel res soli, ut fundus &c. *l. 1. prin. ff. de conditione triticaria.* Vel solo cohærentes. *l. 3. §. 15. ff. de vi & vi armata. v. g. arbores nondum cæte, gramina & frutibus pendentes &c. l. 7. §. 5. ff. quod vi aut clam. l. 44. ff. de R. V.* Civiliter seu interpretativè immobiles sunt, quæ quidem suapte natura de loco in locum

cum transferri possunt; Quia tamen ad rem immobilem destinatae sunt, de loco in locum salva & integra censentur moveri non posse. Tales sunt torcularia, staturae affixae, affixa horologia, molendina ædibus juncta, pisces propagationis causâ in stagno positi, pueralia, sterquilinia, incrustationes, siltulae ductiles &c. Hæ enim res de se mobiles sunt; quoniam tamen rei immobili, adquam destinatae, ut incrustationes ad ædificandum palatium &c. coherent; ideo civiliter immobiles creduntur. *l. 13. §. ult. l. 14. 15. 16. 17. §. 10. & 11. l. 18. §. 1. ff. de act. empt. l. 21. ff. de instructo vel instrumento legato. l. 9. §. 2. ff. quod vi aut clam. Berlich. p. 3. conclus. pract. 30. n. 10. 11. & 23. Carpz. p. 3. l. f. const. 24. def. 8. num. 1. & 2. Bocerni classe 5. disp. 1. th. 8. lit. A. Lauterbach. vol. 1. disp. Tub. 24. c. 2. §. 4. & seqq. hæc satis expedita sunt. Cæterum*

Dubitatur 1. si tantæ molendina navalia, die Schiff-Mühlen / quæ instar navium, quibus adjunguntur, super flumina meant, rebus mobilibus, an immobilibus accensenda?

Prima sententia refert ad res mobiles. Ita *Rosenth. de feud. c. 4. conclus. 4. num. 3. Ludwiel. in Synopsi feud. c. 12. pag. m. 251. subnexâ limitatione, nisi molendina fuerint bannualia, germanicè Zwang-Mühlen / ubi dominus certum jus habet, vicinos cogendi, ne alio, quàm suo molendino utantur. Et exercit. ad Inst. 5. th. 1. lit. C. Carpz. d. def. 8. n. 4. Berlich. d. conclus. 30. n. 32. & plures alii.*

Secunda trahit ad res immobiles. Ita *Hering. sr. de molendinis. q. 8. num. 10. & seqq. Finkelth. de feudis disp. 3. quæst. 20. in f. Struv. in syntag. jur. feud. cap. 6. aphorism. 11. n. 6. Lauterbach. in Colleg. ad pand. lib. 1. tit. 8. §. 16. in f. & alii.*

Nos primas secundæ deferimus. Probamus 1. Ideò naves rebus mobilibus aggregantur per *l. 1. §. 7. ff. de vi & vi armata*, quia, nisi de loco in locum moveantur, nullus earum usus esse solet. Ergò à sensu contrario molendina navalia aggreganda sunt rebus immobilibus, quia in certo quodam loco subsistentia, eundem, quem aliæ molæ, quas aquæ versant, usum præbent. *arg. l. 242. §. f. ff. de P. S.* Prob. 2. Alia ædificia, in terrâ exstructa, annumerantur rebus immobilibus, quia eidem solo fixè coherent. Ergò etiam molendina navalia, tanquàm ædificia in aquâ exstructa, rebus immobilibus annumeranda sunt, quia funibus, catenis, & instrumentis id genus aliis eidem loco alligantur, *werden mit Ketten / Stricken / und dergleichen an Brücken / Pfälen / und Ankeren auff denen Wässeren vest gemacht / &c.*

Objicies 1. Naves accensentur rebus mobilibus. *d. l. 1. §. 7. l. 20. §. 4. ff. quod vi aut clam.* Ergò etiam molendina navalia; hæc enim navibus annexantur. 2. Dist. antec. naves aliæ accensentur rebus mobilibus, esto, naves, quibus annexantur molendina navalia, nego antec. & conseq. Hæc

posteriores unacum molendinis sibi impositis de loco in locum non moventur, sed funibus terræ alligatæ in eodem loco constanti usui deserviunt.

Objicies 2. Idèd ædificia alia inter res immobiles numerantur, quia solo fixè cohærent. Ergò cum molendina navalia continuò super aquas natent, ad mobiles spectant. *ꝛ.* Neg. suppositum consequ. molendina navalia per se in eodem loco persistent, & constantem usum subministrant, esto per accidens ob fluxum aquæ, quæ ipsis instar soli est, moveantur.

4 Dubit. 2. An molendina pneumatica seu alata, *Die Wind-Mühlen / in* quibus venti, velut operarii, ad molendum conducti censentur, ad res immobiles pertineant? *Negant Carpz. de definit. 8. n. 5. Berlich. d. conclus. 30. n. 13. & alii ab his relati. Affirmant Hering. d. q. 8. n. 40. & seqq. Lanterbach. d. loc. 9. 15. & alii. Quorum opinio breviter*

Probat: res immobiles sunt, quæ de loco in locum citrà rei corruptionem sui naturâ moveri nequeunt. Atqui molendina pneumatica, esto quoad superius ædificium, ut alæ vento commode versentur, circumagantur, quoad fundamentum tamen, columnam scilicet mediam & trabes inferiores, terræ ita cohærent, ut citrà sui destructionem de loco in locum transferri nequeant; ergò pertinent ad res immobiles.

5 Dubit. 3. Sitne pecunia, scœnori aut cambio destinata, rebus mobilibus aut immobilibus adjudicanda? *Bald. & Roman. apud Andr. Gail. lib. 2. obs. 11. n. 7. Adjudicant rebus immobilibus, fortè propter textum in l. 79. §. 1. ff. de legatis 3. Ubi dicitur, quòd sub legato rerum mobilium relicto, nummi eo sine repositi, ut mutui dentur, non contineantur.*

Dissentiunt *Berlich. d. p. 3. conclus. 33. num. 14. Mantica de conject. ult. volant. lib. 9. tit. 3. num. 2. Menoch. lib. 4. præsumpt. 138. n. 7. Hahn ad Wesenbec. de R. D. n. 4. in verb. nisi per interpretationem. pag. m. 272. Lanterbach. d. disp. 24. c. 2. §. 15. Qui ad d. l. 79. non improbabilitet respondent, eam de speciali casu loqui, quo nimirum testator legavit res mobiles in domo existentes, per verba: *qua ibi mobilia mea erant, do lego.* Ubi sub mobilibus pecunia scœnori destinata idèd non comprehenditur, quia hæc ob celerem motum & usum non videtur esse in domo, non autem, quasi Jctus eam propterea rebus immobilibus annumerare voluisset. Vide omnimò *Menoch. d. præsumpt. 138. num. 8.**

6 Dubit. 4. Pertineantne actiones in censum rerum mobilium, an immobilium? *ꝛ.* I. De se & ex naturâ suâ actiones neque mobiles sunt, neque immobiles, sed constituunt tertium quoddam genus bonorum. Ita *Abbas Panormit. in c. 5. de rebus Ecclesia non alien. n. 9. & 10. Covar. in capit. relatum. in 2. tom. 1. n. 1. fol. m. 25. à tergo. Struv. exercit. ad pand. 3. th. 86. inf. Bocerus class. 5. disp. 1. th. 15. Prob. ex l. 7. §. 4. ff. de peculio. l. 15. §. 2. 8. & 10. ff. de rei vind. l. 2. princ. Cod. de quadriennii præscript. In quibus locis actiones à rebus*

tum mobilibus, tum immobilibus separantur, ac loco quodam tertio constituntur. Confirm. motus & privatio motus sunt affectiones corporis naturalis; ergo actiones de se nec motum, nec privationem ejus respiciunt. R. 2.

Actiones jure objecti æstimandæ sunt, ita, ut, si ordinentur ad rem mobilem, accenseantur numero rerum mobilium; si ad immobilem, numero immobilium. Ita *Colerus de Process. executiv. p. 1. c. 3. n. 250. & 2. §§. Sirruv. d. l. Becerus d. diff. 1. th. 16. lit. E. Paulus Maast. Webuer in quest. observat. verb. Fichte nuss. pag. m. 106. Berlich. d. conclus. 33. num. 5.* ubi hanc communem doctorum dicit. *Gail. d. obs. 11. n. 10.* Ubitestat, quod opinionem hanc etiam Camera in casu quodam secuta sit. Prob. 1. Qui actionem habet ad rem

obtinendam, rem ipsam habere censetur. *l. 52. ff. de a. r. d. l. 143. ff. de V. S. l. 15. ff. de R. l.* Ergo actio censetur jure objecti, ad quod tendit: quod proinde si fuerit immobile, puta, prædium vindicandum, rei vindicatio censetur res immobilis: si mobile, puta, petenda summa 100. florenorum, actio quoque judicabitur mobilis. Prob. 2. Obligaciones censentur divi-

duæ, aut individua ex re in eas deducta. *l. 72. l. 85. ff. de V. O.* Ergo etiam actiones censentur mobiles vel immobiles ex rebus, ad quas competunt. Prob. 3. Obligaciones & actiones rationem certi aut incerti desumunt ab objectis, ad quæ tendunt. *l. 9. princ. ff. de R. C. l. 75. princ. ff. de V. O.* Ergo etiam rationem mobilis ac immobilis desument ab objectis, ad quæ tendunt.

Dubitatur 5, An pecunia, ad emptionem rei immobilis destinata, ac in hunc finem de factis reposita, censenda sit immobilis? Negativam sustinent *Berlich. d. conclus. 30. n. 4. Mantica d. n. 2. Carpz. d. p. 7. cons. 23. def. 7. n. 5. Webner d. pag. 106, Gail. d. obs. 11. n. 4. Lauterbach. d. tit. 8. §. 14. & d. diff. 24. c. 7. §. 15. Meyrer de pignor. lib. 2. tit. 7. n. 12. Hunn in Trient. vol. 2. diff. 3. th. 4. q. 18. pag. m. 1154. Boërius decis. 209. n. 1. Harp. l. h. t. n. 14. Clariss. D. Doct. Braun p. m. 17. de int. tit. de rebus eorum, qui sub tutela &c. th. 16. & alii.*

Affirmativam tventur *Coler. de processibus execut. p. 2. cap. 3. num. 28. P. Engel in Colleg. J. Cas. ad tit. de rebus Ecclesia non alien. n. 7. Clariss. D. Doct. Gleisle p. 1. select. quest. 12. n. 3. D. Finsterwaldter lib. 4. pract. obs. 1. n. 15. D. Wiser p. m. pract. obs. lib. 1. obs. 44. n. 14. & quatuordecim. ex antiq. quis, quos refert Boërius d. loc. pag. m. 371.* Præplacet nobis hæc posterior sententia. Prob. ex dictis dub. immediate præcedenti, actiones æstimantur jure objecti, & si respiciant rem immobilem, accenseantur rebus immobilibus. *d. l. 15. ff. de R. l.* Ergo etiam pecunia, destinata ad emptionem rei immobilis, æstimari debet jure objecti, & quia respicit rem immobilem, accenseri rebus immobilibus. Consequentia probatur: ideo actiones æstimantur jure objecti, quia sunt ex numero rerum incorporalium. At etiam pecunia, destinata ad emptionem rei immobilis, est ex numero rerum incorporalium, quia æsti-





*l. 17. §. 5. pen. & ult. ff. de act. empti. l. 41. §. 14. de legat. 1. ergò nec pecunia.*  
 ¶ Sicut prius, nimirum in aliis materiis destinatum non magis considerari ex formâ quàm ex materiâ, nec proinde ceneri rem incorporalem, quæ possit æstimari jure objecti; prout potest pecunia.

Dubitatur 6. De pecuniâ ex distractione immobilium comparatâ, an re-  
 Ætè censetur inter res immobiles? ¶ Negativè. ita *Mantica d. tit. 3. n. 4. Hann. in Trens. d. q. 18. pag. m. 1155. Harp. d. loc. n. 16. & seqq. Clariss. D. Braun. d. loc. sb. 19. & seqq.* Prob. pecunia, ex distractione rei immobilis redacta, æstimatur non tam ex formâ & valore ejus, quàm materiâ, quia in variis usus expendi potest. Ergò adscribenda est rebus mobilibus; quia pecunia, ex materiâ suâ æstimata, est res mobilis. *nov. 22. cap. 45. §. 2. & 3.*

Objic. 1. Pretium succedit in locum rei. *l. 22. ff. de heredit. petit.* Ergò etiam pecunia, ex venditione rei immobilis redacta, succedet in locum ejus, & evadet res immobilis. ¶ Dist. antec. pretium succedit in locum rei, aliquandò, in judiciis universalibus, & casibus jure specialiter expressis, concedo, regulariter, plerùmque, ac in judiciis quòque singularibus, nego. Hoc Doctorum procardicum, quòd pretium succedat in locum rei, pro regulâ universali non est accipiendum, quia plerùmque fallit. Sic pretium ex re furtivâ redactum furtivum non est. *l. 48. §. ult. ff. de furtis.* Nummi ex distractione pignoris confecti, pignori non sunt. *arg. l. 7. §. un. ff. qui potiores in pignore.* Res emptæ ex mea pecuniâ non est mea. *arg. l. 6. Cod. de R. V.* ergò universaliter verum non est, quòd pretium succedat in locum rei, sed regula hæc ad judicia universalis, & casus jure expressos coarctari debet.

Objic. 2. Surrogatum sapit naturam ejus, cui surrogatum est. *arg. l. 18. ff. quod metùs causâ &c. l. 10. §. 2. ff. si quis caus. in jud. sist. l. ult. Cod. de temporibus in integrum restit. &c.* Ergò pecunia ex re immobili redacta sapit naturam rei immobilis, ¶ Dist. antec. si par sit utriusque natura, qualitas, & indoles, esto: si dispar, nego. Utrique autem alia est indoles pecuniæ, alia rei immobilis, ex quâ redigitur.

## § II.

Secundò restat divisio, quâ res dispescuntur in dividuas & individuas. Dividuas dicuntur, quæ dividi, & per partes utiliter præstari possunt. Sûntque vel naturâ & intellectu dividuas, vel solo intellectu. Naturâ & intellectu dividuas sunt, quæ sine detrimento rei veram divisionem recipiunt; tales sunt omnes res in quantitate consistentes, ut oleum &c. Solo intellectu dividuas sunt, quæ solo intellectu dividi, ac per partes intellectuales præstari possunt. v. g. equus, qui naturaliter in duas partes utiliter dividi non potest, potest autem per intellectum, fingendo, hanc partem ad Titium, alteram ad Sempronium pertinere. *l. 2. §. 1. ff. de V. O. & ibi Zoëf. num. 40. cum seqq.* Res individuas sunt, quæ nullam divisionem recipiunt, nec per partes utiliter præstari possunt, ut servitutes reales &c.

# TITULUS III.

## DE SERVITUTIBUS PRÆ- DIORUM.

### SUMMARIA:

1. *Etymologia & homonymia servitutis.* 2. *Ejus definitio.* 3. *Servitutis realis etymologia & definitio.* 4. *Dividitur in affirmativam & negativam.* 5. *In continuam & discontinuam.* 6. *In urbanam & rusticam.* 7. *Quæ ultima species denominationem suam trahunt à prædio dominantis.* 8. *Ratio prædii urbani aut rustici non desumitur à genere, sed usu & sine prædii.* 9. *Respondetur ad contraria.* 10. *Describuntur species servitutum urbanarum, & quidem primo loco servitus oneris ferendæ.* 11. *Servitus signi immittendi.* 12. *Projiciendi.* 13. *Protegendæ.* 14. *Alius tollendi.* 15. *Alius non tollendi.* 16. *Servitus luminum.* 17. *Ne luminibus officiat.* 18. & 19. *Servitus prospectus, & ne prospectui officiat.* 20. *Servitus stillicidii.* 21. *Fluminis.* 22. *Cloaca.* 23. *Foraminis, de aliis remissivè.* 24. *Agitur de servitutibus rusticis & primo de servitute itineris.* 25. *Altus.* 26. *Via.* 27. *Aqueductus.* 28. *Aquehaustus.* 29. *Pecoris ad aquam impulsus.* 30. *De jure pascendi.* 31. *De cæteris remissivè.* 32. *Modi constituendi servitutem realem sunt pactiones, stipulationes, fidei commissæ, legata, donationes mortis causa &c.* 33. *Præscriptiones.* 34. *In controversiâ, utrum servitutes reales usu 10. vel 20. annorum præscribantur, sive continua sint, sive discontinua? utriusque sententia patroni & argumenta adducuntur.* 35. *In praxi approbatur opinio discriminantium: in theoriâ sine discrimine precedentium.* 36. *Referuntur opiniones Doctorum in questione, an ad præscriptionem servitutum requiratur titulus?* 37. *Sententia indistinctè negans, in præscriptione servitutum opus esse titulo, probatur.* 38. *Eliduntur argumenta contraria.* 39. *Quando fundus serviens possidetur ab ipso domino, ne quidem scientia ejus requiritur ad hoc, ut servitus longo tempore præscribatur, sed sufficit nuda patientia.* 40. *Solvuntur objectiones.* 41. *Servitutem non nisi plenus prædii servientis dominus constituere potest, non proprietarius, non dominus directus.* 42. *Domini utiles, ut vassalli, emphyteusæ, superficiarii possunt.* 43. *Unus sociorum prædio communi servitutem imponere nequit.* 44. *Nisi novissimâ cessione priores confirmantur.* 45. *Marii, tutores, curatores, Prælati fundis dotabilibus, pupillarum, minorum, Ecclesiasticis, servitutem imponere non possunt.* 46. *Nec fructuarius fundi fructuario, nec unus ex sociis prædio*

communis servitutem acquirere potest. E contra proprietarius, vasallus, emphyteuta, maritus, superficiesarius &c. possunt. 47. Quamquam prædia dicantur vicina & causam continuam habere? 48. Adornatur specifica differentia, quâ servitus realis facernitur à personali. 49. Servitus realis ex die, ad diem, cum conditione, ad conditionem constitui nequit: potest tamen his modis promitti. 50. Statuitur finis servitutis realis. 51. Duplex ejusdem effectus. 52. Amittitur servitus realis confusione. 53. Interitum prædii dominantis vel servientis. 54. Remissione directâ & obliquâ. 55. Non usu. 56. Et quidem hoc solo, si servitus sit rustica. Si urbana, interveniente facto domini prædii servientis. 57. Imò servitus rustica solo non usu amittitur, esto dominus prædii servientis scientiam jûris alieni habeat.

**M**odos acquirendi dominium naturales, qui pro objecto suo habent res corporales, hoc titulo sequuntur illi, quorum objectum constituunt res incorporales, seu servitutes.

### §. I.

**V**ox servitutis homonyma est, ac duplicem ferè in usu juris significationem habet. Primò sumitur pro qualitate personali, inducente privationem libertatis, indèque pendentium jûrium; in quâ acceptione pertinet ad primum juris objectum, & à nobis *lib. 1. tit. 3. & seqq. §. 7. num. 23.* à fervando dicta est. Secundo à serviendo deducta accipitur pro jure, yì cujus utilitatem quandam ex re alienâ percipere possumus: in quâ acceptione est nostræ dispectionis, ac

### §. II.

**D**efinitur, quòd sit jus in re alienâ nobis constitutum, vi cujus libertas, domino aliàs in re suâ competens, minuitur, ita, ut in commodum nostrum aliquid in suo pati teneatur, vel non facere. Colligitur *ex l. 15. §. un. in f. ff. de servitutibus.* Nè verò quis existimet, verba posteriora, quibus privatio juris exprimitur, pugnare cum prioribus, ubi servitus titulo jûris donatur, sciendum, servitutem dupliciter considerari posse, passivè sive cum respectu ad illum, qui eandem debet, & activè sive cum respectu ad illum, cui debetur. Passivè spectata non est jus, sed privatio ac diminutio jûris. Activè considerata rationem veri jûris habet, quia habenti tribuit potestatem percipiendi utilitatem ex re alienâ, ita, ut à perceptione hæc citrà injuriam impediri nequeat. Atque hinc est, quòd juxta hodiernam Praxin plurima jura, quæ veram servitutis naturam participant, non tamen sub voce einer Dienstharekeit / sed sub nomine einer Berechtigtheit exprimantur, v. g. jus venandi in alieno, jurisdictio, vectigalis exactio, jus in alieno militem conducendi, hospitandi,

spitandi, lustrandi &c. Stryck. *ff. de servitut. §. 1. Basleenses vol. 8. disp. 24. 16. 18.* undè servitus in nominatam, & innominatam dividi posset, ac illa dici, quæ speciale nomen à jure impositum habet, ut servitus luminum &c. ista verò, quæ, licet veram servitutis naturam participet, nomine tamen speciali caret. Quod etiam reduci possunt Jus patronatùs, jus decimandi, jus beneficii &c. quatenus hæc jura juri civili sunt incognita. Ad propositum nostrum

## §. III.

**D**ividitur servitus divisione immediatâ in realem & personalem. De reali hoc: de personali sequentibus duobus titulis tractabitur. Servitus realis, sic dicta, quia rei à re debetur, nomine alio appellatur prædialis, quia sine prædiis constitui non potest. *Nemo enim potest servitutem acquirere urbani vel rustici prædii, nisi qui habet prædium,* sunt verba Imperatoris in §. 3. *l. b. p.* & Ulpiani in *l. 1. ff. communia prædiorum.*

Definitur servitus realis, quòd sit jus, vi cuius unum prædium alteri prædio proximè utilitatem debet. *Bartholus apud Clariss. D. Doct. Blumacher de servitut. præd. cap. 1. q. 2. num. 1.* definit hoc modo: est jus quoddam prædio inhærens, ipsius utilitatem respiciens, & alterius libertatem seu jus diminuens.

Dices: ager inferior debet aquam ex superiori agro defluentem recipere, absque eo, quòd propria detur servitus. *l. 1. §. ult. ff. de aquâ & aqua pluvia arcent.* ergo servitus realis malè fuit definita. *¶.* Negando, quòd inferioris agri libertas minuat, excipiendo aquam ex superiore fundo naturaliter defluentem, quia nunquam habuit facultatem respuendi fluxum aquæ, utpotè huic oneri à naturâ subiectus.

## §. IV.

**D**ividitur servitus realis variè. Primò in affirmativam & negativam. Affirmativa est, vi cuius dominus prædii dominantis facere aliquid in alieno potest, puta, ire, agere, immittere tignum in vicini parietem &c. negativa, vi cuius dominus prædii servientis tenetur in gratiam alterius quid in suo omittere, puta, ædes altiùs non tollere, fenestram in suo pariete non aperire &c.

Secundò dividitur in continuam & discontinuam. Continua est, quæ causam habet continuam, sive, cuius semel constitutz usus semper durat, esto ulterior industria & factum hominis successivum non accedat. *Mascard. de probat. vol. 1. conclus. 424. n. 47.* Hujus generis sunt servitutes tigni immittendi, oneris ferendi, altiùs tollendi &c. ubi enim tignum semel immissum est, immissum perpetuò durat, sine novâ hominis industriâ. Servitus discontinua est, quæ non habet causam continuam. *l. 14. princ. ff. de servit.* sive, cuius semel constitutz usus non durat, nisi ulterior industria & factum hominis accedat. Hujus generis sunt iter, actus, via, pecoris ad aquam appullus, aquæ haultus &c. *Schneidewinius ad §. ult. l. b. t. n. 16.* constituit tertiam speciem, servi-

servitutum nimirum quasi continuam, quæ non quidem actu, sed potentia continuis est in usu, veluti servitus stillicidii avertendi. Licet enim non semper avertatur in tectum vicini, cum non semper aqua pluvia de coelo cadat; quotiescunque tamen cadit, servitus hæc absque novo facto hominis apta est exerceri. Confer *l. 28. ff. de servit. præd. urb. & Harp. add. §. ult. n. 12.*

Tertio dividitur in urbanam, ein Haus-Dienstbarkeit / & rusticam, ein Feld-Dienstbarkeit. *l. 1. in f. ff. de R. D. l. 1. ff. de servit.* Urbana est, quæ debetur prædio, usum Urbanum habenti, seu, quod idem est, urbano. Rustica, quæ debetur prædio rustico seu, quod in idem recedit, quæ debetur prædio, usum rusticum habenti. De se itaque nulla servitus est vel urbana vel rustica, sed accipit denominationem hanc à principio extrinseco, puta, prædio dominante, ita, ut, si hoc sit urbanum, servitus dicatur urbana: si rusticum, servitus appellietur rustica. Unde eadem genere servitus potest urbana esse, & rustica. Nam si servitus itineris debeatur domui, erit Urbana; si agro, rustica: similiter servitus altius non ædificandi, si concedatur domui, & concedatur etiam horreo, aut stabulo non meritorio, eadem genere servitus urbana erit & rustica. *Lauterbach. Colleg. Theor. præd. pand. tit. 1. lib. 8. §. 4. & tit. 2. §. 1.*

Displicent quidem ista *Cassaro Manzio tr. de servit. præd. tit. 1. q. 5. n. 7. 23.* ubi putat, servitutes urbanas & rusticas de se & natura suâ discretas esse, eò quòd servitutes urbanæ tam in pandectis, quàm institutionibus secernantur à rusticis, ac cuius generi certæ assignentur species. Verùm, præter quàm quòd explicatio nostra communis sit, eidem etiam suffragantur sat clari textus in *l. 11. §. 1. ff. de public. in rem act. l. 20. §. 1. ff. de S. P. V. l. 2. ff. de S. P. R. l. 14. ff. communia prædiorum.* Neque idcirco servitutes urbanæ in pandectis & institutionibus secernuntur à rusticis, quòd de se differant, sed quia quædam species suapte indole ita sunt comparatæ, ut frequentius debeantur prædiis urbanis: aliæ e contra ita, ut frequentius rusticis. Sic v. g. iter, actus, via, ac servitutes id genus aliæ referuntur in classem rusticarum, non quòd de se tales sint, sed quia ejus sunt indolis, ut frequentius debeantur rusticis, quàm urbanis prædiis. E contra jus altius tollendi, jus tigni immittendi, jus oneris ferendi, ac servitutes id genus aliæ referuntur in censum urbanarum, non quòd intrinsecè tales sint, sed quia ejus sunt naturæ, ut frequentius debeantur prædiis urbanis, quàm rusticis.

Controvertitur, unè delumatur ratio prædij urbani aut rustici? à genere prædij, an usu & fine, ad quem habetur? *Arnoldus Vinn. ad §. 1. l. h. t. n. 1. & 2. nec non lib. 1. select. quest. cap. 10. Bachov. l. h. t. §. 3. n. 1. & seqq.* censent, rationem prædij urbani, vel rustici à genere prædij delumendam: juxta quos ædificia omnia, etiam in villis & vicis posita, ac ad usum rusticum destinata, in censum pertinent prædiorum urbanorum. E contra loca omnia, ædibus vacua, adeoque etiam area in urbe, & horti, ad voluptatem comparati, numero continentur prædiorum rusticorum.

Sed magis placet sententia *Ludovic. Molina de F. & F. tr. 2. disp. 11. n. 11. Barthol. Capolla de servit. tr. 1. cap. 11. n. 2. Manzii d. t. 1. q. 2. num. 7. Blumelacheri de servit. prad. cap. 1. quest. 5. n. 3. Struvii exercit. ad pand. 13. sb. 5. Lanterbachii ff. de servit. §. 3. & de S. P. II. §. 1. Magnif. D. P. Franc. Schmier de Jure Proprietatis cap. 4. sect. 3. §. 7. n. 234. & seq. Basileensium d. vol. 8. disp. 24. th. 15. & aliorum, qui prædia urbana vel rustica æstimant ex usu & fine, ad quem habentur; ita, ut prædia, ad usum urbanum, puta, inhabitandum, negotiandum &c. destinata, censeantur urbana. Econtrà prædia ad usum rusticum, puta, stabulanda pecora, reponenda armamenta rustica, condendas fruges &c. comparata, censeantur rustica. Prob. 1. Servus Urbanus feceratur à rustico non loco, sed genere usûs, & urbana supellex àb usu urbano, non loco dicitur. *l. 12. ff. de supellectile legatâ. l. 166. princ. ff. de V. S.* Ergò etiã ratio prædii urbani & rustici àb usu urbano vel rustico desumenda. Prob. 2. Per *l. 16. Cod. de prædiis & aliis rebus minorum &c.* Ubi prædium rusticum vel suburbanum àb urbanis non loco, sed qualitate, id est, usu feceratur. Prob. 3. ex *l. 198. ff. de V. S.* ubi dicitur, quòd urbanum prædium non locus faciat, sed materia: non potest autem ibi appellatione materiæ intelligi materia, ex quâ ædificatur, prout accipitur in *l. 55. princ. ff. de leg. 3.* ædificia enim omnia ex eadem ferè materiâ consurgunt. Ergò intelligitur materia circâ quàm, usus nimirum, qualitas, finis, & commoditas, ad quam prædium habetur. Prob. 4. Horti, ædificiis conjuncti, appellatione continetur prædiorum urbanorum: econtrà qui in reditu sunt, puta, vinearii & olitorii appellatione rusticorum. *d. l. 198. in f.* ergò prædium urbanum feceratur à rustico ratione finis: alioquin etiã hortus, ædificio connexus, in censum pertineret prædiorum rusticorum, cum sit locus ædificio vacuus.*

Objicies 1. Urbanum descendit àb urbe: ergò prædium, quod in urbe non est, nequit dici urbanum. *xy.* Impræsentiarum urbanum àb urbe ita descendere, ut significatio urbis non tam ad locum, quàm usum & finem urbanum referatur.

Objic. 2. Prætoria & similia ædificia, in villis constructa, sunt pars & accessio fundi. *l. 8. ff. quibus modis usufruct. amit. l. 12. ff. de usu & usufructu leg.* ergò censeri debent jure principalis. *arg. l. 34. ff. de fidejuss. l. 178. ff. de R. I.* proindeque à loco dici rustica. Respondet *Wesembec. ff. de servit. urb. prad. n. 2.* argumentum hoc procedere solum extrâ materiam servitutum, ubi ædificium cedit solo, adeoque si solum sit in urbe, etiã prædium dicitur urbanum, si ruri, rusticum. In materia servitutum autem attenditur ad usum, ad quem ædificium destinatum est. Hâc ipsâ responsione occurri potest argumento ex *l. 211. ff. de V. S. desumendo.*

Objic. 3. Textum in *l. 2. princ. ff. de S. P. R.* Ubi Neratius servitutem alius tollendi & officendi prætorio vicini, annumerat servitutibus rusticis: er-

ergo prædia æstiantur ratione loci, non usus, cum usus prætorii sit urbanus; prætoria enim nihil aliud sunt, quam loca, ad recreationem & voluptatem domini villæ in villâ constructa. Miram vocat hæc legem *Brunnemann ibid. n. 3.* & variè ad eam respondent DD, præut videre est in *Harp. ad §. 1. l. h. t. num. 4. & Clariff. D. Doct. Blumlacher d. q. 5. num. 4.* Ego puto, præcitatum textum nobis planè non obstare: ait enim ibi Jctus, licere altiùs tollere & tollendo officere prædio urbano, puta, prætorio vicini, est servitus rustica. Ubi prædium urbanum est serviens, non dominans: servitutes autem denominantur non à prædio serviente, sed dominante: supponendum itaque, quòd ædificio, percipiendorum fructuum gratiâ constructo, adeòque rustico debeat servitus altiùs tollendo officendi prætorio vicini; undè mirum non est, servitutem, aliàs frequentius urbanam, qualis est servitus altiùs tollendi, ob diversitatem dominantis prædii dici rusticam. Confer, quæ diximus *suprà num. 6. & Caspallam d. cap. 11. num. 10. in f. Struv. d. l. 16. 7.*

Objic. 4. Omnia ædificia, etsi in villâ ædificata, dicuntur urbana. §. 1. *l. h. t. d. l. 198. princ. ff. de V. S.* Ergò ratio prædii urbani peti debet à genere, non usu prædii. *R.* Cum *Hoppio & Majero ad d. §. 1. ad antecedens*; verba præcedentia ex subsequentiis restringenda esse ad illa ædificia, quæ habitationis vel recreationis gratiâ sunt constituta.

Objic. 5. Stabula, quæ non sunt in continentibus ædificiis, non sunt urbana, quia à cæteris ædificiis separata sunt. *l. 4. §. 1. ff. in quibus causis pignus vel hypotheca &c.* Atqui etiam stabula meritoria seu diverforia, hospitem, viatorum, aliorumque jumentis & pecoribus pro mercede hospitii gratiâ recipiendis idonea, adeòque ad usum urbanum destinata, teste *Ulp. in d. l. 198.* quandoque non sunt in continentibus ædificiis: ergò etiam stabula, ad usum urbanum destinata, possunt esse rustica: ergò ratio prædii urbani aut rustici desumitur à loco, non usà & sine, ad quem habetur.

*R.* Dist. majorem: stabula, tam usum quam loco à cæteris ædificiis separata, non sunt urbana, concedo, loco tantum separata, nego. Atqui etiam stabula meritoria quandoque tam usum quam loco non sunt in continentibus ædificiis, nego, loco tantum non sunt, habent tamen usum urbanum, concedo minorem, & nego consequentiam. Neratius in *d. l. 4.* loquitur duntaxat de stabulis non meritoriis, puta, iis, quæ solius rustici usù causâ fiunt, ut videlicet armenta & pecora, quæ sæpiùs à villis in agros vel pascua mittuntur; noctu recipi possint, manè eò maturiùs ad pascua aut labores suos reversura. Quæ præindè stabula & receptacula, seorsim constructa, plerumque non loco tantum, sed usu quoque à continentibus ædificiis sunt separata, adeòque usum & finem si spectes, censentur rustica. Quòd si elecentur, imitantur conditionem prædiorum urbanorum. *d. l. 4. §. 1. in f.* quia personam locatoris, pensionem recipientis, & causam taciti pignoris si respicias, parùm aut nihil à prædiis urbanis differunt, cum horum exemplo sterilia sint & infœcunda.



Instabis: prædia alia, de se rustica, factâ relatione ad personam locatoris, non possunt dici urbana. Ergò neque stabulum, de se rusticum, factâ relatione ad personam locatoris, dici poterit urbanum. *¶* Neg. conseq. disparitas est, quòd prædia alia fructus ferant, adeòque non est, cur quoad causam taciti pignoris prædiis urbanis assimilentur, cum ipsi fructus hypothecæ tacitæ subjaceant. *l. 7. princ. ff. in quibus causis pignus &c.* Econtra stabulum est prædium sterile & infœcundum, adeòque nisi illata sint nexa pignori, locatori non foret sufficienter prospectum: undè merito quoad causam taciti pignoris prædiis urbanis accensetur. *Struv. d. exercit. 13. th. 6.*

## §. V.

**10** Satis de servitutibus urbanis & rusticis in genere. Perspiciamus species, & quidem primo loco principales servitutis urbanæ, quas inter

Prima est servitus oneris ferendi, germanicè die Bürde oder Lasttragung der Gebäu. §. 1. *l. b. t. l. 33. ff. de S. P. V.* Desinitur, quòd sit jus, vi cuius vicinus noster tenetur pati ut paries vel columna, in aræ ejus posita, onus ædium nostrarum sustineat. Servitus hæc id singulare habet, quòd dominus prædij servientis teneatur columnam sumptibus suis reficere, si vitium fortè contrahat. *l. 6. §. 2. l. 8. princ. ff. si servitus vindicetur. d. l. 33.* nisi aliud expressè conventum, aut longo tempore aliter observatum fuerit. quòd pertinet *l. 1. §. ult. & l. 2. §. 2. ff. de aquâ & aqua pluvia arcenda &c.* Atque hæc differt à servitutibus reliquis, quarum natura non in eo sita, ut in suo quis faciat aliquid, sed ut patiat, aut nè faciat. *l. 15. §. un. ff. de servis.* Sed quæ ratio singularitatis? *Schambogen ad d. §. 1. l. b. t. pag. no. 265.* Assignat hæc: quia verbû *fero* denotat actionem; dicit enim *ego volo ferre enim onus*; atqui si non reficiat columnam, non ferret onus; ergò &c. *Struv. d. exercit. 13. th. 9. & Finn. ad d. §. 1. l. b. t. num. 3.* dant istam: hoc ipso, quòd servitutis hujus constitutio directè eò pertineat, ut vicinus patiat, ædibus suis incumbere onus alienarum ædium, & paries vel columna onus sustinere nequeat, nisi reficiatur, hinc per consequentiam dominum prædij servientis etiam ad reficiendum adstringi. *Hannold. de F. & F. com. 1. tr. 3. cap. 2. contr. 3. §. 2. n.*

**163.** existimat, rationem specialitatis hæc esse, quia, qui prædium suum servituti oneris reddit obnoxium, censetur tacitè promittere perpetuitatem oneris. *d. l. 33.* atque adeò refestationem columnæ tacitè polliceri; quæ ratio, quia propius accedit textui, præ cæteris placet. Planè, dum paries reparatur, tenetur ipse dominus ædes suas fulcire, nè ultra modum alter oneretur. *d. l. 8. princ. Caspella d. tr. 1. cap. 37. n. 6.*

**11** Secunda species servitutis urbanæ est servitus tigni immittendi vulgè das Traum-Necht/ quæ est jus, vi cuius trabem, vel quid aliud in parietem vicini ita immittimus, ut ibi quiescat. *d. §. 1. l. b. t. h. 2. h. 20. princ. l. 25. ff. de S. P.*

*F. l. 242. §. 1. ff. de V. S.* Differt hæc servitus à priore imprimis in eo, quòd præsens tunc propriè locum habeat, cum quis vicini parietis commodo simul uti cupit, absque eo, ut trabibus immixtis ulterius aliquid imponatur, quod ad ipsum ædificium sustinendum pertineat; quamvis super trabes illas porticum ambulatoriam facere, & super parietem illum columnas structiles imponere possit, quæ tectum porticulis ambulatoriæ sustineant. *L. 8. §. 1. ff. si servit. vind.* eontrà in servitute oneris ferendi, murus alterius plerùmque unum ædificii latus integrum sustinet, imò quandoque integrum ædificium. Deindè in servitute oneris ferendi refectio incumbit servienti, in servitute tigni immittendi verò juxta ordinariam servitutum in dolem incumbit dominanti. *d. l. 8. §. 2.* ex ratione, quòd hæc verba; *promitto ferre onus adicium suorum*, respiciant personam promittentis, quem ad aliquid faciendum obstringunt; cum ex adverso, ubi conceditur facultas & jus tigni immittendi, verba respiciant personam promissarii, seu domini prædii dominantis, cujus factum important. confect *Stryck ff. de S. P. U. §. 3. Manz de servit. tit. 2. n. 39. & 42. Czpolla d. tr. 1. de servit. cap. 37. n. 7. Brunnewann ad l. 8. ff. si servit. vind. n. 2. & 3. Lauterbach ff. de S. P. U. §. 3.*

Tertia species est servitus projiciendi seu jus, vi cujus supra vicini aream ita quid ita provehimus, ut nullibi in vicino fundo quiescat. *d. l. 242. §. 1.* Talla projecta sunt moeniana seu pedia pensilia, hoc est, partes domus prominentes, quas vernaculâ arceras vel aceras, *Herker / auß Gebäu / Ausflucht / re.* vocamus. Jus hæc habendi dicitur servitus idèò, quia area debet esse libera, ut aer undique spirare valeat, & lumen cœli illabi. *l. 1. in f. princ. ff. de S. P. U.* quod tamen per similem servitutem minuitur.

Quarta est servitus protegendi seu jus, vi cujus tectum supra vicini aream ita provehimus, ut ædes nostræ à pluviis defendantur. *d. l. 242. §. 1.* ubi invenies suggestundia, quæ sunt partes tecti prominentes, à suggestièndo ita dictæ, quasi latentes progrediantur vel super egrediantur à parietibus, in vernaculâ nostrâ, *die Für-Dächer / Wetter-Dächer / oder die Schöß von den Dächern / oder die Fürschuß oder Schupffen.* Est servitus, quia per eam liber aer & lumen cœli in fundo vel agro serviente impeditur. Projectum & protectum differunt tanquàm genus & species. Projectum idem est, quod longè extensum. *Wesembec. in parat. ff. de S. P. U. n. 8.* Adeòque complectitur facultatem ædes exporrigendi sive protuberandi moenianis, pergulis, tectis, aliisque exspatiantibus ædificiis. *Manz. d. tit. 2. q. 60. n. 18 f.* Eontrà protectum specificè involvit facultatem protegendi tectum, ad defendendos à pluviis parietes, vel à nimio lumine fenestras. *Hannold. d. §. 2. n. 162. in f.*

Quinta species est servitus altiùs tollendi seu jus, vi cujus ædes nostras altiùs ita tollimus, ut vicinus noster utilitatem, à nobis intentam, non possit impedire.

Sunt, qui negent, servitutem dari altius tollendi, quos inter *Bachovius §. 3. I. b. r. n. §. & in Treutl, vol. 1. disp. 17. th. 2. lit. D.* Sed hi refutantur per textus expressos in §. 2. *Inst. de act. l. 2. princ. ff. de S. P. U. l. 2. princ. ff. de S. P. R. l. 7. §. 1. ff. communia pradiorum.* In quibus locis jus altius tollendi refertur in numerum servitutum urbanarum: ergo datur servitus altius tollendi.

Neque dicant: quilibet jure naturalis libertatis potest aedes suas altius tollere. *l. 9. l. 14. l. 24. ff. de S. P. U. l. 8. §. 5. ff. si servitus vindicatur. l. 8. l. 9. in f. Cod. de servit. & aqua.* Ergo ad hoc opus non habet servitute. *¶* Enim dist. antec. quilibet jure naturalis libertatis potest aedes suas altius tollere, simpliciter, concedo, cum intentâ utilitate, nego. Possum equidem jure naturalis libertatis aedes meas altius tollere: at potest alter aedificare vicissim, ac utilitatem à me intentam intercipere: ut igitur altior aedificatio spem meam non fallat, servitute munienda est. Neque tamen hinc sequitur, servitutem altius tollendi, à servitute altius non tollendi esse indistinctam. Nam differunt in eo, quòd priore directè id agatur, ut aedes altius habere liceat cum utilitate; quoniam autem utilitas hæc aliter obtineri non potest, nisi alter altius non tollat, hinc etiam indirectè agitur, ut servitus altius non tollendi habeatur. Posteriore verbè directè hoc agitur, nè liceat aedes altius tollere domino prædii servientis, abstraendo, an dominus prædii dominantis habeat jus altius tollendi, sive non. *Siruv. d. exercit. l. 3. th. 12.*

*Weizenegger apud Manz. d. tr. tit. 2. quæst. 22. n. 92.* viam diversam ingreditur, ac putat, servitutem altius tollendi tunc consurgere, cum certa forma aut altitudo aedium lege aut statuto est præfinita, contra quam si vicinus mihi concedat, altius aedes meas tollere, existimat, quòd tollam jure servitatis. Verùm opinio hæc meo judicio omninò erronea est. Si enim certa forma aedium lege publicâ ob favorem, decorem, & splendorem publicum præscribatur, frustra concesserit vicinus mihi jus altius tollendi, cum placitum legis publicæ privatorum passione infringi nequeat. *arg. l. 38. de pactis. Zoësus ff. de S. P. U. n. 6.* censet servitutem altius tollendi tunc constitui, cum unus in gratiam alterius tenetur aedes suas altius tollere. Sed & hæc sententia, si ad apices juris expendatur, probabilitate caret. *Lauterbach ff. d. s. §. 5.* Neque enim ea est incholes servitutum, ut dominus prædii servientis quid faciat, sed ut patiat, aut nè faciat. *d. l. 17. §. un. ff. de servit.* Planè, quia testibus præclicis in praxi frequens est, ut possessores quarandam aedium & prædiorum ad faciendum jure servitutis, & quidem realis, ac perpetuò duraturæ, cogantur non tantum dominis locorum & superioribus, sed etiam vicinis, v. g. ad pontem restaurandum, ad vehenda ligna &c. *Stryck ff. de servit. §. 3. 4. & 5.* idè existimem cum *Manz. d. loc. q. 20. n. 78. & Haunold. d. §. 2. n. 166.* saltem ex æquitate etiam per modum necessitatis servitutem altius tollendi admitti posse, ita, ut sit jus cogendi vicinum, ut altius tollat aedes suas, cum jus hoc variis utilitatibus cir-

cu[m] inscriptam esse possit, puta, ad averte[n]dum impetum ventorum, ad majorem calorem ex reflexione radiorum solarium communicandum, aut ad lumen à domibus mercatorum arce[n]dum, qui sub prætextu, quòd sol coloribus officiat, umbrosas tabernas amant, nè vitia mercium incurrant in oculos.

Sexta est servitus altius non tollendi seu jus, vi cujus vicinus noster ædes suas in commodum prædii nostri tenetur habere depressas. §. 1. l. b. r. l. 2. l. 12. l. 21. ff. de S. P. U. l. 8. Cod. de servis. & aqua.

Septima, servitus luminum, vulgò das Lichts Recht / quæ est jus, vi cujus vicinus noster tenetur pati, ut per fenestram, in proprio vel communi pariete apertam, lumen delabatur in ædes nostras. l. 4. l. 40. ff. de S. P. U. Neque dicas: jure libertatis naturalis licet in pariete proprio fenestram aperire, luminis excipiendi causâ, per l. 9. ff. de S. P. U. & l. 8. §. 5. ff. si servitus vindicetur. Ergò non est opus servitute luminum. Enim, dist. antec. licet simpliciter, concedo, licet cum intentâ utilitate, nego. Simpliciter libere possum fenestram in pariete proprio aperire: at vicinus contra potest utilitatem meam interciper[e], ac murum ædificare, qui nisi meo officiat. Hoc ne possit, opus est servitute: non etiam, ut simpliciter possim aperire. Carpz. Jurisp. for. part. 2. cons. 41. def. 12. n. 11. Servitute hæc constitutâ potest dominus prædii servientis simpliciter altius tollere, modò foramen apertum habeat, per quod sufficiens lumen ad vicini ædes perveniat. Manz. d. tit. 2. q. 30. n. 113.

Octava, servitus ne luminibus officiat, daß man einem nicht darff das Licht oder Fenster verbauen. Quæ est jus, vi cujus vicinus noster facere nihil potest, per quod lumen ædium nostrarum minuatur. d. §. 1. in f. l. b. r. d. l. 4. l. 15. l. 17. princ. l. 23. princ. ff. de S. P. U. propter quos textus, inter hanc, & priorem servitatem aperte distinguentes, rectè existimat Manz. ubi supran. 114. servitute[m] hanc plus utilitatis continere, quàm illam, ac præter sufficientiam præsentis luminis, etiam de illius abundantia in futurum constitutam censer[i]. Dissentit Stryck ff. de S. P. U. §. 11. cæterum differt hæc servitus à servitute altius non tollendi, quòd plus utilitatis contineat, quàm illa. Nam qui servitute[m] debet, altius non tollendi, ad id saltem obligatur, nè ædes altius ædificet; arborem verò ponere in parte superiore ædificii, aut hortos pensiles vel viridaria supra tectum extruere non prohibetur, esto hoc modo lumina vicini detrimentum capiant. l. 7. l. 12. ff. de S. P. U. Econtra qui servitute[m] debet, nè luminibus officiat, planè nihil potest facere, quo lumen ædium vicinarum minuatur, adeoque neque arborem plantare potest, si lumina vicina inde capiant detrimentum. d. l. 17. princ. Imò nec parietem deprimer[e] vel auferre potest, ex quo antea per reflexionem & repercussionem radiorum solarium, durch eipen Widerfall / lumen in vicini ædes devolvebatur. d. l. 17. §. 2. Siruv. d. exercit. 13. th. 13. Basilleenses d. disp. 24. th. 17.

Nona species servitutis urbanae est servitus prospectus. §. 2. l. de act. definitur;

nitur, quòd sit jus, vi cuius vicinitas noster tenetur pati, ut ex nostro in ipsius hortum, campum, pratum, aream &c. prospiciamus. Colligitur ex *d. l. 12. ff. d. S. P. U.* Differt hæc servitus à servitute luminum, quòd plus commodi afferat, quàm illa; nam qui servitutem habet luminum, potest fenestram aperire, ut lumen excipiat, non etiàm, ut prospiciat. *l. 16. ff. d. s.* Econtrà qui servitutem prospectus habet, potest fenestram aperire, ut in vicini aream prospiciat. *d. l. 16.*

19 Decima species est servitus, nè prospectui officiat, mediante quâ vicinus noster nihil potest facere, per quod noster quaquaversum prospectus impediatur. *l. 15. ff. d. s.* Differt hæc servitus à servitute, nè luminibus officiat, quòd plus utilitatis afferat, quàm illa: nam qui habere debet, nihil planè potest facere, quò liberrimus in amœna porticula & patentia circum loca aspectus impediatur: econtrà qui illum debet, id saltèm cavere tenetur, nè luminibus vicini officiat. *Manz. d. tit. 2. quest. 32. n. 117. & seqq. Strjck. d. loc. §. 117. Lanterb. ibid. §. 9. in f. Basileenses d. disp. 24. th. 19.*

20 Undecima est servitus stillicidii, vulgò *das Tauffrecht*, quæ duplex, affirmativa seu avertendi. & negativa seu non avertendi. *d. §. 1. l. b. t. l. 2. l. 17. §. 3. l. 20. §. 2. & seqq. l. 21. ff. d. S. P. U.* Aliis terminis exprimitur stillicidii recipiendi & non recipiendi. Servitus stillicidii avertendi est jus, vi cuius vicinus noster tenetur pati, ut pluvie, ex tecto nostro stillatim & guttatim cadentes, depluant in ipsius aream. Servitus stillicidii non avertendi est jus, vi cuius vicinus noster tenetur pati, ut pluvie, ex tecto ipsius stillatim cadentes, depluant in nostram aream.

Dices: servitus hæc prædio dominantanti potius est oneri, quàm commodo: ergò degenerat à fine servitutis. *arg. l. 15. princ. ff. de servit.* n. Aquam ex vicino tecto recipere, non semper esse oneri. Quid si enim sitientila præira irriganda, cisterna implenda, cloaca eluenda, aut sortes sint evhendæ? His, ac casibus id genus aliis, utile admodum ac proficuum est, pluvias vicini prædii recipere. *Cepolla d. 17. 1. de servit. cap. 29. n. 1.*

21 Duodecima species est servitus fluminis. *d. §. 1. l. b. t. l. 1. princ. ff. de S. P. U.* Quæ iterum duplex affirmativa seu avertendi, & negativa seu non avertendi. Servitus fluminis avertendi est jus, vi cuius vicinus noster tenetur pati, ut aquæ, in tubo aut canali collectæ, ex ædibus nostris defluant in ipsius aream. Servitus fluminis non avertendi est jus, vi cuius vicinus noster tenetur pati, ut aquæ, in tubo aut canali collectæ, ex ipsius ædibus defluant in nostram aream. Differt flumen à stillicidio, quòd illud cum impetu ruat, hoc guttatim cadat. Ita non pauci apud *Hannold d. loc. n. 174.*

22 Decima tertia est servitus cloacæ immitendæ. *d. §. 1. l. b. t. l. 7. ff. de servitutibus.* cloaca describitur à Ulpiano in *l. 1. §. 4. ff. de cloacis.* Quòd sit locus cavus, per quem coluvies quædam fluat. Servitus autem cloacæ describi potest, quòd sit jus, vi cuius vicinus noster tenetur pati, ut per tubum, fistulam,

sunt meatum subterraneum sordes ædium nostrarum in ipsius ædes, aream, agrum, aut solum evchantur. *Manz. d. loc. n. 163.*

Decima quarta species servitutis urbanæ est servitus foraminis, seu jus, viæ 33  
cujus vicinus noster tenetur pati, ut aqua, proluendi pavimenti causâ, per foramen, in imo apertum, derivetur in ipsius aream. In quibusdam enim ædibus habetur in imâ parte conclavis, vel triclinii, aut culinæ foramen proluendi, puta, adhibitâ aquâ abluendi pavimenti causâ, vel ad effundendas alias sordes in vicini aream vel subterraneos meatus. Jus, similem aquam in aream vicini derivandi, dicitur servitus foraminis. *l. 28. ff. de S. P. U.*

Plures adhuc alias servitutum urbanarum species, ut servitutem immittendi fumi, spargendæ vel effundendæ aquæ, positum aut suspensum non habendi, januæ vel fenestræ non aperiendæ &c. Vide apud *Capollam & Manzium*.

## §. VI.

**E**Xpeditis principalioribus speciebus servitutis urbanæ, succedunt species ser- 24  
vitutis rusticæ. Prima est iter, germanicè ein *Verrechtigkeit zu gehen* durch ein Feld oder Acker / vel latius durch eines Grund und Boden. Item ein Fußsteig / Fuß, Pfad / seu jus, eundi, ambulandi hominis per vicinum prædium ad nostrum, ipsius prædii causâ. *princ. l. b. t. l. 1. princ. ff. de S. P. R. Struv. d. exercit. 13. ib. 20.* Addo, ipsius prædii causâ : ut iter distinguam à servitute personali innominatâ, si enim mihi soli, aut in favorem certæ personæ liceret ire, esset servitus personalis innominata. Cæterùm ire censetur non tantum pedes, sed & qui eques com meat, aut sellâ, lesticavè portatur. *l. 7. princ. l. 12. ff. d. t.* Secus enim malè consultum foret podagrico, aut ægroto alii, iter habenti. Planè servitutem hanc habenti nec curru vehi licet, ut per quem terra sulcatur ; nec jumentum ducere, vel agere. *d. princ. l. b. t. d. l. 1. princ. ff. de S. P. R.* Ducere autem dicitur, qui præcedit & trahit, agere, qui sequitur. Ratio diversitatis, cur iter habens jumento vehi, jumentum verò separatim ducere vel agere non possit, est, quod latitudo itineris plerumque sit duorum tantum aut trium pedum. *Froigius apud Manz. d. tr. tit. 3. q. 9. n. 63. in f. & Hannover. d. l. n. 181. in f.* Quod spatium longè excederet, qui jumentum ageret, ut quod ad latus facile excurrit, neque se ita intrâ terminos continet, quam si ab infessore fræno agatur. Similiter habenti iter, non licet uti vehiculo, quod sellæ speciem habens, trahitur bigis. Imò etiamsi unico tantum equo trahatur, quia distantia rotarum majus spatium occupat. Hinc respiciendo nostra vehiculorum genera, iter habens non tantum plaustrò vel carrucâ in loco itineris abstinere debet, sed etiam epirhedio, essedâ, vel pilen:ò, sive deinde quadrigis, sive bigis, sive etiam uno tantum equo trahantur, es sene eine Chaise mit 4. Rädern / oder eine Chaise von Lande mit 2. Rädern / und 1. Pferd. *Stryck. ff. de S. P. R. §. 2.*

25 Secunda species servitutis rustica est actus, in vernacula nostra *Der Trib-* qui est jus agendi jumentum vel vehiculum per prædium alienum ad nostram. *d. princ. l. h. t. d. l. 1. princ. l. 12. ff. de S. P. R. Struv. d. l. th. 21.* Additur particula *vel*, quâ inauditur, quod, licet actus suapte indole jus agendi jumentum vel vehiculum complectatur, conventionem tamen expressâ vel tacitâ ira constitui possit, ut non contineat, nisi jus agendi jumentum: fac enim, locum tam angustis finibus esse circumscriptum, ut jumentum quidem patiatur, vehiculum non etiam; hoc sane calu nihil prohibet, actum in illo constitui. *l. 13. in f. ff. de servis. Haunold. d. n. 181.* Differt actus ab itinere, quod servitus hæc posterior sit priore plenior; nam qui iter habet, ire potest: jumentum agere aut vehiculum non potest, *rextibus præcedenti num. citatis.* Econtrâ qui actum habet, omnia hæc potest.

Dubitatur, possimè sine itinere actus constitui? *¶.* Cum distinctione: vel sumitur iter formaliter, sive ut dicit jus eundi seorsim & sine jumento: vel accipitur materialiter, sive ut dicit jus eundi cum jumento. Priore modo sumptum non semper inest actui. *l. 4. §. 1. ff. si serviens vind. l. 11. §. 6. ff. de except. rei jud.* Actus siquidem ex conceptu suo intrinseco non dicit, nisi jus agendi jumentum vel vehiculum: potes autem agere jumentum vel vehiculum, esse ire separatim nequeas. Equidem si actus simpliciter tibi fuerit concessus, ex præsumptâ mente concedentis ire etiam solus potes, ac sine jumento, per *d. pr. l. h. t. v. 1. princ. ff. de S. P. R. l. 58. ff. de V. O. l. 9. §. 2. ff. de novat.* At si convenerit, nè solus ires, ac sine jumento, conventio habetur rata. *d. l. 4. §. 1.* Neque enim conventio hæc utilitate caret, cum longè frequentior causa sit eundi, quàm agendi, & hinc quandoque facilius permittatur actus, quàm iter. Posteriori modo acceptum iter semper inest actui, quia non potes jumentum agere aut vehiculum, nisi simul eas. *l. 1. ff. de adimendis vel transferendis legatis.* Confer *Struv. d. th. 21. Bachov. ad princ. l. h. t. n. 3. Malin. de F. & F. tr. 2. disp. 708. n. 3.*

26 Tertia est via, ein Weeg / Straß / Fuhr / ober Fahr / Weeg / quæ est jus eundi, ambulandi, agendi, omniâque ad utilitatem prædii nostri spectantia vehendi, ducendi, ferendi, trahendivè per prædium alienum ad nostrum. *d. princ. l. h. t. d. l. 1. pr. d. l. 7. princ. ff. de S. P. R.* In genere differt ab actu. quod actus sit jus vel eundi, vel agendi, vel ambulandi. Via autem jus & eundi, & agendi, & ambulandi. *d. princ. l. h. t. d. l. 1. & 7. ff. de S. P. R.* In specie differt via ab actu, quod sit plenior ac pinguior, quàm actus. Nam 1. qui viam habet, potest non solum per plaustra lapides & ligna vehere, sed etiam sine plaustris per fundum trahere & raptare: econtrâ qui actum habet, solummodò per plaustra vehere permittitur. *d. l. 7. pr. Stryck. ubi supra. §. 6. 2.* Via necessariò complectitur jus ducendi vehiculi: actus non etiam. *d. l. 13. in f. ff. de servis.* 3. Via non potest sine itinere constitui: *d. pr. l. h. t. d. l. 1. princ.*

1. *princ. vers. via. ff. de S. P. R.* Actus potest. d. l. 4. §. 1. ff. si servit. vindice-  
sur.

4. Latitudo viz lege 12. tabularum est definita, & in porrectum pe-  
des habet 8. in anfractum, puta, ubi flexum est, 16. l. 8. ff. de S. P. R. La-  
titudo actûs jure determinata non est, sed à partibus vel àb arbitro definitur. l.

13. §. 2. ff. d. 1. Scribit tamen *Alexander àb Alexandro apud Laterbach. ff. de S.*  
*P. R. §. 4.* sibi ex magnorum Authorum lectione compertum esse, quòd dimi-  
dium viz porrectæ fuerit latitudo actûs, hoc est, 4. pedes

Planè esto lati-  
tudo viz legibus sit definita, conventionione partium tamen mutari, ac latior vel  
angustior constiui potest, modò eam latitudinem habeat, ut vehiculum ire  
queat. l. 23. *princ. ff. d. 1.*

§. Viz modus non tantùm in rectum & fle-  
xum, sed etiam versùs cælum æstimandum est, ita ut non tantùm ad latus nul-  
lum obsit obstaculum, sed versùs cælum quoque pateat, & dominus prædii do-  
minantis vel hastam erectam ferre, vel vehicula, per viam illa ducenda, ad ha-  
stæ altitudinem onerare valeat, &, remotis ramis sibi obstantibus, impedimen-  
ta tollere possit, dummodò arboribus frugiferis parcatur. *arg. d. l. 7. vers. quis*  
*viam in f. ff. de S. P. R. Stryck. d. tit. §. 6.* ubi taxat Calparum Manzium,  
quòd in *rr. de servit. tit. 3. q. 24. n. 126.* per licentiam ferendi hastam rectam  
germanicè exprimat *Das Recht eine lange Stange aufrechtzutragen/ & usum*  
*ejus demonstrare conetur in Durchführung der Hopffen- Stangen.* Quasi  
verò non satius esset, hastas has vehiculo imponere, & ita per alienum fun-  
dum ducere? Idem *Stryck tit. loc. explodit opinionè Manzii d. q. 24. n. 129.* ubi  
jus ferendi hastam rectam refert ad processiones nostras, in quibus erectis ve-  
xillis incedere solemus; putatque hoc vix quadrare ad materiam servitutis ru-  
sticæ, vel ad summum ad jus itineris sacri seu servitutis ecclesiasticæ referen-  
dum esse, eò quòd in memoratis processionibus omnes incedant pedites.

Quarta species est aquæ ductus, die Wasserleitungs-*Gerechtigkeit* / qui est  
est jus ducendi aquam per fundum alienum ad utilitatem prædii nostri. d. *princ.*  
*l. h. t. d. l. 1. in f. princ. ff. de S. P. R.* sive, deinde id fiat ex stagno vel fundo  
privato, sive ex fudmine, stagno, vel fonte publico; quia, licet ex hoc, jure  
communi, cuius aquam ducere liceat. l. 2. l. 3. *pr. ff. de flumin.* non tamen  
licet cum derivatione per fundum alterius. *arg. l. 17. ff. de S. P. R.* confer  
*Lansorbach. ff. d. 1. §. 6.* cæterùm, licet servitutes pro parte præstari negent juris  
conditores, cum individue sint. l. f. *ff. communia præd.* hoc tamen usu fori  
fallit in præsentis servitute, dum quibusdam competit ein ganzes Röhr, Was-  
ser/ ahis verò ein halbes Röhr, Wasser / sicut & ratione temporis aquæ ductus  
partes recipit. *Stryck in usu mod. Pand. d. 1. §. 7.*

Quinta est aquæ haustus die Wasser schöpfungs-*Gerechtigkeit* / qui est  
jus hauriendæ aquæ in alieno ad utilitatem prædii nostri. §. 2. *l. h. t. l. 1. §. 1.*  
*l. 20. §. ult. ff. de S. P. R.* jure hoc concessio iter quoque ad puteum vel fontem,  
ac id omnia, quo sine commodè servitute uti non possumus, concessum intelli-  
gitur



tur, per l. 11. §. 1. ff. communia pradiorum. Lauterbach ubi supra §. 7. Stryck ibidem §. 8. & 9. ubi etiam mentionem facit servitutis aqua non intercipienda, seu, quæ ejus species est, de non præcidendis putei mei venis. Si enim ego in aream meam puteum foderim, cujus venæ per vicini fundum transeunt, huic certè liberum est, etiam in suo puteum fodere, & aquam meo puteo intercipere, licet puteus meus ita exarcescat. l. 24. §. ult. l. 26. ff. de damno infecto. ne igitur id facere possit, servitus aqua non intercipienda constituitur, necesse est.

29 Sexta species servitutis rusticæ est pecoris ad aquam appulsus die *Dichs* / *Erntche* / qui est jus pellendi pecora prædii nostri ad fontem vel aquam vicini. d. §. 2. l. b. t. l. 4. ff. de S. P. R. Qui servitutem hanc habet, non potest majorem pecorum numerum appellere, quàm de quo initio dictum: neque suæ, si equorum & bouum duntaxat hæc aquatio fuerit concessa: fines enim conventionis diligenter sunt custodiendi, & servitute non aliter uti licet, quàm initio convenit. arg. l. 13. princ. l. 20. princ. ff. de S. P. R. l. 2. ff. communia pradiorum. quia pacta conventa dant legem contractui. l. 7. §. 5. ff. de pactis. l. 1. §. 6. ff. de positi.

30 Septima est jus pascendi, die *Erstt* / *Berechtigkeit* / *Zutrib* / *Weidgang* / *Hut und Weide* / quod est jus pecora prædii nostri in fundo alieno pascendi. d. §. 2. l. b. t. l. 3. princ. ff. de S. P. R.

Dubitatur, possitnè, qui servitutem hanc concessit, sua quoque pecora in fundo serviente pascere? n. Interesse, conveneritnè de re hæc aliquid inter partes, vel non. Si priùs, statur conventioni, juxta. d. l. 1. §. 6. ff. de positi. Si posterius, refert, sufficiatnè pastura utriusque domini pecoribus, an non. Si illud, potest is, qui servitutem hanc debet, sua quoque pecora in fundo serviente pascere, quia usum servitutis non reddit deteriozem. arg. l. 13. §. ult. ff. communia. prad. & l. 6. Cod. de servit. Si hoc, non potest. arg. l. 13. §. 1. ff. de S. P. R. *Servv. d. exercit. 13. ih. 26. Berlich. p. 2. pract. conclus. 49. n. 6. Stryck. ubi supra §. 15.* Porro in sylvis pastura caprarum jure Bavarico interdicta est. *Manz. d. t. n. 293.* quod moribus plerorumque locorum convenire existimat *Stryck. d. loc. §. 13.* cum per capras magnum damnum sylvis inferatur.

Similiter jus pascendi se non extendit ad pecora morbida, nè sana ob contagionem pereant. *cap. pen. dist. 45. Manz. d. t. n. 297. & seq.* ubi idem extendit ad inhonestas mulieres, quas à civitate expellendas censet, nè honestæ mulieres inficiantur. A servitute Juris pascendi differt

Jus compascui, die *Koppel* / *Weyde* / quod est, quando duo pluresvè vicini ex familiaritate in prædiis & territoris suis sibi invicem mutua pascua concedunt. Jus hoc etiam àb uno semper revocari, & nunquam præscribi potest, per l. 41. ff. de a. vel a. poss. Corpz. l. F. p. 2. const. 41. def. 9. aliud dicendum, si compascuum non jure familiaritatis, sed mutue servitutis concedatur: v. g. jure pascendi gaudeas in meis prædiis, & ego vicissim eodem jure gaudeam in tuis. Quo casu, licet vicinus jure sibi competente amplius uti nolit, me tamen

adigere non poterit, ut pariter juri meo renunciem. Stryck. *ubi supra* §. 16. idem temperamentum ad conventiones extendens.

Servitutibus rusticis annumerantur etiam jus calcis coquendæ, arenæ fo-<sup>31</sup> diendæ, eximendi cretam & lapidem, sumendi pedamenta, lignandi, faciendi figulinam, habiendi in alieno tugurii, jus gestandi, immittendi temonis, navigandi per lacum vicini &c. quæ jura cujus sint indolis, pluribus intelliges ex *Manzio d. tr. de servitut. tit. 3. q. 70. n. 324. & seqq. Stryck. d. loc. §. 17.*

## §. VII.

**C**Ausa efficiens servitutis realis sunt modi, quibus constituitur. Constitui-<sup>32</sup> tur autem vel à lege, vel àb homine. Lege quia imponi possit, nullum est dubium, per *l. ult. §. un. Cod. de servit. & aquâ*. Undè etiam teste *Lasterbach. ff. de servit. §. 5.* statutis multarum civitatum servitutes impositæ inveniuntur. Homo est vel publicus, vel privatus. Publicus, puta, judex, dum in judicio familiæ erciscundæ aut communi dividundo unum prædium uni, alterum alteri adjudicat, potest, ita exigente prædiorum naturâ, judicialiter constituere, ut unum alteri serviat, v. g. ut per alterum ire, agere, tignum aut temonem immittere liceat &c. *l. 22. §. 3. ff. famil. ercis.* Homo privatus, puta, dominus constituit servitutem voluntate suâ, quæ vel expressa, vel tacita. Expressâ constituit vel actu inter vivos, vel ultimâ voluntate. Actû inter vivos, pactionibus & stipulationibus. §. 4. *l. b. t.* Ubi tamen nolim, promissionem servitutis confundas cum constitutione ejusdem, nisi te ipsum velis confundere. Nam promissio servitutis consistit in ipsâ pactione aut stipulatione, ac non operatur, nisi jus ad rem seu obligationem personalem, ex quâ promittens conveniri potest, ut servitutem constituat. *arg. l. 3. pr. ff. de O. & A. §. l. 20. Cod. de pactis.* Ipsam servitutem operatur secuta traditio, quæ consistit in usu unius & patientiâ alterius, si servitus sit affirmativa: si negativa, in omissione actûs, quem aliàs in re nostrâ exercere possumus. *l. ult. ff. de servit. confer ea, quæ tit. 1. hujus libri p. 3. §. 7. num. 55. diximus.* Ultimâ voluntate constituitur servitus fideicommissis, donationibus mortis causâ, legatis &c. quo casu jus in re illicò transit in legatarium, ita, ut actione reali exerciri possit. *arg. l. 19. §. 1. ff. quemadmodum servitutes amittantur. l. 80. ff. de legat. 2. l. ult. ff. de servitutes Legatâ. l. 3. §. 14. ff. de vi & vi armatâ. l. 64. ff. de furtis.*

Quamvis pro possessione servitutis, ultimâ voluntate constitutæ, consequendâ opus sit actione ex testamento, per *l. 1. §. 2. l. 2. ff. si ususfructus petatur. l. 1. §. 2. ff. quod legatorum.* Confer *Bach. in Tractat. vol. 1. disp. 16. sb. 3. lit. A. & vol. 2. disp. 13. sb. 1. lit. D. vers. illud non interesse &c.*

Tacitâ voluntate privati hominis constituitur servitus mediante præscri-<sup>33</sup> ptione. Ubi jus vetus accuratè secernendum à jure novo. Jure veteri ac in primis velut legislationis romanæ incunabulis servitutes tanquam incapaces ve-

re possessionis usucapi non poterant. l. 43. §. 1. ff. de a. r. d. l. 3. princ. ff. de a. vel a. poss. Decuritu temporis usucapio illarum invaluit : quam tamen lex scribonia rursus sustulit , ac effecit , nè exemplo aliarum rerum biennio , quo tempore olim usucapio rerum immobilium in solo Italico implebatur , acquiri possent. l. 14. ff. de servit. l. 4. §. 29. l. 10. §. 1. ff. de usurpat. & usucap. Ceterum, licet usucapio servitutum sublata esset, prætor nihilominus succurrebat illis, qui prærogativâ longi temporis muniti essent, dans actionem utilem, ut ostendant, se per tot annos fuisse usos, ac non vi, non clam, non precario possedisse. l. 10. princ. ff. si servit. vind. l. 1. §. ult. ff. de aquâ & aqua pluvia aranda &c. Jure novo leu post transformatam ab Imperatore usucapionem, ac usucapione rerum soli cum longi temporis præscriptione in princ. l. de usucap. & l. un. Cod. de usucap. transform. confusâ. servitutes tam usucapione, quam præscriptione acquiri possunt. l. ult. in f. Cod. de præscript. longi temporis. Vin. lib. 1. select. quæst. cap. 31. Sed

34 Controvertitur, an in præscriptione servitutum discrimen constituendum sit inter continuas & discontinuas, ita, ut illæ longo, hæc immemoriali demum tempore præscribantur?

Discriminant hoc modo *Molina tom. 1. tract. 2. de F. & F. disp. 70. n. 7. & 8. Less. lib. 2. de F. & F. cap. 6. dubit. 9. num. 28. Hannold. tract. 5. de F. & F. cap. 2. contr. 3. num. 226. Berlich. p. 2. pract. conclus. 6. num. 11. & alii ab his relati.* Rationes discriminationis obtendunt sequentes :

Primam desumunt ex l. 28. ff. de S. P. U. ubi propterea servitus fluminis non videtur posse acquiri tempore, quia non habet causam perpetuam. Atqui neque servitutes discontinuæ causam habent perpetuam, ergo neque servitutes discontinuæ acquiri possunt tempore.

Secundam depromunt ex l. 14. ff. de servit. ubi disertè habetur, servitutes rusticorum prædiorum idèò non usucapi, quia NB. tales sunt servitutes, ut non habeant certam, continuamque possessionem.

Tertiam ponunt in l. 3. §. 4. ff. de aquâ quosid. & astiv. ubi Pomponius ait, aquæ ductum, ejus origo memoriâ hominum excessit, jure constituti loco haberi. Ergo nisi origo memoriâ hominum excedat, pro jure constituto non habebitur, proindeque nec longo tantum usu acquireretur : frustra enim exigeretur tempus, cujus origo memoriâ hominum excedit, si 10. annorum curriculum sufficeret.

Quartam collocant in l. 1. §. f. ff. de aquâ & aqua pluvia ars. ubi, lege agri non impostâ, vetustas vicem legis obtinere dicitur, ergo in constituendis servitutibus discontinuis spatium longi temporis non sufficit, ut quod vetustum haud rectè dicitur.

Quintam afferunt ex l. 10. §. 1. ff. de usurpat. & usucap. ubi Ulpianus perspicuè negat, servitutes longo tempore acquiri.

Sine discrimine in præsentî controversiâ incedunt *Wesembec. in paratit. ff. de servit. num. 5. Donell. lib. 11. comment. jur. civ. cap. 11. Fach. 8. contr. cap. 22. Vinu. d. cap. 31. Struv. d. exercit. 13. ib. 38. Harp. ad h. ult. l. h. t. n. 6. Arnold. Rath. de usucap. c. 3. assert. 29. lit. B. Manz. de servit. tit. 1. q. 5. n. 68. Clariss. Doct. Blumlach. de servit. præd. cap. 3. num. 7. Clariss. D. Doct. Gletle assert. jurid. 24. & p. 2. select. quest. 27. n. 4. Magnif. D. P. Collegæ Schmier de præscript. cap. 5. n. 241. & seqq. Lauterbach. ff. de servit. §. 13. & alii ab his relati, qui sententiam suam tum textibus, tum rationibus firmant. textibus quidem in l. 10. pr. ff. si servitus vind. l. 5. §. 3. ff. de itinere actinque privato. & l. 1. §. f. ff. de aqua & aqua pluvia arcenda &c. in quorum duobus prioribus Ulpianus aquæductûs, itineris, & actûs (quæ servitutes sunt discontinuæ, prout supra n. 5. notavimus) nomine, actionem utilem, & interdictum ei tribuit, qui longæ possessionis prærogativâ gaudet, ac servitute diu usus est. In posteriore omnino generaliter & sine distinctione scribit, quod servitutem longâ consuetudine habere videatur jure impositam, qui diu usus est servitute, non vi, non clam, non precariò.*

Rationibus verò, & quidem 1. quia si servitus discontinua beneficio longi temporis acquiri non posset, tunc propter actus interruptos & discontinuos, quibus possessio redderetur discontinua, atqui falsum est, quod actus discontinui possessionem reddant discontinuam, cum possessio dicatur continua non ab actibus, sed ab animo. arg. §. 5. l. de interdict. & l. 3. §. 7. ff. de a. vel a. poss. Ergò falsum est, quod servitus discontinua beneficio longi temporis acquiri non possit. 2. Discontinuitas actuum non reddit discontinuam possessionem servitutum personalium, quo minus tempore ordinario 10. vel 20. annorum præscribantur. d. l. 3. §. 11. l. 6. §. un. l. 25. §. ult. ff. de a. vel a. poss. Ergò neque discontinuitas actuum reddit discontinuam possessionem servitutum realium, quo minus tempore ordinario 10. vel 20. annorum præscribantur.

Nos sicuti non ignoramus, priori sententiæ praxin Cameræ, testibus *Gail. 35. 2. obs. 66. Mynsing. 4. observ. 53. Stryck. ff. de servit. §. 6. Regni Toletani, teste Covarruv. lib. 1. var. resolut. cap. 17. n. 11. Delphinatûs, teste Guid. Papa. decis. 573. & Bavariz. teste Landrecht tit. 26. art. 4. in f. suffragari, eamque proinde in foro & summis passim tribunalibus receptam esse, ita ad normam legum magis expensam credimus posteriorem sententiam. Unde ad rationes prioris, & quidem*

Ad 1. n. 1. Si per causam perpetuam intelligatur usus aut exercitium perpetuum, negando causalem majoris. Non enim idem in d. l. 28. negatur servitus fluminis tempore acquiri posse, quia non habet usum seu exercitium continuum, aut quia indiget factio hominis: neque enim acutissimus Paulus tam obtusi fuit ingenii, ut ignoraret, ad exercitium plurimarum servitutum desiderari factum hominis: sed quia deficit causa perpetua, ad servitutem fluminis requisita,

quisita, si opus sit factio hominis. Certè servitus fluminis eò pertinet, ut aqua pluviz, in tubo vel canali collecta, exoneretur in vicini aream: ergò cum exoneratio hæc impossibilis sit, si proluendi pavimenti causâ aqua nullæ de cœlo illuc veniant, sed tantùm factio hominis immittendæ essent, neque causam perpetuam, id est, naturam & facultatem perpetuam servitus fluminis obrinet, proindè que ut flumen tempore acquiri nequit. Intelligendo itaque per causam perpetuam, naturam seu facultatem perpetuam. ¶ 2. Neg. minorem: natura enim cujusvis servitutis, nisi pacto, adeoque per accidens impediatur, talis est, ut quoties libuerit, eâ uti liceat. l. 1. §. 2. l. 6. ff. de aquâ quotid. & astiva. quod enim naturaliter fit, & semper, quodocunque lubet, fieri potest, perpetuum ac continuum est, esto assidue non fiat: quâ ratione igitur servitus stillicidii perpetuam & naturalem causam habet, aquam nimirum pluviam de cœlo quodocunque cadentem, esto assidue non cadat, ex eadem etiam servitutum itineris, actus, & vix, esto nemo continenter ire, agere, & vehere valeat, nihilominus perpetua est, eò quòd, præterquam quis per alium & alium semper ire possit, etiam per se, quoties libuerit, noctu & interdium iis servitutibus uti liceat, quæ servitutis natura sive facultas, quodocunque liber, utendi, magis videtur consideranda, quàm ipsa actualis continuitas actus, sive usus vel exercitii. Cujacius ad d. l. 28. ff. de S. P. II. Quinimò, esto convenerit, ut alternis diebus aut septimanis quis iret, servitus tamen non hinc minus causam habet continuam, quia conventionem tali facultas eundi non violatur, sed actus secundus saltem & exercitium certis limitibus circumscribitur; ad exemplum conventionis, quâ placuit, nè re tuâ a iter, quàm certo modo, puta, interveniente autoritate tutoris uteretur, quæ dominium idcirco non diminuit, quia radicalem disponendi facultatem non lædit, sed exercitium saltem certis terminis contrahit. Facit lex 4. §. ult. l. 5. §. un. ff. de servit. l. 14. ff. commun. prad.

Ad 2. ¶ 1. in d. l. 14. possessionem accipi pro usu ipsius servitutis, adeoque dicere voluisse Paulum, in servitutibus discontinuis ulum & exercitium non esse continuum, prout satis colligitur ex verbis subnexis: *nemo cuius tam perpetuò, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur.* Certè possessionem civilem servitutum rusticarum à Cto in d. loc.

repudiari non posse, evincunt textus in l. 2. in f. ff. communia prad. l. 10. ff. si servit. vind. d. l. 5. §. 3. ff. de itinere actûque privato. qui evidentè probant, servitutum possessionem esse. ¶ 2. Oppositum textum intelligendum esse de usucapione propriè dictâ, quæ scilicet completur spatio biennii & actionem directam tribuit. Hæc negat Paulus servitutes rusticas acquiri posse, cum ob interruptum earum exercitium ex decursu biennii vix possit colligi animus illas possidendi & acquirendi.

Quam responsionem non gratis afferri, ex eo constat, quia, si consuetudine longi temporis servitutes rusticas acquiri posse in tantum negasset C. C. ut nè quidem ex benignitate prætoris actio utilis accom-

modaretur

modaretur ei, qui diu servitate usus fuit, sequeretur manifestè, neque servitutes urbanas privilegio longi temporis acquiri posse; quod enim Paulus in *prin. d. l. 14. de servitutibus rusticis* pronunciat, id in fine ejusdem contextûs etiam ad servitutes urbanas applicat, dicens: *idem & in servitutibus prædiorum urbanarum observatur: Quod tamen nemo sanus somniaverit.*

Ad 3. *q. 1. Neg. conseq.* Pomponius in *d. l. 3. §. 4. non negat*, quin breviori tempore servitus aquæductûs acquiri possit, cum ab Ulpiano in *l. 10. ff. si servis. vind.* disertè traditum sit, aquæductum diurno usu & longâ quasi possessione acquiri posse; sed hoc duntaxat ait, tempori immemoriali vim inesse privilegii, ita, ut, qui tam longævo tempore servitute usus sit, necesse non habeat docere de jure suo, cum ipsa vetustas vicem constitutæ servitutis obtineat. *d. l. 1. §. f. l. 2. princ. l. ult. ff. de aquâ & aqua pluvi. arcenda & c. Gail. 1. obs. 21. n. 15. ad f. Mys. cent. 1. obs. 30. in prin.* Esto igitur Jctus tempus extremum ac certum ponat, idèd tamen alia & angustiora tempora tam parùm excludit, quàm parùm negat, quod minus est, qd̄ plus dicit. *q. 2. Argumentum à contrario sensu non procedere*, quoties exindè resultet correctio jurium, prout impræsentiarum contingeret.

Ad 4. *q. Verustati suam inesse latitudinem*, adeoque illud etiam rectè vetustum dici, quod longo tempore dèravit, per *d. l. 10. ff. si servis. vind. & d. l. ult. ff. de aquâ & aqua pluvi. arc.* confer *Lanterbach. de varietate temporum cap. 2. §. 4. n. 7.*

Ad 5. *q. Textum in d. l. 10. §. 1. ff. de usurpat. & usucap.* Iphis adversariis, qui servitutes continuas saltem longo tempore præscribi contendunt, solvendum esse, cum non nominatim de servitutibus discontinuis, sed de servitutibus in genere loquatur.

Controversiæ præcedenti succedit adhuc difficilior, utrùm nimirùm in 36 præscriptione servitutum opus sit titulo? est autem titulus nil aliud, quàm causa; ex quâ res quævis acquiritur, v. g. legatum, dos, donatio, emptio &c.

Simpliciter & indistinctè titulum requirunt *Eckelt. ff. de servit. §. 2. Carpz. p. 2. l. f. const. 4. def. 2. n. 5. Treubr. vol. 1. disp. 17. th. 9. lit. B Duaren. lib. 1. disp. cap. 34. Hotoman. 8. obs. 10. Basileenses d. disp. 24. th. 25. & plures alii apud Lanterbach. in Colleg. Pandect. de servit. §. 14.*

Viâ mediâ incedunt *Vinn. d. cap. 37. Harp. ad §. ult. l. 1. b. 1. num. 15. Wessening. ff. de servit. n. 5. Manz. de servit. tit. 1. quest. 10. num. 125. & seq. Clariff. D. Doct. Blumlacher p. m. de servit. præd. cap. 3. quest. 4. n. 1. & 3.* qui referre existimant, utrùm fundus serviens possideatur à vero domino, an verò à non domino, qui tamen dominus esse credebatur. Priore casu scientiam domini, non titulum; posteriore titulum desiderant.

Nos simpliciter & indistinctè negamus, in præscriptione servitutum opus esse titulo, Ita *Arnoldus Raib. d. tr. de usucap. asserto. 29. lit. C. Capella d. tr.*

*I. de servit. cap. 20. n. 8. Struv. d. exercit. ad pand. 13. th. 39. Franzk. ff. communia pred. n. 10. & seqq. Bachov. in Transl. d. vol. 1. disp. 17. th. 9. lit. B. Clariff. D. Doct. Glesle p. m. d. p. 2. select. q. 28. num. 5. & seqq. Magnif. D. P. Collega Schmier d. tr. de Præscript. cap. 5. sect. 2. §. 3. n. 138. & seqq.*

Et quidem ad præscriptionem servitutis non requiritur titulum, si fundus serviens possideatur à ipso domino, adeò apertum esse comperio, ut titulus intercedens præscriptioni officeret. Membrum prius satis constat ex *d. l. 10. ff. si servit. vind. d. l. 1. §. f. ff. de aqua & aqua pluvi. arc. d. l. 5. §. 3. ff. de itinere actiue privato. l. 1. Cod. de servit. & aqua.* Ubi dicitur, in præscriptione servitutum alio opus non esse, quam ut quis diu non vi, non clam, non precario servitute sit usus. Ergò in servitutibus longa consuetudo supplet vices tituli. Membrum posterius non obscure colligitur ex *§. 40. I. de R. D. & l. 31. princ. ff. de a. r. d. vi* quorum textuum servitus, ex causâ venditionis aut donationis alicui à vero domino tradita, statim pleno jure eidem acquiritur, consequenter præscriptio non requiritur.

Quòd autem neque tunc opus sit titulo, quando fundus serviens possidetur à aliquo tertio, qui verus dominus esse putatur, cum non sit, videntur evincere partim præcitati quatuor textus, qui non distinguunt, fundus serviens à ipso domino, an alio possideatur; sed generaliter & absolute negant, necesse esse, ut is, qui longâ quasi possessione munitus est, doceat de jure, quo servitus fuit constituta. Partim solida ratio: quia juxta ipsosmet adversarios præscriptio servitutis procedit cum titulo, si fundus serviens possidetur à tertio; ergò etiam procedit cum solâ patentia tertii, utpotè, quæ non minus, quam patientia veri domini in rebus incorporalibus vicem tituli sustinet. *ad. textibus.* ac esto non sufficiat ad conferendum jus reale, sufficit tamen ad conferendam conditionem usufructuendi.

**§ 8** Objicitur 1. Toties opus est titulo, quoties præscribenti resistit jus commune, aut præsumptio juris. *c. 1. de præscript. in 6.* Atqui volenti præscribere servitutum resistit præsumptio juris, cum de jure quilibet fundus præsumatur liber, per *l. 8. & 9. Cod. de servit. & aqua. Menoch. lib. 3. præsumpt. 89. n. 1. & seqq.* Ergo volens præscribere servitutum titulum prober, necesse est. *n. Dist. majorem:* toties opus est titulo, quoties præscribenti resistit præsumptio juris, & hanc alia fortior non elidat, concedo, si hanc alia fortior elidat, nego majorem. Atqui volenti præscribere servitutum resistit præsumptio juris, quam alia fortior elidit, concedo, quam nulla fortior elidit, nego minorem & consequentiam. De jure quilibet fundus præsumitur liber: & si quis longo tempore usus sit prædiò, domino non reclamante, prædium præsumitur servitute affectum. Hæc posterior præsumptio, tanquam fortior, priorem elidit. Aliæ respondet *D. Doct. Blumacher d. n. 1. pag. m. 115.*

Objicitur 2. Servitus acquiritur exemplo rerum immobilium. *l. 2. Cod. de serv.*

*de servit. & aqua* Atqui præscriptio rerum immobilium desiderat titulum. *l. 4. l. 11. Cod. de præscript. longi temporis.* Ergò etiam præscriptio servitutis desiderat titulum. *¶* 2. Dist. majorem: servitus acquiritor exemplo rerum immobilium absolute, nego, secundum quid, concedo majorem: atqui præscriptio rerum immobilium desiderat titulum, concedo minorem. Ergò etiam præscriptio servitutis desiderat titulum, distinguo consequens, si servitus in ordine ad acquisitionem rebus immobilibus absolute comparetur, concedo, si tantum secundum quid comparetur, nego consequentiam, in *d. l. 2.* non disputatur de titulo, sed hoc saltem asseritur, quòd, quemadmodum res immobiles beneficio longi temporis acquiruntur, ita etiam servitutes acquirantur.

Objic. 3. in præscriptione servitutum eadem observantur, quæ in præscriptione rerum corporalium. *l. ult. in f. Cod. de præscript. longi temp.* Atqui res corporales non præscribuntur sine titulo, ergò neque servitutes sine eodem præscribentur. *¶* 2. Dist. majorem: in præscriptione servitutum eadem observantur, quæ in præscriptione rerum corporalium, si loquamur de præscriptione servitutum, quæ fit modo communi, concedo, si de præscriptione, quæ fit modo proprio, nego majorem, & sic distincto consequenti nego consequentiam. Duo occurrunt modi præscribendæ servitutis, communis, & proprius. Modo communi præscribitur servitus, si quis titulum à non domino habeat, fortè quòd iter, actum, aut viam emerit à eo, quem credebatur fundi dominum, cum non esset. Modo proprio præscribitur servitus, si titulo nullo præcedente præcisè quis se fundet in prærogativâ diuturni temporis, & quòd diu usus sit servitute non vi, non clam, non precario. Priore modo si præscribatur servitus, eadem observanda sunt, quæ in præscriptione rerum corporalium, adeoque quemadmodum in his, si titulus originem traxerit à non domino, præscriptio completur 10. vel 20. annis, neque attenditur scientia vel ignorantia domini; ita etiam in servitutibus, titulo ortum ducente à non domino, præscriptio completur 10. vel 20. annis, neque attenditur scientia vel ignorantia domini. *d. l. ult. Cod. de præscript. longi temporis.* Posteriore modo si præscribatur servitus, jus diversum sequimur, ac longæ possessioni vim constitutionis inesse credimus. *d. l. 1. §. ult. ff. de aqua & aqua pluv. arcenda &c.*

Objic. 4. Diuturna possessio sine titulo ad præscriptionem non prodest. *d. l. 4. Cod. de præscript. longi temp.* ergò præscriptio servitutis sine titulo non procedit. *¶* 2. Textum in *d. l. 4.* coarctandum esse ad res corporales, ad quarum præscriptionem diuturna possessio sine titulo ideò non prodest, quia in iis nihil suppetit, quòd vices tituli suppleat. Econtra in servitutibus locum tituli sustinet diuturnus usus & patientia domini, unde in illis diuturna possessio sine titulo ad præscriptionem proficit.

Objic. 5. Ad præscriptionem requiritur bonum initium. *c. f. de præscript.* Atqui sine titulo non procedit bonum initium, ergò neque præscriptio servitutum



tum. **¶** Neg. minorem. in servitutibus defectus tituli non inducit defectum boni initii. Fac enim, me, fundo empto, à vicinis intellexisse, quòd author meus per semitam, in contiguo prædio inventam & commeantium vestigiis impressam, solitus sit decurrere, atque ideò etiam me ipsam per semitam illam decurrere; nunquid in bonâ fide sum constitutus, esto titulum non habeam? confer *l. 1. §. 11. ff. de aqua quotid. & æstiva.*

Objc. 6. *Nullus iusto titulo procedente possidentes ratio juris quare dominium prohibet*, sunt verba Imperatorum Dioclet. & Maximiana. in *l. 24. Cod. de R. V.* Ergò sine titulo præscriptio servitutis non procedit. **¶** Imperatores loqui duntaxat de rebus corporalibus, id, quòd partim innuunt rubrica & finis nigri, ubi de rei vindicatione, quâ, si propriè loquaris, res corporales tantùm petuntur, actione confessoria pro rebus incorporalibus competente. Partim termini *possidentes*, & *usucapio*, in *d. l. 24.* apparentes, qui rursus in sensu proprio ad solas res corporales pertinent.

39 Prioribus connexa quaestio est, utrùm in casu, quo fundus serviens possidetur àb ipso domino, scientia ejus requiratur ad hoc, ut servitus beneficio longi temporis 10. vel 20. annorum acquiratur? num verò nuda patientia sufficiat? Scientiam requirit *Manz. d. loc. num. 240. & seqq.* Solâ patientiâ contentus est *Glezle d. loc. n. 7.* quam sententiam summo jure defendi quidem posse, admittit *Blumfacher d. q. 4. n. 2.* contrariam tamen, utpotè communi Doctorum calculo receptam, pro foro commendat post *Waizenegger de servit. dissert. 1. cap. 5. n. 57. & seqq.* Nos insistentes vestigiis nostrorum in Almâ hæc Benedictinâ Universitate antecessorum & respectivè Professorum p. m. petimus solam patientiam. Tum quia jura, sine quibus loqui erubescimus *nov. 18. cap. 5.* plus non petunt, quàm ut quis diu usus sit servitute, non vi, non clam, non precario. *d. l. 10. ff. si servit. vind. d. l. 1. §. f. ff. de aqua & aqua pluv. arc. d. l. 1. Cod. de servit. & aqua.* Tum quia si dominus sciat, servitutem àb altero exoriri, & exercitium positivâ patientiâ approbet, servitus citrà præscriptionem inducitur, cùm patientia illa animum constituendæ servitutis involvere videatur.

40 Objc. 1. Qui servitute clam utitur, non potest illam præscribere. *dd. text.* at qui servitute utitur ignorante domino, clam utitur, ergo &c. **¶** Neg. minorem. Nè quis dicatur clam uti, sufficit, si non habeat animum celandi. *l. 5. §. 3. ff. quod vi aut clam.*

Objc. 2. In præscriptione servitutis opus est patientiâ domini: ergò etiam scientiâ: hæc enim præsupponitur ad patientiam. **¶** Diss. antec. opus est patientiâ domini negativâ, hoc est, nè dominus reclamet, concedo, opus est patientiâ positivâ, hoc est, ut dominus consentiat, nego antec. & conseq. patientia posterior tantum abest, ut præscriptionem servitutum promoveat, ut potius impediat, *juxta dicta.*

Objic. 3. text. in l. 2. *Cod. de servit. & aquâ*, ubi servitus aquæ docendæ tempore acquiri dicitur, si sciente domino ducatur. *n.* Verba illa non esse statuentis, sed narrantis & facti speciem, libello supplici expressam, repetentis Imperatoris Antonii. Confer prælaudatum D.P. Schmiez d. §. 3. n. 148. *Harp. ad princ. Inst. de Usucap. n. 224. Brunnemann, ad d. l. 2. n. 14.*

## §. VIII.

**S**ubjectum servitutis realis duplex est, quod, & cui. Subjectum quod est, persona, quæ servitutem constituit. Potest autem eandem constituere, qui est plenus dominus totius prædii servientis, & alienare non prohibetur.

Dixi 1. *Plenus, arg. l. 6. in f. princ. l. 8. ff. communia præd. l. 21. Cod. mandari.* Dominium in re minus plenum obtinens, vel obtinet directum, vel utile. Obtinens dominium directum non aliter servitutem constituere potest, nisi quatenus sit absque præjudicio habentis dominium utile, per l. 17. in f. ff. de S. P. R. & l. 3. §. 1. ff. de aquâ quotid. & astivâ. Proprietarius nè quidem consentiente fructuario potest fundo fructuario imponere servitutem præjudicantem. l. 15. §. ult. ff. de usufr. hinc potest vicino concedere, jus sibi non esse, altius tollere. l. 16. ff. d. r. Cùm servitute hæc conditio fructuarii non reddatur deterior; nam etiam absque impositione servitutis altius non tollendâ fructuario non licet ædes altius tollere, eò quòd tectum magis turbetur, quamvis lumina non obscurantur. l. 13. §. 7. in f. ff. cod. Neque obstat, quòd scienti & volenti non fiat injuria. l. 13. §. 5. ff. de injuriis. l. 145. ff. de R. l. c. 27. cod. in 6. & juri suo quilibet renunciare possit. l. 46. ff. de pactis. l. pen. Cod. cod. Proindeque proprietarius, saltem eùm consensu fructuarii, fundo fructuario servitutem imponere posse videatur. Nam memorata jura non procedunt, si reclament jura alia, prout in præsentî d. lex. 15. §. ult. ff. de usufr. cujus ratio est, quia in tali casu ipse fructuarius esset principalis constituens servitutem in suum præjudicium; cùm enim præjudicium proprietario non fiat, nisi exiguum, si comparatur cum præjudicio fructuarii, censeretur servitus principaliter constituta à fructuario; hoc autem juri nostro repugnat, quoniam usufructuarius non est dominus, adeoque nullam servitutem potest imponere. *Hannold. d. tr. 3. cap. 2. contr. 1. §. 2. n. 63. in f.*

Quidquid autem sit, strictæ juris rationi inhærendo, non dubitat *Grævegegen de ll. abrog. ad d. l. 15. §. ult. ff. de usufr. in f.* moribus nostris proprietatis dominum consentiente usufructuario servitutem imponere posse; undè si in praxi casus emergeret, pro sustinendâ servitute pronuntiandum esset, cùm iniquum videatur, proprietarium aut usufructuarium proprio suo facto contravenire. *Manz de servit. tit. 1. q. 13. n. 182. in f. Blumlacher d. tr. de servit. cap. 2. q. 2. n. 2. in f.*

- 42 Obtineus dominum utile etiam sine consensu domini directi servitutem constituere potest. Hinc potest 1. vassallus. 2. *f. 8. vers. quid ergo.* quidquid in contrarium de prohibita alienatione afferatur ex *l. ult. Cod. de rebus alien. non alienand.* quia servitus a vasallo constituta non tam valet in vim juris realis quam potius ut obligatio personalis, quæ solam personam constituentis, & ejus hæredes stringit, nullatenus autem ad tertium ac singularem fundi possessorem extenditur. *Stryck. d. t. de servit. §. ult. Basileenses d. disp. 24. eb. 20. lit. A.* 2. Potest emphyteuta similiter sine consensu domini. *arg. l. 1. princ. ff. quibus modis usufruct. amit. l. 12. Cod. de fundis patrimon.* 3. Superficiarius. *l. 1. §. ult. ff. de superficiesibus.* Neque dicas: non datur servitus servitutis. *l. 1. ff. de usu & usufr. legato.* Atqui superficies est servitus. *l. 86. §. ult. ff. de leg. 1. ergo &c.* 4. Enim cum *Harp. ad §. 3. l. b. t. n. 3 §.* Superficiem non nisi improprie servitute dici, quatenus nimirum sumitur pro molestia & onere, quo dominus afficitur, dum ad utilitatem alterius superficiem, in suo solo extructam, pati cogitur. Planè servitus, a vasallo, emphyteuta &c. imposita, non durat diutius, quam jus vasalli, emphyteuta &c. adeoque feudo, ad dominum revertente, extinguitur & servitus. *d. 2. f. 8. in princ. juxta illud vulgatum: resolutio jure dantis, resolvitur & jus accipientis. arg. l. 31. ff. de pignor. Lambertbach. ff. quemadmodum servitutes amittantur §. 1.*
- 43 Dixi 2. Dominus totius prædii servitutis: qui dominus non est, vel est quidem, sed non totius prædii, servitutem constituere non potest. *l. 2. ff. de servit. l. 34. princ. ff. de servit. præd. rust. l. 8. ff. commun. præd.* Ex quo inferendum, unum ex sociis prædio communi servitutem imponere non posse. *ad. l.* Vel enim vellet fundum totum obnoxium reddere servituti; vel suam partem duntaxat: prius evidenter non potest, quia, rei alienæ servitutem imponeret. Posterius iterum non potest, quia, si duo sint domini ejusdem fundi pro indiviso, pars unius ita permixta est cum parte alterius, ut nè minima quædam portio assignari possit, quæ determinatè ad unum pertineat: adeoque impossibile est, partem unius obnoxiam reddi servituti, quin hoc ipso etiam reddatur pars alterius. Deinde servitutes sunt individuae, ac diffiduntur per omnes fundi glebas, atque adeò sunt totæ in toto, & totæ in quâlibet parte. *l. 9. princ. ff. de servit. l. 23. §. 3. ff. de S. P. R. ergo fieri non potest, ut servitus ad partem unius socii coangustetur. Blamach. d. c. 2. q. 1. n. 7.* Planè si plures sint domini ejusdem prædii pro diviso, fortè quòd regionibus fundus sit divisus, quilibet potest partem suam servituti reddere obnoxiam, quia pars divisa non tam est pars, quam prædium totum. *l. 6. ff. de servit. l. 6. §. 1. ff. commun. præd.*
- 44 Queritur, si plures sint socii, ac unus post alium servitutem constituat, novissimane cessione priores confirmantur? 4. Referre, an eo tempore intercedat cessio novissima, quo reliqui adhuc vivunt, & partes habent integras, vel quo unus eorum decessit, aut partem amisit. Si prius, cessione novissimane

novissimâ reliquæ confirmantur, æque perinde, ac si omnes simul cessissent. *l. 11. ff. de S. P. R. l. ult. ff. commun. prad.* Si posterius, ulteriore distinctione opus, ac interest, utrum is defunctus sit, qui servitutem jam cessit, an qui nondum. Si defunctus sit, qui jam cessit, novissimâ cessione priores non confirmantur, sed actus pendet, donec hæres quoque cedat. *d. l. ult.* cessio enim prima cum personâ cedentis expiravit, adeoque non possunt cessiones posteriores ad illam velut priorem reduci, nec una integra ex hisce constari. Quodsi verò defunctus sit, aut partem amiserit, qui necdum cessit, totus actus nullus est, neque etiam hærede cedente priores cessiones confirmantur, sed omnes de novo cedere tenentur. *d. l. ult. vers. ergo &c.* nam, ut cessione novissimâ priores confirmantur, debet illa ad istas fictione juris posse retrahi. Atqui non potest retrahi, si is, qui nondum cessit, expiraverit, quia hæres tempore cessionum anteriorum necdum fuit socius, consequenter cedere tunc non potuit. Undè apparet, disparem omninò rationem esse hujus & præcedentis membri. Quando enim is moritur, qui jam cessit, cessione novissimâ idcirco priores confirmantur, quia, esto hæres tempore cessionum anteriorum nondum fuerit socius, cessione defuncti tamen obligationem subiit cedendi: quâ obligatione proinde cessiones reliquæ sustineantur. Econtrâ si is decedat, qui necdum cessit, hæres cedere non tenetur, adeoque nihil intercedit, quo cessiones reliquæ sustineantur. Confer *Frantzke. ff. de servis. n. 22. & seqq. & D. Blumlach. d. q. 1. n. 8.*

Dixi 3. *Es alienare non prohibetur.* Hinc nequit 1. maritus servitutem fundo dotali imponere, aut debitam remittere. *l. 3. §. 5. in f. ff. de rebus commun. qui sub tutelâ &c. l. 5. ff. de fundo dotali. & arg. d. l. ult. Cod. de rebus alien. non alienand.* Esto in fundo dotali dominium obtineat. *l. 9. Cod. de R. V.* Sed restrictum valdè & limitatum. *Capell. de servis. tr. 1. cap. 14. n. 10.* confer ea, quæ suprâ de *R. D. p. 2. §. 3. n. 12.* de dominio naturali & civili scripsimus. 2. Nequeunt tutores aut curatores fundo pupilli vel adolescentis servitutem imponere. *d. l. 3. §. 5. & arg. d. l. ult. Cod. de reb. alien. non alienand.* 3. Nequit Prælati Ecclesiæ servitutem fundo Ecclesiastico imponere, cum prohibeatur fundum Ecclesiasticum alienare. *c. 5. de rebus Ecclesia non alienand. l. 14. Cod. de SS. Ecclesiis.* cujus alienationis ambitu etiam comprehenditur servitutis impositio. *sapè d. l. ult. Cod. de rebus alien. Blumlach. d. cap. 2. q. 3. n. 4.*

Subjectum cui servitutis realis est persona, eandem acquirens. Potest autem servitutem acquirere non nisi dominus totius prædii dominantis. *d. l. 6. princ. d. l. 8. ff. commun. prad.* Undè excluditur 1. fructuarius, qui fundo, in usum fructum concesso, servitutem acquirere non potest. *d. l. 15. §. ult. ff. de usufr.* Esto enim prædio futura sit utilis, servitutem tamen recipere nisi rei suæ nemo potest. *l. 5. ff. commun. prad.* Excluditur 2. unus ex pluribus sociis, qui prædio communi servitutem acquirere nequit. *d. l. 5. in f. non toti, quia*

rei alienæ eandem reciperet, quod jura non ferunt: neque etiã parti, quia nec pro parte indivisã dominiã servitutem acquiri, leges admittunt. *l. 11. ff. de servit. l. 6. §. 1. ff. commun. prad.* Planè dominium plenum, an minus plenum, revocabile, an irrevocabile in prædio dominante acquirenti competat, nihil interest: nam & à nudo proprietario fundo, in quo alius usumfructum habet, & à vasallo rei feudali, & àb emphyteutã rei in emphyteusis concessã, & à marito prædio dotali, & à superficiario superficiẽ, & àb hærede fundo hæreditario, sub conditione alteri legato, servitus acquiri potest. *d. l. 15. §. ult. ff. de usufr. d. 2. f. 8. in princ. vers. ex contrario. d. l. 1. §. f. ff. de superficiibus. l. 11. §. un. ff. quemadmodum servitutes amittantur.* Ita quidem, ut, esto aliã regulariter resoluta jure dantis resolvatur jus accipientis. *arg. d. l. 31. ff. de pign.* Servitus tamen, à memoratis dominis acquisita, etiã resoluta dominio utili aut revocabili perseveret. *dd. textibus. Manz. d. tit. 1. q. 13. n. 199. & seq. Lauterbach. ff. de servit. §. 8.* Cui non adversatur, quòd hoc modo servitus àb enarratis personis constitui nequeat, juxta dicta *preced. n. 41. 42. & 45.* Nam acquisitio servitutis est utilis prædio, impositio verò gravis & noxia, ideòque non sustinetur, nisi in quantum præjudicat imponenti, non etiã in quantum domino directo aut ali: quia nemo alterius conditionem potest reddere deteriore, bene tamen meliorem. Denique nihil interest, per se, an per servos aut procuratores suos dominus servitutem acquirat. *Lauterbach. ff. de servit. §. 9.*

## §. IX.

47 **O**bjectum seu materia in quã servitutis realis sunt duo prædia vicina, habentia causam continuam. Tria igitur concurrant, necessè est, ut servitus consistat: 1. duo prædia, dominans & serviens. *§. 3. l. b. t. l. 1. §. un. ff. commun. prad.* nulla enim relatio prædicamentalis subsistere potest sine fundamento suo & termino: cum itaque servitus fundet relationem inter prædium dominans, & serviens, idèd sine his consistere nequit. Sed oppones textum in *l. 23. §. un. ff. de S. U. P.* ubi dicitur, futuro etiã prædio acquiri posse servitutem. Respondet Donellus *lib. 11. Comment. cap. 9. lit. M.* quòd servitus non ædificio, sed aræ acquiratur. At reponit Hilliger *ibid.* quòd servitus ipsi ædificio imponi & acquiri dicatur. Undè *n. cum Manz de servit. tit. 1. n. 204.* imponi servitutem ædificio in spe, aræ autem in re. Paulò aliter respondet *Lauterbach. d. t. de servit. §. 15.* ubi impositionem seu acquisitionem intelligit de promissione, non de constitutione. 2. Debent prædia esse vicina. *§. 4. l. b. t. l. 5. §. un. ff. de S. P. U.* quæ vicinitas æstimatur non tam ex eo, quòd onum sit alteri contiguum, quàm ex usu, ita, ut, si servitus utilis esse possit, licet prædium non sit contiguum, rectè constituatur. *l. 14. §. 1. ff. de servit. l. 1. l. 38. l. 39. ff. de S. P. U. l. 7. §. un. l. ult. ff. de S. P. R. l. 7. §. un. ff. com. mun.*

*num. præd. Basileenses d. diff. 24. th. 16. Lanterbach. ubi suprâ. §. 16.* hinc non quivis locus intermedius servitutem impedit, sed ille saltem, qui utilitati, ad quam servitus ordinatur, officit. Refert nimirum, terminis tam angustis servitus circumscribatur, ut locum medium non sufferat, quales sunt servitutes oneris ferendi, tigni immitendi, stillicidii avertendi &c. an ejus sit indolis, ut ampliores habeat fines, ac utilis esse possit, esto prædium interjaceat, veluti servitus, nè prospectui officiat, servitus itineris, actus, aquæ ductus &c. Servitutes prioris generis constitui nequeunt, si locus alius sive publicus, sive privatus intermediet. *d. l. 1. princ. ff. de S. P. U.* servitutes posterioris generis vel utiles nobis esse possunt absque usu loci intermedii, vel non aliter, quam si loco intermedio utamur. Si prius, imponi possunt, cujuscunque generis prædium intercedat. *d. l. 1. princ. ff. S. P. U. l. 5. ff. si servitus vind.* sic v. g. servitus, nè prospectui officiat, prospiciendi, altius non tollendi &c. imponi potest, esto locus publicus interjaceat, quia sine usu loci intermedii nobis potest esse utilis. Si posterius, possunt quandoque imponi quandoque non. Possunt, si loco medio non præjudicent: non possunt si locum mediū offendant. Ut ecce iter, actus, aquæ haustus constitui possunt, quamvis via publica intercedat; neque enim servitutes hæc viæ publicæ officiunt. *d. l. 1. princ. ff. de S. P. U. d. l. 14. §. 2. ff. de servit.* Econtra aquæ ductus constitui non potest, si via publica intercedat, quia viæ nocet. Pari modo iter, actus, aquæ haustus constitui non possunt, si locus religiosus interjaceat, quia religionem loci offendunt. *d. l. 14. §. 2.* Confer *Blumacher de Servit. cap. 4. q. 2. per totam.* 3. Debent prædia causam habere continuam, quâ sine servitutem non ferunt. *l. 28. ff. de S. P. U.* Certè implicat, dari jus passivum sine activo. At, si imponeretur servitus, non habens causam continuam, daretur jus passivum, quia servitus illa inhaereret pro tempore aliquo, prædio servienti passivè; & tamen non daretur jus activum, quia prædio dominantis non inhaereret activè, ergò &c. Confer, quæ *suprà h. t. n. 35. diximus.*

## §. X.

**F**ORMA servitutis realis est vel intrinseca, vel extrinseca. Intrinseca stat in differentiâ specificâ, quâ secernitur à servitute personali: quæ in eo sita, quòd proximè respiciat ac promoveat utilitatem prædii. *l. 15. princ. ff. de servit.* Neque obstat textus in *l. 19. ff. eod.* ubi labeo existimat, etiam fundo, quem quis vendit, servitutem imponi posse, etsi utilis non sit. Nam vel ad constituendam servitutem satis esse, si suâ naturâ talis sit, ut utilis esse possit, esto præsentis utilitate careat, per *l. 53. ff. de usufr.* Vel servitutem aquæ ductus in *d. l. 19.* à contrahentibus pro-utili saltem habitam fuisse, quod sufficit; neque requiritur, ut exitus semper respondeat intentioni; alioquin paucæ servitutes consisterent, cum sæpè accidar, ut propter prospectum & vernantis naturæ

amœnitatem ædes altius tollens, illas turbet ac ventis exponat, per l. 13. §. 7. in f. ff. de usufr. D. Doct. Blumlach de servit. cap. 1. q. 3. in f. Lanstorbach. d. loc. §. 18. & de usufructu. §. 3.

49 Forma extrinseca consistit in eo, quod servitus realis vel ex die, vel ad diem, vel cum conditione, vel ad conditionem constituatur. l. 4. princ. ff. de servit. ex die constitui dicitur, si dicatur; *cedo iter ex calendis Junii*. Ad diem: *Post calendis Junias non fac tibi amplius jus eundi*. Ex, cum, vel sub conditione: *cedo tibi iter per fundum, & volo nunc illud tibi acquiri, hac tamen lege, ut, antequam navis ex Asia venerit, uti non possis*. ad conditionem: *cedo tibi iter quoad vivam, quoad volam &c.* Ubi

Quæstio oritur, possitne servituti reali dies aut conditio apponi? Pro cujus clariore resolutione separo promissionem servitutis ab ejusdem constitutione: & constitutionem, cui dies aut conditio per modum termini à quo apponitur, à constitutione, cui dies aut conditio apponitur per modum termini ad quem. Unde

Dico I. Promissioni servitutis dies aut conditio potest apponi. Ita Blumlach. de servit. cap. 4. quæst. 3. n. 3. Prob. 1. per textum apertum in l. 98. pr. ff. de V. O. ubi dicitur, quod servitus vix sub conditione promitti possit. Prob. 2. Promissionibus aliis dies aut conditio apponi potest. §. 2. l. de V. O. ergo etiam promissioni servitutis, cum non appareat prudens ratio, quâ servitutis promissio diverlo jure censeri debeat.

Dico II. Constitutioni servitutis dies aut conditio apponi non potest per modum termini à quo, sive ita, ut ex illâ die servitus initium sumat. Ita Haunold. d. rr. 3. cap. 2. contr. 1. §. 2. n. 67. Manz. de servit. tit. 1. quæst. 16. n. 240. Prob. ex d. l. 4. princ. ff. de servit. Ubi verbis perspicuis negat Papinianus, servitutes ex tempore constitui posse. Confirmatur: servitutum realem sub conditione constitui, aliud non foret, quàm velle, ut prædio dominantis servitus actu inhzereat, facultatem tamen dominus non habeat, illâ utendi: atqui hoc manifestè implicat; cum prædio dominantis servitutum actu inhzere aliud non sit, quàm facultatem domino competere, nomine prædii utilitatem percipiendi ex alieno, ergò implicat, servitutum realem sub conditione constitui. Promovetur argumentum; ut servitus realis intelligatur constituta, debet esse quasi tradita. Atqui antè conditionis eventum aut diei adventum non potest intelligi quasi tradita; quia traditio ejus stat in usu unius & patientiâ alterius, ad quam patientiam non tenetur alter, antequam conditio evenit aut dies advenerit. Ergò ex conditione vel die servitus realis constitui non potest.

Objicies: usufructus potest ex die constitui. l. 4. ff. de usufruct. l. un. §. 3. ff. quando dies usufr. leg. cedat. l. 16. §. 2. ff. fam. ercis. ergò etiam servitus realis. Neg. conseq. ratio disparitatis est, quia usufructus est jus per-

sonale in faciendo consistens, puta, utendo fruendo, eâ lege, ut priùs non constituitur, quàm quis frui possit. Usufructu igitur ex die constituto fructuarius antè diem frui nequit, factis futuris uti suâ naturâ, ita & ex dispositione juris suspensionem ferentibus. Econtrâ servitutes reales sunt qualitates & jura prædiorum. l. 86. ff. de V. S. quibus sub conditione aut ex die qualitas imponi non potest, eùm prædium ex impositione servitutis realis non afficiatur, nisi ex usu & possessione præsentis, quæ, ubi semel competere cepit, postea per pactum diei aut temporis ipso jure tolli nequit. *Harp. ad d. §. ult. l. h. r. n. 20. Wesenbec. ff. de servit. n. 8.*

Dico III. Servitus nè quidem ad diem aut conditionem constitui potest, ita, ut veniente die aut conditione ipso jure resolvatur. *Haunold. & Manz. ubi supra.* Prob. ex d. l. 4. princ. ff. de servit. ubi Jctus pariter clarissimis verbis asserit, servitutum ad certum diem aut conditionem constitui non posse. Confirmatur: servitus est qualitas incorporalis, diffusa per omnes prædii dominantis & servientis glebas: ergò semel constituta induit naturam ipsius prædii, adeoque exemplo ejus per nudum lapsum temporis annihilari non potest. *Confer. Zœf. ff. commun. præd. n. 4.*

Dico IV. Quamvis servitus realis constitui ad tempus nequeat, si tamen conditio aut dies defacto eidem sit appositâ, exceptionem pacti aut doli saltem operatur. *Manz. & Haunold. ad. locis.* Prob. ex d. l. 4. in f. princ. ff. de servit. Ubi dicitur, die aut conditione servituti appositâ, si post tempus conventionis expressum uti alter servitute velit, quòd per exceptionem pacti aut doli mali repelli possit. Confirmatur: esto servitus ad tempus certum coarctata nequeat, iniquè tamen facit alter, dùm contrâ legem conventionis servitute utitur: ergò per exceptionem doli vel pacti meritò repellitur. Subtilis hujus resolutionis utilitatem nullam esse, existimat *Stryck ubi supra de servit. §. f. sed fallitur!* nam, prout ostendunt *Haunold. d. n. 67. in f. & D. Blumlacher d. q. 3. n. 6.* si exceptio doli vel pacti initio litis non opponatur, vindicatio vires suas habet. Deinde si prædio meo ad conditionem imponam servitutum, & ante conditionis existentiam tertius illud usucapiat, poterit dominus prædii dominantis post conditionis existentiam servitutum etiam contrâ illum tertium vindicare; cum pactum cum illo tertio non sit initum, neque is causam à me habeat, adeoque pactum eidem prodesse nequeat, *arg. l. 27. §. 4. in f. ff. de pactis.*

## §. XI.

**F**inis servitutis realis est vel generalis, vel specialis. Generalis est utilitas prædii dominantis. Specialis variat pro varietate specierum. *Lauterbach Colleg. forum de servit. §. 19.*



## §. XII.

51 **E**ffectus servitutis realis rursus est vel generalis vel specialis. Generalis est, quod prædia ipsa proximè afficiat, ac unum deterius, alterum melius reddat. Hinc licet unum vel alterum alienetur, servitus tamen propterea non extinguitur, quia non personæ, sed prædio coheret, cum quo proinde ad novum possessorem transit. *l. 23. §. 2. ff. de S. P. R.* Specialis est, quod operetur actionem confessoriam. De quâ *lib. 4. tit. 6. part. 5. sect. 8.*

## §. XIII.

52 **C**ontraria servitutis realis sunt modi, quibus amittitur. Amittitur autem  
 1. confusione, puta, si idem utriusque prædii dominus esse cœperit. *l. 30. princ. ff. de S. P. U. l. 1. ff. quemadmodum servitutes amittantur.* Ubi tamen refert, pro parte tantum prædia confundantur, an omnino. Si pro parte, servitus retinetur. *l. 8. §. un. ff. de servit.* est enim servitus per prædium utrumque ita diffusa, ut sit tota in toto, & tota in qualibet parte, prout dictum *suprà b. t. n. 43.* Ergo, si vel pars minima maneat inconfusa, in illâ persistit, quia materiam habet, in quâ pedem figat. Si omnino, tunc vel perpetuò, vel ad tempus tantum. Si perpetuò, servitus amittitur, quia res propria nemini servit. *l. 10. ff. commun. prad.* si ad tempus tantum, confusione sublata reintegratur seu reviviscit servitus. *l. 18. ff. de servit.* Ut ecce! factus sum hæres ejus, cujus fundus mihi serviebat. Hæreditate cum fundo vendicâ restauratur servitus confusione amissa: censeor enim, eâ conditione hæreditatem vendidisse, quâ ad me pervenit. *l. 9. ff. commun. prad.* Similiter mulier fundum, servituti obnoxium, marito in dotem dedit. Soluta matrimonio reviviscit servitus, confusione extincta. *l. 7. princ. & §. 1. ff. de fundo dotali. Lauterbach. ff. quemadmodum. servit. amit. §. 2.*

53 2. Amittitur servitus realis seu prædialis interitu prædii dominantis vel servientis. Est enim jus in corpore, quo sublato ipsum quoque tollatur necessè est. Neque dicas: sublata vincâ non amittitur servitus, quæ debetur vineæ. *l. 13. princ. ff. de S. P. R.* Ergo falsum est, quod pereunte prædio semper tollatur servitus. Nam meminisse oportet, vineam dupliciter accipi posse. 1. pro solo vitibus consisto. 2. Pro superficie sive eo, quod *suprà* faciem soli externam est. Si debeatur servitus vineæ, priori modo acceptæ, prout debeatur in *d. l. 13.* tunc non amittitur, esto vinea pereat. Si debeatur vineæ, posteriori modo sumptæ, perit cum vineâ. *Lauterbach. ubi suprà §. 3.*

Planè prædio, quod interit, restituito, restauratur etiam servitus realis. *l. 20. §. 2. l. 31. ff. de S. P. U. l. 35. ff. de S. P. R. l. 14. princ. ff. quemadmodum servit. amit.* Diversum obtinet in usufructu lapsarum ædium, quibus reparatis, usufructus non reparatur. *l. 36. princ. ff. de usufr. l. 10. §. pen. ff. quibus*

*bus modis ususfr. vel usus amit.* Ratio diversitatis est, quia ususfructus omne planè emolumentum rei complectitur, adeoque durum foret, ædificium sumptibus proprietarii restaurati, fructum tamen omnem alteri cedere. Econtrà servitus realis utilitatem rei alienæ delibatur tantum, undè durum non videtur, restituro prædio ipsam quoque restitui. *Struv. d. extroit. 13. sb. 55.*

3. Amittitur servitus realis remissione: quæ duplex, directa & obliqua. *54*  
**Directa** est, si expressâ conventionione servitus condonetur. *l. 6. l. 14. §. 1. ff. de servit.* obliqua, si tale aliquid concedatur, cum quo servitus stare non potest. Ut ecce? jus habeo stillicidii avertendi. Concedo tibi, ut in arca, in quam cadebat stillicidium, ædificare possis. Retineonè jus stillicidii? non retineo. *l. 8. princ. ff. quemadmodum servit. amit.* Planè si unum prædium duabus servitutibus sit obnoxium, remissâ unâ non censetur etiam remissa altera. *l. 21. ff. de S. P. II. l. 20. princ. ff. de S. P. R.* Sunt enim jura hæc omninò distincta & separata, adeoque remissio unius non infert remissionem alterius. *Struv. d. loc. sb. 56. Lanterbach. d. loc. §. 4.*

4. Amittitur servitus realis non usu. Qui enim per tempus lege defini- *55*  
 tum servitute non utitur, jure suo cadit. *l. 10. §. xm. l. 19. l. 20. & seqq. ff. quemadmodum servit. amit. l. 4. §. 27. ff. de usurpat. & usucap.*

**Dixi 1.** Qui: intellige, qui nec ipse, nec per alium utitur. Si alius utatur servitute tanquàm debitâ, non amittitur. Undè si is, qui in possessione est, aut mercenarius, aut hospes, aut medicus, aut qui ad visitandum dominium venit, aut colonus, aut fructuarius viâ, tanquàm debitâ, usi sint, servitus retinetur. *d. l. 20. & 21. ff. quemadmodum servit. amit.* Imò per quemcunque, qui servitute quasi debitâ utitur, retinetur, sive id faciat ad fundum nostrum, sive ex fundo nostro: sive sit bonæ, sive malæ fidei possessor: sive utatur nomine proprio, sive illius, cui servitus debetur. *l. 22. 23. & 24. ff. d. s. satis enim est, nomine fundi itum esse. l. 6. princ. ff. eodens.*

**Dixi 2.** *Ad tempus lege definitum:* puta, 10. annis inter præsentés. 20. Inter absentes, non agnito discrimine inter servitutes continuas & discontinuas, ob generalitatem textûs in *l. pen. Cod. de servit. & aquâ.* In tantum, ut, esto conventionione partium alternis horis vel diebus uti liceat, 10. nihilominus, & 20. annorum curriculo servitus amittatur. *l. 7. ff. quemadmodum servit. amit.* Planè si intervalla hebdomadarum, mensium vel annorum usui servitutis præstituta fuerint duplicato, demùm tempore amittitur, hoc est, vicennio inter præsentés & absentes. Vicennium ob absentiam non geminatur. *d. l. 7. l. ult. princ. Cod. de servit.* Nè detur duplicatio duplicationis. Magnif. D. P. Schmier *de Jure proprietatis cap. 4. sect. 1. §. 5. n. 80. & seqq.* quidquid jure Bavarico in contrarium legatur statutum. *tit. 26. art. 7.*

**Dixi 3.** *Servitute:* videlicet non communi. Communis negligentia unius non amittitur, quia est individua. *d. l. 10. princ. ff. quemadmodum servit. amit.*

Dixi 4. *Non usitur.* Id est, planè non utitur. Idem est, si non utitur jure servitutis, aut etiam jure servitutis, sed non ad modum tempusè præstitutum. Ut ecce: Viâ, fundo meo per tuum debitâ, ut publicâ utor. Viam amitto intra tempus legibus definitum, quia eâ non utor jure servitutis. *l. ult. ff. d. r.* Similiter placuit, ut certo genere vehiculi uterer, usus sum alio. Amittone servitutum? amitto, quia usus non sum modo constituto. *l. 11. princ. ff. eod.* Equidem si plus oneris vexerim, quàm mihi licuerit, latiore viâ usus sum, quàm mihi concessa fuerit, plura jumenta egerim, quàm de quibus actum, servitutum non amitto. *d. l. 11. princ.* Verùm non licet argumentum ducere à casu hoc ad priorem. Qui enim plus facit, quàm liceat, id quoque facit, quod licet. Econtrâ qui aliud facit, quàm liceat, planè non facit, quod licet. Rursus porci aquam ducere horis nocturnis, aut alis determinatis horis. Duxi interdiu, aut non duxi illis determinatis horis. Amittone aqueductum? amitto, quia præsignato tempore usus eodem non fui. *d. l. 10. §. un.* Planè si duo jus habuerint aquæ certo tempore ducendæ, & horas inter se commutaverint, servitutum non amittunt, quia unus censetur usus per alium. *l. 5. §. un. ff. de aquâ quodid. & estivâ.*

56 Dixi 5. & ultimo, *jure suo cadit.* Habitâ tamen differentiâ inter servitutum rusticam & urbanam. Servitute rusticâ non utens, jure suo ob solum non usum cadit. Non utens servitute urbanâ, jure suo non aliter cadit, quàm si dominus prædii servientis libertatem prædii sui usucipiat. *l. 6. princ. ff. de S. P. U. l. 18. §. ult. ff. quemadmodum servit. amit.* Ut ecce! competit mihi servitus rustica eundi per fundum tuum. Si per 10. annos non eam, amitto servitutum. Econtrâ constituisti mihi servitutum urbanam tigni immittendi. Licet tignum per 10. annos maneat exemptum, nisi tamen foramen tu obstruxeris, ac per 10. annos obstructum habueris, servitutum non amitto. *ad. l.* Ratio differentiæ est, quia possessio servitutis rusticæ sustinetur solo exercitio & facto utentis, quo, per negligentiam omissio, deperditur, cum dein nihil amplius sit reliquum, ex quo animum retinendæ servitutis arguere liceat. Econtrâ possessio servitutis urbanæ non stat in usu & exercitio ejus, cum servitus urbana, semel constituta, non eget ulteriore facto & exercitio, sed nitatur patientiâ domini prædii servientis, consequenter non deperditur, nisi factum interveniat, quod interruptæ patientiæ sit argumentum.

57 Ex hac ulterior fluit differentiâ, nimirum quòd servitus rustica non usu amittatur, esto dominus prædii servientis scientiam juris alienam habeat, servitus urbana non usu non amittatur, si dominus prædii servientis scientiam constitutæ servitutis habeat. Quæ ratio ulterioris differentiæ? quia ad hoc, ut non usu perdatur servitus urbana, requisivimus ex parte domini prædii servientis factum, puta, obstructionem foraminis, altiore m adificationem &c. in signum interruptæ patientiæ, ad quod factum salvâ conscientiâ & justitiâ de-

currere nequit, si scientiam constitutz servitutis habeat. Econtrà in servitute rusticà scientia domini prædii servientis non lædit conscientiam aut justitiam, quia dominus ille patientiam factam exhibere, non etiam alterum de jure suo monere, aut ad usum & exercitium juris sui urgere tenetur, ut proinde hic damnus, si quod sentiat, quia suâ culpâ sentit, sentire non videatur. *l. 203. ff. de R. L. Magnif. D. P. Collega Schmier, de præscrip. cap. 5. n. 15. & 16.* Adde, quòd servitus rustica non tam præscriptione perimatur, quàm ob defectum usûs, ad quem de jure restricta est, desinat & extinguatur, exemplo appellationis, quæ intra decennium non interposita extinguitur.

Objicies 1. Ecclesia non agnoscit minorem præscriptionem, quàm quadragesimariam. *cap. 8. de præscrip.* ergò servitus, quæ debetur Ecclesiz, non usu non amittitur per spatium 10. vel 20. annorum. *xx. Concedendo totum.* Nos enim *superius n. 55.* solummodò de servitute, laicis debitâ, locuti sumus. *Conter D. Blumlacher de servit. cap. 6. q. 3. n. 17.*

Objicies 2. Jure Canonico nulla præscriptio currit cum scientiâ juris alieni. *cap. f. de præscrip.* ergò neque præscriptio libertatis adversùs servitutes rusticas. *xx. Dist. antec.* Jure Canonico nulla præscriptio propria seu positiva currit cum scientiâ juris alieni, concedo, nulla præscriptio impropria seu privativa, nego antec. & conseq. præscriptio libertatis adversùs servitutes rusticas est impropria, quia non requirit possessionem ex parte præscribere volentis, sed solâ nititur prærogativâ temporis; ad exemplum actionum personalium, quæ ad usum & exercitium ita sunt restrictæ, ut intra 30. annos neglectæ extinguantur. *l. un. §. 1. Cod. de annali except. sol. l. 2. Cod. de constit. pecun. l. 3. Cod. de præscrip. 30. vel 40. annorum.* Instabis: scientia juris alieni inducit malam fidem theologicam in præscriptione propriâ: ergò etiam in præscriptione impropriâ. *xx. Neg. conseq.* disparitas patet ex dictis, quia in præscriptione propriâ servitutis urbanæ requiritur factum ex parte domini prædii servientis, quo alterum de possessione juris sui deturber, & libertatem prædii sui usucapiat; ad quòd salvâ conscientiâ decurrere nequit, si notitiam constitutz servitutis habeat. Econtrà præscriptio impropria servitutis rusticæ solâ nititur prærogativâ temporis, neque requirit, ut dominus prædii servientis alterum de jure suo moneat, sed ut saltem patientiam exhibeat, adeoque scientia constitutz servitutis in peccatò ipsum non constituit. *conter*

*Blumlacher d. q. 3. n. 20. & D. Gletle p. 2. sect. quest. 29. n. 7. & 8.*



# TITULUS IV.

## DE USUFRUCTU,

**S**ervitus personalis est, cujus subjectum activum immediatum est persona, sive, ut alii loquuntur, quæ proximæ respicit utilitatem personarum.

Dividitur in nominatam & innominatam. Nominata est, quæ certum à jure nomen habet. Innominata, quæ utilitatem personarum proximè quidem respicit, nomine tamen caret. Hujus species non facillè numeraverim, cum qualibet servitus realis conventionè partium mutari possit in personalem, concedendo v. g. ut Titio recreationis causâ & sine respectu ad utilitatem prædii sui, per fundum sempronianum ad tempus vitæ ire liceat. *Lanxorbach. Colleg. ff. lib. 7. tit. 1. §. 5. & nos preced. tit. §. 6. num. 24.* Servitutes personales nominatæ in Institutis 3. occurrunt, ususfructus, usus, & habitatio.

Vocabulum ususfructus descendit àb uti frui, quod omnem utilitatem ex re proventientem percipere designat. *Vultejus Jurispr. Roman. l. 1. c. 36. n. 25.*

Sumitur ususfructus vel materialiter, vel formaliter. Quam duplicem acceptionem modo philosophico defendunt Basileenses *vol. 8. disp. 24. tit. 1. & 2.* Materialiter sumtus denotat quamlibet perceptionem fructuum: quo sensu etiam dominus usumfructum habere dicitur. *l. 6. princ. ff. de usufr. earum rerum & c. l. 21. §. 3. ff. de except. rei jud. l. 126. §. 1. ff. de V. O. l. 70. §. 2. ff. de fidejussoribus.*

Ususfructus hoc modo acceptus à Doctoribus vocari solet causalis, eo quod conjunctus sit dominio, ac àb illo velut effectus pendeat. Ususfructus formaliter sumtus denotat jus à dominio distinctum seu tale, vè cujus ex re, titulo dominii ad nos non pertinere, fructus percipere possumus. Ususfructus formalis iterùm vel est proprius, vel improprius. Proprius seu verus est, qui constituitur in rebus, quæ post usum salvæ manent. Improprius seu quasi talis, qui constituitur in rebus, quæ per usum absumuntur. *De usufructu proprio parte primâ, de improprio secundâ hujus tituli parte distinemus.*

## P A R S I.

### De Proprio seu vero Usufructu.

#### S U M M A R I A.

1. *Definitur usufructus proprius seu verè talis.*
2. *Scinditur in legalem, judiciale, & conventionalem.*
3. *Constituitur pactionibus, stipulationibus, testamentis, codicillis &c.*
4. *Prescriptione cum titulo.*
5. *Constituere usufructum proprium potest plenus rei dominus, nudus proprietarius, haeres fideicom-*

deicommissio sub conditione gravatus. 6. Non etiam Prælati, mariti, bar-  
 des fideicommissio purè gravati, pupilli, prodigi, minores. 7. Emphy-  
 teuta potest absque consensu domini in fundo emphyteutico, saltem jure præta-  
 rio, usufructum constituere. 8. Vasallus sine consensu domini directi po-  
 test usufructum constituere titula oneroso, non lucrativo. 9. Bona fidei  
 possessor potest certo effectum. 10. Enumerantur persona, qua, & per quas  
 possunt usufructum acquirere. 11. Usufructus legalis, quem pater ha-  
 bet in bonis filii adventitiis, transe in monasterium, si pater proficatur in re-  
 ligione, bonorum stabilium capace. 12. Cum quo tamen, ad aliud monaste-  
 rium transiente, etiam transit. 13. Solvuntur objectiones. 14. Si filius  
 proficatur in religione, bonorum stabilium capace, pater retinet usufructum  
 in bonis adventitiis filii. 15. Diluuntur contraria. 16. Proponitur du-  
 bium, & sententia affirmans, patri deberi usufructum feudi, filiofamilias  
 constituti. 17. Recensentur Authores negantis. 18. Adducuntur Patroni  
 media sententia. 19. nos subscribimus negativa. 20. 21. 22. & 23. In-  
 fringuntur argumenta adversariorum. 24. Verus usufructus constitui  
 potest in rebus mobilibus & immobilibus, corporalibus & incorporalibus, etiam  
 actu indivisib; imò in omnibus bonis. 25. Statuitur forma veri usufructus,  
 tum essentialis, tum accidentalis. 26. Adornatur ejusdem finis. 27. Fru-  
 ctuarius percipiendo omnes fructus facit suos. 28. Potest commoditatem  
 fruendi alteri vendere, locare &c. 29. Ita quidem, ut locaturus proprietari-  
 um aliis præferre non teneatur. 30. Rursus potest omnia removere, qua  
 commoditatem fruendi quomodolibet impeiant. 31. Afferuntur remedia  
 juris, fructuatio competentia. 32. Non potest fructuarius rem fructuariam  
 immutare. 33. Debet cavere, ne res fructuaria damnum capiat. 34.  
 Tenetur ad culpam levem. 35. Item ad onera rei, tum ordinaria, tum  
 extraordinaria sustinenda. 36. Nec non ad rem, finito usufructu, salvam  
 & integram restituendam, quo nomine proprietario cautionem præstat, cujus  
 dua sunt partes. 37. Recensentur persona, ab ejusdem præstatione immu-  
 nes. 38. Est regulariter præstanda per fidejussores. 39. Potest tamen à  
 testatore condonari quoad partem illam cautionis, quâ fructuarius promit-  
 tit, finito usufructu fundam restitutionem iri; secus quoad illam partem, quâ  
 promittit, boni viri arbitratu se usurum. 40. Ekiduntur argumenta con-  
 traria. 41. Caveone contra leges remissa, non propterea legatum intercidit,  
 sed peti potest, si legatarius cautionem offerat. 42. & 43. Finitur usufruc-  
 tus proprius morte naturali fructuarii, maturis etiam, sed nondum perceptis  
 fructibus. 44. Usufructus, persona filia relicta, durat 100. annis. 45.  
 finitur quoque usufructus maxima & media capitis deminutione: hodie ban-  
 Imperiali & provinciali. 46. Confusione seu consolidatione. 47. Mutatio-  
 ne, & exitu rei interitu. 48. Cessione proprietario facta. 49. Facta ex-  
 traneo

tranco, nihil agitur; sed nec aliquid amittitur. § 10 Extinguitur usufructus etiam occupatione hostili. § 11. & § 12. Non utendo 10. vel 20. annis, sive rei sit mobilis, sive immobilis. § 13. Adventu temporis, vel eventu conditionis adjecta. § 14. Expenduntur duo specialia, quae circa usumfructum, pluribus legatum, occurrunt.

## §. I.

1 **D**efinitur usufructus proprius, seu verus, in princ. l. h. e. & l. 1. ff. eod. quod sit jus utendi fruendi alienâ re, salvâ manente ejus substantiâ.

## §. II.

2 **D**ividitur in legalem & non legalem. Legalis est, quem lex ipsa immediate constituit. Constituit autem lex usumfructum 1. patri in bonis adventiculis filiifamilias regularibus. §. 1. l. per quas personas cuique &c. l. 1. Cod. de bonis maternis. l. 6. princ. Cod. de bonis, quae liberis. Quam pater retinet, esto uxore mortuâ ad secunda vota transeat, cum eidem competat jure potestatis patriæ, per transitum ad secundas nuptias non dissolubilis. l. f. Cod. de bonis maternis. 2. Patri emancipatori in dimidiâ substantiâ filii emancipati. §. 2. l. per quas personas cuique &c. d. l. 6. §. 3. 3. Matri, superstitibus liberis ad secundas nuptias devolanti, in bonis, quæ vel immediate à priorè marito habet, vel àb eodem profecta per successionem acquisivit. l. 3. §. un. & quib. sequente. Cod. de secund. nupt. 4. Patri ad secunda vota decurranti, in eadem in bonis, quæ à mortuâ uxore accepit. l. 5. princ. Cod. d. e.

Usufructus non legalis scinditur ulterius in judicialem & conventionalem. Judicialis est, qui constituitur à iudice in judiciis divisorii, puta, familie erciscundæ, communi dividundo &c. ubi, si res commodam divisionem non ferat; iudex solet unâ proprietatem, alteri usumfructum adjudicare. l. 6. §. 1. ff. h. e. l. 16. §. 1. ff. famil. ercis. l. 6. §. 10. ff. commun. divid. §. 4. & 5. l. de off. jud. Quæ adjudicatio eâ prærogativâ gaudet, quod statim operetur jus in re ex parte ejus, cui usufructus fuit adjudicatus, ita ut nomine illius actio realis competat. §. ult. l. d. e. Lauserbach. ff. h. e. §. 12. Clariss. D. Doct. Sebastianus Mayer p. m. de usufructu cap. 4. assert. 26. n. ult. ubi refellit Accursium contra sententem.

Conventionalis est, qui constituitur àb homine privato.

## §. III.

3 **C**Ausa efficiens usufructus sunt modi, quibus constituitur. Constituitur autem vel dependenter à voluntate proprietarii, vel independenter. Dependenter vel actu inter vivos vel ultimâ voluntate. Inter vivos pactionibus & stipulationibus. §. 1. l. 1. 3. in f. princ. l. 37. ff. h. e. l. 38. §. 10. & seqq. ff. de f. o. Ubi tamen

Advertendum 1. per pactioes non intelligi pactioes nudas, sed eas, quæ sunt utiles ad agendam, vel incontinenti adjiciuntur. *Mayer de tr. de usufructu. assert. 23. n. 3.*

Advertendum 2. stipulationibus non solas verborum obligationes, sed cæteros quoque contractus contineri, ut venditionem. *l. 8. §. ult. ff. de periculo & commoderi vend. locationem. l. 10. Cod. h. t. dotis dationem. l. 8. Cod. eod. l. 7. §. 2. l. 66. ff. de jure dot. l. 57. princ. ff. soluto matr.*

Advertendum 3. Tribonianum in *d. h. 1. l. h. t.* non nihil pinguius locutum esse, ac per constitutionem non tam acquisitionem, quàm nudam usufructus promissionem significare voluisse. Promissio igitur usufructus stat in ipsâ pactioe aut stipulatione, ac non operatur, nisi jus ad rem, sive obligationem personalem, ex quâ promittens conveniri potest, ut usumfructum constituat. *arg. l. 16. princ. Cod. h. t. l. 3. princ. ff. de O. & A.* Ipsam constitutionem operatur secuta traditio, quæ quândoque vera, quândoque ficta. Vera traditio intervenit, si fructuarius in rem fructuariam eâ intentione inducatur, ut commodo deinceps illius gaudeat. *d. l. 3. princ. ff. h. t.* Ficta, si patiatu dominus uti frui alterum: quæ patientia vices traditionis sustinet, ac jus in re tribuit. *d. l. 3. l. 11. §. 1. ff. de public. in rem act. junct. l. 20. Cod. de pactis. Siron. exercis. ad pand. 12. ib. 9.*

Ultimâ voluntate constituitur usufructus, si testator in testamento vel codicillo alteri leget usumfructum, retentâ hæredi proprietate: vel econtrâ leget proprietatem, ita, ut usufructus sit hæredis: aut denique uni leget proprietatem, & alteri usumfructum, ut hæres neque proprietatē, neque usumfructum habeat. *d. h. 1. l. d. l. 3. princ. l. 7. princ. l. 6. princ. ff. l. 1. l. 2. Cod. h. t.* Ubi jus reale posttraditam hæreditatem usufructuario ipso jure acquiritur, neque ad hoc traditione vel quasi opus est. *l. 19. §. 1. ff. quemadmod. servis. amis. l. 3. §. 8. ff. de vi & vi armata. l. 64. in f. ff. de furtis.* esto ipsa usufructus quasi possessio rectâ vi ad legatarium non transeat, sed ab hærede præstari debeat; quo pertinent textus in *d. l. 3. princ. ff. ibi: ut hæres jubeatur alieni dare usumfructum &c. & d. l. 16. princ. Cod. h. t. Serv. d. loc. ib. 12. Lauterbach ubi supra §. 16. & 17.* Aliiter respondet *Mayer assert. 24. n. 5.*

Independentes à voluntate proprietarii constituitur usufructus præscriptione. Si quis enim non domino, quem dominum esse credebat, usumfructum sibi concessum habeat, tunc cum titulo, exemplo rerum immobilium, longo tempore, id est, 10. annis inter præsentes, & 20. inter absentes: absque titulo verò longissimo tempore, 30. videlicet vel 40. annorum usumfructum præscribit. Est testa *Coraso ad l. 14. ff. de servis. apud Clariss. D. Doctor. Klingensperger ad Inst. Illustr. assert. 32. n. 4.* communis DD. cui fundamentum subternit generalitas textuum in *l. 24. Cod. de R. V. & l. 27. ff. de usurp. & usurap.* à quibus regulis leges in usufructu nullibi recesserunt. *Roth. d. tr. de usurap.*



*Jacop. & prescript. cap. 3. assert. 30. Magnif. D. P. Collega Schmier de praescript. cap. 5. n. 151.* Neque obstant, quae superiore titulo de praescriptione servitutum realium sine titulo praecedente diximus: ubi enim majus vertitur praesudicium, ibi cautius est agendum. Ususfructus omnimodum rei emolumentum continet. *l. 66. §. pen. ff. de legat. 2.* imò quaedam dominii portionem. *l. 76. §. 2. ff. d. t.* Econtra servitutes reales quam minimo fundi servientis detrimento sunt constituendae. *l. 9. ff. de servis.*

### §. IV.

**S**ubjectum proprii ususfructus duplex est, activum & passivum. Activum est persona eundem constituens. Potest autem ususfructum constituere in genere omnis, qui est dominus & liberam rerum suarum administrationem habet. In specie potest ususfructum constituere: 1. plenus rei dominus. *l. 63. ff. b. s.* 2. Nudus proprietarius. *l. 72. ff. cod.* 3. Qui dominium habet revocabile, puta, haeres fideicommissio sub conditione gravatus, per *l. ult. §. 3. Cod. communia de legatis.* ubi alienatio rei, sub conditione relicta, valet interim & pendente conditione; ergò multò magis valebit ususfructus constitutio pendente conditione, cum plus sit rem totam alienare, quam solum ususfructum in re constituere.

**E**contra ususfructum constituere nequeunt 1. Praelati seu Rectores Ecclesiarum, aut alii Beneficarii in fundis Ecclesiasticis, per *c. 2. in f. de locato & conducto. cap. 5. de rebus Ecclesiarum alien. extravag. ambiciosa. cod. inter communios. l. ult. Cod. de rebus alien. non alienand.* Magnif. D. P. Collega Schmier *tr. de Jure Proprietatis. cap. 4. sect. 2. §. 2. n. 110. & 111.* Esto ipsam fructuum commoditatem ac perceptionem liberè vendere aut locare possint, sine praesudicio tamen successorum. *d. c. 2. Pyrhing de reb. Eccles. non alien. §. 1. n. 10. Confer P. Engelp. m. cod. tit. n. 11.* 2. Maritus in fundo dotali, per *l. 5. ff. de fundo dot.* utpotè cui omnis alienatio dotalis praedii in tantum interdicta est, ut contra legem prohibitionem facta sic ipso jure nulla. *princ. l. quibus alienare licet vel non. l. un. §. 15. Cod. de rei ux. act. s. t. ff. & Cod. de fundo dot. l. 5. Cod. de h. 3.* Haeres fideiuciarus in re, per fideicommissum purè relicta. *d. l. ult. §. 2. & auth. res, qua subjacent. Cod. communia de legatis.* 4. Pupilli, prodigi, minorennes, per *l. ult. Cod. de rebus alien. non alienand.* nè quidem cum consensu & auctoritate tutorum aut curatorum suorum. *l. 3. §. 5. ff. de rebus eorum, qui sub tut. vel curat.* Nisi decretum judicis interveniat. *arg. l. 22. Cod. de administr. & peric. tut.* Quo ipso tamen casu, si pupillus vel minor tæsus fuerit, in integrum restituitur. *l. 2. Cod. si tutor vel curator intervenierit. l. 11. Cod. de grad. & aliis reb. minor.* Neque obstat, quòd minori adversus solutionem, à debitore suo ex decreto judicis factam, restitutio denegetur. *§. 2. l. quibus alien. licet. l. 7. §. 1. ff. de minoribus.* Nam debitor pupillo seu minori tenetur solvere.

Contra nulla cogit necessitas, ut cum pupillo aut minore contrahatur. Ergo magis excusationem meretur ille, qui ex necessitate, quam qui ex merè liberà voluntate ad negotium decurrit. *l. 162. ff. de R. I.*

Dubitatur 1. An emphyteuta absque consensu domini in fundo emphyteutico usufructum constituere possit? *n. Jure directo & civili non posse, posse tamen jure prætorio.* Membrum prius deducitur ex *l. 1. ff. si ager vectigalis &c.* Ubi negat Paulus, eos, qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt à municipibus, dominos effici. Membrum posterius constat partim ex *d. l. 1. §. 1. in f. ubi emphyteuta, usufructum constituenti, utilis in rem actio accommodatur.* Partim ex *l. 1. princ. ff. quibus modis usufructus vel usus amittitur.* Ubi his verbis respondit Ulpianus: *non solum usufructum amitti capitis minutione constat, sed & actionem de usufructu.* Et parvè refert, utrum jure sic constitutus usufructus, an verò institutione prætoris. Proinde traditus quoque usufructus: *isem in fundo vectigali vel superficie non jure constitutus capitis minutione amittitur.* Partim ex *l. 12. in f. Cod. de fund. patrimonial.* Ubi emphyteuta dicitur dominus vel quasi fundi emphyteutici. Partim denique ex *§. 3. l. de locat. conduct. & l. 3. Cod. de jure emphyteut.* In quibus locis emphyteutæ potestas asseritur fundum emphyteuticum alienandi & vendendi, etiam domino directo invito, dummodò ipsi venditionem prius deauntiaverit, ac bimestri abhinc elapso dominus voluntatem suam non declaraverit. Planè jure emphyteutæ, in fundo vectigali extincto, etiam usufructus à ipso constitutus extinguitur. *l. 31. ff. de pign. Videantur Harp. ad §. 1. l. b. t. n. 7. Strysk. ff. eod. tit. §. 5. Ludolphus Schrad. de feudis part. 8 cap. 1. n. 10. in f. Lauterbach. de usufructu §. 20. & ff. quibus modis usufruct. amitt. §. 10.*

Dubit. 2. Utrum vasallus, inscio & non consentiente domino, citrà periculum amissionis feudi, usufructum alteri in re feudali constituere possit? In varias hic DD. abeunt sententiæ, prout videre est ex iis, quæ tradunt Menoch. *lib. 4. præsumt. 142. n. 4. Curt. Fun. de feud. p. 4. q. 15. n. 106. Pinell. ad l. 1. Cod. de bon. matern. part. 3. n. 71. Fach. 7. contr. c. 79. Harp. d. l. n. 8.* ubi monet, à communi negativâ sententiâ in judicando vix ac nè vix quidem recedendum esse.

Nos titulum lucrativum separamus à oneroso. Titulo lucrativo, puta, donationis non potest vasallus usufructum constituere in re feudali. Titulo oneroso, puta, venditionis aut permutationis potest, eo sensu, quo præcedenti titulo *§. 8. n. 42.* diximus, posse servitutem realem fundo feudali imponere. Ratio prioris membri est, quia omnis alienatio, quæ domino detrimentum asserre potest, vasallo est prohibita. *2. f. 52. in f. princ. & 2. f. 55. in princ.* at, si usufructus concedatur merè gratuito, detrimentum asserre potest domino, propter periculum, nè vasallus, sumtibus necessariis destitutus, minus

habilis reddatur ad præstanda servitia, ergò &c. Membrum posterius probatur tum ex 2. f. 8. in princ. vers. rei autem. ubi generaliter permittitur vasallo; servitutum prædio feudali imponere, cujus species procul dubio est usus fructus. Imò in l. ult. Cod. de reb. alien. non alienandis. Servitutis impositio & ususfructus constitutio expressæ æquiparantur in materiâ alienationis prohibitz vel concessæ. Tum ex eo, quia ratione pretii, quod vasallus accipit, ipse uti frui censetur, nec fieri minus habilis ad servitia præstanda. arg. l. 38. in f. & l. 39. ff. h. t.

Objic. 1. Prohibita alienatione rei censetur quoque adempta facultas constituendi usumfructum. d. l. ult. Cod. de rebus alien. non alienandis. At in d. 2. f. 52. in princ. & 2. f. 55. in princ. alienatio feudi sine discrimine tituli lucrativi & onerosi vasallo est prohibita, ergò &c. R. Dist. minorem. Sine expresso discrimine est prohibita, concedo, sine tacito, nego. Lotharius & Fridericus prohibuerunt alienationem, per quam dominorum minuerent utilitas, & undè debita servitia amittebant. Ergò non censetur prohibuisse alienationem, quæ sit titulo oneroso, cum viâ hæc dominorum utilitas non minuat, nec inde debita servitia amittantur. Aliter respondet Harp. d. loc. n. 9. |

Objic. 2. Emphyteuta etiam titulo lucrativo alteri usumfructum constituere potest, esto inde reddatur minus habilis ad solvendum annuum canonem. Ergò etiam id poterit vasallus, esto inde fiat minus habilis ad præstanda servitia. R. 1. Emphyteutz id concessum esse per textum expressum in l. 1. Cod. de feud. patrimon. Vasallo prohibitum. d. 2. f. 52. & 55. R. 2. Neg. suppositum antecedentis, quòd emphyteuta propterea censetur reddi minus habilis ad solvendum annuum canonem, utpotè qui non ad modum fructuum præstat, sed in minimâ sæpissimè consistit portione. Cum econtrà servitia præstanda sint pro modo feudi, quæ per titulum lucrativum translato, vasallus, destituitur sumptibus, ad debita servitia præstanda necessariis.

9 Dubit. 3. An bonæ fidei possessor usumfructum possit constituere in re, quam bona fide possidet. R. Non posse illo effectu, ut ipsum usumfructum propriè dictum alter consequatur: nemo enim plus juris in alterum transferre potest, quàm ipse habet. l. 54. ff. de R. l. Posse tamen effectu alio, nempe ut conditio usucapiendi in accipientem transeat, per l. 11. §. 1. ff. de publ. in rem est. Ubi publiciana ei dicitur competere, cui ususfructus à non Domino fuit traditus. Lauterbach. ff. h. t. §. 21.

10 Subjectum passivum veri ususfructus est persona, eundem acquirens. Potest autem usumfructum acquirere non nisi rei non dominus, sive in solidum, sive pro parte, capax tamen dominii, juriùmque temporalium. arg. §. 3. l. h. t. & l. 10. ff. de usu & usufr. legato. Hinc potest locus à socio. l. 10. ff. usufructuaris quemadmodum caveat. vir à uxore. l. 1. l. 6. Cod. h. t. uxor à marito ususfructum acquirere. l. 12. Cod. eod. Plane non tantum per nostros ipsos,

ipsos, sed etiam per alios, potestati nostræ vel dominicæ, vel patriæ subjectos, ut servos & filios familias, usumfructum acquirimus. *l. 6. §. 2. ff. l. 15. Cod. h. s. l. 18. ff. quibus modis usufr. amis. l. un. §. 2. ff. quando dies usufr. legati cedat.* Ita quidem, ut usufructus per filium familias patri plenè acquiratur, ac penes ipsam, etiam mortuo filio, persistat: item patre civiliter vel naturaliter mortuo non extinguatur, sed in filia continetur, & penes ipsum remaneat. *l. ult. Cod. h. s. & ibi Perez. n. 22. Struv. in evolut. contr. exercit. 12. tit. 7.*

Objic. 1. Quando filius familias ex causâ adventitiâ aliquid acquirit, tunc solus usufructus transit ad patrem, proprietate penes ipsum filium permanente. *l. 6. princ. Cod. de bonis, qualiberis.* Ergò etiam, si filius familias ex causâ adventitiâ acquirat usumfructum, sola utendi commoditas transibit ad patrem, ipse usufructus verò penes filium manebit. *¶. Dist. antec. quando filius familias ex causâ adventitiâ aliquid acquirit, tunc solus usufructus transit ad patrem, si proprietate separari possit à usufructu, esto, si separari nequeat, ut in proposito, nego.*

Instabis: sicut usufructus potest separari à proprietate, ita commoditas utendi fruendi à usufructu. Ergò sicut ex causâ adventitiâ solus usufructus acquiritur patri, ita sola commoditas utendi fruendi. *¶. Antecedens, in ordine ad verum juris effectum, esse falsum.*

Objic. 2. Militia patri per filium non acquiritur, quia est jus personale. *l. 3. §. 7. ff. de minoribus.* Ergò neque usufructus, quia etiam est jus personale. *¶. Neg. causalem antecedentis.* Non idè militia patri per filium non acquiritur, quia est jus personale, sed quia militia censetur esse ex numero rerum quasi castrensium: vel certè quia militia est jus merissimè personale. *confer Brunneanus ad l. ult. Cod. de pignoris. n. 1. Bassum decis. 9. n. 16.* ubi ex glossâ notat, per militiam hic intelligi redditum, ex quo quis militare possit.

Objic. 3. Usufructus feudi patri non acquiritur, juxta docenda infra *n. 16.* ergò neque usufructus civilis & allodialis. *¶. Neg. conseq. disparitas est, quòd feudum ad peculium castrense, vel certè ad adventitium extraordinarium referri debeat. arg. 2. f. 23. inf. cujus generis bonorum usufructus patri non acquiritur. Aub. excipitur. Cod. de bonis, qua liberis &c. secus se res habet in allodio.*

Objic. 4. Re, mortis causâ filio familias donatâ, usufructus patri non acquiritur, si antè donatorem filius decesserit. *l. 23. l. ult. ff. de donat. mortis causâ.* ergò patri per filium usufructus non acquiritur. *¶. Filio antè donatorem mortuo, idcirco usumfructum non acquiri patri, quia per mortem filii donatio fuit infirmata; cum is, qui contemplatione mortis donat, se habere malit, quàm donatarium. §. 1. inf. Inst. de donat.*

Dubitatur 4. An usufructus legalis, quem pater habet in bonis filii adventitiis, transeat in monasterium, si pater proficatur in religione bonorum

stabilium capace? *u.* Cum *Molina de F. & F. disp. 9. n. 16. Sanchez lib. 7 oper. moral. cap. 13. n. 7. Ferdinando à Castro Palao part. 3. oper. moral. tr. 15. disp. 3. punct. 4. §. 1. n. 6. Haunold. de F. & F. tr. 3. cap. 2. n. 122. Paulo Layman Theol. moral. lib. 3. tract. 4. cap. 8. n. 8. Magnif. D. P. Pettschacher p. m. de Jure incommuni q. 2. art. 1. subjecl. 1. n. 10. D. Mayer de usufr. assert. 52. n. 10. Harp. ad §. 3. l. h. r. n. 16. & seqq. Lauerbach. vol. 1. disp. Tubing. de usufr. paterno. sb. 38. n. 2. D. Gleisle assert. jurid. 23. & aliis affirmativè, ibidémque manere, quamdiu pater vivit. Probavi hoc assertum lib. 1. tit. 12. n. 5. ubi vide.*

Dissentiunt *Covar. cap. 2. de testament. n. 8. Fach. 6. contrav. cap. 12. existimantes*, post patris professionem usufructum bonorum adventitiorum ad filium pertinere. Quorum argumenta refelli *d. tit. 12. n. 5.*

52 Dubitatur §. Si religiosus ad ordinem alium, vel monasterium, bonorum stabilium capax, transeat, an etiam transeat usufructus, monasterio per religiosum quæsitus? *u.* Affirmativè. Ita *Palao d. §. 1. n. 8. Layman. d. lib. 3. tr. 1. cap. 6. n. 6. coroll. 2. Sanchez d. cap. 13. n. 62. D. Bassus d. decif. 9. n. 2.* Probatur; usufructus personam sequitur, ac ab eadem ita pendet, ut avelli ab illâ nequeat. *L. 3. §. f. ff. quibus modis usufructus amittit.* ergò, si persona ad ordinem alium transeat, transibit etiam usufructus. Confirmatur: usufructus causam habet successivam, & quotidie velut constituitur. *l. 1. §. pen. ff. de usufructu accrescendo.* Ergò ex personâ religiosi monasterio quotidie velut acquiritur, adeoque si ad ordinem alium religiosus transeat, non habet monasterium prius, quod prætendat.

53 , Objic. 1. Hæreditas, ex personâ religiosi monasterio semel acquisita, non transit cum personâ ad novum monasterium. *cap. statutum. caus. 18. q. 1. Pirhing. lib. 3. Jur. Can. tit. 31. n. 183.* ergò neque usufructus. *u.* Neg. conseq. disparitas est, quia hæreditas causam habet instantaneam, ac semel tantum defertur, & delecta monasterio statim perfectè acquiritur. Usufructus eontrâ causam habet successivam, ac quotidie velut constituitur, cumque à personâ pendeat, necessariò cum illâ transit ad novum monasterium.

Objic. 2. Usufructus, domino per servum acquisitus, non transit ad novum dominum, esto prior dominus servum vendiderit. *l. 15. Cod. de usufr.* ergò neque usufructus, per religiosam monasterio semel acquisitus, transit cum illo ad novum monasterium. *u.* Neg. conseq. paritas, à servo ducta ad religiosum, vel ideò bona non est, quia servire DEO, regnare est, prævidè que servitus DEI, aliis servitutibus malè annumeratur. Deinde assigno ulteriorem disparitatis rationem, quia servus nihil penitus habere potest proprium, adeoque, si usufructum acquirat, eundem etiam ex mente relinquæntis perfectè acquirit dominio, ita, ut nè momento quidem in personâ servi subsistat. At verò homo liber, si antè ingressum religionis usufructum acquirat, eundem,

dem, utpotè absque respectu monasterii vel ordinis relictum, sibi acquirit; à cuius personâ cum ita pendeat, ut subsistere sine illâ nequeat, hinc est, quòd cum personâ ad novum monasterium transferatur. conser *P. Engel Colleg. Jur. Can. lib. 3. tit. 31. §. 3. n. 33. & seq.* ubi plures, & pulchras differentias inter servum & monachum notat.

Dubitatur 6. utrum, si filius proficeatur in religione, bonorum stabilium capace, pater nihilominus retineat totum usufructum in bonis adventitiis filii? *Affirmative.* ita *Sylvest. Ant. Gomez. Azor apud Haunold. d. cap. 2. n. 124. Mol. de J. & J. tr. 2. disp. 140. n. 13. Layman. d. lib. 3. tr. 4. cap. 8. n. 8. Sanchez apud P. Engel d. tit. 31. n. 43. P. Petschacher d. subsect. 1. n. 13. P. Wex Ariad. Carol. Canon. p. 2. tab. 3. in lib. 2. Inst. fol. m. 60. n. 3. Lauzerbach. cit. th. 38. n. 2. D. Mayer cit. assert. § 2. lit. E.* Prob. 1. factum unius alteri nocere, ac iustum aucter non debet, etiâ favore dignum sit. *arg. l. 40. ff. de ad ministr. & peric. tut. l. 11. ff. de R. I.* ergò neque professio filii jus, patri legitime quæsitum, adimere potest. Prob. 2. Si esset ratio amittendi hujus usufructus, esset cessatio potestatis patriæ: at verò usufructus semel, legitime acquisitus, in conservari non dependet à potestate patriâ, cum penes patrem maneat, licet filius sit mortuus. *l. 3. §. 1. Cod. h. t. l. ult. §. 1. Cod. ad SC. Tertull.* ergò &c. Prob. 3. Sunt certi modi in jure statuti, quibus peculium ordinarium transit in extraordinarium, & plena proprietas acquiritur filio: sed inter illos nullibi recensetur professio religiosa filii, ergò absque expresso jure, tantum privilegium & favorem professioni tribuere non licet.

Objic. 1. Juxta usum fori, de quo testatur *Stryck. ff. h. t. §. 13.* pater liberis eos elocando, & separaram œconomiam ipsis concedendo, omnem usufructum relinquere debet; ergò debet eundem etiam relinquere filio, in monasterio post professionem religiosam degente, alendo, & vestiendo. *Neg.* conseq. usus fori est strictæ interpretationis, neque de casu expresso ad non expressum extendendus, prout mihi persuadere non possum, *Stryckium*, de præsententi questione interrogatum, pro monasterio contra patrem responsurum fuisse. Deinde usufructum, quem pater in antecedenti amittit, amittit suo facto & consensu; in consequenti verò amitteret voluntate & facto filii.

Objic. 2. *Nov. §. cap. 5.* ubi habetur, quòd ingredientem monasterium simul sequantur omniâ res. Ergò supponitur, quòd sequantur unacum proprietate & usufructu. *Neg.* Dist. conseq. si ante ingressum in monasterium res fuerunt ingredientis tantum quoad usufructum, quam quoad proprietatem, concedo, secus, nego. Textus oppositus planè non est ad rem, quia loquitur expressè de rebus, quarum usufructus non pertinet ad patrem, eò quod permittatur ibidem filiis libera dispositio & alienatio rerum illarum antè ingressum in monasterium; cum tamen in *l. ult. §. 5. vers. filii autem familiæ. Cod.*

de bonis, qualiberis &c. liberis denegetur licentia alienandi res, quarum ususfructus apud parentes constitutus est.

Objic. 3. Quando filius favore Reipublicæ aut militiæ ob dignitatem vel cingulum liberatur ab oneribus curiæ, liberatur quoque à nexu potestatis patriæ quoad personam & bona. *Nov. 81. cap. 1. §. 1.* ergò eodem modo liberabitur favore religionis & militiæ sacræ; quia sicut in priori casu gravamen patri per amissionem ususfructus illatum, compensatur per honorem filii, ita in posteriori compensatur per preces & sanctam accommodationem filii, per honorem status ecclesiastici, cessationem alimentorum & administrationis bonorum &c.

R. Nego consequ. in materiâ privilegiorum, præsertim si cedant in præjudicium tertii, qui jus quæsitum habet, nè quidem ob majoritatem rationis licet extensionem facere; esto enim Princeps eadem moveri potuerit ad idem privilegium tribuendū monasterio aut religioni, non tamen constat, quòd dederit. Extra casus expressos igitur ususfructus manet penes patrem. *Mol. d. tr. 2. disp. 232. n. 7.* deindè cessatio alimentorum pro ratione privilegii hic malè adducitur, cum pater etiam post mortem filii, adeoque non amplius alendi, nihilominus usumfructum retineat. *d. l. ult. §. 1. Cod. ad SC. Tertull. Equidem summa ratio est, quæ pro religione facit. l. 43. in f. ff. de religiof. & sumpt. fun.* proindèque amplianda, & producenda. Sed sciendum, hoc solum procedere in constitutionibus favorabilibus, qualis non censeretur præsens, quia inveheret correctionem iurium. confer *Glele p. 5. select. quest. 8. n. 59. in f. & meam Jurispr. quintupl. quest. 11. n. 28.*

16 Dubitatur 7. Debeaturnè patri ususfructus feudi, filiosfamiliàs constituti? Prima sententia affirmat. Ita *Alvaros. ad 2. feud. 12. col. 2. n. 8. & ad 2. feud. 50. n. 7. Bachov. in Treutl. vol. 1. disp. 16. th. 2. lit. B. Bocernus class. 5. disp. 14. th. 35.*

17 Altera negat. Ita *Zafius in suo jure feudali cap. 4. n. 6. Schrad. p. 7. cap. 6. n. 9. Gothofred. Ant. disp. feud. 2. th. 6. lit. C. Borcholt. cap. 5. n. 48. Vult. lib. 1. cap. 4. n. 8. Coppen observat. feud. 3. n. 31. Luduvell in synopsi juris feudalis cap. 6. Liborius Hartyserus in analysi juris feudalis cap. 6. lit. C. Struv. in syntag. Jur. feud. cap. 5. aph. 15. n. ult. Rosenthal cap. 7. conclus. 14. n. 13. & seqq. Rolandus à Valle vol. 2. consil. 71. n. 65. & seq. ubi dicit, ab hac sententiâ in consultando & judicando recedendum non esse. Hunn. in Treutl. vol. 1. disp. 16. th. 2. lit. B. quest. 6. Magnif. D. P. Collega Schmier de Jure Proprietatis. cap. 4. sect. 2. §. 3. n. 133. Stryck. ff. h. r. §. 9. Basileenses vol. 8. disp. 35. th. 7. lit. A.*

18 Tertia sententia in certis duntaxat casibus negativæ subscribit. 1. Si feudum est castrense, puta, filiosfamiliàs in militiâ, aut ejus contemplatione concessum. 2. Si est feudum dignitatis, cohærens personæ feudatarii. 3. Si datum ab Imperatore aut Rege. 4. Si filiosfamiliàs vasallus, carens ususfructu, doming feudi commode servire nequit. 5. Si expressum pactum intercessit,

cessit, nè usufructus acquiratur patri. Ita *Sonsbeck ad usus feudorum p. 7. n. 5. & seqq. Curtius Junior in tract. feud. p. 3. memb. 2. n. 46. & seq. Joan. Niellius diss. feudal. 2. th. 5. lit. D. Fach. 7. contr. cap. 77. Bassus d. decis. 9. n. 17.*

Nos elegimus mediam. Probatur 1. feudum est nihil aliud, quam jus utendi fruendi, in re immobili alienâ sub lege mutæ fidelitatis constitutum. *arg. 2. f. 5. 6. 26. 33. 47. & 55.* atqui, ut supponitur, feudum constitutum fuit filiofamiliâ; non patri, ergò filiofamiliâ, non patri, usufructus acquiritur. Probatur 2. refragatur & voluntati domini concedentis, & naturæ feudi, vasallo ad fidelitatem & servitia abstricto, nullum ex feudo obvenire comòdum. *arg. 2. feud. 23.* at, si patri acquireretur usufructus feudi, filiofamiliâ constitui, filiofamiliâ vasallo nullû ex feudo obveniret comòdum, quia proprietas remaneret penès dominum, usufructus autem transiret ad patrem; ergò refragatur & voluntati domini concedentis, & naturæ feudi, patri acquiri usufructum feudi, filiofamiliâ constituti. Probatur 3. in decidendis controversiis feudalibus tenor investituræ primo loco est inspiciendus, ita ut, in quem iste dirigitur, is ad feudum vocatus censetur. *1. feud. 14. cap. 1. S. f. 2. feud. 2. cap. 1. §. ult. 2. feud. 3. cap. 1. §. 1. inf. 2. feud. 12. c. 1. 2. feud. 18. cap. 1. 2. feud. 48. cap. an.* atqui, filiofamiliâ de feudo investito, investituræ tenor in solum filium dirigitur; ergò solus filius ad feudum vocatus censetur. Probatur 4. in peculio adventitio extraordinario sive irregulari patri usufructus non acquiritur; ergò neque acquiritur patri usufructus feudi, filiofamiliâ constituti: ideò enim in peculio adventitio irregulari usufructus non acquiritur patri, quia huic acquisitioni obstat expressa dispositio juris civilis in *nov. 117. cap. 1. nov. 118. cap. 2. nov. 134. cap. 11. indeque desumptis authenticâ, excipitur. auth. item hereditas. & auth. idem est. Cod. de bonis, qua liberis.* At etiam patri in ordine ad acquisitionem usufructus feudi, filiofamiliâ constituti, obstat expressa dispositio juris feudalis in *d. 2. f. 23.* ergò patri nec usufructus feudi, filiofamiliâ constituti, acquiritur.

Objicies 1. pater & filius reputantur pro unâ, eâdemque personâ. *1. ult. Cod. de impuberibus, & aliis substitutionibus.* ergò, dum filius familiâ feudum acquirat, simul usufructus acquiratur patri. R. Antecedens univèrsaliter verum non esse, sed tunc solum procedere, quando voluntas hominis, dispositio legis, aut exigentia negotii non stat in contrarium. Quemadmodum igitur in peculio adventitio extraordinario pater à usufructu excluditur, quia in eo id actum est, nè usufructus ad patrem transeat; sic etiam in feudo, filiofamiliâ constituto, pater à usufructu excluditur, quia in eo id actum est, nè usufructus ad patrem transeat. Confer *d. 2. f. 23.*

Objicies 2. in quæstionibus, jure feudali non decisis, assurgendum est de cisioni juris civilis. *2. f. 1. in fin. princ.* at quæstio, debeat nè patri usufructus feudi, filiofamiliâ constituti, in jure feudali non reperitur decisa; de ju-



re civili verò in aprico est, quòd patri competat ususfructus in bonis adventitiis filii. §. 1. *Inst. h. t. per quas personas cuique acquiruntur. l. ult. Cod. l. 6. Code de bonis, qua liberis.* ergò etiam de jure feudali patri competit ususfructus feudi, filiofamilias constituti. ¶. Neg. minorem quoad primum membrum: Nam non solum per legitimam consequentiam, sed disertissimis verbis juris feudalis in *suprà dicto 2. f. 23.* evincitur, ususfructum pertinere ad eum, quòd feudum accepit.

22. Objicies 3. in bonis allodialibus filii competit patri ususfructus, ergò etiam competit in feudo, quia fructus feudales censentur allodiales, ac naturam illorum habere dicuntur. 2. *feud. 45.* ¶. 1. Hoc argumento probari, quòd nunquam deductum est in controversiam, nimirum ususfructum feudalium fructuum pertinere ad patrem, cum tamen nobis quæstio sit de usufructu feudi. ¶. 2. distinguendo antecedens: in aliquibus bonis allodialibus filii competit patri ususfructus, concedo, in omnibus bonis allodialibus, nego. Interdum non tam ipsi fructus, quàm jus percipiendi, & res, ex quâ percipiuntur, attenduntur, prout fit in fructibus quæstis ex peculio castrensi & adventitio irregulari. Idem obtinet in fructibus feudalibus, qui, estò allodialium naturam habere dicantur, quia tamen non proveniunt ex re allodiali, sed feudali; hinc patri non obveniunt.

23. Objicies 4. Si duo fratres in communi domo habitent, fructus feudi inter illos sunt communes, estò unus duntaxat eorum feudum acquisiverit. 2. *feud. 12.* ergò multò magis, si pater & filius in communi domo habitent, fructus feudi inter illos erunt communes, estò solus filius feudum acquisierit, quia reverentia, parentibus debita, patri suffragatur. ¶. Negando consequentiam. Disparitas consistit in eo, quòd, cum in priori casu feudum communi pecuniâ comparatum fuerit, naturalis æquitas flagitet, ut fructus, ex communi causâ percepti, ad utrumque ex fratribus pertinerent: in casu posteriore deficit hæc ratio; ergò etiam meritò deficit juris dispositio.

### §. V.

24. **O**bjectum veri ususfructus sunt res, in quibus constituitur. Potest autem constitui in omni generis rebus, quarum natura fructuoni est accommodata, sive sint immobiles, ut fundi, agri, ædes &c. sive mobiles sè moventes, ut servi, jumenta &c. aut non moventes, ut statuæ, imagines, numismata aurea vel argentea &c. modò ejus sint indolis, ut post usum salvæ maneat. §. 2. *l. l. 3. §. 1. l. 7. princ. l. 28. l. 41. princ. f. h. t.* undè, cum etiam res incorporales post usum incolumes manere possint, poterit ususfructus verus in nominibus quoque rebus annuis, jure venandi, jurisdictione patrimoniali &c. constitui, & quidem in hac posteriori idè, ut fructuarius multas & pœnas pecuniarias, tanquam fructus jurisdictionis, percipiat. In nominibus verò idè, ut fru-

fructuarius possit percipere usuras. *l. 3. ff. de usufr. ear. rer. que usu &c. Vin. ad §. 2. l. h. t. in princ.* quia & in rebus actu indivisis ac inseparatis usufructus consistere potest, puta, quando duo usumfructum habent in eodem fundo, prout est indistinctus, ac solo intellectu divisus; quo casu usufructus unus est, ac pro indiviso spectat ad quemvis usufructuarius. *l. 5. ff. h. t. Vin. lib. 1. select. quæst. cap. 28. Lauterbach. ff. h. t. §. 25.* cum eorundem duplex esset, si fundus regionibus esset distinctus. *P. Schmier d. sect. 2. §. 4. n. 128.*

Quæres, possitne usufructus constitui in omnibus bonis? *z. Possé, & posse tam inter vivos, quam ultimâ voluntate. Struv. dist. exercit. 12. tit. 8. Zoëf. ff. h. t. n. 10.* Prob. usufructui omnium bonorum neque resistit jus civile, neque naturale; ergo potest constitui. Membrum prius antecedentis satis colligitur ex *l. 29. & 34. §. 2. ff. h. t.* Posterius patet ex eo, quia per constitutionem talem neque infringitur testandi libertas, neque suscitatur votum alienæ mortis.

## §. VI.

**F**orma proprii usufructus est vel essentialis, vel accidentalis. Essentialis consistit in differentiâ specificâ, quâ ab aliis juribus, affinitate junctis, secernitur; quæ in eo sita, quod fructuarius titulo jûris realis commodum omne, quod salvâ substantiâ percipi potest, ex re alienâ percipere valeat. Hâc ratione differt 1. ab usu & habitatione, quæ servitutes non omne rei commodum complectuntur. *§. 1. & 2. infra. de usu & habitatione.* 2. à quali usufructu, qui ipsam substantiam rei absorbet. 3. à feudo, emphyteusi, & dominio, quod marito competit, quæ jura, esto omne rei emolumentum tribuant tribuunt tamen titulo non servitutis, sed domini. 4. à jure coloni, quod eidem quidem omne emolumentum consignat, non titulo jûris realis tamen, sed personalis.

Forma accidentalis stat in adjectione temporis vel conditionis; usufructus enim tam purè. *l. 4. ff. h. t.* quam sub conditione. *l. 54. ff. eod. l. 16. ff. quib. mod. usufr. amit.* Item ex die. *d. l. 4. l. un. §. 1. 3. & ult. ff. quando dies usufr. legat. cedat. l. 16. §. 2. ff. famil. ercisf.* & ad diem constitui potest. *d. l. un. §. 3. l. 37. ff. de usu & usufr. legato.* Nec non in singulos annos, menses, vel dies. *l. 1. §. ult. l. 3. princ. ff. quibus mod. usufr. amit.* Alternis annis, mensibus, vel diebus. *l. 2. princ. & §. ult. l. 28. ff. d. t. d. l. 34. princ. ff. h. t. d. l. 16. §. 2. ff. fam. ercisf. l. 13. ff. de usu & usufructu legato.* Rursus uni purè, alteri sub conditione. *l. 6. §. 2. ff. de usufructu accrescendo.* Planè sub conditione, cum moriar, stipulari usumfructum mihi nequeo, quia usufructus constitutus morte intercidere solet. *l. 51. ff. h. t. l. 5. ff. de usu & usufructu legato.* & à personâ recedere nequit. *d. l. 51. l. 15. ff. famil. ercisf.*

## §. VII.

26 **F**inis ususfructus verè talis est utilitas, quæ ex jure utendi fruendi percipitur, de quâ mox plura circâ effectum sequentur.

## §. VIII.

27 **E**ffectus veri ususfructus est vel directus, vel indirectus. Directus est vel proximus, vel remotus. Proximus est, quòd omne rei emolumentum complectatur, sive, ut explicatiùs loquar, jus fructuario tribuat percipiendi omnem utilitatem, quæ vel ex ipsâ re, vel occasione ejus licitè ac salvâ substantiâ percipi potest, omniâque removendi, quæ perceptionem hanc quomodolibet remorantur. *l. 7. princ. §. 1. & 2. l. 9. princ. l. 59. §. 1. ff. h. t. l. 1. §. 1. ff. si ususfr. pecatur.*

Hinc potest fructuarius 1. obventiones omnes, omnesque fructus, tam civiles, quàm naturales; tam naturales in specie, quàm industriales instar domini percipere; cum hâc tamen inter dominum & ipsum differentiâ, quòd ille fructus suos faciat, esto alius nomine proprio eos separaverit, hic verò non aliter, quàm si aut ipse, aut alius ejus nomine eosdem perceperit. *§. 36. l. de R. D. l. 12. §. 5. ff. h. t. l. 13. ff. quibus mod. ususfr. amitt. l. 25. §. 1. ff. de usuris & fruct. l. 78. ff. de R. V. Lanterbach. ff. h. t. §. 31. & 2. seqq.* Estimatur autem hæc fructuum perceptio non uno semper, eodémque modo. Vel enim fructus ejus sunt indolis, ut factò hominis commodè percipi nequeant, vel possunt factò hominis commodè à corpore separari. Si prius, fructus fiunt fructuarii statim, atque à corpore separati sunt, esto nullum adhuc factum ejus accesserit. Si posterius, fructuarius non aliter acquirit dominium fructuum, quàm si ipse, vel alius ejus nomine fructus perceperit, hoc est, à corpore separaverit, vel suâ spontè separatos collegerit. Ut ecce! fœtus pecorum mox, ac editus est, sit fructuarii: Neque enim pecora obstetricibus indigent, sed separationem fœtus à ventre natura ipsa sibi reservavit, quâ invitâ inûtilis fuerit labor fructuarii, separationem molientis. *§. 37. supra de R. D. l. 28. ff. de usur. & fruct.* Econtrâ frumenti, olearum, pomorum &c. fructuarius non aliter dominus efficitur, quàm si illud vel per se, vel per alium demessuerit, istas excusserit, hæc dejecerit, aut vento dejecta collegerit. *d. l. 13. d. l. 25. §. 1.*

28 2. Non cogitur fructuarius ipse præcisè re, in usumfructu concessâ, uti frui, sed potest jus percipiendi fructus, seu commoditatem fruendi alteri quoque vendere, locare, pignori dare, aut titulo simili concedere. *§. 1. infra. de usu & habit. l. 12. §. 2. l. 38. l. 39. l. 67. ff. h. t. l. 8. §. ult. ff. de peric. & commod. rei vend. l. ult. ff. de usuris & fruct. l. 7. ff. de R. l. 72.* per quam commoditatem Basileenses *vol. 8. disp. 24. th. 10.* intelligunt jus personale fructuarii; cum textus citati appellent jus percipiendi fructus. Planè ipsam prædii proprietatem, quam non habet, pignori dare. *l. 6. Cod. h. t.* aut ipsum jus utendi fruendi,

fruendi, quod omnibus fructuarii ita est infixum, ut avelli indè nequeat. *l. 3. §. 3. ff. quibus mod. ususfr. amit.* in alium transferre nequit. *§. 3. l. h. t. l. 66. ff. de jure dot. Covar. lib. 1. var. resolut. cap. 8. n. 7. Harp. ad §. 1. l. h. t. n. 16. & seqq. Gomez. var. resolut. tom. 2. cap. 15. n. 17. Donell. lib. 10. comment. cap. 8. Lauterbach. ubi supra §. 34.*

Quæstio sat controversa est, utrùm fructuarius, perceptionem fructuum locaturus, cogatur aliis præferre proprietarium, paratum eandem mercedem dare, quam alius daret; an verò liberum sit fructuario, domino proprietatis posthabito, cuicumque extraneo fructuum commoditatem locare?

Communis DD. opinio suadet, dominum proprietatis omnibus aliis præferendum esse: cui opinioni etiam suffragari videntur textus in *l. 1. in f. Cod. de metallariis*, ubi constitutum, metallarios teneri metallum, ex fodinis effossum, præ omnibus aliis vendere principi. Et in *l. ult. Cod. de jure emphyteutico*, ubi emphyteuta obstringitur, rem emphyteuticam præ aliis domino directo vendere. Ergò ad id ipsum tenebitur fructuarius.

Verùm, quia nihil magis præstandum est, quàm nè pecorum ritu sequamur antecedentium gregem, pergentes, non quàm eundum, sed quàm itur. *Seneca de vitâ beatâ. cap. 1.* & opiniones non Doctorum numerus, sed major ratio, veritas, & prudentia commendat; alioquin semper vincerent fatui, quorum numerus, quàm prudentum, major est. *Eminentissimus Auctor Regalis Sacerdotiæ lib. 2. §. 14. n. 6. in f. pag. n. 4 18.* Hinc subscribo sententiæ contrariæ, quæ satis probatur textibus in *d. l. 12. §. 2. l. 67. ff. h. t. l. 14. Cod. de contrah. empt. l. 32. Cod. de locato*, ubi regula habetur, vi cujus nemo cogi debet, uni potius quàm alteri rem suam vendere aut locare, & usufructuario indistinctè conceditur facultas vendendi vel locandi usumfructum, sive proprietario, sive extraneo. Hujus veritatis amicum se mecum ostendit *Johan. del Castillo de usufr. cap. 74.*

Textus oppositi opinioni contrariæ non suffragantur. Imprimis enim, quod in *d. l. 1. in f. Cod. de metallariis* speciali favore fisci constitutum est, ratio non debet in consequentiam, cum valdè interesse credatur reipubl. cæ, me alla effosa, præsertim auri & argenti, ad principem potius, quàm privatos pertinere. Deindè id, quod natura contractûs emphyteutici juxta *d. l. ult. Cod. de jure emphyteutico*, exigit, malè extenditur ad usumfructum.

3. Potest fructuarius omnia remove, quæ fruendi commoditatem quomodolibet impediunt aut remorantur. Hinc potest iter, lumen, aquæ ductum, ac utilitates id genus alias fundo fructuario asserere, si uti frui absque illis nequeat. *l. 30. ff. h. t. l. 1. §. 1. & seqq. ff. si ususfr. petatur. Lauterbach. d. loc. §. 30.* Similiter potest domino reclamare, si fundo fructuario servitutum aut onus simile velit imponere, nisi fortè usui fructui non officiat. *l. 15. §. f. l. 16. ff. h. t.* Concesso enim aliquo, omnia videntur concessa, sine quibus id expediari nequit. *arg. l. 2. ff. de jurisdic. l. 3. §. 3. ff. de S. P. R.*

**31** Effectus remotus sunt remedia, pro acquirendo, retinendo, aut recuperando tranquillo usu juris sui usufructuario competentia, veluti, actio personalis ex testamento adversus heredem ad quasi possessionem usufructus legati consequendam. *l. 3. princ. l. 16. princ. Cod. h. t. l. 1. Cod. communia de legat.* Actio empti, actio ex stipulatu &c. *arg. l. 5. ff. de a. vel a. poss.* Actio confessoria, quâ usufructuarius non tantum adversus dominum, qui usumfructum debet, sed & contra quoscunque alios, qui eum uti frui impediunt, experitur ad hoc, ut iudex declaret, jus ipsi competere, & condemnet adversarium, ut patiatum eum uti frui re totâ sive parte ejus, prout est usufructus constitutus, neque imposterum impediatur, eoque nomine caveat, nec non perceptos à se fructus restituat, ac damna illata cum interesse resarciat. *l. 1. princ. l. 5. §. 1. ff. si usufr. petatur. l. 2. princ. §. 2. ff. si servit. vind. Interdictum. quasi uti possideris, si se solummodo in possessione vel quasi juris sui constitutum asserat, & in eâ turbari, inquietari vè conqueratur. l. ult. ff. uti possideris.* Utile interdictum unde vi, utilis actio ex *l. 7. Cod. unde vi*, aut remedium. *caus. redintegranda. caus. 3. q. 1. casu quo usufructuarius à quasi possessione usufructus dejectus, sicque spoliatus fuerit. l. 3. §. 13. 14. & 17. ff. de vi & vi arm. Interdictum quod vi aut clam. l. 12. ff. quod vi aut clam.* Utilis actio legis aequilæ, si fructibus damnum illatum. *l. 11. §. ult. l. 12. ff. ad l. aquil. vel ipsa res, ex quâ usufructuarius potuisset usumfructum percipere, alterius culpâ perempta fuerit. l. 17. §. ult. ff. h. t.* Actio de servo corrupto & iniuriarum. *l. 66. ff. eod.* Actio finium regundorum *l. 4. §. 9. ff. fin. regund.* Actio communi dividundo. *l. 13. §. 3. ff. h. t. l. 7. §. 5. ff. commun. divid.* Potest insuper usufructuarius servitutes fundo debitas vindicare. *l. un. §. pen. ff. de remissionibus.* Potest cautionem de damno infecto exigere. *l. 13. §. 8. ff. de damno infecto.* Potest denique procuratorio saltem nomine nuntiare novum opus, si extraneus novâ structurâ causam usufructus deteriore reddat. *d. l. un. §. pen. l. 1. §. ult. ff. de O. N. N.*

**32** Effectus indirectus proprii usufructus est, quod obligationem fructuario imponat, utendi re in fructum concessâ, ut bonum virum decet, & cavendi, nè causa proprietatis deterior reddatur. Nequit igitur 1. fructuarius rem fructuariam immutare, adeoque usufructuadium constituto, non licet fructuario diâtas transformare, conjungere, separare: aditus, possicâsque vertere, atrium mutare, viridaria ad alium modum convertere: excollere enim, quod invênit, potest, qualitate adium non mutatâ. *l. 13. §. 7. ff. h. t.* Similiter non permittitur capta perficere, adeoque non potest parietibus, qui rudes fuissent, novum tectorium imponere, quia, esto meliorem adificii conditionem faciat, non potest tamen id jure suo facere; aliud enim est, tueri acceptum, aliud novum facere. *l. 44. ff. eod.* Quinimò esto aliter loco uti nequeat, quàm si eundem immutat, non hoc magis id facere suo jure potest. *l. 61. ff. d. t.* Neque dicas: potest

potest fructuarius in fundo fructuario novas aperire fodinas. *d. l. 13. §. 5. ff. h. r.* ergo potest rem fructuariam immutare. Nam *n.* Fructuarius, dum in fundo metallorum feraci novas fodinas aperit, proprie non immutare fundum, sed adhibere potius ad finem, ad quem à naturâ destinatus est. Undè sicut, si agrum fructuum gratiâ vomere vertat, non dicitur immutare agrum, quia adhibet eum ad finem, ad quem destinatus est: ita etiam si fundum metalliferum fodinis instruat, non immutat fundum, sed adhibet ad finem, ad quem destinatus est. Confer *Joa. del Castillo de usufr. cap. 37.* Planè, licet fructuario de jure non liceat cæpta perficere, si tamen defacto perficeret ædes jam cæptas, aut tectorium illis imponeret, non haberet proprietarius contra fructuarium actionem, aut saltem actio elideretur per exceptionem, *suâ non interest*; quemadmodum nec fructuarius expensas, contra prohibitionem juris factas, repetere posset à proprietario. *arg. l. f. Cod. de negot. gest.* quamvis easdem posset tollere, si fundus non reddatur deterior, quam si initio non foret ædificatum. *arg. l. 38. vers. sufficit. ff. de R. V. vid. Brunne mann. ad. d. l. 44. n. 3. & Stryck. in usu mod. Pandet. b. t. §. 6.*

2. Debet curare fructuarius, nè res fructuaria deterior reddatur: adeo-33 que tenetur custodire rem à furibus, nè surripiatur. *l. 52. §. 3. ff. pro socio. defendere à damno & injuriâ domesticorum. l. 65. princ. ff. h. r. & arg. l. 19. ff. commodati.* Præcavere, nè usucapiatur, quod fit interrumpendo præscriptionem àb alio cæptam. *l. 1. §. ult. in f. ff. usufructuarius quemadmodum caveat.* Prospicere, nè servitus, prædio fructuario debita, non usu amittatur. *l. 15. §. 7. ff. h. r.* Ædes fructuarias reficere, facta tecta conservare, agrum præscindere, vites subserere, aquæductus & fossas purgare, in locum demortuarum arborum alias substituere, gregem ex agnatis capitibus implere, ac impensas id genus alias, causam usufructus concernentes, aut fructuum colligendorum gratiâ facere. *§. 38. l. de R. D. l. 7. §. 2. & seq. l. 13. §. 2. l. 18. l. 64. l. 68. §. f. l. 69. ff. h. r.* Planè si ædes vetustate collapsæ sint, easdem reficere non cogitur, quia impensæ tales ad perpetuam utilitatem rei pertinent, adeoque proprietarium onerant, non fructuarium. *d. l. 7. §. 2.* Quodsi domum collapsam refecerit, potest impensas aut retentione servare, aut actione negotiorum gestorum experiri. *arg. l. 9. princ. ff. de a. r. d. & l. 7. Cod. h. r.*

3. Tenetur fructuarius eam diligentiam adhibere rei fructuariz, quam 34 diligens paterfamilias rebus suis adhibet, adeoque si culpâ latâ vel levi damnum dederit, tenetur id reparare. *d. l. 1. §. ult. l. 2. ff. usufruct. quemadmodum caveat. d. l. 65. princ. ff. h. r.* Ratio desumitur ex *l. 5. §. 2. ff. commodati*, ubi habetur, in omni negotio contracto, in quo utriusque contrahentium utilitas versatur, non latam tantummodo, sed levem quoque culpam præstandam esse àb eo, qui rem debet. Atqui usufructus non unice constituitur gratiâ usufructuarii, sed aliquo modo etiam gratiâ domini, quatenus debet huic cautionem præstare,

stare, & ex tacito mandato etiam novum opus nuntiare. *d. l. 1. §. ult. ff. de Qu. N. N. ergo &c. Donell. lib. 10. comment. de jure civil. cap. 13. pag. m. § 13. prope finem. Struv. in evolus. contr. exercit. 12. th. 23. Lauterbach. ff. h. t. §. 38. Dissentit del Castillo de usufr. cap. 20. n. 18. & post ipsum Magnif. D. P. Schmier d. sect. 2. §. 5. n. 163. existimans, quòd, quia fructuarius omnem rei curam suscipere tenetur, *d. l. 1. §. ult. ff. usufr. quemadmod. cav. de culpa etiam levissimam teneatur.* Cui opinioni ideò non subscribimus, quia ob jus in re, fructuario competens, censetur hic versari quodammodo in re propria, ac causam agendi habere. *arg. l. 25. §. 16. ff. famul. excis.* Neque moramus textum in *d. l. 1. §. ult.* respondentes, fructuarium teneri omnem rei curam suscipere in sensu extensivo, id est, omnium rerum curam, non autem in sensu intensivo, seu omnem gradum diligentiae.*

35 4. Tenetur onera rei tum ordinaria, tum extraordinaria sustinere, adeoque stipendia, vectigalia, pensiones, collectas, tributa, decimas, canones, vulgò Erb. Zinns/ Landsteuer/ Frongelt &c. ac id genus alia praestare. *d. l. 7. §. 2. l. 27. §. 3. ff. h. t. l. 28. ff. usu & usufr. legato. Richter p. 1. decis. 20. n. 4. ubi n. 5. usufructuarium etiam ad servitia militaria in den Ritterdiensten/ obstrictum scribit.* Ratio horum est, quòd ejusmodi impendia onus censentur fructuum. *l. 13. ff. de impensis in rem dot. factis l. 13. Cod. de act. empis.* adeoque meritò fructuarium onerant. *Harp. ad §. 2. l. h. t. n. 154.* Planè si onera haec sint immodica, ita, ut quantitatem fructuum absorbeant, tenetur proprietarius illa refundere. *arg. d. l. 7. §. 2. ff. h. t. & l. 7. §. f. ff. solut. matr. Lauterbach. ubi supra §. 39. & vol. 3. disp. Tub. 2. th. 41.* ubi notat, contributionem legis Rhodiae incumbere proprietario, cum debeatur ob rem servatam, & non sit onus fructuum, sicut caeterae collectae.

36 5. Denique tenetur fructuarius rem finito usufructu salvam & integram restituere, eoque nomine proprietario praestare cautionem, quae duo continet; primum est, viri boni arbitrato perceptum iri usufructum, hoc est, fructuarium non deteriorem causam usufructus reddituum, caeteraque facturum, quae in re sua diligens paterfamilias faceret. *l. 1. §. 3. 5. & 6. ff. usufruct. quemadmod. cav. secundum, finito usufructu se restitutum rem ipsam, quae fruenda datur, sive quòd ex re fructuaria existat. d. l. 1. §. 6. l. 9. §. 3. ff. d. sit. quoad prius membrum stipulatio saepius committi potest, quoties nimirum aliter utitur fructuarius, quam vir bonus arbitrabitur. l. 1. §. 5. & 6. ff. usufruct. quemadmod. cav. quoad posterius non nisi semel, puta, usufructu quoquo modo finito. d. l. 1. §. 6. Praestanda est haec cautio regulariter ab omni fructuario. *d. l. 1. §. 2. vers. sed nisi &c. ff. d. t. l. 4. Cod. h. t.* ita, ut, si cautio exacta, & non praestita sit, fructuarius nullos fructus, licet ante moram perceptos, suos faciat, sed omnes officio judicis sint restituendi. *arg. l. 7. princ. ff. usufruct. quemadmod. cav. & l. 27. ff. de usu & usufr. &c. per legato. dat. cum titulus, quo fructua-**

usufructuarius interim fructus percepit, non præstita cautione ad non causam reducatur, & dominus proprietatis rem quasi pleno jure sibi vindicet. *Mayer de usufructu cap. 7. assert. 41. lit. A. n. 3. Lanierbach. ff. usufr. quemadm. cau. §. 4. in f.*

Excipitur autem, & à memoratâ cautione privilegiatus est 1. pater, qui 37 ratione usufructus, in bonis adventitiis suorum liberorum sibi competentis, à ratiociniis, cautionibus, & omnibus aliis, quæ ab extraneis usufructuariis exiguntur; ob paternam reverentiam immunis pronuciatur. *in l. 6. §. 2. l. ult. §. 4. in f. Cod. de bonis, qua liberis &c.*

2. Is, cui usufructus purè, proprietatis autem ex die legata fuit; cum enim certum sit, proprietatem eidem obventuram, non est, cur satisfaciat. *l. 9. §. 2. ff. usufr. quemadmodum caveat.*

3. Fiscus *l. 1. §. 18. ff. ut legat. vel fideicommiss. caus. cau.* ubi expressè dicitur, fiscum non solere satisfacere; ex eâ fortè ratione, quia fiscus semper præsumitur esse idoneus vel dives. *l. 2. in f. ff. de fundo dotali.*

4. Is, cui à vivo proprietario usufructus constitutus, & cautio nominatim remissa fuit.

*arg. h. pen. Cod. de patris. & l. 13. princ. ff. h. t.* 5. Ab hac cautione liber pronuciatur, qui retento usufructu bona omnia, aut partem eorum donavit,

tum *arg. l. 19. §. 1. l. 49. §. 1. l. 50. ff. de re jud. l. 28. ff. de R. L. ubi traditur,*

eum, qui omnia bona sua alteri donavit, non amplius esse conveniendum, nec in plus teneri, quàm facere possit. Tum quia nemo ex liberalitate suâ damnum

pati debet. *l. 62. ff. de adil. edict. l. 2. Cod. de evict.* atque sententiam hanc in praxi observari, testes sunt *Gail. 2. obs. 145. n. 13. Dyns. cent. 5. obs. 36. n. 2.*

Verùm his subscribere verentur *Harp. ad §. 2. l. h. t. n. 178. D. Mayer d. assert. 41. n. 5. & 6.*

partim ob generalitatem textus in *l. 1. §. 2. in f. ff. usufr. quemadmodum cau.* ubi usufructuarius generaliter jubetur cautionem præstare, ex quo

quodlibet causâ constitutus fuerit usufructus; adeoque etiam comprehenditur casus, quo quis, retento sibi usufructu, bona sua alteri donavit; partim

quia à præsentî donatione nè quidem dilectissimæ personæ, velut uxor, maritus, & liberi &c. si sibi invicem usufructum relinquunt, immunes sunt. *l. 18. ff. de t. l. 1. Cod. h. t.*

Ad 1. rationem in contrarium adductam. 1. Usufructuarius in proposito non ulterius conveniri, quàm facere possit, cum etiam præstitâ cautione retineat usufructum bonorum, ex quo vitam sustentare probe poterit.

Facet, quod uxor & maritus ab onere cautionis non sint exempti, licet iisdem beneficium competentis competat, prout supra docebo *lib. 4. tit. 6. part. 12. §. 4.*

Ad 2. 2. Non esse damnum, quod fit volenti, nec injuriam, quæ scienti & consentienti intertur. *l. 203. ff. de R. L. c. 27. cod. in 6.*

Forma præstandæ hujus cautionis consistit in datione fidejussorum. *arg. l. 13. pr. ff. l. 4. Cod. h. t. l. 7. pr. ff. usufr. quemadmodum caveat.* quod si usufructuarius fidejussores non inveniat, nec moribus suspectus sit, admittendus videtur

ad cautionem juratoriam: secus, puta, si dissoluti moris appareant, fructus, vel pecuniæ



pecuniaz apud sequestrum sunt deponendz. *arg. nov. 112. c. 2. Confer Sebaf. Mayer d. cap. 7. assert. 43. & seq. Lauterbach. ubi supra §. 10. Basiliensis d. diff. 24. th. 4.*

39 De eo altercantur Doctores, an cautio hæc aded necessaria sit, ut, si usufructus testamento, vel aliâ specie ultimæ voluntatis relinquatur, à testatore remitti nequeat? *1. Cum Servvio exercit. ad Pand. 12. th. 70. & Manuoz. de Escobar. de Ratiociniis cap. 9. n. 47.* cautionem hanc quoad primum membrum, quo usufructuarius spondet, se boni viri arbitratu usurum fruturum, remitti non posse. *l. pen. Cod. ut in possess. legat.* posse autem remitti quoad secundum membrum, quo usufructuarius spondet, se, finito usufructu, rem fructuariam restitutum. *d. l. pen. & l. 2. Cod. d. r.* ubi dicitur, cautionem de legatis præstandis esse remissibilem, cautionem verò de usu cum arbitrio boni viri irremissibilem. Ratio diversitatis est, quia remisso primo cautionis membro, sufficienter consultum non esset proprietario, eò quòd actio personalis, adversùs fructuarium malè versatum competens, per inopiam debitoris facile reddi possit elusoria; cùm econtrà remisso secundo cautionis membro, sufficienter adhuc provisum sit proprietario, ut qui per actionem realem, puta, rei vindicationem, rem fructuariam revocare potest. *l. 3. §. ult. l. 7. pr. l. ult. vers. si igitur. ff. usufr. quemadm. cavent.*

40 Objic. 1. Si à vivo proprietario seu hærede usufructus constituitur, potest cautio etiam quoad prius membrum remitti: ergò etiam à testatore. *1. Neg. conseq.* disparitas est, quia testator remittendo cautionem quoad priorem partem, daret latissimam occasionem delinquendi, invitando usufructuarium ad abusum, & sic ad dissipandum, contra expressum textum in *l. 27. §. 3. ff. de pactis.* quod non idem est, si hæres remittat: quia, cùm testator remittit, legatarius ratione hujus remissionis hæredi haud obstrictus est, cùm per facilitè ad abusum rei invitatur; econtrà si vel hæres, vel alius inter vivos cautionem remittit, fructuarius beneficium à eo accipit, & ob remissionem facisidationem ipsi obligatur, habetque proprietarius majorem occasionem admonendi fructuarium, ut benè utatur fruatur. *Gail. d. obs. 145. n. 2. & 3. Mayer d. assert. 41. n. ult.* ubi addit, testatorem ne quidem disponere posse, ut hæres teneatur cautionem insufficientem acceptare, puta, per fidejussorem inopem, sive alium deploratæ fortunæ hominem, præstandam, *arg. l. 6. ff. qui satisfare cog. & l. 3. ff. de fidejuss.*

Objic. 2. text. in *l. 1. Cod. h. r.* ubi generaliter videtur asseri, cautionem fructuariam testamento remitti non posse: ergò nec potest remitti quoad partem restitutionis rei fructuariæ. *1. Neg. conseq.* in opposito textu enim usufructus omnium bonorum testamento relictus fuit, adeoque idcirco improbatæ voluntatè testatoris, cautionem absolutè remittentis, tum quia etiam res fungibiles tali legato continentur, tum quia legibus repugnat, partem illam

cautionis testamento condonati, quâ promittit usufructarius, boni viri arbitrio te-  
 usurum. *Cofter Stryckium in usu mod. Pand. tit. usufruct. quemadm. caveat.*  
 §. ult. in cujus fine tamen annexit, quod in praxi contra oppositam sententiam  
 nemo sibi victoriam polliceri audeat.

Porro remissione cautionis contra leges à testatore factâ, legatum usufructu-  
 aliâs tamen propterea non vitatur, sed potest legatarius nihilominus usufructu-  
 dum oblata cautione petere, per l. 1. *Cod. h. t. & l. 6. princ. ff. ut in possess. lega-  
 torum. Fimm. lib. 1. select. quest. cap. 29. Servv. d. th. 70. Lanterbach ubi  
 suprâ. §. 13.* ubi ait, hanc esse communem sententiam. *Contraquam tamen  
 Hummius var. resolut. ad Inst. lib. 2. tit. 2. q. 26.*

Objicit 1. Textum in l. 7. *pr. ff. usufruct. quemadm. cau.* ubi Ulp. ait,  
 si res usufructus nomine, non exactâ satisfactione, tradita sit, posse heredem  
 rem vindicare, & si eidem objiciatur exceptio de re, usufructus nomine tra-  
 ditâ, replicandum esse. At usufructu legitime constituto, non posset proprie-  
 tarius rem fructuariam vindicare & repetere: ergo remissâ satisfactione, usufructus  
 non est legitime constitutus, adeoque nullius momenti. 2. Textum  
 non esse ad rem; quia non loquitur de remissâ cautione, sed per oblivionem  
 fortè ab heredem non exactâ; siâ quâ traditam rem fructuariam vindicare po-  
 terit, & legatarium, de re usufructus nomine traditâ excipientem, replicatio-  
 ne doli mali remove, nisi paratus sit satisfacere.

Objic. 2. Quæ contra leges sunt factæ, habentur pro infectis. l. 5. *Cod. de  
 l.* atqui usufructus, remissâ cautione legatus, contra leges est relictus: ergo  
 &c. 2. Neg. minorem. Legibus non adversatur legatum, sed remissio  
 cautionis; quâ proinde infirmatâ, salvus manet usufructus, *arg. l. 1. §. 5. ff.  
 de V. O. l. 34. pr. Cod. de donat. & cap. 37. de R. I. in 6.* in quibus locis utile per  
 inutile corrumpi negatur, si ejus fiat indolis, ut separari valeant.

## §. IX.

Contraria veri usufructus sunt modi, quibus finitur. Finitur autem 1. mor-  
 te fructuarii naturali. §. 3. l. 1. 10. 12. & 16. *Cod. h. t. l. 3. §. ult. ff.  
 quibus mod. usufr. amitt.* Ubi ratio insinuat, quia jus utendi fruendi perso-  
 næ coheret, quâ sublata subsistere amplius nequit. Quod aded verum, ut, li-  
 cèt mihi & heredibus meis usufructum stipulatus sim, is tamen morte meâ  
 extinguatur, esto in personâ primi hæredis novus usufructus constituatur. l.  
 38. §. 12. *ff. de V. O.* Similiter si testator testamento disponat, ut ad hæredes  
 quoque facultas illa utendi fruendi porrigatur, usufructus tamen cum personâ  
 primi hæredis penitus extinguitur. l. 14. *Cod. h. t.* quamvis appellatio hære-  
 dis hæredû quoq; hæredes comprehendat. l. 65. l. 170. *ff. de V. S.* Usufructus  
 siquidem suspensè indole est personalis, cujus naturæ proin nomen hæredis se ac-  
 commodat, ac in personâ primi hæredis consumitur. *Servv. in evolut. contr.  
 exerc. tit. 12. th. 33. vers. nosandum. verè & c.* Objic.

Objic. Text. in l. 26. in f. princ. ff. de usu & usufructu per legatum datus. ubi Paulus ait, usumfructum ab hæredis hærede incipere posse, quoties deducto usufructu proprietas sub conditione alicui legata est, & pendente illâ hæres fructuarius decessit. **¶** Disting. incipit ab hæredis hærede, ut in hoc constituitur, nego, ut hic usumfructum cum proprietate, adeoque plenam proprietatem legatario præstare teneatur, concedo. videatur *lex 36. §. 1. ff. h. t.*

Planè cum hodiè tanta pætorum sit efficacia, ut, quamvis naturæ negotii adversari videantur, si tamen bonis moribus contrarium non contineant, propria vi sustineantur; nihil ob stare videtur, quò minus usufructus pro omnibus hæredibus constitui possit, omnesque exceptione pacti se defendere valeant. Neque sequitur, hæc viã spem omnem præcidi, quâ usufructus ad proprietatem redeat. Licet enim non redeat per mortem hæredis, supersunt tamen modi alii, usumfructum finiendi, puta, capitis diminutio, non usus, malus usus &c. *Stryck. in usu moderno Pand. tit. quibus modis usufruct. amit. §. 3.*

43 Porro si personæ sicut, puta, municipio, civitati, Ecclesiæ, Reipublicæ, Universitati, Collegio &c. usufructus sit relictus, cum illa mori non possint. l. 76. ff. de jud. Placuit, eam centum dèrum annorum decursu extingui, tanquam sine vitæ longævi hominis. l. 56. ff. h. t. l. 8. ff. de usu & usufr. legat. & arg. l. 23. §. 1. Cod. de SS. Ecclesiis. Aptè Seneca de brevitate vitæ. cap. 3. ibi: *pervenisse te ad ultimum ætatis humanæ videmus. Centesimus tibi vel supra promittitur annus.* quod tamen intelligendum de usufructu, Ecclesiæ vel monasterio directè, & ratione sui concessio. Nam si propter repræsentationem certè personæ usufructus ad monasterium transfertur, eundem cura illâ personâ expirare, diximus supra n. II. Planè civitas, ante præfatum tempus deleta & aratrum passa (quod olim Carthagini à Romanis contigit) quasi mortua, usufructum amittit. l. 21. ff. quibus mod. usufr. amit. Nec postea restituta cum semel extinctum recipiet, quoniam tunc alia civitas est. arg. l. 10. §. 1. & 7. ff. d. t. Donell. lib. 10. comment. cap. 17. secus est in annuo legato, quod perpetuum. l. 6. l. 20. in f. l. 23. ff. de annis legatis &c. Covarruv. var. resolut. lib. 3. cap. 9. num. 10.

Locus hic sese offert opportunus quæstioni, an usufructus etiam morte naturali fructuarii, maturis, sed nondum perceptis fructibus, decedentis extinguatur?

Ratio dubitandi prima videtur, quòd possessor bonæ fidei jus percipiendorum fructuum ad hæredes transmittat, si & ipsi bonam fidem habeant. Cur non ergò & fructuarius? Secunda desumitur ex §. ult. l. & l. 2. Cod. de locat. ubi colonus jus percipiendorum fructuum transmittere dicitur ad hæredes. Ergò etiam transmittet fructuarius.

Tertia consistit in l. 7. §. 1. & 3. ff. soluto matrimo. Ubi Ulpianus & Papinianus dicunt, fructus rei dotalis soluto matrimonio inter hæredes mariti &

uzorem pro rata temporis, quo matrimonium stetit, dividendos esse, esto necdum percepti sint, adeoque si anni fructus sint 100. & matrimonium steterit, quartâ parte anni, fructuum quartam partem, puta, 25. mariti hæredibus cedere. Ergo etiam inter hæredes fructuarii & proprietarium fructus erunt dividendi.

Verum his non obstantibus omnino respondendum, usufructum extin-44  
gui. Propter textus expressos in §. 36. l. de R. D. & l. 13. ff. quibus modis ususfruct. amit. Neque hoc iniquum videri debet. Nam imprimis possunt hæredes impensas omnes, fructuum causâ factas, deducere, cum fructus non intelligantur, nisi deductis impensis. d. l. 7. princ. ff. soluto matr. Adeoque proprietarius non querit compendium cum dispendio fortunæ alienæ. Deindè si, agris ad falcem maturis, usufructus deferatur, fructuarius universos fructus percipit, esto alieno labore creverint: ergo ægrè ferre non debet, si, ipso ante messem extincto, proprietarius quoque universos auferat.

Ad rationes dubitandi, & quidem ad 1. 2. Inter hæredes bonæ fidei possessoris & usufructuarii latum intercedere discrimen. Illi succedunt in justam existimationem domini, præindèque etiam in jus percipiendorum fructuum. arg. §. 35. l. de R. D. l. 25. §. 1. ff. de usuris. l. 42. ff. de a. r. d. Hi econtra non succedunt in jus personale, quod defunctus habuit, cum perpetuum sit, personalia personam non egredi, sive loquamur de pactis & conventionibus in personam conceptis, sive de privilegiis & beneficiis uni alicui nominatim indultis. l. 1. in f. ff. de constit. princ. l. 12. l. 13. ff. solut. matr. l. 42. ff. de administr. & peric. ius. l. 8. §. 3. ff. de liberat. legat. l. 1. §. 43. ff. de aquâ quodid. & asiv. l. 68. l. 196. ff. de R. l. c. 7. eod. in 6.

Ad 2. 3. Colonum fructus percipere jute contractus, in quo etiam hæredes succedunt. Fructuarium autem jure servitutis, quæ, cum personalis sit, suffragari hæredibus nequit.

Ad 3. 4. Rationem disparitatis esse, quod fructus dotis pertineant ad maritum pro oneribus matrimonii. l. 7. princ. ff. l. 20. Cod. de jure dot. Ergo si aliquâ parte anni sustinuit onera, meritò fert partem fructuum pro ratâ temporis. At verò fructus sunt fructuarii ex causâ & titulo usufructus, si eos ipse percipiat. d. §. 36. l. de R. D. l. 12. §. 5. ff. b. r. l. 13. ff. quib. mod. ususfr. amit. Ergo si pendentibus fructibus decessit, ex nullâ amplius causâ peti possunt; verum enim est, usufructum tanquam causam petendi esse extinctum; verum quoque est, fructuarium non percepisse fructus, neque, quod supponendum, percipere fuisse prohibitum. Confer Clariss. D. Klingensperger quæst. Illustr. ad Inst. 29. Klock. tom. 2. consil. 66. n. 1. qui tamen n. 3. hoc assertum limitat respectu fructuum, qui à solo separati sunt; hos enim ad usufructuarium, ejusvè hæredes pertinere contendit, licèt in horreo non sint reconditi; quia jam existimantur percepti. Limitationem aliam suggerit Struv. exercit. 12.

- ch. 19. quoad fructus civiles. ubi vide, & adde *Hortman. Pijstor. p. l. q. 24. n. 19. & seqq.*
- 45 2. Finitur ususfructus capitis diminutione: perinde enim ut morte, ita quoque capitis diminutione ususfructus expirat; maximâ & mediâ, ex constitutione Justiniani *in §. 1. l. h. t. l. pen. Cod. cod.* Olim etiam minimâ, teste *Paulo lib. 3. sent. tit. 6. vers. capitis diminutio.* Ratio, cur ususfructus maximâ & mediâ capitis diminutione hodie solum finiat, hæc probabilis est; quia his capitis diminutionibus mors quædam civilis contingit, dum prior libertatem aufert, posterior eâ quidem salvâ civitatem; illa liberorum omnium hæc civium numero hominem eximit; ut sic utraque capite minutum tamè civium numero tollat, quàm si is naturâ decessisset. §. 1. *l. quibus modis jus patr. potest solv. §. 1. & 2. l. de capite. diminit. l. ult. ff. cod.* In minimâ autem capitis diminutione hæc ratio cessat. Idem obtinere videtur in proscriptis seu bannitis, qui ob delicta in bannum imperiale per sententiam declarantur. Hi enim capitis diminutionem, & quidem maximam pati intelliguntur, teste *Gail. 2. obs. 86. n. 9. & 10. & de pace publ. lib. 2. c. 1. n. 24. & c. 11. n. 12.* imò ususfructum in territorio bannientis etiam amitti per bannum provinciale, quod aliquem privat juribus Provinciæ, ex qua proscribitur, contra *Schweidrov. ad §. 1. & seq. quibus modis jus patria potest. solv. n. 14.* tradit *Serjck. ff. de capite minuit. §. 8. & tit. quibus modis usufr. amis. §. 4. à quo alienus esse videtur Carpz. pract. crim. part. 3. q. 140. n. 33.*
- 46 3. Finitur ususfructus, si fructuarius rei fructuariæ proprietatem acquisiverit; tunc enim ususfructus perit. *l. 17. l. 27. ff. quib. mod. usufr. amis. qui modus confusio. d. l. 27. & l. 4. ff. usufruct. quemadmo. caveat.* Item consolidatio appellatur. §. 3. *l. h. t. l. 3. in f. ff. de usufr. accrescendo.* Ratio est, quia res sua nemini servit. *l. 5. princ. ff. si usufr. per.*
- 47 4. Finitur mutatione & totius rei interitu. *d. §. 3. in f. l. h. t. l. 5. §. 2. & 3. l. 10. ff. quibus modis usufr. amis.* cujus ratio manifesta; quia ususfructus est jus in corpore, quo sublato & ipsum tolli necesse est. *pr. l. h. t. l. 2. ff. cod.* Mutatio verò hoc loco non quævis, sed eâ intelligitur, cum forma & species rei substantialis, sive ex quâ res subsistebat. & nomen suum habebat, mutata est: hinc si sola pars superior domûs, in ususfructum concessa, incendio consummaverit, manet ususfructus illæ in illâ parte inferiore, quia res fuit in ususfructu concessa sub appellatione domûs, quæ adhuc manet, cum etiam pars inferior domûs sit domus. Similiter insulæ, in ususfructum concessæ, parte quâdam pereunte, non perit ususfructus in parte reliquâ, quia etiam pars insulæ est insula. *l. 53. b. t.* Econtrâ si ex agro stagnum, vel ex stagno exsiccato ager, ex vineâ pratum, aut ex prato vinea facta fuerit; vel si, ædium ususfructu legato, ædes corruerint, aut totæ flammis absumptæ sint, ususfructus non persistit. *d. l. 10. §. 1. 2. & 3.* cum neque stagnum denominetur ager, neque vinea pra-

tum, neque nuda area domus. Et hæc usque ad eò procedunt, ut, quamvis post rei mutationem pleræque partes, quæ erant ex eodem corpore, supersint, tamen earum usumfructum extinctum esse, dicendum sit. Exemplo inter alia sit domus, cujus usumfructu legato, si superficies exusta sit, aut suo vitio corrue- rit, ad eò perit usumfructus, ut nec areæ, nec cæmentorum usumfructus debeatur. *d. §. 3. in f. l. b. t. d. l. §. 2. ff. quib. mod. ususfr. amis.* Etiam si domus exusta sive collapsa restituta fuerit; semel enim extinctus usumfructus amplius non reviviscit. *d. l. 10. §. 1.* Confer, quæ priori titulo §. 13. n. 53. à nobis dicta sunt. Planè si rei mutatæ vetus forma saltem detegatur, usumfructus quo- que restituitur: sic areæ usumfructu relicto, cui ædificium postea impositum est, & per hoc usumfructus extinctus. *d. l. §. 2.* sublata superficie, hoc est, ædi- ficio, usumfructus reviviscit: semper enim eadem area mansit. *l. 36. princ. l. 71. ff. h. t. l. 23. l. 24. princ. ff. quib. mod. ususfr. amis.* Confer *suprà tit. 1. hujus libri P. 3. §. II. n. 48. à nobis scripta.*

§. Finitur usumfructus cessione in jure factâ, si scilicèt usumfructuarius ad sellam prætoris jus suum totum domino proprietatis cedit, sicque planè abdi- cat. *d. §. 3. l. b. t. l. 66. ff. de jure dot. l. 1. circà princ. vetf. sine autem ususfru- ctuarius. Cod. communia de manumiss.* Ratio rursus est, quia res sua nemini servit. *d. l. §. princ. ff. si ususfr. pet.* Ut quâ utatur jure domini, non jure servitutis. *l. 26. ff. de S. P. R.* Dixi, *Domino proprietatis.* Quòd si usus- fructus extraneo cedatur, nihil agi, Imperator verbis disertis pronunciat in *d. §. 3. l. b. t.* Tum quia usumfructus servitus personalis est, personæve coheret, ac cum eâ extinguitur. *l. 1. ff. de servit. l. 3. §. ult. ff. quibus modis ususfr. amis. l. 8. §. 3. ff. de liberat. leg.* Tum quia personalis regulariter cedi nequeunt. *l. 24. ff. de administr. & peric. tut.* Utilitates tamen juris istius personalis, puta, fructus cedi possunt, sicut & vendi. *l. 12. §. 2. l. 38. ff. h. t.*

Controversia admodum hic suboritur quæstio, num cessione extraneo factâ, usumfructus amittatur. & ad proprietatem recurat? Affirmativam tuer- tur Covar. var. resolut. lib. 1. cap. 8. n. 7. Gomez. var. resolut. tom. 2. cap. 15. de servit. n. 17. Donell. lib. 10. comment. cap. 19. Bocernus classe 5. disp. 9. sb. 52. Lauterbach ff. quibus mod. ususfruct. amis. §. 8. Suendendorffer ad Eckelt ff. ibid. in verb. cedendo extraneo &c. Viann. ad §. 3. l. b. t. n. 4. Someting. in auctâ introduct. h. t. n. 12. & alii. Negativam defendunt Wesenbec. in parat. ff. quib. mod. ususfr. amis. n. 5. Jean. Garfias de expens. & melior. cap. 10. num. 37. Mayer. de ususfr. cap. 8. assert. 58. lit. C. n. 4. Harp. ad §. 3. l. b. t. n. 39. & 40. ubi plures alios pro se allegat.

Nos tutiorem & æquiores sententiam judicamus posteriorem, tum pro- pter apertum textum in *d. §. 3. l. b. t.* ibi: *nam cedendo extraneo nihil agitur*: id est, cessio est nullius momenti, non valet, quod agitur &c. *arg. l. 21. §. 4. ff. quod metùs causa. l. 25. §. 3. & seqq. ff. h. t. l. 2. ff. de pignorat. act.* Atqui quod non valet, jus suum nemini auferre debet; cum aliàs non præstet impedi- mentum

mentum, quod de jure non fortitur effectum. *c. 52. de R. I. in 6.* Ergo & ceterum quia extraneo cedens neque deliquit, neque vim ullam intulit, ut proinde iniquum videatur, quemquam jure suo sine culpa privari, per *l. 5. Cod. si mancipium ita fuerit alienatum &c.* Tum denique, quia in aliis quoque juris locis cautum invenitur, ut, si jus cessum vel translatum in aliquem ad cessionarium transire non possit, penes ipsum cedentem remaneat. *l. 20. inf. ff. ex quibus causis majores. l. 38. §. 1. ff. de solut.*

Ad textum in *l. 66. ff. de jure dot.* qui dictis obloqui videtur, respondent communiter, Pomponium in opposita *l. 66.* non dicere, usumfructum propter cessionem, extraneo factam, statim reverti ad proprietatis dominum; sed quod sit reversurus, suo videlicet tempore, id est, cum morte cedentis, vel alio legitimo modo fuerit extinctus. Verum cum responsio hæc post alios displiceat *Manzio ad §. 3. I. h. t. n. 19.*

*n. 2.* Memorata lege ideo nihil probari in contrarium, quia se refert ad non-ens; tantum enim abest, ut vel unus textus appareat, quo dicatur, cessione extraneo facta, usumfructum extinguere, & ad dominum proprietatis reverti; ut potius in *d. §. 3. I. h. t.* in medio modorum, quibus ususfructus finitur, cessio, extraneo facta, expressis verbis eliminetur tanquam medium seu modus finiendi ususfructum. Referens autem non probat, nisi de relato manifestè constet, vel si appareat, relatum esse erroneum. per *nov. 119. c. 3. indeque desumptam auct. si quis. Cod. de edendo. Mevius Consil. 4. n. 122. Consil. 57. n. 126. & cons. 108. n. 63. Coler. de Proceff. execut. p. 3. cap. 1. n. 56. Mascard. de Prob. vol. 2. concl. 923. n. 11. Borch. p. 1. concl. pract. 43. n. 14. Carpz. I. F. p. 1. const. 17. dof. 4. n. 5.*

50 6. Finitur ususfructus occupatione hostili. Si enim res fructuaria sive mobilis, sive soli, capta sit ab hostibus, ususfructus quoque perimitur. *l. 26. ff. quibus mod. ususfr. amit. l. 5. §. ult. ff. de n. r. d.*

51 7. Non utendo, puta, si fructuarius per tempus lege definitum re in fructum concessa aut plane non utatur, aut non utatur ad modum præstitutum, sylvam v. g. modo alio cedendo, quam quo in ususfructum concessa est, aut non jure ususfructus, fortè quòd existimet, se nudum usum habere, ac ideo utatur, non fruatur. *d. §. 3. I. h. t. l. pen. Cod. cod. l. 20. ff. quibus modis ususfr. amit.* Cæterum ut ususfructus non usu extinguatur, debet neque ipse fructuarius, neque alius ejus nomine uti frui: nam si emptor, si conductor, si donatarius, aut persona similis utatur, perinde est, ac si fructuarius ipse uteretur. *l. 38. ff. h. t.* Quod si neque hæc personæ utantur, interest, ex titulo oneroso fruendi commoditas in alterum translata fuerit, an lucrativo? priore casu ususfructus non extinguitur, quia, qui pretium habet, non minus frui intelligitur, quam si re ipsa fruere. *d. l. 38. & l. 39. ff. h. t.* Posteriore casu extinguitur, quia nihil superest, quod vicem fructuum sustineat. *l. 40. ff. eod.* Ratio, cur non utendo ususfructus pereat, hæc dari solet: quia ususfructus in actu consistit, ejus, cui debetur; nec consistere potest, nisi sit aliquis, qui fruatur. *l. un. princ. & §. 2. ff. quando dies ususfr. lex. codic.*

Sed quo tempore usufructus non usu extinguitur? Olim usufructus rei mo- 52  
bilis anno, immobilis biennio amittebatur, teste Paulo lib. 3. sent. tit. 6. vers.  
non utendo. Hodie ex constitutione Justiniani inter presentes extinguitur an-  
nis 10. inter absentes 20. siue constitutus sit in re mobili, siue immobili. *Trenth.*  
& in *enno Bachov. vol. 1. diff. 16. th. 14. lit. H.* Magnif. D. Collega P. Fran-  
ciscus Schmier de *Prescript. cap. 5. sect. 4. §. 4. n. 249.* *Lamierbach. d. loc. §. 6.*  
colligitur satis ex l. 13. *Cod. de servitutibus & aqua.* ubi generaliter asseritur,  
usufructum non utendo 10. vel 20. annis amitti. Neque potest textus hic  
restringi ad usufructum rei immobilis; nam de illo usufructu asseritur, quod  
decennio expiret, qui anno vel biennio prius exinguebatur: atqui usufruc-  
tus rei mobilis anno exinguebatur, juxta mox dicta, ergo &c.

*Richter velit; academ. §. th. 14. circa med. Harp. ad. §. 3. l. h. t. n. 23.*  
& alii, qui distinctionem adornant inter res mobiles & immobiles, ac illarum  
usufructum triennio, harum decennio inter presentes, vicennio inter  
absentes amitti contendunt, fundant se primò in *princ. I. de usucap.* ubi rei  
mobili praefinitum est triennium. Ergo etiam usufructui rei mobilis,  
utpotè qui, tanquam res incorporalis, aestimatur jure objecti, proindeque  
censebitur mobilis, arg. eorum, quæ *suprà tit. 2. n. 6.* à nobis tradita sunt.

Secundò in l. 16. §. 1. *in f. Cod. h. t.* ubi Imperator rescribit, tanti tem-  
poris spatii amitti usufructum, quanti temporis exceptio dominium vindic-  
anti obstat. Atqui vindicanti rem mobilem obstat exceptio triennii. *d. pr.*  
*I. de usucap.* Ergo triennii spatii amittitur usufructus rei mobilis. Sed ne-  
que uno, neque altero fundamento dimovemur à opinione nostrâ: non primo,  
quia quæ *d. tit. 2. hujus libri n. 6.* de juribus & rebus incorporalibus diximus,  
intelleximus de casibus non exceptis. Confer *Gail. 2. obs. 10. & 11. n. ult.*  
Non etiam secundo, quia in *d. l. 16. §. 1. in f.* non indefinite & absolute dicitur,  
tanti temporis spatii amitti usufructum, quanti temporis exceptio domi-  
nium vindicanti obstat, sed quanti obstat inter presentes aut absentes; qui-  
bus particulis sufficienter innuitur, sermonem ibi esse de re immobili, cum distin-  
ctio inter presentes & absentes ad res mobiles haud pertineat. *arg. d. princ. I.*  
*de usucap.*

8. Denique finitur usufructus verè talis temporis siue conditionis exi- 53  
stentiâ: adeoque usufructus ad certum tempus vel sub conditione concessus,  
finito eotempore, vel existente conditione extinguitur. *l. §. 1. 12. Cod. h. t.*  
*l. 15. ff. quib. mod. usufr. amit.* esto enim regulariter usufructus ad vitam per-  
duret fructuarii, nil tamen prohibet, quò minus ad tempus brevius coarctari  
possit. *d. l. 5.*

Porrò dictis modis finitus usufructus revertitur ad proprietarium, ita ut 54  
ex eo tempore nudæ proprietatis dominus plenam incipiat habere potestatem.  
*§. ult. l. h. t. l. 2. princ. ff. quib. mod. usufr. amit. l. 78. princ. ff. de jure dot.*



*l. 3. §. 1. Cod. de secund. nups.* Nisi fortè jure accrescendi ad collegatarium transeat, circa quod duo specialia occurrunt. Primum est, quod locum habeat, postquam usufructus concursu divisus est. *l. 1. §. 3. ff. de usufr. accrescendo.* in exemplo: mihi & tibi usufructus ejusdem prædii legatus est: uterque partem suam agnoscit; tu verò postea deficiis. Cui accrescit portio defecta, proprietario, an mihi? mihi. *d. l. 1. §. 3.* diversum obtinet in proprietate pluribus conjunctim legatâ, ubi post concursum portio defecta non cedit collegatario, sed hæredibus. Ratio diversitatis consistit in eo, quia proprietas semel tantum constituitur, puta, dum vindicatur. Usufructus verò causam habet successivam, ac singulis quasi momentis constituitur, quia sustinetur perceptione fructuum, quæ continuò recurrit. Unde, si legatarius post concursum deficiat, perinde est, atque si initio statim defecisset. *Franck. ff. d. tit. n. 18. & seqq. Stryck. ff. ibid. §. 3.* Alterum singulare est, quod usufructus illi etiam accrescat, qui partem suam amisit. *l. 10. ff. d. t. l. 33. §. 1. ff. b. t. v. g. mihi & tibi usufructus ejusdem fundi legatus est. Ego partem meam non utendo amitto. Tu post amissam meam repudias partem tuam. Cui accrescit portio defecta? mihi, an proprietario? Mihi. dd. h.* dispar est causa proprietatis, in quâ portio deficiens nunquam accrescit legatario repudianti. Ratio disparitatis est, quia in proprietate portio vacans, exemplo alluvionis, portioni accrescit; quam nisi inveniat, non habet, ubi pedem figat. Econtra usufructus personam sequitur, quam si reperiat, eandem mox complectitur. *Stryck. d. §. 3. ubi paulò aliâ conceptâ facti specie ostendit usum forensem d. legis. 10. ff. de usufr. accrescendo. Confer nostram Jurisprud. quintupl. quæst. 9. n. 2. 6 & 32.*

## P A R S II.

### De Usufructu improprio seu quasi tali.

#### SUMMARIA.

1. Definitur usufructus improprius.
2. Constitui potest non tantum ultimâ voluntate, sed & inter vivos.
3. Quis eundem constituere, quis recipere possit?
4. Pro materiâ agnoscit res usû consumptibiles: etiam vestes quotidianas.
5. Adornantur discrimina inter hunc & verum usufructum ac nuda nuda.
6. Statuitur finis.
7. Effectus.
8. Cautio radicalis est de substantiâ hujus usufructus: actualis non etiam.
9. Fructuario quasi tali remitti non potest à testatore cautio.
10. Exspirat hic usufructus morte tum civili, tum naturali.

**H**Actenùs de vero sive proprio usufructu, Agamus paucis de quasi tali: qui

## §. I.

**E**st jus in re consumptibili eâ lege constitutum, ut finito hoc jure res ejusdem generis, aut æstimatio ejus reddatur. §. 2. *l. h. t. ff. de usufructu earum rerum, quæ usû consumuntur vel minuantur.*

## §. II.

**C**ausa efficiens usufructûs hujus duplex est, proxima, & remota. Remota est SCrum. Movit autem senatum ad quasi usumfructum per cautionem constituendum utilitas. *d. §. 2. ibi: sed utilitatis causâ &c.* Hoc est, ut hominum voluntates sortiantur effectum. *l. 1. Cod. de SS. Ecclesiis.* Sicut aliàs in jure propter utilitatem multa contra stricti juris regulas introducta sunt. *l. §. 1. circa f. ff. ad l. aquil. l. 1. Cod. de aq. vel retin. poss.*

Causa efficiens proxima sunt modi, quibus constituitur. Constituitur autem iisdem ferè modis, quibus usufructus verus, adeoque non ultimâ voluntate tantum (de quâ expressa fit mentio in *d. §. 2. & l. 1. ff. de usufructu earum rerum &c. l. 69. ff. ad l. facid.*) sed etiam inter vivos, cum neque natura rei, neque dispositio juris constitutioni huic refragetur. *Hahn ad Wesenbec. ff. de usufr. earum rerum &c. n. 4. Lauterbach. ff. cod. t. §. 4.*

Dissentiunt *Wesenbec. in paratit. d. loc. n. 4. Ludovvel. ad d. §. 2. l. h. t. n. 3. Frantzkins ibid. n. 5.* Eò quòd leges, quibus de usufructu hoc agitur, solummodò loquantur de ultimâ voluntate. Verùm meminisse oportet, exempla non esse mensuram legum, quasi ultrà se non extenderent, sed lumen saltem ac faciem, quâ leges illustrentur. *l. pen. §. ult. ff. de juris & facti ignorant. l. 1. §. 25. ff. de vi & vi arm.* Taceo, crebriorem mentionem iniici ultimæ voluntatis, quia viâ hâc usufructus iste frequentius constituitur; quo factio datur legatario non tantum actio ex testamento, sed etiam confessoria. *arg. l. 10. & 29. ff. de usu & usufr. per legat. dat.* Planè rei vindicatio locum non habet, quia testator non rem & ejus dominium légavit; licèt hoc per rerum traditionem demum, ac per necessariam consequentiam transferatur. §. 2. *l. h. t. l. 7. ff. de usufr. earum rerum &c. Lauterbach. ff. cod. §. 12.*

## §. III.

**S**ubjectum usufructûs hujus duplex occurrit, activum & passivum. Activum est is, qui usumfructum hunc constituit. Potest autem eundem constituere omnis, qui est dominus, & liberam rerum suarum administrationem habet.

Passivum est is, qui usumfructum hunc recipit. Potest autem recipere omnis, qui capax est domini & obligationis.

## §. IV.

**M**ateria seu objectum sunt res, in quibus constituitur. Constituitur autem in rebus, quæ usu pereunt aut minuuntur. *l. 1. §. 1. & 2. ff. de usufr. earum rerum &c.* puta, in frumento, vino, oleo, pecuniâ numeratâ, lanâ, odoribus, aromatibus. *d. §. 2. l. h. t. l. II. ff. d. t.*

De Vestibus dubitatur, an usumfructum verum, vel quasi talem recipiant? Missis variis variorum responsionibus (de quibus *Mayer sapè d. rr. de usufr. cap. 2. assert. 9.*) *xy.* Cum *Harp. ad princ. l. h. t. n. 26.* & pluribus à se allegatis, distinguendum esse inter vestes quotidianas, quæ ipso usu, & alias, puta, scenicas, nuptiales, lugubres &c. quarum perrarus est usus, quæque tempore potius, quam usu consumuntur. Illæ quasi usumfructum. *d. §. 2. l. h. t.* hæc verum recipiunt. *l. 15. §. 4. ff. h. t. l. 9. §. pen. ff. usufr. quemadmodum caveat. l. 5. §. 10. ff. commod.* Confer *Lanterbach. ubi supra §. 6. 7. & 8.*

## §. V.

**F**orma improprii ususfructus consistit in specificâ differentiâ, quâ separatur tam ab usufructu proprio, tum à mutuo. Ab usufructu proprio distinguitur in eo, quod res consumptibiles pro objecto habeat, ac dominium rei, in fructum concessa, fructuario tribuat. *l. 7. ff. de usufr. earum rerum &c.* Cum mutuo tamen affinitatem magnam habeat, non uno tamen modo ab eodem discernitur. Nam 1. in mutuo reddenda res ejusdem generis & bonitatis. *l. 2. pr. l. 3. ff. de R. C.* in usufructu hoc vel res ejusdem generis, vel ejus æstimatione. *sapè cit. §. 2. l. h. t.* 2. In mutuum non veniunt, nisi res fungibiles. *d. l. 2. §. 1.* in usumfructum hunc etiam res aliæ, puta, vestes. *d. §. 2.* 3. Mutuum suapte indole non desiderat cautionem: desiderat hic ususfructus. 4. Mutuum quovis tempore, modo pecunia mutuo accepta jam in necessarium usum sit erogata, repeti potest. *Hannold. de F. & F. tom. I. rr. 3. c. 2. contr. 2. §. 6. n. 131. Accurs. Bart. & passim alii in l. 68. ff. de V. O.* Ususfructus hic certis modis extinguitur.

## §. VI.

**F**inis stat in ipso rerum abusu.

## §. VII.

**E**ffectus ususfructus hujus est, quod rei dominium transferatur in fructuarium, præstitâ tamen cautione, quâ promittit, se finito jure suo restitutum, non eadem quidem corpora, quæ accepit, sed tantummodo æstimationem

tionem eorum. d. §. 2. l. l. 4. Cod. h. t. l. 1. ff. usufr. quemadm. cau. l. 7. ff. de usufr. earum rerum &c. Debet hæc cautio præstari datis fidejussoribus. d. l. 4. Cod. l. 13. princ. ff. h. t. l. 7. princ. ff. usufr. quemadm. cau. l. 1. ff. qui satisfacere cog. l. 7. ff. de pratoris stipulat. In defectum fidejussorum res usufructuaria proprietario relinquenda, ut hic annuatim certam quantitatem fructuum vel pecuniaz usufructuario solvat, præstitâ tamen hoc quoque nomine sufficienti cautione. arg. l. 6. §. 1. Cod. de secund. nupt. ubi expressè deciditur, matre ad secundas nuptias transiente, & de rebus mobilibus à defuncto marito titulo lucrativo acquisitis, & per arbitros taxatis non idoneè satisfacere valente, liberis illius matrimonii, cautione præstitâ, res illas relinquendas esse, ut tamen propterea matri suæ singulis annis debitas usuras pendant. Clariss. D. Doct. Klingengesperger d. assert. 32. n. ult. Atque hanc opinionem tanquam omnium tutissimam & æquissimam Assessores supremi Imperii dicasterii spiræ secutos fuisse, ex ratione quòd hoc modo & usufructuario & proprietario consulatur, nec cuiquam de jure aut commoditate suâ quidquam detrahatur, testis est Mynsinger cent. 6. obs. 48. circa finem, ubi etiam monet, ne ab eadem in judicando recedatur.

Dubium est, sitne cautio de substantiâ quasi usufructus? cum *Hann. oldo* d. §. 6. n. 134. cautionem actualem secernendam esse à radicali, illa non est de substantiâ, quia quasi usufructus tenet, etiamsi cautio hæc non interveniat. l. §. 1. ff. de usufr. earum rerum &c. hæc est de substantiâ. d. §. 2. l. h. t. l. 2. princ. & §. un. ff. de usufr. earum rerum &c.

Objicies. In casu, quo legatur alicui usufructus in 100. amphoris vini, si cautio non interveniat, nihil est, quòd vices proprietatis suppleat. Ergo cautio est de substantiâ hujus quasi usufructus. *Proprietatem sufficienter suppleri per obligationem præstandæ cautionis, si exigatur: esto enim cautio injitio exacta non fuerit, exigi tamen quandocunque potest. Undè licet cautio actualis non sit de substantiâ quasi usufructus: est tamen radicalis, sive jus illius exigenda. Confet Fach. 8. contr. c. 43. Zoëf. ff. usufr. quemadm. cau. n. ult. Struv. d. exercit. 12. ib. 69.*

Ex quo suâ sponte fluit, testatorem fructuario quasi tali cautionem remittere non posse. l. 1. Cod. h. t. l. 6. princ. ff. ut in possessionem legatorum &c. tolléretur enim cautio radicalis seu obligatio præstandæ cautionis, si exigatur: quâ sublata aperto discrimini exponeretur quantitas in fructum concessa, cum conditio illius facile per inopiam debitoris eludi possit. Econtra hæres potest fidem fructuarii sequi, ei res usu consumptibiles absque actuali cautione tradere, ac finito usufructu res ejusdem qualitatis aut æstimationem, utpotè fructuario ad hoc etiam non præstitâ cautione obstructa, condicere. arg. l. pen. Cod. de pallis. quoniam lex, cautionis actualis oneri fructuarium subternens, principaliter privatam hæredis utilitatem respiciat. l. 8. ff. de usufr. earum rerum &c.

¶ c. *Carpx.* l. f. p. 3. *const.* 13. *def.* 12. *D. Mayer de usufructu cap. 7. as-*  
*sert.* 42.

## §. VIII.

**C**ontraria quasi usufructus sunt modi, quibus finitur. Finitur autem 1. morte naturali fructuarii. 2. Maximâ & mediâ capitis deminutione. *d. §. 2. l. l. pen. Cod. h. t. l. 7. 9. & 10. princ. ff. de usufr. earum rerum &c. l. 7. §. un. ff. usufr. quemadm. cau. non rei interitu. arg. l. 11. Cod. si certum petatur. nec non utendo: quia fructuarius efficitur dominus rei in fructum concessæ: dominus autem se suâ uti potest, vel non. *Brunnemann. ad d. l. 7. §. un. n. ult. & d. l. 9. n. 1.* Memoratis modis finito usufructu, resejusdem generis & qualitatis, vel, si æstimatæ fuerint, illarum æstimatio restituenda est. *d. l. 7. ff. de usufr. earum rerum &c.* in ordine ad quod actione ex stipulatu contra fidejussorés agendum, si cautio fidejussoria interposita est; vel eâdem omiâ, contra fructuarium conditione sinè causâ. *l. 5. §. 1. ff. d. t. Lauterbach. ibid. §. ult.**

# TITULUS V.

## DE USU ET HABITATIONE.

### PARS I.

#### De Usu.

#### SUMMARIA.

1. *Alius est usus facti, alius usus juris.* 2. *Posterior definitur.* 3. *Constituitur ferè iisdem modis, quibus usufructus.* 4. *Quis possit illum confirmare, quis acquirere?* 5. *Potest constitui in rebus, in quibus usufructus. Imò in eâdem re uni usus, alteri usufructus concedi.* 6. *In quo differat ab usufructu?* 7. *Licet usurario ex re; in usum concessâ, tantum sumere, quantum requiritur & sufficit ad sublevandam quotidianam indigentiam; quo nomine eidem competit actio confessoria: modo attendat, nè domino molestus sit, si ad fructus colligendos veniat.* 8. *Amittitur usus iisdem modis, quibus usufructus.*

**S**eunda servitus personalis nominata est usus, germanicè *der Gebrauch / der schlechte Gebrauch / qui*

## §. I.

**S**umitur dupliciter, pro usu juris, & pro usu facti. *Usus facti est ipsa actualis usurpatio rei. Usus juris est jus utendi. Quo sensu*

## §. II.

**D**efinitur, quòd sit jus utendi re alienâ, salvâ manente ejus substantiâ. 2

## §. III.

**C**ausa efficiens usus sunt modi, quibus constituitur. Constituitur autem 3  
iisdem ferè modis, quibus usus fructus, puta, legato, contractu, præ-  
scriptione. *princ. l. l. 1. §. un. ff. b. t.* Dixi notanter: ferè: iudicio enim  
familia eriscundæ, aut communi dividundo usus constituit nequit, sicut usus-  
fructus; hic enim est dividuus: usus individuus. *l. 5. ff. de usufr. l. 19. ff. b. t. l. 1. §. 9. l. 81. ff. ad l. falcid. l. 16. princ. ff. famil. ercis. Eckelt. ff. b. t. §. 1. num. 2. & 3. Lauterbach. ibid. §. 9. Struv. in evol. exercit. 12. th. 14. Schambog. l. b. t. pag. m. 276.* Ratio diversitatis est, quia usus finibus angustissimis circumscribitur, ac nudâ terminatur usuarii indigentia, adeoque nihil relinquit, quod divisionem recipiat. Econtra usufructus omne emolumentum, omnesque fructus complectitur: qui cum divisionem recipiant, ipse etiam dividuus censetur. *Vinn. lib. 1. select. quest. cap. 28. Basileenses vol. 8. disp. 24. th. 3. & disp. 35. th. 11. lit. B.* Dissentiunt *Horomannus illustr. quest. 20. & Huon. var. resolut. lib. 2. tr. 2. q. 22.*

## §. IV.

**S**ubjectum usus est vel activum vel passivum. Activum est persona, quæ 4  
constituit usum. Passivum persona, quæ usum recipit. Potest autem usum constituere & recipere omnis, qui usumfructum.

## §. V.

**O**bjectum usus sunt res, in quibus constituitur. Potest autem constitui 8  
in omnis generis rebus, in quibus usufructus.

Dubitatur, possitne in eadem re uni usus, alteri usufructus concedi? *u.*  
Pesse: nam usus emolumentum rei delibatur tantum, non absumit: ergò relin-  
quit, quod usufructus absorbeat. Videantur *l. 42. princ. ff. de usufr. & l. 5. §. 2. ff. usufr. quemadm. caveat.*

Objicies: qui fructum habet, censetur hoc ipso etiam habere usum, quia fructus absque usu est nullus. *l. 14. §. 1. ff. b. t.* Ergò non potest in eadem re uni fructus, alteri usus concedi. *u.* Dist. antec. qui fructum habet, censetur hoc ipso etiam habere usum materiale, in effectu, seu quoad utilitatem, esto, formalem, & qui dicit servitutem distinctam, nego. Confer *Hannold. d. contr. 2. §. 7. n. 136. & 137. Harp. ad §. 1. & seqq. l. b. t. n. 2. cum seqq. Frideric. Rhesium dissert. ad Inst. 11. posit. 25.*

## §. VI.

6 **F**orma usus consistit in differentiâ specificâ, quâ secernitur ab usufructu: quæ differentiâ in eo sita, quòd ulus terminetur quotidianâ utentis sufficientiâ, adeoque ad plures fructus non porrigatur, quàm sicut necessarii ad tolerandam vitam. §. 1. l. 1. 12. §. 1. ff. h. t. Usufructus autem ulterius progreditur, ac fructus omnes continet, qui ex re, salvâ manente ejus substantiâ, percipi possunt. d. §. 1. l. 7. l. 9. ff. de usufr.

## §. VII.

7 **E**ffectus usus est, vel directus vel indirectus. Directus est vel proximus vel remotus. Proximus est, quòd facultatem usufruario tribuat, tantum commodi ex re alienâ sumendi, quantum requiritur & sufficit ad tolerandam vitam, ac sublevandam quotidianam indigentiam. Nam, ut mox dictum, usus terminatur necessitate vitæ, adeoque plus commodi non tribuit, quàm requiratur ad vitam congruè sustentandam. Hinc

Inferes 1. usufructuarius non posse usum suum alteri vendere, locare, aut gratis concedere. d. §. 1. & 2. l. 8. princ. l. 11. ff. h. t. Hoc ipso enim, quòd usus pro mensura habeat indigentiam solius usufructuarii, terminos hic sibi præfixos excederet, si usum transferret in alium, nisi fortè constituens aliud vel expressè, vel tacitè concesserit, ut si usum equi aurigæ, quem scivit, aut certè scire debuit, quòd usum equi aliis locare soleat, vel si usum sylvæ alicui legaverit, qui futurus & inutilis futurus esset, nisi legatarius posset ligna cedere, casâ vendere, &c. quibus proinde casibus, ac similibus propter conditionem usufructuarii aut qualitatem rei usufructuariæ constituens usum usufructuario etiam tacitè locationem, venditionem &c. permisisse censetur. d. l. 12. §. 4. l. 22. princ. ff. h. t. Carpz. d. p. 3. l. f. conf. 13. def. 4. n. 7. & seqq. Stryck. ff. h. t. §. 2. Lanterbach ibid. §. 7. ubi idem tradunt de casu sylvæ nimium distantis, & bibliothecæ, homini illiterato in usum concessæ.

Inferes 2. usu ædium concessæ, aliud non licere usufructuario, quàm cum uxore, liberis, famulis, ac familiâ totâ illas inhabitare: nurus etiam cum socero & e-contra: quilibet cum parentibus, agnatis, & affinibus inhabitare potest. d. §. 2. l. 1. 2. §. un. l. 4. §. 5. & 6. ff. h. t. Inquilinum recipere non potest usufructarius, nisi ipse simul habitet. Quid enim, si tam spatiosæ domus usus retictus sit hominibus mediocri, ut portiunculâ contentus sit, quis ægrè ferat, si inquilinum recipiat pro certâ etiam mercede? d. l. 4. princ. Hospitem recipere vix permissum est. d. §. 2. quamvis post multas veterum altercationes eò tandem devoluta res sit, ut visum fuerit, usufructuario id concedendum. d. l. 2. §. un. ff. h. t. Lanterbach ubi supra. §. 6. Quod tamen non eo trahendum, ut tabernam cupidinariam exercere possit, quæ publicè viatoribus omnibus & peregrinis pateat, partim quia

id usufructuario non licet facere. *l. 13. §. ult. ff. de usufr.* partim quia diversoria publica eò collimant, ut necessitatibus itinerantium succurratur: usus autem necessitatem solius usufructuarii pro fine habet. *Vinn. ad d. §. 2. l. h. t. n. 1.*

Inferes 3. Usu servorum relicto, solum usufructuarium ministerio servorum cum familiâ suâ uti; non autem operas illorum alii locare aut utendas concedere posse. *§. 3. l. d. l. 12. §. pen. ff. h. t.*

Inferes 4. usu pecorum concessio, posse usufructuarium uti bobus ad arandum, equis ad vehendum, & agris stercoreandum. *§. 4. l. d. l. 12. §. 2. & 3. ff. h. t.* foetus animalium non pertinent ad usufructuarium, quia in fructu sunt. *§. 37. supra de R. D. d. §. 4. l. d. l. 12. §. 2. ff. h. t.* & foetus editus est corpus, à matre distinctum, proindeque usufructuario aliâ uteretur, quam cujus usum accepit. *Brunnemann ad d. l. 12. n. 7.* Sed neque lanâ uti potest, *ad. taxibus.* quia, nisi transformetur, nullus illius notabilis usus est. *Brunnemann. d. n. 7.* in lacte tamen favore ultimarum voluntatum receptum, ut modicum sumere possit, quantum sibi & suis sufficiat in ratione lactis, non ut inde butyrum aut caseum conficiat. *d. l. 12. §. 2. inf. Junct. l. 12. ff. de R. L. Haunold. ubi supra. n. 138. circa f. Bechmann ad d. l. 12. §. 2.*

Effectus remotus consistit in remediis, quibus defenditur & vindicatur usus. Hæc inter præcipua est actio confessoria, de qua suo loco: planè actio communi dividundo usufructuario accommodari nequit, conformiter iis, quæ n. 3. hujus partis priore advertimus.

Effectus usus indirectus est, quòd usufructarius teneatur rem in usum concessam reficere, illaque sic uti, nè domino molestus sit, si veniat ad fructus colligendos, aut impedimento illis, qui agri colendi gratiâ à domino aut usufructuario mittuntur. *d. §. 1. d. l. 10. §. ult. inf. ff. h. t.* Item quòd ad exemplum usufructuarii, finito usu, rem salvam & integram restituere, ac eo nomine cautionem præstare debeat. *l. §. 1. ff. usufr. quemadmodum caveat. Harp. ad pr. l. h. t. n. 10. Lauterbach. ff. cod. §. 8.*

Circà refectionem tamen videndum, sitnè res in usum concessa ejus indolis, ut post usum fructus aliquis remaneat, an verò usus fructum omnem absorbeat. Si post usum fructus maneat, & quidem notabilis, resectio non ad usufructuarium, sed ad illum pertinet, qui fructum & plusemolumentum accipit. *l. 18. ff. h. t.* Sin fructus usus notabiliter non prævaleat, resectio utrique incumbit, puta, usufructuario & usufructuario. *d. l. 18.* Quòd si usus fructum omnem absumat, resectio usufructuario incumbit, dummodò res impensas modicas desideret: immodicas existimem cum *Brunnemann ad d. l. 18. n. 2.* à proprietario ferendas esse, nè usus cæteròquin reddatur inutilis ac derisorius. Sub datâ distinctione respondendum est, si queratur, an usufructarius tributa & vectigalia solvere teneatur? tenetur nimirum, si omnem utilitatem & commodum percipiat, quia tributa sunt onera fructuum, & à possessore exiguntur: secus hoc eveniret ad usufructuarium,



rium, vel ad usufruarium spectant. *Vinn. ad rubr. l. h. s. in f. Lauterbach d. §. 8. Carpz. illustr. decis. 69. in f.*

### §. VIII.

**C**ontraria usûs sunt modi, quibus amittitur. Amittitur autem iisdem modis, quibus usufructus. *d. princ. l. h. s. in eo tamen hic quoque ab usufructu discrepans quòd conjuncto non accrescat: cum enim divisionem respuat, neque pluribus relinqui potest. Schambogen ad princ. l. h. s. pag. m. 277. Quòd si defectò usus pluribus relinquatur, res ità transigetur, ut usu integro, uni adjudicato, hic alteri vicissim condemnatur in præstationem partis quòd æstimationem. l. 10. §. 1. ff. communi divid. aut ut utendi necessitas inter eos per tempora dividatur, per l. 19. §. f. ff. d. s.*

## P A R S II.

### De Habitatione.

#### S U M M A R I A.

1. Traditur Desinitio, habitationis.
2. In quo differat ab usufructu & usu.
3. Qui habitationem habet, potest vel ipse inhabitare, vel ædes alteri locare inhabitandas.
4. Finitur habitatio morte naturali habitatoris, & lapsu temporis, cui alligata fuit.
5. Disquiritur, qua sit differentia inter legatam domum ad inhabitandum, legatam habitationem, & legatam facultatem habitandi?

### §. Unicus.

**T**ertia Servitus personalis nominata est habitatio, quæ

**D**efinitur, quòd sit jus per se vel per alium inhabitandi ædes alienas, salva manente earum substantiâ.

**D**iffert servitus hæc à reliquis non tam substantiâ quàm gradu, sive utilitate. Nam plus utilitatis complectitur usufructus ædium; quàm habitatio, & plus habitatio, quàm simplex usus ædium; usufructus siquidem ad omnem planè utilitatem se extendit, adeòque fructuarius non habitare tantum, sed horrea quoque ad recondendos fructus, & cellas ad vina reponenda elocare potest. *l. 13. Cod. de usufructu.* habitatio verò ad illam saltem utilitatem porrigitur, quæ ex inhabitatione quâ tali percipitur.

**C**ontra habitatio in eo præstat usui, quòd is, qui habitationem habet, possit vel ipse inhabitare, vel ædes alteri locare inhabitandas. *§. pen. l. h. s. usufructus vero inhabitare ipse tenetur, per jura præcedenti parte allegata.*

Illud singulare est, quòd præsens servitus saltèm morte naturali habitato-  
 ris, & elapso tempore, cui alligata fuit, finiatur. Non usu, aut capitis dimi-  
 nutione non extinguitur, sed persistit, esto quis capite minutus, aut tempo-  
 re, servitutibus aliis præstituto, usus non fuerit. *l. 10. princ. ff. h. s. l. pen. ff. de capite minusis.* Magnif. D. P. Schmier de *Præscript.* c. 5. n. 252. ratio, cur non amittatur non usu, assignatur à *Hannold. d. contr. 2. §. 9. 148. circa f.* quia magis in facto, quàm Jure consistit, adeoque dies ejus toties cedere videtur, quoties lubet alteri habitare. Verùm displicet hæc ratio *Vulscio apud Schambog. ad d. §. pen. l. h. s. pag. m. 280.* qui proindè dat hanc: quòd, cùm Romani viderint, sæpiùs huic Legatum usumfructum, isti usum ædium, illi habitationem, propterea voluerint aliquas esse hæc inter Legata differentias. Neque obstat *Lex 13. Cod. de servit. & aqua,* ubi Justinianus censuit, omnes servitutes non utendo amitti. utique enim per legem generalem non tollitur decisio casus specialis. *Brunnemann ad d. l. 10. n. 4.* Confer *Schambogen ad d. §. pen. pag. m. 279.* Porrò ratio, cur habitatio capitis diminutione non amittatur, est, quia sicut legatum alimentorum, ita nec habitationem placuit legibus alligare statui personæ. *Hannold. loc. cit. in fine.*

Quæres, quid intersit inter hos 4. legandi modos: lego domum meam ad habitandum, lego habitationem meam, lego habitationem ædium mearum, lego facultatem habitandi? *¶.* Primo & secundo modo legato relicto, posse legatarium vindicare dominium domûs, cùm plena proprietas legata intelligatur, tum *arg. l. 4. princ. l. pen. §. 1. ff. de aliment. & cibar. legat. l. 15. ff. de aur. argens. legat. l. 31. §. 1. ff. de donat.* tum quia testator habitationem non poterat appellare suam jure servitutis, cùm res suo domino non serviat; adeoque verificatur evidentissima probatio, quam Princeps in *l. 13. Cod. de usufructu &c.* injungit legatario, ut specialiter ostendat, dominium domûs sibi relictum esse. Tertio modo relicta censetur servitus & jus habitandi, consequenter juri locandi ædes inhabitandas locus dabitur. *d. l. 13. Cod. de usufructu.* quarto sola commoditas personalis legata videtur, quæ alteri cedi vel locari non potest, cùm in facto, non jure consistat. *Harp. ad §. 5. l. h. s. n. pen. Bassus decis. 7. n. 9. Mantica de conject. ult. volunt. lib. 9. tit. 4. n. 8. & 9.*

## TITULUS VI.

DE

# USUCAPIONIBUS ET LONGI TEM- PORIS PRÆSCRIPTIONIBUS.

### SUMMARIA.

1. Usucapiente nomen trahat?
2. Quæ inter eam & præscriptionem differentia?
3. Quotupliciter sumatur?
4. Definitur.
5. Dividitur in propriam & improp-

*impropiam, in ordinariam & extraordinariam. 6. Non fundatur in re-  
 citâ derelictione prioris domini. 7. Est tamen juris naturalis eo sensu, quæ  
 distinctie dominiorum ad jus natura reducitur. 8. Item est juris gentium  
 propriè dicti. 9. Et creatura legis positiva humana, tum civilis, tum ca-  
 nonica. 10. Justitiam in foro interno. 11. Quidquid opponatur in con-  
 trarium. 12. Quinam usucapere possint, qui non? 13. res sacra, san-  
 cta, religiosa, liber homo, res mera facultatis præscribi nequeunt. 14.  
 Furi pignoris tempore longissimo potest præscribi. 15. Sotumntur contraria.  
 16. Eodem tempore præscribitur juri redimendi rem venditam, esto placuo-  
 rit, ut semper & in perpetuum redimere liceret. 17. Examinatur, quan-  
 do partes ancilla furtiva possit usucapi. 18. Inquiritur, an idem præcedat  
 in factu pecudum furtivarum? 19. Nec res vi possessa, nec quod præcon-  
 suli vel Prætori contra legem Juliam datum est, usucapionem admittit. 20.  
 Quid juris de rebus fisci? 21. Quid de rebus Principis? 22. Possunt  
 quandoque subditi immunitatem præscribere à tributis. 23. Similiter quan-  
 doque præscriptionem admittunt jura, qua summam potestatem sequuntur.  
 24. Prohibentur præscribi res dotales. 25. Res civitatis. 26. Res Eccle-  
 sia. 27. Res mobiles immediatè ad Ecclesiam Romanam spectantes jure  
 Canonico, eodem privilegio gaudent, quo immobiles. 28. An etiam jure  
 Civili gaudeant privilegio præscriptionis centenaria? controversum est. 29.  
 Affirmant multi. 30. Quorum fundamenta adducuntur. 31. Defendit-  
 tur sententia contraria à variis Doctoribus. 32. Qua probatur. 33. Et  
 diluantur argumenta contraria. 34. Res immobiles Ecclesiarum, Roma-  
 nâ inferiorum, non nisi 40. Annis præscribuntur. 35. Item res mo-  
 biles pretiosa. 36. non pretiosas verò triennio præscribi, contendunt non  
 pauci. 37. Quorum sententia rejicitur, & adversus Ecclesias, Romanâ  
 inferiores, præscriptio minor admittitur, quam quadragenaria, sive disci-  
 mine inter res mobiles & immobiles. 38. Disquiritur, quanto tempore  
 præscribat Ecclesijs exemptis? 39. Tractatur de diversis ordinibus, &  
 religionibus privilegiatis. 40. Quandoam res pupillares præscribi valeant?  
 41. Quando res minorum? 42. Fenda, absque consensu domini directè  
 male alienata, quoad dominium directum à possessore spatio 30. annorum  
 præscribi nequeunt. 43. Cujus sententia fundamenta adducuntur in me-  
 dium. 44. Et motiva adversa removentur. 45. Pra cæteris omnibus ad  
 præscriptionem requiritur bona fides, qua describitur. 46. Et bifariam  
 dividitur. 47. De jure Civili sufficit, si initio præscriptionis adfuerit:  
 de jure Canonico verò requiritur totis tempore. 48. Dubiam aliud dicitur  
 practicum, aliud speculativum. 49. Cum qua posterior non potest inchoa-  
 vi præscriptio. 50. Infringuntur argumenta contraria. 51. Dubiam spe-  
 culativum superveniens non impedit præscriptionem rite ceptam. 52. Cum  
 dubio*

*Dubio practico non potest inchoari prescriptio.* 53. *Quod si etiam superveniat, impedit prescriptionem rite ceptam.* 54. *Enervantur textus & rationes adversariorum.* 55. *Facta comparatione ad personas, ad prescrip- tionem non sufficit bona fides respectiva, sed requiritur absoluta.* 56. *Respondetur ad textum in l. 5. in t. pr. ff. pro derelicto.* 57. *Comparatione verò facta ad diversa jura, vel ad diversas partes ejusdem rei, sufficit bona fides respectiva.* 58. *Definitur & dividitur ignorantia juris.* 59. *Qua, si vincibilis sit, impedit prescriptionem.* 60. *Invincibilis verò, & juris dubii non impedit.* 61. *Sicut nec invincibilis ignorantia juris certè impedit prescriptionem ordinariam respectu illarum personarum, in quibus toleratur error juris.* 62. *Quoad illas verò, in quibus non toleratur, impedit pro utroque foro.* 63. *Respondetur ad objectiones.* 64. *Invincibilis ignorantia juris certè non impedit prescriptionem extraordinariam.* 65. *Sicriantur Achilles adversariorum.* 66. *Ignorantia facti proprii impedit prescriptionem ordinariam.* 67. *Facti alieni non etiam.* 68. *Satisfit opposi- tionibus.* 69. *Ignorantia mixta quoque prescriptionem ordinariam impedit.* 70. *Proponitur controversia, prositne aut nocent bona vel mala fides authoris successori?* 71. *Explicatur vox authoris.* 72. *Quis dicatur succes- sor universalis, quis singularis?* 73. *Bona fides authoris prodest successorì tam singulari, quam universali, ita, ut unus & alter possessionem autho- ris cum sua conjungere possit.* 74. *Solvitur objectio.* 75. *Mala fides authoris in ordine ad prescriptionem ordinariam rei tum mobilis, tum immobili- lis, nocet successorì singulari, si uti velit accessione temporis: secus, si usucapionem rei mobilis a se incipere.* 76. *Diluntur argumenta contraria.* 77. *Mala fides authoris, rem immobilem ignorante domino alienantis, in ordine ad prescriptionem ordinariam nocet successorì singulari proximo, ita, ut hic ne quidem à propria personà usucapionem possit incipere.* 78. *Pan- ditur sensus Nov. 119. c. 7.* 79. *Mala fides Authoris, rem immobili- tem ignorante domino alienantis, in ordine ad prescriptionem ordinariam, non nocet successorì singulari mediato, si hic à personà propria velis prescrip- tionem ordiri.* 80. *Satisfit objectioni.* 81. *Mala fides authoris, rem à se hypothecans distrabentis, in ordine ad prescriptionem ordinariam non nocet successorì singulari.* 82. *Mala fides authoris immediato successorì uni- versali usque adeò nocet in ordine ad prescriptionem ordinariam, ut nè qui- dem à personà propria incipere eandem possit.* 83. *respondetur ad argumen- tum contrarium.* 84. *Mala fides authoris in ordine ad prescriptionem or- dinariam non nocet successorì universali mediato, quò minus hic, siue ha- res suus sit, siue non suus, eandem à personà propria possit incipere.* 85. *Enervantur argumenta contraria.* 86. *Mala fides authoris non nocet suc- cessorì universali in ordine ad prescriptionem extraordinariam.* 87. *Ever-*

tuntur fundamenta opposita. 88. Si defunctus initio fuit in bonâ fide, potest hæres usucapere, esto defunctus postea scientiam acquisiverit rei aliena. 89. Solvuntur objectiones. 90. Utrum actiones personales cum scientiâ juris alieni extinguantur? Doctores & momenta pronegativa referuntur. 91. & 92. Præcædet affirmativa, pro qua recensentur Doctores, & adducuntur argumenta. 93. Canones obstantes explicantur, & rationes contraria amoveantur. 94. Præter bonam fidem requiritur ad præscriptionem titulus, qui describitur & dividitur. 95. Usque ad n. 101. inclusivè explanatur, qualis titulus ad præscriptionem requiratur. 102. Proponitur questio, an Laici possint præscribere decimas; quarum etymologia & definitio adornatur. 103. Referuntur Doctores, inter jus decimandi directum & utile distinguentes. 104. Jus decimandi directum à Laicis nullo tempore præscribi potest. 105. Antè Concilium Lateranense Jus decimarum etiam ex privilegio Episcoporum laicis in feudum perpetuum concedi potuit. 106. Postea ausens facultas hæc ex certâ ratione fuit adempta. 107. Quo tamen non obstante commoditas decimarum ab Episcopo vel Parocho in Laicos transferri potest. 108. Laici conversi capaces sunt decimarum spiritualium, seu Ecclesiasticarum. 109. Et merè Laici decimarum merè laicalium. 110. Jus decimandi utile à directo non nisi ex privilegio Pontificis separari potest. 111. Jus decimandi Ecclesiasticum utile post Concilium Lateranense à Laicis merè talibus per viam præscriptionis ordinaria aut extraordinaria 30. vel 40. annorum acquiri non potest. 112. Describitur præscriptio immemorialis. 113. Referuntur Authores, qui eandem cum centenariâ confundunt. 114. Recensentur contrarii, & adducuntur effectus præscriptionis immemorialis. 115. Ad quam non semper sufficit spatium 100. annorum. 116. Nec semper requiritur. 117. Nec eidem officit, esto constet, aliquando fuisse contrarium. 118. Laici ut quidem tempore immemoriali jus utile decimandi præscribere possunt. 119. Dilluuntur argumenta contraria. 120. Ulterius ad præscriptionem requiritur distinctio temporis. 121. Tractatur de variis præscriptionis temporibus. 122. Adstruuntur casus, quibus præscriptio immemorialis necessaria est. 123. Describitur ac dividitur possessio, & quantum ad præscriptionem sufficiat, statuitur. 124. Præscriptio tribuit plenum dominium. 125. Nec potest contra completam impetrari restitutio ex capite ignorantia. 126. is tamen, qui præscripsit, & ex ignorantia juris exceptione non utitur, à rei vindicatione non excluditur. 127. Agitur de naturali & civili præscriptionis interruptione. 128. quas inter est magna differentia. 129. Enumerantur casus, quibus præscriptio dormit.

**A** fine prioris tituli duco initium præsentis. In fine illius fatetur Imperator, naturales acquirendi modos hucusque fuisse expositos: videamus modò illos, quibus legitimò & Civili Jure res acquiruntur. Hi sunt vel singulares, vel universales. Singulares dicuntur, quibus acquiruntur res singulæ: ac occurrunt 4. puta, Usucapio, Donatio, Legatum & Fideicommissum particulare. Hoc Titulo de primo.

## §. I.

**U**sucapio sic dicta, quasi *capio sive acquirō per usum*: capere enim in usu **J**uris nostri est aliquid sic acquirere, ut nostrum fiat, & sit mansurum. *l. 71. princ. ff. de V. S.* usus quoque hic pro possessione accipitur. *l. 115. ff. d. t. l. 3. §. ult. in f. ff. de a. vel a. possess. l. ult. ff. pro emptore.* unde sicut abque possessione nunquam procedit usucapio. *l. 25. ff. h. t.* ita nec simplex usus sufficit, quem habent v.g. Conductor, commodatarius, & qui precario rem accepit; qui proinde nè quidem Jure Civili unquam usucapere possunt, quia non possident rem, sed nomine alieno detinent.

## §. II.

**T**ermino alio vocatur præscriptio, esto hanc inter & usucapionem ingens **2** olim fuerit differentia in objecto, tempore, effectu. in objecto, quia usucapio procedebat in rebus mobilibus quibuscunque, in rebus immobilibus verò illis saltem, quæ soli erant Italici. *l. 12. §. 2. ff. de publ. in rem alt. l. un. Cod. de usucap. transform.* Præscriptio verò frequentabatur in prædiis duntaxat provincialibus. In tempore, quia usucapio rerum mobilium anno, immobilium biennio concludebatur. *Princ. l. h. t.* econtrà præscriptio 10. annis inter præsentis, 20. inter absentes perficiebatur. In effectu denique, quia usucapio plenum tribuebat dominium, & actionem civilem operabatur. *l. 3. ff. h. t.* econtrà præscriptio non dominium, sed jus dominio simile, neque actionem civilem, sed prætoriam conferebat. *l. 10. ff. Si servitius vind. l. 1. §. ult. ff. de aqua & aqua pluvia arcend.* verum ferè omnes has differentias Imperator Justinianus iustulit, ac præscriptionem in usucapionem transfudit, voluitque, ut neque objecto, neque effectu deinceps differrent. *d. princ. l. h. t. d. l. un. Cod. de usucap. transform.* in eo tamen adhuc discriminantur, quòd usucapio rerum sit corporalium, quæ propriam possessionem admittunt, præscriptio verò rerum incorporalium, quæ non nisi improprie possessionis sunt capaces. *l. 43. §. 1. ff. de a. r. d.*

Z

§. III.

## §. III.

3. **U**fucapio sumitur dupliciter. 1. causaliter & incompletè pro possessione, usucapionem præcedente; in quo sensu dicitur usucapio inchoari, impleri. l. 44. §. pen. & ult. ff. h. t. cœpta esse. l. 40. ff. eod. interpellari, interrumpi, dormire, currere, cessare. l. 1. §. 2. l. 5. ff. pro donato. 2. formaliter & completè pro acquisitione domini per debitam possessionem. *Schambor. ad princ. l. h. t. pag. nr. 283.*

## §. IV.

4. **D**efinitur à Modestino in d. l. 3. ff. h. t. quòd sit adjectio domini, per continuationem possessionis temporis lege definiti. accuratius: est modus acquirendi, quo jus vel liberationem privilegio temporis nanciscimur. Definitionis hujus bonitatem expositione singularum particularum ostendit Magnif. D. P. Collega Schmier. *tr. de Præscript. cap. 1. sect. 2. §. 2. n. 35. & seqq.*

## §. V.

5. **D**ividitur in propriam & impropiam. propria est, quæ possessionem requirit ex parte præscribere volentis. impropria, quæ solà nititur prærogativâ temporis. Propria scinditur ulterius in ordinariam & extraordinariam. ordinaria est, quæ completur tempore ordinario 10. vel 20. annorum. extraordinaria, quæ perficitur tempore extraordinario 30. vel 40. annorum. confer Haunold. *de F. & J. tom. I. tr. 5. cap. 2. controu. 2. n. 183.*

## §. VI.

6. **C**ausa efficiens usucapionis est Jus. Sed quale? naturale, an positivum? Gentium, an civile? pro utrâque parte reperiri Dôctores, numero & pondere graves, à quibus tamen præsentis quaesiti status subinde satis æquivocè & intricatè proponatur, perhibet laudatus D. P. Collega Schmier. *d. tr. cap. 2. sect. 1. Ego, ut mea sensa distinctè pandam,*

Dico I. Præscriptio non est juris naturalis, hoc sensu, quâsitacita derelictio prioris domiæ, usucapioni fundamentum substerneret. Est hæc assertio contra P. Fridericum Ininger, qui *disf. Theol. de dominio. 3. q. 2. art. 2. pag. 151.* cum Hugone Grotio *de F. B. & P. lib. 2. cap. 4.* sic discurret: quando res habetur pro derelictâ, jure naturali cedit occupanti: sed in circumstantiis usucapionis res meritò habetur pro derelictâ, quia venit in eum statum, ut dominus non possit amplius habere prudentem spem, recuperandi rem suam, esto retineat desiderium inefficax ejusdem; ergo præscriptio fundatur in jure naturali. Confirmat hunc discursum suum ex *princ. F. h. t.* ubi Justinianus refert, olim ad præscriptionem rei mobilis suffecisse annum unum, ad præscriptionem rei immobilis verò annos duos; quoniam crediderint antiquiores, *præfata tempora dominis sufficere ad inquirendas res suas.* Verùm, utut ingenuolus sit discursus iste, mihi tamen valde suspectus est; sic enim argu-

mentor: si in circumstantiis usucapionis res haberi deberet pro derelictâ, illa non minus malæ fidei, quam bonæ fidei possessori cederet: consequens est falsum; ergo & id, unde sequitur. Sequela majoris probatur: ideo in circumstantiis usucapionis res cedit possessori bonæ fidei, quia censetur habita pro derelictâ: ergo cedit etiam possessori malæ fidei, quia censetur habita pro derelictâ.

Nèque satisfacis, si respondeas, rem non esse positam in circumstantiis usucapionis, si malâ fide alter illam possideat; cum jus naturæ saluberrimum præscriptionis remedium noluerit vergere in dispendium animæ, permittendo præscriptionem cum malâ fide. Contra enim sic argumentor: quando cessat spes prudens recuperandæ rem suam, res merito habetur pro derelictâ, esto prior dominus retineat desiderium inefficax ejusdem, ut argumentatur. P. Injager: at, si ve bonâ, si ve malâ fide res possideatur, cessat spes prudens illam recuperandi; quia decursu præscriptionis tempore res venit in eum statum; ut priori domino non possit amplius affulgere spes probabilis illius recuperandæ: ergo si ve bonâ, si ve malâ fide res possideatur, decursu præscriptionis tempore res merito haberi debet pro derelictâ. Confirmatur: mala fides possessoris recuperationem rei non reddit faciliorem, sed difficiliorem, quia res alienæ à scientibus studiosè solent occultari: ergo mala fides non facit, quò minus, decursu præscriptionis tempore, res censeri debeat habita pro derelictâ, proindeque intuitu hujus derelictionis cedere possessori injusto.

Promovetur argumentum: quando per tempus, usucapioni præstitutum, res à nemine possidetur, illa non censetur habita pro derelictâ, neque cedit primo occupanti: ergo neque censenda est habita pro derelictâ, si bonâ; vel malâ fide possideatur à b alio. Deinde sic ulterius argumentor: vel scit Dominus, rem suam possideri à b alio; vel ignorat: in neutro casu res habetur pro derelictâ; ergo nunquam habetur pro tali in circumstantiis usucapionis. Et quidem non habetur pro derelictâ in primo casu: si enim dominus sciat, rem suam possideri à b alio, tunc vel ideo eandem non vindicat, quia nullam ejus curam habet; vel quia metu aut potentiâ cohibetur, quò minus vindicare possit. Si prius, admitto, ex diuturnâ negligentia illâ præsumptionem posse elici, quòd res habita sit pro derelictâ: at hoc pacto rarissimè ideo cedit occupanti, quòd habita sit pro derelictâ. Si postterius, nego, rem posse censeri habitam pro derelictâ; qui enim ideo id, quòd suum est, non repetit; quia metuit adversarii potentiam, aut censet, vindicationem hic & nunc esse impossibilem, non vult eandem derelinquere, sed meliora exspectat tempora, adeoque spem prudentem retinet ejus recuperandæ. At neque in secundo casu res habetur pro derelictâ: qui enim inculpabiliter ignorat, rem suam possideri à b alio, non ideo eandem non vindicat, quòd animum habeat ejus derelinquendæ; sed quia est impossibile, ut stante hæc ignorantia, curam illius habeat.



7 Dico II. Præscriptio est juris naturalis eo sensu, quo distinctionem dominiorum ad jus naturæ reduxi *lib. 1. tit. 2. p. 2. n. 8. in f.* quemadmodum enim in statu naturæ corruptæ, in fragilitate hac hominum, in depravato hoc rerum chao, in frequentia hac scelerum, divisio rerum necessaria fuit ad conservandam tranquillitatem humani generis; ita ad pacem inter cives conservandam opus erat usucapione, ne secus dominiorum incertitudini, & perpetuo evictionis periculo relinquatur locus, aut lites, nullius temporis lapsu abbreviandæ, fiant inextricabiles & immortales: Ex quo sequitur, præscriptionem rectè allegari inter gentes, quæ ipse vel ignorato jure gentium, solum jus naturale, tanquam regulam & directricem suorum actuum agnoscat.

8 Dico III. Præscriptio est Juris gentium propriè dicti. Tum ob rationem boni publici, quæ suadet, inter gentes quæ tales post longam possessionem certum denique dominium, & stabilem proprietatem acquiri, ne secus ab impugnatione & infestatione bellicâ nunquam sint securæ: tum quia dominia, jure gentium introducta, conservari non possent, nisi eodem jure fuisset introducta præscriptio, tanquam medium, post diutinam possessionem firmandi dominia, & sapiendi controversias, possessoribus cæteris quæ super possessione suâ in perpetuum movendas. Unde & in sacris literis Jephthes Regi Ammonitarum, sibi vendicanti terras inter Armonem & Jabocum, & ab Arabum desertis ad Jordanem sitas, objicit trecentorum annorum possessionem, & ab eo quaerit, cur ipse, ejusque majores tanto tempore cessaverint? *Judicum II. cap. vers. 26.* Lacones quoque apud Isocratem, tanquam certissimum, & apud omnes gentes confessum posuerunt, possessiones publicas non minus, quam privatas, multo tempore ita firmari, ut revelli nequeant: quo jure repulerunt eos, qui Messiam repetierunt. Ex dictis sequitur ulterius, præscriptionem non solum inter Romani & Germani orbis subditos sed etiam Regem inter & Regem inter populum liberum & liberum, inter Regem & populum liberum, inter Regem & privatum ei non subditum, nec non inter duos diversorum populorum Regimine subditos habere vigorem, ac eo effectu opponi posse, ut palatia & que ac mapalia, urbes pariter & agros, provincias perinde ac villas, tempore saltem immemoriali possessas, velut legitimo titulo quaesitas, possessori teneantur relinquere. Ad rem faciant, quæ eminentissimus Robertus Bellarminus *de controversiis Christiana fidei adversus hujus temporis hæreticos. tom. 1. controv. general. 3. de Romano Pontifice lib. 5. cap. 5. fol. m. 912 & 913.* scripsit: *nam etiam Regna & Imperia, per lacrosinium acquisita, tandem longo tempore sunt legitima: alioqui enim quo Fure Fulvius Caesar occupavit Romanum Imperium? & tamen tempore Tyberii Christianus ait Matth. 22. reddite, quæ sunt Casaris, Casari. quo Fure Franci Galliam, Saxones Britanniam, Gothi Hispaniam invaserunt? & tamen quis hoc tempore regna, ab illis confirmata, illegitima esse diceret?* Dico

Dico IV. Præscriptio cunabula sua legi positivæ humanæ, tum Civili, 9  
tum Canonice, refert in acceptis, quatenus hæc, præter determinationem  
aliarum conditionum, certos & uniformes terminos posuit, intra quos u-  
numquodque jus, res, & obligatio concludatur. *vid. §. f. Inst. de usu &  
habis. pr. F. b. r. l. 6. pr. ff. de F. & F. Struv. exercit. ad Pand. 43. th. 2.*  
sed hic

Disceptatur, procedatne præscriptio in foro tantum externo, an ope- 10  
retur etiam in foro animæ?

Prima sententia sustinet, usucapionem procedere in foro duntaxat externo.  
ita subtiliter *Alciatus ad l. 5. Cod. fin. regund.*

Secunda tenet, operari etiam actutum reddere in foro conscientiæ: ita  
*Less. lib. 2. de F. & F. cap. 6. dubit. 17. n. 51. & seq. Layman. lib. 3. Theol.*  
*Moral. Tr. 1. c. 8. n. 4. Haunold. tr. 5. de F. & F. 6. 2. contr. 1. n. 164. Wis-*  
*senb. dissert. ad Pand. 20. th. 2. vol. 2. Struv. exercit. ad pand. 43. Th. 42. &*  
*DD. turmatim.*

Probatur posterior hæc sententia unicâ, sed efficaci ratione. Legisla-  
tor humanus virtute alti & eminentis dominii potest rem uni auferre, & trans-  
ferre in alterum, si ita exigat necessitas & felicitas reipublicæ; eò quòd omnis  
illa potestas agnoscenda sit in Legislatore humano, quæ moraliter est necessa-  
ria ad congruam & convenientem gubernationem Reipublicæ, cum DEUS  
& natura non deficient in necessariis: atqui in terminis usucapionis rem priori  
Domino auferri, & transferri in alterum exigit necessitas & felicitas Reipublicæ,  
utpotè cujus interest, dominia rerum non æternum nutare, fontes controver-  
siarum obstrui, ac diligentiam civium excitari &c. ergo potest Legislator humanus  
in terminis usucapionis rem priori Domino auferre & transferre in alterum

Objicies 1. Lex fundata in falsa præsumptione non operatur in foro an 11  
imæ: atqui jura usucapionum sæpissimè fundantur in falsâ præsumptione; fun-  
dantur enim in præsumptione culpæ, à priori Domino admittæ, quæ præ-  
sumptio frequenter est falsa, quia prior dominus invincibiliter quandoque ig-  
norat, rem suam possideri ab alio: ergo non operatur in foro animæ. 2.  
præsumptionem hanc non esse, nisi secundariam: principaliter verò jura usu-  
capionum eò tendere, ut dominia rerum firmentur, ac tranquillitati consu-  
latur Reipublicæ.

Objicies 2. est contra æquitatem naturalem, ut unus fiat locupletior,  
cum damno & jacturâ alterius. *l. 14. ff. de condiçt. indebiti. l. 206. ff. de R. I.*  
atqui hoc fit in usucapione, ergò usucapio repugnat æquitati naturali. 3. Dist.  
majorem, est contra æquitatem naturalem, ut unus fiat locupletior cum  
damno & jacturâ alterius injustâ, concedo, justâ, nego majorem & consequen-  
tiam. Jactura, quam præscriptio inducit, non est injusta, sed iustissima,  
quia causis nititur iustissimis. confer *l. 55. ff. de R. I.* imò, ut adhuc pleior  
Z. 3

fiat intellectus distinctionis nostræ, cape doctrinam valdè utilem, præsertim pro praxi, circà præcepta naturalia. Leges seu præcepta naturalia sunt triplicis ordinis, quarum unus est Superior altero. in primo ponuntur illa præcepta, quæ DEUM respiciunt. in secundo illa, quæ statum Reipublicæ aut societatem totius humani generis tuentur. in tertio denique ea, quæ ad utilitatem singulorum pertinent, ac jus privatum propriè ac directè concernunt. Jam si in aliquo casu & hypothesi (in ipsâ enim thesi seu genere ipso, prout doctissimè advertit *Clariff. D. Rash. p. m. de usucap. cap. I. assert. 7. lit. A.* non sunt sibi contraria hæc diversi ordinis præcepta) ita conveniant & collidantur: quasi, ut omnia in specie observari nequeant, tunc necessariò præceptum inferiorum cedit superiori, v. g. Lex naturalis est, *non occides.* hæc cedere debet alteri, quæ est momentosior, & sui defendendi causâ permittit, aggressorem occidere. Pati modo circà præscriptionem duo occurrunt præcepta naturalia, unum præcipiens, societatem civilem & tranquillitatem Reipublicæ servari: Juxtà illud: *Salus populi suprema lex esto.* alterum jubens, cuique, quod suum est, restitui, aut retans, quemquam cum alienâ jacturâ locupletari. quia igitur in casu præscriptionis non possunt ambo præcepta observari, necia semper suum cuique restitui, quin lædatur publica tranquillitas per nimiam litium multitudinem, & dominiorum incertitudinem, hinc rectè præceptum inferiorum, scilicet de restituendo cuique, quod suum est, tanquam pertinens ad jus privatum, cedere declaratur præcepto superiori, de tollendâ litium multitudinis & incertitudine dominiorum, tanquam pertinenti ad jus publicum & tranquillitatem Reipublicæ conservandam.

Objicies 3. est contra naturam justitiæ, ut sine facto & culpâ suâ jure suo quis privetur: ergo præscriptio repugnat justitiæ. *ꝛ.* dist. antec. est contra naturam justitiæ, ut sine facto & culpâ suâ jure suo quis privetur à privato, & citrà justam causam, concedo, à Republica & ex justâ causâ, nego antec. & consequentiam.

Objicies 4. præfat. *Novellâ 9. iii.* quæ præscriptio vocatur impium præsidium. ergo redolet iniquitatem. *ꝛ.* Dist. antec. præscriptio aliqua vocatur impium præsidium, concedo; omnis, nego antec. & consequentiam. in *d. nov. 9.* de præscriptione non omni dicitur, quòd impium sit præsidium, sed de illâ saltem, quæ currit cum malâ fide, aut quâ Jūs Ecclesiæ brevi nimis tempore perimitur.

Objic. 5. Præscriptio videtur se habere, sicut lex, negans actionem læso infra dimidium justii pretii; sed hoc non liberat lædentem ab obligatione naturali in conscientia: ergo nec illa. *ꝛ.* Neg. paritatem. nullibi enim lex dicit, quòd lædens infra dimidium justii pretii acquirat dominium, aut lucratur excessum pretii, sicut loquitur de præscriptione: ergò satis apparet, noluisse in priori casu aliquid mutare circa obligationem naturalem, sed solummodò negare actionem civilem.

## §. VII.

**S**ubjectum usucapionis proprie dictæ est usucapiens. potest autem usucapere re omnis, qui rem alienam nomine proprio possidere, & dominium acquirere, quales sunt Cives Romani. hinc usucapere possunt. 1. Non tantum Patresfamilias, sed & Filiifamilias, servatâ tamen distinctione peculiorum. *d. l. 4. §. 1. ff. h. t.* 2. Pupillitutore auctore, imò etiam sine illius auctoritate, modò tantâ ratione sint præditi, ut animum possidendi habere possint, & habeant. *d. l. 4. §. 2. junct. l. 1. §. 3. ff. de a. vel a. poss.* 3. infantes saltèm tutore auctore, sine quò possidere non possunt. *d. l. 1. §. 3. l. 3. §. 2. ff. de a. vel a. poss.* 4. Furiosi & amentes, qui, esto ut tales incipere præscriptionem nequeant. *d. l. 1. §. 3. & arg. l. 5. ff. de R. I.* quod tamen ante furorem aut amentiam possidere ceperunt, usucapiunt, quia non desinunt possidere. *d. l. 4. §. 3. ff. h. t.* Econtra usucapere nequeunt 1. Servi, quia suo nomine possidere non possunt. *d. l. 4. §. 4. & l. 118. ff. de R. I.* esto utilitatis causâ jure singulari receptum sit, ut dominus etiam ignorans ex causâ peculii per servum possideat & usucapiat. *d. l. 1. §. 5. l. 44. §. 1. ff. de a. vel a. poss. l. 8. ff. h. t.* 2. nequeunt Clerici præscribere bona suorum beneficiorum. *cap. 11. causa. 16. q. 3.* quia beneficia Ecclesiastica sine institutione canonicâ licite obtineri non possunt. *c. 1. de R. I. in 6.* 3. Precariò rem possidentes, usufructuarii, creditores rem sibi pignori datam, & omnes alii, qui non suo, sed alieno nomine possident, usucapere seu præscribere nequeunt. *l. 13. princ. ff. h. t.* 4. Denique universim, qui non est capax acquirendi domini & possessionis, usucapere non potest, cum usucapio sit species alienationis. *l. 28. princ. ff. de V. S.* in omni autem justâ alienatione tam ex parte alienantis, quàm acquirentis requiritur capacitas acquirendi. *Georg. Tholof. Syntagm. Univers. lib. 40. cap. 3. n. 2.*

## §. VIII.

**O**bjectum usucapionis sunt res, quæ usucapionem admittunt. ubi est regula universalis, quòd usucapionem admittant res omnes, usucapi non prohibet. prohibentur autem res quædam usucapi ob inhabilitatem generalem, quædam ob causas speciales. Ob inhabilitatem generalem usucapionem effugiunt res, quæ tanquam propriæ possideri nequeunt; in quem censum pertinent 1. res sacræ, sanctæ, religiosæ. *§. 1. l. 1. 9. ff. h. t. l. 30. §. 1. ff. de a. vel a. poss.* 2. Liber homo. *d. §. 1. & l. ult. in f. Cod. de longi temporis præscriptione, quæ pro libertate &c.* esto favor libertatis Diocletiano & Maximiano constitutionem extorserit, ut his, qui bonâ fide in possessione libertatis per 20. annorum spatium sine interpellatione morarti essent, præscriptio adversus inquietudinem statûs eorum prodesse debeat. *d. l. ult. in princ.* 3. res meræ facultatis. *arg. l. 2. ff. de via publica & itinere publico reficiendo. c.*

25. de V. S. quales censentur, quæ citrà obligationem aut conventionem libero cujusque arbitrio, jure omnium communi sunt permixtæ. ratio est, quòd hæ res, utpotè meri facti, nihil juris, cui præscribi possit, ponant; imò, antequam fiant, in rerum naturâ non sunt. Aliis verbis eandem exprimit *Pirhing b. t. §. 3. n. 17.* quia ex actibus meræ facultatis nulla obligatio induci potest, cum nullam contineant. Hinc licet Monachi ex alieno Monasterio Abbatem longissimo tempore elegerint, nequeunt tamen aut jure consuetudinis, aut præscriptionis ad ejusmodi electionem imposterum continuandam compelli. *d. c. 25. quemadmodum nec is, qui alteri quotannis certam pecuniæ quantitatem liberè donavit, aut alium longissimo tempore hospitio excepit, cogi potest, ut vel imposterum ita donet, vel convivam hospitio excipiat. c. possessiones. 61. caus. 16. q. 1. Rash. de usucap. cap. 4. assert. 5. lit. A. videatur etiam Ans. Gabrielius commun. conclus. l. 5. concl. 10. per totam.* Aliud dicendum, si quis alterius prohibitioni acquiescens, aliquid faciat ex quodam quasi jure, vi prohibitionis & accedentis acquiescentiæ prohibenti nato ac quæsito, quod alias per se meræ facultatis fuisse; tunc enim non amplius liberè & spontè facit, sed ex putativâ saltè obligatione, per quam ipse prohibens in quasi possessione juris præscriptione acquirendi constituitur. *Paulus Layman Theol. moral. lib. 3. tr. 1. c. 8. n. 8.* Hæc satis explorata sunt. cæterum

14 Dubitatur I. an juri offerendi debiti, luendivè pignoris præscribi possit? Negativam partem tuentur *Fac. Wissenb. disp. ad Pand. 40. eb. 32 Gail. 2. obs. 18. n. 4. Myns. cent. 1. obs. 16. & cent. 6. obs. 70. n. 20.* ubi testantur, sententiam hanc in Camera Imperiali receptam esse. *Zoesius ff. b. t. n. 41. Schamb. §. 4. l. h. t. pag. m. 30 t. Pirhing. cit. n. 17.* Sed verius est, tempore longissimo juri illi præscribi posse. ita *Wesembec. in paratit. ff. de rescind. vendit. n. ult. Hunnius in Treut. de pignoribus quas. ult. & plurimi alii, quos refert Casp. Klock. tom. 2. consil. 41. n. 156.* Probatur unicâ, sed efficaci ratione: actiones, quæ antea non sunt mortæ, 30. annorum jugi silentio, vivendi ulterius non habent facultatem. *l. 3. Cod. de prescript. 30. vel 40. annorum.* nullumque Jus, sive publicum, sive privatum, in quâcunque causâ vel personâ, quòd 40. annorum extinctum est jugi silentio, moveatur. *l. 4. Cod. eod.* ergo etiam actio pignoratitia 30. annorum spatio extinguitur, ac juri offerendi debiti, luendivè pignoris tanto tempore præscribitur.

15 Objicies I. juxtâ dictâ n. 13. b. t. ea, quæ consistunt in mera facultate, & libero cujusque arbitrio relinquuntur, præscriptione tolli nequeunt. atqui jus offerendi debiti, luendivè pignoris est meræ facultatis; cum debitori omninò liberum sit, pignus redimere, nec nè; ergo &c. *n. Dist. minorem: jus offerendi debiti, luendivè pignoris est meræ facultatis, si nudum consideretur offerendi factum, esto; si spectetur effectus, qui obligationem sequitur, nego minorem. in oblatione debiti duo spectari possunt, nudum offerendi fa-*

factum, & effectus, qui obligationem sequitur. nudum offerendi factum est meræ facultatis, neque præscriptione impediti potest, quia, quæ facti sunt, infirmari à jure nequeunt; effectus verò, qui obligationem sequitur, non est meræ facultatis, quia fluit ex conventionem, & habetur beneficio legis, adeoque præscriptione potest tolli, quemadmodum possunt jura alia. Approbat hanc distinctionem *Clariff. D. Rash d. tr. de usucap. cap. 4. assert. 6. lit. C.* aliàs sententiæ nostræ non favens; ubi negat, jus luendi pignoris meræ facultatis esse, cum id duntaxat in ordine ad præscriptionem negandum meræ facultatis dici possit, quod citrà ullam obligationem & conventionem jure naturæ vel gentium cujuscunque arbitrio liberè permittitur, cujusmodi jus luendi ideò dici nequit, quia æquè ex contractu sive jure obligationis oritur, quàm reliquæ actiones. Confer *Mauz. decis. palatin. 49. n. 17. & 2. seqq.*

Objicies 2. Actioni nondum natæ non præscribitur. *l. 7. §. 1. Cod. de prescript. 30. vel 40. annorum.* ibi: *ex quo competere capit.* & *l. 1. §. 1. Cod. de annali except.* ibi: *sed ex quo ab initio competit & semel nata est.* Atqui actio pignoratitia antè solutionem sive aliam satisfactionem non nascitur. *l. 9. §. 3. ff. de pignorat. act.* ergo &c. *2.* dist. majorem, actioni quoad substantiam nondum natæ non præscribitur, concedo, nondum natæ quoad effectum, nego majorem, & sic distinctâ minorem, nego consequentiam. Actio pignoratitia quoad substantiam statim oritur ex contractu pignoris, traditione perfectò, eò quòd pecuniæ solutio vel oblatio, substantiæ contractus (ex quo creditor re, adeoque, per ipsam rei acceptationem obligari dicitur ad rem restituendam. *§. ult. f. quibus mod. re contr. oblig.*) nihil addat, & in *l. 11. §. 3. ff. de pignorat. act.* expressè dicatur, antè solutionem cessare actionem pignoratitiam; quo verbo satis arguitur, actionem quoad substantiam natam esse, ac ipso jure competere, esto antè solutionem effectum careat, hoc est, efficaciter moveri, & in iudicium deduci nequeat; ad exemplum actionis empti, quæ statim nascitur, simul atque consensus fuit positus de re pro certo pretio tradendâ: cum effectu tamen moveri non antè potest, quàm pecuniæ soluta, aut fides habita fuerit de pretio. Instabis: esto creditori in diem nata sit actio quoad substantiam, *arg. l. 213. pr. ff. de P. S.* eidem tamen non præscribitur ante adventum diei. *l. 7. §. 4. Cod. de prescript. 30. vel 40. annorum.* ergo etiam, licet actio pignoratitia sit nata quoad substantiam, eidem tamen non præscribetur ante obligationem debiti. *2.* neg. conseq. disparitas est, quia creditor in diem molens volens debet expectare adventum diei, ante quem impedimento juris distringitur, quò minus efficaciter agere possit, adeoque in præscriptione meretur præsidium juris, e contra debitor pignoratitius sibi imputet, quòd impedimentum facti, quo laboravit, non removerit, ac, uti in potestate suâ erat, de pecuniâ sibi non prospexit; proinde tam paràm favore juris dignus est, quàm paràm creditor sub conditione potestativâ, qua pro parâ habe-

tur , & præscriptioni locum facit , *arg. l. 1. §. 8. ff. si quis omnia causa testamenti &c.*

Objicies 3. Ad hoc , ut procedat præscriptio , debet præscribere volens rem possidere tanquam suam , & jure domini. *arg. l. 13. princ. ff. h. t. supra n. 12. ad finem à nobis allegata.* Atqui creditor non sibi , sed debitori pignus possidet , etiamsi sibi possidere voluerit , & animo Domini teneat , cum nemo sibi causam possessionis mutare valeat. *l. 33. §. 1. in princ. ff. h. t. l. 3. §. 19. ff. de a. vel a. poss. ergo &c.* 2. Dist. majorem. ad hoc , ut procedat præscriptio propriè dicta debet præscribere volens rem possidere , esto , ad hoc , ut procedat præscriptio impropriè dicta , debet præscribere volens rem possidere , nego. quemadmodum præscriptio impropria , quæ perimuntur actiones personales aliæ , possessionem ex parte præscribere volentis non requirit , sed solâ nititur prærogativâ temporis , ita nec desiderat præscriptio impropria , quæ perimitur actio pignoratitia , ut quæ exemplo aliarum actionum personalium non tam præscribitur , quam extinguitur , quia ex dispositione juris certo tempore est alligata , quæ transactio suâ spontè evanescit. *Nugentius de Pignor. & Hypothec. part. 6. membr. 3. n. ult.* ubi actione pignoratitiâ , per præscriptionem extinctâ , debitori adhuc rei vindicationem accommodat in ordine ad pignus jure domini repetendum ; quæ tamen ob difficultatem probandi domini minùs favorabilis est pignoratitiâ , in quâ sola rei oppignoratio probanda venit. Accedit , quòd vi actionis pignoratitæ debitor à creditore multa alia exigere potuisset ; prout doceo *lib. 3. tit. 15. p. 4. §. 9. n. 31. & seqq. confer l. 6. §. un. & l. 42. ff. de pignor. act.*

Objicies 4. Sinè bonâ fide nulla currit præscriptio. *c. ult. h. t.* atqui creditor pignoratitius non est in bonâ fide , quia certò scit , rem oppignoratam esse alterius , ergo &c. 2. ut antè , sinè bonâ fide nulla currit præscriptio propriè dicta , concedo , impropriè dicta , qualis est præsens , nego. hæc currit , esto quis scientiam juris alieni habeat , cum solâ nitatur prærogativâ temporis , nec possessionem requirat ex parte præscribere volentis. Confer *Pavormit. in d. e. ult. h. t. n. 13. & 21. Vasq. Illustr. controvers. lib. 2. cap. 76. n. 3. vers. contrariam tamen partem &c.* apud *P. Engel. h. t. n. 18.* ubi tenent , actionibus personalibus , etiamsi in materia faciendi sint , cum mala fide præscribi possent. Addatur *Hobienfis in summa h. t.* apud *Fachinuum contr. 1. cap. 63.* ubi sentit , præscriptionem quidem rerum cum mala fide non procedere , secùs in præscriptione actionum. quamvis dissentiat *Hauvold. de F. & F. tom. 1. tit. 5. c. 2. contr. 2. n. 191.*

Instabis : Scientia juris alieni inducit malam fidem Theologicam in præscriptione propriè dicta : ergo etiam in præscriptione impropriè dicta. 2. neg. conf. disparitas est , quia præscriptio propriè dicta requirit possessionem ex parte præscribere volentis , quæ peccato est infecta , si scientiam juris alie-

ni possessor habeat, cum rem alienam invito domino retinere non liceat. Præscriptio impropria verò, ut dictum, solà nititur prærogativa temporis, adeoque licet scientiam juris alieni habeam, non tamen idcirco peccato obstringor.

Dubitatur 2. extinguitur nè jus redimendi rem venditam lapsu 30. annorum, si convenerit, ut semper & in perpetuum eam redimere liceat? Non extingui sustinent *Zois. ff. h. t. n. 42. Fach. 2. contr. c. 13.* Econtra extingui, tenent *Böerius Decis. 182. n. 7. Joann. Köppen decis. Illustr. q. 1. n. 48.* & plurimi alii, quos allegat *Stryck. in usu mod. Pand. t. de contrab. emp. §. 43. & Klock. tom. 2. consil. 42. n. 81. & seqq.* quibus subscribimus, cum jura etiam alia lapsu 30. annorum extingui videamus. *d. l. 3. & 4. Cod. de præscrips. 30. vel 40. annorum. d. l. 1. §. 1. Cod. de annali except. l. 2. Cod. de Constit. pecun.* neque dictio *perpetuum* in usu juris excludit tempus 30. añorum, quia actiones personales dicuntur perpetuæ, neque tamen durant, nisi 30. annis: ergò esto convenerit, ut in perpetuum redimere rem liceat, hinc tamen non sequitur, rem post 30. annos posse redimi.

Objic. 1. actio conventionem partium ultrà 30. annos potest porrigi, per *l. 3. §. 22. ff. de adilit. obdito.* Si conventioni non obstat utilitas publica, prout in proposito, ubi redemptio rei venditæ principaliter respicit commodum privatum, *arg. l. pen. Cod. de pactis.* ergò si convenerit, ut in perpetuum redimere rem liceat, redimere eandem licebit etiam post 30. annos. 2. argumento hoc id saltèm probari, quòd rebus constet pacto, si expressè & nominatim convenerit, ut etiam post 30. annos redimere liceat. quòd si convenerit simpliciter, ut redimere in perpetuum rem liceat, dictio *perpetuum* sumitur in sensu juridico, ac id voluisse censetur venditor, ut tanto tempore redimere rem liceat, quantum in usu juris habetur pro perpetuo.

Instabis: Spatio 30. annorum res vendita potest redimi tunc etiam, cum simpliciter placuit, ut redimere eandem liceat: ergò dictio *perpetuum* effectum alium operatur, necesse est, nè frustranea sit, & otiosa. 2. Clausulas & verba, contractibus adjici solita, non semper operari speciale aliquid, sed frequenter interpretationem suam recipere ex jure communi. *arg. l. 3. Cod. de fidejuss.* Accedit, quòd jus redimendi rem venditam conventionem partium plerumque ad tempus brevius coarctari soleat, annum v. g. biennium, aut decennium: unde, dum exprimunt partes, quòd durare debeat in perpetuum, declarant, quòd stare velint juri communi, & tamdiu durare jus illud, quamdiu durant remedia alia, adeoque pactum tale omni non est vacuum utilitate.

Objic. 2. Redemptio rei venditæ est meræ facultatis: ergo præscriptione non perimitur. 2. Disting. antec. redemptio rei venditæ est meræ facultatis, si per redemptionem designetur nudum redimendi factum, esto, si designetur redemptio cum effectu, nego antec. & conseq. redemptio rei venditæ est meræ facultatis, si accipiatur pro nudo redimendi facto. quòd si verò re-



demptio accipiatur cum effectu, tunc non est merz facultatis, quia est jus, ex conventionae ortum, quod proinde exemplo aliorum jurium tempore perimitur.

Obijc. 3. Actio nondum nata, tempore non excluditur: sed ante pretium oblatum actio de retrovendendo nondum est nata; ergo tempore non excluditur.

4. Dist. majorem, actio, nondum nata, tempore non excluditur, si nondum sit nata quoad substantiam, esto, si præcisè nondum sit efficax, nego majorem, & conseq. actio de retrovendendo nascitur simul, atque pactum de retrovendendo fuit initum; cum effectu tamen moveri non ante potest, quàm pretium oblatum fuerit. quemadmodum *superiore n. ad object.* 2. diximus, actionem empti statim nasci, simul atque consensus fuit positus de re pro certo pretio tradendâ; esto cum effectu moveri non ante possit, quàm pecunia soluta, aut fides habita fuerit de pretio. *l. 13. §. 8. ff. de act. empti.*

Causæ speciales fundantur vel in odio possessorum, vel favore dominorum. Ob odium possessorum usucapi nequeat 1. res furtivæ: harum enim usucapionem lex 12. tabularum sustulit. §. 2. *l. h. r.* quod adeò verum, ut non tantum ab ipso fure, sed nè quidem à tertio possessore bonæ fidei possint usucapi. §. 3. *l. eod.* quia vitium continent, cum quo ad quemcunque possessorem transeunt; unde sequitur in rebus mobilibus usucapionem non facile procedere: cum enim furto sint obnoxiz, ac vitium contrahant, si à sciente vendantur, hinc est, quòd usucapi plerumque nequeant. *d. §. 3.* aliquando tamen diversum obtinet: fac enim, res defuncto locatas aut commodatas, ab hærede bonæ fidei distrahi: hoc casu procedit usucapio, quia vitio furti non sunt infecta. §. 4. *l. h. r.*

- 17 Dubitatur 3. de partu ancillæ furtivæ, possitnè usucapi àb eo, qui bonæ fidei ancillam possidet? Ope distinctionis respondendum cenfeo. vel parvus conceptus apud furem, vel possessorem bonæ fidei. priore casu non procedit usucapio, esto apud possessorem bonæ fidei fuerit editus, quia apud furem conceptus contraxit vitium, quod non purgatur, licet alibi ancilla pariat. *l. 48. §. 5. ff. de furtis.* Posteriore casu interest, sitnè possessor bonæ fidei hæres furis, an alius? si hæres, usucapio non procedit, non quidem ideo, quasi partus sit furtivus, sed quia hæres succedit in vitia defuncti. *l. 4. §. 15. ff. h. r. l. 11. §. 2. ff. de public. in rem act.* Si possessor bonæ fidei sit alius, refert, sciveritnè ancillam prægnantem furtivam esse, antequam pareret, an ignoraverit. Si prius, usucapio non procedit. *d. l. 4. §. 18. ff. h. r.* Si posterius, dispiciendum, intellexeritnè intrà tempus usucapionis, ventrem furtivum esse, an non. Si intellexit, usucapio iterum non procedit, quia titulus, ex quo cepta possessio, resolvitur, & quoniam possessor tali casu non amplius pro suo, sed clam possidere incipit. *l. 4. ff. pro suo.* Si intrà tempus præscriptioni præfinitum ignoraverit, mancipium furtivum esse, aut certè non potuerit dominum ejus facere certiore, vel fecerit etiam, sed do-

minus mancipium neglexerit, usucapio procedit. *d. l. 4. ff. pro suo.* Atque hætenus differt ancilla simpliciter aliena ab ancillâ furtivâ: illam enim qui possidet, potest partum apud se conceptum atque editum usucapere, esto ante tempus, usucapioni præfinitum, resciverit, ventrem alienum esse. *d. l. 4. §. 18. ff. h. r.* hæc verò qui possidet, partum non potest usucapere, si ante tempus, usucapioni præfinitum, resciverit, ventrem furtivum esse. *d. l. 4. ff. pro suo.* rationem diversitatis non facile assignaveris, nisi fortè existimes, odio furum specialiter id ita receptum esse. *Bachov. in Tréutl. vol. 2. disp. 22. th. 3. lit. B. Struv. exercit. ad Pand. 43. th. 3.*

Dubitatur quid idem procedat in foetu pecudum furtivarum, quod observandum diximus in partu ancillæ? Affirmat Ulpianus in *l. 48. §. 5. ff. de furtis.* ubi disertè ait, idem in pecudibus, earumque foetu servandum, quod in partu. Negativam sustinet Paulus in *l. 48. §. ult. ff. de a. r. d.* ubi perspicue asserit, foetum ovium in fructu esse, atque ideo pertinere ad possessorem bonæ fidei, licet prægnantes venierint, quæ surreptæ sunt. Ego in castra Ulpiani transeo, ac censeo, idem obtinere in foetu pecudum furtivarum, quod in partu ancillæ furtivæ, adeoque foetum non aliter acquiri possessori bonæ fidei, quàm si apud eum sit conceptus & editus. Moveor in hanc sententiam per textum apertum in *d. l. 48. §. 5. ff. de furtis.* ubi disertissimè dicitur, idem in pecudibus, earumque foetu servandum esse, quod in partu. Neque est ferenda audacia Cuiacii & Donelli, sustinentium, textum esse corruptum, ac negativè legendum. Nam Interpreti non licet temerarias manus legibus inferre, ac textus pro habitu reformare, vel potius deformare. Objicit quidem Cujacius textum in *d. l. 48. §. ult. ff. de a. r. d.* ubi Paulum dicere ait, quod foetus ovium in fructu sit, atque ideo ad possessorem bonæ fidei pertineat, etiam si prægnantes venierint, quæ surreptæ sunt. Sed non stringit textus iste. Tamen si enim illum memorato modo legat Cujacius: in editione tamen Florentinâ & Noricâ textus alternativè legitur hoc modo: *etiam si prægnantes venierint, vel surrepta sint.* Qua disjunctione suppositâ perspicue sequitur, foetum ovium furtivarum ita demum acquiri possessori bonæ fidei, si apud eum conceptus sit & editus; non etiam, si oves prægnantes surreptæ. confer *Bachov. in Tréutl. d. lit. B.* Dissentit Magnif. D. P. Collega Schmierer. *de Praescript. cap. 4. sect. 1. §. 2. n. 19. & 20.*

2. Odio possessorum usucapi nequeunt res vi possessæ. *d. §. 2. l. h. r. di-* 19  
euntur autem res vi possessæ, quas per vim occupavit aliquis. *l. 1. §. 28. ff. de vi & vi armata.* hinc suâ spontè sequitur, fundum posse usucapi, quem vacantem occupavit aliquis, ac transtulit in possessorem bonæ fidei. nam fundus talis neque est furtivus, neque vi possessus: non furtivus: explosa enim est sententia existimantium, etiam fundi, locivè furtum fieri. *§. 7. l. h. r.* non etiam vi possessus; nam id demum vi possessum censetur, à quo possessor violent-

ter dejectus est. *d. l. 1. §. 28.* at, si ponas, suadum fuisse vacuum, dici non potest, fuisse possessorem violenter dejectum. 3. Odio possessorum usucapi nequit, quod contra legem Juliam Proconsuli vel prætorii datum est. *l. 48. in f. princ. ff. de a. r. d. l. 8. princ. ff. ad l. Jul. repetund.*

20 Ob favorem Dominorum usucapionem effugiunt 1. res fisci. §. 9. *I. b. r. l. 2. Cod. communia de usucap.* quod privilegium idè concessum fisco, quia, cum variæ sint curæ Principis, non potest commodè in res suas inquirere, adeoque durum videbatur, bona ficalia eodem tempore præscribi, quo res cæteræ: Et quamvis fisco certus procurator assignetur, iniquum tamen judicabant, negligentiam alienam principi periculosam esse. Cæterum hic actio civilis separanda à criminali: actionem civilem habet fiscus vel jure communi, fortè, quod rem emerit, vel singulari. priore casu prærogativâ nullâ gaudet, sed tenetur intrâ idem tempus agere, intrâ quod tenetur alius, quia regulariter fiscus jure privatorum utitur. *arg. l. 1. Cod. de bonis Libert. l. 2. Cod. ad l. Jul. de vi publ. l. 14. ff. de jure fisci l. 60. §. 1. ff. de condit. & demonstr. l. un. §. pen. Cod. de caducis tollend.* Posteriore casu interest, acquisiveritne Fiscus jam semel possessionem rei, an nondum. si acquisivè, cessat præscriptio, adeoque frustra detentor prærogativâ longi temporis sevetur. *d. §. 9. I. b. r. quod sita tamen privilegio 40. annorum sit munitus, fiscum excludit. l. 4. l. 6. Cod. de præscrip. 30. vel 40. annorum. l. ult. Cod. de fundis patrimonial.* Si possessionem Fiscus nondum sit nactus, refert, nondumne bona Fisco denunciata fuerint, an jam fuerint. si nondum, exceptione quadrienni Fiscus repellitur. *l. 1. & ff. Cod. de quadrienni præscrip. l. 10. §. 1. ff. de diversis temporal. præscrip. l. 1. §. 2. ff. de jure Fisci.* in quibus locis indistinctè dicitur, nunciacioni bonorum, & bonis nondum nunciatis quadriennio præscribi. *Schambog. l. b. r. §. 4. pag. m. 299.* Neque obloquitur textus in *l. 18. ff. h. r.* ubi Modestianus ait, bona vacantia, nondum tamen nunciata, diutinâ possessione capi; unde quidam inter res Fisci non nunciatas mobiles & immobiles distinguunt, ac illas triennio, has 10. annis inter presentes, 20. inter absentes usucapione acquiri existimant. *Siruv. d. extrac. 43. ib. 10.* Nam 12. Possessionem diutinam de quadrienni possessione juxta subjectam materiam intelligi debere, prout multum temporis in *l. 1. §. 13. ff. de separationibus.* secundum subjectam materiam quinquennium designat. *Schambog. d. loc. pag. m. 300.* Si bona vacantia denunciata jam fuerint, & lis mota possessori, præscriptio quadrienni interrumpitur, & actio perpetuat; si tamen destiterit nunciator, præscriptio resumit vires, ac suo decurrit pede perindè, atque si nunciatio non intervenisset. *d. l. 10. princ. ff. de divers. temporal. præscrip.* & ibi *Brunnemann. n. 3.* Actionem criminalem si fiscus habeat, intrâ spatium 20. annorum tenetur illam movere. *l. 13. princ. ff. de divers. temporal. præscrip.* quod idè sic placuit, quia, cum ipsa crimina lap-

sa 20. annorum extinguatur. l. 12. Cod. ad l. Cornel. de falsis. Conveniens, visum est, quaestiones Fiscales quoque eodem tempore excludi, Confer *Babeu. in Tremel. d. vol. 2. disp. 22. th. 3. lit. N. in f. Perez in Cod. de bonis vacant. n. 37. & tit. seq. de delatoribus. Goshofred. in notis ad d. l. 10. ff. de divers. temporal. praescript. lit. R.*

2. Ob Favorem dominorum usucapionem effugiunt res Principis. cum enim Princeps curam continuam impendere teneatur bono publico, durum videbatur, res ipsius praescriptioni esse obnoxias, ac tempore deperdi. ceterum hic quoque distinctio adhibenda, ac bona Principis discernenda à juribus. Bona pertinent vel ad Principem quàm talem, vel ad Principem quàm privatum. Bona prioris generis dicuntur Fiscalia, seu ipsius principatûs, de quibus paulò antè diximus. Bona posterioris generis appellantur patrimonialia, quia sunt proprium Principis patrimonium, non quatenus sustinet personam publicam, sed in quantum est homo privatus, puta, Diocletianus, Zeno, Justinianus. De Bonis patrimonialibus docent *Covarruvias in relect. regula. possessor mala fidei. de R. l. in 6. part. 2. §. 2. n. ult. in f. Zoef. ff. h. t. n. 22. & Schamb. l. d. loc. pag. n. 301.* quòd speciali prerogativà non gaudeant, sed eodem tempore praescribantur, quo res alia. Sed reclamant eis totus Titulus *Cod. de rei Domini. &c.* in cuius rubrica perspicuè dicitur, quòd rerum Dominicarum, hoc est, pertinentium ad Principem, vindicatio temporis praescriptione non submoveatur. ergò falsum est, bona patrimonialia Principis privilegio nullo munita esse, undè rectius sentiunt *Ant. Perez in Cod. d. l. n. 3. Rath. d. tr. c. 5. assert. 43. lit. C. & Hoppius ad §. 4. l. h. t. memorata bona tempore ordinario praescribi non posse, longissimo aut immemoriali posse, propter textum in l. 4. Cod. de praescript. 30. vel 40. annorum.* quæ generaliter nullum jus, sive publicum, sive privatum, 40. annorum spatio extinctum, quacumque in causâ vel personâ movendum admittit. Jura Principis duorum sunt generum: quaedam enim constituunt summam potestatem, quaedam sequuntur. jura, quæ summam potestatem constituunt, nullâ praescriptione intrinigi possunt. *Reinking. de regim. sacral. & Ecclesiast. Class. 1. lib. 2. c. 1. n. 136. & seqq. Gail. l. obs. 21. n. 16.* Praescriptio siquidem vim totam voluntati Principis refert in acceptis, adeoque non extenditur ad res alias, quàm ad quas Princeps eandem vult extensam: Principis autem non censetur esse ea voluntas, ut illa praescriptione possint periri, quæ in signum supremæ potestatis sibi competunt. unde nullo negotio resolvitur potest

Quaestio, possintne subditi immunitatem praescribere à tributis? n. 28  
 nimirum, tributa, quæ debentur Principi in vim supremæ potestatis, ac solvuntur in signum subjectionis, discernenda esse ab illis, quæ praestantur ob causas alias, puta, imminens bellum, aut similem necessitatem publicam. Immunitatem prioris generis subditi aequant praescribere, quia jus exigendi tributa

tributa illa constituit summam potestatem, adeoque tam parùm præscribi potest à subditis, quàm parùm ipsa summa potestas. immunitatem posterioris generis possunt subditi præscribere, temporis, si non ordinario, saltèm extraordinario aut immemoriali, quia stante immunitate illà Princeps summam potestatem retinet illibatam, adeoque non censetur esse invitus. *Covarravias d. loc. n. 8.* Nec obstat *lex 6. in f. Cod. de prescript. 30. vel 40. annorum.* ubi disertè statuitur, quòd collationibus publicis nullius temporis præscriptio opponi possit. memoratus textus enim commodè coangustatur ad illas collationes publicas, quæ Principi in signum supremæ potestatis præstantur.

23. Jura, quæ summam potestatem sequuntur, quod attinet, illa vel sunt ejus indolis, ut soleant quandòque à Principe communicari aliis, vel ut nunquam. Quæ priore modo se habent, possunt præscribi, adeoque jus imponendi tributa, largiendi veniam ætatis, restituendi illegitimos natalibus, creandi Doctores, Magistros, Baccalaureos, constituendi mensuras, puniendi malefactores, & si quæ sunt jura, hujus generis alia, præscriptioni subjacent, quia videas, quòd non rarè à Principe per Privilegium tribuantur aliis, atque adeò, quòd voluntas Principis acquisitioni eorum non penitus sit contraria. Jura posterioris generis præscribi nequeunt, adeoque jus ferendi leges universales, cudendi monetam nomine proprio, revocandi sententiam, quæ transivit in rem judicatam, mittendi legatos, construendi fortalitia, ac jura id genus alia præscriptione acquiri nequeunt, quia Princeps non solet illa per Privilegium concedere aliis, adeoque non est verosimile, quòd consentiat, ut præscriptione perimantur. videantur *Covarr. d. n. 8. Nicol. Bœrinus. Decis. 264. n. 19. Schamb. d. l. pag. m. 300. in f. Ant. Guili. Ertl in Palestra Austro. Juridic. de Juribus Principum exercit. 80. Ziegler de Juribus Majestatis pag. m. 81.*

24. 3. Ob favorem Dominorum præscribi prohibentur res dotales, non tantùm immobiles, prout existimat *Bachovius d. th. 3, lit. k. sed etiam mobiles, per l. 30. Cod. de jure dotium.* ubi dicitur, mulieri vindicanti non obflare exceptionem præscriptionis, sive major, sive minor sit decennali. atqui minor decennalis est præscriptio triennii, quæ ad res mobiles pertinet, ergò &c. Confer *Brunnomann. ad d. l. 30. n. 13. & seqq.*

25. 4. Ob favorem Dominorum usucapi nequeunt res Civitatis, quæ duorum sunt generum, aliæ Civibus omnibus communes, aliæ suapte naturâ privatæ. Res prioris generis dicuntur universitatis, ac præscribi nequeunt, quia sunt extra patrimonium, adeoque tanquam propriæ possideri non possunt. *arg. §. 6. suprà de R. D.* Res posterioris generis dicuntur esse in patrimonio civitatis, ac eâ prærogativâ gaudent, ut præscribi nequeant, nisi lapsu 100. annorum. *l. 23. Cod. de SS. Ecclesiis.*

Controvertitur, an res Civitatis hodièquæ prærogativâ hæc gaudeant.

ne præscribi nequeant, nisi decursa 100. annorum? spatio 40. annorum res Civitatis hodie præscribi, non improbabilius sustinet *Boer. d. Decis. 264. n. 27.* quia in *nov. 111.* Imperator Privilegium præscriptionis centenariæ, quod indulsit Ecclesiæ, sustulit quoad res Ecclesiæ. ergò à fortiori id sustulit quoad res Civitatis: quis enim credat, quòd plus favere voluerit rebus Civitatis, quàm Ecclesiæ. Deinde ideò præscriptionem centenariam sustulit quoad res Ecclesiæ, quia, ut in *præfatione d. Novella* ipse loquitur, neque integritas documentis, neque fides actis, neque ætas testibus per tantum temporis spatium potest suffragari: hæc ipsa ratio obtinet etiam in rebus perinentibus ad Civitatem: ergò præscriptionem centenariam in his quoque sustulit. *arg. l. 32. princ. ff. ad leg. Aquil. Barr. Fafon, & passim interpres ad aush. quas actiones. Cod. de SS. Ecclesiis. Covarr.* cum aliis ab eo citatis *d. loc. n. 9.* tenent contrarium, eò quòd constitutio correctoria strictæ interpretationis sit, ac nè quidem ex identitate rationis legum correctio inducenda. ergo constitutio, quæ sublata est præscriptio centenaria quoad res Ecclesiæ, non est trahenda ad res Civitatis. unde ad argumentum *ex d. l. 32.* desumptum respondent, verum quidem esse, quòd, ubi est eadem ratio, idem quoque jus statui debeat in casu omisso: sed cum hac limitatione, nisi constet, eà de causa diversum jus prioribus legibus constitutum esse; tunc enim tenenda juris regula, quæ, quidquid lege posteriore, priores leges innovante, specialiter expressum non est, veterum constitutionum regulis relictum intelligitur. *l. 32. §. 6. Cod. de Appellat.* cui tamen responsioni rursus occurrunt adversarii, dicentes, ipsam præscriptionem centenariam contra jus commune fuisse introductam, adeòque hoc facilius iterum sublata, cum res quævis ad sua initia facillè revertatur.

§. Favere Dominorum usucapi nequeant res Ecclesiæ. *l. Cod. ne rei Dominica.* Sed hoc intelligendum de præscriptione ordinaria: extraordinaria possunt præscribi: cum distinctione tamen inter res, quæ immediate pertinent ad Ecclesiam Romanam, & res, quæ pertinent ad Ecclesias inferiores. res prioris generis spectato Jure Canonico præscribi non possunt, nisi tempore 100. annorum. *C. novo. ult. causa 16. quest. 3. cap. 13. 14. & 17. in f. l. t. c. 2. cod. in 6.*

Neque opponas *l. c. 2. de rebus Ecclesiæ non alien. in 6.* ubi dicitur, quòd mala alienatio ne quidem causam præscriptionis paret. Nam n. non parare, si emptor rei Ecclesiasticæ sit in errore juris, quocum præscriptio non currit. *Barbosa ad d. cap. 2. in collect. DD.*

Neque opponas *2. cap. volumus. 2. caus. 16. q. 4.* quòd enim ibidem proponatur casus exceptus, quo remota regula nihilominus stet firma, insinuat Gregorius per verba illa: *etiamsi quid sacra Romana Ecclesia compere potuit.* aliàs namque opus hand fuisset hoc addere, nisi regulariter Romana Ec-

clefia alio jure gauderet. Præterea exceptio est in *casu. ult. de præscript. in 6.* ubi Bonifacius VIII. statuit, etiam contra Romanam Ecclesiam præscriptioni quadragenarie locum esse, si videlicet bona hæreticorum, qui dum viverent, catholici putabantur, à Catholicis eorum filiiis vel nepotibus, aut extraneis quibuscunque spatio 40. annorum fuerint bonâ fide possessa. Res posterioris generis utroque jure præscribuntur lapsu 40. annorum. *c. 4. 6. 8. & 9. h. t. c. 2. eod. in 6. nov. III. c. un. & nov. 131. c. 6.*

27 Controvertitur 1. an res mobiles, quæ immediatè pertinent ad Ecclesiam Romanam, eodem privilegio gaudeant, quo immobiles, ita, ut præscribi nequeant, nisi lapsu 100. annorum? Prima sententia tenet, Ecclesiam Romanam quoad res mobiles speciali privilegio non gaudere. ita *Layman lib. 3. Theol. moral. sr. 1. cap. 8. n. 13. in dico 11. Castropalao p. 7. operis moralis sr. 31. disp. un. punct. 22. §. 11. n. 6. & alii ab his relati.*

Secunda sustinet, Ecclesiam Romanam quoad res mobiles eodem gaudere privilegio, quo gaudet quoad immobiles: ita *Panormit. apud Lessium, lib. 2. de F. & F. cap. 6. dubi. 7. n. 22. post medium. Hæmold. Tom. 1. de F. & F. sr. 5. cap. 2. contr. 4. §. 3. n. 271. & plures alii.* Probatur posterior hæc sententia ex *d. c. 13. & 14. h. t.* in quibus locis generaliter & indefinitè asseritur, quòd contra Ecclesiam Romanam non currat, nisi præscriptio centenaria: ergo, cum textus illi non distinguant inter res mobiles & immobiles, neque nos debemus distinguere.

28 Controvertitur 2. An res, quæ immediatè pertinent ad Ecclesiam Romanam, etiã spectato jure Civili, privilegio gaudeant præscriptionis centenariæ? consequenter Irnerios *authenticar. quas actiones. Cod. de SS. Ecclesiis in fine*, benè conceperit? Verba authentica hæc habent: *quas actiones aliis decennalis, aliis vicennalis, aliis tricennalis præscriptio excludit, hæc, si loco religiosi competant, quadragesima annis excludantur: usucapione triennii vel quadriennii præscriptio in suo robore durantibus, sola Romanæ Ecclesiæ gaudens centum annorum spatio vel privilegio.*

29 Irnerium non errasse, adeòque adhuc hodie de Jure Civili novissimo contra Ecclesiam Romanam præscriptionem non aliam, quàm 100. annorum currere, sustinent *Fach. 3. controu. cap. 3. circa f. Schneidow. Inst. h. t. n. 28. ubi agit de speciebus præscriptionis. Gudelinus de jure noviss. lib. 6. cap. 13. Stramb. dissert. cui nomen dedit: Irnerius non errans. & alii ab his relati; quorum potissima fundamenta sunt hæc:*

30 Primum: ea, quæ speciali lege conceduntur, rursus speciali lege tolli debent; atqui speciali lege, nimirum *nov. 9.* soli Ecclesiæ Romanæ privilegium præscriptionis centenariæ conceditur: ergò speciali rursus lege tolli debet. Subsumunt: atqui *nov. 113. & nov. 131. c. 6.* nihil speciale circa Romanam Ecclesiam recantant, sed solum generaliter revocant privilegium cente-

marie præscriptionis, quod Ecclesiis, & aliis venerabilibus, ac religiosis locis indultum erat: ergo privilegium præscriptionis centenariæ, Romanæ Ecclesiæ in *nov. 9.* concessum, per *nov. 111. & 131. c. 6.* eidem non est ablatum.

Argumentum secundum sic adornant: illa lex per *nov. 111. & 131. c. 6.* est correctæ, quæ Ecclesiis, venerabilibus, aliisque locis religiosis privilegium præscriptionis centenariæ tribuit: atqui privilegium præscriptionis centenariæ SS. Ecclesiis, venerabilibus Xenonibus, ac religiosis monasteriis tribuit *lex 23. Cod. de SS. Ecclesiis. non nov. 9.* ergo per *nov. 111. & 131. c. 6.* solummodo *d. lex 23.* non autem *nov. 9.* correctæ fuit. Veritas majoris constat ex verbis tum *novella. 111.* tum *nov. 131. c. 6.* & quidem in illius præfatione ita legitur: *Probat igitur hæc præsentis etiam necessitas sanctionis, in qua privilegium, ex religioso proposito SS. Ecclesiis DEI, & monasteriis, aliisque religiosis locis constitutione nostrâ nuper indultum, necessariâ correctione distinguimus.* Deinde in *cap. 1.* sic habetur: *jubemus in negotiis, qua antehac triginta annorum removebat exceptio, nunc venerabilibus Ecclesiis, Monasteriis, & Xenodochiis 40. annorum præscriptio conferatur.* Denique in *cap. nov. 131. cap. 6.* sequentia inveniuntur: *Pro temporalibus autem præscriptionibus 10. & 20. & 30. annorum, SS. Ecclesiis, & aliis universis venerabilibus locis solum 40. annorum præscriptionem opponi præcipimus.* Ex quorum textuum fontibus, qui ac guttulam quidem mentionis de Romanâ Ecclesiâ fundunt, sat limpida esse videtur, iisdem illam saltem legem corrigi, quæ Ecclesiis aliis, Romanâ inferioribus, præscriptionem centenariam fuit imperita.

Minor propositio, sive, quod privilegium præscriptionis centenariæ Ecclesiis, aliisque locis venerabilibus non *nov. 9.* sed *lex 23. Cod. de SS. Ecclesiis.* indulgerit, patet tum ex *rubr. d. nov. 9. ibi: ut etiam Ecclesia Romana 100. annorum gaudeat præscriptione.* quæ, quia perfectam orationem facit, dispositivè allegari potest. *Nicol. Everhardi in locis legali. lib. & rubric. n. 2.* Tum ex nigro sive contextu *d. nov. 9. & legis 23.* Consequentiâ est in formâ.

Tertiò sic arguunt: licet per *authentiam: quas actiones. Cod. de SS. Ecclesiis* (quæ originem suam trahit ex *nov. 131. c. 6.*) præscriptio centenaria, Ecclesiis, aliisque locis piis concessa, in quadragenariam transformata sit, expressè tamen privilegium præscriptionis centenariæ, quo Ecclesiæ Romanæ in *nov. 9.* honorata fuit, in vigore suo persistere jubetur, per verba finalia: *sola Romanâ Ecclesiâ gaudente 100. annorum spatio, vel privilegio.* ergo in apriço est, quod *nov. 9.* per *nov. 131. c. 6.* refixa non fuerit.

Quartò opponunt hoc modo: si qua esset ratio, cur per *nov. 111.* correctæ fuisset *nov. 9.* illa positissimum consisteret in identitate rationis, ob quam præscriptio centenariæ, Ecclesiis aliis competens, est sublata, quia videlicet spatio 100. annorum multa retractantur negotia, quæ, cum nec testes, nec



documenta ferè amplius suppetant, expediri & extricari nequeunt *d. nov. 111. in f. prefat.* sed hæc ratio non urget: ergo &c. minor prob. tum quia testes *Schneideuv. ubi supra n. 30.* præscriptio centenaria optimè probari potest: tum quia lex correctoria, qualis est *nov. 111. & 131.* ne quidem ob identitatem rationis à casu expresso ad non expressum extendi debet. *Nicol. Everhardi loc. à ratione legis ad extensionem ipsius legis. n. 40.*

Quintum & ultimum subsidium petunt *ex cap. 1 q. h. e. ubi Innocent. III.* testatur, tam legali, quàm canonicâ definitione statutum esse ut contra Romanam Ecclesiam non nisi 100. annorum præscriptio locum sibi valeat vindicare: ergo adhuc hodie de jure civili post latam *nov. 111. & 131. c. 6.* locum sibi vindicat; quia verisimile non est, summum Pontificem statutum juris communis ignorasse, *arg. c. 1. de constit. in 6.* cum id scire potuerit, ut pote jam circa annum *Æræ Christianæ 541. & 548.* emanatum; Innocentius verò primùm postea anno 1208. ad Christianam Reipublicæ gubernacula adscitus fuerit.

31 Econtra Irnerium non benè concepisse Authenticam, quas *actiones.* & centenariam præscriptionem, Romanæ Ecclesiæ olim indultam, sententiæ Justiniani minùs convenire, tenent *Arius Pinell. ad auth. nisi triennale. Cod. de bonis macternis n. 57. Fac. Cajacius. §. obs. 5. Commentar. Jur. civil. cap. ult. Matthias Stephani ad nov. 111. n. 1. Carol. Scharschmid. exercit. ad Nov. 4. th. 19. Rittershusf. ad jus Justin. pars. 11. n. 10. Harp. ad pr. 1. h. 1. n. 217. Ant. Perez in Cod. de SS. Eccles. n. 25. Servo. d. exercit. 43. th. 19. circa f. Bach. in Trensl. d. disp. 22. th. 4. lit. L. & M. Barthol. Salicot. ad d. auth. quas actiones. n. 1. & seqq. Wissenbach. ad Inst. disp. 13. n. 11. & in syllog. error. Irner n. 3. & seq. D. Arnold Rath er. de usucap. & præscript. cap. 5. assert. 17.*

32 Probatur hæc posterior sententia 1. Constitutio posterior derogat priori, si eidem contrarium disponat. *L. ult. ff. de constit. Princip.* Sed constitutio *nov. 111. & 131. c. 6.* est posterior; constitutio *nov. 9.* est prior; & huic contrarium disponit illa: ergo illa constitutio huic derogat. Minor quoad secundum membrum probatur: in *nov. 111. & 131. c. 6.* præscriptio centenariæ verbis generalibus ad quadragenariam reducitur; nec excipitur Ecclesia Romana, cui in *nov. 9.* præscriptionis centenariæ privilegium est concessum: ergo *nov. 111. & 131. c. 6.* disponunt contra *nov. 9.* ergo eidem derogant.

Prob. 2. nullus dubitat, quin per *d. nov. 111. & 131. c. 6.* præscriptio centenaria Ecclesiis aliis, Romanâ inferioribus, tributa, reducta fuerit ad præscriptionem quadragenariam; ergo etiam nullus dubitet, quin præscriptio centenaria, rebus immediatè ad Ecclesiam Romanam spectantibus tributa, per sæpè dictas novellas reducta fuerit ad præscriptionem quadragenariam.

consequentia probatur : ideo præscriptio centenaria quoad Ecclesias alias indubitanter est sublata, quia per tantum tempora nec integritas documentis, nec fides actis, nec ætas testibus potest suffragari: ergo etiam oh rationem omnino eandem, præscriptio centenaria quoad Ecclesiam Romanam indubitanter est sublata.

Prob. 3. Illa constitutio per *nov. III.* est correctæ, quæ omnibus Ecclesiis concessit privilegium præscriptionis centenariæ: sed constitutio in *d. nov. 9.* omnibus Ecclesiis concessit privilegium præscriptionis centenariæ: ergo &c. major est adversariorum, minor perspicue ostenditur ex verbis ipsius *nov. 9.* ubi Imperator initio statim ait, *se necessarium duxisse, Patriam legum* (intellige Romanam) *fontem Sacerdotii, speciali nûminis sui lege illustrare, ut sic hoc in universas Ecclesias Catholicas, quæ usque ad Oceanum fretam possideant, saluberrima legis vigor extendatur, & sit totius Occidentis, nec non et orientis, ubi possessiones sita inveniuntur pertinentes ad Ecclesias, lex propria ad honorem DEI consecrata.* ergo in *Japè eis. nov. 9.* Ecclesiæ tum Romanæ, tum aliis privilegium præscriptionis centenariæ tribuitur.

Idipsum sufficienter indicant verba paulò post sequentia: *habeas itaque sanctitas tua hanc legem, Catholicis totius Occidentis Ecclesiis profuturam, & in Orientales partes propagandam, in quibus aliquid sacrosancta possident Ecclesia.* Egrege adstipulantur, quæ Princeps ad finem memorati textus subnectit: *ibi: quod igitur vestra æternitas ad omnipotentis DEI honorem, veneranda sedis summi Apostoli Petri dedicavit; hoc habeant omnes terra, omnes insule totius Occidentis, quæ usque ad ipsos Oceani recessus extenduntur, vestri Imperii providentiam per hoc in æternum.* ergo Justinianus in *d. nov. 9.* non solum Ecclesiæ Romanæ, sed etiam reliquis, illâ inferioribus, providere voluit.

Superest, ut argumenta contraria diluantur. ad 1. itaque *n. neg. mino. 33.* rem; quia, ut loco tertio probatum ex verbis ipsius *novella 9.* per illam non solum Ecclesiæ Romanæ speciale privilegium præscriptionis centenariæ datum est, sed cæteris quoque Ecclesiis, & domibus religiosis.

Ad 2. rursus nego minorem. ad probationem ejusdem *n. à rubro ad nigrum*, bonum duci argumentum, si illud cum hoc conveniat; secùs, si discordet, ut fit in *d. nov. 9.* cujus rubrica licet de solâ Ecclesiâ Romanâ concepta sit, textus tamen de Ecclesiis etiam aliis loquitur. Neque legitime argumentaris, si dicas: *lex 23. Cod. de SS. Ecclesiis.* indulgit Ecclesiis aliis privilegium præscriptionis centenariæ: ergo otiosa fuit *nov. 9.* dum illud repetiit. Nam, ut rectè monet *Ritterhusius ad Jus Justin. in præm. cap. 1. n. 8.* de substantiâ novellarum non est, ut semper jus novum introducant, sed muare suo sæpè numero funguntur; si jus, quod antea obtinuit, confirmant aut renovent. Deinde concesserat quidem Imperator Ecclesiis orientali-

calibus in *d. l. 23. privilegium*, ut earum actiones non nisi 100. annorum præscriptione excluderentur. verum jus hoc postea in *nov. 9.* porrexit ad Ecclesias occidentales, & quidem omnes, ne dudum specialiter ad Romanam, ut ex ipso contextu appertet, & sæpius evincitur. cum igitur privilegium hoc posterioribus suis constitutionibus in *nov. 111. c. 1. 3. l. c. 1.* revocaverit, & quadragenariam præscriptionem rursus introduxerit, absurdum est dicere, per *nov. 111. c. 1. & nov. 131. c. 6. corrigi legem 23. Cod. de SS. Ecclesiis*, & non etiam corrigi *novellam 9.* quia non est major ratio, cur plus Occidenti, quam Orientali tribui deberet.

Ad 3. patet responsio ex *Snyckto de success. ab intest. differt. 2. s. 1. §. 27.* ubi ait, authenticas, ab Irænio Doctore privato, Codici insertas, plus non probare, quam novellæ, unde dumsumptæ sunt. cum igitur verba ultima dicat *auth. quas actiones*, in suo fonte, id est, in *nov. 131. c. 6.* non reperiantur, malè allegantur.

Ad 4. *z.* adductam rationem esse aliquod fundamentum nostræ sententiæ, sed non adæquatam: potissimum namque consistit in posterioritate & contrarietate *novellæ 111.* respectu *novellæ 9.* ad probationem minoris dico 1. ipsummet *Schneidero.* loco ab adversariis citato fateri, præscriptionem centenariam difficulter admodum probari; quæ difficultas proinde, quia controversis variis est obnoxia, non immeritò legislatorem movere potuit, ut per *nov. 111.* præscriptionem centenariam respectu Ecclesiæ tam Romanæ, quam inferiorum, in quadragenariam converteret. Dico 2. verum quidem esse, quòd lex correctoria nè quidem ob identitatem rationis à casu expresso ad non expressum extendi debeat. Sed nego, illam impræsentiarum extendi ad casum non expressum: ex eo enim, quòd *novellæ 9.* generaliter omnibus Ecclesiis privilegium præscriptionis centenariæ concesserit, & *novellæ 111.* generaliter respectu omnium Ecclesiarum illud sustulerit, sufficienter expressum est, etiam tolli respectu Ecclesiæ Romanæ.

Ad 5. *z.* Pontificem respexisse ad jus novellarum, quatenus per id Imperator privilegium Ecclesiæ Romanæ indulgere potuit, & indulxit, & à SS. Canonibus receptum fuit: nam corrigendo postea, nihil amplius immutari potuit circa jus privilegiatum Ecclesiæ; cum lex civilis, disponens de personis & rebus Ecclesiasticis, si sit odiosa (uti lex correctoria) valore destituatur. *cap. 1. dist. 96. cap. 1. & 10. de constit. ac ibi Patormis. n. 4.*

14. Controvertitur 3. utrum etiam res mobiles Ecclesiarum, Romanæ inferiorum, 40. annis præscribantur? Res immobiles Ecclesiarum, Romanæ inferiorum, non nisi 40. annis præscribi, comprobant textus utriusque juris relati supra *n. 26. in f.* Excepto saltem casu *capituli. l. h. s.* ubi statuitur, quòd si locus aliquis perveniat ad hereticos, & postea illum locum non proprius, sed alienus recuperet Episcopus, & ad fidem convertat, proprius Episcopus

Scopus verb eundem intra triennium non repetat; hic postea ulterius repetere nequeat. ratio consistit in favore fidei, ut Episcopi excitentur ad convertendos subditos, prout insinuat in *cap. placuit. 15. canf. 16. q. 3.* Neque tamen existimes cum Abbate, hic esse casum, in quo prescriptio cum mala fide procedat. Nam licet Episcopus alienus sciat, locum illum ad alium pertinere Episcopum; quia tamen ex Canonis autoritate in possessione illius plebis per triennium fuit, sicque absque peccato locum illum, & jura Episcopalia iuste possedit, verè malam fidem non habet. *Covarr. ad Regul. Possessor. 2. §. 11. n. 8.* ubi addit, quòd Episcopus proprius, si populum suum ad fidem reducere negligat, videatur eum habere pro derelicto; atque adeo mirum non sit, si autoritate Canonum cura Episcopalis alteri acquiratur.

Præterea, quòd attinet res Ecclesiæ mobiles pretiosas, videtur *P. Lu. 35. devoto Engel h. t. n. 28.* valde probabilis sententia, eas alio tempore, quàm quadragenarij, prescribi non posse. arguit ille sic: prescriptio est species alienationis. *l. 28. ff. de V. S.* ergo sicut in alienatione res mobiles pretiosæ comparantur immobilibus, quarum exemplo solemnitates juris exiguntur. *extrinsec. ambrosiana. de rebus Ecclesia non alienand. inter communis.* ita etiam in prescriptione.

Tota igitur difficultas procedit de rebus Ecclesiarum, Romanâ inferiorum, mobilibus non pretiosis, quas triennio prescribi contendunt *Covarr. d. p. 2. §. 2. n. 5. Lessius de F. & F. lib. 2. cap. 6. Arbit. 7. n. 22. Leymann. Theol. moral. lib. 3. tr. 1. cap. 8. n. 13. Zois. ff. h. t. n. 5. D. Rath. d. cap. 5. assert. 14.* estque teste *Lessio. loc. communis.*

Verùm filium doctrinæ, in resolutione præcedentis controversiæ traditæ, & à me nunc flagitat opinionem contrariam. Dicò ergo, adversus Ecclesias minorem prescriptionem, quàm quadragenariam non admitti, sine discrimine inter res mobiles & immobiles. Probatur partim generalitate textuum ex jure sacro *supra n. 26. in f. citatorum*, partim quia prerogativa prescriptionis centenariæ, Ecclesiis tam quoad res mobiles, quàm immobiles, in *l. 23. pr. Cod. de SS. Ecclesiis. & nov. 9.* à Principe nostro data, postea ab eodem in *nov. 111. c. 10.* mutata est in prescriptionis quadragenariæ privilegium, per verba hæc generalia: *in illis negotiis religiosos contractus memoratis quadraginta annorum privilegio volumus perfrui, in quibus eis 100. annorum prerogativam constitutio nostra consuleras.* Partim denique quia in *nov. 131. c. 6. in prin.* temporali prescriptioni (per quam potiori jure triennis intelligitur, quàm alia diuturnior) in ordine ad SS. Ecclesias substituatur quadragenaria; quæ in *f. d. c. 6.* extenditur ad exactorem legatorum & hereditarum, quæ ad pias causas relicta sunt, adeoque ad res mobiles, ut quæ frequentius legari solent.

Unde malè opponitur *auth. quas actiones. Cod. de SS. Ecclesiis.* quæ in rebus Ecclesiæ immobilibus 40. annos ad prescriptionem admittit, *usurpatione triennii*

*trienii* (quæ quoad res mobiles procedit) vel *quadriennii* prescriptione in suo robore durantes. Nam memorata authentica caret vi authenticâ, quia fontis suo, nimirum *nov. 131. c. 6.* non correspondet. Neque etiam exinde majorem vigorem adeptâ est, quod inserta sit decreto Gratiani in *cap. jubemus. 16. §. de prescriptionibus. caus. 16. q. 3.* prout existimat *Lessius d. n. 22.* Nam juxta tradita à Magnifico D. P. Collega, Francisco Schmier in *tratt. præambulo de Jurisprud. Can. Civil. cap. 1. sect. 2. §. 2. n. 84.* Leges Civiles ex eo, quod translatae sint in Decretum, non canonizatae, sed in antiquo vigore relictae sunt, nisi à Pontificibus specialem obtinuerint approbationem.

38 Controvertitur 4. quanto tempore præscribatur Ecclesiis exemptis? *Id. cum D. Rath. d. c. 5. assert. 38. & Chockier de Jurisd. ord. exemp. p. 1. q. 37. & p. 3. q. 12.* distinguendo: vel agitur de ipso jure exemptionis, atque ita principaliter de Jure Ecclesiæ Romanæ competente, vel agitur de Juribus competentibus Ecclesiæ exemptæ. priore casu requiritur præscriptio 100. annorum, per *cap. 4. de confirm. util. vel inutil. ibi: quia præfatum monasterium ad jus & proprietatem Apostolica Sedis per privilegium prædecessoris nostri pertinere monstratur: ne Jus Ecclesiæ Romanæ maneat indefensum, eandem Abbatisam procuratricem ipsius duximus statuendam: ut eum adversum Romanam Ecclesiâ possessiones & jura non nisi centenaria currat præscriptio, ipsa super hoc & aliis vicia nostra procurat, qua coram te in judicio fuerint procuranda.* Facit huc textus in *cap. 13. h. 1. ibi: respicientes insuper (quod & longè validius) ipsum negotium tangere principaliter Romanam Ecclesiâ, contra quam non nisi centenaria præscriptio currit.* Posteriori casu sufficit præscriptio quadragenaria, cum jura, competentis Ecclesiæ exemptæ, non sint proprium divi Petri patrimonium; neque agatur de Ecclesiæ Romanæ præjudicio, aut saltim non principali; quod tamen sacri Canones in ordine ad centenariam præscriptionem requirunt. *d. c. 13. h. 1. ibi: tangere principaliter Romanam Ecclesiâ.*

39 Planè ordinibus mendicantibus tam à Leone X. quàm Pio IV. centenaria præscriptionis privilegium, tum ob immediatam subjectionem S. Sedi, tum ob commune jus, proprietatem, & dominium, quod v. g. minores S. Francisci de observantiâ, in bonis tam immobilibus cum Romanâ Ecclesiâ quodammodo habere dicuntur, concessum esse, testis est *P. Hannold. de F. & F. tom. 1. l. 5. cap. 2. controu. 4. §. 6. n. 300.* Idem privilegium Religiosis S. Bernardi Ord. Cisterciensis, primùm in Hispania à Gregorio XIV. statim aliter & ultimo regimini sui, aetate autem Christianæ anno 1591. postmodum autem à Urbano VIII. anno 1624. per communicationem privilegiorum, omnibus superioris Germaniæ monasteriis prædicti ordinis, ob singularem reformationem & observantiam hujus congregationis, in eisdem monasteriis institutam & conservatam, amplissimis & prægnantissimis clausulis extensum fuisse, perhibet *D. Arnod. Rath. d. c. 5. assert. 35.* Similiter ad-

versus monasteria & Religiosos Ord. S. Bened. eorūque bona immobilia præscribi non posse, nisi 60. annis, testatum reliquere *Hannold d. n. 300. Lessius d. cap. 6. dubit. 8. n. 25. Pirhing h. s. n. 102. in f. Engel ibid. n. 33. Bach. d. assert. 35.* Privilegium, prælaudato ordini Benedictino à Eugenio IV. anno Christi 1434. concessum, refert *Mol. de F. & F. sr. 2. disp. 72. n. 4. in f.* his verbis: *Non in favorem observantia regularis, ex certâ scientiâ, motu proprio, ac de plenitudine potestatis Apostolica volumus, statuimus, & decernimus, quod contra præfata Congregationis monasteria, loca, & personas, & bona aliqua non currat præscriptio, nisi post lapsum 60. annorum, non obstantibus &c.* quamvis *Christoph. Schambog. ad Jus Can. h. s. n. 15.* valde dubitet, an hoc privilegium ubique in usu sit.

6. Favoze Dominorum usucapionem effugiunt res pupillares, circa quas sequens notanda distinctio: refert nimirum, alienaveritne rem pupillarem tertius, an ipse pupillus. Si tertius, usucapio non procedit, adeoque non obstante possessione temporis longissimi liberrimè vindicare rem pupillus potest. *l. 48. prius. vers. nec interest. ff. de a. r. d. l. 10. princ. ff. quemadmodum servitutes amittantur. l. 3. Cod. de præscript. 30. vel 40. annorum.* ubi perspicuè dicitur, quod non sexus fragilitas, non militia, non absentia, sed sola ætas pupillaris à præscriptione 30. annorum exempta esse debeat. Si ipse pupillus, interest, alienaveritne rem sine autoritate tutoris, an cum? Si autoritate tutoris non adhibitâ, is, qui rem emit à pupillo, usucapere eandem non potest, quia titulo destituitur, cum alienatio fuerit nulla. Quod si rem rursus alienaverit, diverso respectu procedit usucapio, & non procedit. procedit respectu authoris, à quo rem habet: huic enim non est, cur jura saveant. *l. 2. §. 15. ff. pro emptore,* ubi Paulus dilucidè asserit, quod, si à pupillo sine autoritate tutoris quis emerit, usucapio sequatur. Non procedit respectu ipsius pupilli. *d. l. 3. Cod. de præscript. 30. vel 40. annorum.* Si autoritas tutoris, vel protutoris, & Decretum Magistratus intervenerit, ac ad non Dominum res fortè devenierit, procedit usucapio, quia pupillo non præjudicat, cum, si contractu sit læsus, petere possit restitutionem in integrum. *l. 45. ff. de minoribus. l. 2. §. 24. ff. de doli mali & metus except. Sræv. d. exercit. 43. tb. 10.*

Dubitatur, procedatne præscriptio adversus pupillum tunc saltem, cum capta fuit adversus defunctum? *¶* Interesse, possitne compleri, dum pupillus existit in utero, an non. Si prius, continuatur præscriptio, nec interrumpitur, quia completur non tam contra pupillum, quàm ipsum defunctum. *d. l. 45. ff. de minoribus.* Si posterius, interrumpitur, quia, si pergeret currere, procederet contra ipsum pupillum, quod jura non ferunt. *d. l. 48. princ. ff. de a. r. d. l. 3. Cod. de præscript. 30. vel 40. annorum Hannold. d. c. 2. contr. §7. m. 65.*

41. 7. Ob favorem Dominorum usucapionem repudiant res minorum, ubi præscriptionem extraordinariam separo ab ordinariâ. illam res minorum recipiunt. l. 3. *Cod. de præscript. 30. vel 40. annorum.* hanc recipiunt quandoque, non quandoque vel enim legitime res fuit distracta, vel illegitime. si legitime, ac ad non dominum fortè devenerit, procedit usucapio, quia minori non præjudicat, cum, si alienatione læsus sit, petere possit restitutionem in integrum. l. 49. ff. *de minoribus. l. un. Cod. si adversus usucapionem.* Si illegitime, usucapio non procedit, quia mansit res minoris, contra quem non currit præscriptio ordinaria. l. ult. *Cod. in quibus causis restitutio in integrum non est necessaria. l. 3. Cod. quibus non obicitur longi temporis præscriptio.* Planè, esto contra minorem non currat præscriptio propria, currit tamen impropria. sic primò præscriptio triennii, quo finitur instantia, obstat minori, ut non audiat, si post lapsum temporis illius pergere agendo velit, usque adeo, ut ne quidem restituatur in integrum, nisi fortè curator ejus solvendo non existat. l. 13. §. ult. *Cod. de judiciis.* Sic secundò decendium, appellationi interponendæ præstitutum, currit contra minorem, ità, ut non audiat, si post lapsum 10. dierum appellare velit, quamvis hoc casu restituatur in integrum, si læsum se existimet. l. 7. §. 11. ff. *de minoribus.* Sic tertio currit contra minorem tempus, præscriptioni conventionæ partium præstitutum: & si quidem tempus illud originem sumat ex contractu defuncti, minori non conceditur restitutio; alioquin conceditur. l. 38. princ. ff. *d. r. confer Struv. d. exercit. 43. th. 10. D. Verlabner. semiscent. select. quest. 38. n. 13. & seqq.*
42. 8. Denique favore dominorum usucapionem non admittunt feuda, quæ absque consensu domini directi malè alienata, quoad dominium directum à possessore spatio 30. annorum præscribi nequeunt. ita tradunt *Fult. de feudis lib. 1. cap. 9. n. 22. Ludov. in synopsi Fur. feud. cap. 8. pag. m. 178. Joan. Nöel. in controu. F. feud. disp. 8. th. 6. lit. D. Bocerus class. 5. disp. 17. th. 23. lit. C. Harp. ad princ. F. h. t. n. 169. & seqq. Fach. 7. controu. cap. 61. Prau. D. Vitis ab Arnold exercit. feud. cap. 2. n. 17. Carr. Fur. de feud. p. 4. n. 82. Fult. Clarus lib. 4. sententiarum. §. feudum. q. 45. n. 2.* qui duo ultimi de communi deponunt.
43. Probatur hæc sententia i. vi vulgatæ juris regulæ factum cuique suum, non alteri nocere debet, neque factò alterius conditio domini reddi deterior: sed si feudum, sine consensu domini alienatum, spatio 30. annorum ab extraneo ita præscribi possit, ut dominus, rei vindicationem instituire volens, excluderetur, tunc vasallus alienatione suâ vel maxime noceret dominio, & conditionem ejus deteriorem redderet; ergo &c. Prob. 2. per textus luculentos in 2. *feud. 40. vers. præterea. & 2. f. 55.* in quorum priore dominis amplissima licentia tribuitur, factas quascunque alienationes nullâ obstanti præscriptione revocandi: in posteriore autem cassâ Imperator Fridericus om-

nes alienationes feudi, *impediente nullius temporis prescriptione*. quæ sanè capitula coangulari nequeunt ad prescriptionem longi temporis, restrictione huic aperte refragante tum particulâ *nulla & nullius*, generalitatem importante; tum quòd citata jura collecta sint à viris longobardis, in feudis prescriptionem aliam, quàm longissimi temporis, sive 30. annorum non agnoscebantibus; imò juxta usum Mediolanensium tempus longum est 30. annorum, per textum expressum in *l. f. 28.* in cujus principio fit mentio longi temporis, quòd postea per 30. annos explicatur. tum denique, quòd Princeps Romanorum Fridericus alienationem à vasallo factam, omnino irritet, casset, & annullet, ex qua proinde nullus planè juris effectus, sive concurrente longo, sive longissimo tempore sperari potest; quia, quòd de jure nullum est, nullum sortitur effectum. *c. 52. de R. l. in 6.* Prob. 3. finis, cur prælaudatus Princeps in *2. f. 55.* alienationes feudorum, etiam non obstante prescriptione, cassaverit, fuit, ut ad pleniorum rerum utilitatem dominis directis provideret: ac verò finem hunc Princeps assecutus non fuisset, neque ad pleniorum rerum utilitatem dominis directis providisset, si longissimi temporis prescriptio impediret, quò minus feuda, à vasallis malè alienata, à dominis vindicari possent; ergo longissimi temporis prescriptio vindicationem dominicam non impedit. Probatur 4. vel lex Corradi, quæ in *2. feud. 40.* licentiam dedit dominis revocandi feuda, sine consensu eorum alienata, nulla obstante prescriptione, intelligenda est prescriptione longissimi temporis, vel longi. si prius sententia nostra satis probata est. Si posterius; sequitur manifestè, Augustissimum Fridericum in *2. f. 55.* exclusisse prescriptionem longissimi temporis, ne secus contra Imperatoriam Majestatem dicitur emisisse constitutionem, factam respectu prescriptionis otiosam & superfluum. Prob. 5. *arg. v. 1. de consir. in 6.* Imperator Fridericus dum constitutioni in *d. 2. f. 55.* contentæ, se accinxit, haud ignoravit duplicem prescriptionem, unam longi temporis antiquitùs cognitam, alteram temporis longissimi postea in *l. 3. & 4. Cod. de prescript. 30. vel 40. annorum.* introductam; quâ tamen scientia non obstante verbis generalibus *d. tit. 55.* statuit, alienationem feudi, sine consensu domini factam, nullius temporis prescriptione convalidari posse: ergo neque prescriptione longissimi temporis convalidatur.

Sententiam oppositam propugnant *Glossa in d. 2. feud. 40. vers. praeo. 4. q. 1. ad. Fac. Alvarez. ibid. n. 3. Borcolin de feud. cap. 7. p. 3. n. 13. Schrader de feud. p. 5. c. 4. n. 9. Gail. 2. obs. 160. n. 2. & alii à his relati*, Objicientes 1. vulgatum est, quòd mediante spatio 30. annorum, nullitati processûs & contractuum præscribatur. *Sigismund. Scaccia de appellat. p. 2. q. 19. remedi 1. conclus. 7. n. 1. Carpov. in process. Jur. tit. 19. art. 3. n. 8. Gail. 1. obs. 127. n. 8.* ergo etiam eodem spatio præscribetur alienationi feudi prohibita. Quamvis vulgò dicatur, spatio 30. annorum nullitati processûs & contractuum



tractuum præscribi; id tamen intelligendum est de casu quæstionis, propositæ inter illas ipsas personas, inter quas Processus formatus, aut contractus celebratus fuit; unde per argumentum contrarium in proposito plus non probatur, quam quòd vasallus alienans dominio utili post 30. annos excidat, non etiam, quòd dominus dominio directo.

Objic. 2. Jura alia lapsu 30. vel 40. annorum tolluntur. l. 1. §. 1. Cod. de annali except. l. 2. Cod. de consue. pecun. l. 3. & 4. Cod. de præscript. 30. vel 40. annorum. ergo etiam jus feudi, licet sine consensu domini male alienati. R. Neg. conseq. ob textum irrefragabilem in d. 2. feud. 55.

Objic. 3. in 2. feud. 9. §. 1. dominus sive sciens, sive ignorans, præscriptione 30. annorum submoveri dicitur: ergo dominus, post tantum temporis spatium rei vindicationem instituere volens, oppositâ præscriptionis exceptione excludetur à vasallo. R. 1. Consuetudinem, cujus insit. 9. Overtus mentionem facit, sublatam esse per constitutionem Friderici, utpote certè posteriorem dicto titulo nono. R. 2. Totum illum titulum historicam duntaxat relationem complecti juris veteris, & non illius juris, quod feudista per omnia observari voluit; uti perspicue indicat inscriptio tituli: *qualiter olim poterat &c.* & verba in ipso textu: *poterat olim vasallus &c. hoc licebat ei &c. culpa amittebas &c. nullius curia poterat &c.* & maxime verbum illud: *submovebatur.* R. 3. In opposito sit. 9. quæstionem non esse de præscriptione domini directi, sed de præscriptione ejus domini, quod vasallus alienavit, alienandi potestate sibi non competente: atqui vasallus alienavit dominium utile, non directum; ergo dominium directum non præscribitur, sed utile; hoc est, post lapsum 30. annorum à tempore factæ alienationis dominus directus non habet amplius jus retractus, mediante quo dominium utile consolidetur cum directo, sed cogitur cum, in quem facta est alienatio, pro suo vasallo agnoscere.

Objic. 4. Si quis per 30. annos rem aliquam, ut feudum, possederit, & servitium domino exhibuerit, præscriptione se tueri potest, licet de illa rem non fuerit investitus. 2. f. 26. §. 4. ergo etiam, si quis per 30. annos rem aliquam feudalem possederit, ut allodium, præscriptione se tueri poterit, ut fiat allodium. R. Neg. conseq. ratio disparitatis est, ut ex re allodiali fiat feudalis, nihil interest Reipublicæ, cum in hujus bonum & incrementum numerus militum exinde augetur. e contra si ex feudis efficiantur allodia, refulsantur dominis militaria servitia cum magno Reipublicæ dispendio. prout insinuat in 2. f. 52. pr. & d. 2. f. 55. in pr. Harp. ubi supra n. 171. atque hæc ratio permovit P. Ludovicum Engelst. de feudis n. 42. ut in præsentì controverfiâ feuda, quæ habent annexa servitia militaria, separaverit à feudis privatis vel illis, quibus nulla talia servitia imposita sunt. in his admisit præscriptionem tricennem, in illis non etiam. Distinctione aliâ impre-

sentiarum utuntur. *Serm. in Synag. Jur. feud. c. 13. aph. 10. n. 4. Gosthofrad. Ant. disp. feud. 9. th. 7. lit. C. pag. m. 259. Hannold. tom. 3. de F. & F. sr. 9. c. 5. controv. 8. n. 693. in f. Magnif. D. P. Collega Schmier sr. de prescript. 6. 4. sect. 1. §. 4. n. 42. & 45. malæ fidei possessorem fecernentes à possessore bonæ fidei; hunc triginta annorum præscriptione se tueri posse, existimant, illum non etiam.*

Objic. 5. Si dominus per 30. annos servitia, quibus indigeret, non exegerit, aut vassallus rem feudalem bonâ fide non ut feudalem, sed tanquam suam & allodiam possederit, atque domino servitia petenti denegaverit, isque per 30. annos acquieverit, præscribitur dominium directum, prout per textus in *l. 1. & 2. Cod. de longi temporis prescriptione, qua pro libertate &c. l. 7. Cod. de his, qui à non domino manumissi sunt.* probant *Serm. ubi supra n. 15. aph. 3. n. 5. Harp. d. les. n. 167. Rosenhall de feud. c. 6. concl. 82. n. 15. Ludovall. d. c. 8. pag. m. 177.* ergo etiam interveniente alienatione potest res feudalis quoad dominium directum præscribi. *24. Neg. consequ. prius fit ob negligentiam & desidiam domini, quæ punitur, ut tradit Rosenhall d. concl. 82. n. 18.* ad posterius autem evincendum deberet convalidari alienatio, quod consuetudines feudales non faciunt. Accedit, quod antecedens non ad eò certum sit, ut ab omniaibus admittatur: in specie id negat *Fultojus de feudis lib. 1. cap. 9. n. 19.*

Objic. 6. Verosimile non est, Romanum Imperatorem Fridericum, ad cujus officium pertinuit, jura tueri, per constitutionem suam in *2. f. 55.* totam observationem de præscriptione longissimi temporis, multis vigiliis exogitatum & inventam, in casu alienati feudi voluisse evertere: ergo cum vigore juristum communis, tam feudalis, præscriptioni longissimi temporis tribuatur efficacia, per eam acquirendi feuda & jura alia, ea ipsa virtus in ordine ad solum feudum, sine consensu domini malè alienatum, non creditur à Imperatore fuisse adempta. *24. Neg. antec. non est facienda voluntatis questio, ubi nulla in verbis invenitur ambiguitas. l. 25. §. nu. ff. de legat. 3. aut, si de voluntate disputandum, debet illa ex verbis colligi. l. 7. §. ult. ff. de suppellectile legata.*

## §. IX.

**F**orma præscriptionis desumitur à requisitis, quæ inter prima subsellia obtinet bona fides, quam definitio, quod sit credulitas animi, judicantis, rem alienam non esse.

Dividitur 1. in eam, quæ requiritur ad præscriptionem rerum corporali-  
 um, & illam, quæ desideratur ad præscriptionem rerum in corporalium.  
 prior est sincera conscientia credentis, rem alienam, propriam esse. poste-  
 rior est conscientia, quâ quis novit, se nihil egisse contrarium obligationi,

quâ alteri tenetur. confer *P. Melchior Friderich de Empt. p. 4. cap. 2. art. 5. n. 485.*

2. Sciatur in Theologicam & Juridicam. illa est credulitas animi, judicantis, se non possidere alienum, aut nihil agere contra suam obligationem. hæc est credulitas juris, præsumptis, se non possidere alienum, aut nihil agere contra tuam obligationem. Posterior sæpè deficit, licet suppetat prior. ut ecce! ignarus malæ fidei, in quâ defunctus fuit, accedis ad possessionem rerum, in hæreditate inventarum: theologicè loquendo es in bonâ fide, juridicè in malâ; quia jure, defunctum fingendo unam personam cum hærede, malam fidem defuncti imputant hæredi.

47. Circa hoc primum requisitum secernendum jus civile à Canonico. Jure Civili sufficit, bonam fidem initio adfuisse, adeoque licet sciens rei alienæ superveniat, usucapionis tamen cursus idcirco non sistitur. *l. 48. §. 1. ff. de ac. r. d. l. un. Cod. de usucap. transform.* Jure Canonico usucapio non aliter procedit, quàm si bona fides toto tempore possessori suffragetur, ut expressè deciditur in *cap. fin. h. t. ubi summus Pontifex ita loquitur: quoniam cum, quod non est ex fide, peccatum est: synodali judicio diffinimus, ut nulla valeat absque bonâ fide præscriptio, tam canonica, quàm civilis, cum generaliter sit omni constitutioni, atque consuetudini deroganda, qua absque mortali peccato non potest observari, unde oportet, ut qui præscribit, in nullâ temporis parte rei habeat conscientiam alienam.* Cæterum difficiles hic occurrunt controversiæ, quibus amolendis toto nisu instituisse, operæ fuerit pretium.

48. Controvertitur enim 1. curratæ præscriptio in dubiis? ubi prænotandum, dubium speculativum illud dici, cum quis præcisè in thesi dubitat, sitnè res sua. practicum verò vocatur, cum qui in hypothesi non solum dubitat, an res sua sit, sed etiam, an eandem salvâ conscientia retinere possit? hoc prænotato sit.

49. Assertio I. cum dubio speculativo inchoari non potest præscriptio. *ita Mol. de F. & F. tr. 2. disp. 63. num. 8. Lessius de F. & F. lib. 2. cap. 6. dubit. 3. n. 10. Covarr. ad c. possessor. p. 2. §. 7. n. 3. Pirhing ad d. t. sol. 2. §. 4. num. 55. Clariff. D. P. Paulus Metzger p. m. diffi. de natura & objecto justitiæ cap. 4. §. 8. num. 4. nec non diffi. de conscientia cap. 3. §. 3. n. 1. P. Erid. Ininger de dominio disp. 3. quest. 2. art. 3. pag. m. 153. Euch. x. controv. cap. 65. Arnold. Rath. de usucap. cap. 2. assert. 35. lit. C. estque communis DD. Probatur 1. utroque jure ad initium præscriptionis requiritur bonâ fides. *l. 15. §. 2. ff. h. t. l. un. Cod. de usucap. transform. l. 48. §. 1. ff. de ac. r. d. c. f. h. t.* sed bona fides non est, credere, venditorem non esse dominum: ergo credens, venditorem non esse dominum, non potest ordiri præscriptionem. Prob. 2. ut possessionem rei aliæ licitè capiam tanquam meam, debeo probabiliter judicare, esse meam: sed si apte dubio speculativo implicat, me probabiliter judicare, possessionem rei alienæ esse meam, quia dubi-*

dubium ex formali conceptu suo excludit iudicium & assensum; ergo cum dubio speculativo inchoare præscriptionem non possum. Prob. 3. cum peccato nulla currit præscriptio *d. e. f. h. r.* sed dubitans speculativè, & rem alienam nihilominus sibi arrogans, peccat, cum ipsius conditio ante omnem possessionem non sit melior, quàm alterius: ergo dubitans speculativè non potest inchoare præscriptionem.

Dissentiunt *P. Engelb. r. n. 14. Vasquius Illustr. controv. lib. 2. cap. 77. §. 3. & seqq. Magnif. D. P. Collega Schmier tr. de præscrip. cap. 5. sect. 1. §. 4. n. 45.* unde apparet, *Fridericum à Somering in sua introductione in univ. sum Fusadh. s. §. 8. n. 9.* nimis confidenter scripsisse, certum esse, quod cum dubio speculativo nulla possit inchoari præscriptio. contrarium enim probabiliter sustinet citati DD. consequenter sententia *Friderici à Somering* est evidenter dubia: quia implicat, partem unam contradictionis esse probabilem, & oppositam esse certam. Argumentantur autem dissentientes sic, 1. inter possessorem bonæ, & malæ fidei non datur medium. *l. 3. §. 22. ff. de a. vel a. p.* sed dubitans speculativè non est possessor malæ fidei, cum ut ipsi assertioni sequenti sumus dicturi, dubium speculativum superveniens non impediat præscriptionem ritè coeptam: ergo dubitans speculativè est possessor bonæ fidei, consequenter potest præscriptionem etiam inchoare. 2. *Neg. majorem.* *Paulus in oppositâ. l. 3. §. 22.* saltem hoc dicit, quod genus possessionis in duas species divelli possit, ita ut possideatur aut bonâ fide, aut non bonâ fide: ergo agnovit *JCrus*, malam fidem non tam latè patere, ut omnem, quæ non est bona fides, complectatur. Quare, licet speculativè dubitans non sit malæ fidei possessor, quia tamen ad præscriptionis initium requiritur bona fides, cujus possessor non est dubitans speculativè, utpote hoc ipso medium quoddam tenens inter bonam & malam fidem; ideo non potest ordiri præscriptionem. confer *Mol. ubi supra n. 4. & 10. Pirhing. d. §. 4. n. 57.*

2. Argumentantur ita: quivis emptor, nisi planè improvidus & rerum humanarum ignarus sit, non potest non dubitare, an res, quam emit, venditoris fuerit, nec nè: ergo nisi cum dubio speculativo antecedente admittatur præscriptio, rarissimè, aut vix usquam admittenda erit; cum tamen in utroque foro sit frequentissima. 2. *Neg. antec.* licet emptor ordinariè pro certo & infallibiliter scire nequeat, an res emptæ verè fuerit ipsius venditoris; interim tamen credit, rem illam venditoris fuisse, & hoc ipso, quia credit, supponitur illud pro certo non scire.

3. Emptor ordinariè cautionem duplæ, idoneos fidejussores, hypothecas, pœnarum promissiones, & similia in casum evictionis exigit: ergo signum est, quod de venditoris dominio ambigat. 2. *Neg. conseq.* ut emptor in omnem eventum securus sit, nec ullo incommodorum, quæ ex injuriâ temporis, technis insidiantium, & aliis modis parari possent, metu

distineatur, rectè stipulationem duplæ, fideiussionem, & alias cautiones ex officio boni & circumspècti patrisfamilias exigit; præsertim quia contingere potest, ut res vendita, quantumvis ipsius venditoris à parte rei fuerit, nihilominus ex falsis probationibus evincatur.

**§1** Assertio H. Dubium speculativum superveniens non impedit præscriptionem ritè coeptam. ita *Mol. d. disp. 63. n. 9. Lessius d. dub. 3. n. 11. Covar. ubi supra. Pirhing. d. §. 4. n. 56. P. Mezger cit. loc. Fach. d. c. 65. Rath d. c. 2. assert. 34. lit. B. P. Schmier d. §. 4. n. 43. & alii DD. communiter. Prob. ex cap. fin. b. s. ubi duo saltem requiruntur ad præscriptionem, & quidem ad principium ejusdem requiritur in *pr. cap. bona fides: ibi: desinimus, ut nulla valeat absque bonâ fide præscriptio.* Ad decursum verò legitimum præscriptionis præscribitur in *f. d. cap. absentia malæ fidei: unde oportet, ut, qui præscribit, in nullâ temporis parte, rei habeat conscientiam aliena.* atque speculativè ex postfacto dubitans habet hæc duo requisita: ergo non obstante dubio speculativo superveniente poterit complere præscriptionem ritè coeptam.*

Confirmatur: non omnia, ad exordium alicujus rei necessaria, desiderantur ad continuationem illius: ergo esto cum dubio speculativo ob defectum bonæ fidei inchoari non possit præscriptio, dubium tamen speculativum superveniens ob defectum malæ fidei non impedit præscriptionem ritè coeptam. antec. patet in civili possessione, quæ conservatur per solam animi detentionem, cum tamen solus animus detinendi ad illam inchoandam nequaquam sufficiat.

**§2** Assertio III. cum dubio pratico inchoari non potest præscriptio. ita DD. pro assertione primâ adducti; imò teste *D. P. Schmier d. §. 4. n. 49.* quoad hanc partem omnes fortè DD. in re conveniunt. Probatur: ad initium præscriptionis requiritur bona fides, per textus *supra n. 49.* Citatos: sed dubium practicum excludit bonam fidem, quia excludit iudicium prudens, rem alienam non esse, vel usum illius rei dubitanti non esse vetitum: ergo cum dubio pratico inchoari non potest præscriptio.

**§3** Assertio IV. dubium practicum superveniens impedit præscriptionem ritè coeptam. ita *Lessius d. c. 6. dubit. 4. n. 12. Covar. d. §. 7. n. 4. Pirhing d. §. 4. n. 58. P. Paulus Mezger de just. nat. & objecto. c. 4. §. 8. n. 6. Fach. d. c. 65. D. Rath d. c. 2. assert. 33. Magnif. D. P. Collega Schmier d. §. 4. n. 55. & plures alii àb his relati. Prob. 1., uod non ex fide est, peccatū est: ad *Rom. 14. c. vers. ult.* cum quo nulla currit præscriptio. *e. f. b. s.* sed dubitans practicè, seu an rem possessam salvâ conscientia retinere possit, & rem nihilominus retinens, peccat: ergo dubium practicum superveniens impedit præscriptionem ritè coeptam. min. prob. qui se exponit periculo peccandi, hoc ipso peccat. *Ecclesiast. 3. c. vers. 27. c. 13. de restit. spoliat. c. 19. de sponsal. & quidem cogere peccati, cujus periculo se exponit. Layman. Theol. moral. lib. 1. sr. 1. n. 4. §. 1. n. 3.* Sed dubitans practicè, se exponit periculo peccandi. contra*

justitiam; cum restituendo certe nullum peccatum commisisset, retinendo autem periculum subsit, ne crimen injustitiæ committatur: ergo dubitans practice peccat contra justitiam.

Prob. 2. ex l. 32. §. 1. ff. h. t. ubi Pomponius in hæc verba: *si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere: dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen ejus usucapionem: vel quia non bona fide videatur possidere, vel quia in jure erranti non procedat usucapio.* Atqui practice dubitans non putat, sibi per leges licere usucapere; secus enim deposito dubio per dictamen practicum sese determinaret ad licitam rei detentionem: ergo inchoata præscriptio post dubium practicum superveniens non procedit.

Prob. 3. qui existimat, sibi per leges non licere, quod tamen in rei veritate licet, iniquiore est, quam qui credit sibi licere, quod lege vetitum est: hic enim spectatâ ipsius mente bonam fidem habet, ille malam incurrit, & improbam conscientiam habet. Sed qui credit sibi licere, quod lege vetitum est, non præscribit. *arg. l. 7. ff. de juris & facti ignorantia. l. 24. ff. h. t. l. 7. Cod. de agricolis & censitis.* cum, utrum quis bonâ, aut malâ fide possideat, facti sit. *l. 48. §. 1. ff. de a. r. d. & ibi Brunnemann. n. ult.* adeoque nullâ juris ratione convelli, aut infestum reddi valeat. *l. 12. §. 2. ff. de captivis & possim. reuerfis.* ergo multo minus præscribit, qui existimat, sibi per leges non licere, quod tamen in rei veritate licet. confer *Rath. d. c. 2. assert. 36. & seq.*

Parti adversæ facere videntur *P. Engelb. t. n. 14. Mol. d. disp. 63. n. 11. 54. D. Glesle assert. jurid. 74.* malè pro se adducens *Patrem Paribing ad h. t. n. 56.* cum his Objic. *1. cap. f. h. t. vi* cujus ille saltem prohibetur præscribere, qui habet conscientiam rei alienæ: sed dubitans practice non habet conscientiam rei alienæ; ergo non prohibetur præscribere. *31.* Disting. minorem. dubitans practice non habet conscientiam rei alienæ certam, concedo, dubiam, nego: at verò in *d. c. f.* etiam proscripita est conscientia dubia rei alienæ, quia proscripita est conscientia contraria bonæ fidei, cui æquè contraria est conscientia practice dubia rei alienæ. unde rectè advertit *Mol. d. disp. 63. n. 10.* non dari medium inter bonæ & malæ fidei possessorem, si sermo sit per comparationem ad questionem practicam; sed tam eum, qui dubitat, an res sua sit, quam illum, qui credit alienam, malâ fide possidere, quia uterque judicat, nefas sibi esse, eam ut suam possidere.

Objic. 2. conscientia dubia est tantum reductivè & improprie conscientia: ergo, cum hic versetur in materiâ correctoriâ, consequenter odiosa, non videtur præscriptio tum illâ in *d. c. f. h. t.* prohibita. *32.* Neg. consequ. non versatur hic in materiâ correctoriâ, cum ipse legislator politicus jam pridem in *cir. l. 32. §. 1. ff. h. t.* conscientiam dubiam de rei possessione, indignam judicaverit favore præscriptionis. Postquam igitur de jure civili derogata est præscriptio, nisi quis judicet, licere sibi per leges usucapere; &

de legislatore Ecclesiastico constat, quòd noluerit præscriptioni, quòcumque injustitiæ peccato maculatæ, impensius favere; suâ sponte sequitur, Jus Canonicum nomine conscientiz in *d. c. f.* voluisse etiam comprehendere dubiam. Huc faciunt *cap. 4. l. de appellat. l. 17. ff. de l. l. 13. §. 2. ff. de excusat. cont.*

Objic. 3. *c. 5. caus. 34. q. 1. & 2.* ubi S. Augustinus dicit; *in jure prediorum tantum quisque bona fidei possessor rectissime dicitur, quamvis se possidere ignorat alienum: cum vero scierit, nec ab aliqâ possessione recesserit, tunc mala fidei possessor perhibetur, tunc justò injustus possessor vocabitur.* idem dicitur in *l. 109. ff. de V. S.* ergo practicè dubitans est possessor bonæ fidei, quia ignorat, rem possessam esse alienam. *¶. 1. cum Covar. d. n. 4. & D. Gleskop. 2. select. quest. 19. n. 38.* Textum oppositum procedere de ignorantia positivâ, non negativâ: hoc est, bonæ fidei possessor est, qui errat, credens rem, quam possidet, propriam esse, cum sit aliens; haud verò ille, qui dubitat, rem esse suam. atque sensus iste colligitur ex similitudine, quam *cap. facit de laminâ, quæ rem carnalem habuit cum viro, quem ignorat, antea duxisse aliam.* Quòd si enim hæc ignorans virgo intelligenda esset de dubitante, tunc utique commisisset adulterium; quòd tamen S. Augustinus negat, apud Juristas cæteroquin non conditor legis. *¶. 2.* Dist. consequ. practicè dubitans ignorat, rem possessam esse alienam, ignorantia à peccato liberâ, nego, non liberâ, concedo consequentiam.

Objic. 4. Qui post usucapionem ritè captam concipit dubium practicum, in effectu non lædit jus alterius, propter regulam illam, quæ in dubio potiore vult esse conditionem possidentis. *l. 126. §. 2. l. 128. ff. de R. L. cap. 65. cod. in 6.* ergo dubium practicum non fundat peccatum injustitiæ. *¶. neg. consequ. ad rem scribit P. Paulus Mezger p. n. de conscient. c. 3. §. 2. n. 2. in f.* tamen si talis operatio esset bona ex objecto; tamen hæc bonitas respectu voluntatis dubiè operantis esset planè per accidens; neque honestas objecti refunditur in operationem, nisi sit directè volita. hæc ille.

Objic. 5. dubium speculativum superveniens non inducit peccatum injustitiæ: ergo neque dubium practicum; quia qui possidet cum dubio practico, potest dubium deponere, & accommodare se regulæ illi, quæ in dubio potiore vult esse conditionem possidentis. *¶. ; Neg. consequ. disparitas est, quòd cum dubio speculativo possit stare judicium prudentiæ rectum & certum de honestate operationis. sic miles potest habere dubium speculativum, an bellum, quòd à suo principe geritur, sit justum? interim tamen potest practicè certò judicare, sibi licitum esse, Principi ad bellum vocanti parere, cum ipsis non sit determinare, an bellum sit justum? similiter judex speculativè dubitans, an liceat secundum allegata & probata condemnare,*

quem

queat sciri innocentem, practicè potest formare iudicium, id sibi ficere, quia hoc cum S. Thoma sentiunt plurimi docti & graves authores. Econtrà cum dubio pratico non potest stare iudicium practicè certum, licere fluctuanti hic & nunc possidere, disponere, agere &c. hòcipsò, quòd fluctuet de honestate operationis. Unde rectè infert *Pirhing d. 6. 4. n. 17.* posse dari medium inter bonam & malam fidem, si speculativè considerentur, non autem, si in ordine ad praxim: nam qui dubitat speculativè, nec bonam fidem habet; quia non credit rem, quam possidet, esse suam: nec habet malam; quia non scit, rem illam esse alienam; ac proinde potest simul non iudicare positivè, rem esse alienam, sive non suam; nec etiam iudicare, esse suam vel non alienam, sed hærere in mediò, sive suspendere iudicium circa utramque partem contradictionis: debet tamen vel iudicare, se posse illam licitè possidere; prout iudicat in ordine ad continuationem possessionis: vel iudicare, se non posse licitè possidere; prout iudicat in ordine ad inchoandam possessionem. *n. 2.* Non non diffiteri, quòd dubium practicum deponi, & à possessore dubio ex titulo possessionis certa conscientia formari possit, se rem possessam licitè retinere; hæc enim est communissima cum Theologorum, tum Juristarum sententia: interim autem negamus, præscriptionem procedere, nisi dubium à præscribente deponatur.

Objic. 6. qui cum dubio pratico rem detinet, ideo peccat, quia exponit se periculo peccandi: ergo qui cum dubio pratico rem detinet, peccat contra virtutem aliam, quàm justitiæ, proindeque sibi non obstat in ordine ad præscribendum. Respondet *P. Mezer d. n. 6.* quòd, licet impræsentiarum operans directè & per se non peccet contra justitiam, peccet tamen indirectè & per accidens, quatenus ex propriâ malitiâ non deponit dubium practicum, sicque se committit proximo periculo peccandi contra justitiam, ut ad quam, & non ad virtutem aliam pertinet objectum hujus operationis.

Objic. 7. Esto is, qui rem alienam possidet cum dubio pratico, peccet contra justitiam affectivè, non peccat tamen effectivè, quia in effectu non ledit jus alienum, propter regulam illam, quæ in dubio potiorè vult esse conditionem possidentis, ergo peccatum, quòd inducitur per dubium practicum, non sufficit ad impediendam præscriptionem. *n. 1.* Neg. antec. nam quatenus practicè dubitans se exponit periculo peccandi contra justitiam, effectivè peccat, quia effectivè se exponit. *n. 2.* Neg. conseq. præscriptiones, cedentes in præjudicium domini, non sunt favorabiles, adeòque restringendæ, non ampliandæ: cum igitur in *cap. fin. h. r.* universaliter dicatur, præscriptionem non currere cum peccato, & omne, quòd non ex fide est, seu quòd non sit cum actuali & determinato iudicio, consensu, & credulitate conscientis, quòd sit licitum, peccatum esse; hinc præscriptio patietur interrup-



tionem, siue peccatum intervenerit affectivum, siue effectivum. Certè summus Pontifex in *cit. cap.* arcet peccatum in ordine ad DEUM, & in quantum lædit animam: sed dubium practicum in ordine ad DEUM, & læsionem animæ est peccatum perfectum, siue deinde baptizetur peccatum injustitiz affectivum, siue effectivum; ergo S. Pontifex arcet dubium practicum, siue dicatur peccatum affectivum, siue appelletur effectivum.

Obiic. 8. possessio rei alienæ, continuata cum animo avaro aut arroganti, non impedit præscriptionem: ergo nec continuata cum dubio practico; ut quod æquè solummodò peccatum involvit contra virtutem aliam, quàm justitiz. Præterquam, quòd suppositum consequentis jam in antecedentibus negatum sit; 2. Neg. conseq. disparitas est, quia affectus inordinatus avari aut arrogantis possessoris in ordine ad præscriptionem habet se purè per accidens, nec inficit ullum requisitum præscriptionis: e contra dubium practicum per se influit in præscriptionem, & bonam fidem, unum ex requisitis principalibus destruit. unde jura hoc excluderunt, ne secùs foverent peccatum; cum illo inordinato affectu verò licèt permiserint præscriptionem, non tamen foverent peccatum.

55 Controvertitur 2. requiraturne ad præscriptionem bona fides absoluta, an sufficiat respectiva? Pro cujus resolutione

Dico I. Si fiat comparatio ad personas, mala fides respectu unius, impedit præscriptionem respectu alterius. Ita *Mol. d. diff. 63. n. 12. & 13. Co. varr. d. p. 2. §. 8. Palao Operis morab. p. 7. tr. 31. diff. us. p. 118. 12. §. 10. n. 2. Hannold de F. & F. tom. 1. tr. 5. cap. 2. controuv. 2. n. 180. Pirking d. sect. 2. §. 7. n. 76. P. Ininger d. art. 3. pag. m. 154. P. Engel b. 1. n. 13. D. Rath d. c. 2. assert. 2. lit. C. Cavallos in speculo aureo opinionum communium. q. 495. in cujus fine ait, hanc esse receptam sententiam, à quâ nec in consulendo, nec in judicando recedendum. Prob. 1. ex sapè *cit. cap. fin. b. 1.* ubi indistinctè & absolutè requiritur, ut præscribere volens nulla parte temporis habeat rei alienæ conscientiam: sed per errorem existimans, rem à se possessam esse Titii, quæ est Sempronii, conscientiam habet rei alienæ, licèt invincibiliter ignoret, rem esse Sempronii; ergo non potest præscribere, nec contra Titium, neque contra Sempronium, respectu cujus est in bonâ fide. Prob. 2. *de l. 1. §. 6. ff. de a. vel a. p.* ubi Paulus negat, possessorem hominis liberi acquirere per ministerium ejus, si putet eundem esse servum Mævii, cum sit Sempronii; licèt bonâ fide credat esse servum: ergo etiam mala fides respectu unius, impedit præscriptionem respectu alterius, si fiat comparatio ad personas. Prob. 3. *ex l. 5. §. 5. ff. quod vi aut clam.* ubi Ulpianus ait, si quis, dum putat, locum tuum esse, qui meus est, celandi tui, non mei causâ fecerit, mihi interdictum competere: ergo etiam rei vindicatio competat verò domino, licèt possessor respectu illius fuerit in bonâ fide.*

Obiic.

Objic. qui rem alienam, marito ab uxore donatam, emit, potest eam  
 dam usucapere, quia est in bonâ fide respectu veri domini, licet sit in malâ  
 fide respectu mariti; cum sciverit, aut scire debuerit, ex donatione, contra  
 prohibitionem juris ab uxore factâ, dominium rei donatæ in maritum non fuisse  
 translatum. *l. 5. in f. pr. ff. pro delicto.* ergo ad præscriptionem non re-  
 quiritur bona fides absoluta, sed sufficit respectiva. Respondet *Hannold*, non  
 esse necessarium, ut emptor in dato casu, ullo modo sit in malâ fide, etiam  
 respectu mariti: tum quia emit sciente ac consentiente putativo domino,  
 ut habet oppositus textus; tum quia emptor potuit prudenter cogi-  
 tare, donationem, à conjugè factam, non fuisse ex numero prohibitarum,  
 sed remuneratoriam. Aliiter textum solvit *D. Rath d. c. 2. assert. 3. lit.*  
*C. D. & E.*

Dico II. Si fiat comparatio ad diversa jura, vel diversas partes ejusdem  
 rei, mala fides respectu unius, non impedit præscriptionem respectu alterius.  
 ita *Mul. Covar. Ininger, Engel, Palao ubi supra. Hannold. d. loc. n. 181.*  
*Pirhing d. 5. 7. n. 75. Rath d. c. 2. assert. 4. & 7. Fach. 8. controv. s. 34.*  
 Prob. 1. quoad 1. membrum: ex *l. 43. §. 1. ff. de a. vel a. p.* ubi *Marcianus* ait,  
 quod invincibiliter ignorans, fundum esse alienum, existimans autem,  
 quod sit obnoxius personali servituti usufructus, fundum possit præscribere  
 ergo factâ comparatione ad diversa jura ejusdem rei, sufficit bona fides re-  
 spectiva, ut quæ hic reliquit absolutam ignorantiam rei alienæ, adeoque  
 non inducit peccatum injustitiæ. Prob. 2. quoad 1. membrum: ex *d. l. 43.*  
 §. 4. ubi dicitur, rem præscribi posse à possessore, licet habuerit scientiam pig-  
 noris, rei inhærentis. Idem procedit de præscriptione ejusdem juris, sed  
 respectu singularum personarum numero distincti. ut ecce! emi rem obliga-  
 tam Titio & Sempronio, cui tamen posteriori obligatam esse ignoravi. pos-  
 sumne contra Sempronium hypothecam præscribere? Possum, esto neque-  
 am contra Titium, ob malam fidem, quam habeo respectu Titii. *l. 9. §. 3.*  
*ff. qui passiores in pignore &c.* ratio est, quia, licet hic agatur de eodem ju-  
 re, seu de præscribendâ hypothecâ contra utriusque creditoris personam, hy-  
 pothecæ tamen sunt diversæ: ergo bona fides respectiva etiam tunc sufficit,  
 cum agitur de præscriptione ejusdem juris, sed respectu singularum  
 personarum numero distincti. Certè quamvis ob pupillarem unius credito-  
 ris ætatem, aut aliud singulare beneficium præscriptio prohibeatur, non pro-  
 hibetur tamen contra alium creditorem eodem privilegio non munitam:  
 ergo neque vitium, impediens præscriptionem unius hypothecæ, im-  
 pedit præscriptionem hypothecæ alterius, in quam non incurrit. *D.*  
*Rath d. s. 2. assert. 6.* Prob. 3. quoad 2. membrum: ex *d. l. 43. pr. ff.*  
*de a. vel a. p. & l. 43. ff. pro emptore.* in quibus locis habetur expressè, quod  
 mala fides respectu unius partis fundi, non impedit præscriptionem respec-  
 tu

Et alterius partis, in qua possessor bonam fidem habet: ergo si fiat comparatio ad diversas partes ejusdem rei, non requiritur bona fides absoluta. Scio equidem, esse, qui cum *Balbo de præscript. part. 2. 3. part. princip. quest. 4.* distinguant inter partem certam divisam ejusdem fundi, & indivisam, ac emptorem neutram præscribere velint, si partem alterius pro indiviso esse sciverit. Sed in vitis textibus citatis! ubi dicitur, quod emptor fundi certam partem divisam, quam alterius esse ignoravit, pro indiviso, partem autem indivisam pro indiviso præscribat; cum non appareat ratio, cur v. g. partem alteram dimidiam pro indiviso usucapere aequat, quam venditoris esse credidit, & sine ejus loci damno acquirere potest. Planè si emptor ignoraverit, quæ, & quanta pars alterius esset, ob incertitudinem malæ fidei possessor est, ac præscribere impeditur. *ad. juris.*

38. Controvertitur 3. curratne præscriptio cum bonâ fide, fundatâ in ignorantia juris? Labet præmittere scientiam & divisionem ignorantia, cujus plenior cognitio viam mutat ad præsentem controversiam. Ignorantia est privatio cognitionis, quam quis habere aptus est. Differt ab errore, quod hic supponat aliquam noticiam ejus, circa quod erratur, nempe per famam, visum, opinionem. Econtra ignorantia ex suâ naturâ non ponit alium cognitionis. *Menoeh, lib. 6. præsumpt. 23. n. 5. & seq.* quæ tamen differentia in jure non attenditur, sed hic ignorantia idem est, quod error. *Menoeh. d. loc. n. 8.*

Dividitur in ignorantiam simplicem, & mixtam. illa est vel juris, vel facti. Jus est vel certum, vel incertum. ignorantia juris certi est, quæ ignoratur id, quod jure certo cautum est, ut si nescias, pupillum sine tutoris auctoritate non posse contrahere, testamentum pagani desiderare præsentiam, & testium, hæreditate legatis exhaustâ falcidiam posse detrahi &c. ignorantia juris incerti est, quæ ignoratur id, quod jure dubio & controverso constitutum est, ut si nescias, testamentum, debitis solemnitatibus destitutum, esse nullum in utroque foro, infantem juridicè talem jure nostro nequidem tutore auctore rectè contrahere &c. Factum est vel proprium, vel alienum. Ignorantia facti proprii est, quæ ignoro, equum mihi fuisse venditum. ignorantia facti alieni verò, quæ nescio, equum à procuratore meo fuisse emptum. Ignorantia mixta est, quæ non tantum, quod in facto consistat, sed etiam, quod juris est, latet. ut si à pupillo emas rem, quæ pertinet ad alium, tu autem pupilli esse credas, cumque sine tutoris auctoritate distrahere posse, periuasum habeas.

Deinde alia est ignorantia juris vincibilis, culpabilis, seu improbabilis, alia invincibilis, inculpabilis; adeoque probabilis. illa dicitur, quam homo potest, & tenetur vincere. hæc, quam homo aux non potest, aut non tenetur vincere. Rursus occurrunt hic quedam personæ, quibus jus ignorare

missum est, in quarum censum pertinent minores & milites, quibus ignorantia juris prodest tam ad ferendum compendium, quàm ad declinandum damnatum. *l. 9. pr. & §. 1. ff. l. 1. Cod. de juris & facti ignorantia.* Fœminia quoque ignorantia juris prodest, ne damnatum sufferant. *l. ult. Cod. d. e. non estiam ut lucrentur, nisi in casibus jure expressis. l. 8. l. 9. pr. ff. l. 3. l. 11. Cod. d. s. l. 15. §. pen. ff. de lego. Corn. de falsis.* In rusticis denique juris ignorantia toleratur toties, quoties eodem iudex commiseratione dignos invenerit. *l. 1. §. ult. ff. de edendo. l. 3. §. 22. ff. de SC. Silan. l. 2. §. ff. de jure fisci. l. ult. Cod. de testamentis.* his præmissis

Dico I. Ignorantia vincibilis, affectata, crassa, seu supina impedit prescriptionem. ita communis cum *Mol. d. rr. 2. diff. 64. n. 2. Pirhing d. sect. 2. §. 2. n. 59.* consentibus, si rem alienam, quam possides, ex supinâ ignorantia putes esse tuam, esto practico iudices, te illam licite possidere, præscribere tamen non posse. Probatur: de Jure Canonico reprobata est præscriptio cum conscientia rei alienæ. *c. f. b. s. equi ignorantia vincibilis, improbabilis, seu supina æquivaleret scientiæ rei alienæ. c. ult. diff. 37. l. 15. §. 1. ff. de contrah. empt. l. 19. §. 1. ff. locati. l. 6. ff. de juris & facti ignorantia.* ergo &c.

Dico II. Ignorantia invincibilis juris dubii prescriptionem non impedit. ita *Lessius d. c. 6. dubit. §. n. 17. Hannold. d. contrav. 2. n. 206. Palao d. punct. 22. §. 8. n. 3. Layman. Theol. mor. lib. 3. tr. 1. c. 8. n. 11. Mol. 4. diff. 64. n. 13. Covarr. ad. cap. possessor. p. 2. §. 7. n. 9. Pirhing d. §. 5. n. 60. P. Engelt. l. n. 15. Rath. d. c. 2. assert. 42.* Prob. Jus dubium non metetur nomen juris, cum illâ auctoritate non polleat, ut obligationem certam inducat: prout est de ratione juris & legis. *c. 4. diff. 3. & c. 2. diff. 4.* ergo ejusdem ignorantia, utpotè non ignorantia juris, non potest inducere malam fidem fictam. Confirmatur: ambiguitas juris, circa quod occurrunt diversæ Doctorum probabiles sententiæ, utramque partem facit probabilem, ita, ut in praxi utramque prudenter sequi liceat: ergo tantum abest, ut possesorem in malâ fide constituat, ut potius exinde probabile iudicium de honestate actionis oriatur. Sententiæ huic, communi Doctorum calculo receptæ, solus ferè refragatur *Harp. ad pr. l. b. s. n. 87.* ob textus infra n. 62. à nobis assignandos. Sed verè improbabiler cum error juris controversi ignorantia non juris, sed facti comparetur.

Dico III. Invincibilis ignorantia juris certi & manifesti non impedit prescriptionem ordinariam respectu illarum personarum, in quibus error juris toleratur. ita *Less. d. n. 17. vers. quorid. Hannold. d. loc. n. 197. Palao d. §. 8. n. 5. Layman. ubi supra. Pirhing. d. §. 5. n. 62.* Probatur: idè legum civilium latores ignorantiam juris in compendiis prodesse nolunt, ut evitetur desidia, & homines ad scientiam legum excitentur: ergo si ignorantia juris

juris in quibusdam personis etiam quoad lucrum querendum toleretur, sitque theologicè inculcata, non inducet malam fidem juridicam, neque præscriptionem impedit. Atque hoc in milite ferè omnes admittunt, exceptio *Mol. d. disp. 64. in f. de feminis* verò aliud sentiunt *P. Engel. d. n. 15. Hauhold. d. n. 197. in f. P. Illung art. infra citando. n. 290. in f. Bruunemann ad d. l. 8. ff. de l. & f. l. Perez. in Cod. eod. t. citans Cujacium. lib. 5. obs. 39. Lauserbach ff. d. t. §. 14. nec immeritò, cum juris error non profitur feminis quoad compendia. d. l. 8. Idem tradit Engel de minoribus, non obstante l. II. Cod. d. t. quæ magis favere videtur ætati, quàm sexui. nam respondet cum Covarr. lib. 1. var. resolut. cap. 5. n. 2. magis favere quoad restitutionem in integrum respectu lucris amissis, prærecuperandâ hereditate ex errore juris omisâ, non in ordine ad præscriptionem. Rusticis quoque ob ignorantiam juris non passim subveniri, constat ex n. 58. & docet Zief. ff. d. t. n. 7.*

¶ Dico IV. Invincibilis ignorantia juris certi, pro utroque foro impedit præscriptionem ordinariam, quoad personas, in quibus error juris non toleratur. ita *Lassius, Engel, Layman, ubi supra, Palao d. §. 2. n. 2. Mol. d. disp. 64. n. 4. Hauhold. d. contr. 2. n. 198. & seqq. P. Mezger de justitia nat. & object. c. 4. §. 4. n. 7. P. Illung Theol. pract. in. 4. disp. 2. n. 3. n. 2. n. 288. P. Ininger d. art. 3. D. Rauh d. c. 2. assert. 40. & 41. And. Fach. 8. contr. c. 28.* ubi hoc certum esse ait. *Harp. ubi supra. n. 82. & seqq.* Prob. 1. potuit legislator civilis velle, ut præscriptio cum ignorantia juris, licet invincibili, non teneat: ergo defacto non tenet. antec. prob. omne illud potest velle legislator civilis, quod promovet bonum commune suæ Reipublicæ: sed velle, ut præscriptio cum ignorantia juris, licet invincibili, non teneat, promovet bonum commune Reipublicæ civilis; tum ut lites facilius terminentur, tum ut multitudo litium præcidatur præcisâ spe, in judicio vincendi per ignorantiam juris, tum denique, ut fraudibus & peccatis nulla daretur occasio: ergo potuit legislator civilis velle, ut præscriptio cum ignorantia juris, licet invincibili, non teneat. Consequentia nunc etiam probatur: Jus nostrum civile, stante ignorantia juri clari, irritavit præscriptionem in l. 31. pr. ff. h. t. l. 4. ff. de f. & f. l. 2. §. 15. ff. pro emptore. neque irritationem restrinxit ad forum externum: ergo defacto pro neutro foro tenet præscriptio cum ignorantia juris, licet invincibili. Prob. 2. lex justa in foro externo, si nec poenalis sit, nec fundata in falsâ præsumptione, est etiam justa in foro interno: sed præsens lex civilis, irritans præscriptionem ordinariam stante ignorantia juri clari, est justa in foro externo, ex rationibus justissimis assignatis, quibus nititur; non est poenalis, ob dictas rationes; nec fundatur in falsâ præsumptione malæ fidei, prout mox probabitur: ergo est justa etiam in foro interno seu haimæ. Minor prob. si præsens lex civilis fundaretur in falsâ præsumptione malæ

malæ fidei, tunc iudex in foro etiam externo deberet judicare pro præscriptione, casu quo actor oppositâ præscriptionis exceptione fateretur, adversarium invincibiliter ignorasse jus: at hoc est contra omnia tribunalia, ut in quibus iudex, reo convento ignorantiam juris allegante, ex actore non quaerit, an ignorantiam intervenisse fateatur, sed inspecto solo titulo à jure reprobato, exceptionem præscriptionis repellit; ergo præsens lex civilis non fundatur in falsâ præsumptione malæ fidei. Sequela majoris patet ex eo, quia, quando ex confessione adversarii constat de falsitate præsumptionis, tunc licet sit præsumptio juris & de jure, ob confessionem tamen adversarii, missâ præsumptione, judicatur secundum rei veritatem, prout traditum reliquit eminentissimum Facultatis nostræ quondam membrum, Cælestinus Sfondrati *diff. de lego in præsumptione fundatâ p. 1. §. 2. n. 3.* Prob. 3. sine titulo colorato non procedit præscriptio ordinaria, sive loquamur de foro poli, sive de foro fori: sed qui errat in jure certo, destituitur titulo colorato. *d. l. 2. §. 15. ff. pro emptore.* cum contractus, cum pupillo sine tutoris autoritate initus, sit nullus: ergo cum errore juris certi non procedit præscriptio propria.

Prob. 4. potuerunt & voluerunt leges, possessorem post litis contestationem exciviti ratione in fictâ malâ fide constituere quoad fructus rei. *d. 25. §. 7. ff. de heredit. petit. l. 2. Cod. de fruct. & lit. expensis.* ergo etiam potuerunt & voluerunt leges possessorem ob juris ignorantiam in fictâ malâ fide constituere, & commodo præscriptionis privare, ut homines hæc viâ in jure, præsertim negotium, de quo agitur, concernente, addiscendo & intelligendo diligentiores evaderent, eoque felicius politica vitæ societas conservari posset, & propagari.

Objic. 1. *cap. 5. & ult. h. t.* ubi Jus Pontificium solummodo eam malæ fidem excludit à præscriptione, quæ inducit peccatum: sed ignorantia juris invincibilis nullum inducit peccatum; ergo hanc ignorantiam jus Pontificium non excludit. R. Dist. majorem, quæ inducit peccatum theologicum, concedo, peccatum juridicum, nego. Sed invincibilis ignorantia juris nullum inducit peccatum theologicum, concedo, juridicum, nego. Ex eo, quod in oppositis textibus sola malæ fides, quæ peccatum inducit, à præscriptione excludatur, haud rectè infertur, eam fidem, quæ ex ignorantia juris procedit, admissam esse. Cum enim hæc propter culpam civilem & politice reprobata sit à jure civili, & hoc ipsum approbatum à Jure Canonico, tum per *c. 1. de N. O. N.* tum per *cap. 82. de R. I. in 6.* tum quia Jus Civile in suâ reprobatione non lædit conscientiam; suâ sponte sequitur, interveniente ignorantia juris non posse consistere præscriptionem, utpote conditionibus suis à jure præscriptis destitutam, licet culpâ theologicâ non sit infecta.

Objic. 2. *text. in l. 25. §. 6. ff. de heredit. petit.* ubi negatur esse possessor malæ fidei, qui in jure errat: ergo ignorantia juris nō quidem constituit

in malâ fide juridicâ. *z.* Dist. antec. negatur esse possessor malæ fidei, si agatur de damno vitando, concedo, si de lucro captando, nego antec. & conseq. Lex objecta loquitur de fructibus percipiendis, & illis, quos possessor hereditatis, absque lucro consumpsit: respectu horum ignorantia juris ipsi non obest, quia damnum declinare studet. at verò in ordinem ad præscriptionem non censetur possessor bonæ fidei, cum certâ lege constitutum sit, errorem juris non prodesse in compeudiis. *d. l. 8. ff. de jur. & facti ignor.*

Objic. 3. textus in *l. 25. ff. de donat. inter vir. & ux. l. 3. ff. pro donato. l. 5. pri. ff. pro derelicto*. Ubi conjux dicitur posse usucapere rem alienam, à conjuge sibi donatam, esto in jure erraverit, putans, donationem inter conjuges subsistere: ergo error juris non obest usucapioni. *z.* Dist. antec. esto in jure erraverit genericè, concedo, specificè, nego antec. & conseq. circa speciem donationis, in memoratis legibus factæ, conjux non erravit in jure, quia jura donationem inter conjuges non absolvent & simpliciter, sed tantum in donantia præjudicium infringunt, si resejus fuerit; sustineant verò, si fuerit aliena, nec ex eâ pauperior reddatur is, qui donavit. confer *D. Rath de usucap. c. 2. assert. 31. Harp. ad pr. l. h. t. n. 90. Brunneemann ad l. 3. ff. pro donato. Servo. exercis. ad Pand. 30. ib. 28.*

Objic. 4. Ignorantia juris manifestè in foro externo præsumitur culpabilis, per *c. 82. de R. l. in 6. ibi: qui contra jura mercatur, bonam fidem præsumitur non habere*: ergo ignorantia juris invincibilis in foro conscientie non impedit bonam fidem requisitam, & sufficientem ad præscribendum. *z.* Neg. antec. nam, ut secundo loco probatum dedimus, & optimè advertit *P. Engel cit. n. 15.* jura fingunt, errantem esse in malâ fide. Cum igitur fictio in consequentiâ locum habeat, falso nitatur fundamento, per tradita à *d. P. Engel de præsump. n. ult. & à P. Wex in ariadu. Carol. can. p. 3. tab. 5. in lib. 2. Decretal. n. 10. in f.* hinc non procedit præscriptio cum errore juris, esto præscribens inculpatam habeat juris ignorantiam. Ad rem est textus in *l. 24. ff. h. t. in cujus prius*. POMPONIUS ait, bonam fidem nihil prodesse possidenti, ubi lex usucapionem inhihet.

Instabis: eo modo ignorantia juris obest usucapioni, quo modo ignorantia facti eidem prodest: *l. 4. ff. de juris & facti ignorantia*. sed in foro conscientie ignorantia facti non prodest, si sit culpabilis; licet in foro externo ex præsumptione inculpabilitatis profit: ergo etiam in foro conscientie ignorantia juris non obest, si sit inculpabilis; licet in foro externo ab præsumptionem culpabilitatis obste. *z.* Neg. majorem. idem enim modus utriusque ignorantie non exprimitur in *d. l. 4.* Certè discrimen maximum esse inter unam & alteram, optimè notavit *Palao d. 5. 8. n. ult.* eò quòd ignorantia facti frequenter contingat inculpabilis, non verò ignorantia juris. *l. 9. §. 3. ff. d. t. cum igitur leges attendant ad ea, que sæpius accidunt, absolvent affirmant in*

*d. l. 4.* ignorantiam juris obesse præscriptioni, ignorantiam facti autem prodesse rationem rationis assignat *Petrus Peckius ad d. c. 82. de R. L. in 6.* quia jus finitum est, certisque regulis conclusum, adeoque ignorari non debet. *l. 9. Cod. de h. e.* contra facta infinita sunt, quæ facillè justam ignorantiam causam admittunt. *l. 2. ff. de juris & facti ignorantia.*

Objic. 5. licet ignorantia juris non excuset. *l. 3. Cod. d. t.* si tamen invincibilis sit, in foro externo excusat à culpâ, & à poenis spiritualibus incurrendis: ergo similiter, cum in foro conscientiarum, in quo de veritate, & de bonâ fide constat, cesset ea præsumptio juris, non impiedetur præscriptio ob ignorantiam juris iaculpatam. 2. Neg. conseq. à damno vitando malum ducitur argumentum ad lucrum captandum. culpæ, & poenæ, tum spirituales, tum temporales, sunt damna, quæ ex invincibili ignorantia juris vitamus. *l. 7. 8. & 9. §. 3. ff. d. t.* e contra beneficium præscriptionis est lucrosus, adeoque non proficuum errantibus in jure. *ad. h.*

Objic. 6. Monasterium, quod à Prælate Ecclesiæ titulo donationis quantitatem pecuniæ majorem, quam lex permittit, accepit, defenditur præscriptione ordinariâ. *c. 9. de donat.* ergo error juris non impedit præscriptionem ordinariam. 2. Neg. conseq. nam in specie citati cap. non aliter admittitur præscriptio, quam si monasterium, quod ultrâ legis permissionem acceperat, in facto erraverit, credendo, plus datum non esse, & Ecclesiæ Episcopalis fructus multo ampliores esse.

Dico V. invincibilis ignorantia juris certi non impedit præscriptionem extraordinariam. ita *Lessius ubi supra. Covarr. d. 5. 7. n. 6. Palao d. 5. 8. n. 6. Haunth. d. controuv. 2. n. 203. P. Hsung d. art. 2. n. 291. P. Ininger d. art. 3. Brunemann ad l. 31. ff. h. t. n. 3. D. Rath d. c. 2. assert. 39.* Prob. 1. in tantum præscriptioni ordinariæ obest ignorantia juris certi, in quantum titulus coloratus, à præscribente allegandus, in illâ fundatur; *juxta probat. 3. præced. conclus.* atqui in præscriptione extraordinariâ possessor non tenetur allegare titulum, cum ipsa diuturnitas temporis habeatur loco tituli. *l. 4. Cod. de præscript. 30. vel 40. annorum.* ergo præscriptioni extraordinariæ non obest ignorantia juris certi. Prob. 2. de Jure Civili præscriptio extraordinaria procedit cum verâ malâ fide. *l. 7. pr. l. 8. §. 1. Cod. d. t.* in quo licet à Jure Canonico in *s. 5. ult. h. t.* correctum sit, ne utiquam tamen immutatio facta est quoad malam fidem fictam, utpote peccato non infectam; atqui ignorantia invincibilis juris certi non inducit, nisi fictam malam fidem: ergo ignorantia juris invincibilis neutro jure impedit præscriptionem extraordinariam.

Dissentiunt *Mol. d. disp. 64. n. 10. P. Engel ubi supra. Fach. 8. controuv. 67. cap. 28. in f. Harp. ad pr. l. h. t. n. 83.* fundantes se 1. in generalitate textuum supra n. 62. allegatorum. sed



loqui de præscriptione ordinariâ ; cum extraordinaria primùm postea jure **Cod.** fuerit introducta in l. 3. & 4. *Cod. de præscript.* 30. vel 40. *annorum.*

Instant, & opponunt *legem 7. Cod. de agrisoliis & censuris.* ubi male fidei possessor dicitur, qui contra legem interdicta mercatur. Respondet Lessius textum procedere de præscriptione longi temporis. Aliter respondet Goedæus apud *Hunn. lib. 2. tr. 3. var. resol. q. 7. in f.* nimirum, legem accipiendam esse de eo, qui sciens in fraudem legis mercatus est ; quod colligit ex verbis initialibus legis : ibi : *neque vero commento fraudis id usurpes legis illusor.*

2. Se fundant in c. 31. *de decimis.* ubi Innocentius III. decimas, quas Rex Hungariæ dederat Hospitalariis S. Stephani, adjudicavit Episcopo, esto illi allegaverint titulum ex errore juris inductum, credentes, Regem potuisse donare rem Ecclesiasticam : ergo error juris impedit præscriptionem etiam extraordinariam.

3. Neg. conseq. in opposito *cap.* non exprimitur, præsentiam fuisse præscriptionem extraordinariam ; imò indicatur contrarium : cum Vesprimensis Episcopus replicaverit, titulum fuisse in ditionem.

66 Dico VI. Ignorantia facti proprii impedit præscriptionem ordinariam ita Lessius *cit. loc. in f. Pirking d. h. §. 2. 64. in f. Harp. ubi supra n. 88.* Probat per textus in §. 11. *l. l. 27. ff. h. r. l. 1. pr. ff. pro donato. l. 2. & 3. ff. pro legato. l. 7. ff. ad SC. Fell.* quibus infra n. 99. probavimus, ad præscriptionem ordinariam rerum corporalium non sufficere titulum existimatum, fundatum in errore facti proprii.

67 Dico VII. Ignorantia facti alieni non impedit præscriptionem ordinariam. ita præter citatos Authores *Hunn. d. tr. 3. var. resol. q. 10.* Prob. 1. per textus in l. 2. §. 16. *l. 11. ff. pro emptore. l. 5. in f. ff. pro suo. l. 7. §. 2. ff. de publ. in rem alt.* in quibus locis habetur, usucapionem procedere, si à furioso, quem putem sanæ mentis, emero, aut si existimavero, rem à procuratore vel servo meo fuisse emptam, cum non sit emptam. *Acqui hic ubique subest ignorantia facti alieni ; ergo &c.* Prob. 2. ex *l. 109. ff. de V. S.* ubi Modestinus ait, videri bonæ fidei emptorem, qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit, eum, qui vendidit, jus vendendi habere, puta, procuratorem aut tutorem esse : sed bonæ fidei emptor potest præscribere ; ergo habens ignorantiam facti alieni potest præscribere. Prob. 3. interpretatio facti alieni prudentissimos quoque fallit. *l. 2. ff. de juris & facti ignor.* ergo ignorantia facti alieni est probabilis, adeoque lucrum non intercipit. *l. 4. l. 8. ff. eod.*

68 Objic. 1. §. 11. *l. h. r.* ubi sine distinctione inter errorem juris & facti statuitur, errorem falsæ causæ usucapionem non parere. ergo nec ignorantia facti alieni. 2. Textum loqui de errore facti proprii ; aut certè sufficere, quod textus alii speciales distinguant.

Objic. 2. Actio publiciana denegatur illi, qui emit à furioso, quem in adumbratâ quiete sanæ mentis constitutum credebat. *d. l. 2. §. 16. ff. pro emptore.* ergo eidem etiam denegatur præscriptio, quia in hac fundatur publiciana. Respondi ego ad hanc objectionem in *tract. de act. part. 5. sect. 4. §. 6. n. 20.* ubi vide, & junge *Donell. 5. Commentar. 15.*

Objic. 3. ad præscriptionem requiritur justus titulus. *l. 24. Cod. de R. V.* sed stante ignorantia facti alieni reverà non subest justus titulus; ergo stante ignorantia facti alieni non procedit præscriptio. *4. Neg. minore.* titulus putativus non minus justus est ad transferendum dominium per usucapionem, ac justus est ad illud transferendum per traditionem, prout ex *l. 36. in f. ff. de a. r. d. docti sit. 1. h. lib. p. 3. §. 7. n. 60.*

Dico VIII. Ignorantia mixta, seu error juris, habens adjunctum errorem facti alieni, nihilominus impedit præscriptionem ordinariam, ita *Convarr. d. §. 7. n. ult. Harp. ad pr. l. h. t. n. 39. Flaun. d. q. 10. Brunne mann ad l. 3. ff. pro donato.* ubi tamen in *f. admittit cum Gilken*, usucapionem non impediri, si error facti, cum errore juris concurrens, huic præponderet. Probatur autem conclusio ex *l. 31. pr. ff. h. t.* ubi usucapio locus non relinquatur, esse error juris & facti fuerit conjunctus; & quidem error juris; quia emptor putavit, rem pupilli sine tutoris auctoritate distrahi posse: facti verò, quia emptor fuit res aliena, quam emptor pupilli esse credidit; ergo ignorantia mixta quoque remoratur præscriptionem ordinariam. Patroni sententia contraria fundamentum ponunt in *d. l. 3. ff. pro donato.* ubi dupli- em errorem intervenisse autumaant, juris quidem, dum conjuges putant, donationem inter se subsistere: facti autem, dum res aliena pro propria donantis in donationem venit. Sed jam *supra n. 63. ad objic. 3.* responsum est, conjuges in apposito textu non errasse juridicè quoad speciem donationis ibidem factæ.

Controversitur 4. Prostat, aut noceat bona vel mala fides auctoris successoris? Antequàm respondeam

Nota 1. Authorem hic vocari illum, qui tanquam rei suæ dominus, 71 dominium in eam transferre videtur, cui proinde succedere dicor.

Nota 2. Successorem alium in jure appellari singularem, alium univer- 72 salem. singularis successor est, qui in re aliquâ determinatâ & singulari succedit, ut emptor, donatarius, legatarius. Successor universalis, qui jure hæreditario succedit in universitatem bonorum, seu universum jus defuncti, sive deinde hæres sit ex asse, sive ex certâ parte assis, puta, triente vel semisse: nam hæc quoque successio rem respicit indefinitam; non singularem, quâ talem. His notatis lubet propositam quæstionem distinctè resolvere. unde

Dico I. Bona fides auctoris prodest successoris tam singulari, quàm uni- 73 versali, ita, ut unus & alter uti possit accessione temporis, ac possessionem

authoris cum sua conjungere. *Hauhold d. contr. 2. n. 218. Magnif. Collega D. P. Franciscus Schmier in tract. de prescriptionibus cap. 5. sect. 1. §. 6. n. 75.* Probatur ex §. 12. & seq. *l. h. r.* in quibus locis perspicue dicitur, diuinam possessionem, quae prodesse ceperat defuncto, haeredi quoque prodesse, ac inter emptorem & venditorem tempora conjungi. Ratio est, quia author tradit rem successori cum omni jure, quod ipse habuit: cum ergo pars juris ex parte authoris fuerit, coepisse prescriptionem, poterit successor tam singularis, quam universalis uti accessione temporis.

74. Objicies: ea, quae facti sunt, in haeredem non transeunt. *l. 23. pr. §. 5. ff. de acq. vel amis. possess.* atqui possessio est facti. *l. 1. §. 1. & 4. ff. d. t.* ergo in haeredem non transit, adeoque per mortem possessoris interruptitur possessio, & per necessariam consequentiam usucapio. Respondet *Harp. ad d. §. 12. l. h. r. n. 2.* stricto jure quidem possessionem defuncti non prodesse haeredi, adeoque morte defuncti usucapionem summo jure videri extinctam: interim tamen, quia haeres defuncti personam representat, equum esse, ut, quod jus defuncto competisset, idem haeredi, vel bonorum possessori competat. Aliter respondet *Manzius apud Schambogen ad §. 7. l. h. r.* nimiram possessionem continuari quidem, non tamen ipso jure, sed facto haeredis, & apprehensione postea accedente, ubi retrahitur ad tempus mortis.

75. Dico II. Mala fides authoris in ordine ad prescriptionem ordinariam res tum mobilis; tum immobilis, nocet successori singulari, si uti velit accessione temporis: non etiam, si usucapionem rei mobilis a se incipere. ita *Hauhold ubi supra n. 217. Pirhing de prescrip. n. 66. & seq. Molina de l. & l. tr. 2. disp. 65. n. 1. & 3. in f. D. P. Schmier d. §. 6. n. 88.* Probatur primo: ex *l. 5. pr. ff. de diversis temporalibus prescriptionibus, & de accessionibus possessionum.* ubi Ulpianus perspicue ait, quod vitium authoris, vel donatoris, vel legantis, successori singulari nec proffit, nec noceat: si non prodest; ergo non potest successor uti accessione temporis. Si non noceat; ergo successor a personam propria usucapionem incipere potest. Probatur 2. Successor uti non potest accessione temporis vitiosi: sed quando author fuit in mala fide, tempus ejus fuit vitiosum: ergo accessione temporis illius successor uti non potest. Prob. 3. Successor singularis non representat personam authoris sui, nec fictione juris eadem personam cum illo reputatur: ergo esto author praescribere non potuerit ob malam fidem, praescribere tamen poterit successor bonae fidei, si a se ipso prescriptionem velit incipere.

76. Contra secundam partem assertionis objicies 7. vitia possessionum, a majoribus contracta, perdurant, & successorem authoris sui culpa comitatur *l. 11. Cod. de acquirenda & retinenda possessione.* ergo si defunctus ob malam fidem praescribere non potuit rem mobilem, neque poterit successor singularis ex sua personam.

personam ob bonam fidem. *xx. Cum Frantzke ad §. 9. l. h. r. v. §. 6. textum oppositum loqui de successore universali, vel certe de successore singulari, volente uti accessione temporis.*

Objic. 2. Textum in *l. 4. §. 29. & 31. ff. de doli mali & metus exceptione*, ubi Ulpianus ait, emptori, rem vindicanti, non obstare exceptionem doli, ab autore admissi, nisi uti velit accessione temporis. Si quis autem ex causâ legati vel donationis vindicet, eum, quamvis accessione temporis uti volentem, doli tamen exceptione teneri ex causâ authoris sui: ergo mala fides authoris in ordine ad præscriptionem ordinariam successori singulari nocet in tantum, ut hinc quidem à se incipere possit usucapionem rei mobilis. *xx. Neg. conseq. in opposito textu per successorem singularem intelligitur legatarius, cui vindicanti legatum utique obstat eadem exceptio, quæ obstitit leganti, quia hujus jure legatarius vindicando utitur. Econtra nostra resolutio procedit de eo, qui rem, ut ex causâ legati à se usucaptam, vindicat, proindeque possessione, aut jure authoris neutiquam utitur, sed rem ex suo facto sibi defendit. confer. Hamm. lib. 2. var. resolut. tractatum 3. quest. 5.*

Objic. 3. Secundum naturam est, eum sequi incommoda, quem sequuntur commoda. *l. 10. ff. de R. l.* atqui successorem particularem sequuntur commoda antecessoris, quia juxta dicta *affert. 1.* bona fides authoris prodest successori singulari, ergo &c. *xx. Dist. minorem, si successor uti velit accessione temporis, concedo, secus, nego. impræsentiarum loquimur de casu, quo successor uti non vult accessione temporis, sed præscriptionem à se incipere, adeoque nulla penitus commoda antecessoris ipsum sequuntur.*

Objic. 4. Præscriptio rerum mobilium, quia sine vitio contrectationis à malæ fidei possessore alienari nequeunt. *§. 3. l. h. r.* ob vitium furti inhibetur. *§. 2. l. eodem.* ergo successor singularis cum bonâ fide easdem præscribere nequit, quamvis usucapionem à se incipere velit. *xx. Esse quidem, verum, quod in rebus mobilibus non facile procedat, ut bonæ fidei possessoribus usucapio competat. d. §. 3. l. h. r.* interim tamen, si vel fructuarius partem ancillæ sibi in usumfructum datæ, vel hæres commodatarii, depositarii, aut conductoris rem desuando commodatam, aut depositam ad se pertinere existimans, bonâ fide alteri vendiderit, usucapio in re mobili procedit. *§. 4. & 5. l. h. r.* &c. (ut casum adducam ad propositum nostrum facientem) si quis se deponentis, commodantis, aut locantis hæredem falsò professus, rem commodatam, locatam, aut depositam ex causâ emptionis, aut aliâ ad transferendum dominium habili, apud commodatarium, conductorem, aut depositarium esse patiat, tunc rem alterius mobilem malâ fide quidem alienat, rem tamen furtivam tam parùm efficit, quam parùm ipsemet furtum committit. *arg. l. 1. princ. & §. 3. l. § 2. §. 19. ff. l. 6. Cod. de furtis.* ergo in tali casu successor singularis rem mobilem usucapere potest, si usucapionem velit à personâ propriâ inchoare.

77 Dico III. Mala fides authoris, rem immobilem ignorante domino alienantis, in ordine ad præscriptionem ordinariam nocet successori singulari proximo, ita ut hic nè quidem à propriâ personâ usucapionem possit incipere. ita *Hauhold ubi supra n. 215. Brunemann. ad auth. mala fidei. Cod. de præscript. longi temporis. n. 4.* Probatur ex *nov. 119. cap. 7. indeque desumptâ auth. mala fidei Cod. d. 1.* ubi distinguitur, ac referre dicitur, utrum à vero malæ fidei possessore rem bonâ fide acceperis sciente domino, an ignorante: statuiturque quòd in casu priore locum habeat præscriptio longi temporis, in posteriore autem præscriptio longi temporis cesset, & præscribenti necessaria sit præscriptio 30. annorum: ergò mala fides authoris, rem immobilem ignorante domino alienantis, in ordine ad præscriptionem ordinariam nocet successori singulari proximo, ita ut hic nè quidem à propriâ personâ usucapionem possit incipere.

78 Objicies: Imperator in *d. nov. 119. cap. 7.* generaliter & indefinitè de possidente rem alienam verbis expressis disposuit, voluitque possessorem rerum sibi donatarum vel emptarum posse dicere, se bonâ fide possidere, quòd ipse à malâ fide possidente accepit: ergò non est faciendâ distinctio inter res mobiles & immobiles, quasi ad has solas *memorata authentica* pertineret. *n. Cit. auth.* loqui de præscriptione 10. vel 20. annorum, quam non nisi ad res immobiles pertinere, aliudè notum est. cum igitur jus antiquum corrigat, eoque nomine odiosa sit; ad res mobiles extendi non debet, ne ve in his mala fides authoris successori singulari in ordine ad præscriptionem à se inchoandam oberit.

79 Dico IV. Mala fides authoris, rem immobilem ignorante domino alienantis, in ordine ad præscriptionem ordinariam non nocet successori singulari mediato, si hic à personâ propriâ velit præscriptionem ordiri. ita *P. Engel. d. 1. n. 16. Arnold. Rath tract. de usucap. c. 2. assert. 46. Christoph. Chlengenberg. b. tit. quest. 11.* Probatur: ratio, cur alias mala fides authoris in ordine ad præscriptionem ordinariam rei immobilis noceat successori immediato, in *d. nov. 119. c. 7.* hæc redditur, quia ipse malæ fidei possessor rem alienavit: atqui respectu successoris mediati verum non est, quòd res à malæ fidei possessore in ipsum alienata fuerit, esto alienantis antecessor. malam fidem habuerit: ergò, &c.

80 Dices: Successor mediatus fingitur primi alienantis successor: ergò sicut successor immediato mala fides primi alienantis obstat in ordine ad præscriptionem ordinariam, ita quoque obstabit successor mediato. *n. In legibus, præsertim correctoriis, malam fidem de propriè dictâ, non de fictâ malâ fide accipi debere.*

81 Dico V. Mala fides authoris, rem à se hypothecatam distrahentis, in ordine ad præscriptionem ordinariam non nocet successori singulari. ita *Hauhold n. 216. P. Engel d. n. 16. Rath d. c. 2. assert. 47. Brunemann. ubi supra n. sub.*

*ult. Negusantius de pign. membr. 2. sexta partis principalis n. 2.* Antequam probetur assertio, libet pro majori claritate calum ejus ponere; est autem iste: in securitatem mille florenorum, quos mihi mutuasti, obligavi tibi pignora, eaque postea mala fide vendidi Sempronio. Hunc post decem annos hypothecaria convenis actione. quaeritur, an recte? num verò Sempronius exceptione praescriptionis longi temporis se defendere possit? quod posteriùs nunc probatur: inhærendo juri antiquo in *l. 1. & 2. Cod. si adversus creditorem praescriptio opponatur.* potest Sempronius exceptione praescriptionis se defendere: ergò potest se etiam defendere inspecto jure *novella 119. c. 7. indeque desumpta a amb. mala fidei. Cod. de praescript. longi temporis;* quia loca ista nominatim loquuntur de praescriptione domini, adeoque tanquam exorbitantia & correctoria juris veteris ad jura hypothecarum extendi non debent.

Dico VI. Mala fides auctoris immediato successori universali usque ad adèd nocet in ordine ad praescriptionem ordinariam, ut nè quidem à personâ propriâ incipere eandem possit. ita *P. Hannold ubi supra n. 208. & 211. P. Illung Theol. pract. tract. 4. disp. 2. q. 5. art. 3. n. 304. P. Pirhing. h. t. n. 68. P. Engel d. n. 16. Mol. d. disp. 65. n. 4. Casparus Klöckius tom. 2. consil. 26. n. 19. Rath d. c. 2. assert. 50. Schambog. §. 7. l. h. t. q. 4. Vinn. ibid. n. 5. Susholt dissert. 6. aphor. 28 Magnif. D. P. Schmier d. §. 6. n. 76.* Probatur ex variis juris textibus, puta, *l. 11. ff. de divers. temporal. praescript. l. ult. Cod. communia de usucapionibus. l. 11. Cod. de acquir. & retin. possess.* in quibus locis absolutè dicitur, hæredem usucapere non posse, quod defunctus non potuit: ergò mala fides auctoris immediato successori universali absolutè nocet in ordine ad praescriptionem ordinariam: ergò nè quidem à personâ propriâ incipere eandem potest. Confirmatur: hæres repræsentat defunctum, ac personam ejus sustinet. *l. 22. ff. h. t.* ergò si possessio defuncti ad usucapionem fuit inidonea, erit quoque possessio hæredis: neque enim hæres titulum possessionis immutare sibi potest. *l. 3. §. 19. ff. de acq. vel amit. possess. l. 33. §. 1. ff. h. t. l. 3. §. 1. ff. pro hærede.* Roboratur discursus: constat, in ordine ad praescriptionem differre successorem universalem & singularem: atqui de hoc *supra n. 75.* responsum est, ei non nocere malam fidem auctoris, nisi ejus accessione uti velit: & facit huc textus in *l. 13. §. 1. ff. de acq. vel amit. poss.* ergò universali nocebit mala fides auctoris, esto ejus accessione uti nolit. *Zoëf. ff. h. t. n. 62. Brunsmann ad d. l. 3. ff. pro hærede in l. Bach. l. h. t. §. 7.*

Objicies: si mala fides auctoris immediato successori universali usque ad adèd noceret in ordine ad praescriptionem ordinariam, ut nè quidem à personâ propriâ incipere eandem posset, tunc hæres, putans, rem quamdam ex hæreditate esse, cum non sit, eandem usucapere non posset. Atqui hoc est contra spectum textum in *d. l. 3. ff. pro hærede vel pro possessore:* ergò &c.

*Vinnius* ubi *suprà* respondet, ponendo duos casus: unum, quo ipse defunctus rem habuit penes se, citrà ullum titulum habilem ad transferendum dominium, & ex domini voluntate tanquàm alienam tenuit, puta, ex commutato, deposito, locato, aut contractu id genus alio. alterum, quo initium defuncti vitiosum fuit, quia rem, quam sciebat esse alienam, tanquàm suam, v. g. ex emptione, donatione, aut alio simili titulo ad transferendum dominium habili, malâ fide possedit. priore casu, ait *cit. Vinnius*, nullum vitium est in defuncto, ergò nec poterit nocere hæredi. *d. l. 3. ff. pro hærede &c.* Posteriore verò censetur hæres, tanquàm una cum defuncto persona, cum eodem vitio possedisse, proindèque rem tempore ordinario præscribere nequit.

Sed displicet hæc distinctio, quia supponit, nudum titulum pro hærede sufficere ad usucapionem, cuius contrarium proponitur à Diocletiano & Maximiano in *l. ult. Cod. de usucap. pro hærede*, & *l. 4. Cod. de præscript. longi temporis*. ubi negant, usucapionem procedere, si titulus specialis & proprius deficiat. ratio est, quia nudus titulus pro hærede meram inducit continuationem iurium, quæ defunctus habuit: ergò nudus titulus pro hærede non inducit usucapionem. Id ipsum satis insinuavit Justinianus in §. 4. *b. t.* dum ibidem dixit, usucapioni locum esse, si rem defuncto commodatam, aut locatam, hæres bonæ fidei, ignoranti vendiderit: ergò in personâ ipsius hæredis usucapioni locus non est. Expediit responsio est, quam dat *D. Schambogen d. §. 7. b. t.* nimirum in *l. 3. ff. pro hærede*, opinionem plerorumque referri, non approbari. confer *Clariff. Collegam D. P. Franciscum Schmier in prælaudato tract. de præscriptionibus d. §. 6. n. 82*. ubi ait ex *l. 3.* ideo nihil in contrarium concludi, quia textus ille nullam mentionem facit malæ fidei, quâ defunctus rem illam possederit.

- 84 Dico VII. Mala fides authoris in ordine ad præscriptionem ordinariam non nocet successori universali mediato, quo minùs hic, sive hæres suus sit, sive non suus, eandem à personâ propriâ possit incipere. Ita de non suo sentiunt *Molina d. disp. 65. n. 9. Haunold ubi supra n. 209. Ininger d. art. 3. pag. 156. Illung d. art. 3. n. 307. Pirhing b. t. n. 70. Covarr. ad c. possessor male fidei. de R. l. in 6. p. 2. §. 5. in f. & §. 9. n. 6. Schambog. d. §. 7. q. 5. De suo quoque Lessius de F. & F. lib. 2. c. 6. dubit. 13. n. 43. Castropalao apud Illung cit. loc. Fach. 6. contro. cap. II. Struv. in evolut. contro. exercit. 43. ib. 33. Colendiff. D. P. Collega Schmier d. §. 6. n. 79. Probatur assertio primò quoad hæredem non suum. Idèò mala fides authoris in ordine ad præscriptionem ordinariam nocet immediato successori universali, ità ut nè quidem à personâ propriâ eandem incipere possit, quia successor talis est hæres defuncti, propter quod jura possessionem successoris, esto intrinsecè bonam, propriâ tamen fidei bonitate gaudere nolunt, sed fide authoris, quæ proindè extrinsecè per fictionem juris etiam successoris fidem malam reddit. *l. pen. Cod. de acquir. & retin. pos.**

*Jess.* At hæres hæredis tam parùm censetur primi defuncti hæres, quàm parùm socius socii mei est socius meus. *L. 20. ff. pro socio. l. 47. §. un. ff. de R. l. & duplex fictio juris in eadem re, & ex eodem capite, quale est representatio mali auctoris, tam parùm admittitur in jure, quàm parùm in physicis umbra umbram facit. ergò mala fides auctoris in ordine ad præscriptionem ordinariam non nocet successori universali mediato, seu hæredi non suo, quominus hic eandem à personâ propriâ possit incipere. Probatur assertio secundò quoad hæredem suum: hæredes mediati non sui possunt ordinariam præscriptionem à personâ propriâ ordiri, juxta mox probata: ergò etiam hæredes mediati sui, ut qui illis in jure notoriè sunt favorabiliores. Sed contrà priorem asserti partem*

Objicies 1. *hæredis appellatio non solum ad proximum hæredem, sed & 85 ad anteriores refertur: nam & hæredis hæres, & deinceps, hæredis appellatione continetur: sunt verba Ulpiani in l. 65. ff. de V.S.* ergò si mala fides auctoris in ordine ad præscriptionem ordinariam nocet successori universali immediato, nocebit etiam mediato, seu hæredis hæredi. *¶. Textum in d. l. 65. in præsentì odiosâ materiâ, ubi hæres propter alienam culpam plectitur, non procedere. Vid. D. Rath. d. c. 2. assert. § 1. in f.*

Objic. 2. obligatio restitutionis orta ex delicto, sive malâ fide defuncti, transit etiam ad hæredem mediatum, non obstante ejus bonâ fide, cum generatim hæres universalis, sive immediatus, sive mediatum, ad omnia defuncti debita saltem juxta vires hæreditarias teneatur. ergò neque hæres mediatum mediante præscriptione dominium rei acquirere potest. *¶. Neg. conseq. ex eo, quòd quis teneatur ad tantundem refundendum, aut rem ipsam, si ubi exister, restituendam, malè inferitur, actori contrà hæredem præscribentem, aut contrà alium, ad quem res fortè pervenit, rei vindicationem competere: cum hæc duo benè simul consistent, fieri dominium rei, & ex justitiâ teneri satisfacere pro injuriâ per acquisitionem domini illatâ, prout sit, si emam equum, qui mihi scienti, jam alteri obligatum esse, tradatur. Confer D. P. Schmir d. 6. n. 80. & 85. Contrà posteriorem partem asserti*

Objicies 3. *cum Hunnio var. resolut. lib. 2. tr. 3. q. 9. & in Trentl. vol. poster. diff. 2. sb. §. q. 36. textum in l. 2. §. ult. ff. pro hærede. ubi Julianus refert Servium, negantem, quòd filius rem, sibi à patre donatam, pro hærede usucapere possit: atque, huic consequens esse, ut filius, à patre hæres institutus, res hæreditarias à patre sibi donatas, pro parte cohæredum usucapere non possit. Unde sic argues: si hæres mediatum suus præscriptionem ordinariam à personâ propriâ incipere posset, deberet id fieri mediante titulo pro hærede, cum præscriptio ordinaria requirar titulum. atqui mediante titulo pro hærede non potest præscriptionem ordinariam incipere. d. l. 2. §. ult. ergò hæres mediatum suus præscriptionem ordinariam à personâ propriâ inci-*



pere non potest. **¶** Distinguendo minorem, absolute non potest, nego: in casu oppositæ legis 2. concedo. Ex quâ causâ seu titulo quis rem possidet, ex eadem usucapit. cum igitur in *d. l. 2. fil. us. res. sibi à patre donatas, titulo donationis naturaliter saltem, arg. l. 1. §. 4. ff. de acq. vel amit. possess.* possidere cæperit vivo patre, non potuit postea illo mortuo easdem incipere possidere titulo pro hærede (cum nemo causam possessionis sibi mutare possit, *d. l. 2. §. 1.*) consequenter nec pro hærede usucapere. Certè nisi hæres mediatius suus titulo pro hærede usucapere posset, domitiana quæstio resoluta esset à Servio, dum negavit, filium in casu, quo possessionem ex aliâ causâ, quam pro hærede nactus erat, pro hærede usucapere posse. Plus enim, quam ridiculum fuisse dubitare (verbis utor Celsi in *l. 27. ff. qui testamenta facere possunt*) an filius in casu donationis usucapere possit pro hærede? cum idem absolute pro hærede usucapere non posset. confer *Brunnemann ad l. 2. ff. pro hærede. n. 2. P. Schmier de præscript. pag. 195. n. 163. Harp. ad pr. l. h. t. num. 120.*

Objicies 4. Textum in *l. 2. Cod. de usucapione pro hærede*, ubi Imperatores Diocletianus & Maximianus magis obtinuisse ajunt, quod nihil pro hærede usucapi possit suis hæredibus existentibus. ergo hæredes sui sibi non possunt usucapere.

**¶** Neg. conseq. verba legis, *suis hæredibus existentibus*, non in dativo, sed ablativo sumi debent, ut sensus sit, alios non posse usucapere titulo pro hærede contra hæredes suos. quamdiu enim superunt hæredes sui, ad quos ea res pertinet, tamdiu alius caret titulo pro hærede, ob cuius defectum tempore ordinario usucapere nequit. Atque sensus iste conformis est verbis, quibus memorati Imperatores utuntur in *l. 2. Cod. unde liberi*, ubi dicunt, *ex testamento vel ab intestato existente filio vel nepote suo hærede, nemo potest ab intestato hæres existere.* confer *Harp. ad princ. l. h. t. n. 122.*

Objicies 5. Hæres immediatus non potest à personâ propriâ ordini præscriptionem ordinariam, quia destituitur legitimo titulo pro hærede, cum sit hæres mali authoris: atqui etiam hæres mediatius suus destituitur legitimo titulo pro hærede: cum enim ex prædecessoris sui, seu immediati hæredis titulo possessionem ejus continuet. *arg. l. 11. ff. de liberis & posthum.* non habet titulum possidendi, distinctum à titulo hæredis immediati: ergo etiam hæres mediatius suus non potest à personâ propriâ ordini præscriptionem ordinariam.

**¶** 1. Negando causalem majoris. Hæredi immediato in ordine ad præscriptionem ordinariam non obstat defectus tituli (habet enim rem titulo successionis hæreditariæ) sed defectus bonæ fidei, seu quia quantum ad malam fidem fingitur una eademque persona cum defuncto, quæ fictio se non extendit ad hæredem mediatum suum, cum jura duplicem fictionem ex eodem capite non admittant.

**¶** 2. Ad minorem, negando, quod hæres mediatius suus continuet possessionem sui prædecessoris: neque enim hoc dicit textus in *d. l.*

**II.** ubi fictione jurishæredi suo ob futuram necessariam successionem saltem tribuitur idem dominium, quod prædecessori; eadem possessio non etiam. confer Bachov. in *Trensl.* vol. 2. *diff.* 22. *th.* 5. *lit.* H. *Ferdinand. de Castro Palae oper. moral. parte 7. tr.* 20. *diff.* un. *punct.* 22. §. 9. n. 6. *Zcif. ff. pro herede n. 2. Harp. ad pr. l. h. s. n.* 126.

Dico VIII. Mala fides authoris non nocet successori universali in ordine ad præscriptionem extraordinariam. ita Covarr. d. 5. 9. n. 4. *Illung. d. art.* 3. n. 308. *D. Obtingensper. Inst. de usucap. q.* 12. *Bachov. d. th.* 5. *lit.* A. & B. *Brannemann ad l.* 11. *ff. de divers. temporal. præscript.* *Vasquius lib.* 2. *controv. illustr. cap.* 73. n. 8. *Castrensis vol.* 2. *consil.* 126. n. 27. & seq. *Magnif. D. P. Schmier d.* 5. 6. n. 83. *Dynus, Bartolus, Egidius à Bellamera, & alii apud Lessium d. dubit.* 13. n. 42. Probatur: de Jure civili mala fides authoris non nocet successori universali in ordine ad præscriptionem extraordinariam: ergo neque nocet de Jure Canonico. antecedens constat ex eo, quia inspecto Jure Civili in ordine ad præscriptionem extraordinariam bona fides nè quidem ab initio requiritur. *l.* 3. 4. & *pen. Cod. de præscript.* 30. *vel 40. annorum.* *l.* 1. §. 1. *Cod. de annuali except.* ubi nec furti, nec vi bonorum raptorum, nec cujuscunque alterius actionis personalis vita ultra 30. annos extenditur. consequentia probatur: Jus Canonicum veram duntaxat malam fidem, quæ cum peccato injustitiæ conjuncta est, sustulit in *cap. ult. b. t.* ibi in princ. *quoniam omne, quod non ex fide peccatum est.* & ibi ad *l. omni constitutioni & consuetudini derogandum, qua absque mortali peccato non potest observari.* Ergo Jure Canonico in ordine ad præscriptionem extraordinariam mala fides authoris non nocet successori universali, quia in hoc, utpotè rem alienam esse, siacere & à parte rei ignorante, non datur, nisi ficta mala fides, quæ cum peccato injustitiæ nullatenus conjuncta est.

Objicies cum *Hauwado ubi supra n.* 214. *Pirbing n.* 72. *Mol. d. diff.* 87. §. n. 4. *P. Engel h. t. n.* 16. *D. Raib. d. c.* 2. *assert.* 51. *Fach. 1. controv.* 6. 66. & 8. *controv. c.* 27. Primò: hæres in judicio animæ saltem pro viribus hæreditariis tenetur exonerare conscientiam defuncti, ut valeat is à peccato liberari. *c. si Episcopum. 3. caus.* 16. *q.* 6. *c. f. de sepulchris. c. 5. de raptoribus. c. 9. de usuris.* at non teneretur exonerare conscientiam defuncti, si in foro externo tam Ecclesiastico, quam sæculari, mediante præscriptione dominium rei aquireret. ergo hæres ob malam fidem defuncti dominium rei nullâ temporis præscriptione potest aquirere. *Vasquius ubi supra n.* 11. respondet ad majorem, quod, quamprimum hæres præscriptionem rei perfecit, sicque ejus dominium quæsit, obligatio restitutionis evanuerit, & conscientia defuncti fuerit exonerata. Præterè, quod semel factum est, infectum esse non posse, sicque peccatum, à defuncto semel commissum, ab hærede infectum fieri non amplius potuisse. Adhæc non teneri defunctum ad restitu-

tionem res præscripser, cum ipse nec dominium rei vero domino abstulerit, nec etiam eam præscribere ceperit, sed demùm post mortem illius, & aditam hæreditatem & apprehensam possessionem ab hærede initium ceperit præscriptio, & progressum, & consummationem. Hæc *Vasquius*. Ego *n*. Negando minorem: nam bene simul consistuat, in foro externo per præscriptionem dominium à bonæ fidei possessore acquiri, eumque ad restitutionem ex alio capite obligari, prout in simili respondimus supra ad secundam objectionem, contra assertionem immediatè præcedentem *n*. 85. confer *Molin. de F. & F. tr. 2. disp. 42.*

Objic. 2. Textum in *l. 8. Cod. de usufructu & habitatione &c.* ubi Imperatores rescribunt, quòd neque usufructuarium ad obtinendam proprietatem rerum, quarum usufructum habet, neque successores ejus, ulla temporis ex pã causã tenentes præscriptio muniat. ex quã lege sic oppones: titulum defuncti ad præscribendum inhabilem non potest mutare hæres, & idè non potest ex propriã personã præscribere, quòd defunctus non potuit. *d. l. 8.* ergò, cum etiam hæres non possit mutare malam fidem defuncti, non poterit ex personã propriã præscribere, quòd defunctus non potuit. *n*. Negando consequentiam. Ratio diversitatis est, quòd ad omnem ordinariam præscriptionem. (de quã opposita lex *8.* loquitur) utroque jure requiratur titulus: cum igitur hæres ibidem proprietatem tenuerit ex titulo ipsius defuncti, hicque ad usufrucpiendum fuerit inhabilis, per *§. 4. l. per quas personas cuique acquiritur. l. 10. in f. ff. de acq. rerum dom. l. 12. princ. l. 49. princ. ff. de acq. vel amit. possess.* hinc non potuit hæres ex propriã personã præscribere, quòd defunctus non potuit. Econtrã ad præscriptionem extraordinariam de Jure Civili nã quidem requiritur bona fides: quòd licet mutaverit Jus Canonicum, non tamen mutavit in ordine ad malam fidem fictam hæredis, utpotè cum peccato injustitiæ non conjunctam. Deindè non tenet hæres rem ex fide defuncti, quæ mala est, sicut in *d. l. 8.* tenet ex titulo defuncti, qui nullus est, & ad præscriptionem insufficientis; sed præscribere contendit nomine proprio, & suã fide, quæ verè bona est. vid. *Brunnemann ad d. l. 8. Cod. de usufructu &c. Ratio d. tr. de usufructu c. 3. assert. 26. Covarr. d. 5. q. 4. 3. Hunc. var. resolut. lib. 2. tr. 4. q. ult.*

Objic. 3. Nèd de Jure Civili mala fides defuncti nocebat hæredi in ordine ad præscriptionem ordinariam, quia ad hanc saltem ab initio bonæ fides erat necessaria. *l. 48. §. 1. ff. de a. r. d. l. 10. pr. ff. h. r. quæ per malam defuncti fidem videbatur excludi. l. 11. ff. de divorf. temp. pr. ascript. l. ult. Cod. communis de usufructu. l. 11. Cod. de acq. & retin. poss.* Ergò de Jure Canonico mala fides defuncti nocebit hæredi etiam in ordine ad præscriptionem extraordinariam, quia etiam ad hanc de Jure Canonico necessaria est bona fides. *e. ult. h. r. quam mala fides defuncti excludit. n*. Neg. consequ. & quòd in

ordine ad præscriptionem extraordinariam vera bona fides hæredis per malam fidem defuncti excludatur, seu quòd ob veram malam fidem defuncti vera bona fides hæredis de Jure Canonico fingatur mala. Sciendum enim, quòd fictiones restringi, & ultra casus expressos extendi non debeant. *Tabor in thesauro locorum communium lib. 6. c. 13. axiom. 4.* esto igitur à Jure Civili bona fides hæredis fingatur mala, eique expressè tribuatur jus impediendi præscriptionem ordinariam, vis tamen hæc sine expresso Juris Civilis & Canonici textu produci non debet ad præscriptionem extraordinariam, utpotè in multis articulis præordinarià privilegiatam.

Controversitur §. An hæres possit usucapere, si defunctus initio fuerit in bonâ fide, postea autem scientiam acquisiverit rei alienæ? sunt non pauci, qui negativam sustineant. Sed fortassè pars affirmativa non improbabilius defendi potest, cum ita sentire videantur omnes ii, qui *supra n. 86.* nobiscum sustinent, quòd mala fides authoris non noceat successori universali in ordine ad præscriptionem extraordinariam. Probatur 1. mala fides, auctori superveniens, non nocet hæredi de Jure Civili. §. 12. *l. b. t.* ergo neque nocet de Jure Canonico; quia Jus Civile hoc in passu non est correctum à Canonico. Confirmatur: Jus Civile in tantum est correctum à Canonico, in quantum iniquitatem continet: sed in ordine ad personam hæredis, præscribere volentis, iniquitatem nullam continet; quia hæres supponitur esse in bonâ fide: ergò hæcenus non est correctum à Canonico. Prob. 2. quandò defunctus toto tempore fuit in bonâ fide, jus præscribendi transmittitur ad hæredem: ergò transmittitur etiã, quandò initio fuit in bonâ fide; idè enim in casu priore jus præscribendi transmittitur, quia transmissio hæc immunis est à peccato: atqui etiã transmissio posterior immunis est à peccato, quia hæres supponitur esse in bonâ fide: ergò etiã in casu posteriore jus præscribendi transmittitur ad hæredem.

Objicies 1. Defunctus ob supervenientem malam fidem non potuit præscribere: ergò neque hæres poterit. 2. Dist. antec. defunctus ob supervenientem malam fidem non potuit præscribere, Jure Canonico, esto. Jure Civili, nego. *d. §. 12. l. l. 10. pr. ff. b. t. l. 48. §. 1. ff. de aq. rerum domin. l. un. Cod. de usucap. transform.*

Intabis: Jus Civile, in quantum præscriptionem admittit cum malâ fide, est correctum à Jure Canonico, in *c. 5. & ult. b. t. c. 2. de R. I. in 6.* ergò si defunctus non potuit usucapere Jure Canonico, neque poterit Jure Civili. 2. Disting. antecedens, Jus Civile, in quantum præscriptionem admittit cum malâ fide, est correctum à Jure Canonico secundùm quid, concedo, simpliciter, nego antec. & consequentiam. Jus Civile in tantum est correctum à Canonico, in quantum iniquitatem continet. at, dùm concedit, ut hæres, in bonâ fide constitutus, usucapere possit, quòd defunctus non potuit, iniquitatem,

iniquitatem nullam continet : ergò hæcenus non est correctum à Jure Canonico.

Urgebis : Jus Civile in quantum præscriptionem admittit cum malâ fide, quoad personam defuncti est simpliciter correctum : ergò jus præscribendi defunctus non habuit : ergò neque transmittere potuit ad hæredes, quia non estis nullæ sunt qualitates. *¶* Distinguendo consequens, ergò defunctus jus præscribendi non habuit, si præscriptio præcisè consideretur in ordine ad defunctum, & in quantum est proficua defuncto, concedo. Si consideretur in ordine ad personam hæredis, ac in quantum est proficua hæredi, nego consequentiam. Diverso respectu verum est, quòd defunctus non habuerit jus præscribendi, & quòd habuerit. Non habuit, si præscriptio consideretur in ordine ad personam ipsius defuncti, ac in quantum est proficua defuncto. habuit, si præscriptio præcisè consideretur in ordine ad personam hæredis, & in quantum est proficua hæredi. Dùm enim admittit Jus Civile, ut procedat præscriptio ex personâ defuncti in ordine ad hæredem, iniquitatem nullam continet, adeoque hæcenus non est correctum à Jure Canonico.

Objicies 2. Si defunctus fuit in malâ fide, etiam hæres censetur esse in malâ fide, quia repræsentat defunctum, ac eadem censetur persona cum defuncto. *l. 2. ff. h. r.* ergò hæres æquè parùm præscribere potest, ac defunctus potuit. *¶* Dist. antec. si defunctus fuit in malâ fide, etiam hæres censetur esse in malâ fide fictâ, esto, verâ, nego antec. & conseq.

Instabis : mala fides vera impedit præscriptionem : ergò etiam ficta. *¶* Neg. conseq. disparitas est, quia mala fides vera inducit peccatum injusitiz, cum quo non currit præscriptio. *d. c. ult. h. r.* Econtrâ mala fides ficta non inducit peccatum injusitiz, quia stat cum invincibili ignorantia rei alienæ, adeoque nec præscriptionem impedit. Urgebis : hæres ignorance suâ excludere non potest vitia defuncti. *l. 1. ff. de divers. temporal. præscript.* ergò si defunctus ob malam fidem præscribere non potuit, neque hæres poterit. *¶* Disting. consequens : ergò si defunctus ob malam fidem præscribere non potuit Jure tam Civili, quàm Canonico, neque hæres poterit, esto : si tantum non potuit Jure Canonico, nego consequentiam.

Instaurabis argumentum : quandò defunctus toto tempore fuit in malâ fide, hæres præscribere non potest, esto tantum sit in malâ fide fictâ : ergò neque præscribere poterit, quandò defunctus aliquo tempore fuit in malâ fide. *¶* Negandò consequentiam. disparitas est, quia dato, quòd defunctus toto tempore fuerit in malâ fide, neque præscribere potuit Jure Civili, neque Canonico, adeoque jus præscribendi transmittere non potuit ad hæredem. Econtrâ quandò iustus fuit in bonâ fide, præscribere potuit Jure saltem Civili, atque adeò jus præscribendi transmittere potuit ad hæredem, cum transmissio hære immunis sit à peccato.

90 Controversitur 6. Utrum actiones personales lapsæ 30. vel 40. anno-

rum extinguantur, si debitor scientiam juris alieni habeat? Sunt non pauci, qui negativam doceant, quos inter *P. Molina de F. & F. disp. 66. n. 5. Palao d. punct. 22. §. 6. n. 3. & 4. Covarr. d. loc. §. 11. n. 3. & 4. Haunold d. consrov. 2. n. 191. P. Engel h. t. n. 18. P. Ininger d. art. 3. in disco 12. pag. 157. Fach. 1. contr. c. 63. D. Rath d. a. 2. assert. 24. & alii ab his relati. Fundamenta, quæ magno conatu adstruunt, sunt sequentia. 1. Cum scientiâ rei alienæ non procedit præscriptio, quia scientia illa inducit malam fidem. *c. f. b. t.* Sed etiam scientia juris alieni inducit malam fidem: ergò nec cum scientiâ juris alieni procedit præscriptio. 2. Actiones personales inspecto jure naturæ semper durant, nisi solutio aut remissio debiti interveniat: ergò salvâ æquitate tolli non possunt, nisi per modum eidem juri naturali conformem, cum res omnis eo pacto dissolvi debeat, quo colligata est. *l. 35. ff. de R. I. c. 1. cod.* atqui æquitati naturali conforme non est, cum; qui solutionem debiti scienter differt, ex hoc solo liberari, quòd creditor civilis sit, ac debitum importunè non urgeat: ergò debitor non liberatur. 3. Vel habuit debitor animum solvendi vel non? si habuit; non fuit in quasi possessione libertatis, consequenter nec in conditione usucapiendi. Si non habuit; bonâ fide non egit: omne autem, quod non procedit ex fide, peccatum est. *d. c. f. b. t. ergò &c.* 4. Præscriptio tricennalis vel quadragenalis, ab Ephesino legialatore primitus introducta, prohibita fuit ab Alexandro III. in *c. 5. b. t.* ergò ab eodem Pontifice prohibita fuit præscriptio actionum personalium, quia hæc olim præscriptione triennali fuerunt extinctæ.*

Ego cum veriori sententiâ distinctionem adhibeo, & actionem personalem, quæ fuit ex debito ad certum tempus restricto, separe ab actione personali, quæ fuit ex debito indefinite contracto. sit proinde

Assertio I. Actio personalis, quæ fuit ex debito ad certum tempus restricto, non extinguitur lapsum 30. vel 40. annorum, si debitor scientiam juris alieni habeat. ita *Panormit. ad c. ult. b. t. n. 20. D. Glesk assert. jurid. 75. Magnif. D. P. Collega Schmier de præscript. c. 5. sect. 1. §. 3. n. 40. & seq.* non distinguens inter promissionem simplicem & juratam, prout nec textus in *c. 12. caus. 22. q. 5.* distinguit. Probat: scientia juris alieni inducit peccatum injustitiæ, si certus dies solutioni sit dictus; ergò cum scientiâ hæc non procedit præscriptio. antecedens proh. qui solutionem ultra tempus expressum scienter differt, committit culpabilem moram, cum ipsa dies monitoris vices subeat, ac pro creditore interpellet. *l. 12. Cod. de contrab. & committ. stipulat.* Atqui mora culpabilis inducit peccatum injustitiæ, cum moras nesciens agat contra obligationem, quâ alteri de jure est obstrictus: ergo si certus dies solutioni sit dictus, scientia juris alieni inducit peccatum injustitiæ.

Assertio II. Actio personalis, quæ fuit ex debito indefinite contracto, 92

extinguitur lapsu 30. vel 40 annorum, esto debitor scientiam juris alieni habeat. ita *Abbas d. loc. n. 21. Hostiansis in summo. h. t. §. qua res. Vasquius Illustr. controv. lib. 2. c. 76. n. 3. Guido Papa q. 199. n. 2. D. Gletle affert. jurid. 76. D. P. Schmier d. §. 3. n. 22. & plurimi alii citati à Gabrielio lib. 5. commun. conclus. 3. sub n. 2.* Probatur 1. scientia juris alieni non inducit peccatum iniustitiæ, si debitum indefinite sit contractum; ergo neque impedit præscriptionem. consequentia est certa. antec. etiam constat, tum quia debito indefinite contracto; solutio licite differri potest à debitore, usque dum à creditore urgeatur, cum debitor eo sine indefinite contraxerit, quia ad ultro-neam solutionem obligatus esse noluit: tum quia differendo solutionem, non committit culpabilem moram, eò quòd nec à die interpelletur, nec àb homine; sine cujus præviâ exactione censet, se non teneri solvere: tum denique quia paratus est ad solvendum, si debitum exigatur, adeoque non peccat contra iustitiam, licet habeat scientiam juris alieni, seu actionis creditori competentis.

Prob. 2. adversus servitutes rusticas potest præscribi libertas cum scientiâ servitutis constitutæ: ergo etiam adversus actiones temporales potest præscribi libertas cum scientiâ actionis competentis. consequ. prob. idèò adversus servitutes rusticas præscribi potest libertas cum scientiâ servitutis constitutæ, quia usus servitutis rusticæ de jure ad certum tempus restringitur, quo transacto non tam præscribitur, quàm suapte naturâ extinguitur. l. 10. §. un. l. 19. l. 20. & seqq. ff. quemadmodum servit. amitt. l. 4. §. 27. ff. b. t. Atqui etiam usus actionis temporalis de jure ad certum tempus restringitur, quo transacto actio non tam præscribitur, quàm suapte naturâ extinguitur. l. 1. §. 1. Cod. de annali except. l. 2. Cod. de constit. pecun. l. 3. l. 4. Cod. de præscript. 30. vel 40. annorum. ergo etiam adversus actiones temporales potest præscribi libertas cum scientiâ actionis competentis.

Prob. 3. si in ordine ad præscriptionem daretur differentia inter servitutes rusticas, & actiones personales, confiteretur illa in eo, quòd istis plerumque insit obligatio aliquid faciendi in gratiam creditoris, illis verò sola obligatio patiendi. l. 15. in f. ff. de servit. Sed etiam hæc differentia nulla est; quia sicut in servitutibus nulla datur obligatio exhibendi patientiam, si dominus prædii dominantis servitute non utatur; ita in debitis, indefinite contractis, nullâ datur obligatio solvendi, si creditor, exigendo debitum, jure suo non utatur: ergo sicut in servitute rusticâ cum scientia juris alieni currit præscriptio, ita etiam in debito indefinite contracto.

Probatur 4. esto merces ob non solum vestigal cadant in commissum, si tamen fiscus easdem intrâ quinquennium non vindicaverit, dominus merces etiam in foro poli recuperat, & jus illarum exigendarum extinguitur, non obstante scientiâ commissi. l. 2. Cod. de vestigal. & commiss. Mancard. vol. 2. concl. 836. D. Rath d. c. 2. affert. 12. lit. B. ergo etiam, esto debitor tenetur solvere, si tamen creditor per 30. annos non ex-

gerit,

gerit, debitor libertatem consequitur, non obstante scientiâ debiti: conseq. prob. idèò verum est prius, quia qui merces suas non indixit, non tenetur ultrò easdem offerre fisco, sed obligationi suâ satisfacit, si easdem exhibeat, dato, quòd exigantur: atqui etiam debitor indefinitè contrahens, non tenetur debitum ultrò offerre creditori, sed obligationi suâ satisfacit, si solvat, dato, quòd exigatur: ergò etiam verum est posterius. Prob. 5. Actio pœnalis extinguitur lapsu temporis, esto delinquens scientiam delicti sui, & juris alieni habeat: ergò etiam actio rei persecutoria extinguetur lapsu temporis, esto debitor scientiam debiti sui, & juris alieni habeat. Conseq. prob. idèò actio prioris generis decursu temporis extinguitur, quia delinquens non tenetur suâ spontè offerre pœnam, neque curare, ut contra se moveatur actio, adeòque esto scientiam delicti sui habeat, hinc tamen non lædit jus alienum: atqui etiam debitor, indefinitè contrahens, non tenetur debitum suâ spontè offerre, neque curare, ut contra se moveatur actio, adeòque esto scientiam debiti sui habeat, hinc tamen non lædit jus alienum: ergò si ex hæc capite actio pœnalis extinguitur lapsu temporis, extinguetur etiam actio rei persecutoria.

Ad argumenta contraria & quidem ad 1. 4. 1. Neg. minorem. cum scientiâ juris alieni tamdiu stat bona fides, quamdiu quis non recordatur, se violasse jus alienum, aut contravenisse suâ obligationi: quemadmodum scientia servitutis constitutz non inducit malam fidem in ordine ad impediendam præscriptionem servitutis. 4. 2. Esse latam disparitatem inter scientiam rei alienæ, & juris alieni; illa enim in rebus corporalibus involvit peccatum injustitiæ, quia ad earum legitimam possessionem regulariter requiritur legitimus titulus seu traditio, in quam dominus non censetur consentire, sed in dubio potius dissentire, arg. l. 48. §. 3. in f. ff. de furtis. at verò in rebus incorporalibus seu actionibus personalibus præscribendis scientia juris alieni non involvit peccatum injustitiæ quia, cum in istis obligatio regulariter ortum trahat à consensu partium arg. l. 5. Cod. de O. & A. cessante exactione creditoris probabiliter præsumit debitor, actionem sibi esse remissam, arg. l. 17. §. 1. ff. de usuris. Taceo, quòd nec in rebus corporalibus quævis scientia rei alienæ præscriptionem impediatur, sed illa saltem, quæ conjunctam habet scientiam vitiosæ possessionis, arg. l. 5. pr. l. 15. §. 16. ff. de damno infecto. l. 28. ff. de naxal. act. unde D. Rath d. c. 2. assert. 18. lit. E. cum communi sustinet, legatum à hærede scientiam ejus habente præscribi posse, dummodo etiam legatarius rei, sibi legata, habuerit notitiam, & petere neglexerit; quia legatum justè possidet, neque legatarium ad exercisium juris sui excitare tenetur, sed iste potius ex 30. annorum silentio legatum repudiassè præsumitur, arg. l. 44. §. 1. ff. de legat. 1. l. 15. ff. de rebus dubiis. faciunt textus in l. 11. ff. de a. vel a. poss. l. 137. ff. de R. I.

Ad 2. 4. Rursus neg. min. æquitati enim naturali admodum est con-



sentaneum, illum jure suo cadere, qui eodem uti tanto tempore neglexit, cum tamen sciret, aut scire deberet, promovendo bono publico, certum terminum actionibus personalibus esse præstitutum, quem agendo transgredi non liceat. unde profusæ facilitati suæ & incivili urbanitati habet, quod imputet, si damnum incurrat: debebat namque perpendere, jura vigilantibus esse scripta, ac industria, non sæcordiæ leges suffragari. *l. 24. in f. ff. quæ in fraudem creditorum etc.* Et licet durum videatur, debitorem ideo liberari, quod creditor importunus non fuerit: iniquitas tamen, si qua subest, utilitate publicâ compensatur; cum Reipublicæ interfit, lites non esse immortales, & sæcordiam civium castigari.

Ad 3. *1.* Neg. suppositum, quod præscriptio, quâ perimuntur actiones personales, possessionem requirat ex parte præscribere volentis: solâ enim nititur prærogativâ temporis, adeoque inoffenso decurrit pede, esto nec titulus, nec possessio, nec requisitum aliud debitori suffragetur. *arg. d. l. 3. Cod. de præscript. 30. vel. 40. annorum.* verbo: actiones personales non tam præscribuntur, quàm extinguuntur; quia ex dispositione juris certo tempore sunt alligatæ, quo transactio suâ spontè evanescunt.

Dixi autem, *actiones personales*: nam aliter discurrendum de aliis juri-  
bus incorporalibus, v. g. jure eligendi &c. quod præscribi nequit ab eo, qui scit, jus eligendi pertinere ad alium. cur tam variè? quia positiva præscriptio horum jurium requirit possessionem, quæ si vitiosa sit, & justo titulo destituta, ex scientiâ juris alieni inducit peccatum; cum econtrâ concursu horum requisitorum præscriptio privativa actionum personalium ex dictis non egeat.

*2.* Distinguendo: debitor habuit animum solvendi, si creditor exegerit, esto, secus, nego. hoc ipso ergo, quod creditor per tempus, lege definitum, non exegerit, possessioni juris sui æstivi renunciâsse censetur, ut potè ului & exercitio ex dispositione juris alligatæ.

Ad 4. *1.* Neg. conseq. nam Pontifex in opposito *c. 5. h. t. solummodò* sustulit præscriptionem tricennem in ordine ad actiones reales; cum loquatur de iniquis prædiorum possessoribus, contra quos rei vindicatio locum habet.

*2.* Secundò requiritur ad præscriptionem titulus, qui in genere defini potest, quod sit causa, ex qua rem habemus. Dividitur in translativum domini, & non translativum. Titulus translativus domini est causa ad transferendum dominium de se habilis: quo pertinent emptio, venditio, permutatio, Legatum &c. Titulus non translativus domini est causa, ad transferendum dominium de se inhabilis: cujus generis sunt commodatum, depositum, locatio, conductio &c. Titulus translativus domini dispescitur ulterius in verum, & non verum. Verus est causa, ex qua dominium defacto transfertur, velut si à Domino res vendita mihi tradatur. Titulus non verus sibi incoloratum, existimatum, & præsumptum. Titulus coloratus est causa,

**Suapte natura habilis ad transferendum dominium, ex qua tamen ob defectum tradentis, dominium defacto non transfertur: ut Ecce! emi à non domino.** Hæc emptio dicitur titulus coloratus, quia suapte naturâ est habilis ad transferendum dominium, esto id dominium defacto ob defectum tradentis non transferatur. Vocatur titulus iste coloratus, quia speciem & colorem habet veri tituli, ac ob impedimentum extrinsecum duntaxat impeditur, quò minus dominium ex eo defacto transferatur. Titulus existimatus est causa de se habilis ad transferendum dominium, quam subesse credimus, cum non subsit. nititur quândoque errore facti proprii, quândoque alieni. errore facti proprii nititur, cum quis credit, factum proprium intervenisse, cum non intervenerit, velut si existimem, rem mihi commodatam, fuisse mihi venditam. econtrâ errore facti alieni nititur, dùm quis credit, factum alterius intervenisse, esto non intervenerit. velut si existimem à procuratore meo equum fuisse emptum, cum non sit emptus. Titulus præsumptus denique dicitur, qui ex decursu temporis elicitor: velut si ob longam possessionem jura præsumant, quòd ex justa causa rem acquisiverim, cum non acquisiverim. Visâ titulorum diversitate videndum, qualis usucapionem operetur, qualis non? unde

**Dico I. ad omnem præscriptionem propriè dictam requiritur titulus aliquis.** Prob. ad omnem præscriptionem propriè dictam requiritur bona fides. *d. c. f. h. s.* atqui sine omni titulo non datur bona fides, ergo &c. minor probatur: omni planè titulo destitutus non potest prudenter judicare, rem esse suam: atqui sine judicio hoc non datur bona fides, ergò sine omni titulo non datur bona fides. Confirm. deficiente omni titulo nè quidem datur probabilis præsumptio tituli; atqui, ubi deficit probabilis præsumptio tituli, deficit bona fides, ergò deficiente omni planè titulo deficit etiam bona fides, consequenter sine omni titulo non datur præscriptio.

**Dico II. ad præscriptionem nullam sufficit titulus non translatus de mini.** Prob. ut præscriptio procedat, debeo probabiliter judicare, rem esse meam; atqui, si titulus non subsit translatus domini, non possum probabiliter judicare, rem esse meam, ergò &c.

**Dico III. Titulus verus præscriptionem non operatur, sed impedit.** prob. ex titulo vero defacto transfertur dominium: atqui dominio translato locum non habet usucapio, quia, quod nostrum est, nostrum fieri amplius non potest. §. 10. *I. de legatis.* §. 14. *I. de off.* ergo &c.

**Dico IV. ad præscriptionem ordinariam rerum corporalium non sufficit titulus præsumptus.** prob. in præscriptione ordinariâ rerum corporalium jura exiguat probationem tituli. *l. 24. Cod. de R. V.* ergo non præsumuat titulum: ergò ad præscriptionem ordinariam rerum corporalium non sufficit titulus præsumptus. *Hannold d. 6. 2. contrav. 3. n. 223.*

99 Dico V. ad præscriptionem ordinariam rerum corporalium non sufficit titulus existimatus, fundatus in errore facti proprii. Prob. 1. ex §. 11. *L. b. 1.* ubi dicitur, errorem falsæ causæ non esse matrem usucapionis: veluti si quis, cum non emerit, emisse se existimans, possideat: vel cum ei donatum non fuerit, quasi ex donatione possideat. Prob. 2. ex l. 27. ff. *cod.* ubi teste Ulpiano cellius scribit: errare eos, qui existimarent, cujus rei quisque bonâ fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere cum posse: neque referre, emerit, nec nē, donatum sit, nec nē: si modo emptum vel donatum sibi existimaverit quia neque pro donato, neque pro legato usucapio valet, si nulla donatio, nullum legatum præcesserit. Prob. 3. ex l. 1. *princ. ff. pro donato.* ubi Paulus scribit, pro donato usucapionem tunc procedere, cum donationis causâ res fuit tradita: neque sufficere opinari, sed & donatum esse oportere. Prob. 4. ex l. 2. & 3. ff. *pro Legato.* in quibus locis asseritur: si quis possideat rem aliquam, quam putabat sibi legatam, cum non esset, pro legato usucapionem non procedere; non magis, quam si quis emptum existimet, quod non emerit. Prob. 5. ratione: ignorantia facti proprii est intolerabilis. l. 7. ff. *ad Sc. Vell.* ergo possessori non prodest, adeoque præscriptionem non operatur.

100 Dico VI. ad præscriptionem ordinariam rerum corporalium sufficit titulus existimatus, fundatus in errore facti alieni. Ita sac. clarè Africanus in l. 11. ff. *pro emptore* & Neratius in l. 5. §. *un. ff. pro suo.* Accedit, quòd ignorantia facti alieni sit probabilis. l. 2. ff. *de juris & facti ignorantia.*

101 Dico VII. ad præscriptionem temporis extraordinarii non requiritur titulus coloratus, aut existimatus, sed sufficit præsumptus. Prob. ex l. 4. *Cod. de præscriptione* 30. vel. 40. *annorum,* ubi Anastasius Imperator rescribit, quòd, si quis jus aliquod per tempus longissimum inconcussum ac sine contentione judiciaria possederit, liber, ac saluberrimæ legis plenissimâ munitione securus esse debeat; ergo &c. confer *Hannold. d. controu. 3. n. 229.* ubi hoc ipsum etiam de Jure Canonico ex c. 6. *h. t.* probat.

102 Controversia gravis est, possintne laici præscribere decimas, seu jus decimandi? quòd decimæ, in vernaculâ nostrâ der *Behend* / à decimâ parte dicitur, *cap. 1. de decimis, primitiis, & oblationibus.* sint quota fructuum, vel lucri liciti portio, DEO in recognitionem universalis ac supremi domini debita, ministris Ecclesiæ, intuitu spiritualis ministerii quotannis solvenda, colligitur ex *cap. 14. 23. & 26. d. tit. cæterum* in ordine ad propositam controversiam

103 Sunt, qui jus decimandi directum separent àb utili. Directum, seu spirituale & primum dicitur, quòd fundatur in titulo spirituali, seu munere administrandi v. g. Sacramenta. Utile, seu temporale & secundarium vocatur, quò habetur jus percipiendi decimam fructuum partem absque respectu ad spirituale officium. Jus decimandi priore modo acceptum negant præ-

præscribi posse à laicis. Jus decimandi posteriore modo sumptum docent, præscribi posse à laicis, tempore si non extraordinario 30. vel 40. annorum, saltem immemoriali. Ita *Lessius de F. & F. lib. 2. cap. 39. dubit. 4. n. 19.* quo distinctionis medio *Clarissimus D. Benedictus Finsterwaldter. lib. 3. pract. observat. ad consuetudines Archi-Ducatus Austria superioris obs. 126. n. 33.* salvare conatur constitutionem provinciam inferioris Austriae de juribus incorporalibus *tit. 6. §. 1.* ubi jus decimandi per præscriptionem ad laicos venire posse, constitutum est, per formalia: wann sie anders dieselbe mit rechtmäßiger Titul / oder Verjährung an sich gebracht haben. Ut dilucidè appareat; quid in ardua hac controversia sentiam, lubet imprimis certa ab incertis secernere.

Certum itaque est primò, Jus decimandi directum à laicis nullo unquam tempore præscribi posse, cum laici incapaces sint tituli spiritualis, & juris, inde consequentis. *cap. decimas. 1. caus. 16. quest. 7. cap. 7. h. t. c. 15. 17. 19. & 25. de decimis.*

Certum est secundò, antè Concilium Lateranense, quod circa annum 1071 1179. sub Alexandro III. celebratum fuit, jus decimarum non solum ex privilegio Papæ, sed etiam Episcoporum, laicis in feudum perpetuum, vel emphyteusim concedi potuisse.

Certum est tertio, post memoratum Concilium, vel, ut alii volunt, jam priùs ab Urbano II. qui anno æræ Christianæ 1099. decessit, præfatam facultatem infeudandi laicos, penitus ademptam esse. *1. feud. 6. c. 1. d. cap. 19. de decimis.* ut ratione hæc coerceretur abusus & prodigalitas, quæ Prælati Ecclesiastici in detrimentum Ecclesiarum laicis decimas concedebant. *Erasmus Pirhing lib. 3. Jur. Can. tit. 30. sect. 7. §. 2. n. 141. in f.*

Certum est quarto, etiam absque privilegio Pontificio, aut infeudatione legitime factâ, laicos decimas detinere, aut justè percipere posse, si sola commoditas seu licentia, nomine Ecclesiasticorum colligendi decimales fructus, ab Episcopo vel Parocho, adhibitis solemnitatibus aliàs de jure necessariis, in laicos transferatur. *cap. 2. de locato.*

Certum est quinto, laicos conversos, etiam si nullo clericali ordine insigniti sint, ut Equites Melitenses, Hospitalarii, & Teutonici Ordinis, decimas possidere posse; quia merè laici non sunt, sed connumerantur quodammodo monachis, propter eadem ordinis sui substantialia nota. *Henricus Canisius de decimis cap. 13. n. 4.*

Certum est sexto, laicos capaces esse decimarum merè laicalium, quales sunt, quæ solvuntur titulo merè profano, & exiguntur instar tributi, à dominis temporalibus, prædiis aliquando impositi. *P. Engel Colleg. Jur. Can. tit. de decimis. §. 2. n. 22. ad finem.*

Certum est septimo, decimas Ecclesiasticas non nisi ex privilegio Pontificio

ficio penitus separari posse à spirituali titulo, ita ut fiant quasi laicales, & cedantur laicis in perpetuum, tanquam bona patrimonialia sæcularia, quælibet cuicumque vendi, permutari, & donari possunt. *Felicianns de Oliva de foro Ecclesie. p. 1. q. 7. n. 52.*

Cardo igitur controversiæ in eo rotatur, utrum jus decimandi Ecclesiasticum utile post Concilium Lateranense à laicis merè talibus per viam præscriptionis acquiri possit? ubi, si de præscriptione ordinariâ, vel extraordinariâ 30. vel 40. annorum quæstio exaudienda, sine hæsitatione

- III Resp. negativè. tum propter textum in *d. cap. 7. b. t.* ubi Alexander III. summus Pontifex Parmensi Episcopo mandavit, ut in causâ decimarum, inter nobilem aliquem & clericum vertente, sententiam ferret contra nobilem, non obstante præscriptione temporis, quam hic opponere voluit, additâ ratione, quia, cum laici decimas detinere non possint, eas nullâ valent præscribere ratione. tum propter textum in *d. cap. 15. de decimis.* ubi idem Alexander III. jubet, ut Episcopus Ambianensis donationem decimæ, àb Abbate quodam, laico & hæredibus ejus factam, viribus carere decernat; & nisi laicus decimam Ecclesiæ liberè resignaverit, eundem vinculo excommunicationis adstringat, ex ratione, quòd sanctuarium DEI jure hæreditario possideri non debeat. Undè sic licet discurrere: sine possessione nulla currit præscriptio. *cap. 3. de R. l. in 6.* atqui jus utile decimandi nequit à laicis possideri, tanquam proprium. *d. c. 7. de præscrip. d. c. 15. de decimis.* ergo &c. Neque possunt citata jura ad solum jus decimandi directum restringi, cum respectu illius aliunde nimis aperta sit laicorum incapacitas. Quod si verò status controversæ quæstionis procedat de præscriptione immemoriali, tunc, antequam respondeam,

III 2 Prænoto, præscriptionem immemoriam esse illam, de cuius initii memoriâ ætate hominum defacto viventium non constat. Colligitur ex *cap. 26. de V. S. c. l. 3. §. 4. ff. de aquâ quotidiana & æstiva.*

III 3 Hanc cum centenariâ confundunt *Cynus in l. 2. Cod. de servis. & aquâ q. 9. Harp. ad princ. Inst. b. t. n. 218.* ubi ait, discrimen nullum moribus suis inter utramque observari. *Barthol. Capolla de servis. tr. 1. cap. 19. n. 1. Bach. in Tront. vol. 2. disp. 22. ch. 4. lit. L. & M. in f.*

III 4 Verùm à prudentioribus Jureconsultis benè notatum esse, testator *Grotius de Jure Belli & Pacis. lib. 2. cap. 4. §. 7.* quòd tempus memoriam excedens non placet idem sit cum centenario. Inter hos prudentiores numerantur *Molina de F. & F. tom. 1. tr. 2. disp. 76. n. 1. Carpz. p. 2. Jurisprud. serv. constit. def. 7. n. 1. Arnold. Raeb. de usus cap. cap. 5. assert. 47. lit. A. Clarif. D. Chlusinger de operis subditorum c. 5. assert. 52. n. 3. Magnif. D. P. Collega Schmier d. tr. de præscrip. cap. 1. sect. 3. §. 3. n. 29.* nam præscriptioni immemoriali specialia competunt privilegia, quibus centenaria exornata non videtur.

videtur. Sic in centenaria aliquandò saltem, & quando juris vehementior præsumptio militat in contrarium, justus titulus requiritur. *DD. in cap. 17. h. t. in immemoriali nunquam allegatur, vel probatur, sed ex decursu tanti temporis præsumitur. Covarr. ad cap. possessor mala fidei. 2. de R. l. in 6. part. 2. §. 3. n. 6. Pirhing lib. 2. f. Can. tit. 26. sect. 3. §. 7. n. 127. Mol. d. loc. n. 2. Wagnereck ad cap. 1. h. t. in 6.* Deindè præscriptio temporis immemoralis non est tam difficilis probationis, quàm præscriptio centenaria. ad hujus enim probationem requiritur depositio testium præcisè de tempore 100. annorum. *Molin. ubi supra n. 4.* Econtra ad probationem illius sufficit, si testes asserant, se vidisse, semper ita fieri, & nunquam vidisse, contrarium actum fuisse: & à senioribus ac majoribus audivisse, id ita factum fuisse, nec unquam audivisse, contrarium actum esse: atque hujus rei publicam esse famam, & opinionem apud eos, qui rei cognitionem habent. *Schneidevv. h. t. rubr. de speciebus præscript. §. 6. n. 27. fol. m. 231. Covar. d. §. 3. n. 7.* ubi simul exigat, ut de re hâc testificaturi ejus sint ætatis, ut memores esse, & exponere possint, quid actum fuerit 40. annis; consequenter in præscriptione temporis immemoralis testes saltem deberent esse 54. annorum, & de 40. annis deponere. In quo discordat *Mol. d. disp. 76. n. 5.* contentus iis, quæ antea ad probationem immemoralis præscriptionis desiderata fuerunt, licet testes tantum 48. aut 50. annorum essent. Ex dictis

Patet primò, erroneam esse opinionem, quâ *Guido Papa q. 573.* existimavit, sufficere ad præscriptionem immemoriam spatium 100. annorum. nam immemoriale est, cujus memoria non est in contrarium. at fieri potest, quòd ejus, cujus non est memoria in contrarium à centum annis, memoria sit in centum & decem, vel viginti annis, ergo &c. 115

Patet secundò, non subsistere differentiam, quam inter præscriptionem unam 116 & alteram assignavit *Pirhing d. §. 7. n. 127.* dicens, præscriptionem immemoriam à centenariâ differre in eo, quòd, quamvis illa nullum certum annorum terminum requirat, excederetamen debeat 100. annos, utpotè finem vitæ longævæ hominis, per textus in *l. 56. in f. ff. de usufruct. &c. & l. 23. princ. Cod. de SS. Ecclesiis.* Esto enim non abnuam, præscriptionem temporis immemoralis aliquandò excedere posse tempus 100. annorum, id tamen necessarium non est; neque corrumpit memorata præscriptio, si testes infra 100. annos expressim deponant, dummodò de auditu, ac communi & publicâ famâ testificentur.

Patet terciò, præscriptioni immemoriam non officere, quamvis constet, 117 quòd aliquandò fuerit contrarium, seu quòd possessio antè tot & tot annos necdum fuerit apud antecessores moderni possessoris. Diversissima enim sunt, de contrariis constare, & de initiù memoriâ contrariâ constare. De hâc si constaret, destrueretur conceptus præscriptionis immemoralis. *d. cap. 26. de*

*V. S. & d. l. 3. §. 4. ff. de aqua quorid. & astiva.* de illo si constat, non destruitur, quia, licet ante 200. vel 300. annos possessio mea non fuerit, hinc tamen non sequitur, ex postfacto meam factam non esse, quam proinde si per tempus, hominum memoriam excedens, me habuisse probare possim, habeo intentionem in jure fundatam, censeorque possessionem legitime nactus. *D. P. Schmier d. §. 3. n. 26.* Scio equidem, quod in *c. 1. de consuetudinibus* 6. illa consuetudo, & in *c. 1. de prescript. in 6.* illa prescriptio immemorialis dicatur, cujus in contrarium non existat memoria. At meminisse oportet, textus textibus explicandos, proindeque memorata duo capitula intelligenda esse de initii memoriâ in contrarium, seu de memoriâ gestorum ante vitam hominum modò existentium. Uadè etiam immemorialitati non obstant monumenta, historiæ, instrumenta, documenta, & libri antiquissimi, ex quibus constat de memoriâ in contrarium, & recordari possumus eorum, quæ ante tria & plura sæcula acta sunt; quia memoria hæc non est hominum, modò adhuc viventium, sed præterita quædam unacum intellectu & voluntate humanâ. Certè si hominum memoriam excedere negaremus, quorum ex historiis recordari possumus, sequeretur, nec à mundo condito, nec à nativitate Domini & Salvatoris nostri, nec à Monarchia Assyriorum, Perlarum, Græcorum &c. tempus immemoriale lapsum esse, cum de his omnibus sacræ Paginæ, & alia historiæ monumenta perhibeant testimonia. *David Mevius consil. 3. n. 81. Stryck. de jure sensuum differe. 3. cap. 3. n. 15.* Falsum quòque esset, majoratus immemoriali tempori luos debere octus, quoniam constat, quod omnes, aut ferè omnes majoratus Hispaniarum cepèrint post tempora Principis Pelagii, qui Hispanias à Saracenis primus cepit vindicare, confer *Mol. d. disp. 76. n. 3. P. Engel de decimis. §. 2. n. 30. D. Obingtonsparg. d. cap. 5. assert. § 1. n. 4. D. Blumlacher p. m. tr. de servis. c. 3. §. 5. n. 1. Consilium Furidicum Besoldi in puncto Ritterschafftlicher collectation apud D. Ant. Guilielm. Ertel observat. Illustr. juris. equest. 30. pag. m. 310.* Ipsum Consilium habetur in *thesauro pract. verb. Ritterschafft & ad rem fol. n. 813.* Plures effectus prescriptionis immemorialis recensent *Ménoch. de arbit. jud. lib. 2. cent. 1. cas. 43. n. 3. & seqq. Pirhing d. §. 7. n. 128. Myus. cont. 1. obs. 30. Gail. I. obs. 21. n. 15. ad f.*

## Hoc prænotato

118

Respondeo ulterius negativè, ac contendo, laicos nè quidem tempore immemoriali jus utile decimandi præscribere posse. ita *P. Engel de decimis. § 2. n. 39. Pirhing de prescript. sect. 2. §. 2. n. 42. in verb. notandum secundò. Mol. d. tr. 2. disp. 75. n. 6. Laym. Theol. mor. lib. 4. tr. 6. cap. 6. n. 8. Zoëf. de decimis. n. 51.* Probatur unica, sed efficaci ratione. quicumque omninò inhabilis est ad possidendum, is etiam omninò inhabilis est ad præscribendum. *c. 3. de R. I. in 6. l. 27. ff. h. t.* licet ponatur tempus immemoriale; ut

quo tam parùm tollitur inhabilitas personæ, in ordine ad possidendũ jus decimandi utile, quàm parùm tollitur in ordine ad possidendum jus decimandi directum, cum post Concilium Lateranense solus Pontifex jus utile separare possit à directo. Atqui laici sunt omninò inhabiles ad possidendum jus decimandi utile, *d. c. 7. b. r. & c. 15. de decimis.* ergo etiam sunt omninò inhabiles ad præscribendum jus decimandi utile.

Objic. 1. Laici jus utile decimandi acquirere possunt dependenter à privilegio Pontificis : ergo etiam adminiculo præscriptionis immemorialis : hæc enim æquivaleret privilegio. *d. c. 26. de P. S. R.* Tempus immemoriale æquivalere privilegio, cæteris paribus, & in iis rebus, quarum possessionis aliquis etiam sine privilegio seu legitimâ concessione capax est. Quod si legis constitutio aliquem incapacem reddiderit possessionis juridicæ, absque concessionis titulo, tunc aulius temporis, quamvis immemorialis detentio, etiam cum bonâ fide, ad præscriptionem sufficere potest. *Klock. vol. 1. consil. 8. n. 59. & 60. nec non cons. 10. n. 631. & sequenti.* Cum enim præscriptio cunabula sua legibus referat in acceptis, ideò si hæc eidem resistent, non poterit illa unquam prævalere. Undè rectissimè Pomponius in *L. 24. prin. ff. de usurpat.* ait : *ubi lex inhibet usucapionem, bona fides possidentis non prodest.* Neque dicas : hoc argumentum bonum est : *Quidquid præscriptione est acquisibile, idem etiam Principis supremi privilegio acquiri optest :* ergo etiam hoc : *quidquid Principis supremi privilegio est acquisibile, idem etiam præscriptione acquiri potest.* Ratio enim diversitatis est, quòd ipsa etiam præscriptionis virtus & efficacia contra communia jura à Principis voluntate promanet ; quam virtutem Princeps tollit, quando aliquem incapacem reddit possessionis juridicæ absque concessionis titulo.

Objic. 2. Esto Ecclesiæ, in unius Episcopi territorio constructæ, in ejusdem potestate consistere jubeantur. *cap. omnes. 10. caus. 16. quest. 7.* ita ut communi jure Episcopus alius eisdem sine speciali titulo nè quidem præscribere possit. *c. 1. b. r. in 6.* Per hoc tamen præscriptio immemorialis non excluditur, *d. c. 1. ibi in fine : nisi tanti temporis allegetur præscriptio, cujus contrarii memoria non existat.* Ergo etiam, licet quoad præscriptionem decimarum jus commune resistat laicis, præscriptio immemorialis tamen non erit exclusæ. *n.* Neg. consequentiam. Disparitas est, quòd in priori casu subjectum præscribens capax sit objecti præscribendi, cum utriusque alienus etiam Episcopus, tanquam persona Ecclesiastica, capax sit juris spiritualis, de cujus præscriptione in *d. c. 1. b. r. in 6.* agitur. At verò laici post Concilium Lateranense non sunt capaces juridicæ possessionis quoad decimas, independenter à privilegio summi Pontificis. *d. c. 7. b. r. d. c. 15. de decimis.*

Objic. 3. Laici mediante præscriptione immemoriali non prætendunt, alias decimas, quàm laicales, seu avulsas à titulo spirituali : atqui harum sunt



capaces, ergò &c. 2. Disting. minorem, sunt capaces dependentè à privilegio Pontificio, concedo, independenter, nego. sine concessione Pontificiâ jus spirituale decimarum separari non potest à jure temporali, ita ut decimæ fiant quasi laicales & concedantur laicis in perpetuum, tanquàm bona patrimonialia sæcularia: ergò sicuti independenter à privilegio Pontificio laici incapaces sunt juris decimandi, quoad radicem suam spiritualem accepti, ita etiam incapaces sunt quoad jus temporale.

Objic. 4. Laici sunt capaces juris patronatus, possuntque illud tempore immemoriali absque alio titulo contra Ecclesiam præscribere. *cap. ult. de concessione præbende. cap. 7. de jure patronatus.* Ergo laici multò magis capaces sunt juris decimandi, cum hoc pro termino solummodò respiciat tractus temporales, illud autem ad beneficium tendat spirituale. 2. Neg. consequ. disparitas est, quòd, esto olim laicis nullum jus, nec ulla potestas competierit in Ecclesiis à se ædificatis. *cap. decretum. 3. cap. Regenda. 4. cap. noverint. 6. canf. 10. q. 1.* Successu temporis tamèn supremi Ecclesiæ Præsules jus patronatus ipsis concesserunt: & quidem Gelasius Papa honorem in processionibus. *cap. piamentis. 26. canf. 16. q. 7.* Patres Concilii Toletani, relati in *cap. quinque fidelium. 30. d. canf. 16. q. 7.* Patrono egeno alimenta: Idem relati in *cap. decernimus. 32. d. canf. 6. q. 9.* præsentandi facultatem indulerunt; quod Clemens III. in *cap. 25. de Jure Patronatus*, & Concilium Tridentinum in *sess. 25. de reformat. cap. 9.* confirmavit. Adeoque laici ex gratiâ & privilegio quasi communi, in jure expresso, sunt capaces juris patronatus, ut optimè advertit Reverendissimus & Amplissimus meus quondam in Jure Canonico professor, *Martinus Resch &c. p. m. tr. de Jure Patronatus cap. 3. n. 1.* Econtra tantum abest, ut laicis quoad jus decimandi similis generalis capacitas tributa fuerit, ut potius expressè constet de eorum incapacitate, præsertim post Concilium Lateranense, nisi accedat speciale privilegium Summi Pontificis.

Objicies 5. Præscriptio temporis immemorialis cum bona fide tribuit jus seu titulum. *arg. l. 1. §. ult. & l. ult. ff. de aqua, & aqua pluvia arcenda:* ergò possunt laici solâ præscriptione immemoriali, & absque alia concessione, jus decimandi acquirere. 2. Dist. antec. suppositâ capacitate possidendi, concedo, negatâ, nego antecedens, & consequentiam.

Objic. 6. Possessio immemorialis inducit præsumptionem tituli seu legitime concessionis, ita ut, si non constet, antè, an post Concilium Lateranense laici decimas acquisiverint, antè Concilium illas acquisivisse censeantur, prout teste *Clarissimo P. Wex in manipula decimarum contr. 3. th. 15. in f. Concors Theologorum, Canonistarum, & Civilitarum* sustinet sententia: ergò possessio immemorialis etiam operatur præscriptionem decimarum. 2. Negando consequentiam. Præsumptio tituli, quam tempus immemoriale inducit,

inducit, tantum non præjudicat ministris Ecclesiæ, quantum præjudicaret præscriptio decimarum, si tempus immemoriale eandem operaretur. Illa, cum nullibi dicatur præsumptio juris & de jure, facit quidem, ut laici in possessione pacificâ & bonæ fidei, per tempus immemoriale continuatâ, turbari nequeant: quòd si tamen postea constaret, v. g. per instrumentum antiquum de novo repertum, jus decimarum per illegitimam & invalidam alienationem pervenisse ad majores possessorum, tenentur laici possessione suâ decedere, ac decimas relinquere Ecclesiæ. Hæc verò, nimirum præscriptio decimarum, tribueret laicis jus absolutum & irrevocabile, esto forsitan postea inciperet constare de illegitimâ translatione olim factâ, modò cætera ad præscriptionem requisita concurrissent.

Objic. 7. & ultimò. Laici spatio 40. annorum cum titulo, vel tempore immemoriali sine titulo possunt præscribere immunitatem à decimis, saltem formaliter, sive in quantum decimæ dicunt decimam partem fructuum, spectatis: prout cum communi docent *Covar. Mal. Suarez. Layman. apud Pirhing de decimis n. 129.* Ergò etiam possunt præscribere ipsas decimas: dum enim præscribunt immunitatem à decimis, percipiunt ipsas decimas. *Neg.* conseq. ratio diversitatis est, quòd jus percipiendi decimas sit spirituale, cujus laici incapaces sunt. Econtrà jus exemptionis à solvendis decimis est temporale, quia nihil aliud est, quàm jus percipiendi ex agris propriis fructus integros, sine detractioe decimarum. Dum igitur laici, præscribentes immunitatem à decimis, percipiunt decimas, tantum percipiunt fructus decimales, & quidem jure domini, non decimas quæ tales, aut jure decimandi.

Tertiò requiritur ad præscriptionem diuturnitas temporis: ubi refert, 120 sine omnibus requisitis suis instructa usucapio, an non: quæ omnibus requisitis suis instructa est, tempus aliud desiderat, si pro objecto suo habeat rem mobilem, aliud, si rem immobilem. illa completur triennio. *princ. l. h. t.* ista decennio inter præsentés, vicennio inter absentes. *d. princ. & l. un. Cod. de usucap. transform.* Si quis aliquot annis præsens, & quibusdam absens sit, constituit Imperator, ut, quot annis absuit, tot anni exacto jam decennio adjiciantur in ordine ad complendam usucapionem: ut ecce! præsens fuisti 8. annis, deindè per biennium absuisti, tandem elapso 10. annorum spatio reverteris: hoc casu, ut usucapio completa dicatur, per biennium adhuc possideas, necesse est. *nov. 119. c. 8 indeque desumptâ auth. quòd si quis Cod. de præscript. longi temporis, & ibi Brunnemann n. 2.* censebantur autem olim præsentés, qui sub eodem Provinciæ Præsidi domicilium habebant; absentes, qui sub diversis. *l. ult. Cod. d. t.* Hodie præsentés dicuntur, qui in eodem territorio, vel, si hoc nimis amplum est, sub eodem præfecto domicilium habent: absentes, qui non ita habent. *Harp. ad princ. l. h. t. n. 130. Bacerns class. 5. 121*

*disp. 22. th. 28. Magnif. D. P. König b. t. n. 43.* Quodsi unum ex requisitis desit, interest, deficiatne bona fides, an titulus, num rei habitas. Primo casu nullo unquam tempore completur præscriptio. *c. ult. h. t.* Secundo casu completur decursu 30. annorum. *l. 3. & 4. Cod. de præscript. 30. vel 40. annorum.* Tertio casu quandoque lapsu 30. quandoque 40. quandoque 100. annor. absolvitur, 30. annis præscribuntur I. res vitiosæ bonâ fide à tertio possessæ. *d. l. 3. Cod. de præscript. 30. vel 40. annorum. Hannold. d. c. 2. contr. 4. §. 6. n. 299.* II. res minorum. *d. l. 3.* Lapsu 40. annorum præscribuntur I. res fiscales, nec non patrimoniales Principis. *l. 4. Cod. de bonis vacantibus. l. ult. Cod. de fundis patrimonialibus.* II. res Civitatis *auth. quas actiones. Cod. de SS. Ecclesiis.* III. bona, quæ pertinent ad Ecclesias Romanâ inferiores. *d. antb. nov. 111. nov. 131. c. 6. c. pen. & ult. caus. 16. quest. 3.* Præscriptione centenariâ denique acquiruntur res mobiles & immobiles ad Ecclesiam Romanam spectantes. *c. 13. & 14. h. t.*

122 Præter memoratas præscriptionis species una adhuc superest, quam *supra n. 112.* immemorabilem diximus. Si quis enim intentionem suam fundet in decursu tanti temporis, cujus initii non existat memoria, defenditor in possessione rei, ac pro domino habetur, esto de titulo aut requisitis aliis docere nequeat, quia decursus tanti temporis sustinet vices tituli, ac privilegio æquivalet. *c. 26. vers. præterea. de V. S. Gail. 1. observ. 21. n. 15. Myns. cent. 1. obs. 30.* ubi etiam cum *Gloss. in c. 1. h. t. in 6. verb. memoria.* ostendit, quomodo probanda sit temporis immemoralis præscriptio. Necessaria est hæc præscriptio, quoties nulla alia sufficit. In specie locum habet 1. in rebus testamento alienari prohibitis. *l. 3. §. ult. cum antb. seq. Cod. communia de legatis.* 2. in rebus dotalibus. *l. 30. Cod. de jure dot.* 3. in rebus civitati testamento relictis, aut titulo venditionis concessis. *l. 23. Cod. de SS. Ecclesiis.* 4. Si quis præscribere velit immunitatem à functionibus publicis. *l. 4. & 6. Cod. de præscript. 30. vel 40. annorum.* 5. Si quis præscribere velit regalia majora, vel minora. *Struv. d. exercit. 43. th. 24.*

123 Quarto denique requiritur ad præscriptionem possessio, quæ est detentio rei, animo eandem sibi habendi, ac scinditur in propriam & impropiam. Propria est detentio rei cum affectu domini, sive animo eandem habendi ut suam. Impropria verò est detentio rei secluso affectu domini, sive animo quidem eandem sibi habendi, non tamen ut suam. quo modo possidet condactor, commodatarius, depositarius, ac personæ id genus aliæ. Possessio propria abit ulterius in civilem & naturalem. Civilis est detentio rei animo eandem habendi ut suam, cum opinione domini. Naturalis est detentio rei animo eandem habendi ut suam, seclusâ opinione domini. Civiliter itaque possidere dicitur, qui rem tanquam suam ita detinet, ut se dominum esse opinetur. econtrâ naturaliter possidere dicitur, qui rem quidem detinet ut suam,

ecclā tamen opinione domini, fortè quòd sciat, aut opinetur, alienam esse. Nos, dum juxta. *l. 25. ff. h. t. & c. 3. de R. l. in 6.* ad præscriptionem quarto loco possessionem exigimus, exaudiendi sumus de possessione civili: naturalis, quia malā fide amicta est, ad eandem non sufficit.

## §. X.

**E**ffectus præscriptionis alius est, si sit impropria, alius, si propria. illa jus 124 alienum infringit, ac præscribentem ab actione immunem reddit. Ista dominium tribuit possessori, ac actionem realem operatur, vi cujus tanquam dominus à quocunque possessore repetere rem potest. Sed

Dubitatur 1. tributane præscriptio plenum dominium, hoc est, tam utile, quam directum, an utile sine directo? *2. Cum Havnoldo d. c. 2. contr. I. n. 168. & seq. Faschin. I. contr. c. 70. Harp. ad princ. l. h. t. n. 8. & seqq.* tribuere plenum dominium. Prob. 1. leges perpetuè & constanter dicunt, im præscribentem transferri dominium; neque distinguunt inter dominium utile & directum: ergò neque nostrum est distinguere. Prob. 2. *ex princ. l. h. t. & l. un. Cod. de usucapione transform.* ubi priores domini usucapione completā dicuntur miseri, asseruntur possessione sua cadere, rebus suis defraudari, ab iisdem excludi, nullum habere ad illas regressum. atqui non forent miseri, non possessione suā caderent, non rebus suis defraudarentur, non ab iisdem excluderentur, non præclusum haberent ad illas regressum, si retinerent dominium directum. ergò non retinent. Prob. 3. *ex sæpè cit. l. 4. Cod. de præscrip. 30. vel 40. annorum.* ubi is, qui legitime præscripsit, munitione plenissimā securus esse dicitur. atqui non foret munitione plenissimā securus, si prior dominus retineret dominium directum, quia inter ipsum & illum facillè emergere possent lites: ergò non retinet.

Objic. Præscriptio tribuit exceptionem. *l. 11. Cod. de long. temp. præscript. l. 8. princ. Cod. de præscript. 30. vel 40. annorum.* ergò supponit actionem, quia exceptio est exclusio actionis. §. 1. *l. l. 2. princ. ff. de except.* ergò supponit dominium ex parte ejus, cujus res præscripta fuit. *2.* Dist. ant. præscriptio tribuit exceptionem improprie dictam & facti, esto, proprie dictam & juris, nego antec. & conf. Exceptio alia est impropria & facti, alia propria & juris. per exceptionem facti negatur actio competere, atque intendit is, qui excipit, quòd alter defacto tantum actionem moveat, & nullum jus agendi habeat. per exceptionem propriam seu juris actio verè competens excluditur. Operatur itaque præscriptio exceptionem, sed impropriam seu facti, non propriam, quia is, qui præscripsit, contendit, quòd alter de defacto tantum actionem moveat, & nullum jus agendi habeat. *Havnold. d. contr. I. n. 175.*

Dubitatur 2. possitne contra usucapionem completam ex capite ignorantie impetrari restitutio? Prima sententia affirmat. ita *Faschin. Covarruvias,*

*Sarmiento*, & alii, quam communem dicit *Gail. 2. obs. 19. n. ult.* & in usu forensi receptam, testatur *Fachin. 1. contr. c. 69. & Stryc. ff. ex quibus causis majores &c. §. fin.* Secunda negat, ita *Fachini d. l. Zoëf ff. ex quibus causis majores. u. 6. Perez in Cod. eodem num. ult. Haunold. d. c. 2. contr. 4. §. II. n. 345. Bachov. in Trentl. vol. I. diffut. II. th. 17. lit. A. in verb. an ex toto capite ignorantia. Struv. exercit. ad Pand. 8. th. 76. Lamerbach ff. ex quibus causis majores &c. §. 19. Hunn. lib. 2. var. resol. tr. 3. q. ult. D. Verlobner semicent. select. q. 49. n. 5. & 6.* & plures alii, qui hanc suam opinionem iuribus conformiorem censent. prob. posterior hæc sententia. I. ex l. 4. Cod. de Rejud. ubi Imperator Gordianus verbis generalibus asserit, exemplo gravis esse, ut sub specie instrumentorum noviter repertorum res judicata restitueretur. Prob. 2. ex l. 35. ff. eod. ubi Imperatores Antoninus & Verus rescriptis se dicuntur, quod sub obtentu novorum instrumentorum negotia restitui minime oporteat. Prob. 3. ex l. 4. Cod. de præscript. 30. vel 40. annorum. ubi contra præscriptionem 30. annorum defensio omnis negatur, ac plenissima securitas præscribenti constare dicitur. Prob. 4. ex l. ult. Cod. de præscript. longi temporis. ubi præscriptio currere dicitur, scientiâ vel ignorantia adversarii non expectandâ. Prob. 5. per c. 6. b. t. ubi per præscriptionem 40. annor. actio omnis excludi dicitur. Prob. 6. & ultimo ex fine, quo motus fuit legislator civilis, ut usucapionem introduceret, qui in eo consistebat, nè rerum dominia perpetuò nutarent, ac ut litium fontes obstruerentur: atqui finem huic affectus non esset, si contra usucapionem obtentu ignorantie impetrari posset restitutio: qui vis enim prætexeret, rem ignorante se fuisse usucaptam. Ne igitur jura, promovendæ utilitati publicæ constituta, reddantur elusoria, dicamus, necesse est, contra usucapionem obtentu ignorantie restitutionem impetrari non posse.

Objicies I. Præter in l. 1. ff. ex quibus causis majores generaliter promittit, quod restituere velit in integrum, si qua justa causa videbitur. atqui talis videtur inculpabilis rei suæ, ab alio possessæ, ignorantia; ergo hæc quoque clausulâ illâ & promissione prætoriam continetur. ¶ Neg. minorem.

Instabis: iniquum videtur, illum dominio rerum suarum excidere, cui imputari culpa nulla potest: ergo æquitati summopere convenit, ob inculpabilem ignorantiam restitutionem concedi. ¶ Iniquius longè esse, jura, promovendæ utilitati publicæ constituta, prætextu privati commodi reddi elusoria.

Objicies 2. quando quis damnum patitur, quod non potuit avertere, ex capite clausulæ generalis meretur restitui. arg. l. 16. ff. d. t. atqui tale patitur, qui invincibiliter ignoravit, rem suam ab alio usucapi; ergo ex capite clausulæ generalis meretur restitui. ¶ Eum, qui damnum patitur, quod non potuit avertere, beneficio prætoris ita demùm dignum esse, si restitutioni non obsistat ratio utilitatis publicæ, ut obsistit in nostro casu.

Objicies 2. quando quis damnum patitur, quod non potuit avertere, ex capite clausulæ generalis meretur restitui. *arg. l. 16. ff. d. t.* atqui tale patitur, qui invincibiliter ignoravit, rem suam ab alio usucapi; ergò ex capite clausulæ generalis meretur restitui. *¶* Eum, qui damnum patitur, quod non potuit avertere, beneficio prætoris ita demùm dignum esse, si restitutioni non obsistat ratio utilitatis publicæ, ut obsistit in nostro casu.

Dubitatur 3. si is, qui præscripsit, ex ignorantia juris non utatur exceptione, sed imprudenter rem restituat, possitne illam indicare? *¶* Cum *Hauhold. d. n. 175. & Layman. d. cap. 8. n. 23.* Possit. Prob. 1. absque animo transferendi dominium, dominium autoritate privatâ non transfertur. at qui ex ignorantia juris rem, quam usucapit, imprudenter restituit, non habet animum transferendi dominium, cum ideò tradat, quia credit, rem esse alterius; ergò non transfertur Dominium, atque adeò locum adhuc habet rei vindicatio. Prob. 2. qui rem suam ignorans pro alienâ tradit, non transfert dominium; quia nemo errans rem suam amittit. *l. 35. ff. de a. r. d.* sed qui ex ignorantia juris rem, quam usucapit, imprudenter restituit, rem suam ignorans pro alienâ tradit; ergò non transfert dominium.

Objic. 1. qui solvit indebitum, existimans, se deberè, transfert dominium. *11. ff. & Cod. de condit. indebiti.* ergò etiam, qui ex ignorantia Juris rem suam tradit alteri, transfert dominium. *¶* Neg. cons. qui solvit indebitum, non errat in dominio rei suæ; sed ideò rem tradit, quia putat, subesse causam ad transferendum dominium habilè. Econtra qui restituit id, quod usucapit, errat in Dominio rei suæ, adeòque non habet voluntatem transferendi dominium.

Objicies 2. ignorantia juris nemini prodest, & neminem excusat; ergò nec excusat eum, qui, postquam præscripsit, ignarus juris acquisiti, exceptione non utitur. *¶* Dist. antec. ignorantia juris nemini prodest in ordine ad compendium quærendum, esto, in ordine ad damnum declinandum, nego antec. & conseq. videantur. *l. 4. 7. 8. & 9. §. 3. ff. de juris & facti ignorantia.*

## §. XI.

**C**ontraria usucapionis duorum sunt generum: quædam enim eandem omninò interruptunt, quædam solum ad tempus Morpheum causant. *127*  
Omninò interruptitur usucapio vel naturaliter, vel civiliter. naturaliter, si unum ex requisitis deficiat, fortè quòd mala fides superveniat, titulus resolvatur, possessio amittatur. Civiliter, si per citationem, aut litem contestationem jus possidendi vocetur in dubium, ubi præscriptio ordinaria sæcernenda ab extraordinaria. Ad interruptendam præscriptionem ordinariam non sufficit nuda citatio, sed requiritur litem contestatio, ut satis colligitur ex *l. 26. Cod.*

de R. V. l. 10. Cod. de acquir. & retin. poss. l. 10. Cod. de prescript. longi temporis l. 2. Cod. de annali except. in quibus locis dicitur, prescriptionem post moram litis completam non prodesse, ac negatur possessor, qui per litis contestationem de jure possessionis vacillare cepit.

Neque obstat lex 2. §. ult. ff. pro emptore. ubi usucapio nē quidem contestatione litis interpellari dicitur. nam possessio per contestationem litis naturaliter non interpellatur; fictione juris tamen censetur interpellari, quia latā sententiā Possessor tenetur rem reddere perindē, acsi illam non usucapisset. l. 18. l. 20. ff. de R. V. confer Bened. Carpz. p. 2. Jurisprudencia forensis const. 7. definit. 6. n. 5. Præscriptio extraordinaria est vel propria, vel impropria. Propria itidem non aliter interruptitur, quā si lis contestata fuerit, quia in l. 4. Cod. de prescript. 30. vel 40. annorum. secutus esse traditur, qui tempore longissimo sine NB. contentione judiciariā rem possedit. Præscriptio impropria solā citatione interruptitur, quia hūdā nititur prærogativā temporis, & taciturnitate ac negligentia ejus, contrā quem currit: taciturnus autem, vel negligens dici non potest, qui suam magistratui diligentiam est contestatus, ac adversarium curavit in jus vocari. Hannold. d. c. 2. contr. 4. §. 11. n. 339. Hodie indistinctē videtur usucapio interrupti per judicialem vel extrajudicalem citationem, vel denunciationem testatō factam. d. l. 2. junctā 3. Cod. de annali except. l. 7. Cod. de prescript. 30. vel 40. annorum. Schambog. princ. l. 128 h. r. pag. m. 289. Zeif. ff. ibid. n. 68. in f. Cæterum ex dictis suā spontē sequitur, multum interesse, interruptur nē præscriptio naturaliter, an civiliter. nam per interruptionem naturalem jus præscriptionis itā infringitur, ut, licet impedimentum deia cesset, priora tamen tempora non attendantur, sed novā planē præscriptione fit opus. per interruptionem civilem verō jus præcedentis præscriptionis non omninō tollitur, sed refert, obtineat nē actor contrā possessorem, an possessor obtineat contra actorem, num denique cesset actor, ac litem deferat. Primo casu jus præscriptionis omninō tollitur, ita, ut, licet tempore durantis litis absolvatur spētium præscriptioni complendæ præstitutum, lapsus tamen ille possessori non proffit. d. l. 10. Cod. de acquir. & retin. poss. Hannold. d. loc. n. 333. Struv. d. exercit. 43. th. 29. Secundo casu præscriptio non interruptitur, sed perindē currit atque completur, acsi lis mota non fuisset. Clariff. D. P. Paulus Mezger Univerf. nostra Procancellar. merckiff. p. m. Theol. Scholast. tom. 3. tr. 11. disp. 27. art. 3. §. 4. n. 28. Struv. d. loc. Hannold. d. l. n. 340. Tertio casu, puta, si actor litem deferat, & instantia per lapsum triennii perimatur, durat interruptionis effectus extendens, ut actio perpetuetur ad 40. annos, à tempore cognitionis novissimæ numerandos. l. ult. Cod. de prescript. 30. vel 40. annorum. Sed hoc ita, si absque dolo actor à lite recesserit: Si ex circumstantiis constet, judicium dolo esse desertum, neque alio sineceptum, quā ut præscriptio turbaretur, actio

actio efficitur perpetua : alioquin enim calumniis via pateret, & jura, promovendæ utilitati publicæ constituta, facili negotio eludi possent. *Hannold. d. loc. n. 338. & 340. Struv. ubi supra.*

Morpheus præscriptioni obrepisse dicitur, si cursus ejus ad tempus sistatur. Hoc modo sistitur 1. tempore pupillaris ætatis. *l. 48. princ. ff. de a. r. d. l. 10. princ. ff. quibusmodis servit. amit. l. 3. Cod. de præscript. 30. vel 40. annorum.* 2. tempore minore ætatis : nam, ut supra n. 41. diximus, contra minores non currit præscriptio ordinaria, sed toto illo tempore quiescit, ac non ante evigilat, quam minor evaserit majoræ ætatis. *d. l. 3. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor. l. 3. Cod. quibus non obijcitur longi temporis præscriptio l. ult. Cod. in quibus causis restitutio in integrum non est necessaria.* 3. Sistitur hoc modo tempore grassantis pestis, sævientis belli, ac durantis hostilitatis. *c. 12. causâ 16. q. 3. c. 10. h. t. Resess. Imp. de Anno 1654. §. 172. verbis : So vil nun die Capitalia anlanget / sollen erstlich dieselbe einem jeden Creditori umversehret und ohne einige Abfürung richtig verbleiben / und hier wider keine Præscription oder Verjährung wegen der bey wâhrenden Krieg unterlassener Forderung der Zinsen oder Capital angezogen werden / noch gelten. Sed hoc ita, si non reddatur justitia : hæc si volentibus administretur, præscriptio non quiescit. *Panormit. in c. 10. h. t. Wesenbes. in parasis. ff. cod. n. 14.* 4. Dormit præscriptio contra Ecclesiam sede vacante, aut tempore schismatis. *c. 4. 14. & 15. h. t.* 5. Dormit præscriptio, si Ecclesia sit læsâ à Prælato suo : quamdiu enim vivit Prælatus, quiescit præscriptio, neque nocet Ecclesie. *c. 10. d. causâ 16. q. 3.* 6. Denique dormit præscriptio ob absentiam, potentiam, furorem, aut infantiam adversarii : dummodò tamen Magistratum quis adeat, ac suam ipsi diligentiam contestetur : alioquin cursus præscriptionis non sistitur. *d. l. 2. Cod. de annuali exceptione.**

## TITULUS VII. DE DONATIONIBUS.

**S**ecundus modus civilis & singularis acquirendi dominium est donatio, dicta à dono, quasi doni datio. *l. 35. §. 1. ff. de mortis causâ donat.* quæ in genere definiti potest, quod sit actus, quo liberalitatem ergà alterum acceptantem exercemus, prout colligitur *ex l. 29. princ. h. t. & l. 82. ff. de R. I.*

Dividitur in propriam & impropriam : sit igitur.



# P A R S I.

## De Donatione propriâ.

### SUMMARIÂ.

1. Definitur Donatio propriè dicta. 2. recensentur persona, qua donare, qua donare non possunt. 3. enumerantur illa, quibus possit, quibus non possit donari. 4. donari possunt omnia bona, præsentia & futura. 5. ita ut sub donatione omnium bonorum etiam nomina comprehendantur. 6. Bonis tamen omnibus simpliciter donatis non continentur futura. 7. inter alia requiritur ad donationem insinuatio. 8. si donatio summam 500. solidorum excedat. 9. quam excedens valet saltem quoad 500. 10. eodem tempore res diversas donans insinuare debet, & non debet. 11. similiter, qui eidem diversis vicibus donat summam 500. solidos excedentem. 12. non omnis donatio pia ab insinuatione est immunis. 13. Statuitur effectus donationis propriæ. 14. donatio inofficiosa revocatur saltem ex parte. 15. in totum vero ob ingratitude donatarii, cujus causas non alias admittimus, quam qua in l. ult. Cod. de revoc. donat. sunt expressa. 16. & 17. quandomodo actio revocatoria donationis activè aut passivè in heredes transeat? 18. ob insperatam liberorum justorum natiuitatem donatio revocari potest.

### §. I.

1. **D**onatio propria est, quâ ex motivo nudæ liberalitatis absolutè & irrevocabiliter aliquid in alterum confertur. l. 1. princ. ff. h. t.

### §. II.

2. **C**ausa efficiens donationis hujus duplex est, proxima & remota. Remota est jus gentium, quatenus donatio annexa traditione perficitur. arg. §. 40. supra de R. D. aut jus civile, quatenus nudâ conventionem perficitur. Vinn. ad princ. l. h. t. Proxima est donator. potest autem donare omnis, qui est dominus, rationis compos, liberam rerum suarum administrationem habet, & speciali jure non prohibetur. l. 2. Cod. h. t. Ob defectum partim consensûs, partim liberæ administrationis donare nequeunt, infantes, furiosi, mente capti, pupilli, minores, prodigi. §. 9. l. de inuil. stipul. l. 23. §. un. ff. h. t. Jus prohibens est vel canonicum, vel civile. Jure Canonico non potest 1. Prælati sive Sæcularis sive Regularis ex rebus & proventibus Ecclesiæ vel Universitatis seu Collegii facere immodicas donationes merè gratuitas, quæ titulo aut causâ non aliâ, quam meræ liberalitatis sint subnixæ. Si defacto in detrimentum Ecclesiæ illas attentaverit, possunt à successore legitimè revocari,

revocari. Ità rescribit Alexander III. in c. 2. h. t. confer Pirhing. lib. 3. *Farr. Can. h. t. §. 3. n. 8. & seq.* ubi varias quæstiones de donationibus Prælatorum resolvit 2. Religiosi in Monasterio degentes nec in eleemosynam, nec quovis alio modo donare possunt, nisi superioris sui beneplacitum, saltem indubitatè præsumptum accesserit. per c. 11. *caus. 12. q. 1. & c. 6. de stat. Monachorum.* Planè religiosus sive intrà, sive extrà conventum licitè vivens, si beneficium Ecclesiasticum habeat, aut ei commoditas, liber usus, ac dispositio aliquorum bonorum concessa fuerit, ut stipendii cathedræ, aut alterius muneris, quod administrat &c. potest eleemosynas, aliasque donationes honestas facere etiam sine consensu Prælati ordinis. Quodsi donationes inhonestas facere, ac fortè concubinæ suæ aliquid donare præsumat, religiosus id usque ad eò facere nequit, ut, si defactò attentet, factum non teneat, teneaturque accipiens id vel monasterio, vel Ecclesiæ, cujus bona fuerunt, restituere. *Molina de F. & F. tr. 2. disp. 276. n. 5. ubi n. 7.* plura addit de religiosis, qui cum licentia superiorum peregrinantur, aut in scholis commorantur 3. Nequeunt Ecclesiastici de iis, quæ ex fructibus beneficiorum decenti sustentationi superant, donare ad usus profanos: alioquin peccant mortiferè, si summa est magna, nisi fortè id faciant cum animo ex aliis, quorum liberam habent dispositionem, tantundem in pias causas refundendi. c. f. *caus. 16. q. 1. Leonardus Lessius de F. & F. lib. 2. cap. 18. dubit. 11. n. 82.* Jure civili donare prohibetur 1. Filiusfamilias. ubi tamen non una distinctio adhibenda, ac peculium militare secernendum à pagano. quæ pertinent ad peculium militare, liberè donat Filiusfamilias, quia respectu hujus obtinet testamenti factionem, adeoque in ea conditione est, ut donare & mortis causâ & non mortis causâ possit. l. 7. §. f. *f. h. t.* Peculium paganum est vel adventitium vel profectitium. Adventitium est vel ordinarium, vel extraordinarium. quæ pertinent ad peculium adventitium ordinarium, non aliter donare potest Filiusfamilias, quàm si pater consentiat, quia in peculio hoc obtinet usumfructum, cujus conditionem filius deteriore reddere non potest. *arg. à n. §. 3. Cod. de bonis, qualiberis.* quæ pertinent ad peculium adventitium extraordinarium, etiam sine consensu patris donare potest Filiusfamilias. *nov. 117. c. 1. §. un. & arg. l. 39. ff. de O. & A.* Quæ pertinent ad peculium profectitium, Filiusfamilias donare non potest, esto liberam peculii administrationem acceperit: hæc enim non eo sine concessisse censetur pater, ut peculium perderet ac dissiparet Filius. d. l. 7. *princ. ff. h. t. & arg. §. 1. l. per quas personas cuique acquir. Perez. in Cod. h. t. n. 4. Brunneemann ad d. l. 7.* 2. Prohibetur tutor & curator donare de bonis, quæ administrat. l. 22. *ff. de administr. & peric. tut. & arg. l. 28. §. 2. ff. de pactis. nec non d. l. 7. princ. ff. h. t.* Excipiuntur 1. Tutores Regum, & Illustrium Personarum, quorum dignitas exigit, ut factæ donationes subsistant: Regum enim proprium est donare

nare, per textum aureis literis scribendum, in *c. 1. h. t.* 2. Excipitur casus, quo utilitas pupilli donationem suadet. 3. Si dubitetur de Justitia debiti. 4. Si exactio debiti majores sumptus requirat, quàm sit ipsum debitum. *Gail. 2. obs. 72. n. 8. & seqq. Carpz. p. 2. Jurispr. forens. const. 11. def. 48. n. 4. & 5.* 3. Prohibentur administratores civitatum, ut quibus incumbit, causas sibi commissas administrare, non autem perdere. *arg. l. 38. ff. de pactis. Eckelt. ff. h. t. §. 5. circa f.*

## §. III.

3 **S**ubjectum donationis est donatarius. Donari potest cuivis, nisi lege arceatur. Lege Ecclesiasticâ omnibus Sacrae Romanae Ecclesiae Cardinalibus, Episcopis, ac quibuscunque beneficia Ecclesiastica tam saecularia, quàm regularia obtinentibus omninò interdicitur, nè ex redditibus Ecclesiae consanguineos, familiaresvè suos augere studeant: cum & Apostolorum Canones prohibeant, nè res Ecclesiasticas, quae DEI sunt, consanguineis donent; sed si pauperes sint, iis ut pauperibus distribuant: eas autem non distrahaat, nec dissipent illoca causa: imò, quàm maximè potest, eos sancta Synodus monet, ut omnem humanum hunc erga fratres, nepotes, propinguosque carnis affectum, undè multorum matorum in Ecclesia Seminarium exitat, penitus deponant. *Conc. Trid. de reformat. Sess. 25. c. 1.* Lege saeculari seu civili 1. Filio donare non potest pater, in potestate suâ eundem habens; *l. 11. Cod. h. t. esto facta donatio, & non revocata post emancipationem convalescat. l. 31. §. 2. ff. h. t.* Excipitur 1. donatio remuneratoria, quae filiosimilis à patre facta sustinetur, quia non est donatio propriè dicta, sed accepti beneficii compensatio. *arg. l. 12. pr. ff. mandat.* ubi tamen non sufficit dicere in instrumento, patrem donasse filio propter merita, sed hæc probentur necesse est; quia donatio fit inter personas prohibitas. *D. Adofer in conclus. de donat. inter vivos. c. 2. pag. 16.* Neque dicas; filii omnia debent parentibus ex pietate, cum sicut DEO, ita nec parentibus par gratia referri possit, teste Aristotele; adeoque merita filii erga patrem dari nequeunt. Nam quemadmodum pater potest in filium committere ingratitudinem. *arg. nov. 115. c. 4.* quae non sit, nisi contra benè meritum & gratitudine dignum; ita quoque filius potest ponere merita remunerabilia à patre. 2. Excipitur donatio jurata, cum iuramentum tollat identitatem, inter patrem & filium fictam; quam proinde donationem pater amplius revocare non potest, per *c. 28. de iur. jur. c. 2. de pactis in 6. Jul. Clar. §. donatio. q. 8. n. 8.* 3. Excipitur donatio facta filio emancipato, cum hic cesset ratio prohibitionis, identitas videlicet, personarum. *l. fin. Cod. de emancipat. liber. l. 17. Cod. h. t.* modò talis donatio non sit immodica, & in præjudicium tendat cæterorum liberorum; secùs enim, tanquam inefficax revocationi esset obnoxia, *l. 2. Cod. de inoff. donat. 4.*

Excipitur dos, & donatio propter nuptias, quam pater filio filiaevè rectè constituit. *l. 37. ff. famul. ercis. confer. Gall. 2. obs. 38. n. 5. & seqq. Palao Operis moralis. p. 7. tr. 32. disp. 2. p. 26. §. 2.* 2. Prohibita est inter conjuges donatio simplex, quæ scilicet ex motivo nuptiæ & meræ liberalitatis procedit. cuius prohibitionis causarum catalogum texunt. *lex 1. 2. & 3. ff. de Donat. inter viram & uxorem.* 1. nè conjuges obtentu amoris mutuo se spolient. 2. Nè obsequia conjugalia reddantur venalia. 3. Nè concordia videatur conciliari pretio. 4. Nè uas profusæ liberalitate reddatur pauperior, alter locupletior. 5. Nè altero non donante projiciantur discordiarum semina. 6. Nè conjuges avertantur à studio procreandæ sobolis. Planè si pars donans factè præventa fuerit, donatio vires capit. *l. 1. & 3. Cod. d. t.* 3. Licet aliàs affectionis gratiâ inhonestæ donationes interdici non sint. *l. 5. ff. h. t.* prohibuit tamen Imperator Antonianus, miles focariæ seu concubinæ suæ aliquid donet, nè ratione hac fictis adulationibus à focariâ suâ spoliatur. *l. 2. Cod. de Donat. inter vir. & uxorem.*

## §. IV.

**M**ateria sive objectum donationis hujus est res, quæ donatur. Possunt autem donari res omnes, humano commercio obnoxie. *l. 9. §. ult. ff. h. t.* neque refert, incorporales sint, an corporales. *d. l. 9. princ. l. 17. l. 27. ff. eodem.* mobiles, an immobiliæ, propriæ, an alienæ, *arg. §. 4. l. de legatis,* saltèm in ordine ad fundandum titulum ulucapionis. *tt. ff. pro donata.*

Controvertitur, valeatnè donatio omnium bonorum, præsentium & futurorum? Dùm Poëtam de rarâ donatione his vocibus:

*Hæu! creber nimium est hoc ablativus in orbe!*

*In pretio rursus quando datus eris?*

Conquerentem audimus, videtur hæc quæstio utilitate vacua: Quia tamen juris interpretes eam sedulo ad examen vocant, & quidem sententiam negativam sustinent *Cagnolus ad l. ult. Cod. de pactis. Fach. 6. contr. c. 87.* Affirmativam verò defendunt *Alciatus ad d. l. ult. n. 74. Hauwald. de F. & F. tom. 3. tr. 9. c. 2. contr. 4. n. 167. Harp. ad §. 2. l. h. t. n. 117. Zoëf. ff. h. t. n. 18. Perez. in Cod. eod. n. 18. & seqq. Struv. exercit. ad Pand. 40. th. 9.* Hinc nobis quoque cum his affirmativè respondere, ac responsum nostram unicâ, sed efficaci ratione probare placuit: Donatio omnium bonorum valet jure naturæ. *arg. l. 21. Cod. mandati,* ergò etiam jure positivo, quia tantum abest, ut jus positivum à naturali hoc in casu recesserit, ut ipsum potiùs in *l. 35. §. 4. & 5. Cod. h. t. l. 8. Cod. de revocand. donat. l. 5. Cod. de inofficis. donat. l. 4. Cod. de contrab. empt. & l. 17. §. 1. ff. qua in fraudem creditorum &c.* de donatis omnibus bonis expressam mentionem faciat.

Objic. 1. hæreditas non potest dari pacto. *l. 5. Cod. de pactis conventis,*

ergò non valet donatio omnium bonorum. *¶* Neg. suppositum, quòd de-  
tur hæreditas, si bona omnia donentur. Nam hæreditas commoda continet  
& incommoda. *l. 24. ff. de V. S. & l. 62. ff. de R. I.* Donatio mera commoda  
complectitur. Certè donatarius non obligatur creditoribus donatoris, neque  
tenetur illis de suo satisfacere, si bona non sufficiant debitis expungendis;  
evidenti argumento, hæreditatem non dari, si bona omnia donentur.

Objic. 2. donatione omnium bonorum auferitur libera testandi facultas.  
ergò est contra bonos mores, eòque nomine invalida. *¶* 1. Neg. antec.  
Donator non tenetur in solidum, seu ad omnia bona tradenda, sed vi benefi-  
cii competentiz tantum sibi retinet, quantum requiritur ad congruam susten-  
tationem. *l. 19. §. un. ff. de re jud.* ergò de his saltèm disponere poterit. *¶* 2.  
neg. conseq. Etiam professione religiosâ tollitur libertas testandi, neque ta-  
men hinc sequitur, quòd sit contra bonos mores: ergò licet donatione omnium  
bonorum auferatur libera testandi facultas, hinc tamen non sequitur, quòd  
sit contra bonos mores.

Objic. 3. pacifici de hæreditate viventis repugnat bonis moribus civili-  
bus. *l. 61. ff. de V. O. l. ult. Cod. de pactis.* ergò etiam donare bona omnia in-  
ter vivos. *¶* Negat conseq. disparitas est, quia pactum de hæreditate vi-  
ventis inducit votum alienæ mortis, non etiam donatio omnium bonorum:  
hæc enim, cum statim sit perfecta, improbat spei occasionem non præbet.  
Certè donatarii interest, donatorem diu vivere, ob spem bonorum futuro-  
rum, adeòque periculum non versatur, fore, ut votum alienæ mortis concipiat.

Controversiæ præcedenti affinis est alia, nempe comprehendantur nè sub  
donatione omnium bonorum etiam nomina? Partem negativam tenent  
*Zoëf. ff. h. t. n. 29. & Ant. Perez. in Cod. ibid. n. 20.* Fundamentum in eo col-  
locant, partim quòd donatio sit strictæ interpretationis, *l. 22. ff. h. t.* adeò-  
que ad alia non porrigenda, quàm de quibus nominatim fuit actum. Partim  
in *l. 86. princ. ff. de legat. 2.* ubi sub legato bonorum, certo loco contento-  
rum, negantur comprehendi actiones & jura, quorum instrumenta in certo  
illo loco continentur. Sed verior est sententia affirmantis *Bachovii in Treust.*  
*vol. 2. disp. 19. tit. 5. lit. C. & Hauwoldi d. tr. 9. c. 2. contr. 4. n. 171.* propter  
vextum rotundum in *l. 49. in f. ff. de V. S.* ubi bonis dicitur adnumerandum,  
quidquid in actionibus & persecutionibus continetur. Undè suâ sponte ruit  
pars prima argumenti *Zoëfi & Perezii.* esto enim donatio strictæ sit interpre-  
tationis, ad juratamen idcirco pertinet, quia appellatione bonorum continen-  
tur. Ad partem alteram *¶* in *d. l. 86.* planè aliam tractari quæstionem,  
an nimirum sub illis verbis: *bona, que ibi, scilicet in domo sunt &c.* intelligan-  
tur nomina, quorum instrumenta ibi sunt? quòd *JC. Paulus* rectè negat; vel  
enim ejusmodi instrumenta spectantur, ut papyrus? & sic nullius sunt valoris,  
consequenter hoc respectu non veniunt in legatum; vel considerantur quoad

jura & actiones, quæ ex illis probantur, & exigi possunt? & hæc ratione non sunt in loco, adeoque rursus legato illo non continentur. confer *Struv. exercit. ad Pand. 35. th. 13. & in volut. Consrov. exercit. 40. th. 9.* Planè, si bona mobilia & immobilia quis donaverit, diversum obtinet: Nam donatione hæc jura non comprehenduntur, quia si propriè loquamur, jura neque in censum rerum mobiliū pertinent, neque immobiliū. *Bachov. in Treutl. d. loc. Struv. exercit. ad Pand. 40. th. 9. confer. Gail. 2. obs. 11. n. 9.*

Illud etiam in disceptationem deducitur, si bona omnia simpliciter donentur, contineantur etiam sub donatione tali futura? Ita videtur sanè. Nam, si in bonis omnibus constituitur hypotheca, constituta quoque censetur in bonis futuris. *L. ult. in f. Cod. qua res pignori.* ergò etiam, si bona omnia donentur, donata quoque censentur bona futura. Sed verius est, bona futura donata non censeri. *Zoëf. Perez. Struv. ubi supra.* Nam in donatione de gravi agitur donatoris præjudicio, ergò credibile non est, voluisse donatorem sub appellatione bonorum etiam futura comprehendere: cum præsertim donatio sit stricti juris. *d. l. 22.* adeoque ità interpretanda, ut donatori quàm minimè officiat. Neque urget argumentum contrarium: Nam hypotheca omnium bonorum idcirco constituitur, ut creditori quàm optimè sit prospectum, adeoque id inter partes actum censetur, ut bona non præsentia tantum, sed etiam futura pignori subiaceant. Econtrà qui donat, donatio ita vult prospicere, ut se ipsum tamen nolit negligere. *arg. §. 1. l. h. s.* adeoque non est credibile, quòd bona etiam futura sub appellatione bonorum velit comprehendere. Accedit, quòd soluto debito omnia bona oppignorata liberentur, adeoque in pignore de nullo, vel saltem modico præjudicio debitoris agatur; cum econtra bonis semel legitime donatis nulla recuperatio sit speranda.

## §. V.

**F**orma donationis hujus alia est, si intrà definitam legibus quantitatem subsistat, alia, si eandem excedat. Illa perficitur vel nudà conventionione, vel annexà traditione. Quæ perficitur nudà conventionione, duo desiderat, nempe ut animus donandi signis exterioribus sufficienter manifestetur. *§. 2. l. h. s. arg. l. 6. & 13. Cod. cod. l. 25. princ. vers. fin. verò ff. de probat. l. 55. ff. de O. & A.* ac ut promissio acceptetur. *l. 20. ff. h. s.* Quæ perficitur annexà traditione, non desiderat præviam conventionem, sed hoc tantum, ut ex motivo liberalitatis res tradatur & acceptetur. Donatio, quæ definitum legibus modum egreditur, insinuationem insuper desiderat, quâ finè rata non habetur. Hoc est, Donator ipse, aut saltè ejus procurator debet donationem ordinaro & legitimo judici in scriptis exhibere, ac declarare, tantam quantitatem à se tali personæ liberè dari. *d. §. 2. l. 27. 30. l. 32. in f. l. pen.*

*S. fin. Cod. h. t. Illustrissimus Caramuel Theol. moral. lib. 2. disp. 10. art. 7. n. 663. Brunnemann ad d. l. 27. Cod. h. t. à n. 7.* quamvis non nesciam dissentientes Gail. Carpz. & Hahnium, existimantes, insinuationem coram quocunque iudice fieri posse. quæ tamen sententia minus tuta videtur Brunnemanno, quia iudex omninò debet interrogare donatorem, an vi, metu, vel fraude fuerit inductus ad donandum; si fraudis suspicio cesset, sub juramento quoque interrogare potest: quod fieri non posset à iudice incompetente. *Negotio huic magis declarando lubet dubia quædam subnectere & resolvere.*

8 Dubitatur enim 1. ad quam summam usque absque insinuatione donare liceat? *2.* Jus vetus secernendum esse à novo. jure veteri donatio, quæ 200. solidos excedebat, erat insinuanda. hodie ex constitutione Imperatoris Justiniani usque ad summam 500. solidorum (seu aureorum ungaricorum, teste *Wesemb. in paratit. ff. h. t. n. 6.*) donare licet, quam si excedat donatio, actis est insinuanda. *dd. textibus.*

9 Dubit. 2. sitnè donatio, quæ solidos 500. egreditur, omninò inutilis, si actis non fuerit consignata? *2.* Cum *Carpz. l. f. p. 2. const. 12. def. 17.* non omninò esse inutilem, sed valere quoad 500. solidos. *l. 34. princ. C. h. t.* quia utile per inutile non corrumpitur, si ejus sint indolis, ut divortium patiantur. *c. 37. de R. l. in 6.*

10 Dubit. 3. si quis eodem tempore res diversas, quæ simul sumptæ ultrà summam 500. solidorum constant, diversis largiatur, sitnè insinuatione opus? *2.* Referre, sitnè plures donationes physicè & moraliter diversæ, an physicè tantùm. Si priore modo se habeant, insinuationem non desiderant. Si posteriore, desiderant, ut ecce! Donavi 6. amicis 600. solidos, neque donavi uni respectu alterius. Donationes hæ, quia sub nullo respectu in unam coalescunt, insinuatione non indigent. Econtrà donavi 6. filiis Titii 600. solidos, & donavi respectu Patris, ita, ut pater fuerit causa proxima donandi. Donationes hæ, quia moraliter in unam coalescunt, insinuationem desiderant. *Johannes Caramuel Theol. Moral. lib. 2. disp. 10. art. 7. n. 671. Hannold. d. tr. 9. c. 2. contro. 3. n. 158.*

11 Dubit. 4. sitnè insinuatione opus, si quis eidem diversis vicibus summam donet, quæ excedit 500. solidos? *2.* Referre iterum, sitnè plures illæ donationes planè diversæ, an ex intentione donatoris uniantur, fortè quòd initio statim decreverit, dare ultrà 500. solidos, ac idcirco diversis vicibus donaverit, ut necessitatem insinuationis effugeret. Priore casu insinuatio non requiritur. *l. 34. §. 3. Cod. h. t.* Posteriore casu requiritur: nè via sit inventa circumveniendæ legis, quæ profusa donatio reprobat. *arg. l. 5. Cod. de R. Hannold. d. loc. n. 159.*

21 Dubit. 5. sitnè omnis donatio pia ab insinuatione immunis? Expediendi juris

juris est, donationes varias, tum profanas, tum pias, insinuationi non esse obnoxias. & quidem inter profanas absque insinuatione valet 1. donatio à Principe, vel Principi à privato facta. *d. l. 34. in f. princ. & auth. sequenti Cod. h. t.* 2. Donatio, quam viri gloriosissimi Magistri militum fortissimis præstant militibus. *l. 36. §. 1. Cod. eod.* 3. Donatio propter nuptias. *nov. 119. cap. 1. indeque desumpta à auth. eo decursum. Cod. de donat. ante nupt.* 4. Donatio mortis causâ. *l. nlt. Cod. de donat. causâ mortis.* Inter pias insinuatione non egent donatio facta ad redimendos captivos, & reficiendas ædes, incendio vel ruinâ sublatas. *d. l. 36. princ. & §. 2.* unde præsentis controversiæ cardo in eo vertitur, sitne privilegium immunitatis hujus ad omnes omninò donationes pias extendendum? Prima sententia affirmat. ita *Molina tom. 2. de F. & F. tr. 2. disp. 279. n. 3. Lessius lib. 2. de F. & F. c. 18. dubit. 13. num. 102. Layman. lib. 3. Theol. moral. tr. 4. c. 12. n. 15. Haunold. d. contr. 3. n. 155. & teste Magnif. D. Collega Schmier tr. de pactis & contract. t. 7. sect. 2. §. 4. n. 136. Theologi ac Canonistæ ferè unanimiter.* Secunda sustinet, ad reliquas pias donationes insinuationem requiri. ita *Ant. Gomez apud Haunold. d. loc. Bocerus class. 2. disp. 19. n. 28. Carpz. d. constit. 12. def. 13. Struv. d. exercit. 40. Theol. 11. Hunnius in Treuel. vol. 2. disp. 20. th. 6. de donat. q. 37.* Probatum posterior hæc sententia ex *l. 19. Cod. de SS. Ecclesiis.* ubi perspicue habetur, donationem ad pias causas non aliter valere, si 500. solidos excedat, quam si actis consignata fuerit. undè sic licet argumentari: jure civili donatio ad pias causas, si 500. solidos excedat, non aliter valet, quam si actis consignata fuerit: ergò neque aliter valet jure Canonico, quia textum nullum reperias, in quo Jus Canonicum à Civili hoc in passu recesserit. Confirmatur: lex civilis, dum ad omnem donationem, quæ excedit 500. solidos, acta publica requirit, est justa, quia nititur ratione justâ, cum eò collimet, ut donationes indiscretas & prodigas cohibeat. ergò non potuit reformari jure Canonico, quia lex civilis justa non subiacet reformationi ac censuræ Pontificiæ.

Objic. 1. textum in *l. 34. princ. & §. 1. Cod. h. t.* ubi donatio pia sine monumentis perspicue valere dicitur. 2. Valuisse usque ad 500. solidos, quamdiu ultrâ 300. solidos sine monumentis donare non licuit. at postquam decrevit Imperator, ut omnis donatio usque ad 500. solidos sine actis subsisteret, donatio pia privilegium suum amisit.

Objicies 2. Legislator civilis præjudicare non potest piis causis. ita *Foam. de Cardenas p. 3. Grifis Theologica. tr. 2. disp. 61. cap. 9. n. 112.* ubi plura de hoc desiderantem remittit ad *disp. 21. c. 8.* ergò irritare non potest donationes pias. 2. à Legislatore civili non absolute improbari donationes pias, sed requiri tantum, ut actis consignentur, adeoque præjudicium hoc in passu causis piis non inferri.



## §. VI.

13 **E**ffectus donationis hujus alius est, si fiat annexâ traditione, alius, si nudâ conventionione. Illa transfert dominium rei donatæ in donatarium, si dominus fuit donans. §. 40. *l. de R. D. l. 1. Cod. h. t.* vel conditionem usucapiendi, si dominus non fuit. *l. 9. §. ult. ff. h. t. ff. pro donatq.* Illa duplicem operatur effectum, proximum & remotum. proximus est obligatio tradendâ rem donatam, *d. §. 2. l. 1. §. 5. f. Cod. h. t.* remotus est conditio ex lege, quæ toties locum habet, quoties obligatio novâ lege introducta est, non experiente, quo genere actionis sit experiendum. *l. an. ff. de condit. ex lego.* Est hæc actio civilis, personalis, rei persecutoria, stricti juris, perpetua. datur donatario & ejus hæredibus, contra donatorem, qui nudâ conventionione promissit aliquid, & hæredes ejus, ad præstandum id, quod liberalitatis exercendæ gratiâ promissum fuit.

## §. VII.

14 **C**ontraria donationis hujus sunt modi, quibus revocatur. Revocatur autem vel ex parte, vel in totum. Ex parte, si sit inofficiosa. Si quis enim substantiam suam profusis donationibus ita exhauriat, ut portio legitima liberis salva non maneat, agere possunt querelâ inofficiosæ donationis, ac prætere tendere, ut tantum reddatur, quantum requiritur ad legitimam complendam. Ita *Hanold. d. tr. 9. c. 2. contr. 8. §. 3. n. 285. Gail. 2. obs. 38. n. 16. Pinn. lib. 2. select. quest. cap. 33. Bachov. in Treutl. vol. 2. disp. 19. th. 7. lit. A. Struv. in evolut. controuv. d. exercit. 40. th. 14.* & teste Hanoldo ubi supra, unanimis Doctorum, si Ant. Fabrum, Hunnium, & Treutlerum demas. Prob. per textus in *l. 2. §. 7. & 8. pr. Cod. de inoff. donat.* in quibus simpliciter traditur, donationem inofficiosam in solidum revocari non posse: neque distinctio adhibetur, animo intervertendæ legis, an alio sit facta. Unde etiam *Zoif. ff. h. t. n. 76. & Perez in Cod. de inoff. donat. n. 5.* malè separant donationem retantum inofficiosam, à donatione inofficiosâ re & consilio simul, docentes, donationem re tantum inofficiosam non posse in solidum retractari. *d. l. 2. §. 7. & 8. pr. Cod. d. t.* posse verò donationem re & consilio inofficiosam, hoc est, factam in fraudem legitimæ, per textum in *l. 87. §. 3. f. de legat. 2.* mala, inquam, & judicio nostro gratis conficta est hæc distinctio, contra textus supra adductos! quis autem sensus sit citatæ legis & §. 3. ff. de legat. 2. patebit statim ex solutione primæ objectionis.

Objic. itaque *l. 87. §. 3.* ubi Imperator Alexander Augustus Claudio Juliano Præfesto urbi rescriptit, donationem inofficiosam, ab aviâ nepotem collatam, pro dimidiâ revocari. ergo revocatur in totum. *n. Neg. conseq. per partem dimidiam in d. §. 3.* intelligitur dimidiâ pars quartæ, hoc est,

est, legitimæ, quæ debebatur duobus nepotibus, quorum uni facta est inofficiosa donatio, confer *d. l. 7. Cod. de inoff. donat.* ibi: *ut quarta partis dimidium, &c.*

Objic. 2. text. in *l. 4. Cod. de contrab. empt.* ubi donatario venditio omnium bonorum, àb hærede donatricis facta, in tantum prodesse dicitur, ut hæres donatricis ista avocare nequeat: ergò seclusâ venditione omnia bona avocare posset. *¶* Præterquam quòd in oppositâ lege alia quæstio tractetur, nempe, an valeat venditio rerum, priùs donatarum? & ideò ad præsentem decisionem non sufficiat; insuper neg. conseq. lex objecta non facit ullam mentionem de totâ donatione revocandâ, adeòque meritiò intelligitur de revocatione quoad legitimam: seu quia legitimam extraneo donare non potuit mater, venditio à filio facta donatario eatenùs utilis est, quatenùs filius venditor vendendo omnia bona amisit querelam inofficiosæ donationis, quam licèt ut talem respectu matris impugnare vellet, id tamen non posset, obstante factò proprio venditionis, quam impugnare nequit.

Objic. 3. *l. ult. Cod. de inoff. donat.* ubi querela inofficiosi testamenti, & inofficiosæ donationis in omnibus dicuntur exæquatæ: atqui per querelam inofficiosi testamentum rescinditur in totum: *l. 6. §. 1. ff. de inoff. test.* ergò etiam donatio per querelam inofficiosæ. *¶* Dist. majorem, dicuntur exæquatæ simpliciter, nego, secundùm quid, concedo. Lex contraria loquitur de similitudine querelæ inofficiosi, ad quam introducta est querela inofficiosæ donationis in tantum, ut utraque quinquennio finiatur, & exceptione ingrætitudinis commissæ excludatur. Cæterùm per querelam inofficiosi testamenti impugnatur actus ultimæ voluntatis, per querelam inofficiosæ donationis rescinditur actus inter vivos: per exhæredationem liberi gravi injuriâ afficiuntur, quapropter pater olim sub colore & prætextu dementiæ fuit accusatus; econtrâ licèt per inofficiosam donationem liberi lædantur, jura tamen læsionem hanc saltem corrigunt in ordine ad legitimam.

Objic. 4. text. in *l. 16. princ. de jure patronatùs.* ubi alienatio, à liberto in fraudem patroni facta, intotum irritatur: ergò etiam donatio facta in fraudem hæredum. *¶* Neg. conseq. Libertus quando alienat in fraudem legis, & minorem se facit centenario, seu habente in bonis aureos mille, ita ut patronus suâ successione priveretur, alienatio ipso jure est nulla. Econtrâ donatio inofficiosa fit in fraudem hominis, quam solum revocari, quatenùs immoderata est, textus in *l. 7. & reliquis. Cod. de inoff. donat.* satis evincunt. confer *Schambog. ad §. 2. l. de successione libertorum pag. m. 544. & Nos lib. 4. tit. 6. part. 5. sect. 6. §. 2. n. 11.*

In totum revocatur donatio, si ingratus existat donatarius. *l. ult. Cod. de revocandis. donat.* indignus enim videtur beneficio, qui illo cum dispendio benefactoris abutitur: neque fructum meretur exercitiæ munificentiæ, qui

pro gratia adium rependit. Causæ, ob quas donatio revocari potest, in *d. l. ult. §. recensentur*. Prima est, si donatarius atroces injurias in donatorem effuderit. Secunda, si manus impias eidem intulerit. Tertia, si vitæ illius struxerit insidias. Quarta, si grandem jacturæ molem bonis ejus ingesserit. Quinta, si conditiones, donationi insertas, implere recusaverit. ubi

Disceptatur 1. possitne donatio ob causas etiam alias, graviores, aut æque graves, retractari? Affirmant *Gomez & Julius Clarus apud Zoef. ff. h. r. n. 90. Menoch. & Bachov. aquæ Carpz. d. coust. 12. def. 31. n. 5. Struv. d. ex-ercit. 40. th. 15*. Sed verior est sententia negativa, cui subscribunt *Palao d. disp. 2. punct. 31. §. 1. n. 10. Mol. de F. & F. tr. 2. disp. 281. n. 8. Zoef. d. n. 90. P. Engel Colleg. F. Can. tit. de donat. §. 3. n. 19. Carpzov. d. def. 31. n. 6*. quia in *d. l. ult. Cod. de revocandis donat.* perspicue traditur, ex enumeratio tantummodò causas donationem posse revocari.

Objic. 1. si donatarius donatorem, ad paupertatem redactum, alere recuset, potest revocari donatio. *arg. l. 6. §. un. ff. de agnosc. & alend. l. 8. ff. de Decurionibus*. cum alimenta negare, sit necare. *l. 4. ff. de agnosc. & al. lib.* ergò ob alias etiam causas revocari potest donatio. *¶* Nec antec. nec conseq. constare veritatem. nam imprimis *lex 6. §. 1. ff. d. r.* loquitur de liberto, non de donatario: neque hic comparatio fit Patroni & donatoris; esto enim iste liberalitate suâ donatarium ad gratitudinem atque remunerationem obstrinxerit, patronus tamen longè majus præstitit beneficium, conferendo libertatem, rem inæstimabilem. *l. 106. ff. de R. l.* Deinde in *l. 8. ff. de decur.* singulare traditur privilegium Decurionum, quod ad personas alias malè extenditur, *arg. l. 14. & 16. ff. de ll.* Et demum denique donatarium teneri alere donatorem egenum, nisi ingratus velit judicari; exinde tamen pro- tinus non sequitur, donationem factam revocari posse, cum non quævis, sed insignis, & legibus expressa ingratitude ad revocationem requiratur. confer *Hannold. d. contr. 8. §. 1. n. 268*. ubi ex Perezio addit, quòd, licet donatario nullo jure imponatur necessitas alendi donatorem exhaustum, æquitas tamen postulet, ut officio judicis donatarius donatori indigenti cogatur præstare alimenta ad quantitatem fructuum, qui ex rebus donatis percipiuntur.

Objic. 2. Facultas revocandi donationem inducitur ex eo, quòd donatarius se indignum reddiderit accepto beneficio, benefactori suo loco obsequiorum inferendo injurias: ergo quòd graviores fuerint injuriæ, eò indignior erit beneficium, proindeque urgentior causa revocandi donationem, ut si v. g. donatarius adulterium cum uxore donantis, aut stuprum cum ejusdem filia commiserit. *¶* Neg. conseq. nam cum *lex ult. Cod. de revoc. donat.* sit pœnalis, non debet extendi, sed potius restringi, tametsi eadem, vel etiam urgentior ratio intercedat. ad casus subjectos dici potest cum *Palao d. §. 1. n. 11*. illos ad primam causam, ob quam donatio ex dispositione legis *ult.* revocari

cari potest, reduci debere, cum ex illis factis donator graviori injuria afficiatur, quam si verbis aliis contumeliosis impeteretur. Unde etiam *Molina d. disp. 281. n. 2.* affirmat, revocari posse donationem, si donatarius pro scribis donatoris cornua dolose appenderet, vel apponderet.

Disceptatur 2. transeatne actio revocatoria donationis active in hæredes? *n.* Interesse, fueritne commissa ingratitudo mortuo donatore, an vivo, si mortuo, forte quod donatarius donatorem post mortem primùm infamaverit, jure hæredes donationem revocant, quia injuria silentio donatoris remissa censi non potest. *Hannold. d. c. 2. contr. 8. §. 1. n. 164.* Si vivo, refert, sciveritne donator ingratitudinem, an ignoraverit. Si scivit, & tacuit, donatio revocari ab hæredibus non potest, quia injuriam donator censetur, condonasse. *c. ult. b. t. d. l. ult. Cod. de revocand. donat.* Si ignoravit, aut morte præventus revocare non potuit, magis est, ut jus revocandi hæredes habeant, quia siluisse dici non potest, qui ingratitudinem ignoravit. *Panorm. ad d. c. ult. n. 7. P. Engel. d. §. 3. n. 29. Hannold. d. loc. n. 259.*

Disceptatur 3. transeatne actio revocatoria donationis, in hæredes etiam *passive*? *n.* Interesse, fueritne lis cum defuncto jam contestata, nec ne. Si prius, actio hæc transit in hæredes donatarii. *Hannold. d. n. 259. in f.* tum quia in *d. l. ult.* saltem actionis primordium præhibetur; tum quia omnis actio, judicio semel inclusa, conservatur, ac in hæredes transmittitur. *l. 139. pr. l. 164. ff. de R. L.* Si posterius, non transit in hæredes donatarii. *Hannold. §. 1. n. 263.* quia pœnalis videtur, cum ideò inventa sit, ut ingratitudo donatarii castigetur. *l. 7. d. l. ult. Cod. de revoc. donat.* Neque dicas: actione hæc id persequimur, quod ad donatarium à nobis profectum est, ergò est rei persecutoria, non pœnalis. Nego enim, idcirco esse rei persecutoriam: quia abesse nobis dici non potest, quod liberà voluntate in alium transulimus.

Controversia superest, possitne donatio inter vivos revocari ob insperatam nativitatem liberorum? *n.* affirmative, cum *Mel. sr. 2. disp. 282. n. 2. Paolo d. disp. 2. par. 29. §. 1. n. 3. Hannold. d. contr. 8. §. 2. n. 270. Covar. var. resol. lib. 1. cap. 19. Brunneman. ad l. 8. Cod. de revoc. donat. n. 7. & seqq. Fash. 3. contr. c. 85. Perez. in Cod. d. t. n. 15. Lauserbach ff. h. t. §. 53.* ubi hanc veriorè, & in praxi receptam sententiam esse dicit. Probatur 1. per textum in *d. l. 8. Cod. de revoc. donat.* ubi Imperatores Constantinus & Constantinus de patrono, filios non habente, statuunt, quòd, si bona omnia, vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, & postea susceperit liberos, totum, quicquid largitus fuerat, revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione manurum. Equidem lex adducta de solo patrono loquitur; quoniam verò favorabilis est, juri nature assistit, ac in præsumptione pietatis & affectionis paternæ fundatur, meritò & communiter ad alios donatores extenditur.

Prob. 2. Jura generaliter præsumunt, quòd nemo velit alienas suc-

cessionones propriis antepone. l. 40. §. 3. ff. de pactis. l. 43. pr. ff. de vulg. & pupill. substit. l. 102. ff. de condit. & demonstrat. l. 6. Cod. de testis. & substit. l. 30. Cod. de fideicommissis. ergo etiam de patre donatore præsumunt, quòd, si de liberis futuris cogitasset, non donasset. Limitatus tamen sententia nostra respectu liberorum illegitimorum, quia non præsumitur quis habere intentionem talibus favendi, utpote de quibus non decet cogitare: & si, dum donat, interrogaretur, an propter tales fortunatos vellet revocare donationem, utique negaret, cum sine rubore non posset affirmare. Planè unicus nascatur filius, an plures legitimi, nihil interest; neque enim in jure quid novi, quòd appellatione liberorum etiam unus comprehendatur. l. 148. ff. de V. S. Porro quanta portio seu pars patrimonii donata fuisse debeat, ut præsumptio conditionatæ donationis locum habeat? relinquendum videtur conscientiæ donantis, donec res ad iudicium deducatur, ubi iudicis arbitrio standum, nisi partes ipsæ transigere, aut in arbitrum compromittere mallent. confer *Hannold. d. §. 2. n. 273. Menoch. de arbitr. jud. lib. 2. casu 133. n. 2.* Cæterum opinioni nostræ

Oppones 1. text in l. ult. Cod. de revoc. donat. ubi generaliter sancitur, omnes donationes, lege confectas, firmas illibatasque manere, si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur. per quem textum sunt, qui existiment, legem 8. eod. t. revocatam fuisse. *xx.* Minimè! quis opposita lex ult. solummodò loquitur de donationibus absolutis; lex 8. verò de iis, quæ tacitam conditionem innexam habeat.

Oppones 2. *cap. ult. cans. 17. q. 4.* ubi S. Augustinus laudat Episcopum Carthaginensem, quòd cuidam, qui cum liberos non haberet, omnia sua donaverat Ecclesiæ, retento sibi usufructu, deinde natis illi liberis reddiderit ei Episcopus, & addit: *in potestate habuerat Episcopus non reddere, sed jure fori, non jure poli.* Ergò jure fori donatio ob insperatam nativitatem liberorum revocari non potest. *xx.* Cum glossâ disting. conseq. jure fori revocari non potest in totum, concedo, quoad legitimam, nego. Communis sententia teste *Hannoldo ubi supra n. 277.* iustinet, donatorem non posse totam donationem revocare, si donatio facta sit Ecclesiæ, vel alii piæ causæ, & deinde præter spem liberi nascantur, sed solummodò in quantum est inofficiosa, hoc est, in præjudicium legitimæ.

Oppones 3. donator non tenetur liberis relinquere, quæ donat extraneo, *arg. l. 23. Cod. mandati.* ergò neque potest revocare donationem propter liberos postea susceptos. *xx.* Dist. conseq. si donatio fuerit pura, concedo, si annexam habuerit tacitam conditionem, ut supervenientibus liberis bona donata restituantur, nego.

Oppones 4. quod legitimè factum est, ex superveniente causâ retractari non potest. *c. 73. de R. I. in 6.* ergò neque donatio ritè facta, prout insinuatur

tertus in l. 4. Cod. de donat. que sub modo &c. l. 5. Cod. de O. & Al. §. l. 6. Cod. de revoc. donat.

¶ Rursus sub priori distinctione, nisi videlicet tacite convenerit, ut casu quodam eveniente actus revocetur. Certè si distinctionem repudiare velimus, oportebit admittere, nec donationem, inter patronum & libertum factam, revocari posse, nec ob ingratitudinem donatarii; quod tamen nemo admiserit.

Oppones 5. jus revocandi donationem, in libertum factam, in l. 8. Cod. d. t. tribuitur ob summum libertatis beneficium, propter quod libertas patrono ad multa obstrictus est: ergo cum donatarius alius donatori ob donationem ad nihil teneatur, nisi ingratum se erga donatorem exhibuerit, non poterit revocari donatio ob solam insperatam nativitatem liberorum. ¶ Nego causalem antecedentis. Patrono in d. l. 8. tribuitur jus revocandi donationem propter supervenientes liberos, ibi: *filios non habens &c. postea susceperit liberos &c.* ergo idem ius tributum censetur cuivis alii, cum eadem ratio ubique jus idem suadeat. arg. l. 32. pr. ff. ad l. aquil. & l. 108. pr. ff. de V. O.

Oppones 6. si memorata lex 8. ad omnes parentes donatores, & quosvis donatarios extraneos extendatur, tunc supervacuum fuit, in eadem nominationem mentionem facere de patrono & liberto: ergo ultra hos non debet produci ad parentes alios. ¶ Nego consequ. in d. l. 8. Imperatores non idè specialiter rescripserunt de patrono & liberto, quòd in illis hoc speciale sit: sed potiùs, quia consultatio Imperatoribus proposita, & facti species de donatione, inter libertum & patronum celebratà, concepta fuit. confer Harp. ad §. 2. l. b. s. n. 185. & seqq.

## P A R S II.

### De Donatione mortis causâ, tanquàm primâ specie improprie Donationis.

#### S U M M A R I A.

1. Describitur donatio impropria in genere.
2. Definitur donatio mortis causâ.
3. Dividitur.
4. Potest eam facere, qui testari, adeoque etiam minor sine consensu curatoris.
5. nec non Filius familias pubes de pecunia adventitio extraordinario.
6. & 7. Proponitur Objectum & forma donationis.
8. Effectus.
9. contraria.

**D**onatio impropria est, quâ ex motivo alio, quàm exercendæ liberalitatis, vel saltè non absolute & irrevocabiliter quid in alterum contertur. Ex variis igitur capitibus estimatur donatio impropria. 1. Ratione effectûs. 2. Ratione causæ impulsivæ. 3. Ratione effectûs & causæ impulsivæ.

impulsivæ simul. Ratione effectûs impropria est donatio mortis causâ, quæ neque est absoluta, neque irrevocabilis: Non absoluta, quia hanc conditionem tacite complectitur: *Si donatarius supervixerit donatori.* Non irrevocabilis, quia est species ultimæ voluntatis, adeoque usque ad extremum vitæ Spiritum ambulatoria.

## §. I.

2 **D**onatio mortis causâ prolixè describitur in §. 1. *l. h. t.* Breviùs & exactiùs hoc modo definitur: est actus, quo intuitu secuturæ mortis in alterum acceptantem quid confertur.

## §. II.

3 **D**ividitur 1. in eam, quæ fit cogitatione mortalitatis, & illam, quæ contemplatione instantis periculi. *l. 35. §. 4. ff. l. ult. Cod. de donat. mortis causâ.* 2. in eam, quæ perficitur nudâ conventione, & illam, quæ annexâ traditione.

## §. III.

4 **C**ausa efficiens donationis hujus duplex est, proxima & remota. Remota est jus civile. *d. §. 1. Lauterbach. disp. Tubing. vol. 1. disp. 18. th. 5.* Proxima est donator. Potest autem donare mortis causâ omnis, qui testari. *l. 15. ff. de Donat. mort. caus. l. 32. §. 8. ff. de Donat. inter vir. & uxorem. ubi*

Controvertitur 1. possitnè minor 25. annis sinè consensu curatoris validè donare mortis causâ? Prima sententia affirmat. ita *Fachin. §. contr. c. 61. Ludovell. tr. de ult. volunt. p. 2. c. 5. pag. m. 430. Hahn ad Wesenbec. ff. de Donat. mortis causâ n. 4. Hawnold. de F. & F. tom. 2. tr. 7. c. 5. contr. §. n. 460. & plures alii.* Secunda negat. ita *Ludov. Molina tom. 2. de F. & F. tr. 2. disp. 288. n. 27. Peraz. in Cod. de Donat. causâ mortis. n. ubi.* Tertia distinctionem adhibet, ac donationem, quæ perficitur nudâ conventione, separat à illâ, quæ completur annexâ traditione. illam à minore etiam sinè interventu curatoris fieri posse sustinet: hanc non etiam. ita *Bachov. in Trembl. d. disp. 19. th. 9. lit. B. verb. donare itaque. Wolf. Adam Lauterbach. d. disp. 18. th. 19. Ant. Faber de erroribus pragmaticorum decade 46. errore 9.* Nos in hoc sententiarum consensu primas primæ deferimus. Prohamus ex *d. l. 32. §. 8.* ubi generaliter asseritur, donare mortis causâ posse, qui testamenti factionem habet: ergo potest etiam minor sinè consensu curatoris, quia sinè consensu hoc testamenti factionem habet. Confirmamus: idèd potest donare mortis causâ, qui pecuniam castrense aut quasi tale habet, quia potest testari. *l. 7. §. f. ff. h. t.* ergo etiam minor potest donare mortis causâ, quia potest testari.

Objic. 1. minor prohibetur alienare, ergò etiam donare mortis causâ: nam donatio hæc, si traditione perficiatur, est species alienationis. *¶* Dist. antec. minor prohibetur alienare alienatione sibi noxiâ, esto, alienatione quacunq̄ue, nego antec. & conf. Donatio mortis causâ non præjudicat minori, quia, cum species sit ultimæ voluntatis, pro placito revocari potest.

Objic. 2. Donatio mortis causâ quoad initium assimilatur contractibus: ergò requirit assentiam curatoris. *¶* Donacionem mortis causâ in eo tantum assimilari contractibus, quòd non compleatur sine acceptatione donatarii: de cætero verò propius accedere ad ultimas voluntates, cum pro placito revocari possit, ac s. testes desideret, quorum præsentia non requiritur ad actus inter vivos. confer *l. 32. §. 3. ff. de Donat. inter vir. & uxor. l. 4. ff. de adim. vel transfer. legat.*

Objicies 3. quâ ratione quis prohibetur donare inter vivos, eadem etiam prohibetur donare mortis causâ. *l. 7. §. 4. ff. h. r.* Sed minor sine consensu curatoris prohibetur donare inter vivos, ergò etiam mortis causâ. *¶* Majorem esse veram, si respectu utriusque donationis eadem subsit prohibendi ratio: non verò si causa prohibendi ad unam tantum speciem pertineat. Sic v. g. Filius familiâs ideo prohibetur donare inter vivos de peculio adventitio, quia præjudicaret patri in ordine ad usumfructum: quæ ratio cum obtineat etiam in donatione mortis causâ, hinc est, quòd prohibeatur quoque donare mortis causâ. *d. l. 7. §. 4.* Econtra minor 25. annis ideo prohibetur donare inter vivos sine consensu curatoris, quia conditionem suam deteriore redderet: quæ ratio cum non obtineat in donatione mortis causâ, hinc est, quòd possit donare mortis causâ.

Controvertitur 2. possitne Filius familiâs pubes donare mortis causâ de peculio adventitio extraordinario?

Prima sententia negat. ita *Molina d. disp. 288. n. 22. Covarruv. rub. de testamentis p. 3. n. 10. Zoëf. ff. de donat. mortis causâ n. 13. Harp. ad §. 1. l. h. r. n. 28.* Secunda affirmat. ita *Fach. §. contr. c. 25. Perez in Cod. de donat. caus. mort. n. pen. Lauterbach. d. disp. 18. th. 21. Hamnold. d. contr. §. n. 454. & seqq.* ac plures alii ab his relati. Huic posteriori calculum nostrum consecramus. Prob. textus non est adducibilis, quò prohibeatur Filius familiâs donare mortis causâ de peculio adventitio irregulari, ergò potest donare. Confirm. peculii adventitii extraordinarii Filius familiâs plenus est dominus, per *l. ult. in f. Cod. de bonis, qua liberis. & nov. 117. c. 1. §. 1. in pr.* ergò potest de illo donare non minus mortis causâ, quam inter vivos.

Objic. 1. textum in *l. 7. §. 4. ff. h. r.* ubi generaliter asserit Ulpianus, quòd cessante voluntate patris inhibeat donatio mortis causâ. *¶* Inhiberi, si donare velit Filius de peculio profectio, aut adventitio ordinario: non verò, si donare velit de extraordinario. De hoc enim textus oppositus non loquitur,



tur, cum tempore Ulpiani species peculii hujus nondum cognita, sed primum in *d. ult. Cod. de bonis, qualiberis*. condita fuerit.

Objic. 2. quicumque prohibetur testari, prohibetur etiam donare mortis causâ. *l. 1. §. 1. ff. de Tutela & ration. distrab.* Atqui Filiusfamilias prohibetur testari de peculio adventitio extraordinario. *l. plen. Cod. qui testamenta facere possunt.* ergo &c. *§. 2.* Majorem esse veram, si respectu utriusque actûs eadem subsit prohibendi causa, prout fit in pupillo, qui ob judicium necdum satis firmatum à testamenti factione arcetur: non verò, si diversa, prout in filiofamilias, qui præcisè idèò testari nequit, quia ad testamenti factionem requiritur, ut quis sit paterfamilias *l. 6. ff. d. s.* Certè argumentum ex *d. l. 1. §. 1. desumptum firmum non esse, vel indè colligas, quia eodem effeceris, Filiumfamilias nè quidem consentiente patre donare mortis causâ posse, cum testari non possit.*

Objic. 3. idèò de peculio castrensi Filiusfamilias potest donare mortis causâ, quia respectu hujus habet testamenti factionem. *Ulp. in d. l. 7. §. ult. ff. b. s.* ergò de peculio adventitio extraordinario non potest donare mortis causâ, quia in hoc non habet testamenti factionem. *§. 2.* In textu opposito Ulpianum non dicere, quòd potestas donandi fundetur in potestate testandi, sed argumentum ducere à majori ad minus, ac ex eo, quòd filiusfamilias de peculio castrensi testari possit, inferre, quòd possit etiam donare mortis causâ, cum plus sit testari, quàm donare mortis causâ. Certè si hoc voluisset Jctus, quòd potestas donandi pendeat à potestate testandi, fallum dixisset, cum filiusfamilias voluntate patris possit donare mortis causâ, nec camen testari. *l. 25. §. un. ff. de donat. mortis causâ.*

#### §. IV.

6 **M**ateria sive objectum donationis hujus sunt res, quæ donantur. Possunt autem donari mortis causâ res omnes, quæ legari. *arg. §. 1. l. b. s. ibi: mortis causâ donationes ad Exemplum legatorum redacta sunt.*

#### §. V.

7 **F**orma donationis hujus desumitur à requisitis, quæ plura. Primum est, ut fiat contemplatione securitæ mortis. *arg. l. 42. §. un. ff. de donat. mort. caus.* Secundum, ut sit alligata morti donatoris, sive ut ex intentione donatoris non antè reddatur absoluta, quàm mors ipsius secuta fuerit. *l. 32. ff. d. s.* Tertium, ut accedat acceptatio donatarii. *arg. l. 55. ff. de O. & A.* Quartum, ut 5. testès interveniant. *l. ult. Cod. de donat. causâ mortis.*

Disceptatur, sitnè donatio mortis causâ, si quis ita donet, ut nolit rem casu aliquo ad se reverti? *§. cum Hannold. d. c. 5. coner. 3. n. 445.* interesse, ipsenè donationis actu id egerit donator, nè revocare donationem sibi liceat,

an pacto, à donatione distincto, se obligaverit ad donationem non revocandam. Priore casu non est donatio mortis causâ, sed inter vivos; quia donatio mortis causâ essentialiter est ambulatoria & revocabilis, adeoque si donator velit eandem esse irrevocabilem, degenerat in donationem inter vivos. *l. 27. ff. d. t.* Posteriore casu manet donatio mortis causâ. *l. 13. §. 1. in f. l. 35. §. 4. in f. ff. eod.* Nam pactum tale non adimit donatori potestatem, revocandi donationem validè; Sed hoc saltem operator, nè revocare donationem possit licitè; ergo pacto non obstante donatio absolutè manet revocabilis, consequenter non exiit naturam & indolem ultimæ voluntatis.

## §. VI.

**E**ffectus donationis hujus alius est vivo donatore, & alius mortuo. Vivo donatore operatur quandoque nudam spem debiti, eamque valdè incertam, casu quo videlicet conventionione facta est: quandoque dominium revocabile, puta, si res eâ lege tradatur, ut dominium ejus statim transeat. *arg. l. 29. ff. d. t.* quandoque nudam detentionem, si nimirum res eo pacto tradatur, ut dominium ejus post mortem primùm transeat. *arg. d. l. 29.* Mortuo donatore tribuit donatario dominium irrevocabile.

## §. VII.

**C**ontraria donationis hujus sunt modi, quibus infirmatur. Infirmatur autem vel ex parte, vel in totum. Ex parte per legem Falcidiam. *l. 2. Cod. d. t. l. 5. Cod. ad l. Falcid.* In totum vel ipso jure, vel facto donatoris. Ipso jure infirmatur. 1. morte donatarii, puta, si ante donatorem decedat. *d. l. 29. in f. ff. de donat mortis causâ.* hic enim magis censetur amare se ipsum, quam donatarium, & magis donatarium, quàm hæredem. *d. §. 1. l. b. r. vid. vol. 4. disp. Tubing. 10. de magis dilecto. cap. 5. §. 1.* 2. Convalescentiâ donatoris, puta, si præsentis periculo donationem alligaverit. *d. §. 1. l. 19. 24. 35. §. 3. & l. 39. ff. de donat mortis causâ.* Facto donatoris infirmatur, si donationem revocet. *l. 16. l. 30. ff. d. t. cum enim sit species ultimæ voluntatis, utique ad extremum vitæ spiritum recantari potest. arg. d. l. 4. ff. de adim. vel transfer. legatis.*

## P A R S III.

De Donatione propter nuptias, ac cæteris  
speciebus impropriæ donationis.

## SUMMARIA.

1. Agitur de Donatione remuneratoriâ.
2. donationes sub modo.
3. sub conditione.
4. Definitur donatio propter nuptias, quam inter & do-

*rem de jure communi debet esse aequalitas. §. moribus Germania non  
etiam.*

## §. I.

1 **R**atione causæ impulsivæ impropria est I. donatio remuneratoria, quæ scilicet benè meritis alterius præmium decernitur. hæc enim non tam est donatio, quàm solutio quædam & compensatio meritorum, adeoque deflectit à naturâ donationis propriè dictæ.

## §. II.

2 II. **D**onatio sub modo, quæ scilicet eo pacto quid datur, ut vicissim quid fiat. Hæc ideò non sapit speciem donationis propriè dictæ, quia non exercetur animo nudæ liberalitatis, sed ex intentione donatoris ordinatur ad usus reciprocum.

## §. III.

3 III. **D**onatio sub conditione, quæ scilicet eâ lege qui datur, ut tunc primum effectum donatio fortietur, si adjecta conditio extiterit. Sed de his duabus posterioribus videatur *Ant. Perez. in Cod. de Donationibus, quæ sub modo. vel sub conditione. &c.*

## §. IV.

4 **R**atione effectûs & causæ impulsivæ simul impropria est donatio propter nuptias, in vernaculâ nostrâ *Die Widerlag / Gegensteuer / Gegenversmächtnuß* / olim donatio ante nuptias dicta. §. 3. *I. h. t.* quæ est actus, quo uxori in securitatem dotis jus in bonis quibusdam mariti à marito vel alio ejus nomine constituitur. Exæquatur hæc donatio doti in hoc, ut, quemadmodum dos constante matrimonio non solum augetur, sed etiam fit, ita & ista non solum antecedit matrimonium, sed eo etiam contracto augeatur, exactâ quantitatis æqualitate inter unam & alteram servatâ. *d. §. 3. I. h. t. l. 19. & auth. seq. l. 20. Cod. de donat. ante nups. auth. aequalitas Cod. de pactis conventis. nov. 97. c. 1.*

5 Est in moribus, præsertim Germaniæ, disparia circâ hanc rem pacta admittantur, & cuilibet ferè matrimonium contrahenti liberum sit, donationem propter nuptias uxori constituere prohibitu, dummodò liberi in legitimâ non defraudentur. *Gail. 2. obs. 78. n. 2. Corpz. p. 2. I. f. const. 42. def. 1. n. §. Hopp. in usu modern. ad d. §. 3. I. h. t.* Plura de donatione propter nuptias videri possunt apud *Schambog. d. §. 3. I. h. t. Ant. Perez. in Cod. de Donat. ante nuptias. Servv. exercit. ad pand. 30. sb. 33. & seqq.*

# TITULUS VIII.

## QUIBUS ALIENARE LICET, VEL NON.

### SUMMARIA.

1. Assignatur effectus dominiū ab eodem separabilis.
2. Maritus regulariter nequit alienare rem immobilem, sibi in dotem datam.
3. adducuntur exceptiones.
4. mortuā in matrimonio uxor conualescit alienatio dotis.
5. examinatur, possitne pupillus mutuum dare, aut accipere ?
6. possitne solvere, vel eidem solvi ?
7. Potest creditor pignoratitius quandoque pignus distrahere, observatis certis solemnitatibus.
8. Qua hodie ab usu rescesserunt.
9. Adornatur distracti pignoris effectus.

**O**rdinem civilium & particularium acquirendi dominiū aediorum interruptumpit effectus & proprietates dominiū : effectus quidem in presententi, - proprietates autem in sequenti titulo.

Effectus dominiū est, quod dominus re suā liberè uti possit, vendendo, & vel quocunque modo alienando. §. 40. supra de R. D. imò & abuti. arg. l. 55. ff. de condit. & demonstrat. cum rei suæ liberrimus quisque moderator sit & arbiter. l. 21. Cod. mandati. Verum effectus hic à dominio separari potest, & accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienare non possit, & e contra qui dominus non sit, alienanda rei potestatem habeat. princ. l. h. s.

### §. I.

**S**ic primò stante matrimonio residet dominium civile rei in dotem datæ penes maritum, per ea, quæ sit. 1. hujus libri p. 2. §. 3. n. 12. diximus, cui tamen eandem alienare non licet, adhibitâ distinctione inter res mobiles & immobiles. Rerum mobilium maritus absolutus efficitur dominus, adeoque liberè potest illas alienare. l. 42. ff. de jure dot. & arg. l. 3. §. 2. ff. de suis & legis hered. cum lex Julia, prohibens alienationem dotis, nominatim loquatur de prædio dotali. d. princ. l. h. s. consequenter ad res mobiles non pertineat. Res immobiles in dotem datæ sunt vel æstimatæ, vel inæstimatæ. Res æstimatæ sunt vel æstimatæ venditionis, vel nudæ taxationis gratiâ. Res æstimatæ æstimatione, faciente venditionem, pleno jure concedunt in dominium mariti, adeoque liberè ab eodem alienari possunt, supposito, quod solvendo existat. l. 5. Cod. de jure dotium. l. 6. Cod. de usufructu & habitatione. Nam res ita æstimatas consequitur maritus titulo veræ venditionis. l. 10. §. 4. ff. de jure dot. res emptas autem & traditas potest emptor liberè distrahere. Res immobiles inæstimatæ vel æstimatæ nudæ taxationis gratiâ, puta, cum in finem, ut, ca-

si quo res in dotem data perierit, aut deteriorata fuerit, maritus sciat, quantum refundere necessum habeat, concedunt quidem in dominium mariti, non tamen in absolutum, adeoque alienari ab eodem non possunt, esto mulier consentiat. *d. princ. l. h. s. l. 69. §. 7. ff. de jure dot. l. 13. §. 2. ff. de fundo dotali. l. un. §. 15. Cod. de rei uxoria act.* Ratio ita statuendi insinuat in *sine d. princ. l. h. s. l. 2. ff. de jure dot. & l. 1. ff. soluto matrim.* Quia nimirum publicè interesse creditur, dotes faminis conservari, quò facilius marito mortuo virum alium inveniant, ac incommoda viduitatis sustinere non cogantur.

- 3 Excipiuntur tamen casus nonnulli, in quibus etiam harum alienatio procedit. Primus est, si necessitas alienationem suadeat. *l. 1. princ. ff. l. 2. Cod. de fundo dotali, & ibi Brunnemann.* Secundus, si pro re immobili minùs utili (fortè tantas impensas exigente, quibus sustinendis nec uxor nec maritus sufficiat) consentiente uxore comparetur res immobilis utilior. *l. 26. l. 27. l. ult. ff. de jure dot.* Tertius, si mulier alienationem dotis jurejurando firmet. *c. 28. de jurejur. c. 2. eod. in 6.* Juramentum enim actui etiam invalido adjectum toties producit obligationem religionis, quoties non ipsam materiam, lege prohibitam, pro objecto suo habet. Atqui, esto alienatio dotis actus sit invalidus, juramentum tamen, quo mulier alienationem dotis promisit, non respicit ipsum actum lege prohibitum, sed non impugnationem alienationis, *ad capitulis. quæ faminz videtur permessa, ergo producit obligationem religionis, teneturque mulier eidem stare.* Quartum addit *Trenkelerus vol. 2. disp. 7. th. 9. lit. D.* Si mulier post biennium semel atque iterum consenserit, ac ipsi ex aliis mariti bonis satisfieri possit, per textum in *nov. 61. c. 1. §. 3. in f.* ubi, postquam in prioribus paragraphis hoc procedere dictum esset in alienatione rei donatæ propter nuptias, Imperator subnectit: *& multò potius hæc in dote valebunt, si quid dotis aut alienetur, aut supponatur.* Verùm dissentiant *Bachov. d. th. 9. lit. D. & Brunnemann ad anth. sive à no. Cod. ad SC. Vell.* ubi *n. ult.* ad recitata verba formalia *d. novella 61.* respondet, ea de prohibitâ dotis alienatione, nullo autem modo de modificatione ibidem propositâ exaudienda esse.

- 4 Dubitatur, convalescatnè alienatio dotis, si mortuâ in matrimonio uxore dos lucro mariti cesserit? *¶.* Convalescere, per textum expressum in *l. pen. ff. de fundo dotali. Servv. exercit. ad pand. 30. th. 21.*

Objicies: quod initio est vitiosum, tractu temporis non convalescit. *l. 29. l. pen. ff. de R. l. c. 18. eod. in 6.* Atqui alienatio dotis ab initio est vitiosa, ergo &c. *¶.* Dist. majorem: quod initio absolute vitiosum est, tractu temporis non convalescit, esto, quod initio certo respectu duntaxat vitiosum est, tractu temporis non convalescit, nego. Alienatio dotis, ad quam decurrat maritus constante matrimonio, non est absolute nulla, sed præcisè in quantum

tam præjudicat uxori : in quantum verò nocet ipsi marito, valet : hic enim potest conditionem suam deterioreni reddere. *arg. l. pen. Cod. de pactis.*

## § II.

**S**imiliter add. quamvis pupilli, cæterique curatorem habentes, domini sint rerum suarum, illas tamen vel mediante mu.uo, vel mediante solutione alienare prohibentur. & quidem 1. in mutuo consideratur vel datio, vel acceptio. Dationem quod attinet, illa sine tutoris vel curatoris auctoritate inutilis est, ità, ut numi dati vindicari possint, si adhuc existent. Sin consumpti sint, interest, an id bonâ fide factum, puta, ab ignorante defectum personæ, & mutuum convalescit, adeoque condici numi possunt. An verò malâ fide, puta, à sciente defectum personæ, & ad exhibendum de illis agi; item utilis in rem actione repeti possunt, & secundum aliquos etiam per conditionem sine causâ. §. 2. *l. h. s. & ibi Vinn. & Ludov. l. II. §. ult. l. 19. §. I. ff. de R. C.* Ad exemplum dationis etiam acceptio mutui absque tutorum aut curatorum auctoritate & consensu inutilis est. Quodsi tamen defacto pupilli, minores, prodigi &c. acceperint, refert, res credita adhuc exstet, an jam consumpta sit? priore casu vindicari ab eo potest, qui dedit. Ratio est, quia is manet dominus mutui inutiliter dati. Posteriore casu ulterius distinguendum, an accipiens ex mutuo evaserit ditior, & tenetur eatendù, quatenùs ditior factus est. *l. §. princ. ff. de auct. & consens. tut. junct. l. 206. ff. de R. I.* An verò non evaserit ditior, & ad nihil tenetur: sibi enim imputare debet, creditor, quòd crediderit tali personæ, quam scivit, aut saltem scire debuit, eo modo non posse contrahere. *l. 19. princ. ff. de R. I.* adeoque damnum, quod hoc casu suâ culpâ sentit, sentire non videtur. *l. 203. ff. de R. I.*

2. In ordine ad solutionem interest, solvaturne à pupillo, an pupillo solvatur? Pupillus sine tutore suo frustra solvit, nec numos facit accipientis. *d. §. 2. l. h. s. l. 14. §. f. ff. de solutionibus.* Quodsi defacto solvat, refert, numi adhuc existent, an sint consumpti. Si prius, potest illos vindicare. Si posterius, hoc est, si numi consumpti sint, & quidem bonâ fide, solutioque ex eâ causâ facta, ex quâ exactio fieri potest, solutio robur capit. *d. l. 14. §. f. junctâ. l. 24. §. 4. ff. de minoribus &c.* ubi Paulus ait, æris alieni solutionem esse necessitatis, credere non etiam. Quodsi autem ipse pupillus contraxerit, & solverit, etiam consumptæ pecuniæ condictio est. *l. 29. ff. de condict. indebiti. Brunemann ad d. l. 14. v. ult. Bachov. in Treusl. vol. 2. disp. 29. th. 2. in G.* Planè si pupillo solvatur, non aliter sequitur plena liberatio, quàm si auctoritas tutoris intervenerit, & Decretum judicis accesserit. *d. §. 2. l. h. s. l. 25. & 27. Cod. de administr. tutorum.* Diverso modo solutio si contigerit, & pupillus numos salvos habeat, aut in rem suam converterit, doli mali exceptione repellitur, si eandem summam prætereundè denuò sustineat; quia lo-

eupletior vult fieri cum damno & dispendio alterius, contra *L. 206. ff. de R. I.* Sia malè numos collocaverit, potest iteratam solutionem petere; sibi enim alter imputet, quòd non eo modo solverit, quo leges volunt. *d. §. 2. confer Berlich. aurearum decis. p. 1. decis. 78. n. 2. & ea, quæ supra tit. 4. de usufructu p. 1. §. 4. n. 6. à nobis tradita fuerunt.*

## §. III.

7 **E** Contra esto creditor non sit dominus pignoris, id tamen quandoque distrahere potest. §. 1. *l. b. r.* pignus enim ex fine intrinseco constituitur, ut creditori in omnem eventum sufficienter sit cautum: non foret autem ei sufficienter cautum, si, debitore moras neccente, rem pignori nexam non posset distrahere. Unde jus suum exsequi dicitur creditor in *d. §. 1. & l. 7. §. 1. ff. de rebus coram, qui sub cur.* si pignus distrahat. Cæterum ut venditio pignoris ritè procedat, duo concurrant, oportet. Primum est, ut fiat debito tempore: alterum, ut debito modo. Tempus venditionis initium suum ducit à morà debitoris, quam incurrit, si vel ab homine, vel die, solutioni dicto, interpelletur. *l. 32. primo. ff. de usuris. l. 10. Cod. de pignoribus. l. 7. l. 14. Cod. de distract. pign. l. 12. Cod. de contrab. & commit. stipul.* Modus venditionis duobus constat, bonà fide creditoris, & solemnitatibus. Bona fides in eo consistit, ut creditor pignus non vilioris pretio, sed eo modo distrahat, quo diligens paterfamilias rem suam distraheret. *l. 14. ff. de pignor. act. l. 3. Cod. si venditio pignoro agatur.* Circa solemnitates dispiciendum, convenerint à aliquo inter partes, an nihil. Si aliquid, tunc vel id actum, ut liceat pignus distrahere, vel nè liceat. Pactum prioris generis dat legem contractui ac operatur, ut pignus modo convento liceat distrahere. *l. 3. §. 1. Cod. de jure domini impetrando. arg. l. 7. §. 4. & 5. ff. de pactis. l. 8. §. 3. ff. de pignorat. act. & l. 1. §. 6. ff. de positi.* Pactum posterioris generis, ceu adversum fini pignoris, habetur pro non adjecto, adeoque illo non obstante potest creditor pignus vendere: non aliter tamen, quam post trinam denunciationem, & lapsum biennii exinde computandum. *l. 4. l. 5. ff. de pignorat. act.* Quòd si nihil inter partes placuerit, unica denunciatio fit debitori, ac àb illà expectatur biennium: quo lapsò, si debitor necdum solverit, pignus liberè distrahitur. *d. l. 3. §. 1. Cod. de jure domini impetr.* Pignus emptorem si non inveniatur, nova debitori fit denunciatio: quã contemptà potest venditor à Principe petere, ut rem pignori nexam jure domini possidere deinceps sibi liceat. *d. l. 3. §. 2. & 3.* Hodie rariùs secundum *d. l. 3.* proceditur, cum judiciali plerumque auctoritate pignora distrahantur, & si alius emptor non reperitur, mox creditori in solum adjudicentur. *Fin. ad §. 1. l. b. r. in verb. nostrà constitutione consultum. Hopp. in usu modern. ibid. Carpz. p. 1. l. f. const. 28. def. 136. num. 13.*

Effectus venditionis hujus alius est, si facta sit legitimè, alius, si illegitimè. Legitimè facta tollit nexum pignoris, ac jus omne, quod debitor habuit, transfert in emptorem. *l. 6. Cod. de O. & A.* In hoc tamen est differentia inter emptorem extraneum, & unum ex creditoribus, quòd re, extraneo venditâ, in potestate amplius non sit debitoris, eandem luerè. *l. 3. princ. ff. de distr. pign.* Venditâ verò uni ex creditoribus, liceat debitori offerre summam debitam, ac eandem redimere. *l. 5. §. un. l. 6. ff. d. t. l. 1. Cod. si antiquior creditor pignus vendiderit.* Si pignus illegitimè sit venditum, interest, ne dumne potuerit vendi, fortè quòd debitor moram nondum commiserit, an potuerit quidem, fuerit tamen malâ fide, aut solemnitatibus non servatis distractum. Venditio prioris generis est ipso jure nulla, adeòque illâ non obstante potest debitor rem venditam repetere à quocunque possessore. *l. 2. Cod. si vendito pignore agatur.* Venditio posterioris generis ipso jure tenet, debitor tamen creditorem actione pignoratitiâ convenire potest ad interesse. *l. 4. l. 7. Cod. de distract. pign. Servus exercit. ad pand. 26. sb. 46.*

## TITULUS IX. PER QUAS PERSONAS CUIQUE ACQUIRITUR.

### SUMMARI A.

1. Desinitur & dividitur peculium.
2. quanam pertineant ad profectivum.
3. quantum in hoc jus sum pater, sum filius obtineant?
4. Describitur peculium adventitium.
5. quòd duplex, ordinarium & extraordinarium.
6. pro cujus varietate varium jus patris & filii.
7. agitur de peculio castrensi, & rebus eò spectantibus.
8. nec non de jure, patri & filio in eodem competente.
9. Expenditur peculium quasi castrense, & jus filii, ac patris in eo.
10. acquiritur nobis per servos sum pleno jure nostros, sum fructuarios, sum bonâ fide possessores.
11. etiam possessio per procuratores, non tamen obligatio.

**P**roportibus dominium circumfluit variis, quas inter & illa, quòd non tantum per nosmetipsos, sed etiam per alios acquiri valeat. Alii illi sunt vel sub potestate patriâ, vel dominicâ, aut extrâ potestatem. *princ. l. b. s.*

### S. I.

**S**ub potestate patriâ sunt Filii familias, per quos tamen non promiscuè, sed pro diversitate peculiarum nobis acquiritur.



Peculium à pecuniâ nomen suum trahit. *l. 5. §. 3. ff. de peculio.* Sumitur vel propriè, vel impropiè, impropriè 1. pro patrimonio cujuslibet hominis. *l. 16. pr. ff. ad SC. Trebell.* 2. Pro pecuniâ præsidii causâ repositâ *l. 9. §. 1. ff. de legat.* 3. Propriè sumitur iterum vel strictissimè, pro peculio solius servi. *d. l. 5. §. 4.* vel latius non nihil, ita, ut peculium omnium eorum, qui in potestate sunt, complectatur. Atque in acceptione hâc definitur, quòd sit universitas rerum, quam filius, vel servus, à rationibus patris vel domini separatam habet.

Dividitur in peculium servi & filii familias. Peculium servile est, quòd servus permissu domini à rationibus dominicis separatam habet. *d. l. 5. §. 4.* atque hoc peculium unius est generis, sicquè dependens à voluntate domini, ut pro lubitu revocare, ac extinguere possit. *l. 8. ff. de peculio.* Peculii hujus usus olim erat valdè frequens, cum, ut servi eò diligentius res dominorum curarent, hi plerumque illis indulserint, ut certam pecuniæ quantitatem separatam à rationibus dominicis haberent, & pro lubitu cum hac, ad patris familias tamen utilitatem, disponderent. Hodie id genus peculium vix dabitur: ut ut enim à barbaris captos servorum more tractemus, tanta tamen illorum apud nos fiducia non est, ut illis dispensationem nostrorum negotiorum, vel etiam separatam partis bonorum administrationem simus commissuri. servos autem conductos quòd attinet, etiamsi hos interdum negotiis nostris præficiamus, cum tamen liberi homines sint, jura peculiorum his applicari nequeunt, sed ad alias actiones ordinarias recurrendum erit.

Peculium filii familias est, quòd Filius à rebus paternis separatam habet. Scinditur in Paganum & Militare. Paganum est vel profectitium, vel adventitium. Militare vel castrense, vel quasi castrense. Peculium profectitium est, quòd citrà respectum militiæ à patre, vel occasione patris, nudæ administrationis gratiâ, ad filium profectum est. *§. 1. l. b. s.* Refert igitur, ex substantia patris, an occasione patris ad filium quid pervenerit. Si ex substantia, tunc vel directè, vel indirectè. Si directè tunc vel respectu militiæ, vel citrà respectum hunc. Quòd respectu militiæ à patre ad filium pervenit, non pertinet ad peculium profectitium, sed castrense. *l. 1. Cod. de castrensi peculio.* Quòd citrà respectum militiæ à patre ad filium profectum est, pertinet ad peculium profectum, si pater nudam administrationem filio concedere voluerit. *§. 1. l. b. s.* Quòd si pater animum donandi habuerit, tunc vel sermo est de donatione simplici, vel ob causam. Relicta filio donatione simplici, neque profectitium, neque adventitium peculio tunc accensentur. Non illi, quia peculium profectitium collationi est obnoxium. *l. 13. Cod. famil. exercis.* Relicta autem donatione simplici collationi non subjacent. *l. pen. §. 1. Cod. de collat. l. 18. princ. Cod. famil. exercis.* Non isti, quia peculii adventitii proprietates pertinet ad filium: quæ autem relicta sunt donatione simplici, manent patris, quia donatio est invalida. *l. 11. Cod. de donat. junct. l. 25. Cod. de donat. inter vir. & ux.* Putem tamen, relicto donatione simplici diver-

so respectu reduci posse ad peculium profectitium, & adventitium. Ad illud quidem, si pater consideretur adhuc vivus, quia rem donatam pro libitu revocare potest. Quamvis de hoc hodie valde dubitet *Stryck ff. de peculio. §. 5.* Ad illud verò, si consideretur præmortuus, quia donatio tunc confirmatur, ac retrò substituisse fingitur, *d. l. 25. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 29. num. 66.*

Donatio ob causam facta est vel propter merita filii, vel propter nuptias. Donatio prioris generis non pertinet ad peculium profectitium, sed adventitium, quia ita transit ad filium, ut non administrationem tantum, sed dominium quoque consequatur. Donatio posterioris generis neque videtur peculio profectio, neque adventio accelessi posse: Si tamen ad alterutrum revocanda sit, magis est, ut ad profectitium revocetur, quia soluto matrimonio ad patrem revertitur. *l. 2. Cod. de bonis, qua liberis.* Porro si ex substantiâ patris indirectè aliquid ad filium pervenerit, fortè quòd cum bonis patris negotiatus sit, aliâ distinctione opus: vel enim negotiatus est filius cum bonis paternis nomine & periculo patris, vel tanquam cum rebus propriis, nomine ac periculo proprio. Lucrum prioris generis pertinet ad peculium profectitium, quia censetur profectum ex substantiâ patris: uti enim, si extraneus cum bonis patris, hoc modo acceptis, negotiaretur, totum lucrum obtingeret patri; ita etiam, si filius cum bonis patris hoc modò acceptis negotiatur, totum lucrum patri obveniat, necesse est. Lucrum posterioris generis pertinet ad peculium adventitium, quia bona patris non concurrunt quâ talia, sed tanquam extranei alicujus, adeoque sicut, si filius cum bonis extranei periculo proprio negotiaretur, lucrum non extraneo, sed ipsi filio obveniret; ita etiam, si cum bonis patris nomine proprio negotiatur, lucrum non patri, sed ipsi obveniat, oportet.

Non ex substantiâ, sed occasione præcisè patris ad filium si quid pervenerit, interest, fueritne pater motivum adæquatum donationis, & occasio proxima, an remota tantum, fortè quòd donator occasione patris venerit in noticiam filii, donaverit tamen ex affectu non ergà patrem, sed ipsam filium. Donum prius censetur non tam collatum in filium, quàm ipsum patrem, adeoque pertinet ad peculium profectitium. Donum posterius censetur aliud ad filium pervenisse, consequenter spectat ad peculium adventitium. Sed quid dicendum de muneribus, quæ patri in infantibus baptizatis offerunt, pertinentè ad peculium profectitium, vel adventitium? Ad profectitium refertur *Grænevogen de h. abrogatis ad l. 19. §. 1. ff. de peculio n. 2.* Econtra ad adventitium irregulare revocant *Hopp. ad §. 1. l. h. r. pag. m. 389. Carpz. l. F. p. 2. const. 24. def. 18. n. 6. Mev. p. 9. decis 6;* Ego distinctionem adhibeo, quam adhibet *Lanterbach ff. de peculio §. 32.* & probat *Brunnemann ad d. l. 19. §. 1. ff. d. r. existimans, referre, utrum patrinus infanti, filio suo spiritali, aliquid obtulerit, quod etiam aliis similibus donare sit solitus; item*

an non pater ejus sit vitæ, ut singularem favorem non mereatur? & adnumero peculio adventitio irregulari, prout & in casu, quo ratio sanguinis cum affectione spiritualis paternitatis concurrat, ut si avus nepoti ex filio emancipato, aut frater fratris sui filio, quem ex sacro fonte suscepit, munus, licet insigni & inconsuetum dederit. Quodsi verò patrinus ejusmodi insigni donum dederit infanti, cujus pater singularis donatoris amicus est, à quo multa singularia accepit beneficia, munus oblatum peculio profectitio accensæ, cum donator in tali casu accepta beneficia spirituali munere compensare voluisse, & potius intuitu patris donum dedisse videatur. confer *Manica de Tacit. & Ambig. convens. lib. 13. tit. 21. n. 24. Henricum Lückium ad Decretales lib. 3. tit. 42. §. 3. circa f.*

3. Circa peculium profectitium jus aliud habet pater, aliud filius. Pater admodum amplum. Nam 1. plenum obtinet ejus dominium. *d. §. 1. l. h. e.* 2. Quidquid filius ex causâ peculii hujus apprehendit, id illicò patri etiam ignorantì acquiritur *l. 1. §. 5. l. 4. ff. de a. vel a. poss.* 3. Potest peculium hoc pro libitu filio adimere. *arg. l. 4. princ. & l. 8. ff. de peculio.* Jus econtrâ filii est admodum tenue, regulariter nudâ rerum peculiarium administratione circumscribitur, ac in quibusdam saltem circumstantiis filio utilitatem propinat. Nam 1. potest filius ex justâ causâ de peculio hoc donare: *l. 7. §. 1. ff. de donat.* 2. Sequitur eundem emancipatum, si non expressè id pater ademerit. *l. 31. §. 2. ff. cod.* 3. Bonis paternis, ob fiscale debitum publicatis, eidem reservatur. *l. 3. §. 4. in f. ff. de minoribus.*

4. Peculium adventitium est, quod extrâ causam militiæ aliudè filio obvenit, vel saltem non nudæ administrationis gratiâ à patre ad eundem profectum est. Huc pertinent 1. bona materna & materni generis. *l. 1. l. 2. Cod. de bonis, qua liberis* 2. Lucra sponsalitia & nuptialia. *l. 2. 4. & 5. Cod. cod.* 3. Quæ filio titulo hæreditario, legati, vel donationis, citrà respectum patris sunt relicta. *d. §. 1. in f. l. h. e.* 4. Quæ filius liberalitate fortunæ, vel industriâ propriâ, non tanquàm administrator rerum paternarum consecutus est. *d. §. 1. in f. & l. 6. Cod. de bonis, qua liberis.*

5. Dividitur hoc peculium in ordinarium seu regulare, & extraordinarium seu irregulare. Ordinarium est, cujus proprietas ad filium, ususfructus ad patrem pertinet. Extraordinarium, cujus plena proprietas spectat ad filium.

Degenerat peculium adventitium in irregulare 1. Si ususfructus pater filio remittat. *d. l. 6. §. 2. verf. fin autem res. Cod. de bonis, qua liberis* 2. Si eâ lege filio aliquid relictum sit, nè ususfructus ad patrem perveniret. *nov. 117. c. 1. in princ.* 3. Si filius unacum patre fratri hæres existiterit; tunc enim, quod acquirit, pleno jure acquirit. *nov. 118. c. 2.* 4. Si filius hæreditatem sibi delatam invito patre agnovit. *l. ult. princ. Cod. de bonis, qua liberis. Lauterbach. exercit. jurid. de peculio advent. irregul. tit. 11. & seqq.*

Jus filii variat in peculio adventitio pro varietate ejus. nam in extraordinariò plenam obtinet proprietatem, ita, ut, si perfectæ ætatis sit, de eodem inter vivos liberè disponere possit. *d. nov. 117. c. 1. §. 1.* quamvis pro patrefamilias respectu ejus non habeatur. In ordinario non habet, nisi proprietatem, & quidem tam modicam, ut absque consensu patris alienare eandem nequeat. *d. l. ult. §. 5. in f. Cod. de bonis, qua liberis.*

Jus patris in memorato peculio rursus aliud est, si loquamur de ordinariò, aliud, si de extraordinariò. In hoc pater nihil juris obtinet. In illo præter usumfructum etiam liberam administrationem, *l. 1. Cod. de bonis maternis. d. l. 6. §. 2. Cod. de bonis, qua liberis.* Hinc potest 1. pater peculii hujus nomine agere & conveniri, *d. l. 1. Cod. de bon. maternis. d. l. ult. §. 3. Cod. de bonis, qua liberis.* 2. Impensas litis sumit ex fructibus. *dd. legibus.* 3. Rationem administrationis suæ non reddit. *d. l. 6. §. 2. in princ. d. l. ult. §. 4. in f. Cod. de bonis, qua liberis.* Cùm sinistra suspitio de malè administratione non cadat in patrem. *Corp. d. p. 2. const. 11. def. 5. n. 1. & seqq.* cui praxis Cameræ suffragatur, teste *Mynseng. cent. 2. obs. 93.* quamvis privatam bonorum specificationem facere teneatur ad hoc, ut fidem filio facere possit, quantum mater reliquerit. *Stryck ff. de peculio. §. 7.* Planè alienare res has non potest, nisi fortè causâ necessitatis vel utilitatis alienationem suadeat, quo casu adeò liberè ad eandem decurrit, ut nè quidem decreto magistratùs indigeat. *d. l. ult. §. 4. & 5. adde Fachin. 6. contr. c. 40.* Porò in præmium emancipationis potest pater ex hoc peculio dimidiam partem ususfructùs retinere. *§. 2. l. h. s. l. 6. §. 3. Cod. de bonis, qua liberis,* cùm potestas patria inæstimabilis sit. *l. 114. §. 8. ff. de legas. 1.*

Peculium castrense est, quod filiusfamilias in palatio Principis, vel intuitu militiæ armatæ acquisivit. Varia igitur pertinent ad castrense peculium. 1. quod filiusfamilias in palatio Principis acquisivit. *l. un. Cod. de castrensi omnium palatiorum peculio.* Neque enim alienus est à pulvere & labore castrorum, qui signa Principis comitatur: qui prestò est semper aëribus: quem incertum & eruditum studiis, itinerum prolixitas & expeditionum difficultas exercet. *d. l. un.* 2. Quod intuitu solius militiæ acquisivit. ubi tamen distinctione opus, ac refert, ex ipsâ militiâ filius aliquid acquisiverit, an occasione ejus? res prioris generis procul dubio ad castrense peculium pertinent, adeoque si filius vel stipendia receperit, vel hosti spolia extorserit, vel castrensia pecuniâ prædia comparaverit, hæc omnia ad peculium castrense revocantur. *l. 1. Cod. de castrensi peculio.* Circa res posterioris generis ulterior distinctio adhibenda, nimirum, fueritne militia occasio proxima acquirendi, an remota duntaxat. Quæ filius priore modo acquisivit, accensentur peculio castrensi; quæ posteriore modo, non etiam. ut ecce! Filio euntin bellum pater, mater, vel cognatus res mobiles donârunt: ob famam virtutis bellicæ filius à commilitone,

tone, vel alio hæres scriptus est; hæc & similia, quia proximè invito militiæ donata & delata censentur, pertinent ad peculium castrense. *l. 4. Cod. fam. mil. ercisunda. l. 5. l. 19. princ. ff. de castrensi peculio. l. 1. l. 4. Cod. eodem.*

Econtra prædium, quod pater filio in bellum eunti donavit, intuitu alio, quàm militiæ donatum censetur, proindèque ad peculium castrense non pertinet. *d. l. 4. Cod. fam. ercis. d. l. 1. Cod. de castrensi peculio.*

Jus filii sicuti circa peculium hoc satis amplum est, ita, ut plenum ejus obtineat dominium. *d. l. 6. in f. princ. Cod. de bonis, quæ liberis. tam inter vivos, quàm ultimâ voluntate liberè de eodem disponere possit. l. 2. 4. 5. & 6. ff. de castrensi peculio. ac ratione illius fictione juris pro patrefamilias habeatur. l. 2. ff. de SC. Maced. l. 6. §. 13. ff. de injusto, rapto, irrito.* Sic jus patris restrictum admodum, imò vivo filio planè nullum. Mortuus si sit, refert, cum testamento decefferit, an ab intestato. Si prius, non habet pater, quod prætendat. Si posterius, jure veteri occupavit peculium hoc jure patriæ potestatis. *l. 1. l. 2. l. 9. l. 14. princ. & §. 1. ff. de castrensi peculio.* Jure novo res castrenses non pater, sed proximiores ab intestato capiunt. *l. ult. Cod. communia de successioneibus. l. 3. Cod. de bonis, quæ liberis.* De jure novissimo non est dubium, quin res quoque peculii castrensis, jure hæreditario secundum ordinarium successionis cursum deferantur. *nov. 118. c. 2. in f. ibi: & sine sua potestatis &c. Lamertbach d. lib. 15. tit. 1. de peculio. §. 11.*

Peculium quasi castrense est, quod filius familias occasione militiæ togatæ, vel liberalitate Principis, vel post susceptos sacros ordines acquisivit. Plura itaque ex censu sunt rerum quasi castrensiarum. Huc enim pertinet 1. quod filius familias tanquam causarum patronus, magister artium liberalium, archiazter, vel alius, qui stipendium percipit de publico, acquisivit. *l. ult. Cod. de inoff. testamento.* 2. Quæ à Serenissimo Principe vel piissimâ Augustâ eidem sunt donata. *l. 7. Cod. de bonis, quæ liberis.* 3. Quæ post susceptos sacros ordines acquisivit. *auth. presbyteros & Diaconos & Subdiaconos. Cod. de Episcopis & Clericis.*

Jus filii in peculio hoc tale est, quale in castrensi, ad cujus similitudinem fuit introductum.

## §. II.

Ubi potestate dominicâ sunt servi, qui vel pleno jure nostri, vel quoad solum usumfructum. Servi pleno jure nostri, quidquid vel ex causâ peculii, vel extrâ quâcunque aliâ causâ acquirunt, totum regulariter nobis etiam ignorantibus & invito acquirunt, §. 3. *l. h. s.* equidem invito non datur beneficium, *l. 69. ff. de R. I.* Verùm hoc exaudiendum quoad effectum: ipso jure datur etiam invito. quod igitur invito domino per servum acquiratur, non ratio beneficii, sed juris facit, cum ipse servus nihil suum habere possit.

interim tamen, si dominus ad, quod sibi ita quaesitum est, habere nolit, licet ei id repudiare, aut abjicere. *Vinn. ad d. §. 3. I. h. r. verb. ignorantibus & inuitis.*

Dixi antea, *regulariter*: excipitur 1. hæreditas, quam servus sine prævio domini iussuradire nequit, & si adierit, aditio nulla est. *d. §. 3. & l. 25. §. 4. ff. de a. vel omis. hered.* quamvis enim conditio nostra per servos melior reddi possit, deterior tamen reddi nequit. *l. 133. ff. de R. l.* Excipitur 2. Possessio, quam servus solum ex causâ peculii etiam ignoranti domino. *l. 1. §. 5. ff. de a. vel a. possess.* extrâ illam verò non nisi scienti acquirere potest. *l. 44. §. 1. ff. cod. Servi*, quoad solum usumfructum nostri, seu fructuarii, vel bonâ fide à nobis pro propriis possessi, quidquid ex re nostra aut operibus acquirunt, nobis acquirunt; extrâ has duas causas acquisita pertinent ad proprietarium, si servi sint fructuarii, vel ad dominum, si bonâ fide possessi. Idem juris obtinet in liberis hominibus, bonâ fide à nobis possessis, qui, quod ex donatione aut legato acquirunt, sibi acquirunt. *§. 4. I. h. r.*

Neque dicas: bona fides tantum præstat, quantum veritas. *l. 136. ff. de R. l.* hoc enim non nisi in casibus non exceptis procedit. *Schambez. ad d. §. 4.*

### §. III.

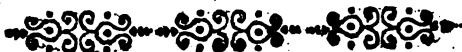
**P**ER personas extraneas, seu extrâ potestatem tam patriam quàm dominicam iure constitutas, regulariter nobis nihil acquiri potest. *§. 1. I. h. r.*

Excipitur procurator, qui etiam nobis ignorantibus acquirit possessionem, & per possessionem dominium, modò tradens fuerit dominus, & procurator nostro, non suo nomine, possessionem apprehenderit. *d. §. 5. I. h. r. l. 13. ff. de a. r. d. l. 41. ff. de usurpat. l. 1. Cod. de aq. & retin. poss.*

Dixi 1. *etiam nobis ignorantibus.* Intellige quoad acquisitionem possessionis & domini: nam in ordine ad conditionem usucapiendi, casu quo tradens dominus non fuerit, requiritur scientia principalis, rem procuratori esse traditam. *l. 49. §. ult. ff. de a. vel a. possess. d. l. 1. Cod. cod.*

Dixi 2. *acquirit possessionem.* Diversum obtinet in obligatione, ut quæ per liberam personam, quæ neque juri nostro subjecta est, neque bonâ fide nobis servit, acquiri non potest. *l. 53. ff. de a. r. d. l. 126. §. 2. ff. de F. O. l. 1. Cod. b. r.* Tum quia obligationes ad hoc inventæ sunt, ut sibi quisque quærat, quod suâ interest: alteri autem dari, nostrâ non interest. *§. 4. & 19. I. de inuic. stipulat. l. 38. §. 17. ff. F. O.* Tum quia possessionis acquisitio fit per actum naturalem, puta, corporalem apprehensionem, in qua

alteri faciliùs operam navamus, quàm in actu civili,  
quo obligatio quæritur.



# TITULUS X. DE TESTAMENTIS OR- DINANDIS.

## SUMMARIA.

1. Insinuatur ratio transgressionis de priori ad presentem titulum. 2. Referuntur varia acceptiones testamenti. 3. Etymologia ejus. 4. Testamentum est voluntatis nostra juxta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri vult. 5. Explicatur particula voluntatis. 6. Ultima voluntas in genere est dispositio gratuita de bonis in tempus post mortem disponentis. 7. Præcipua genera ultima voluntatis sunt testamentum, codicillus, epistola, donatio mortis causa. 8. Quo sensu testamentum pertineat ad alios inter vivos, explicatur. 9. Testamentorum jura per se firma esse debent. 10. Excipitur testamentum pupillare. 11. De sensu legis 32. pr. ff. de hæred. instit. agitur remissive. 12. Bartolus per particulam juxta intelligit perfecta: sed male! 13. Rejicitur explicatio Sanchezii, Viglii, & aliorum. 14. Resellitur opinio Joannis Harprecht. 15. Neque etiam per hujusmodi intelligitur voluntas plena, & integra. 16. Sed sententia conformis legibus ac regulis testamentorum. 17. Per hujusmodi sententia intelligitur decretum animi, exterius manifestatum. 18. Exploditur sensus particularum de eo, qui placet Jacobo Wissenbach. 19. Explanantur voces quod quis. 20. In quo testamentum differat à contractu. 21. Eruitur sensus vocabulorum fieri vult. 22. Data definitio, rite intellecta, nec est angustior. 23. Nec angustior suo definito. 24. Sensus genuinus & legitimus definitionis explicata in compendio proponitur. 25. Dividitur testamentum, & describitur publicum in genere. 26. Desinitur testamentum principi oblatum. 27. Quod offerre potest, qui aliàs testari. 28. Sed solum in scripseris. 29. Proponitur dubium, an requiratur oblatio personalis? 30. Qua quidem ad cavendas fraudes & lites consulitur. 31. Sed necessaria tam parùm existimatur. 32. Quàm parùm oblatio solemnis, seu cum interveniente testium. 33. Quamvis per duos testes probandum sit, quod oblatio testamenti facta sit principi, & in eà voluntate perstiteris defunctus usque ad mortem. 34. Ceterum sufficit, testamentum offerri vel ipsi Principi, vel ejus cancellaria. 35. Imò secundum aliquos Imperatrici. 36. Quo jure hodie etiam utuntur Principes & status Imperii. 37. Ita oblatum perinde valet, ac si apud alia conditum, aut coram 7. testibus solemniter ordinatum fuisset. 38. Requisita testamenti, Principi oblato, coguntur in compendium. 39. Quid hodie uberioris cautela, & facillioris probationis ergo, circa hanc testamenti speciem peti ac fieri solent, afferuntur in medium. 40.

Synonymia testamenti judicialis. 41. Ejus definitio. 42. Testari hoc modo potest, qui aliis jure communi. 43. *Quanam dicantur acta judicis.* 44. Ita testari licet etiam coram judice minore & incompetente. 45. Necessesse non est, ut præter presentiam judicis etiam actuarius, Senatores, aut Assessores sint presentes. 46. Testamentum hoc vel in scriptis, vel per nuncupationem, imò etiam per relationem ad schedam fieri potest. 47. Referuntur authores, sustinentes, testamentum hoc non posse per alium offerri. 48. Adducuntur rationes hujus sententia. 49. Cui contraria videtur probabilis. 50. Respondetur ad fundamenta opposita. 51. Ad testamentum hoc neque requiruntur testes. 52. & 53. Potest quoque confici extra locum judicii. 54. Prout respondit inclita Facultas juridica Salisburgensis. 55. Testamentum judiciale valet perinde, ac testamentum Principi oblatum. 56. Sed revocabiliter. 57. Revocatio tamen ex eo solo non rectè arguitur, si testator testamentum à judice repetierit. 58. Requisite testamenti judicialis uno velus spiritu enumerantur. 59. Describitur testamentum privatum, scinditurque in solenne & insolenne; illud rursus in scriptum & nuncupativum, quorum differentia assignantur. 60. Testamentum est creatura juris civilis. 61. De subjeeto testamenti agitur remissivè. 62. Attingitur ejus materia. 63. Tangitur forma communis omni testamentis; proponitur forma propria testamento paterno, & adornantur requisita communia testamento solenni, tum scripto, tum nuncupativo. 64. Inter qua primum continuatio actus testandi. 65. Unde contractus in testamento celebrari non potest. 66. Enervantur argumenta contraria. 67. 68. 69. 70. 71. & 72. Tractatur de habilitate testium, tanquam secundo requisito testamenti solennis. 73. Specialiter non excepti possunt esse testes in testamento. 74. Tertium requisitum solennis testamenti est rogatus testium. 75. Qui etiam de Jure Canonico necessarius est in testamento ad causas profanas. 76. Et, si negatur, ab hærede instituto probari debet per duos testes. 77. Quartum requisitum consistit in presentia testium presentissima. 78. Quintum in numero septenario, qui nò quidam in testamento, tempore pestis confecto, remissus est. 79. Movetur controversia, utrum testamentum, coram Parocho & duobus testibus ad causas profanas à laico conditum, etiam extra divi Petri Patrimonium, seu temporale territorium Papa subsistat? 80. Adducuntur Authores sententia affirmantis. 81. Recensentur Patrum negantis. 82. Qua probatur. 83. Solvuntur contraria, & explicatur cap. 10 de testamentis. 84. Recensentur requisita, soli testamento solenni scripto propria. 85. Circa qua discipatur, an testes signo alio, quàm anulo, testamentum signare possint? 86. Proponitur controversia, utrum testamentum, quoad solemnitates non privilegium, valeat in foro animæ, si una, vel pluribus ex illis careat? 87. Re-



87. Refertur sententia affirmans. 88. In medium affertur sententia negans. 89. Quarum utraque probabilis, & practicè rata pronuntiatur. 90. Spectatis autem Principiis intrinsicis, negativa videtur probabilior. 91. Respondetur ad textum in §. f. Inst. & l. ult. Cod. de Fideicommissis. 92. Solvitur argumentum ductum ex l. 2. Cod. eod. 93. & 94. Satisfit duabus aliis objectionibus. 95. Explicatur lex 88. §. ult. ff. de legat. 2. 96. Sententiam negantem secuti sunt Jureconsulti Fenenses, ac secundum illam judicavit Senatus Pedemontanus. 97. Peregrinus non tenetur observare omnes solemnitates supra dictas, si testetur in loco, ubi sufficiunt pauciores. 98. Testamentum factum juxta solemnitates loci alicujus, etiam vim habet alibi, & in loco, ubi major solemnitas requiritur. 99. Statuitur finis testamenti. 100. Adornatur ejusdem effectus. 101. De contrariis testamenti agitur remissivè.

**N** Ecdùm Imperatori de legato & fideicommissio particulari, tanquàm residuis & hætenus per duos titulos interruptis singularibus acquirendi modis, opportunus tractandi videtur locus. §. ult. supra per quas personas cuique acquiri, unde cum ipso ad modos universales dilabimur, quos inter præcellit successio, quæ vel testamentaria, vel legitima. Agamus initio de illâ: quamdiu enim ex testamento potest adiri hæreditas, àb intestato nemo admittitur. l. 39. ff. de a. vel omit. hered. l. 29. ff. de R. I. cum provisio hominis faciat cessare provisionem legis. arg. l. ult. Cod. de pactis conventis. Ut autem testamentaria successio perfectè intelligatur, oportet prius exponere naturam testamenti.

### §. I.

**V** Ox testamenti ferè tripliciter sumitur in jure nostro. 1. Subjectivè, pro eo, quod continet testamentum, ut est codex seu scriptura testamentaria, rubr. & et. ff. testamenta quemadmodum aper. l. 16. princ. ff. de leg. Cornel. de fals. 2. Objectivè, pro eo, quod potissimum continetur in testamento, ut est hæreditas, l. 14. ff. de his, quæ ut indignis. 3. Formaliter, pro primâ & præcipuâ specie ultimæ voluntatis, quæ de universis bonis cavemus. Ita hic capitur, ejusque definitio duplex traditur in jure nostro, una quid nominis, altera quid rei.

### §. II.

**D** Efnitio quid nominis proponitur in præf. l. b. s. ubi ita Imperator: *testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis sit.* Hanc etymologiam immeritò rident *Laurentius Valla* & alii ex eo, quòd pàdem ratione rectè dixeris, vestimentum inde appellari, quòd sit vestitio mentis, calceamentum indè, quòd sit calceatio mentis, &c. Nam distinguendum est inter notationem

tionem juridicam & grammaticam. Secundum istam testamentum rectè derivatur à voce *testari*, ut contendunt isti grammatici. Secundum alteram verò rectè se habet derivatio Imperatoris in *d. princ. l. h. t.* in testamento enim testator mentem suam de bonis & facultatibus suis clarè testatam facit, quæ proinde in eo præcipuè attenditur. *l. l. 2. & 17. ff. qui testam. facere &c. l. 19. princ. ff. de condit. & demonstrat. confer Vinn. & Bachov. ad pr. l. h. t. n. 1. Harp. ibid. n. 26. & seqq. Luduvell. de ult. volunt. part. 2. cap. 1. pag. 182. & seqq. Schambog. ad alteram partem rubrica. ff. qui testamentum facere &c. q. 1. per tot.*

## §. III.

**D**efinitio quid rei exhibetur in *l. 1. ff. qui testamenta facere possunt*, ubi <sup>4</sup> ita Modestinus: *Testamentum est voluntatis nostra iusta sensentia, de eo, quod quis post mortem suam fieri vult.* Definitio hæc variè impetitur à Doctoribus: lubet igitur bonitatem ejus vindicare, demonstrando rectitudinem singularum ejus partium, & plerarumque vocum velut mysteriosum sensum. Itaque

Dicitur in eâ *1. voluntatis*. intellige, ultimæ, circa quam <sup>5</sup>

Nota 1. ultimam voluntatem in genere nihil aliud esse, quàm dispositionem gratuitam de bonis in tempus post mortem disponentis. *Ludovicus Molina tract. 2. de F. & F. disp. 124. n. 2.* addit *Cardinalis de Lugo disp. 24. n. 1.* quæ morte disponentis confirmatur. Dicitur ultima, non præcisè per comparationem ad aliquam voluntatem priorem, sed quatenus in hæc lineâ voluntatis vel planè nulla, vel saltem nulla alia legitima voluntas exstat. <sup>6</sup>

Nota 2. præcipua genera ultimæ voluntatis videri hæc quatuor: testamentum, codicillum, epistolam (de quâ vide *Luduvell d. tract. de ult. volunt. part. 2. cap. 5. pag. 426.*) & donationem mortis causâ. reliqua, ut legata, fideicommissa, tutorum dationes &c. non tam sunt distinctæ species, quàm potius prædictorum generum capita, partes, vel appendices. *Luduvell d. p. 2. cap. 1. p. 181. & seqq.* De ultimâ voluntate innominatâ inde *Wadingum tract. de contract. disp. 4. dub. 2. n. 2.* <sup>7</sup>

Nota 3. primam & præcipuam speciem ultimæ voluntatis testamentum esse. Neque dicas: testamentum videtur potius pertinere ad actus inter vivos, & nempe ad contractus; ergò malè refertur inter species ultimæ voluntatis. antec. probas per *l. 9. princ. ff. de duobus reis &c.* ubi postquam Jctus dixisset, in omni contractu genere correos debendi posse constitui, & enumerasset aliquot exempla contractuum, ut emptionem, locationem, depositum, commodatum &c. statim subjicit testamentum; argumento non incongruo, ipsum quoque speciem contractus esse. Nam respondet *Christophorus Haunald, de F. & F. tom. 2. tract. 6. cap. 1. controuv. 1. n. 9.* testamen- <sup>8</sup>

tum largo modo posse dici contractum, quatenus nempe est negotium quoddam gestum inter defunctum ac hæredem; & olim solebat fieri per quandam imaginariam venditionem: per hoc verò, quòd demùm confirmetur morte, sufficienter differre à reliquis contractibus strictè dictis. Addit insuper ex *Decia Consil. 660.* in favorabilibus testamentum quoque contineri nomine contractus, ut si v.g. esset statutum prohibens, nè quis ullo contractu rem immobilem alienet in forenses aut extraneos; tali prohibitione etiam intelligi vetitam alienationem per testamentum, aliamvè ultimam voluntatem. Posset etiam responderi, testamentum in *d. l. 9.* summi causaliter pro aditione hæreditatis ex testamento, quæ indubiè quasi contractus est. *S. s. l. de oblig. qua quasi ex contractu. l. 1. §. 2. ff. de O. & A.*

9 Dicitur 2. *nostra.* satis enim constanter à veteribus traditum est, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non verò pendere ex alieno arbitrio. *l. 32. princ. ff. de heredibus institutendis.*

10 Neque dicas: testamentum pupillare pendet à voluntate patris, pupillariter substituētis filio suo impuberi. *ut. infra de pupillari substitutione. ergò &c.* Nam *ut. id.* tanquàm speciali favore pupillorum introductum, non esse producendum in consequentiam.

11 Cæterum in quanto rigore hoc verum sit, quòd testamentum non possit aut debeat pendere àb alieno arbitrio, §. assertionibus dilucidabo *infra tit. 24. §. 6. n. 12.*

12 Dicitur 3. *justa.* hic Rhodus, hic falsa! aded variè hæc particula à Doctoribus explicatur. *Bartholo* & ejus sequacibus *justa* hic idem est, quòd perfecta. Sed contrà hoc est, quòd eà ratione non excludatur codicillus, ut qui in suo genere non minùs perfectus est, quàm testamentum: perfectum enim unumquodque dicitur secundùm genus suum; nec idem, inquit *Figliani ad princ. l. h. t.* musca impersèctum animal est, quòd sit minor elephante.

13 *Sanchezio, Viglio,* & aliis *justa* hic idem est, quòd solemnis. Sed contrà hoc est, quòd eà interpretatione admisà excluderentur testamenta insollemnia, ut est testamentum militare, testamentum inter liberos &c. quæ tamen non minùs vera testamenta sunt, quàm sint testamenta solemnia.

14 *Joanni Harprecht ad princ. Inst. h. t. n. 56.* *Ly* *justa* hic idem est, quòd intacta, illibata, & modis omnibus rata sententia. Hoc modo, puta ille, sufficienter distingui testamentum à codicillo & legatis, ut quæ ob detractio-nem falcidæ, & Trebellianicæ non possint dici intacta & illibata sententia. Sed contrà hoc est 1. quòd detractio quartæ jure novo à testatore possit prohiberi. *Auth. cum testator. Cod. ad leg. Falcid.* Contrà est 2. quòd detractio illa sæpiùs cesset, & nempe quoties hæres quadrantem hæreditatis habet sal-vum & integrum. Neque patiar te dicere, hoc esse per accidens: nam ratio specificativa unius speciei nè quidem per accidens potest convenire alii, & distinctæ speciei.

Nonnullis *justa* hic idem est, quod plena & integra, sive talis sententia, 15  
quæ continet plenam, & universalem dispositionem de omnibus bonis defun-  
cti. Sed contrà hoc est, quòd eâ ratione excluderetur testamentum milita-

re, ut in quo etiam de parte bonorum potest disponi, cum miles jure nostro  
possit partim testatus, partim intestatus decedere. §. 5. *infra. de heredibus insti-  
tuendis. l. 6. ff. de testamento militis.* itaque rejectis his opinionibus

Verior interpretatio est, *ly justa* hic idem esse, quod juri seu legibus, 16  
ae regulis testamentorum conformis sententia. Colligitur ex *l. 4. ff. qui testa-  
menta facere possunt.* ibi in fine: *An secundum regulas juris civilis testatus  
sit.* Et confirmatur ex eo, quòd aliàs quoque justum idem sit, ac regulæ suæ  
commensum & adæquatam; cum igitur præcipua regula testamentorum sit,  
ut contineant directam hæredis institutionem, hæc quoque per dictam vocu-  
lam *justa* tacite importatur. *D. Glesle tract. can. civ. de testamentis in genere  
& specie p. 1. cap. 1. §. 1. in f.*

Dicitur 4. *sententia.* hoc est, Decretum animi exterius prolatum, & 17  
manifestatum. *Molina d. disp. 124. n. 4.*

Dicitur 5. *de eo.* Quod *Wissenbach ff. qui testamenta facere possunt, 18  
thes. 6.* sic accipit, ut idem sit, ac de omni eo, quod quis post mortem suam  
fieri vult, cum oporteat testatorem disponere de universis bonis suis, nè of-  
fendatur regula *legis septima. ff. de R. l.* Verùm hæc interpretatio idèò di-  
splicet, quia per eam excluderetur testamentum militare, ut quod ex dictis  
n. 15. admittit etiam dispositionem bonorum partialem.

Dicitur 6. *quod quis.* ad differentiam contractûs: testamentum enim 19  
unius ac solius testatoris voluntate constat; cum econtrà contractus plurium vo-  
luntates ac consensus in idem placitum desideret. *l. 1. §. 2. & seq. ff. de pactis.*

Dicitur 7. *post mortem suam.* iterùm ad differentiam contractûs: con- 20  
tractus enim non confirmatur primùm morte contrahentium, sed statim, at-  
que initi sunt, firmi sunt, & per se loquendo irrevocabiles. *l. 5. Cod. de O. &  
A.* Econtrà testamenta primùm confirmantur morte testatorum, antèà verò  
liberè possunt revocari. *l. 4. ff. de adimendis vel transferendis legatis.* Con-  
cordat Jus Divinum in Epistolâ ad Hebræos *cap. 9. vers. 16. & seq.* ubi ita  
Apostolus: *ubi enim testamentum est, mors necesse est intercedat testatoris.  
testamentum enim in mortuis confirmatum est: alioquin nondum valet, dum  
vivit, qui testatus est.* Equidem etiam contractus subindè solent conferri  
post mortem contrahentis, ut apparet ex §. 13. *Inst. de inutilibus stipulationi-  
bus. l. 12. §. ult. l. 13. ff. mandati vel contrà. l. un. Cod. ut actiones & ab here-  
dibus, & contrà heredes incipiant.* Verùm ipsi contractus non confirmantur  
primùm morte, ut testamenta, sed statim, atque initi sunt, validi sunt: nec  
licet alteri contrahenti, invito altero, à contractu recedere, sicut licet testa-  
tori, etiam invito hæredo, revocare testamentum.

- 21 Dicitur 8. *fieri vult.* cùm enim quis decrevit, se velle aliquid fieri, dicitur testamentum esse, undè vulgò traditur: verba enunciatiua, qualia sunt, quibus quid affirmatur aut negatur, non esse apta ad testamenti factionem, sed sola dispositiua. *Duarenus ad tit. ff. qui testamenta facere possunt. Sub rubricâ, quid sit testamentum. Hilliger. Donelli enucleati lib. 6. cap. 4. lit. C.* Ex his ita latè traditis de definitione legali testamenti
- 22 Colliges 2. contrâ quosdam dissentientes, datam definitionem non esse latiore definitio suo, cùm in sensu explicato non possit verificari de ullâ aliâ specie ultimæ voluntatis, multò minùs de actu aliquo inter vivos.
- 23 Colliges 2. contrâ *Accursum & Vulseium*, neque esse angustiore definitio suo, cùm reverà testamenta peregrinorum (quod exemplum dissentientes obijciunt) jure nostro romano pro testamentis non reputentur.
- 24 Colliges 3. sensum legitimum definitionis expositum hunc esse: testamentum est voluntas ultima, continens directam hæredis institutionem.

## §. IV.

25 **D**ividitur testamentum aliter de jure veteri, aliter de novo. Jure veteri in civile & prætorium. Civile fiebat vel pacis tempore calatis comitiis, puta, coràm univèrso populo in comitia coacto, vel in procinctu à viris in prælium ituris, vel per æs & liberam. §. 1. *I. h. t.* Prætorium est suprema voluntas, scriptis consignata, & à septem testibus subsignata. §. 2. *I. eod.* Jure novo scinditur testamentum divisione summâ & immediatâ in publicum & privatum. Publicum testamentum est, quod nititur fide & auctoritate publicâ. Estque duplex, testamentum oblatum Principi, & quod apud actum factum est.

- 26 Testamentum oblatum principi dicitur, quando testator ultimam voluntatem suam, precibus insertam, offert principi, ut ejus fide & auctoritate nunciatur ac valeat. *l. 19. Cod. h. t.*
- 27 Dixi 1. quando testator. potest autem hoc modo testari omnis, qui aliàs jure testamentum facere, *d. l. 19. ibi: omnibus etenim præstandum esse censens, ut libero arbitrio, cui testandi facultas suppetit, successorem suum oblati precibus possit declarare. Joannes Otto Tabor de testamento principi oblato cap. 6. thes. 7.*
- 28 Dixi 2. ultimam voluntatem suam, precibus insertam, ubi.

Noto 1. per preces in *d. l. 19.* intelligi libellum supplicem, seu supplicationem. *Tabor d. trakt. cap. 2. th. 1.* Noto 2. Testamentum hoc videri solum in scriptis offerri posse. Colligitur ex *d. l. 19. ibi: insertum merâ fide precibus.* & ibi: *per supplicationem nostris auribus intimatur.* *Tabor cap. 5. th. 9. & cap. 6. th. 4.* ubi scribit, testamentum hoc regulariter exigere scripturam, nec aliter valere per nuncupationem, quàm si principis secretarius

etiam scripto excipiat, & postmodum reponat ad scrinia principis, hoc est, ad locum, ubi solet asservari acta principis, quæ ad jus pertinent, vel, ut explicat *Brunnemann ad d. l. 19. Cod. h. t. n. 2.* ad arculas cancellariæ.

Dixi 3. *offer.* ubi

Quæritur, an requiratur oblatio personalis, seu, ut testator ipse coram 29 testamento suum offerat principi, utrum verò id possit etiam facere per alium, puta, per procuratorem?

29. 1. Consultius esse, testatorem ipsum testamentum suum offerre, 30 principi, ad cavendas fraudes & lites, quæ facile possunt evenire ex eo, si oblatio hæc fiat per tertium; & idè hæc pars potius erit suadenda illis, qui hæc ratione volunt testari.

29. 2. Videri probabilius, posse testatorem testamentum suum etiam 31 per tertium offerre principi, tum per *d. l. 19.* ibi in fine: *cum oblatas proces secundum voluntatem defuncti &c.* quæ sanè locutio vix potest aptari ad casum, quo testator ipse obtulit ultimam voluntatem. Quis enim (sunt verba *Taborevis d. tract. cap. 2. th. 15.*) dubitet, secundum suam voluntatem quemque supplicare? Debet igitur intelligi de casu, quo oblatio testamenti per tertium aliquem facta est; tunc enim potest prudenter dubitari, an testamentum secundum voluntatem defuncti oblatum fuerit, nec nè? Tum quia, per se loquendo, quilibet potest facere per alium, quod potest facere per se ipsum. *c. 68. de R. l. in 6.* quamdiu lex non requirit personalitatem agentis, prout non requirit in proposito. Taceo, quòd suppositâ hæc specie testamenti, introductâ per jus positivum, ex naturâ rei nihil intersit, utrum oblatio ista fiat àb ipso testatore, an verò ejus voluntate per tertium. Inter patronos sententia hæc numerat *Taborem d. cap. 2. th. 15. & cap. 5. th. 10. Struvium exercit. ad pandectas 32. th. 9. Mylerum àb Ehrnbach de Principibus & Statibus Imperii part. 1. cap. 28. n. ult. Eckols. ff. qui testamenta facere possunt. §. 3.* Inter adversarios *Wilhelmum Ludovell de ultimis voluntatibus part. 2. pag. 187. Finckelsbushium apud Taborem d. th. 10. D. Josephum Bernardum Gletle. d. p. 1. cap. 3. §. 4. n. 7.* quorum argumentis satisfacit *Taborcis. loco.*

Præterea nec requiri oblationem solemnem & cum interventu testium, 32 sed sufficere nudam & simplicem oblationem testamenti, factam principi, & àb eodem receptam, censemus cum *Tabore d. c. 6. th. 9. & seq. Brunnomanno ad d. l. 19. n. 3. Eckols. ubi supra. D. Gletle d. §. 4. n. 9.* Ratio est, quia præsentia Principis supplet omnes solemnitates, excludit fraudulentas machinationes, & quòd coram Principe fit, dicitur quasi toto jure teste fieri. *d. l. 19. Cod. h. t.* & verbum Principis esse instar multorum testium. *arg. cap. 28. inf. de testibus, & ibi Laymann. n. 5. Taborcis cap. 4. th. ult. & cap. 5. th. 1. Mylerus d. cap. 28. n. 2.*

Planè, quòd oblatio testamenti facta sit Principi, & in eâ voluntate per- 33

Alterit defunctus usque ad mortem, si fortè vocetur in dubium, probari debet. *d. l. 19. ibi in medio : ita demùm firmum fit, si ultimum comprobetur.* & ibi in f. *cùm oblatas preces secundùm voluntatem defuncti idoneis testibus possit approbare.* Sufficiunt autem ad hoc probandum duo testes. *d. l. 19. ibi : idoneis testibus.* pluralis enim locutio contenta est numero duorum. *cap. 40. de R. I. in 6. l. 12. ff. de testibus. Tabor d. cap. 6. th. 13. Brunnumann ad d. l. 19. n. 4. Mylerus d. cap. 28. n. 3.*

34. Dixi 4. *Principi.* quâ voce hic, sicut aliàs quoque per jus nostrum, intelligitur Princeps summus, seu Imperator : sufficit autem, testamentum offerri vel ipsi Principi, vel ejus curiæ aut cancellariæ. *Renfuer apud Tabor, nec improbat Tabor. d. cap. 6. th. 10. Eckolt. d. §. 3.* vel etiam secretariis aut consiliariis, à Principe ejusvè curiâ hoc sine ad ægotum missis, ut ejus ultimam
- 35 voluntatem excipiant. *Sernvius d. th. 9.* Idem jus aliqui porrigunt, etiam ad Augustam seu Imperatricem, ut ipsi quoque oblatum testamentum valeat sine omni aliâ solemnitate, *arg. l. 31 ff. de ll. Tabor. quamvis non sine formidine, d. cap. 6. th. 11. apertè Fritsch. tract. de Augustâ cap. 8. n. 8.*
- 36 Eodem quoque jure utuntur hodie Principes & status Imperii nostri. proinde (scribit *Mylerus d. cap. 28. n. 1.*) *si amicus, vel consiliarius, aut quisvis alius privatus ultimum suum elogium per supplicem libellum Principi Imperii offerat, illudvè ritè Princeps acceptet, huic dispositioni firmum robur tribuitur, ac sicoram 7. testibus, solenniter ad hunc actum vocatis, ultimam voluntatem suam conscripserit.* Adde *Taborem cap. 8.* Ubi exhibet responsum juris, quo resolvitur, valere etiam testamentum oblatum comiti Imperii, absque aliis solennitatibus.
- 37 Dixi 5. & ultimo : *ut ejus fide & auctoritate maniat ac valeat.* Et quidem valet non minus, quàm si apud acta conditum, aut coram 7. testibus solenniter ordinatum esset. *d. l. 19. ibi : sicut ergo securus erit &c. Cod. h. r. adeoque procedunt in hoc testamenti genere omnes illi effectus, tum quoad testatorem, tum quoad hæredem, qui in aliis ac solennibus testamentis locum habent. Tabor d. cap. 6. th. 14. & 2. seqq. adde Eckolt. ubi suprâ §. 4. ex dictis*
- 38 Colliges, ad valorem testamenti, Principi oblato, hæc solum requiri, nempe ex parte offerentis, ut vel ipse testator, vel procurator ejus coram Principe, ejusvè curiâ, aut cancellariâ, voluntatis suæ tenorem in scriptis exhibeat, eaque schedâ ultimum suum elogium contineri testetur. Aliæ Solennitates, ut adhibitio testium, eorumque subscriptio & subsignatio, in hoc genere non sunt necessariæ. *Tabor d. cap. 6. th. 10. Eckolt d. §. 3.* Ex parte verò Principis sufficit sola & simplex receptio, quâ ipsâ testamentum hoc ita plenè firmatur & auctoratur, ut æquè valeat, ac aliud quodcunque legitimum testamentum. *Tabor d. loc. th. 11. Eckolt ubi suprâ.* Neque est necesse, ut Princeps quidquam respondeat precibus offerentis, aut pecu-

hari rescripto testamentum confirmet. *Tabor cap. 3. th. 4. & 5. cap. 5. th. 8.* Neque etiam ut curet, illud reponi ad scrinium vel archivum suum, cum & absque hoc valeat, modò aliundè sufficienter constet de veritate voluntatis defuncti. *Tabor d. cap. 3. th. 8. in fine.*

Illud tamen hodie uberioris cautelæ & facilioris probationis gratiâ solet<sup>39</sup> peti, & fieri, ut à tergo precum seu supplicationis uno alterovè verbo adnotatio scribatur, non quidem per modum Decreti aut confirmationis, sed tantum per modum testimonii ritè factæ oblationis ac receptionis, quam inscriptionem curiali verbo signaturam dicimus. Deindè ut offerenti ex cancellariâ tradatur scheda quædam probatoria factæ oblationis, & receptionis, germanicè ein *Neuers / Gegenchein / oder Gegenbefantnuß.* *Tabor d. cap. 6. th. 12. Eckelt d. 5. 3.*

Secunda species testamenti publici est testamentum giudiciale, quod aliâ<sup>40</sup> phrasi dicitur testamentum apud acta, vel coram actis, coram giudice factum, actis publicis insertum &c. Definiri potest hoc modo:

Testamentum giudiciale est testamentum publicum, quo testator coram<sup>41</sup> actis giudicis ultimam voluntatem suam declarat, & offert ad hoc, ut actorum fide & autoritate fulciatur, ac valeat. *l. 19. Cod. h. s. ibi: sicut ergo securus eris, qui actis cujuscunque giudicis, aut municipium, aut auribus privatorum mentis sua postremum publicavit giudicium.*

Dixi 1. *quo testator.* potest autem hoc modo testari ille tantum, qui<sup>42</sup> aliàs jure communi testari valet: judex enim inhabilitatem personæ testantis supplere nequit. *Lauterbach vol. 3. diffus. Tubingensium. 24. th. 5.* undè & minor hoc modo testamentum rectè condit; quamvis enim minor se solo non habet legitimam personam standi in giudicio. *l. 2. Cod. qui legitimam personam standi in giudicis habeant, vel non.* hæc tamen inhabilitas pertinet solum ad actus jurisdictionis contentiosæ, & ubi minor potest damnificari, non etiam ad actus jurisdictionis voluntariæ, & qui concernunt favorem minoris, ut est factio testamenti giudicialis, *arg. l. 14. Cod. de procuratoribus.*

Dixi 2. *coram actis giudicis.* acta giudicis dicuntur, quæ sunt aucto-<sup>43</sup> ritate giudicis seu magistratûs. *Tabor tract. de testamento Principi aut comiti oblato. cap. 2. thes. 4. Lauterbach. d. diff. 24. thes. 2. & 14.*

Sed coram quo giudice licet hoc modo testari, an tantum coram majore,<sup>44</sup> & competente giudice, utrum verò etiam coram minore, & incompetente? Etiam coram minore, & coram incompetente giudice licere hoc modo testari. Colligitur satis ex *d. l. 19. ibi: cujuscunque giudicis.* Ratio autem est, quia hujusmodi testamenti factio ex communi Doctõrum est actus jurisdictionis voluntariæ, & quidem simplicis, ubi ex parte partium sufficit sola voluntas partium, ex parte verò magistratûs sola præsentia autoritativa, quam utique etiam incompetens judex valet accommodare. *Movius ad Jus Lubo-*



confe part. 2. tit. I. art. 2. n. 103. & seq. *Brunnewann ad d. l. 19. Cod. b. f. n. 16. Berlichius p. 3. conclus. pract. 4. n. 42. Carpx. p. 3. Jurisprudentia forensis constit. 3. def. 13. n. 3. & 4. Christoph. Philippus Richter p. 1. decis. 30. n. 29. Clariff. D. Doct. Braun diffus. de jurisdict. cap. 4. §. 3. ib. 17. Clariff. D. Doct. Glesle tract. can. legal. de testamentis in genere & specie p. 1. cap. 3. §. 5. n. 8.* Interim tamen consultius erit, coram competente iudice hoc modo testari, ad præcavendas lites.

45 Illud etiam, secluso contrario statuto aut consuetudine, de jure communi verius est, sufficere præsentiam solius iudicis, coram quo hoc testamentum fit, neque insuper necessariam esse præsentiam actuarii seu scribæ iudicii, itemque senatorum & assessorum. Nam in *d. l. 19.* nihil requiritur, nisi hoc, ut actis iudicis supremum mentis iudicium publicetur: ergo id quoque sufficit, nec ullius alterius personæ præsentia erit necessaria ad perfectionem hujus testamenti, siquidem requisita in hoc testamento privilegiato non sunt multiplicanda sine expresso textu. *arg. nov. 18. cap. 5. Eckols ff. qui testamenta facere possunt. §. 8. D. Glesle d. §. 5. n. 3.*

46 Dixi 3. ultimam voluntatem suam declarat. quod testator facere potest vel in scriptis, vel per nuncupationem, & hoc modo vel explicitè, vel implicitè, puta, per relationem ad schedam, sive in iudicio, sive etiam alibi depositam. *Eckols d. l. §. 9. Lauterbach d. diff. 24. thesi 10. 11. & 25.*

47 Dixi 4. & offert. ubi valde communis sententia est, testamentum hoc à ipso testatore debere offerri, aut, si per alium offeratur, gestum non valere. Ita *Hartmannus Pistorius lib. 3. quest. 28. n. 9. & seq. Berlichius p. 3. concl. 4. n. 32. & seq. Carpx. d. const. 3. def. 23. Mevius ad Jus Labeeuse d. ars. 2. n. 89. & seq. Beckerus class. 3. diff. 2. th. 7. Eckols d. §. 9. Glesle d. §. 5. n. 8.*

48 Rationes hujus sententiæ sunt I. nè falsa testamenta supponantur pro veris; quod facile posset contingere, si hæc oblatio posset fieri per tertium. II. quia in *d. l. 19.* testamentum hoc publicum, & privatum solenne conjunguntur ac equiparantur; ibi: *securus eris, qui actis cujuscunque iudicis, aut municipum, aut aurihus privatorum &c.* atqui in testamento solenni privato testator ipse debet esse præsens testibus, ac à illis videri & agnosci; ergo idem quoque dicendum in testamento judiciali, ubi præsentia iudicis supplet ac repræsentat testes privatos; æquiparatorum enim æquiparata solet esse ratio. III. quia hujusmodi testamenti factio ex communi Doctorum est actus jurisdictionis voluntariæ. *D. Braun d. §. 3. thesi 25.* qui autem tales sunt, per tertium peragi nequeunt, *l. 123. princ. ff. de R. l.* ubi ita Ulpianus: *nemo alieno nomine logo agere potest.* Sensus est, quòd actus Jurisdictionis voluntariæ sint personalissimi, nec possint, nisi à propria cujusque personâ expediri. *Wissenbach & Ludwoll ad d. l. 123. ff. de R. l. D. Braun d. §. 3. ib. 11.*

Utut autem sententia hæc valdè communis sit, & sinè dubio testatori<sup>49</sup> suadenda: videtur tamen etiam oppositum esse probabile, quòd nempe per tertium liceat testamentum suum offerre judici, tum quia jus oblationem ipsius testatoris nullibi expressè requirit, undè videtur valere regula, quod quis potest facere per se ipsum, potest etiam facere per alium, *cap. 68. de R. l. in 6.* Tum quia oblatio testamenti, quod offertur Principi, proba bilius potest etiam fieri per procuratorem, ut *supra n. 31.* dictum fuit: ergo idem quoque dicendum in proposito; cum utrinque videatur pugnare eadem ratio, nempe auctoritas publica, supplens omnes solennitates civiles, & ad valorem testamenti privati requisitas. Atque sententiam hanc calculo suo dignantur aliqui apud *Berlichium d. conclus. 4. n. 31. in fine.* nec alienus videtur *Tabor d. tract. cap. 5. sb. 10. in fine.*

Qui authores ad fundamenta contraria respondere possunt, & quidem<sup>50</sup> ad primum, huic malo jam obviatum esse in *d. l. 19. Cod. h. s.* ubi requiritur idonea probatio, testamentum à tertio secundum voluntatem defuncti oblatum esse.

Ad secundum, testamentum hoc publicum & solenne privatum ibi non comparari quoad solennitatem ordinationis, sed tantum quoad effectum validitatis, ut constat ex toto contextu.

Ad tertium, quidquid sit de jure communi, saltem hodie testamentum judiciale per tertium offerri posse, cum hodie ex communi Doctorum voluntaria jurisdictio efficiat partem jurisdictionis ordinariæ, *D. Braun. d. 9. sb. 8.* quæ autem eò pertinent, possunt etiam per intermediam personam expediri.

Præterea non requiritur oblatio solennis & cum interventu testium, tum<sup>51</sup> quia præsentia authoritativa judicis censetur omnem falsi fraudisque suspicionem excludere. *c. 16. in f. de sententiâ & re judicatâ.* consequenter suppletur hæc ratione numerus testium, qui cæteroquin ad amovendum fraudis periculum solent adhiberi: tum ob regulam generalem in *l. 31. Cod. de donat.* ubi dicitur, quòd ea, quæ publicè & judicialiter fiunt, non egeant præsentia testium: tum denique, quia Imperatores in *sapè d. l. 19.* loquuntur alternativè, & securum proaunciant eum, qui vel coram actis judicis, vel coram auribus privatorum testamentum suum condiderit: ergò sufficiet, alterutro modo testatum esse, cum nihil intersit, utrum ex æquipollentibus fiat. *Everhardus loco ab æquipollentibus 101. Fach. 6. controu. cap. 86.* dicens *in fine*, cæteras opiniones, quas ibidem refert, non habere ullum solidum fundamentum. *Mynsing. cens. 6. observat. 29. n. 4. & seq.* dicens, Cameram Spirentem hanc sententiam secutam esse, eamque servari in praxi. *Berlichius d. conclus. 4. n. 4. Carpz. d. consult. 3. definit. 11. Richter d. decis. 30. n. 1. & duobus seqq. D. Glesle d. 9. n. 2.*

Quæstionis est, an testamentum judiciale etiam extrà locum judicii fieri possit?

1. Secluso contrario statuto, etiam extrà judicium licere hoc

modo testari. Ratio est, tum quia testamentum hoc tantum exigè fieri apud acta judicis : acta autem ibi intelliguntur esse, ubi aliquid sit autoritate judicis, sive in, sive extrà judicium. *arg. l. 7. ff. de manumissis vindicta*: tum quia hæc testamenti factio est actus jurisdictionis voluntariæ, & quidem simplicis; quales etiam extrà judicium in quolibet alio honesto loco, publico, aut privato, possunt expediri. §. 2. *l. de libertinis*. & ibi Doctores communiter.

§3 Potest igitur quis etiam domi suæ hoc modo testari, vel coram ipso iudice, hoc sine accersito, vel, ut hodie communiter solet fieri, coram actuario, & aliquot decurionibus, ad hoc à iudice rogatis & ablegatis, ut ultimam testatoris voluntatem excipiant. *Berlichius d. concl. 4. n. 10. & seq. Carpz. d. const. 3. def. 16. & seq. Luduvell. de utr. volans. p. 2. pag. 188. Eckolt ubi supra §. 10. Richter d. decis. 30. n. 19. & seqq. Mevius ad Jus Lubecense d. art. 2. n. 116. & seqq. Struv. exercit. ad pand. 32. th. 9. D.*

§4 *Braun d. §. 3. th. 44. in infer. 3. D. Glesle d. §. 5. n. 7.* Atque conformiter huic sententiæ Anno 1702. die 7. mensis Martii respondit Inclvta Facultas Juridica Salisburgensis, consulta super testamento judiciali, in privato loco condito, non obstantè statuto Augustano de anno 1677. ut quod à jure communi clarè non recessit.

§5 Dixi §. & ultimò : *ad hoc, ut actorum fide & auctoritate faciantur, ac valeat.* Et quidem valet pari jure, parivè effectu, quo testamentum oblatum Principi. *Lauterbach. d. disp. 24. th. 26.* quia præsentia & auctoritas judicis excludit omnem suspicionem fraudis, suppletque numerum testium privatorum. *DD. uno ore in hac materia.*

§6 Planè, licèt magna sit autoritas judicis, tanta tamen non est, ut testamentum, quod ex naturâ suâ legali revocabile est, reddat irrevocabile, cùm hanc vim nulla lex ei tribuat, imò contrarium potius colligitur ex *sepe d. l. 19. ibi : ita demùm firmum fit, si ultimum comprobetur, nec contrà judicium suum defunctus postea venisse desegatur.* Contrà

§7 Quod venisse non rectè arguitur ex eo solo, si illud à iudice, vel apud acta depositum repetierit, & ad se receperit; modò nihil aliud accesserit, undè revocatio testamenti probabiliter possit colligi. *Berlich. d. concl. 4. n. 46. & seq. Carpzov. const. 3. def. 30. Eckolt ubi supra §. 10.* Ex dictis

§8 Colliges, ad valorem testamenti judicialis hæc solum requiri, nempe ex parte sic testantis, ut ultimam voluntatem suam vel scripto, vel ore tenens explicet coram iudice, iisvè, qui iudicem hæc in parte representant; neque ad id opus est interventu scripturæ aut testium, neque prælectione testamenti. *Lauterbach d. loc. th. 23. & 2. seqq.* dissentit quoad hoc ultimum *D. Glesle d. §. 5. n. ult.* Ex parte verò judicis sufficit sola præsentia autoritativa, neque opus est interventu actuarii, aut Decurionis, neque expressâ confirmatio testamenti. *Lauterbach. th. 21.* confer que dixi *supra de testamento oblato Prin-*

et; siquidem hæc duæ species in plerisque symbolizant, & ideò cæteris paribus licet à unâ ad alteram ducere argumentum. Atque hæc sufficiant de testamento publico. Transeo ad privatum, quod sic definio:

Testamentum privatum est, quod nititur fide & autoritate privatâ, 59 Estque duplex, solemne, & insolemne. Solemne (de quo solo *b. t.* dicemus) est, quod factum est adhibitis omnibus solemnitatibus debitis, & à jure ad hunc actum requisitis, de quibus infra, atque hoc iterum divellitur in scriptum & nuncupativum, cujus divisionis causam introductivam prodit *Hauhold, de F. & F. tom. 2. tract. 6. c. 1. contr. 2. n. 18.* Solenne scriptum est, quod in scripturam redactum debito modo subscriptum & subsignatum est. *l. 21. princ. Cod. b. t.* Solenne nuncupativum, quod conditum est hærede palàm nuncupato, seu manifestato coràm 7. testibus, sufficienter exaudientibus, quisnam hæres institutus sit. *§. ult. l. d. l. 22. §. 2. Cod. b. t. l. 21. princ. ff. qui testamenta facere &c. Recessus Imperii de A. 1512. rubr. Von Testamenten §. aber die Form.* Differt ergò testamentum scriptum à nuncupativo formaliter in eo, quòd de conceptu nuncupativi sit nuncupatio, hoc est, talis manifestatio hæredis, per quam hæres indubitabiliter innotescat testibus; quod licet quidem communiter ita fiat, ut testator vivâ & articulatâ voce proferat nomen hæredis, sive deinde proprium nomen exprimat, sive personam ejus sic describat, ut omnibus manifestè constet, de quo testator senserit: posset tamen etiam hoc modo fieri, si testator in præsentia testium nomen hæredis scriberet, ipsis spectantibus & legentibus, aut si jam antea scriptum exhiberet legendum, & simul indubitabili signo indicaret, se velle hunc hæredem esse. Econtrà testamentum scriptum, quamvis non pugnet cum manifestatione hæredis, eam tamen non requirit; imò hoc sine potissimum introductum est, ut hæres possit latere testes, ad cavenda incommoda & pericula, quæ ex manifestatione ejus prudenter possunt timeri. *Hauhold. d. c. 1. contr. 2. n. 24. & contr. 5. n. 64. in f.*

## §. V.

**C**Ausa efficiens testamenti duplex est, proxima, & remota. Remota est *6c* jus. Sed quale? an naturale vel positivum, an gentium vel civile, an publicum vel privatum? In varias hic abeunt D. D. sententias, prout videre est exiis, quos adducit *Clariff. D. Gierle p. m. tum in tr. Can. Civil. de testam. p. 1. c. 1. §. 3. n. 2. tum p. 5. select. quæst. 1. n. 1. & seqq.* Ego, ut distinctissimè respondeam

Dico I. Testamentum potest dici juris naturalis, hoc sensu, quatenus ejus factio est valde consentanea rationi naturali, ut patebit ex causis afferendis infra. Sed hæc acceptio juris naturalis est valdè impropria.

Dico II. Testamentum non est juris naturalis, hoc sensu, quasi exla-

ret præceptum aliquod naturale, obligans homines in conscientiâ ad condenda testamenta: hoc enim utique per se loquendo in cujusque arbitrio est, utrum malit testatus, vel intestatus decedere. Adde autem, *per se loquendo*: nam interdum est gravis obligatio faciendi testamentum, vel aliam ultimam dispositionem, ut puta, si id necesse foret ad exonerandam conscientiam quoad debita, quæ nisi exprimerentur vel juberentur solvi in ultimâ voluntate, vel planè non solverentur, vel non sinè gravi molestiâ & sumptu creditorum. Item ad manifestandum aliqua, ex quorum ignorantia grave damnum immineret tertio, cui malo vix posset aliunde commodè occurrî. Rursus si ex omissione testamenti prudenter præviderentur secutura scandala, odia lites &c. in his enim eventis urgeret gravis obligatio, faciendi dispositionem ultimam ad cavenda præmemorata incommoda. *Molina de F. & F. tom. 1. tr. 2. disp. 135. n. 1. Samuel Pufendorf de Jure natura & Gentium lib. 4. c. 10. §. 4. in princ.*

Dico III. Testamenta probabilius non sunt juris naturalis, hoc sensu, quasi stando in solo jure naturæ ipsa haberent vim & efficaciam conferendi jus illis, quibus inibi quid relictum est, ad obtinenda sic relictâ authoritate vel propriâ, vel saltem mediante judice, quatenus hic obstrictus sit tueri relictâ, & adjudicare illis, quibus à defuncto relictâ fuerunt. Prob. ut testamenta in hoc sensu possent dici juris naturalis, deberet naturâ dominii contineri, ut quis valeret disponere de bonis suis etiam pro illo tempore, quo nec amplius erit eorum dominus, nec esse potest: atqui hæc virtus non continetur naturâ dominii, ergò &c. Minor prob. est contrâ naturam dominii, ut quis valeat pro præsentî disponere de re aliqua, quæ nec est sua, nec esse potest: ergò etiam est contrâ naturam dominii, ut quis pro futuro valeat disponere de re aliqua, quæ pro tunc neque amplius erit disponentis, neque esse potest. Taceo, quòd bona defunctorum ex naturâ rei censeantur bona vacantia & velut derelicta, cum defuncti unacum vitâ jus omne in illis perdiderint, neque natura ulli particulari illa addicat, consequenter ex naturâ rei sunt bona nullius, proindeque naturali ratione cederent primò occupanti. *arg. §. 12. supra de R. D. & l. 3. pr. ff. de a. r. d. nisi lex ultimam voluntatem autoritate suâ muniret.* Ita *Hauvold. d. c. 1. contr. 1. n. 14. Pufendorf. d. c. 10. §. 5. & 6. Dissentiunt Molina d. tr. 2. disp. 124. n. 12. Grotius de I. B. & P. lib. 2. c. 6. §. 14.* quorum fundamentis potest satisfieri ex dictis.

Dico IV. Testamenta non sunt juris gentium strictè dicti. Probatur: testamenta non spectant proxime bonum gentium, quatenus gentes sunt, sed per se primò ac principaliter pertinent ad bonum & favorem privatum singulorum testatorum, quorum interest, testatos potius, quàm intestatos decedere. Possunt tamen testamenta dici juris gentium late sumpti, quatenus nempe usus eorum intra vel apud plures gentes receptus est. *D. Glosæ d. q. 1.*

Dico V. Testamenta origine & substantiâ sunt juris civilis. Sequitur ex dictis. causæ autem, quas habuerunt Respublicæ, vel potuerunt habere ad concedendum usum testamentorum civibus suis, serè hæ sunt. 1. Ut caventur pericula infidiandi vitæ intestatorum, quæ imminerent ab illis, qui haberent spem successionis. 2. Pietas, quæ videtur exigere à Republicâ, ut hoc solatio prosequatur cives suos, ut ipsorum voluntates proroget etiam post mortem, & hoc modo eos, quasi adhuc superstites, conservet. Siquidem nihil magis debetur hominibus, quam ut supremæ voluntatis, postquam jam aliud velle non possunt, liber sit stylus, & licitum, quod non reedit, arbitrium. *l. 1. Cod. de SS. Eccles.* Appositè *Lipius in præfatione tract. de cruce*, solatio mortis est voluntas ultrâ mortem. 3. Ut morituri habeant medium & occasionem benefaciendi illis, à quibus vivi acceperunt beneficia, possintque hæc ratione gratam sui memoriâ relinquere. 4. Ut cives seu membra Respublicæ habeant rationabile incitamentum congregandi divitias: interest enim Respublicæ, habere cives opulentos, utque hoc pacto abstrahantur à vitio prodigalitatis, quo sine dubiò multi contaminarentur, si scirent, se non posse bona relinquere illis, quibus maximè cuperent, sed debere relinquere illis, quibus minimè vellent. *Hannold. d. contro. 1. n. 11.* ubi ait, se hanc posteriorem rationem maximi facere. *D. Gletle d. q. 1. n. 6.*

Dices: Testamentariæ dispositiones plurimas lites generant in Republicâ, ac proindè plus mali ei afferunt, quàm boni. Atqui quæ talia sunt, deberent potius eliminari è Republicâ, quàm in eam introduci, ergò &c. *Æ.* Lites illas non tam venire ex concessâ facultate testandi, quàm potius ex oscitantia vel incitiâ notariorum, conscribentium testamenta, vel ex facto testatorum, sæpè obscurè & ambigüè loquentium: vel ex malitia hæredum aut tabularum forensium.

Dico VI. Testamenta, quatenus per Romanas leges variè informata & determinata sunt, esse juris civilis Romani, & quidem privati. Pars I. prob. arg. omnium eorum, quæ in jure nostro de testamentis cauta sunt. Pars II. constat exindè, quia testamenti factio proximè & principaliter respicit bonum & utilitatem privatam singulorum testatorum, quorum præcipuè interest posse testamento de bonis suis disponere, ut liquet ex rationibus antè allatis.

Dices rursus: testamenti factio non privati, sed publici juris est. *l. 3. ff. qui testamenta facere possunt.* *Æ.* Sensum legis non esse, quòd testamenti factio sit juris propriè publici, respicientis per se primò utilitatem publicam. Sed hunc: quòd non pendeat ab arbitrio privato testatorum, ut ipsis liberum sit, quo velint, modo testari, sed potius à publica auctoritate legis, privationum voluntate invariabilis. Confer, quæ *lib. 1. tit. 1. p. 1. §. 4. n. 19. de jure publico & privato scripsimus.* Planè quin testamenta Regum ac Princi-

pum, quibus quid disponunt proximè ad salutem publicam, rectè referantur ad jus publicum, nulla dubitatio est.

Causa efficiens proxima testamenti est testator. Possunt autem testamentum facere omnes, qui non prohibentur naturâ vel jure. *arg. l. 1. §. 1. ff. de testibus.* quos proprio in frâ titulo examinabimus.

### §. VI.

61 **S**ubjectum testamenti est hæres, qui in eodem instituitur. Potest autem institui omnis, qui non prohibetur, de quo rursus suâ in frâ sede.

### §. VII.

62 **O**bjectum testamenti duplex est, per se, & per accidens. Objectum per se & proximum est hæreditas, hoc est, universum jus, quod defunctus habuit. *L. 24. ff. de V. S. l. 62. ff. de R. L.* nisi enim in testamento caveatur de translatione universi juris testatoris, non est testamentum. Objectum testamenti per accidens sunt legata, fideicommissa, tutorum & libertatum dationes &c.

### §. VIII.

63 **F**orma testamenti alia est communis omni testamento, alia certo testamentorum generi propria. Forma communis omni testamento est hæredis institutio. *arg. §. 34. in frâ de legatis. l. pen. ff. de his, qua in testam. delentur. l. 10. l. ult. ff. de Jure Codicillorum.* Forma propria certo testamentorum generi alia respicit testamentum paternum, alia testamentum solenne. Forma testamenti paterni consistit in eo, ut pater filium, quem in potestate habet, vel hæredem instituat, vel debitè exhæredet. *princ. in frâ de exhæreditione liberorum.* ubi de hæc plura. Forma testamenti solennis consistit in solennitatibus, à jure ad hunc actum requisitis; quæ solennitates vel spectant ipsum testandi actum, vel adhibitionem testium.

64 **A**ctus testandi, seu ipsa solennis ordinatio testamenti debet esse continua, hoc est, debet uno contextu peragi, sine interruptione morali, aut admixtione actûs extranei, & omninò impertinentis ad testamenti factionem. *§. 1. l. 21. princ. l. 28. princ. Cod. h. t. l. 21. §. f. ff. qui testamta facere poss. Ordinat. Maximil. I. de anno 1512. tit. von Testamenten §. 7.* Ratio est, nè turbetur seria, entia, ac constans animi applicatio, & deliberatio, qualem negotii hujus gravitas omninò desiderat. Dixi 1. *ipsa solennis ordinatio testamenti.* Compositio ejus potest fieri, quandocunque libuerit & interrumpi, quoties libuerit testatori. Dixi 2. *uno contextu.*: Sensus est, quando testamentum solenniter conditur, omnes testes uno eodemque tempore testatori debent esse præsentés, & subscribere testamentum, & subsignare. & maner simul congregati usque ad complementum testamenti, nec debet sive testa-

tor, siue testium aliquis interponere illum actum extraneum & impertinentem ad testamentum; secus hoc erit nullum & inutile. Dixi 3. sine interruptione morali: ne excluderem actum (siue ex parte testatoris, siue ex parte testium accidat) necessitatis, & qui non nisi irrationabiliter excluderetur, ut est oblatio victus necessarii aut potionis, datio vel impositio medicaminis, adhibitio clysteris, allatio cereæ pro signando testamento, mors subitanea aliorum ex testibus: quo tamen casu alius testis rogandus & substituendus. *d. l. 28. princ. Cod. h. t.*

De contractu disputatur, an testamenti factioni possit intervenire? In ipso testamento non posse celebrari contractum. Ratio est, quia testamentum constat solâ voluntate testantis; contractus verò essentialiter exigit consensum plurium voluntatum in idem placitum. *l. 1. §. 2. ff. de pactis. Harp. ad d. §. 3. I. h. t. n. 7. Vinn. ibid. n. 7.* Unde si testator in testamento scriberet *Vendo Cajo, fundum meum Tusculanum pro mille aureis*: nulla venditio esset. Sed an testamentum in hoc casu nullum erit? Affirmat Ludov. vel de nob. volum. d. c. 3. pag. m. 206. Neque inter testandum posse celebrari contractum. Ratio est, quia actus alienus à testamento non debet, aut potest ei intermisceri. *d. l. 21. §. f. ff. qui testam. facere &c. sed talis actus est contractus, arg. l. 20. ff. de V. S. ergo &c. Fach. 5. contr. c. 32. §. Ego verò &c. Bashev. in Tract. vol. 2. disp. 10. th. §. lit. H. Hunn. 2. var. resol. 5. q. 4. Harp. ad d. §. 3. I. h. t. n. 6. & seqq. Ludov. d. loc. pag. 205. cum seq. & DD. communiter.* Unde si testator, postquam jam cepit ordinare testamentum, interrumpat, & forte cum uno ex testibus celebret venditionem aut locationem ædium suarum, eoque peracto redeat ad testamenti factionem, testamentum vitiatum. *d. l. 21. §. ult.* ubi dicitur, quod, si testator aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitietur: Ergo argumento à contrario sensu, si quid impertinens fuerit, testamentum vitabitur. Sed an solum testamentum, an verò etiam contractus nullus erit? Et putarem, contractum non fore nullum, sed valere, tum quia nulla lex ejus validitati resistit, tum quia contractus est actus omnino distinctus à testamento; ergo ejus nullitate non magis vitabitur, quam nullitate alterius actus vitiosi, eodem tempore gesti, cum & aliàs utile per inutile non solet vitari, si invicem separari possint.

Ad argumenta contraria universim potest responderi, ea non probare de actu prorsus alieno, & extraneo à testamento, sed de tali actu, qui habet aliquam pertinentiam ad testamentum. Quod ut & sigillatim præsterur.

Objic. 1. Licet assignatio liberti propriè neque legatum sit, neque fideicommissum. *l. 7. ff. de assignandis libertis.* patronus tamen uni suorum liberorum in testamento libertos adimere potest, & alteri assignare. *l. 1. §. 3. cod. ergo etiam contractus celebrari poterit inter testandum, licet sit alienus à te-*



testamento. *¶* Neg. conseq. assignatio enim liberti potius est actus ultimæ voluntatis, quàm contractus, cum per eam testator declarat, quid post mortem suam fieri velit.

Objic. 2. text. in l. 26. *pr. ff. de pignorat. act.* ubi Ulpianus ait, pignus in testamento constitui posse. Sed pignus sine dubio est contractus: ergo in testamento contractus fieri potest. *¶* Dist. majorem, pignus in testamento constitui potest, hoc est, testator suam voluntatem declarare, & hæredi necessitatem imponere, ut pignus constituat, concedo, testator potest contractum pignoris in testamento celebrare, nego. pignoris ergo constitutio in d. l. 26. non est actus à testamento separatus, sed potius in eo contentus, & se habens per modum legati. Eâdem responsione defungor, si opponatur l. 9. *pr. ff. de duobus reis constit.* ubi Papinianus dicit, duos reos stipulandi in testamento constitui posse: nimirum constitutio duorum reorum ibidem non est negotium à testamento separatum, sed ad illud, tanquàm id, quod quis post mortem suam fieri velit, omninò pertinet.

Objic. 3. Verba superflua, & ad stipulationem non pertinentia, v. g. arma virumquecano &c. non vitiant stipulationem. l. 65. *pr. ff. de V. O.* ergo nec superflua vitiant testamentum. l. 17. *Cod. b. t.* *¶* Dist. tum antec. tum conseq. superflua non vitiant actum, si ab eodem non sint planè aliena, concedo, si sint planè aliena, ut est contractus respectu testamenti, nego antec. & conseq.

Objic. 4. Esto donatio mortis causâ aliena sit à testamento, utpotè consensum requirens ejus, cui donatur. l. 38. *ff. de mortis causâ donat.* nihilominus fieri potest in testamento: ergo etiam contractus. *¶* Neg. conseq. & quòd donatio mortis causâ à testamento sit planè aliena, cum hodie legatis sit exæquata per omnia. l. ult. *Cod. d. 1.*

Objic. 5. textus in l. 46 *ff. de hered. instit.* & l. 37. §. 5. *ff. de legat. 3.* in quorum priore testamentum proponitur & contractus mandati, in posteriore verò proponitur depositum in codicillis contractum. *¶* Ad priorem, ubi non dicit, quòd in confectione testamenti hæres cum filiofamilias contraxerit. Quia inò mandatum, inter testatorem & hæredem scriptum in testamento esse celebratum, expressè negatur per *cit. l. verba: nec quidquam ab eo* (scilicet hærede, filiofamilias amico) *petitum est.* Ad posteriorem dico, in codicillis, de quibus d. lex 37. loquitur, non esse contractum depositum, sed de illo, quòd jam antea contractum fuerat, caveri in codicillis, ut restituatur ei, cui ex præviâ conventionem depositi erat restituendum.

Objic. 6. Divisio in testamento patris inter liberos fieri potest. *nov. 107. c. 1.* sed divisio vice nemptionis obtinet. l. 1. *Cod. communia utriusque iudic. vi.* ergò in testamento fieri potest emptio. *¶* Disting. minorem, vicem nemptionis sustinet divisio, quâ inter plures cohæredes realiter, & pro parti-

bus divisio res dividuntur, maxime si, ut fieri amat, prævalentia rei pretio dato compensetur, concedo, divisio, quam pater in testamento facit inter liberos, nego. hanc dum pater facit, non contrahit, sed potius voluntatem suam declarat, prout perspicue indicat textus in *d. nov. 107. c. 1.* Atque hæc de continuatione actus testandi.

Sequitur de adhibitione testium, in quâ spectanda qualitas & quantitas eorum. Ad qualitatem reduco habilitatem, specialem rogitum, & præsentiam testium. Testes habiles in testamento sunt illi, cum quibus est testamenti factio. §. 6. *l. b. t.* generalius: omnes illi possunt adhiberi testes in testamento, qui non prohibentur. *arg. d. l. 1. §. 1. ff. de testibus.* Prohibetur autem 1. infans, furiosus, mente captus, ebrius ebrietate perfectâ: & hi quidem ob defectum iudicii etiam naturâ prohibentur testes esse, tum in, tum extra testamentum. planè tempore intermissionis furiosum rectè adhiberi testem, extra dubium est. *l. 20. §. 4. ff. qui testamenta facere possunt.* 2. (& hi omnes, qui sequuntur, arcentur jure positivo à testimonio testamentario) prohibetur impubes, idque ob immaturitatem iudicii. *d. §. 6. l. b. t.* Quod ad eò verum, ut neque pubes factus possit dicere testimonium pro testamento, ad quod impubes fuit adhibitus, quamvis in aliis causis admittatur ad testificandum de his, quæ adhuc impubes, sed jam proximus pubertati, vidit vel audivit. Ratio diversitatis est, quia primo casu impubes adhibetur, ut testis habilis de præsentia, contra prohibitionem juris: quod secus est in altero casu, ubi adhibetur jam pubes tempore habili, saltem de materiâ, quæ in tempus inhabile incidit, quod non obest testificationi. *Harp. ad d. §. 6. l. b. t. n. 16. & duobus seqq. Vinn. ibid. n. 2. Hannold d. tr. 6. c. 2. contr. 7. §. 2. n. 128. D. Gletle d. tr. de testamen. p. 1. c. 2. §. 1. n. 6.* 3. Prohibetur mulier. *d. §. 6. l. b. t. d. l. 20. §. 6. ff. qui testament. facere &c.* Ratio est, tum quia sexus hic non videtur satis sagax ad odorandas fraudes, quibus actus testandi est expositus: tum quia, quando testes requiruntur non tam ad probationem, quam potius ad solennitatem & constitutionem actus, fæminæ non videntur satis idonei testes esse: tum denique quia Romanis turpe vilum fuit, & verecundiæ sexûs minùs conveniens, si fæminæ admiscerentur viris, præsertim in tali negotio, quod non solet esse fortuitum aut repentinum, sed deliberatum & solenne. *Vinn. d. n. 2.* Rationem aliam subesse existimat *Gletle d. n. 6.* 4. Prohibetur in testamento testis esse prodigus. *d. §. 6. l. b. t. l. 18. princ. ff. qui testament. facere possunt.* Ratio est, quia in toto propè jure nostro prodigus eadem conditione habetur, quâ furiosus *l. 1. princ. ff. de curatoribus furiosis &c. l. 12. §. 2. in f. ff. de tutoribus & curatoribus datis &c. l. 6. ff. de t. O. l. 40. ff. de R. I.* 5. Prohibetur mutus. *d. §. 6.* quia non potest eloqui, quod actum est. 6. Surdus. *d. §. 6.* quia auribus percipere ultimum testatoris eloquium nequit. *Serjck. de juro sensuum diff. 4. c. 4. n. 36.* 7. Cæcus, quia testa-

testatorem videre nequit, quod in omni testamento necessè est. l. 9. *Cod. h. t.* nec sigillum recognoscere, quod requiritur in testamento scripto. l. 4. & 7. ff. *testamenta quemadm. aperiuntur.* Vinn. ad d. §. 6. l. h. t. n. 4. 8. Prohibetur servus. d. §. 6. & d. l. 20. §. 7. ff. *qui testam. facere &c.* ubi simul ratio assignatur. 9. Peregrinus ob rationem, quæ militat in terro. 10. Qui jure intestabilis esse jussus est. d. §. 6. & l. 26. ff. *qui testam. facere &c.* quo pertinent, qui adulterii. l. 14. ff. *de testibus.* qui repetundarum. l. 1. §. princ. ff. *cod.* qui ob crimen famosum damnati sunt. d. l. 18. §. un. ff. *qui testam. facere &c.* item apostatæ. l. 3. *Cod. de apostatis.* hæretici non tolerati. *anti. credentes. Cod. de hæreticis.* Vinn. d. §. 6. n. 5. 11. qui in potestate testatoris est, sive proximè, ut filiusfamilias, sive remotè, ut nepos ex filio in potestate posito. §. 9. l. h. t. d. l. 20. in f. princ. ff. *qui testamenta facere &c.* Ratio est, quia pater, & qui in potestate ejus est, fictione juris reputantur pro unâ, eâdemque personâ. l. ult. in f. *Cod. de impub. & aliis substis.* ergò alter alteri testimonium dicere nequit, nè idem videatur sibi ipsi testis esse, quod ratio juris non patitur. Filius emancipatus potest testis esse in testamento patris, modo inibi non sit hæres institutus: & vice versâ pater in testamento filii emancipati: in his enim cessat causa prohibitionis, nempe moralis unitas personarum, ut quæ emancipatione tollitur.

Neque obstant l. 9. ff. & l. 8. *Cod. de testibus.* ubi parentes & liberi prohibentur invicem testes esse. 11. Enim, leges has pertinere ad illa testimonia, undè quid lucri potest obvenire parenti aut filio, cui testimonium dicitur, ut sunt testimonia judicialia: quæ ratio cum cesset in testimoniis testamentariis, oportet etiam cessare prohibitionem. *Glesle d. §. 1. n. 9.* 12. Prohibetur pater testis esse in testamento filiifamilias, testantis de peculio castrensi post missionem à militiâ. d. §. 9. cum quo textu committitur d. lex 20. §. 2. ff. *qui testamenta facere possunt.* ubi dicitur, patrem ejus, qui de peculio castrensi testatur, posse illi testamento adhiberi testem. Grave dissidium! quod negat Hotomannus ullâ probabili ratione componi posse: nec alienus est *Wissenbach diff. ad I. 17. sb. 23.* Fabri antimoniarum! Plerique tamen, quos inter etiam *D. Glesle d. loc. n. 8.* distinguunt, an filiusfamilias de bonis castrensis testetur jure civili, an verò jure militari. De primo casu accipiunt. d. §. 9. de altero. d. l. 20. §. 2. Et quamvis hæc distinctio non careat difficultate, per ea, quæ habet *Wissenbach. ubi supra. Vinn. ad d. §. 9. n. 4. & Haunald. d. contr. 7. §. 6. n. 137.* debet tamen interim sufficere, donec melior aequa occurrat. 13. Prohibetur testis esse, qui hæres in testamento institutus est. itémque, qui in eâdem cum hærede familiâ est, uti est, qui in potestate hæredis est, & qui eum habet in potestate, & qui unacum hærede in ejusdem patris potestate est. §. 10. l. h. t. d. l. 20. princ. ff. *qui testamenta facere &c.* Ratio primæ partis est, quia in testamento per se primâ & principaliter agitur negotium hæreditatis, ne-

nemo autem potest esse testis in proprio negotio. l. 10. ff. l. 10. Cod. de testibus. Ratio secundæ partis est, quia qui ejusdem cum hærede familiæ est, censetur moraliter una persona cum hærede: ergo sicuti hic nequit esse testis in testamento, ubi institutus est, ita nec iste, ob fidam illam identitatem. Aliud dicendum de legatariis & fideicommissariis singularibus. Hi enim possunt esse testes in testamento relicti legati, aut fideicommissi. §. 11. l. h. e. d. l. 20. princ. facit. l. 14. ff. de rebus dubiis & l. 22. Cod. h. e. Ratio est, quia ipsi non sunt universi juris successores, sicut hæres est, neque negotium testamentarium cum ipsis principaliter geritur, sicut cum hærede, d. §. 11. & ibi interpretes.

Et hæc assertio procedit 1. in testamento scripto, si de ejus valore contro-68 vertitur inter hæredem ex testamento, & hæredem ab intestato; in quo omnes conveniunt.

Procedit 2. in testamento scripto, si de legato inibi relicto quaestio mo-69 ventur inter hæredem & legatarium; nam & tunc testimonium legatarii potest, ac debet quoque servire ad probandum legatum: cum enim, ut ex Arnaldo Rath tradit Haunold *ubi supra* n. 143. officium testium consistat in subscribendo & subsignando testamento, & sigillis postea recognoscendis, hæres non potest, nisi improbè, hæc reprobare pro legatario, quæ ipse pro se in puncto successionis approbavit; & idèd talicasu eadem est probatio valoris testamenti & legati relicti.

Procedit 3. etiam in testamento nuncupa-70 tivo, ita, ut in illo quoque legatarius possit esse testis, & perhibere testimonium, pertinens ad solemnitatem & valorem talis testamenti. Ratio est, tum quia & de legatario in hoc testamento verum est, non esse successorem universi juris, nec negotium testamentarium cum ipso principaliter geritur: tum quia, si adhibendus in testem testamenti nuncupativi sciret, se hoc ipso fieri incapacem acquisitionis legati ex tali testamento, perfectio amici testatoris absterretur a comparando, & perhibendo testimonio testamentario; unde non nisi incommoda expectanda forent. Quare expedit, testamentum potius non everti per legatum, testi relictum, quod sæpè relinquitur in compensationem testimonii; expedit, inquam, legatarium hic posse testem esse in causâ propriâ, quæ tamen non est principaliter propria, sed tantum per consequentiam: & quamvis in testamento scripto major ratio fuerit, admittendi testimonium legatarii, eò quòd testes ibi ignorant contenta, & dispositionem testatoris, sique cesset suspicio falsi testimonii; tamen quia etiam in hoc testamento testator non prohibetur manifestare testibus dispositionem suam, non videtur haberi sufficiens ratio statuendi in hac parte discrimen inter testamentum scriptum & nuncupativum. Atque hanc sententiam tenent Lud-  
woll de ult. volunt. pag. 228. & seq. Harp. ad d. §. 11. l. h. e. n. 8 & seqq. Vinn.

*Vinn. ibid. n. 4. Haunold d. loc. n. 142.* Dissentiunt *Duarenus & Aus. Faber*, quibus tamen ex dictis ferè potest satisfieri.

71. Potest ergò legatarius adhiberi testis etiam in testamento nuncupativo, & dicere testimonium pro ejus valore, non etiam ad probandum legatum. Unde, si inter legatarium testem, & hæredem controversatur de legato, an relictum sit, nec nò? tunc legatarius testamenti nuncupativi non admittitur in testem ad probandum, legatum sibi relictum esse, quia reverà esset testis in causâ propriâ, principaliter ad se spectante, contra *l. 10. ff. de testibus. Haunold. d. n. 143.*

72. Dixi supra: *Et fideicommissariis singularibus.* Fideicommissarii universales æquè prohibentur testes esse in testamento, ac hæredes directi: quia esto non sint hæredes immediati, sunt tamen loco & instar hæredum, sunt universi juris successores, nec minùs cum ipsis principaliter geritur negotium testamentarium, quàm cum hæredibus directis. *Vinn. ad d. §. 11. n. 5. Haunold. d. §. 6. n. 145.* ubi hanc communioem dicit. *Ludvvel. d. tr. pag. 230. & seq.* ubi etiam respondet ad argumenta contraria. *Dissentit Harp. ad d. §. 11. n. 13. & seqq.*

73. Atque hi ferè sunt, qui prohibentur in testamento testes esse: cæteri admittuntur, quos inter 1. furiosus tempore lucidi intervalli. *Japè d. l. 20. §. 4. ff. qui testam. facere &c.* 2. Mæculus jam pubes, si nihil aliud obstat. 3. Hermaphroditus, in quo vir prævalet. *arg. l. 15. §. un. ff. de testibus.* 4. Qui tantùm relegatus est, cum maneat civis Imperii. 5. Homines proprii, cum verè liberum statum habeant. *Harp. ad §. 6. l. h. t. n. 21.* 6. Clerici, etiam sine facultate Episcoporum. *Molina d. tr. 2. disp. 127. n. 11.* 7. Religiosi, saltè ex præsumptâ licentiâ superioris, sine quâ ipsorum testimonium quidem illicitum est, non tamea invalidum. *Moh. d. loc. n. 10.* 8. Hæretici tolerati. *Clariff. D. Docton Moser differt. jurid. de requisitis & ordinatione testamentorum solemnium c. 5. n. 62.* 9. Excommunicati. *Mascard. de prob. vol. 2. conclus. 706. n. 12.* 10. Infames infamiâ juris, modò non sint tales ob crimen, quod specialiter habet annexam poenam interabilitatis. *Wesembec. l. h. t. §. 4. n. 11. Ludvvel. de ult. voluntatibus p. 2. c. 1. pag. m. 223.* quamvis hodie fortè ejusmodi infames vix admittantur. *Farinac. de testibus q. 56. num. 42.* 11. Qui ex eâdem domo seu familiâ suat, testes esse possunt in testamento extranei. *§. 8. l. h. t. l. 17. ff. de testibus.* 12. Famulus in testamento heri, subditus in testamento superioris, vasallus in testamento domini feudi, maritus in testamento uxoris suæ, socius in testamento socii, consanguineus in testamento consanguinei, nec non tutor & executor testamentarius, si nihil aliud impediât &c. vide *Haun. d. §. 6. n. 135. Harp. d. §. 11. l. h. t. n. 17. Ludvvel. d. c. 1. pag. 231.*

Sed quò tempore inspicienda habilitas testis testamentarii, an tantùm

tempore testamenti conditi & signati, an verò etiam tempore mortis testatoris? *¶* Sufficere, testem habilem esse tunc, cum signat testamentum. *l. 22. §. 1. ff. qui testam. facere &c.* Unde, si quis tempore conditi testamenti liber est, & trugi, & sanæ mentis, testamentum non viciatur per hoc, quòd postea servus factus sit, aut furere, vel prodigus esse cæperis, quia quæ semel legitime constituta sunt, perdurant, licet ad illum statum devenerint, in quo non potuerunt incipere. *l. 35. §. 1. ff. de R. I.*

Quid autem, si quis jam testamenti tempore inhabilis sit, sed inhabilitate occultâ, & quæ communi errore ignoratur, an hoc obierit valori testamenti? *¶* Non obesse, lege supplente defectum testis, ob favorem ultimæ voluntatis, ut periòde sit, ac si verè habilis testis fuisset. *§. 7. l. h. r.*

Rogitum testium quod atinet, sciendum, rogari in proposito nihil aliud esse, quàm testes vel convocari, vel aliàs præsentem certiorari, quòd testimonii testamentarii causâ adhibeantur. *l. 21. §. 2. ff. qui testamenta facere &c. Rescriptus Imperii de anno 1512. s. von Testament §. 3.* ubi hæc habentur: *Es ist auch in Testament nöthig/ daß die Zeugen mit allem gebetten/ fordern insonderheit zu Aufrichtung des Testaments beruffen und genommen/ oder aufs wenigist/ wo sie ungeschickter Ding unberuffen vugegen wären/ darzu ermahnet und besprochen werden.* Ratio autem, cur hæc solemnitas à jure requiratur, videtur esse ex parte testatoris, ut appareat, ipsum non temerè, sed consultò ac deliberatè ad testandum processisse: ex parte verò testium, ut ipsi diligentius auscultent, & hoc modo caveant fraudes, huic actui imminentes. Neque obstat *lex 26. Cod. h. r.* ubi videtur negari, quòd testes debeant esse rogati, cum Imp. Justinianus omnem formalem observationem penitus amputet. Nam solum remittit, ut, sicut olim, non amplius requiratur, ut testator proferat illa formalia verba, quæ in *f. infra legis 26.* diverso caractere ponuntur: *ideo eorundem testis convenisse, quòd sine scriptis suam voluntatem, vel testamentum componere censuit.* Porro à testatore ipso testes immediatè rogentur, an hæc cæremonia fiat per alium, nihil interest, modò ille alius vel habeat à testatore mandatum rogandì, vel saltem roget tæres nomine testatoris præsentis, scientis, & consentientis. *Hauhold. d. t. 2. contr. 3. n. 108. Mentia de conject. ult. volunt. lib. 2. tit. 11. n. 4.* Tum quia, quòd quis per alium facit, videtur facere per seipsum, & quòd quis potest facere per se ipsum, id ordinarie etiam potest per alium facere. *c. 68. & 72. de R. I. in 6.* Tum quia jura plus non exigunt, quàm ut testes fiat rogati. *d. l. 21. §. 2. l. 21. pr. Cod. h. r.* quòd verificatur non tantùm, quando immediatè à testatore, sed etiam quando à alio de consensu & voluntate testatoris sunt rogati.

Rogitum hunc etiam jure Canonico necessarium esse, saltem in testamento ad causas profanas, rectè tenent *Ludvovell d. tr. pag. 207. Klumpd. d. tr. 6. c. 2. n. 105.* dicens, esse communem Doctorum. Ratio est, quia Jos

Canonicum nullibi hac in parte recedit à Jure Civili: ergo censetur illud sequi, *arg. c. 1. de N. O. N.* Dixi: *saltem in testamento ad causas profanas.* Nam in testamento ad causas pias hæc solemnitas non requiritur, sicut nec ulla alia juris positivi. Nec obstat *cap. relatum 11. h. s. ibi: tribus aut duobus legitimis Testibus requisitis.* Respondet enim *Hannold d. c. 2. n. 106.* verba illa dirigi ad iudices, ut ipsi requirant tres, duosvè testes, qui deponant super relicto causæ piæ.

76. Cæterùm cum dicta rogatio sit solemnitas extrinseca, & facti, hinc non præsumitur, sed negata debet probari àb hærede instituto, *arg. l. 13. §. ult. ff. de publ. in rem act.* Probatum autem sufficienter per duos testes. *Brunnemann ad l. 21. Cod. h. s. n. 3.* Planè si notarius adscripsisset in testamento, testes rogatos esse, præsumeretur pro rogatione factâ. *Luduvell ubi supra. Vian. ad d. §. 3. l. h. s. n. 6.*

77. Præsentia testium debet esse singularis & præsentissima, §. 3. l. 1. 9. *Cod. h. s.* quo innuere volumus, testes debere testatori ita præsentem esse, ut non tantùm ipsum audiant loquentem, sed etiam ut personam ejus videant; nec sufficit quomodocunque videre jacentem in lecto, quia sic nondum satis caveantur fraudes, quæ possent intervenire, & in facti contingentia intervenire referre *Fulius Clarus. §. testamentum q. 59.* Sed necesse est, ut testes ita videant testatorem, ut simul cognoscant faciem & lineamenta ejus, possintque, si fortè ipsi personam testatoris non noverint, eam tamen aliis, qui noverunt, ita describere, ut inde habeatur sufficiens certitudo veritatis aut falsitatis personæ. *Hannold. d. c. 2. contr. 4. n. 109. & 110.* Hinc non valet testamentum, si inter testatorem & testes intermediet murus, cortina, paries, velum, vel simile quid impediens conspectum testatoris, quia facillè posset contingere, ut quidam alius subornatus imitando vocem testatoris fraudem faceret. *Brunnemann ad d. l. 9. Cod. h. s. n. 2. & 3.* ubi hanc solemnitatem etiam in testamento tempore pestis facto necessariam judicat ad cavendas fraudes, quæ tunc quoq; possunt intervenire, & propterea, quo possunt modo, caveri debent. unde addit: Peste laborantes curant se deferri in publicam plateam, vel ex fenestra testibus se ostentant. Præterea debent testes spontè præsentem esse, & durare simul usque ad testationis finem: quodsi inviti detenti fuerint, testamentum non valet. *d. l. 20. §. 8. & 10. ff. qui testam. facere &c.*

78. Hactenus de qualitate testium. Quantitas consistit in numero septenario, ita, ut si vel unus testis defuerit, testamentum sit in uile. *d. §. 3. l. 12. l. 28. §. 1. Cod. h. s. d. Resess. Imp. de Anno 1512. tit. von Testamenten §. 2.* Unde colligunt DD. tot testium numerum non requiri præcisè ad probandam voluntatem defuncti, sed potiùs ut solemnitatem substantialem testamenti solemnem.

Sed an etiam in testamento, quod tempore pestis sit, tot testibus opus est?

est? affirmo de Jure Civili, per l. 8. *Cod. h. t.* ubi sola confociatio, non etiam numerus & quantitas testium remissa est; hoc est, in testamento tempore pestis illud solum admissum est, ne opus sit, testes uno, eodemque tempore convenire, & interesse testamenti factioni, ob periculum infectionis, sed possunt successivè & disjunctim intervenire & subscribere, vel excipere voluntatem testatoris. *Fach. s. contr. c. 92. Berlisch. p. 3. consl. f. n. 6. Linduvell. d. 11. pag. 211. & seq. Ungepaur exercit. Just. 8. q. 2.* Moribus tamen communiter volunt sufficere duos testes in testamento, quod tempore pestis fit; quæ sententia habet æquitatem, præsertim si pestis valde atrox sit, & testator ipse, vel domus ejus infecta, & plures testes metu contagionis nequeant haberi. *Guil. 2. obs. 118. n. 18. Mysf. cent. 1. obs. 96.* qui testantur, Cameram hæc sententiam in judicando secutam esse. *Mevius ad Jus Lubecense p. 2. t. 1. art. 2. n. 44. & seqq. Wissenbach ad d. l. 8. Cod. h. t. Brannemann ibid. n. 4. & s. dicens, passim ita receptum esse, quod sufficiant duo testes integræ opinionis. Spruv. exercit. ad Pand. 32. th. 21. Eskole ff. qui testam. facere & c. S. 19.* Jure Canonico sufficiunt 2. testes idonei cum parocho in testamento ad causas profanas. *c. 10. h. t.* Porro quot testes in hoc vel illo territorio, aut particulari loco requirantur ad testamenti ordinationem, discendum est ex statutis & moribus cujusque loci.

Illud hic disceptatur, utrum testamentum, coram Parocho, & duobus testibus ad causas profanas à laico conditum, etiam extrà divi Petri patrimonium, seu temporale territorium Papæ, subsistat?

Ita volunt *Hoftiensis ad cap. cum esses. 10. de testamentis. n. 4. Alciat. in l. 8. in verb. liber hic stylus. Cod. de SS. Ecclesiis. Panormit. ad d. cap. 10. sub n. 8. Fagnanus ibid. n. 44. Eminentiss. Sfondratisr. de lege in presumptione fundatâ pars. 2. §. 1. n. 4.*

Negativatamen sententia communis est, teste *Nicolao Boerio decis. 938 n. 4.* & verior, teste *Henrico Waguerock ad d. cap. 10. de testamentis.*

Probatur: Summus Pontifex apparatus solemnitatum civilium, quò pertinet septenarius testium numerus, nec voluit, nec potuit disturbare: ergò testamentum, coram Parocho & duobus testibus ad causas profanas à laico conditum, extrà divi Petri Patrimonium, seu temporale territorium Pontificis, non subsistit. Antecedens quoad prius membrum patet exindè, quia constitutio *cap. cum esses. 10. de testamentis*, tantum directa est ad Episcopatum Hoftiensem, Sedi Apostolicæ tam quoad politica, quàm negotia animarum subiectum. Quoad membrum posterius autem constat antecedens exindè, quia legislator civilis inter alias solemnitates testamentarias in §. 2 *Inst. l. 21. princ. l. 26. Cod. h. t.* determinans septenarium testium numerum, nihil iniqui determinat, sphaeram activitatis suæ non excedit, utpote circà materiam profanam disponens: neque etiam aniam præbet peccatis, sed potius conatur



viam præcludere fraudibus, quibus aliâ testamenta solent esse obnoxia. §. 4. *Inst. d. tit. 1. ult. Cod. de fideicommissis.* ergò septenarius testium numerus, à legislatore civili ad testamentum laici requisitus, non subjacet auctoritati censoriz summi Pontificis, *arg. cap. 6. & 10. dist. 96. c. 13. de iud. cap. 7. qui filii sui legitimi.*

8) **Objic.** 1. Sanctio Canonica, quâ lex civilis, aut consuetudo adversa Juri Divino reprobatur, in foro etiam seculari observari debet. *c. 2. dist. 2. cap. qui resistis potestati. 97. caus. 11. q. 3.* Atqui Sanctio *d. cap. eam efficit. 10. de testamentis,* est canonica, corrigit legem civilem, & consuetudinem adversam Juri Divino, dum Alexander III. ibidem improbat consuetudinem, quâ testamenta, quæ sunt in ultima voluntate, penitus rescindebantur, nisi cum subscriptione 7. vel. 5. testium fierent, secundum quod leges humanæ decernunt, cum tamen Jure Divino *Deuterom. 19. cap. vers. 15. Matthai 28. cap. vers. 16. Epist. 2. ad Corinth. cap. 13. vers. 1. & ad Hebraos 10. cap. vers. 28. in ore duorum aut trium stet omne verbum; ergò Sanctio dicti cap. 10. de testamentis.* in foro etiam seculari observari debet. **2.** Ad minorem 1. negando, quod Sanctio Canonica in *d. c. 10.* corrigit legem civilem, adversam Juri Divino; hoc enim Alexander III. ibidem non dicit, sed ita: *quia verò à Divina Lego & SS. Patrum Institutis, & à generali Ecclesia consuetudine id nescitur esse alienum &c.* hoc est, Jure Divino necessarium non esse, neque ad testamentum determinatè septem testes exigi, sed duos aut tres sufficere, quibus ordinariè prudenter credatur. Certe si adversarii memoratum capitulum in eo rigore accipere vellent, quod de Jure Divino in omnibus causis præcisè duobus vel tribus testibus credi debeat, neque jure humano plures desiderari valeant, tunc sequeretur 1. Ipsum Alexandrum III. in *cap. 23. de testibus* expressè contrà Jus Divinum dixisse, dum ibidem dixit, esse quasdam causas, quæ plures, quàm duos testes exigant. Sequeretur 2. contrà Jus Divinum in *cap. 2. & 3. caus. 2. q. 5.* ad condemnationem Episcopi septuaginta duos; ad condemnationem Presbyteri Cardinalis quadraginta quatuor; ad condemnationem Diaconi Cardinalis viginti septem; & ad condemnationem aliorum Clericorum Urbis Romæ septem testes requiri. Sequeretur 3. Concilium Tridentinum adversum esse Juri Divino, dum *sess. 24. de reformat. matrim. cap. 1.* ad valorem matrimonii præter duos testes desiderat præsentiam Parochi. Sequeretur 4. ipsum *Panormitanum, Clarum, Comar. Molinam, Pirbing,* & alios Juris Canonici interpretes contrà Jus Divinum respondere, dum ad substantiam testamenti præter duos testes (quibus de Jure Divino credi deberet) de Jure Canonico etiam Parochum, vel loco Parochi duos alios, adeoque quatuor testes requirunt. Quæ omnes sequelæ quàm absurdæ sint, nemo est, qui non videat. **2.** 2. Disting. minorem: Sanctio Canonica in *d. c. 10. de testamentis.* corrigit consuetudinem adversam Juri Divino,

vino, hoc est, consuetudinem, quæ est contra Jus Divinum, concedo, quæ est præter Jus Divinum, nego minorem, & consequentiam.

Objic. 2. ea vis est consuetudinis, ut præexistentem legem possit tollere. §. 11. *inf. Inst. de J. N. G. & C. l. 32. §. 1. inf. f. de h.* Atqui est generalis Ecclesiæ consuetudo, quod testamenta, quæ Parochiani coram Præbitero suo, & tribus, vel duobus aliis personis idoneis in extremâ faciunt voluntate, firma permaneant. *d. c. 10. de testamentis*, ergo &c. ¶. Disting. majorem, ea vis est consuetudinis, ut præexistentem legem in suo foro possit tollere, concedo, ut possit tollere in foro alieno, nego. Pontifex in memorato *cap. 10.* loquitur de generali consuetudine locorum, Ecclesiæ etiam quoad Jurisdictionem temporalem subjectorum, cui vult ut se conformet civitas Hostiensis, quæ idem est de temporali jurisdictione Romanæ Ecclesiæ.

Objic. 3. esto rescripta Imperatorum initio ad certas causas, personas, loca, & tempora dirigantur, si tamen postea autoritate publicâ importentur in corpus juris, sortiantur vim legis universalis. *arg. c. 19. de sent. & re jud. l. ult. in princ. Cod. de h.* ergo etiam, licet rescriptum Alexandri III. in *d. cap. 10. de testamens.* directum sit ad Episcopum Hostiensem, quia tamen postea à Gregorio IX. Corpori Juris Canonici insertum fuit, jus erit non particularis *duarum*, sed universalis Ecclesiæ, præsertim cum promoveat supremas voluntates, quarum causa in jure admodum favorabilis est. *cap. 15. circa medium. de testamentis. l. 10. in f. princ. ff. de inofficioso testamento.* consequenter amplianda, *arg. c. 15. de R. J. in 6.* ¶. 1. neg. consequentiam. nam ex inscriptione, ex subjectâ materiâ, & rationibus aliis suprâ datis apparet, mentem Gregorij Pontificis non fuisse, dictum rescriptum Alexandri, tanquam commune jus Ecclesiasticum proponendi, quemadmodum nec illud Clementis III. in *cap. 1. de locato* pro Academicis Bononiensibus statutum, tanquam generale, sed locale saltem agnoscit *Gonzalez*, ut ut dissentiat *Hosiensis apud Wagneretk ad d. c. 1. inf.* ¶. 2. disting. consequens: erit universale respectu ditionum, Ecclesiæ quoad jurisdictionem tam temporalem, quàm spirituales subjectarum, esto, subjectarum tantummodò quoad jurisdictionem spirituales. nego consequentiam.

Objic. 4. Præcepta juris naturalis sunt immutabilia. *d. §. 11. Inst. de J. N. G. & C. ult. de consue. ud.* Atqui præceptum, quod in ore duorum aut trium stet omne verbum, est Præceptum Divinum morale seu juris naturalis, cum habeatur in Evangelio. *Matth. 18. cap. vers. 16.* ibi: *adhibe tecum ad hoc unum, vel duos, ut in ore duorum vel trium stet omne verbum.* Ergo &c. ¶. Dist. minorem: est juris naturalis, hoc sensu, quod ex ore unius nemo debeat judicari, esto, est juris naturalis, hoc sensu, quod Princeps intrinsecè malum faciat, statuendo, nè testamentum aliter valeat, quàm si septem testes adhibeantur, nego minorem. Hoc posterius si intrinsecè malum esset

esset, tunc ipsemet Summus Pontifex à lege naturali deflexisset, dum præter duos testes, præsentiam Parochi ad testamentum requisivit. Confer Covar. ad d. c. 10. de testamentis. n. 3.

Objic. 5. & ultimo. In materiâ peccati, spreto jure civili, in terris etiam Imperii assurgendum est juri Canonico, per c. 3. & 4. dist. 10. c. 11. dist. 96. cap. novis. l. 3. de jud. cap. 6. de majoritate & obed. extravag. unam sanctam eod. inter communes. Atqui præsens materia est materia peccati, tum quia impedire executionem ultimæ voluntatis, de quâ per parochum & duos testes, omni exceptione majores, constat, peccatum est. arg. c. 4. caus. 13. q. 2. & l. 1. Cod. de SS. Ecclesiis. Tum quia impugnans testamentum, solennitatibus civilibus vacuum, percelli jubetur excommunicationis fulmine, sicut d. c. 10. de testamentis, quæ poena, utpotè gravis, supponit culpam gravem. c. 41. & seq. causa 11. q. 3. cap. 10. de jud. l. 3. & c. 1. Negando suppositum minoris: neque enim per leges testamentarias civiles impeditur executio ultimæ voluntatis justæ, sed malitiôsæ duntaxat illius subversiones excluduntur. 1. 2. Disting. minorem, in terris pleno jure Pontifici obnoxiiis, impedire executionem ultimæ voluntatis, de quâ per parochum & duos testes, omni exceptione majores, constat, peccatum est, concedo, in terris, quoad solum regimen spirituale animarum Pontifici obnoxiiis, impedire executionem ultimæ voluntatis, de quâ per parochum & duos testes omni exceptione majores constat, peccatum est, nego minorem. Similiter testamentum, solennitatibus civilibus vacuum, ubicunque impugnans percelli jubetur excommunicationis fulmine, nego, impugnans in terris, pleno jure Pontifici obnoxiiis, concedo minorem. Materia testamentorum est adiaphora & indifferens, in quâ proinde jus quodlibet quoad suum forum servari debet. c. 6. dist. 96.

34. Solemnitates hucusque expositæ communes sunt testamento tum scripto, tum nuncupativo. Scripto propria est 1. ut testator in præsentia testium testamentum subscribat, vel, si id nolit facere, aut nesciat scribere, ut adhibeat octavum testem, qui loco ejus subscribat non testatoris, sed proprium suum nomen, addendo, se testatoris nomine subscripsisse. l. 21. princ. l. 28. §. 1. Cod. h. t. & ibi Brunncmann. n. 8. cum seq. Quòd si tamen testator ipse propriâ manu scripsisset testamentum, & hoc aliquâ ejus parte nominatim expressisset, non foret opus aliâ subscriptione, sed sufficeret holographia, seu quòd propriâ manu tabulas testamenti scripsisset. d. l. 28. §. 1. versu. sancimus. Cod. h. t. Quid autem, si testator, scripturæ expert, notam aliquam adiecit testamento, an ea nota vel signum æqualebit subscriptioni? Negat Wiffenbach ad d. l. 28. §. 1. & addit, id multò minus admittendum esse in testatore, qui novit scribere: sequè, ita ex factò incidente consultum, respondisse Anno 1660. die 25. Martii. 2. Ut testator nomen hæredis in subscriptione suâ, vel aliâ parte testamenti exprimat, aut, si nesciat scribere, vel præ vehementiâ

est morbi non possit, ut palam & articulatè nuncupet coram testibus, qui de-  
 inde mentionem ejus in subscriptionibus suis faciant. §. 4. *I. l. 29. Cod. h. r.* Ve-  
 rum hæc solemnitas remissa est jure novo, per *nov. 119. c. 9.* & concessum testa-  
 tori, ut nomen hæredis etiam per alium, quam per testem possit exprimere;  
 idque merito ita cautum est, quia alioquin propè everteretur finis testamenti  
 scripti, qui est, ut testator possit celare testes ultimam suam voluntatem, ad ca-  
 vendam tum invidiam, tum insidias partim sui ipsius, partim etiam hæredis  
 scripti. Moribus nostris (scribit *Rittershus. expositionis novell. p. 6. c. 1. n. 9.*  
*in f. & ex ipso Brunne mann add. l. 29. n. ult.*) etiam hæc novella dispositio de-  
 fuerudine inumbrata est: sustinentur enim hodie testamenta scripta, quamvis  
 neque testator, neque alius pro ipso nomen hæredis inscripserit, modò cæteræ  
 solemnitates requisitæ intervenerint. 3. ut singuli testes, qui adhibentur in tes-  
 tamento, proprio chirographo nomen suum eidem subscribant, simulque ad-  
 dant, cujus testamentum signaverint. §. 3. *I. h. r. l. 30. ff. qui testam. facere & c.*  
 Quòd si vel unus ex testibus nomen suum non adscripserit, quantumvis signave-  
 rit, pro eo est, ac si adhibitus non esset, consequenter testamentum nullum erit.  
*l. 22. §. 4. ff. d. r.* 4. ut omnes testes testamentum signent. *d. §. 3. I. d. l. 21.*  
*prim. Cod. h. r.* Quòd si unus illorum non signaverit, esto subscripserit, testa-  
 mentum corrumpit, *d. l. 22. §. 4. ff. qui testamenta facere & c. l. 12. Cod. h. r.* Illud  
 non refert, annulo proprio, an testatoris, annulo contestis, an proflus alieno  
 testis signet. *d. l. 22. §. 2.* imò possunt omnes testes etiam uno eodemque annu-  
 lo testamentum signare. §. 5. *I. h. r.* neque est necessè de jure communi, ut,  
 qui alieno annulo signat, in subscriptione id exprimat, se alieno annulo signasse,  
 cum hæc solemnitas nullà lege requiratur, esto consultum sit, ut id fiat.  
*Haanold. d. c. 2. contr. 6. n. 121.* Similiter nihil interest, testamentum in tabu-  
 lis, an in chartis, membranivè, vel in alià materià fiat. Item unum testa-  
 mentum pluribus Codicibus conficere licet. §. 12: & 13. *I. h. r.* Sed

Utrum annulo duntaxat testamentum signare liceat, an verò etiam alio  
 idoneo signo? in Controversiam deducitur. Prima sententia est, tantum  
 licere signare annulo. ità *Hannius 2. var. resol. 5. q. 7. Ungepaar exereit. Jus-  
 tin. 8. q. 3.* Atque hæc sententia, inhærendo apicibus juris, videtur verior, &  
 probatur sufficienter tum per *l. 12. Cod. h. r.* tum per *d. l. 22. §. 5. ff. qui testa-  
 menta facere possunt.*

Secunda & communissima doctrina est, testamentum etiam alio idoneo  
 signo signari posse. Quæ sententia jam dudum in praxi prævaluit, testibus  
 etiam primæ sententiæ authoribus, & videtur confirmata per dictum *Recessum  
 Imperii de anno 1512. tit. von Testamenten §. 7. ibi.* mit ihren gewöhnlichen  
 Siglen bezeichnet werde etc. quæ verba generaliora sunt, & verificantur tum de  
 annulo signatorio, tum etiam de alio alterius formæ signo. Confer. *Glatz d.*  
*§. 1. n. 19.* Atque hætenus curiosam illam solemnitatem pompam lat late,  
 lau-

lauteque deduxisse videtur. Adde aliquot velut pedistricas quæstiones, & nempè

**26** Queritur I. Utrum testamentum, quoad solemnitates non privilegiatam, suam vel pluribus ex illis careat, saltem valet in foro conscientiarum, an verò etiam in hoc foro æquè, ac in externo nullum sit?

**27** Prima sententia sustinet, tale testamentum in foro conscientiarum valere, proindeque licitè retineri hæreditatem vel legatum, ex ejusmodi testamento insolenni quaesitum, nec restituendum esse hæredi àb intestato; imò hunc in conscientiam teneri, relinquere hæreditatem hæredi insolenniter instituto, modò sufficienter constet, hanc fuisse voluntatem defuncti, ut à se relicta pervenirent ad illas personas, quibus relicta sunt. Ita ex Theologis. *Ludovicus Molina tract. 2. de F. & F. disp. 87. n. 16. & 24. Bessius lib. 2. de F. & F. cap. 19. dubit. 3. n. 13. & seqq. Petrus Wadingus tract. de contrab. disp. 2. dubit. 2. §. 2. n. 2. & teste Haunoldo de F. & F. tom. 2. tract. 6. cap. 1. contr. 3. n. 29. pluraque Theologi.* Ex Nostris Franc. *Altaunica de conject. ult. volunt. lib. 2. tit. 14. n. 10. & seqq. Eminentiſſimus Sfondraci de lege in præsumptione fundat. p. 2. §. 5. n. 1. & seqq. Andreas Fach. 4. controu. cap. 5. Bachov. in Trent. vol. 2. disp. 10. tit. 5. lit. A. in verb. nò quidem in foro anima. Ludovus de ult. volunt. p. 2. cap. 1. p. 209. & seqq. Bernardus Susolt dissert. 7. aphoris 56. Fium. ad §. 3. F. h. r. n. ult.*

**28** Secunda sententia tenet, tale testamentum etiam in foro animæ nullum esse, & idè hæredem inibi institutum in conscientiam teneri hæreditatem tradere hæredi àb intestato: huncque eam in judicio rectè petere, & obtentam licitè retinere. Ita ex Theologis *Card. de Eugo de F. & F. disp. 22. sect. 9. Azor. apud Pirhing lib. 3. Jur. can. tit. de testamentis. sect. 1. §. 3. n. 13. Haunold. de controu. 3. n. 30. citans n. præced. plures Theologos pro hac sententia.* Ex Juristis *Didacus Covarruvias in cap. cinnoffes. 10. de testament. n. 6. & seqq. Trent. d. tit. 5. lit. A. Richer decis. 62. n. 19. Habr. ad Wesembec. ff. qui testaments a facere possunt. n. ult. Servo. d. exercit. ad Pand. 32. tit. 16. Di Gletle p. m. d. tract. de testamentis in genere & specie. p. 1. cap. 1. §. 5. n. 4.*

**29** Quamvis utraque, hæc opinio probabilis sit, & practicè tuta, quamvis iudex pro neutrâ parte litigantium pronunciavit, testibus *Haunoldo ubi supra n. 27. Pirhing d. n. 13. Gletle d. §. 5. n. 5.* spectatis tamen principiis intrinsicis, & seclusâ omni authoritate Doctorum, secunda videtur probabilior, cum quâ

**30** Respondeo & dico, testamentum insolenniter factum, & non privilegiatum, nè quidem in conscientiam tribuere jus hæredi instituto, nec fundam obligationem in hærede àb intestato, sed ita habendum pro irrito, ac si nullum testamentum factum esset: consequenter solemnitates testamentarias non requiri à jure præcisè ad probandam voluntatem defuncti, ob præsumptionem frau-

fraudis, sed tanquam substantiales & essentielles. Probatur assertio: quando verba legis sunt absolute irritativa alicujus actus, nec alibi indicant, se actum illum duntaxat irritare pro foro externo, aut se relinquere obligationem naturalem salvam, tunc censenda sunt pro utroque foro irritare actum, adeoque etiam pro foro animæ: atqui hoc modo à jure romano irritatur testamentum insolentne, ergò &c. major patet ex diversis juris locis, ut ex *concil. Triad. sess. 25. de regularibus. c. 15. sess. 24. de reformat. matrim. c. 1. l. 5. ff. qui testamentum facere possunt &c.* ubi quia simpliciter pronunciat, professionem antè annum 16. emissam invalidam esse, matrimonium absque præsentia parochi aut duorum testium celebratum esse irritum, pupillum non posse testamentum condere, hinc professio antè annum 16. tum emissâ, matrimonium clam parocho & testibus celebratum, testamentum antè annos pubertatis conditum, etiam quoad forum animæ nullum est, & irritum. Minor probatur per *l. 21. §. 1. Cod. h. s. lex sic habet: ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos à parentibus utriusque sexus habeatur, non volumus. Si verò in hujusmodi voluntate liberis alia sit extranea mixta persona, certum est, eam voluntatem defuncti quantum ad illam duntaxat permixtam personam pro nullâ haberi, sed liberis accrescere.* En in hæc lege dicitur 1. voluntatem defuncti contentam testamento, quod defectu solemnitatis imperfectum est (nam, si defectu voluntatis imperfectum esset, tunc ne quidem inter liberos teneret) non tenere. At voluntatem defuncti non tenere nihil est aliud, quam ipso jure nullam esse, ac perinde se habere, quasi nunquam existisset. 2. Dicitur, si testamento inter liberos, quod est imperfectum & insolentne, admixta sit persona extranea, quod tunc voluntas defuncti quoad personam illam extraneam pro nullâ habeatur, & quod ei relictum est, accrescat liberis: quæ legis hujus verba certè absolute irritant voluntatem defuncti insolentne testati. An autem hæc irritatio alibi judicetur, solum procedere in foro externo, patebit ex solutione contrariorum.

Objicitur itaque 1. *§. ult. Inst. & lex. ult. Cod. de fideicommissis. 1.* Quamvis in his juribus sermo sit de fideicommissis relicto absque debita solemnitate, ipsum tamen ex speciali ratione, quæ ibi judicatur, sub certis conditionibus sustinetur etiam jure civili, & in foro externo; unde per dictos textus nimium probaretur, quia probaretur, quod etiam testamentum, carens formâ debitâ, dicto modo sustinendum sit, adeoque possit v.g. à Sempronio deferri juramentum hæredi ab intestato, ut juret, se nunquam audivisse à defuncto, quod sempronium voluerit esse hæredem suum post mortem suam; quod tamen neque adversarii admittunt posse fieri, nec servatur in praxi. ceterum, quomodo argumento, ex adductis textibus contra nos formanda, directè sit occurrendum, ostendit *Hannold ubi supra. n. 37. & ostendam ego infra tit. 23. p. 1. §. 7. n. 13.*

- 92 Objicitur 2. *L. 2. Cod. d. r.* ubi dicitur, quòd, si hæres compertâ voluntate defuncti solverit fideicommissum inutiliter, hoc est, sinè debitâ solemnitate relictum, solutum non possit repetere, cum videatur ex conscientiâ veluti fideicommissi voluntati defuncti satisfecisse. *¶* Verùm ibi non dicitur, quòd hæres antecedenter ad agnitionem voluntatis defuncti in conscientiâ fuerit obligatus, fideicommissum præstare: quòd autem semel præstitum non possit repetere, ratio est, quia credidit, se ad id teneri, & præstando agnovit voluntatem defuncti; atqui voluntas defuncti semel spontè agnita, quamvis illegitima sit, habet necessitatem implendi. *l. 16. §. nn. Cod. h. t.* ergò semel impleta habet etiam necessitatem servandi, & non retractandi.
- 93 Objicitur 3. Quando lex fundatur in præsumptione fraudis, cessante fraude cessat præsumptio, & consequenter dispositio legis: atqui leges, irritantes testamenta insolemniter facta, fundantur in præsumptione fraudis, ergò &c. *¶* Ad majorem, quando lex fundatur in præsumptione fraudis pro quovis casu particulari, tunc cessante fraude cessat præsumptio ac dispositio legis, concedo majorem, quòd lex fundatur in præsumptione moralis periculi fraudum alioqui sæpè admittendarum, nisi actus univèrsaliter irriteretur, tunc cessante fraude in aliquo casu particulari cessat etiam præsumptio, ac dispositio legis, nego majorem. Atqui leges irritantes testamenta insolemniter facta, fundantur in præsumptione fraudis pro quolibet casu particulari & determinato, nego minorem, fundantur in præsumptione verissimâ & infallibili periculi fraudum, alioqui sæpè committendarum, nisi testamenta insolemniter facta univèrsaliter essent irrita, concedo minorem, & nego consequentiam. Undè, licet constaret, in hoc vel illo particulari testamento, quòd insolemniter factum est, non intervenisse ullam fraudem, ipsum tamen nullum erit & inutile, non minus, quàm matrimonium clandestinum, cui nullum tale inconveniens subest, quòd Concilium Trid. *d. sess. 24. de reform. marr. c. 1.* prohibendo tale matrimonium voluit cavere. Confer tradita àb Eminentissimo *Sfondrati* in hæc Almâ Archi-Episcopali Universitate quondam Professore Canonum *d. tract. de lege in præsumptione fundatâ p. 1. §. 4. n. 2.*
- 94 Objicitur 4. Esto testamentum insolemne, sumptum materialiter & in ratione tabulæ seu instrumenti, nullum sit & inefficax ad probandum in foro externo, ita, ut vi illius nec poti hæreditas in judicio possit, nec à giudice adjudicari, ipsa tamen voluntas testatoris non est inhabilis reddita ad transferendum Dominium: ergo si hæres scriptus sciat, fuisse voluntatem defuncti, ut ipse hæreditatem habeat, poterit eam retinere, hæres autem àb intestato hoc non poterit, si id ipsum sciat. *¶* *ex d. l. 21. §. 1. Cod. h. t. supra n. 90.* pro assertionem nostrâ adductâ sufficienter constare oppositum, nempe ipsam voluntatem defuncti, insolemniter testati, nullam & inutilem esse; taceo, quòd hæc obiectio manifestè claudicet in testamento nuncupativo, non redacto in scripturam.

Objicitur 5. *Lex 88. §. ult. ff. de legat. 2.* Respondet *Struvius in 95*  
*evolus. contro. ad d. th. 16.* ibi testamento fuisse adjectam clausulam codicil-  
 larem, & supponendum, intervenisse ad minimum 5. testes, qui numerus  
 sufficit in codicillis. *K. ult. §. ult. Cod. de codicillis.* Atque juxta hanc sen- 96  
 tentiam judicasse senatum Pedemontanum anno 1588. in facti specie, quâ nul-  
 la aptior posset concipi, & refertur ab *Hannoldo d. contro. 3. n. 42.* testis est  
 idem *Hannold ibidem.* Eandem respondendo secuti sunt Jureconsulti Jene-  
 ses apud *Richter d. decis. 62. n. 19.* porro corollaria ex hac doctrinâ dabit  
*Covarruvias ad d. c. 10. de testamentis. n. 10.*

Quæritur II. An supradictæ solemnitates etiam observandæ sint in testa- 97  
 mento fœnalis aut peregrini, qui quidem est civis loci, ubi eæ vigent, sed te-  
 statur in loco, ubi sufficiunt pauciores? *Æ.* Negativè, sed sufficit adhiberi  
 solemnitates loci, ubi testamentum fit; cùm statuta hoc casu etiam ad non sub-  
 ditos se extendant. *Lago de F. & F. disp. 24. sect. 1. n. 8. Hannold. d. rr. 6. c.*  
*2. n. 102. Ludovell d. rr. de ult. voluns. p. 213. & seq.* ubi testatur de com-  
 muni Doctorum, hinc si fortè civis Salisburgensis transiret per Austriam, &  
 incidens in morbum periculosum ibi testaretur, satis esset, si adhiberet tantum  
 duos testes; quia teste *Laymann apud Hannold d. loc. in Austria* sufficiunt duo  
 testes ad factionem testamenti.

Quæritur III. An testamentum, factum juxta solemnitates loci alicujus, 98  
 etiam vim habeat alibi, & in loco, ubi major solemnitas requiritur? *Æ.*  
 Affirmativè, quia, ut scribit *Gail. loco supradicto*, ex communi Doctorum  
 statutum, disponens circa solemnitates testamenti, porrigitur etiam extra ter-  
 ritorium, ita ut hæres possit succedere in omnia bona, ubicunque sita, & in  
 universum jus testatoris, eò quòd quoad solemnitates attendantur jura loci, ubi  
 actus celebratur, *arg. l. 6. ff. de civil. & ibi Brunemann n. 5. Gail. 2. obs. 123.*  
*Adynf. cont. 5. obs. 20. n. 4. Perez in Cod. h. s. n. 24. Ludovell ubi supra. Vinn.*  
*select. quest. lib. 2. cap. 19.* dicens, secundum hanc sententiam sapissimè judica-  
 tum esse. *Sirru. d. exercit. 32. th. 15.* Atque assertio hæc procedit etiam in  
 forènsi, ita ut testamentum, ab eo factum juxta solemnitates alieni loci, valeat  
 quoque, & porrigitur ad bona, ubicunque sita. *Gail. d. obs. 123. n. 3. Brun-*  
*emann & Perez. ad loca.* Hæc ita, si statutum disponat circa solenni-  
 tates testamenti: nam si disponat circa habilitatem, vel inhabilitatem perso-  
 næ testantis, semper debet attendi locus originis, vel domicilii personæ, non  
 non verò locus, ubi fit actus aut testamentum, quia lex, vel statutum non  
 potest legitimare personam, sibi non subjectam; & ideo, si filiusfamilias de  
 bonis adventitiis testetur in aliquo loco, ubi hoc ei lege permissum est, prout  
 permissum est in plerisque locis Belgii, teste *Vinnio d. c. 19.* hoc testamen-  
 tum non valebit in illis locis, ubi adhuc obtinet jus civile, prohibens filium-  
 familias de rebus bonis testari, consequenter quoad bona adventitia, alibi si-



ta, filiusfamilias tali casu decedet intestatus. *Gal. 2. obs. 124. n. VI. & seqq. Perez & Vinn. ubi supra.*

## §. IX.

99 **F**ais testamenti est, ut testator sibi possit eligere hæredem gratum & acceptum, nec cogatur inivitus admittere inivisum & inimicum, qualis potest esse hæres ab intestato.

## §. X.

100 **E**ffectus testamenti ritè ac legitimè facti est, quòd valeat in utroque foro interno & externo, & quòd hæres possit ex eo adire hæreditatem tempore ac modo præscripto; item quòd teneatur in omnibus implere & satisfacere legitimæ voluntati defuncti.

## §. XI.

101 **C**ontraria testamenti sunt modi, quibus infirmatur, de quibus infra.

## TITULUS XI. DE MILITARI TESTAMENTO, SUMMARIÀ.

1. Describitur testamentum minùs solemne, & referuntur quedam ejusdem speciei.
2. quas inter testamentum militare desinitur.
3. ac causa ejusdem ratio remota, tum proxima adducitur.
4. Privilegium militaris testamenti etiam nostri temporis militibus competit.
5. non item extrà expeditionem constitutis, veteranis, limitaneis, rogatis, honorariis.
6. hæredes in hoc testamento scribi possunt ferè omnes, qui in alio nequeunt.
7. miles ratione bonorum partim testatus, partim intestatus decedere potest.
8. neque multis solemnitatibus observandis opus habet, sed sufficit, si de sola serià voluntate illius constet.
9. agitur de effectibus testamenti militaris.
10. quod nullà militis voluntate evertitur.

**T**itulo præcedente §. 4. n. 59. divisimus testamentum privatum in solemne, de quo hætenùs; & minùs solemne, de quo agitur hoc titulo.

- I. Testamentum minùs solemne est, in quo vel omnes, vel saltem aliquæ solemnitates civiliter relaxatæ sunt: quòd pertinet I. testamentù inter liberos, de quo vide *Clariff. D. Glotie tum in tr. Can. Civ. de testam. c. 3. §. 2. tum. p. 5. sect. 9. 9.* & bene multa apud *Ludvvel de ult. volunt. pag. 332. & seq. Mol. disp.*

*diff.* 128. *Carpz.* p. 3. *const.* 4. *def.* 15. & multis seq. 2. Testamentum ad pias causas, de quo vide c. 1. de Testam. & ibi Canonistas. D. Glesle d. c. 3. §. 3. & d. p. 5. *selest. qualt.* 8. *Mol. diff.* 134. *Luduvell d. tr.* pag. 347. & seq. 3. Testamentum rusticum, ruri factum; hoc enim valet coram 5. testibus, si plurium copia haberi nequeat. *1. ult. Cod. de testam. Recept. Imp. de anno 1512. sit. von Testamenten.* 6. und sollen etc. *vid. Glesle d. c. 3. §. 6.* 4. Testamentum tempore pestis factum: hoc enim jure hodierno coram paucioribus, quàm 7. testibus valere, est communissima sententia Doctorum. videantur, ultra Authores superiori tit. §. n. citatos, *Luduvell pag. 357. & seqq. Beylich. p. 3. concl. 5. Carpz. d. const. 4. def. 1. & multis seqq. D. Glesle d. c. 3. §. 7.* 5. Et ultimo testamentum militare, de quo est titulus præsens.

## §. I.

**T**estamentum militare est, quod miles in expeditione occupatus jure militari condit.

## §. II.

**C**ausa efficiens hujus testamenti duplex est, proxima & remota. Remota sunt constitutiones principum. §. 3. *1. h. r.* quibus tantam ergà milites munificentiam & privilegia partim pericula, quibus milites in procinctu stantes sunt expositi, partim simplicitas & imperitia eorum extorservunt. *Clariff. D. D. Glesle p. m. d. c. 3. §. 1. n. 2.* Causa efficiens proxima est miles in expeditione occupatus. Dixi 1. Miles: & hoc verum est etiam de milite mutuo ac turdo simul. §. 1. *1. h. r.* modò talis tantum sit ex accidenti: hic enim antè causariam missionem in numeris manens rectè jure militari testatur. *1. 4. ff. cod. confer Figlium ad d. §. 2. Luduvell. de ult. volunt. p. 1. c. 2. pag. 27. Schambog. ad §. 3. 1. h. r.* ubi quadruplicem missionem observat, honestam, causariam, ignominiosam, & eam, quæ sit ad subeunda munera. honesta est, quæ emeritis stipendiis, vel ante àb Imperatore indulgetur. *1. 2. §. 2. ff. de his, qui not. infam.* causaria, quæ ob adversam valetudinem, vel vitium corporis, laboribus militiæ solvit. Ignominiosa, quâ quis ob delictum dimittitur. Ad subeunda munera fit tum, cum exauctoratur miles, qui evitandorum munerum causâ militiam subiit; quæ missio tamen existimationem non lædit. *d. l. 2. §. 2. & ibi Brunnemann.* Aliud dicendum de eo, qui à naturâ simul mutus & surdus est, quem etiam aliqui interpretes voluerunt, jure militari testari posse: sed certè invitâ ratione! cum mutus & surdus natus nè quidem legi possit in militiam, eò quòd nec classicum audire, nec juramentum præstare, nec tesseram militarem enuntiare, nec imperium Ducis sequi possit. Illud non interest, an miles primum testamentum fecerit in expeditione, an verò jam antè militiam vel expeditionem factum, sed inutiliter, illud postea in expeditione constitutus

refecerit, hoc est, vel verbo, vel facto aliquo sensibili, puta, aliquid adji-  
ciendo, detrahendo &c. declaraverit, se illud jure militari valere velle: eo si-  
quidem facto testamentum tale valet, quasi ex nova militis voluntate. §. 4. l.  
l. 9. §. un. l. 20. §. un. ff. h. t. E contra si miles nullò signò externo declaraverit,  
se testamentum prius factum valere velle, tale testamentum non pertinebit  
ad privilegia militum, sed ad jus commune. d. l. 20. §. un. in f. l. 25. ff. h. t.  
Neque obstat lex. l. 5. §. 2. ff. ead. ubi ita Ulpianus: *Testamentum autè mili-  
tiam factum à milite, si in militia decesserit, jure militari valere, si militis vo-  
luntas contraria non sit, Divus Pius rescripsit.* ergò non est necessaria exterior  
aliqua declaratio voluntatis militis, ut testamentum ejus, prius fortè inutiliter  
factum, incipiat valere jure militari, sed sufficiet, dummodò non appareat con-  
traria militis voluntas, ac proinde sufficiet voluntas ejus tacita & interpretati-  
va. Nam *u.* sensum legitimum dicti loci hunc esse, quòd testamentum ab  
aliquo antè militiam factum, eo postea in militià defuncto, valeat jure milita-  
ri, dummodò non voluerit contrarium & hoc declaraverit, nempe se nosse, ut  
hoc testamentum suum valeat jure militari. videatur *Vinn. ad d. §. 4. p. 3. in  
fne. Et D. Gletle d. §. 1. n. 18.*

4 Dubitatur de militibus nostri temporis, an ipsi quoque gaudeant hoc  
privilegio testandi jure militari? *u.* Gaudere, tum quia in ipsis militat ead-  
em ratio, quæ in militibus priscis, nempe ignorantia juris & favor militiæ:  
identitas autem rationis infert identitatem juris: tum quia jus verus quoad  
milites nostri temporis nullibi est correctum, consequenter urget vulgaris re-  
gula: quod non mutatum, cur stare prohibeatur. l. 27. *Cod. de testamentis.*  
*Caill. d. observ. 118. n. 2. Zösf. ff. h. t. n. 15. Ludovall. de ult. volunt. p. 2. c. 3.  
pag. 320.*

Ex dictis colligitur, neminem paganos jure militari rectè testari, nisi  
deprehendatur in hostico, id est, in hostili loco, & inibi decedat. l. ult. ff. h. t.

5 Dixi 2. in expeditione occupatus. princ. l. l. l. 35. ff. l. pen. *Cod. h. t.*  
ubi per expeditionem non intelligitur præcisè ipse conflictus hostilis, sed to-  
tus ille tractus temporis, quo durat periculum hostilis invasionis, sive, quo  
hostis hostem persequitur, vel imminentem exsp. Etat. undè rursus colligi-  
tur, militem extra expeditionem constitutum debere testari jure communi,  
seu eo modo, quo pagani solent, ac debent. d. princ. l. h. t. Idem dicen-  
dum de milite veterano, qualis est, qui militiã honestè nissus, ac Sacramen-  
to solutus est. §. 3. l. h. t. idem de militibus limitaneis, & qui in hybernis  
vel præsidiis degunt: nisi fortè hæc loca invasionibus hostilibus essent obno-  
xia, prout cum communi Doctorum limitat *Gletle d. loc. n. 4. & 5.* Idem à  
fortiori de militibus togatis, qui testari quidem possunt, sed jure communi  
& solenniter. §. ult. l. h. t. idem denique de militibus honorariis, quales sunt  
equites Maltenfes, Teutonici &c. *Ludovall. cit. pag. 320.* Siquidem non  
mili-

militaris dignitas, sed expeditionis necessitas hoc privilegium tribuit. Duae-  
renus ad *h. t. c. 2.*

## §. III.

**S**ubjectum testamenti militaris est hæres, qui in eo designatur. Possunt  
autem designari deportati quoque, & ferè omnes, quibus non est testa-  
menti factio, exceptis personis institui specialiter prohibitis, quales sunt ser-  
vi poenæ, hæretici insignioris notæ, mulieres, in quas turpis cadit suspicio &c.  
*l. 13. §. 2. l. 41. §. 1. ff. l. 5. Cod. h. t. l. 7. §. 1. ff. de leg. 3. l. 22. Cod. de  
hæresicis & Manichæis.*

## §. IV.

**M**ateria testamenti militaris potest assignari duplex, in quâ, & circâ quam.  
Materia, in quâ, potest esse charta, membrana, & pulvis, humus, 7  
vagina, clypeus. addo: & notæ possunt esse pro literis. *l. 40. princ. ff. h. t.*  
& sanguis pro atramento, & ensis pro calamo. *l. 15. Cod. eod.* ubi ira Con-  
stantinus Imperator: *proinde sicut juris rationibus licuit, ac semper libbit, si  
quid in vaginâ, aut clypeo, literis sanguine suo rutilantibus adnotaverint, aut  
in pulvere inscripserint gladio suo, ipso tempore, quo in prælio vita sortem  
derelinquant, hujusmodi voluntatem stabilem esse oportet.* Materia, circâ quam  
testamenti militaris est eadem, quæ paganici: in hoc tantum est discrimen,  
quod miles possit in testamento suo etiam de unâ duntaxat parte bonorum suo-  
rum disponere, quoad reliqua verò bona decedere intestatus. *l. 6. l. 37. ff.  
h. t. quod ratio juris in testamentis paganorum non admittit. l. 7. ff. de R. l.*

## §. V.

**F**orma testamenti militaris consistit in solâ & seriâ voluntate militis, de- 8  
clarantis, quem sibi velit post mortem suam hæredem esse.

Dixi 1. *in solâ voluntate*: nam ad perfectionem hujus testamenti non re-  
quiritur ulla solemnitas civilis, cum ipsum æstimetur ex jure naturali, quo  
sufficit solâ declaratio voluntatis de eo, quod quis post mortem suam fieri vult.  
Faciunt *d. princ. l. h. t. d. l. 40. princ. ff. d. l. 15. Cod. eod.*

Dixi 2. *& seriâ voluntate*: unde similes fortè joco tantum, aut teme-  
rè inter pocula dicat commilitoni suo: *ego te Hæredem facio, aut bona mea tibi  
relinquo*: non oportet hoc pro testamento observari. §. 1. *l. h. t. in f. l. 24. eod.*

Dixi 3. *militis declarantis*: potest autem miles vel declarationem hanc  
facere mediante scripturâ; quo casu nullus planè testis requiritur. *d. princ. l. d.  
l. 40. princ. ff. h. t.* cum ex scripturâ possit constare de Militis voluntate: vel  
mediate nuncupatione; quo casu sufficiunt duo testes ad probandum, hanc esse  
ultimam militis voluntatem. *arg. d. l. 40. in f. princ.* Notanter addidi: *ad  
probandum*: neque enim duo illi testes requiruntur ad perfectionem testamenti  
milita-

militaris, sed solum probationis gratia: neque opus est, ut specialiter rogati sint, sed sufficit esse fortuitos. Non obstat *d. §. 1. l. h. r. ibi: convocatis ad hoc hominibus.* Nam *2. Cum D. Glesle d. §. 1. n. 15.* verbis illis tantum contineri narrationem facti, non dispositionem juris. Jure novissimo Romano-Germanico oportet distinguere inter milites, qui in comitatu sunt, die in *Ulung des Streits seyn* / & qui in castris degunt, die *nur zur Felde liegen*. Illorum testamenta sine ullo teste valent: horum vero non aliter, quam adhibitis duobus testibus. *d. Recess. Imp. de Anno 1512. tit. von Testamenten §. und sollen 2c.* Atque his conformiter Facultas nostra juridica, super facti specie consultata, respondit die 3. Junii 1705.

## §. VI.

Effectus testamenti militaris vel est communis testamento solenni, vel proprius. Communis est, quod designati in eo haeredes jus acquirant, res sibi relictas persequendi; quod etiam tunc procedit, cum miles jure communi testari destinans, antequam solennitates perficerentur, decesserit: rata enim habetur voluntas ejus perinde, ac si numeris omnibus absoluta fuisset. *l. 3. ff. h. r.* Effectus proprius est 1. quod testamentum militis etiam post questionem honestam, vel causariam, validum maneat intra annum a missione proxima. *§. 3. l. h. r. & ibi Schambog.* 2. Quod per minimam capitis deminutionem, puta, arrogationem, vel emancipationem non infirmetur. *§. 5. l. l. 22. l. 23. ff. h. r.* Confer *D. Glesle d. §. 1. n. pen. & ult. D. Verlohner in qual. jurid. de modo succedendi &c. art. 4. q. 3. n. pen. & ult.*

## § VII.

Contraria testamenti militaris sunt modi, quibus evertitur. Evertitur autem nuda militis voluntate. *l. 15. §. 1. ff. h. r. & ibi Brunnemann. n. 1. cum seqq.*

## TITULUS XII.

### QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM.

## SUMMARI A.

1. Natura testari prohibentur infantes, furiosi, mentecapti, ebrii. 2. Jure positivo ab activa testamenti factioe arcentur motti & surdi. 3. ceteri saltem forma in *l. 8. Cod. h. r. prescripta & observata testari possunt.* 4. Testamentum condere nequeunt prodigi, ob libellum famosum damnati, heretici.

retici non tolerari, usurarii manifesti, incestis nuptiis sese polluentes, apostata, rei perditionis aut repetenduram. 5. Impuberes. 6. servi, deportati, peregrini, obides, captivi, de statu suo dubii, damnati captivi. 7. Religiosi. 8. Clerici, filii familias. 9. Proponitur questio, an filius familias saltem de pecunie adventitio extraordinario testari possit? 10. Adducuntur Auctores sententia ajenis. 11. atque videntur Patroni opinionis opposita. 12. resolvitur questio negativè, ac probatur ex pr. l. h. r. 13. item ex l. pen. Cod. eod. 14. nec non ex ratione. 15. 16. 17. 18. 19. & 20. refelluntur argumenta contraria. 21. recensentur persona testabiles.

**E**N Titulum proprium, in quo juxta fidem, superius tit. 10. §. 5. n. 60. inf. add. etiam, tractandum de personis testari prohibitis naturâ vel, jure.

§. I.

**N**aturâ prohibentur omnes, qui carent usu rationis, saltè pro illo tempore, quo testantur. Nam fundamentum omnis dispositionis morales, sive inter vivos, sive mortis causâ, est usus rationis: ergo qui hoc carent eo tempore, quo actum gerunt, nihil agunt. *Molina d. tr. 2. disp. 136. Petrus Wadingus tr. de contractibus disp. 4. dub. 6. n. 1.* Hinc jure naturæ nequit testari 1. Infans saltem moraliter talis. 2. Furiosus & mente captus; tametsi quoad furiosum distinctione opus sit, ac referat, certumne sit, tempore furoris testatum esse, vel certum, quod tempore lucidi intervalli fuerit testatus, vel dubium? Primo casu testamentum, quomodocunque factum, inutile est, quia, quod ita gestum est, quamvis rectè, intelligitur tamen casu potius, quam consilio gestum esse. *Arnoldus Rath apud Hannold. d. tr. 6. c. 4. contr. §. n. 242.* Altero casu testamentum omni jure valet. §. I. l. 9. Cod. h. r. furiosus enim, gaudens lucidis intervallis, pro illo tempore nihil differt ab homine sanæ mentis, sed pari cum eo jure utitur in omni actione morali & civili. Planè si furiosus tempore intermissionis inciperet testari, & antequam absolveret, furore corripetur, nullius momenti esset, quod actum est, nec valeret etiam, licet post remissum furorem, quod captus est, perficeretur. *d. l. 9. Vinn. ad d. §. 1. n. 2.* Rationem reddit *Glossa ad d. l. 9.* quia testandi actus est individuum, exigens uno contextu peragi: nihil autem videtur facere, qui tantum partem individui facit. Certè si quis ante somnum inciperet condere testamentum, & post somnum illud absolveret, inutiliter testaretur: ergo etiam, si quis ante furorem incipiat condere testamentum, & post illum, testamentum absolvat, inutiliter testatur: quid enim aliud est furor, quam quidam gravis somnus sanæ mentis. Tertio casu ex qualitate actus decidenda res est, ita, ut, si dispositio furiosi inepta sit, ridicula, & talis, quæ non congruit homini sanæ mentis, tempore furoris facta censeri debeat:

contra dispositio ita ordinata, ut foleret ab homine mentis compote, tempore intervalli facta præsumi debeat, esto etiam nullum intervallum hæctenus præluxisset. *Nicolaus Boerius decif. 23. n. 58. & 88. Mysf. cent. 2. obj. 4. Brunnemann. ad d. l. 9. Cod. h. t. n. 2. Haunold & Vinn. ubi supra. Ludovic. de ult. volunt. part. 1. pag. 19. & seq. Neq; obitat, quod furor in dubio durare præsumatur. arg. c. 14. causf. 3. q. 9. Hæc enim præsumptio in proposito eliditur per aliam fortiorem, desumptam à qualitate actûs, sobriè ac prudenter gesti. Accedit optima ratio, quæ facit pro valore testamenti. c. 5. circa medium. de testamentis. l. 10. in f. princ. ff. de inofficioso testam. 3. Ebrius ebrietate perfectâ jure naturæ inutiliter testatur, quamdiu durat talis ebrietas, usum rationis mergens. Furioso subjicio ebrium, quia solo tempore iavicem differunt; nam ebrietas brevis quidam furor est, furor duratura quædam ebrietas. Appositè *Seneca epist. 83. ibi: nihil aliud esse ebrietatem, quam voluntariam insaniam. Extende in plures dies illum ebrium habitum: nunc quid de furore dubitabis? nunc quoque non est minor, sed brevior.**

Jure positivo Romano prohibentur quidam absolute, quidam ex parte duntaxat, sive respectu certorum bonorum. Absolute alii ob vitium corporis, alii ob vitiositatem mörum, alii ob defectum alium.

## §. II.

**O**B vitium corporis muti vel surdi: circa quos tamen distinguendum 1. inter jus pandectarum & Codicis. 2. An quis sit mutus & surdus simul, an mutus tantum, aut surdus tantum? & si quis simul talis sit, utrum à nativitate, an verò postea talis factus sit. unde

Dico I. jure pandectarum mutus, aut surdus tantum non aliter poterat testari, quam ex speciali permissu Principis. §. 3. l. 6. §. un. l. 7. ff. h. t. l. 9. §. un. ff. unde cognati. rationem hujus juris reddit *Cujacius ad d. l. 6. quia mutus accire & rogare testes, surdus audire sibi testimonium perhibentes non potest, quod tamen ex parte testatoris requiri, indicat Paulus 3. sent. 5. §. 4.*

Dico II. Jure Codicis mutus & surdus simul à nativitate testari nequit. l. 10. in princ. Cod. h. t. Suppono autem mutum & surdum, mentis compotem: qui enim omninò caret intellectu, etiam jure naturæ testari nequit, nec à Principe ad id habilitari potest. *Clariff. ac Consultiff. Vir D. Doctor Moser tri. testament. de his, qui testamenta facere possunt. c. 3. §. 1. n. 17. an autem taliter mutus & surdus ad pias causas testari valeat, vid. Mel. diff. 136. n. 6.*

Dico III. mutus & surdus simul, sed ex accidenti talis, testatori potest, modo scribere noverit. d. l. 10. vers. ubi extrem.

Dico IV. mutus tantum, sive à nativitate, sive postea talis factus, per scripturam; item surdus tantum, sive à nativitate, sive casu talis factus, per munsupationem testari potest. d. l. 10. vers. jus autem. ubi obiter noto insignem temerita-

remeritatem Jacobi Wissenbach, dum in commentario ad hunc textum sic scribit: illa Justiniani argumentatio: si vox articulata naturaliter surdo concessa est, nihil prohibet, eum omnia: qua voluerit, facere. d. l. 10, vers. si enim vox &c. haud absimilis est isti ratiocinationi: si asinus habet pennas, volat. Et lepidum commentum est, quod Imperator ibidem addit, neminem esse, qui penitus non exaudiat, si quis supra cerebrum ejus loquatur. Hæc ille, certè satis incivilter, & indecorè! imò fortè falsè! nam Illustrissimus Eques Kenelmus Digbaus in tr. de natura corporum cap. 28. n. 8. refert de nobili quodam Hispano, à nativitate surdo & muto, qui sonos ac voces oculis percipiebat, ac perfectissimè discernerebat, articulatèque loqui didicerat. Utriusque effectus testis oculatus est ipsemet Digbaus. confer D. Glesle d. tr. de testamentis c. 4. §. 1. n. 3. & 4. Samuelem Stryckium de jure sensuum dissert. 4. c. 3. num. 23. & seqq.

De cæco quæritur an, & quomodo testari possit? R. Cæcum & olim potuisse testari. Paulus 3. sent. 5. §. 4. & hodie posse; verum, quia testamentum ejus fraudibus vel maximè est expositum, idè ut iisdem sufficienter obviaretur, plures illi solennitates præscripæ inveniuntur in l. 8. (quo refert §. 4. l. b. r.) Cod. eod. cujus hæc sententia est, ut cæcus nuncupaturus hæredem (nam in scriptis utique testari nequit) præter solennem numerum testimonium adhibeat tabularium seu notarium publicum, aut, si ejus copia non suppetat, octavum testem, qui voluntatem nuncupantis scripto excipiat, cui deinde testes omnes & insuper tabularius subscribant, eamque obsignent, prout fit in testamentis scriptis: aut si cæcus testamentum suum jam antè scribi curavit, ut tabularius scripturam illam coram 7. testibus palàm legat, eaque lectà cæcus testetur, hanc esse ultimam voluntatem suam, & mox omnes subscribant & obsignent. Unde colliges singularia testamenti cæcorum, quæ hæc sunt: 1. quòd non sufficiat nuncupatio ultimæ voluntatis, sed insuper requiratur redactio ejus in scripturam; rectè proin dicere possis cum Haunoldo ubi supra 246. testamentum cæci nec esse purè nuncupativum, nec purè scriptum, sed velut ex utroque genere mixtum. 2. Adhibitio octavi testis, qui testamentum scribat, aut jam ante scriptum recitet. 3. Quòd is testis debeat esse tabularius publicus, si haberi possit. & 4. omnium subscriptio, & subscriptio. Finm. ad d. §. 4. l. b. r. quod autem in d. l. 8. cavetur, ut præter nomen hæredis etiam exprimat dignitas ejus, aliaque indicia, videtur tunc solum observandum esse, quando periculum esset, nè sola nominis expressio pareret incertitudinem; hoc ergo cessante dicta cæremonia potest omitti, cum frustra sit, quidquid additur rej, jam ante satis certæ. l. 1. §. 8. ff. de dote preleg. Haunoldi d. loc. Harp. ad d. §. 4. n. 8. Stryck d. tr. diff. 2. cap. 3. n. 23. & seqq.

Cæterum an prædictæ solennitates etiam necessariæ sint in codicillo cæci? item quando cæcus testatur inter liberos, vel ad pias



causas, vide *Hannold d. loc. n. 248. & seq. Vafq. Illustr. controu. 103. n. 11. & seq. Harp. ad d. §. 4. l. h. t. n. 13. & seq. & ad §. f. l. de Codicillis. n. 10. Ludvvell. de ult. volunt. part. 1. c. 2. pag. 29. & 2. seqq.* qui authores conveniunt, in Codicillo cæci non requiri octo testes, sed sufficere quinque cum tabulario. Deinde in testamento cæci inter liberos, vel ad pias causas, nihil ampliùs requiritur, quàm quod requiritur in testamento oculati, hoc modo testantis.

## §. III.

**O**B vitiositatem morum testari prohibetur 1. Prodigus, cui administratio bonorum à magistratu interdicta est. §. 2. l. l. 12. princ. ff. h. s. quòd si nihilominùs testamentum fecerit, ipso jure non valet. d. l. 12. quòd autem antè fecit, quàm ei bonis interdiceretur, ratum est. *dd. rurs. junct. §. 14. l. de legatis. D. Moser d. r. c. 2. §. 8. n. 13. & 14. Mol. disp. 137. n. 1.* Ratio autem, cur prodigo facultas testandi adempta sit, videtur hæc esse, quia jura præsumunt, eum non minus imprudenter & prodigè mortis causà dispositurum, quàm disponeret inter vivos, si haberet liberam bonorum administrationem. Atque prohibitio hæc procedit I. esto in testamento prodigi non appareat signum prodigalitatìs: quia prohibitio hæc non fundatur in præsumptione actualis prodigalitatìs, sed potiùs in metu ac suspitione multarum futurarum prodigalitarum, nisi universalis prohibitio statuatur; quare considerando incommoda, quæ emergerent, si ejusmodi testamentum sustineretur, nempe perpetuarum litium, quibus hæredes scripti negarent, prodigalitatem ergà se exercitam esse, hæredes verò àb intestato facilè speciosis argumentis eam assererent, satius est, ut dicamus, testamentum prodigi simpliciter non valere, sicut etià non valet testamentum impuberis, esto ita ordinatum sit, ut toleret à prudentissimo homine ordinari. Procedit II. licet prodigus ad pias causas testatus fuerit; nam & sic eum inutiliter testari, docent *Baldus ad l. 1. Cod. de SS. Ecclesiis n. 29. Mol. ubi supra. Wadingus d. dub. 6. n. 5. Hannold. d. r. c. 6. cap. 4. controu. §. n. 243.* Ratio esse potest, quia, licet liberalitas erga piam causam laudabilis sit, ex prodigalitate tamen, utpote delicto, ipsa non magis volet dici, quàm causa profana; & si erga hanc potest exerceri prodigalitas, cur non etià erga illam? 2. Ob vitiositatem morum testari prohibetur, qui ob crimen seu libellum famosum damnatus est. d. l. 12. §. 11. l. 21. princ. ff. de testibus. 3. Hæretici, eorumque receptatores & defensores. l. 4. §. 5. auth. credentes. Cod. c. 10. 13. §. credentes. de hæreticis. quòd intelligendum de hæreticis non toleratis; tolerati, quales in Imperio nostro sunt lutherani & calvinistæ, validè testantur. confer *D. Glotz d. c. 4. §. 3. n. 7. & 8.* 4. Usurarius manifestus, donec substantiam, fœnore auctam, restituat, aut restitutorum se caveat. c. 2. in f. de usuris in 6. Mol. d. disp. 137. n. 4.

n. 4. *Hannold. d. c. 4. n. 226.* Et docent aliqui, talem ufurarium ac quidem ad pias caufas recte teftari. Adde *Lugonens de F. & F. diff. 24. fect. 4. n. 70. & feq. 5.* Qui fe poluit incestus nuptus. *nov. 12. c. 1. indeque defumpta auct. incestus. Cod. de incest. & inuil. nuptiis.* ubi pœna huius delicti Itacutur confiscatio bonorum, vel translatio eorum in iustos liberos, si adfint: consequenter teftamenti factio tali criminofo intelligitur adempta. *Collegium Juris Argentinoratenfe b. 1. eb. 8. Stranch differt. 9. Aphorif. 11. Struv. b. 1. th. 8. 6. Apostata. l. 2. & duabus feqq. Cod. de apofatis.* 7. Reus perduellionis. *arg. l. 20. ff. de accusat. Glesie d. 5. 3. n. 16.* 8. Reus repetundarum. *arg. d. l. 20. Defectus alius vel est fufficientis ætatis, vel integri ftatus.*

§. IV.

**O**B defectum fufficientis ætatis prohibetur teftari impubes, infante major, §. 1. *l. 5. l. 19. ff. l. 4. Cod. h. t.* adeoque mafculus ante annum 14tum, femina ante 12um iure noftro inutiliter teftantur. Sed utrum quis debeat exceffiffe dictum tempus, ut poffit teftamentum facere, an verò fufficiet compleviffe? n. Sufficit compleviffe, ac proinde fupremus dies anni 14ti, ceptus habeatur hic pro completo. *d. l. 5. confer D. Glesie d. c. 4. §. 4. n. 3.* Ratio, cur impuberes teftari nequeant, redditur in *d. §. 1. l. h. t.* ibi: *quia nullum eorum animi iudicium est.* Senfus est, non quòd impuberes omni prorsus animi iudicio careant, fed quòd non habeant ita firmum, perfectum, integrum, quali opus est ad prudenter teftandum. Atque prohibitio hæc procedit 1. etiam de impubere patrefamilias, feu pupillo, ut is neque fe fòlo valeat teftari, neque tutore auctore. Non fe fòlo: nam hoc ad minimum probant leges præcitatæ. Non etiam tutore auctore: quia alias factio teftamenti pupillaris penderet à voluntate & arbitrio tutoris, contrà expreffam regulam in *l. 32. princ. ff. de heres. inflit. yberius Vinnius ad d. §. 1. l. h. t. n. 1.* ideo, inquit, pupillus tutore auctore teftari nequit, quia teftamenta non arbitrio alieno, non precariâ, fed ipforum teftatorum prudentiâ fieri debent, nè quid temerè & inconfulto per aliorum molimina in præiudicium familiarum & agnatorum ftatuatur, & extranei potiùs, quàm cognati, remotiores, quàm proximi, hæreditatem confequantur. Quinimò tutores, fi hæc poteftatem illis permittimus, plerùmque operam dabunt, ut non alii, quàm à quibus lucrum fperant, hæredes inflituantur. Hæc *Vinnius.* Procedit 2. etiam de impubere pubertati proximo & habente fufficientem discretionem rationis, ita, ut neq talis valeat teftamentum facere. *Molina d. tr. 2. diff. 136. num. 7. Hannold. d. tr. 6. c. 4. contr. 5. n. 236.* addens rationem, quia leges sæpè annullant aetum univerfaliter, quamvis ratio annullandi in uno, alterovè fupposito non verificetur: quo fenfu dici folet, leges non aptari ad ea, quæ rarò accidunt, fed quæ frequentur fiuat. *l. 3. & 3. feqq. ff. de U. fati enim est, verificari*

plerumque, & esse periculum abusûs, si quis ob falsitatem præsumptionis fe-  
 posset inde excipere, prout patet in prohibitione matrimonii clandestini. Pro-  
 cedit 3. etiam de impubere milite, ut nec is valeat testamentum facere, nè qui-  
 dem jure militari. *l. ult. Cod. de testamento militis.* Procedit 4. licet impu-  
 bes ad pias causas testatus sit: nam & hoc modo eum inutiliter testari, docent  
*Mol. d. diff. 136. in f. Hannold. d. cont. §. n. 237.* etque teste Molinâ com-  
 munitis, & colligitur partim ex eo, quod impubes jure Civili (quod nusquam  
 à Canonico hæc in parte correctum est) simpliciter intestabilis redditus sit; par-  
 tim verò, & melius ex *cap. licet 4. de sepulturis in 6.* ubi manifestè sermo est  
 de filio familias pubere, & negatur, impuberem posse eligere sepulturam: er-  
 go multò minus poterit testamentum facere ad causas pias. Porro testamen-  
 tum àb impubere factum ita simpliciter nullum est, & manet, ut, licet is pos-  
 sit à pubes factus illud ratificet, vel aliud non faciat, tamen non convalescat.  
*d. §. 1. l. b. 2. l. 1. §. 8. ff. de bonorum possessione secundum tabulas:* ubi dicitur,  
 testatorem debere utroque tempore habere jus testandi, & quo facit testa-  
 mentum, & quo moritur: & sanè ad valorem actûs hec vel maxime  
 videtur necessarium, ut agens tunc, cum agit, habeat capacitatem a-  
 gendi, siquidem paria videntur, vel plane non agere, vel non age-  
 re tempore habili. Sed nunquid Princeps saltem potest dispensare cum im-  
 pubere, habilitando ipsum ad hæc, ut valeat testari? Negat *Baldus apud Go-  
 mez ad l. 3. Tanri. n. 3.* Sed contrarium omninò tenendum est, quia, licet  
 Princeps non possit supplere defectum judicij, naturaliter requisiti ad valorem  
 actûs, potest tamen supplere defectum ætatis in impubere, de quo constat,  
 pollere sufficienti judicio ad actum aliquem gerendum; nam quòd masculus ne-  
 queat testari ante annum 14tum, est prohibitio juris merè positivi, ac pro-  
 inde dispensabilis, cum omne jus positivum sit dispensabile à superiore suo, ut  
 aliunde notum est: Facit *lex ult. Cod. de testamento militis.* Econtra qui pu-  
 bes est, rectè testatur etiam sine consentu curatoris, & amplius etiam invito,  
 ac renitente curatore: Supponitur manifestè in *l. 20. §. un. ff. de liberatione  
 legata.* Nec obstat, quòd pubes, curatorem habens, sine consensu ejus non  
 possit contrahere, nec alienare res suas immobiles aut mobiles pretiosas & ser-  
 vando servabiles. Nam testamentum non potest pendere ex voluntate a terius,  
 sicut contractus. Accedit, quòd testamentum ad libitum disponentis possit re-  
 vocari. *arg. l. 4. ff. de adim. vel transferend. legat.* Econtra contractus semel ce-  
 lebrati pro libitu retractari nequeunt. *arg. l. 5. Cod. de O. & A.*

Defectus integri status est vel involuntarius, vel voluntarius.

### §. V.

¶ Defectum status involuntarium testari prohibetur r. Servus. *l. 16. &  
 19. ff. h. t.* quia communionem Juris Civili non habet. *l. 20. §. 7. ff.*

*cod.* Aliqui reddunt hanc rationem, quia servus nihil habet in bonis. Sed eam rejicit *Hannold. d. tr. 6. cap. 4. contr. v. 1. n. 207.* ex eo, quod ad hoc, ut quis possit testari, non requiratur, ut actu, & de presenti bona habeat, sed sufficiat, aliquando & ante mortem habere posse: nisi ergo, inquit *Hannold*, status obstaret servo, sola carentia bonorum non obstaret. Panè servi aut famuli, quales hodie habemus, validè testantur, nisi aliquid aliud obstat. 2. Deportatus. l. 8. §. 1. & 2. ff. d. t. deportatione enim amittitur Civitas. §. 2. l. de capit. diminutione. Ergò etiam jus testandi, ut quod est proprium civitatis Romanæ. Aliud dicendum de relegatis, ut qui unacum civitate etiam jus testandi retinent. d. l. 8. §. 3. hodie deportatis illis comparantur banniti Imperii, die in die Reichs-Acht erkläret seynd / nam & hi omnia Imperii jura perdunt, consequenter etiam jus faciendi testamentum. *Carpx. practica criminalis p. 3. q. 140. n. 26. & seqq. Eckelt. ff. h. t. §. 24.* Relegatis verò similes sunt, qui tantum ab aliquo statu Imperii banniti sunt; quibus proinde jus commune Imperii, ac testamenti factionis salvum permanet. *Carpx. d. loc. n. 30. Hannold. d. c. 4. contr. 3. n. 220. confer Schambog. d. rubr. q. 24. 3.* prohibetur testari peregrinus, qualis hic est omnis, qui non est civis ac subditus Romanus. Colligitur ex fragmentis *Ulpiani tit. 20. §. 14. & l. 1. princ. ff. ad l. Falcid.* Ratio est, quia, cum testamenti factio sit civium Romanorum propria, æquè ac justæ nuptiæ & patria potestas &c. nemo, nisi qui civis Romanus est, poterit eo jure uti. Quòd si nihilominus peregrinus testatus fuerit, testamentum ejus in foro Romano non sustinetur, nisi jus ita testandi specialiter à principe impetraverit. *arg. l. 11. ff. h. t.* Planè jure novo ex concessione generali *Friderici Secundi Imperatoris*, peregrini habent liberam facultatem testandi in Imperio. *auth. omnes peregrini. Cod. communia de success. Struv. exercit. ad pand. 32. th. 7. 4.* Obles, quamdiu in obsidio apud Romanos est, testari nequit, quia non est civis Romanus, sed peregrinus. Excipe, nisi jus testandi, aut usum togæ à Principe obtinuerit. d. l. 11. ff. h. t. l. 32. ff. de juro Fisci. *Loidu. de ult. volunt. p. 1. c. 2. p. 33. 4.* prohibetur captivus, qui nempe à tali hoste captus est, ut fiat servus capientis: hic enim quamdiu apud hostes est, testari nequit, ac si testatus fuerit, testamentum ejus inutile est, nec convalescit, quamvis ab hoste redierit, quia initium vitiosum impedit convalescentiam actus. §. ult. l. 18. princ. ff. h. t. *juvst. l. 29. ff. de R. F.* Quòd si quis prius, quam caperetur, testamentum fecerit, valebit, & quidem jure postliminii, si redierit ab hoste, sin ibi decesserit, ex lege *Corneliæ. d. §. ult.*

Quæres: cur non æquè postliminio convalescat testamentum, quod quis fecit tempore captivitatis, quam quod fecit ante captivitatem, cum tamen ita reversus videatur, ac si nunquam fuisset captus, sed semper mansisset liber, ac civis Romanus? R. idèd, quia, quod non est ante captivitatem, id nec postliminium habere potest.

Dices 1. Codicilli, duram captivitate facti ab eo, qui ante captivitatem testamentum fecerat, jure postliminii convalescunt captivo reverso, ergo etiam testamentum. *¶* Neg. conf. Ratio diversitatis est, quia principium & fundamentum illorum codicillorum jam ante captivitatem fuit positum, cum positum fuerit testamentum, quo ipsi codicilli confirmati sunt. *l. 12. §. 5. ff. de captivis & postliminio reversis. Vinn. ad d. §. ult. l. h. t. n. 1.*

Dices 2. media tempora non nocent. *l. 6. §. 2. ff. de hered. instis.* ergo supervacua est fictio juris postliminii ad conservanda testamenta. *¶* cum *Vinnio ubi supra*, illam regulam pertinere ad heredem, non etiam ad testatorem, cujus testamentum amissâ civitate stare nequit. Planè hodie hoc jure Christiani invicem non utuntur, sed Christianus captus à Christiano manet liber & habilis ad testandum. imò valde humana est quorundam sententia, quòd testamenta, quæ Christiani captivi faciunt apud turcas & alios barbaros ac infideles, apud nos pro justis habenda, & ad effectum perducenda sint; quia, prout *lib. 1. Inst. tit. 3. cum seqq. §. 7. n. 26.* docui, probabile est, tales à nostris non censerì servos, nec videtur convenire Republicæ Christianæ, fidelibus suis præter afflictionem captivitatis adhuc aliam superaddere. *Græncvoegen de legibus abrogatis ad d. §. ult. l. h. t. num. 2. Haunold. d. c. 4. contr. 1. n. 211. 6.* Prohibetur de statu suo dubius, hoc est, dubitans de statu libertatis suæ, ita, ut non habeat probabilem rationem judicandi, se esse liberum. *l. 14. & seqq. ff. h. t. l. 1. princ. ff. de legat. 3.* certo enim animi judicio condemnandum est testamentum, quo judicio caret dubius de statu suo. 7. damnatus captivus. de quo

Dico 1. accusatus de crimine capitali, imò etiam de eo convictus aut confessus, si ante sententiam latam testamentum fecerit, testamentum sustinetur. Colligo ex *l. 9. ff. h. t.* rationem desumo ex *Haunoldo d. c. 4. contr. 3. n. 221.* quia non delictum, sed sententia demùm de numero civium condemnatum dejecit. Idem dicendum, si condemnatus appellaverit, & medio tempore pendente appellatione condens testamentum decesserit. *l. 13. §. 2. ff. eod.*

Dico 2. jure veteri damnatus capitis testari non potuit. *l. 8. §. ult. ff. h. t. l. 6. §. 6. ff. de injusto, rupto, &c.* ubi simul ratio insinuat, quia taliter condemnatus efficitur servus poenæ, adeòque, & libertatem, & civitatem perdit, & bona ejus quoque publicantur; quibus proinde amissis ipsam quoque testamenti factionem perdi, necesse est. Et in hoc assertio omnes conveniunt.

Dico 3. Et hæc conclusio est controversa: damnatum capitis etiam jure novo probabiliter intestabilem esse. *Covar. rubr. de testam. p. 3. n. 44. Vassq. 3. contr. illustr. c. 96. n. 3. Cujac. in l. 8. ff. h. t. inf. Brunne mann ibid. n. 3. & seq. Corpuz. pract. crim. p. 3. q. 135. n. 19. & seq. Hann. in Treutl. vol. 2. diff. 10. q. 24. & Bachov. ad d. diff. 10. tit. 2. lib. H. Glesle d. c. 4. §. 9. n. 11. Serav. ff. h. t.*

*l. 1. ib. §. Hammold. d. cap. 4. consr. 3. n. 2. 2.* Et plures alii apud *Harp. ad §. ult. l. b. 1. n. 12.* Erubatur: Jus veteris in hac parte non est expresse correctum per jus novum: ergo manet in suo robore, *arg. l. 27. Cod. de testamentis. & l. 32. §. ult. Cod. de appellat.* Confirmatur: in *nov. 134. c. ult.* cavetur, ut bona damnati capitis, quæ olim simpliciter cedebant fisco, modo pertineant ad ejus liberos, & parentes usque ad tertium gradum: in horum autem defectum applicentur fisco: ergo signum est, quod neque jure novo taliter damnatus possit testamento cavere de bonis, eaque libitur relinquere aliis in fraudem fisci.

Neque dicas 1. qui potest habere heredem ab intestato, potest etiam habere heredem ex testamento: atqui damnatus capitis habet ab intestato heredes, liberos ac parentes; ergo &c. *¶* enim negando majorem, quia impubes, item furiosus & prodigus, ac plures alii possunt habere heredes ab intestato, non tamen ex testamento.

Neque dicas 2. bona damnati capitis jure novo non amplius ita simpliciter cedunt fisco, sicut olim, sed tunc demum, si non adsunt liberi & parentes ergo si hi adsunt, bona manent damnari, quamdiu vivit: ergo potest de illis testamento disponere.

Nam *1.* à negatione confiscationis non restat infertur ad negationem ademptionis bonorum; neque enim ideo confiscatio pro parte sublata est, ut bona manerent propria damnati, quippe cujus favorem lex nova minimè intendit, sed potius favorem liberorum ac parentum, quos substituit in locum fisci usque ad tertium gradum; quare licet hoc effectum sit per *d. nov. c. ult.* ne bona damnati amplius publicentur, exstantibus liberis aut parentibus usque ad dictum gradum, plis tamen damnatis bona statim adiunguntur à lege. & in prædictas personas transferuntur. *d. c. ult.* quo factio testamenti factio retineri nequit.

Neque dicas 3. ratio, cur damnatus capitis jure veteri non potuerit testari, est, quia olim ita damnatus fiebat servus pœnz: atqui hæc ratio jure novo cessat. *nov. 22. cap. 8. ibi: nullum ab initio bene natorum ex supplicio permittimus fieri servum.* ergo &c.

Nam *2.* ad majorem, negando, eam fuisse solam & unicam causam prohibitionis veteris, sed hæc quoque, quod damnatus capitis etiam amittat jus civitatis. *l. 29. ff. de penis.* At verò hæc ratio jure novo adhuc durat, cum nullibi legatur sublata esse: ergo & dispositio juris veteris adhuc durabit, quando enim lex aliqua inmittitur pluribus rationibus, quarum quælibet est sufficiens ad fundandam & conservandam legem, tunc, licet una earum cesset, propterea tamen non cessat lex, sed conservatur per rationem superstitem.

Dico 4. Moribus nostris, & generali quâdam consuetudine damnatus capitis testari posse, modo non sint damnati ob tale crimen, cui annexa est poena confiscationis bonorum, ut est crimen læsæ Majestatis. *Leg. d. diff. 24. sess. 4.*

n. 72. *Wadingus d. dub. 6. n. 3. Richter decis. 37. n. 2. Carpz. d. q. 135. n. 22. & seqq. Seruv. d. th. 8. Bechmann in observat. pract. ad h. s. ff. obs. 4. ubi etiam de veneficis & lamis tradit, eas, ante resipiscenciam & conversionem ad DEUM, intestabiles esse, & ita respondisse Collegium Juridicum Jenense mense Decembri, anno 1611.*

## §. VI.

7 **O**B defectum status voluntarium prohibetur testari religiosus professus. c. 7. 19. q. 3. *auth. impressi. Cod. de SS. Ecclesiis. de quo vide omnino D. Glesle. d. c. 4. §. 6. per totum.*

## §. VII.

8 **S**ecundum quid, siue respectu certorum bonorum intestabiles sunt. 1. Clerici, qui de bonis seu proventibus Ecclesiasticis superfluis (aliud dicendum de bonis patrimonialibus, industrialibus, & parsimonialibus) nè quidem ad causas pias per viam testamenti disponere possunt. c. 8. q. 12. *de testamentis.* ubi de prohibitione hac Canonice latius agunt. adde *D. Glesle. d. c. 4. §. 7.* qui etiam hanc materiam à n. 1. usque ad 14. inclusivè per distinctas assertiones fuit, & pro more suo doctè examinat. 2. Secundum quid intestabiles sunt filii familiæ puberes, circa quos ut distinctè procedam, certa separo ab incertis, & quidem

Certum est I. Filios familiæ posse testari de bonis castrensibus & quasi. §. ult. *suprà de militari testamento. d. pr. Inst. l. pen. & ult. Cod. h. t. l. 7. §. ult. ff. de donat. l. ult. Cod. de inoff. testamento.* Ratio est, quia in his bonis Filii familiæ fictione juris habentur pro patribus familiæ. l. 2. ff. de SC. Maced. l. 6. §. ult. ff. de injusto, rupto &c.

Certum est II. Filios familiæ non posse testari de bonis profectitiis, nè quidem cum consensu patris. *d. princ. l. l. 6. princ. ff. h. t.* Ratio primi membri est, quia bona profectitia pleno jure, quoad proprietatem & usum fructum pertinent ad patrem. §. 1. *suprà. per quas personas cuique acquiritur.* nemo autem potest testari de bonis simpliciter alienis. *arg. l. 1. 20. princ. ff. de V. S. & l. 77. §. 24. de legat. 2.* Ratio secundi membri est, tum quia consensus patris non efficit ex Filiofamiliæ patremfamiliæ, cui tamen soli jus testandi jure nostro concessum est, tum quia testamenti factio niti debet propriâ voluntate testantis, & non pendere ex arbitrio aut consensu alterius.

Certum est III. Filios familiæ non posse testari ad causas profanas de bonis adventitiis illis, quorum proprietas ad ipsos, ususfructus verò ad patrem pertinet, esto etiam pater hoc permittat. *d. pr. l. d. l. 6. ff. h. t.* Ratio primæ partis est, quia Filii familiæ quoad hæc bona non habentur à jure pro patribus familiæ. Ratio secundæ partis eadem est, quæ mox antè circa alterum membrum peculii profectitiæ fuit reddita. Notanter dixi, *ad causas profanas.* nam posse filiumfamiliæ

familiâs consentiente patre de his bonis quoad proprietatem testari ad causas pias, docent Covar. d. p. 3. n. ult. Mol. diff. 138. n. 8. Wadingus d. dub. 6. n. 2. Lugo d. sect. 4. n. 67. Hannold. d. cap. 4. n. 229. & colligunt per argumentum à contrario sensu, ex c. 4. de sepult. in 6. Dissentit Vasq. de successioibus. §. 22. n. 8. Luduvell de ult. volunt. part. 2. p. 199. & 353. Atque hæc 3. assertiones certæ sunt.

Illud incertum & controversum est, possintne filii familiâs saltem de bonis adventitiis pleno jure possessis testari? v. g. si quid filio familiâs ita relictum sit, ut nè quidem usufructus ad patrem perveniat. nov. 117. cap. 1. anth. excipitur. Cod. de bonis, qua liberis &c. Si filius unacum patre fratri suo succedat. nov. 118. cap. 2. anth. item hæreditas. Cod. d. t. Si pater usufructum, sibi debitum, filio remittat. l. 6. §. 2. vers. sin. antem. Cod. d. tit. Si hæreditas filio fuerit delata, pater autem filio, hæreditatem adituro, consentire non lit. l. ult. in pr. vers. sine à contrario. & §. 1. Cod. eodem &c.

Prima sententia est, filium familiâs de his bonis testari posse. Ita Trentl. 10 vol. 2. diff. 11. th. 2. lit. A. Hunnius 2. var. resolut. 5. quest. 10. Collegium Favis Argentoratense ad tit. qui testamenta facere possunt &c. th. 9. n. 3. Beckmann ad l. 6. ff. ibid. Brederodius in notis ad Schneidov. h. f. in princ. lit. C. Besold in delib. 9. §.

Secunda & communissima sententia negat, filium familiâs de his bonis testari posse. ita Covar. in rubr. de testamentis d. part. 3. n. ult. Vasquius d. lib. 3. de successioibus. §. 22. n. 10. Luduvell de ult. volunt. pag. m. 195. & 607. cum seqq. Fach. §. controu. cap. 94. Lauterbach vol. 1. diff. Tubing. 22. th. 27. & part. 2. Colleg. Theor. pract. ff. h. t. §. 32. Struv. ff. ibid. th. 7. Harp. ad pr. Inst. l. 1. §. c. n. 29. & seq. Kinn. ib. n. 6. Manz. ibid. n. 15. & in tr. de testam. valido &c. tit. 2. quest. 1. n. 108. Schambog. tr. ad tit. qui testam. facere &c. q. 13. Clariff. D. Glesle p. m. d. tr. canonico-Legali de testam. p. 1. c. 4. §. 7. n. 21. qui omnes docent, hanc esse veram & communem sententiam. Hannold. de tr. 6 de F. & F. cap. 4. controu. 4. n. 232. & seq. dicens, esse communem Theologorum æquè ac Juristarum. Zoëf. ff. h. t. n. 17. dicens, esse veriore. Bachov. ad Trentl. d. vol. 2. diff. 10. th. 2. lit. C. & tract. de ult. diff. 8. corollario 2. dicens, esse communissimam & verissimam.

Probatum 1. per d. pr. Inst. h. t. ibi: prater hos igitur, qui castrense peculium, vel quasi castrense habent, si quis alius filius familiâs testamentum fecerit, inutilis est, licet suo potestatis factus decesserit. Ex quo textu tale nectitur argumentum: exceptio firmat regulam in casibus non exceptis: atqui est regula in pr. Inst. h. t. eos, qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi jus non habere; & in fine ibid. duo duntaxat peculii genera, castrense nimirum & quasi castrense, excipiuntur: ergo in ordine ad peculium adventitium, tam extraordinarium, quam ordinarium, firmatur communis prohibitionis regula.



- 13 Probatur 2. per textum inefragabilem in *l. pen. Cod. h. s. &c.* ubi Imperator pr. mò declarat, ex lege nuper à se promulgatâ, (intelligit autem sine dubio *legem ult. Cod. de bonis, qua liberis &c.* ut satis arguit collatio utriusque textus) nihil innovandum esse circa testamenti factionem filiorum familiâs, sed antiquam legem per omnia conservandam: atqui lege antiquâ tantum est permittum filiisfamiliâs testari de bonis castrensibus & quasi talibus, non etiâ de bonis adventitiis. *d. pr. Inst. h. s. §. ult. supra de militari testamento. l. 7. §. ult. ff. de donat. l. ult. Cod. de inoff. testam. l. ergo &c.* Secundo negat expressè filiisfamiliâs potestatem testandi, etiâ de illis adventitiis, quæ ipsi sine consensu patris possident; atqui quæ hoc modo possident, pertinent ad peculium adventitium pleno jure possessum, ergo &c. & ex hoc textu declarationem recipit *d. l. ult. §. 5. (qui aliâs graviter obstat) Cod. de bonis, qua liberis &c.* ut bene demonstrant *Vinn. & Schambog. ubi supra.*
- 14 Probatur 3. ratione, quia dispositione juris nostri is tantum potest testari, qui est paterfamiliâs, vel fictione juris pro tali habetur: atqui filiusfamiliâs quoad bona adventitia, pleno jure possessa, non fingitur, non habetur à jure nostro pro patrefamiliâs, ergo &c. major probatur ex jure legis 12. tabularum, cujus fragmentum existat in *l. 120. ff. de V. S.* integra autem lex sic habet: *paterfamiliâs nri legasse super pecunia, suâ vel suâ rei, ita jure esse. unde colligitur, solis patribusfamiliâs jure testandi esse, & aliis non esse, nisi quatenus à jure habeatur pro patribusfamiliâs.* Minor probatur, quia non est adducibilis illius textus, quo hæc juris fictio proberetur; fictiones autem legis sine lege asserendæ non sunt, ergo &c.
- 15 Objic. 1. text. in *nov. 117. cap. 1. §. 1.* ubi dicitur, *res autem ita (videlicet sub conditione, nè pater participium seu usumfructum habeat) relictas suis donatas postis sub potestate personis, siquidem perfectæ sint ætatis, licet sub potestate sint, licentiam habeant, quo volunt modo disponere &c.* ergo potest filiusfamiliâs de peculio adventitio pleno jure possessio testari. *¶ in d. nov. sermonem esse de dispositione non testamentariâ, sed domesticâ, seu inter vivos, quem interpretationem adjuvant verba perfectæ ætatis, quæ habetur expleto 25to anno, arg. l. ult. Cod. de his, qui veniam ætatis impetrarunt.* qualis ætas ad condendum validum testamentum non requiritur, sed sufficit in masculo, si complevit annum decimum quartum. *l. §. ff. qui testam. facere &c.*
- 16 Neque dicas t. per ætatem perfectam in jure etiâ intelligi expletum annum decimum quartum, *arg. §. pen. Inst. de Atiliano tutore &c.* Nam *¶ in presenti hanc interpretationem admitti non posse, ob verba in d. nov. 117. c. 1. §. 1.* statim sequentia: *si vero ætate minores sint &c.* quo casu statuitur, ut res eorum gubernentur àb illo, quem testator vel donator prospexerit, vel quem competens judex dederit. Deinde *ly disponere in d. nov.* translatum est ex græco, in quo non *DIALITHETHAI*, id est, testari, sed *DIOICHEIN* re-

reperitur, quod administrare fignificat. *Clarif. D. Sebaft. Mayer p. m. 11. de usufructu cap. 4. assert. 13. n. 5.* Neque dicas 2. non est dubium, quin filiusfamilias perfectæ ætatis de bonis pleno jure possessis disponere possit actu inter vivos; ergo intelligit Imperator per *ly disponere* dispositionem ultimæ voluntatis. *arg. l. 27. ff. h. t. & c. nam 2.* Satis esse, quod multa alia noviter in *d. nov. 117.* constituta fuerint, ut quod res ita relictæ pleno jure ad filios pertineat, sique relinqui possint &c. *Schambog. ubi supra. pag. m. 62. in f.*

Objic. 2. juxta concessa potest filiusfamilias perfectæ ætatis de peculior 6 irregulari disponere actu inter vivos: ergo etiam testari, cum, quod alicui concessum est quoad actus inter vivos, multò magis concessum esse debeat, quoad actus ultimarum voluntatum, utpote favorabiliores actibus inter vivos. *arg. prin. Instit. de Lega Fusia Caninia tollendâ. 2.* Neg. conseq. disparitas est, quod in actibus inter vivos sufficiat, si quis sit plenus dominus, & rerum suarum liberam habeat administrationem. Hoc in testatore non sufficit, sed requiritur insuper, ut sit paterfamilias, vel saltem de jure pro tali habeatur, secus non potis relinquere familiam. Si testes: tamen à contractibus ad ultimâs voluntates, tanquam à minori ad majus legitimum ducitur argumentum. 2. Si utrobique eadem subsit ratio, conceditur; secus negatur. *D. Mayer d. n. 5.*

Objic. 3. *nov. 22. cap. 16. princ. vers. sed hic quidam.* ubi de filio dicitur, quod possit testari de bonis adventitiis, maxime superstite matre: ergo saltem aliquando idem juris habebis, etiam superstite patre. 2. 1. Justinianum in *cit. loco* ex professo non tractare de facultate testandi, sed de negotio alio, adeoque, esto obiter fiat mentio de potestate testandi, malè tamen textum illum ad decisionem præsentis quæstionis contra expressum textum afferri. 2. 2. Esse ponendos terminos habiles, in quibus nimirum filius fuit emancipatus: aliàs enim memoratum caput manifestè nimiam probaret, videlicet filium testari posse etiam de iis adventitiis, in quibus pater usufructum habet, quoniam ibidem tractatur de lucris nuptialibus, quæ post contractas secundas nuptias proprietariè ad liberos redeunt prioris matrimonii, usufructu penes parentes remanente; quæ bona ratione qualitatis prioris adventitia appellari possunt.

Objic. 4. Filiusfamilias in bonis adventitiis, pleno jure possessis, habet 18 hæredem ab intestato: ergo potest etiam habere ex testamento. 2. 1. Nego conseq. à successione ab intestato malum ducitur argumentum ad jus testandi; longè enim facilius est, habere hæredem ex lege, quàm sibi met hæredem facere. 2. 2. Retorquendo argumentum: in bonis adventitiis ordinariis filiusfamilias habet hæredem ab intestato; ergo etiam testamentarium.

19 Objic. 5. Filiusfamilias in ordine ad fideicommissum sibi plenè quaesitum comparatur militi. *l. 50. ff. ad Sc. Trebell.* atqui miles potest testari; ergo etiam filiusfamilias de peculio adventitio, pleno jure possessio. *¶* Disting. majorem, filiusfamilias in ordine ad fideicommissum sibi plenè quaesitum comparatur militi simpliciter, negatur, secundùm quid, conceditur. Comparatur nimirum ad effectum agendi & conveniendi, non verò, quòd peculium, pleno jure quaesitum, pro castrensi vel quasi tali habendum sit, & propterea filiusfamilias validum testamentum de eo condere possit. Quæ distinctio satis colligitur ex verbis oppositæ legis: *ibi: si res à possessoribus peti, vel etiam cum debitoribus agi oportet.*

20 Objic. 6. text. in *l. ult. §. 5. Cod. de bonis, qua liberis &c.* ubi dicitur filiumfamilias in his duntaxat casibus, quibus ususfructus apud parentes est, nec testari posse, nec alienare, nec oppignorare: ergo de bonis, quorum ususfructus apud patrem non est, ut sunt adventitia irregularia, filiusfamilias testari potest; argumento deducto à sensu contrario, quòd alias in jure fortissimum est. *¶* 1. Argumentum à contrario sensu non procedere, sive de sequatur absurdus intellectus, vel contrarietas juris, vel si in contrarium sit expressa juris dispositio, prout impræsentiarum occurrit in textu nostro irrefragabili *l. pen. Cod. h. t. Perez in Cod. ibid. n. 15. Lanterbach in colleg. theor. pract. d. p. 2. §. 32.* *¶* 2. Verbum duntaxat in oppositâ lege adjectum esse ob bona castrensa & quasi castrensa, in quibus, quia ususfructus apud parentes non est, lex insinuare voluit, quòd filiusfamilias licentiam testandi habeat. Neque hæc responsio gratis datur; nam tunc temporis, quo memorata constitutio facta fuit, extra duos præfatos casus honorum, quorum ususfructus apud parentes non est, unicus tantùm erat, quo ususfructus apud patrem non erat, videlicet si filius sine consensu patris hæreditatem adiisset, de quoramen casu in nostra *Legge pen. Cod. d. t.* expressè constitutum est, quòd filius testari nequeat. Casus reliqui, in quibus ususfructus apud patrem non est, nondum existerunt, sed postea primùm accesserunt, consequenter opposita lex ad illos porrigi non poterat, cum lex præterita non solet referri ad casus futuros incognitos. Argumentum itaque à casibus exceptis ad non exceptos nunc solummodò procedit, quando sui naturâ sub eodem genere continentur; secùs generalis definitio ad casus illos non exceptos extendi non poterit. Eandem responsionem verbis paulò aliis dat *Schambog. q. 13. supra cit.* nimirum Imperatorem in objectâ lege non loqui oppositivè, opponendo peculium adventitium, in quo pater ususfructum habet, alteri peculio adventitio, in quo pater ususfructum non habet; sed opponendo peculium adventitium peculio castrensi & quasi, vel juxtâ *Commanum* illud peculium adventitium, in quo ususfructus lege apud patrem ita constitutus est, ut eundem amittat, si filio hæreditatem adveniunt consentire nolit, opponendo peculio, in quo usus-

fructus apud patrem lege conftitutus non eft; quale eft caftrenfe, & quali ta-  
te. n. 3. Cum Clariff. D. Glarke d. §. 7. n. 22. difting. conſequens, ergo  
de bonis, quorum uſufructus apud patrem non eft, filioſtamiliis teſtari  
potelt, ſi in adducto §. 5. teſtari, alienare, oppignorare, prohibeatur di-  
ſtributivè, concedo, ſi collectivè, nego conſequentiam. Ex eo, quòd fi-  
liusfamiliàs, uſufructu penes patrem exiſtente, prohibeatur teſtari, aliena-  
re, & oppignorare, malè inferitur, omnia tria poſſe, ſi pleno jure bona  
quædam poſſideat; ſed ita rectè arguitur: ergo unum ſaltem ex tribus illis  
potelt, teſtari, alienare, vel oppignorare. Juſtinianus enim in d. l. ult. tria  
illa filioſfamiliàs prohibuit non diſtributivè, ſed collectivè, ut ipſemet de-  
claravit in ſapè tis. l. pen. Cod. h. t. ubi apertiffimè teſtatur, quòd in lege nu-  
per præmulgatà (per quam alia deſignari non potelt, quàm illa, in quâ agitur  
de bonis, quæ filius poſſidet ſine conſenſu patris, de quibus ſolummodò agi-  
tur in d. l. ult. Cod. de bonis, qua liberis & c.) noluerit licentiam filioſfamiliàs  
concedere, de bonis, pleno jure poſſeſſis, teſtandi.

§. VIII.

**E**Xtra perſonas, huſuſque adductas, omnes aliæ teſtari poſſunt: mares & fe-  
minæ. l. 5. ff. h. t. etiam eunuchus, & quidem exemplo aliorum pu-  
berum anno 14. completo l. 5. Cod. eod. etiam ſubſtupidus, groſſulanus, ſimplex  
D. Doctör Moſer d. tr. e. 2. §. 5. n. 21. etiam ſenex, quotcunq; demùm an-  
norum ſit, modò mens adhuc ſine injuriã eſt, & integri ſenſus animum juvant,  
ut cum Seneca in Epift. 58. circa finem loquar. textus eſt in l. 3. pr. C. h. t.  
aliud dicendum de ſene deliro, & qui jam alterã vice puer ita ſeneſcit, ut ſe  
neſciat; talis enim non magis teſtari potelt, quàm puer ante rationis uſum,  
Joan. Volk Bechman. ff. h. t. obſ. prælt. 1. Etiam ægrotus. d. l. 3. primo. quia in  
teſtatore non tam ſanitas corporis, quàm potiùs mentis exigitur. l. 2. ff. h. t.  
juage l. 17. ff. eod. Etiam moribundus ſeu morti proximus, eſto jam ceperit  
ex parte inferiore (von unten auff) frigeſcere & mori, dummodò adhuc  
ſanam mentem teneat. Bechman d. loc. obſ. 9. Etiam qui manus amiſit, ſive in  
rixã, ſive in bello, ſive ex pœna commiſſi criminis. l. 10. ff. h. t. Harp. ad §.  
ult. l. eod. n. 32. Etiam quide præſenti nulla bona habet, modò capax ſit ac-  
quirendorum. Bartolus in auth. ingreſſi Cod. de SS. Eccleſiis n. 62. Bal-  
dus in auth. inceſtas. Cod. de inceſtis & inuilibus nupt. n. 6. quo ſenſu intelligo,  
legem 50. pr. ff. de hereditatis petitione: ubi ita Papinianus: hereditas etiam ſine  
nullo corpore, juris intellectum habet. Etiam infamis, modò non ſit talis ex  
delicto, cujus reus ſpeciali jure inſtabilis redditus eſt, ut eſt hæreſis, apoſta-  
ſia, uſura manifelta &c. Molina d. tr. 2. diſp. 137. n. pen. Præterquam enim,  
quòd infamis qua talis nullo ſpeciali jure teſtari prohibeatur, & civitatem  
cum libertate retineat, patet tum ex l. 8. §. 3. ff. h. t. ſuprà n. 6. à nobis citatã,  
quòd

quòd relegatus (qui utique infamis fit. *l. 5. §. 2. ff. de extraord. cognis*) testari valeat: tum ex *l. 1. princ. Cod. de secund. nups.* ubi mulier intra annum hęcus nubens fit infamis, & tamen testari posse supponitur. Ad contrariare-  
spondet *Harp. d. loc. n. 35. & seqq.* Denique ordinariè loquendo testari quoque potest excommunicatus, utpotè nullibi in jure prohibitus. *Mol. d. disp. 137. n. 7. Pirhing. lib. 3. l. Can. de test. sect. 2. §. 1. n. 25. ad finem.* qui testantur hanc, esse communem sententiam. Dissentit *Facb. §. contr. c. 88.* motus hoc argumento: si liceret excommunicato testamentum facere, hoc ipso etiam liceret illi communicare cum personis, quæ debent, ut testes, vel solent, ut notarius publicus, intervenire testamenti factioni, siqui hoc postea non licet excommunicato, ergo nec illud prius. *¶ Cum D. Glesle d. c. 4. §. 3. n. 10.* hoc argumento solum probari, excommunicatum illicite agere, convocando testes testamenti ordinandi gratiã, non etiam, quòd si nihilominus faciat, invalidè testetur: multa enim fieri prohibentur, quæ facta testent. *c. c. 16. de regularibus.* Dixi, ordinariè loquendo: excipiuntur enim excommunicati ob hæresum, & percussorem cardinalis, tanquam criminosi quoddam læsæ majestatis Ecclesiasticæ, qui interstabiles sunt. *c. 13. §. credentes. de hæreticis. c. ult. de pœnis in 6.* quamvis hæc interstabilitas non tam videatur inducta ratione excommunicationis quàm potius ob enormitatem talium scelerum. *Manzius in tractatu rationali de testamento valido vel invalido tit. 2. §. 1. n. 27.*

## TITULUS XIII. DE EXHÆREDATIONE LIBERORUM

**I**N Titulo de Testamentis ordinandis n. 63. formam propriam testamenti paternè constitutum in obligatione, quã pater, habens liberos in potestate, eosdem vel hæredes instituere, vel exhæredare tenetur. *princ. l. h. t. l. 30. ff. de liberis & posthumis hæred.* quæ obligatio cum biamembris sit, lubet hanc titulum in duas partes scindere, ut totus fiat clarior.

### P A R S I. De Institutione liberorum.

#### S U M M A R I A.

1. Definitur liberorum institutio. 2. quis ad eam tenetur? quoniam liberis necessario instituendi. 4. agitur de legitimâ remissioni. 5. requi-

tantur ad hanc institutionem: verba dispositiva. 6. effectus ejus consistit in petitione hereditatis, actione familia eriscunda, & actione ad supplementum. 7. Subjungitur effectus præteritionis paterna, cum consuetariis inde deductis.

## §. I.

**I**nstitutio liberorum est actus ultimæ voluntatis, quo descendentes, in potestate proximè constituti, tam necessariò bonorum successores designantur, ut non designatis testamentum vitietur.

## §. II.

**C**AUSA efficiens hujus institutionis est pater Paganus, qui liberos habet in potestate vel immediatè, ut est pater respectu filii, vel mediatè, ut est avus respectu nepotis. Hi enim hos omnes hæredes institvere debent, ut potè quibus ipsa ratio naturalis, veluti tacita quædam lex, parentum bona addicit, quique vivis jam parentibus censentur quodammodò bonorum domini, ut non tam in bona parentum, quàm propria succedant. *arg. l. 11. ff. de liberis & posth. l. 7. §. 1. ff. si reb. test. null. exstab. l. 7. princ. ff. de bon. damnat.* Dixi tamen I. Pater: Aliud jus est in matre, & ascendenti bus maternis: hi enim non habent necesse, liberos suos vel hæredes institvere, vel exheredare, sed possunt eos silentio transire; & hoc silentium matris, ac cæterorum per matrem ascendentium tantum operatur, quantum exhereditatio patris. §. ult. I. h. r.

Infertur 1. præteritionem matris non reddere testamentum nullum, sed tantum rescindibile per quærelam inofficiosi, quæ tamen ipsa iterùm excluditur, si mater præteritioni adjecerit causam ingratitudinis, eamque hæres scriptus probaverit. *Zoëf. ff. de liberis & posthumis & c. n. 23. Perez in Cod. ibid. n. 7.*

Infertur 2. rescisso testamento matris ob præteritionem filii, solam institutionem hæredis evacuari, reliquis omnibus manentibus salvis. *Zoëf. & Perez ad locis.*

Sed an hoc jus etiam hodie adhuc obtinet, ut præteritio matris pro exheredatione sit? *R.* Affirmativè. ratio sumitur ex l. 27. *Cod. de testam. tis*: ibi: quod non mutatum, cur stare prohibeatur? atque ita tenent *Zoëf. & Perez ubi supra. Harp. ad d. §. ult. I. h. r. n. 2. Vinn. ad princ. I. de inoff. testam. n. 4. Surholt dissert. 8. aphorif. 2. Wissenbach diff. ad Inst. 19. tb. ult.*

Dixi II. Paganus. si miles jure militari testamentum condat, & non ignorans, se habere liberos, eos silentio prætereat, silentium hoc habetur pro exheredatione nominatim factâ. §. pen. I. h. r. l. 9. & seq. *Cod. de testamento militis.* Et quidem ita firmiter habetur, ut neque per quærelam inofficiosi possit expugnari. l. 27. §. 2. ff. l. 9. l. 24. & ult. *Cod. de inoff. testam. quod jus, cum sit speciale privilegium militum, non rectè dicitur sublatum*

est per constitutionem generalem *novella 115. Fin. ad d. §. pen. l. b. t. in f. cum aliis ibi allegatis.*

## §. III.

**S**ubjectum institutionis hujus sunt omnes liberi, adeoque masculi & feminae. §. 5. *l. b. t. l. ult. Cod. de liberis prateritis.* Filii & nepotes, modo hi proximè in potestate avi sint positi. Emancipati & sui. *dd. xxx. esto olim circa hos fuerit differentia. §. 3. l. b. t.* Si tamen etiam hodie pater filium emancipatum praterierit, testamentum nec civili, nec Prætorio jure nullum est, sed rescinditur per bonorum possessionem contra tabulas. *d. §. 3. d. §. 5. l. b. t. d. l. ult. vers. sancimus. Cod. de liberis prateritis. Manz. d. tr. rat. de testam. valido. tit. 8. q. 1. n. 79. & seqq. Wissenbach. d. disp. ad Inst. 19. sb. 15. Fin. ad d. §. 5. l. b. t. n. 4. Perez. in Cod. de liberis prateritis n. 4. Zoëf. ff. de liberis & posthumis n. 5.* Liberi naturales & legitimi seu adoptivi, quia hi, quamdiu in potestate patris adoptivi sunt, pari jure utuntur cum liberis, ex justis nuptiis editis. §. 4. *l. b. t.* Idem dicendum de legitimatis, nam & ipsi per omnia eodem jure censentur, quo liberi, qui initio statim ex justo matrimonio nati sunt, §. 2. *l. de heredit. qua ab intestato defer. nov. 89. & denique non tantum liberi jam nati, verum etiam posthumi. §. 1. & 2. l. b. t.* Sunt autem posthumi inde sic dicti, quod post humatum patrem nati sint. Sumuntur vel vulgariter, vel juridicè. vulgariter accepti describuntur in *l. 3. §. 1. ff. de injusto, rupto. &c.* qui post mortem parentis nati sunt. Juridicè variè dicuntur, 1. qui post testamentum factum nati sunt, sive jam antè illud concepti sint, sive non. 2. qui post testamentum factum arrogati sunt, vel adoptati adoptione perfectâ. 3. qui post testamentum factum legitimati sunt. 4. nepotes, qui post testamentum factum subintrando in locum suorum hæredum sui hæredes effecti sunt: his omnibus modis juridicè posthumi dici solent. *Franck. in comment. ad l. 29. ff. de liberis & posthumis &c. disp. 1. membr. 1. solè. 2. per totam.* Cæterum circa institutionem necessariam inter liberos suos jam natos, & nascituros seu posthumos illud interest, quod natis & suis testamento præteritis testamentum statim ab initio nullum sit. *d. princ. l. b. t. d. l. 30. ff. de lib. & posthum. l. 1. l. 3. §. 3. ff. de injusto &c.* Econtra posthumis præteritis testamentum initio quidem valeat, nato autem postea posthumo rumpatur. §. 1. *l. b. t. d. l. 3. §. 3.*

## §. IV.

**O**bjectum hujus institutionis est legitima, de qua proprio tractatu *Manz. & D. Glesle p. m. p. 2. solèl. quest. 10.* Nos quoque infra *tit. 18.*

## §. V.

**F**orma consistit in verbis dispositivis, quæ necessariò intervenire debent. *arg. d. l. 29. §. 10. ff. de lib. & posthumis &c. & l. 16. §. m. ff. de vulg. & pupill. substit.*

## §. VI.

## §. VI.

**E**ffectus institutionis liberorum est, quod sustineat testamenti tabulas, ac liberis jus tribuat, legitimam sibi relictam persequendi, vel mediante petitione hereditatis, vel actione familiaris eriscundæ, si in totâ legitimâ fuerint instituti. Quodsi pater in parte legitimæ duntaxat liberos instituerit, testamentum quidem etiam valet, & querela inofficiosi quiescit, sed institutis datur actio, ut vocant, suppletoria ad consequendum, quod deest legitimæ. §. 3. l. l. 30. princ. Cod. de inofficiso testam. quodsi verò pater liberos suos & jam natos silentio præterierit, testamentum ipso jure nullum est. Textus pro hac parte jam dedimus supra. Hinc

Inferitur 1. tamen si filius præteritus vivo adhuc patre decesserit, neminem tamen posse ex illo testamento heredem existere. d. pr. l. h. t. ratio est, quia quæ institutio foret inutilis, si statim post testamentum factum decessisset testator, ea non debet ideo valere, quod diutius vixerit. l. 1. ff. de regulâ Caton. l. pen. ff. de R. l. Zoif. ff. de liberis & post h. n. 27. Perez. in Cod. cod. n. 9.

Inferitur 2. per testamentum, in quo filius præteritus est, non rumpi id, quod ante à patre legitimè factum est. l. 7. ff. d. t.

Inferitur 3. tale testamentum non sustineri per hoc quod pater filio legatum, quamvis amplum & pingue reliquerit; neque enim, an filius præteritus sit, nec nè, ex datione legati æstimari debet, sed ex institutione, vel exheredatione; siquidem omnes hic habeantur pro præteritis, qui neque instituti sunt, neque ut oportet, exheredati. Pinn. ad prin. l. h. t. n. 1.

Inferitur 4. licet filius sive ante testamentum, sive in ipso testamento in præteritionem sui consenserit, testamentum tamen propterea non validari. ratio est, quia forma testamenti paterni, ut nempe filius familiæ vel instituitur, vel debito modo exheredetur, jure publico constituta est, consequenter privato filii consensu immutari nequit, arg. l. 38. ff. de pactis.

Inferitur 5. testamentum, in quo præteritus est filius familiæ, simpliciter & secundum omnes suas partes nullum esse, adeoque non tantum quoad institutiones, sed etiam quoad legata, fideicommissa, libertates, & reliqua testamenti capita. l. 17. ff. de injusto, rumpo & c. Neque jus hoc mutatum est per nov. 115. c. 3. quod enim ibi de præteritione dicitur, debet accipi de præteritione, quæ pro exheredatione est, ut est præteritio matris & ascendentium maternorum: hæc enim testamentum non reddit nullum, sed tantum rescindibile per querelam inofficiosi, quæ institutâ & obtentâ sola hæredis institutio evertitur, reliquis omnibus salvis. Aliud dicendum de præteritione paternâ, quæ, sicut olim, ita & hodie adhuc testamentum simpliciter irritat, cum jus vetus hac in parte non sit expressè correctum: ergo adhuc est firmum & stabile, arg. l. 27. Cod. de testam. & l. 32. §. ult. Cod. de appellat. Zoif.



ubi supra n. 31. & seq. Perez d. loc. n. 11. Harp. ad §. 1. l. h. t. n. 6. & seqq. Vin. lib. 2. select. quast. cap. 20. Frantzck. exercit. 6. q. 3.

Infertur 6. testamentum, in quo suus hæres præteritus est, neque virtute clausulæ codicillaris sustineri. *Fach. 4. contro. 11. Trentl. vol. 1. diff. 13. sh. 10. lit. G. & ibi Hann. Harp. ad d. §. 1. n. 14. latè Hannold. d. tr. 6. n. 405. & seqq.* Ufu tamen tale testamentum sustineri, scribit *Wissenbach d. diff. 19. sh. 7.* confer Nos ad *sit. ult. h. lib. n. ult.*

Infertur 7. licet pater in testamento suo solos liberos instituerit, si tamen unum ex illis præteriit, testamentum nullius momenti esse. Ratio est, quia, licet in testamento inter liberos non requirantur solemnitates, communes aliis testamentis, opus tamen est solemnitate, specialiter requisitâ ad valorem testamenti paterni, prout est institutio, vel exhereditatio sui hæredis. *Hannold. d. loc. n. 404. addatur Fach. 4. contro. c. 24.*

Infertur 8. licet filius vivo patre legitimam acceperit, si tamen in testamento patris præteritus est, testamentum nullum esse. *Wissenbach d. diff. 19. sh. 5.* Atque hæc ita, si filius à patre præteritus utatur suo jure; nam si post mortem patris vel expressè, vel tacitè approbet voluntatem patris, tunc ea, quamvis de rigore juris irrita, ex bono tamen & æquo sustinetur. *l. 17. f. de injusto, rupto & s. Vasquins Illustr. contro. lib. 3. c. 99. Hannold d. tr. 6. n. 411. & seq. Perez in Cod. d. r. n. 9. & seq. Wissenbach d. diff. 19. sh. 4.* Quid autem, si suus præteritus nullo modo approbet voluntatem patris, ea autem 7. testium signis munita fuerit, nunquid tunc saltem jure prætorio sustinebitur, rescindenda per bonorum possessionem contra tabulas? vid. *Vas. d. lib. 3. c. 100. Frantzck. d. exercit. 6. q. 2. Vin. ad pr. l. h. t. n. 6. Wissenbach. d. loc. sh. 6.*

## P A R S II.

### De Exheredatione liberorum.

#### SUMMARI A.

1. Quid sit exhereditatio liberorum.
2. debet eam facere pater.
3. qui liberi possunt exheredari, & an adhuc hæres posthumi?
4. Proponitur materia exheredationis liberorum.
5. qua, ut sit valida, debet facta esse nominatim.
6. Purè.
7. à totâ hæreditate.
8. & 9. à toto & omni gradu.
10. Expenduntur requisita, justitiam exheredationis concernentia.
11. Præter causas ingratitudinis in nov. 115. c. 3. expressas non sunt admittenda alia.
12. Si causa exheredationis in testamento omissa sit, non admittitur hæres scriptus ad probandam ingratitudinem filii.
13. exhereditatio, elogio destituta, non reddit testamentum ipso jure nullum.
14. examinatur, quid reconciliatio operetur circa exheredationem?
15. item quid paenitentia alia à filio?

**C**ontraria institutioni liberorum est exheredatio eorum, que

## §. I.

**D**efinitur, quod si actus ultime voluntatis, quo descendentes, quibus de-  
betur legitima, à successione repellantur.

## §. II.

**C**ausa efficiens exheredationis liberorum est pater, eosdem proximè in pote-  
state habens, quos, si à successione suâ velit esse remotos, exheredare te-  
netur.

## §. III.

**S**ubjectum exheredationis sunt liberi, qui possunt exheredari. Possunt  
autem exheredari, quos *precedente parte* §. 3. n. 3. diximus instituen-  
dos. ubi

Queritur, an posthumus adhuc hodie seu jure novissimo possit exheredari? *¶* *contra* communissimam Doctorum sententiam affirmativè. prob. jure veteri posthumus potuit exheredari. §. 1. *I. h. r. r. ff. de liberis & posthumis & c.* ergo etiamnum potest, cum jus vetus in hoc passu nullibi legatur expressè correctum. Ita tenent plurimi apud *Harp. ad. d. §. 1. n. 8. Lasserbach ff. de inoff. testam. §. 18. Bassus decis. 33. n. 3.* qui posteriori opinioni huic ideo subscribit, quia facit pro conservatione supremæ ordinationis, nec nocet ipsi posthumo: fac enim, non nasci posthumum, aut natum mox decedere, quæ relâ nondum preparatâ, quosnam hæredicatem habere æquius est, aut melius? ex nostra sententiâ habebunt scripti, & servabitur testatoris voluntas, acculli fiet injuria; ex opinione adversariorum obtinebunt venientes àb intestato, ut ad quos transit jus dicendi testamentum nullum. *Hilliger in Donell. lib. 6. cap. 13. lit. E.* Sed

Objic. I. posthumus non potest committere causam ingratitudinis, ergò neque exheredari. *¶* 1. hoc argumento nimium probari, quia probatur etiam, quod neque jure veteri posthumus potuerit exheredari; quod tamen falsum est. *¶* 2. dist. consequ. non potest exheredari licitè, concedo, validè, nego. Instas: imò neque validè, ergò nulla solutio. *N.* antec. Probas: jure novo requiritur, ut exheredatio fiat cum expressione ingratitudinis. *nov. 115. c. 3.* atqui hoc modo non potest exheredari posthumus, cum non possit committere ingratitudinem, ergò neque jure novo validè exheredari. *¶* ad majorem, jure novo expressionem ingratitudinis non requiri ad valorem seu substantiam exheredationis, sed tantum ad ejus justitiam, vel quoad effectum, nimirum ad hoc, ut testamentum per quærelam inofficiosi non possit rescindi, prout pluribus infra patebit. Instas rursus: ergò posthumo exheredato dabitur quere-

la inofficiosi testamenti, quod non videtur commodè dici posse, cum frustra videatur dari actio, in qua actor nunquam potest succumbere. 2. hâc instantiâ iterum nimium probatur, quia probatur, quod neque jure veteri posthumo exheredatio competeret querela inofficiosi, quod tamen falsum esse, constat ex §. 2. l. de inoff. test.

Objic. 2. legem 33. §. 1. Cod. d. r. 2. Sensum hujus loci non esse, quod exheredatio infantis ipso jure nulla sit, sed quod ob defectum ingrati- tudinis non possit infans ita efficaciter exheredari, ut repellatur à querela inof- ficiosi.

Objic. 3. *Zoësius ff. de liberis & posth. n. ult.* quod communis opinio sit in contrarium. Et respondet idem, non semper veriore sententiam esse, quæ communior est, nam, ut rectè *Seneca de vita beata. c. 2.* non tam benè cum rebus humanis agitur, ut semper meliora pluribus placeant: argumentum pef- fimi turba est. Et Imperator noster in l. 1. §. 6. Cod. de V. I. E. non vult judi- cari ex multitudi- ne authorum, quod æquius, melius est, cum interdum pos- sit unius ac deterioris sententia multos & majores in aliquâ parte superare. Id quod etiam in sago obtinet, ubi non tam numerus plurium, quam virtus pau- corum pugnam conficit. Confer *Taber sr. de altare sancto. part. 2. art. 1. in f. & art. 2 §. 2. Eminentiff. Sfondrati in regali Sacerdotio lib. 2. §. 14. n. 6. in f.* ubi sic habet: sunt opiniones instar monetæ, cujus valor non ex numero, sed pondere & metallo æstimatur: sic opiniones non Doctorum numerus, sed ma- jor ratio, veritas, & prudentia commendat: alioquin semper vincerent fatui, quorum numerus, quam prudentum, major est: & veram fidem ac religio- nem paucorum, falsam & erraticam multorum esse videmus, nec ideo tamen meliorem, quia plurium. hæc *Sfondrati.*

#### §. IV.

4 **O**bjectum exheredationis est successio jure debita, à qua exheredatus re- pellitur.

#### §. V.

5 **F**orma exheredationis statim requisitis, requiruntur autem alia, ut sit vali- da, alia, ut sit justa. Ad hoc, ut exheredatio valida sit, sequentia de- bent concurrere. 1. debet nominatim facta esse. *d. princ. l. h. r.* quod est, ex- presso nomine, vel prænominè, vel cognomine filii; quodlibet enim ex his sufficit exprimere, dummodò inde sufficienter constet, de quo filio pater sen- sit. *l. 1. ff. de lib. & posth. n.* quin & nullo horum expresso ita filius nomina- tim potest exheredari, *Filius meus exheres esto*, si modò testatori unus tantum Filius sit; nam si plures filii sint, benignâ interpretatione placuit, nullum ex- heredatum esse. *l. 2. ff. d. r.* Sed et si pater non dixerit, *Filius*, sed ita, *ex Scia*

avere mihi natus exhaeres esto, exhæredationem nominatim factam esse, dicendum est. l. 3. princ. ff. eodem. idem enim est, nomine rem declarari, vel tali declaratione aut circumscriptione, quæ nominis vice fungitur, qualis est, ex quâ sufficienter potest constare de re, vel personâ intentâ. Porro si testator ita scripserit, *Cajus hæres esto, ceteri omnes filii, filiaque mea exhaeredes sunt*. adhuc dicendum est, filios in proposito nominatim exhæredatos esse. l. 25. princ. ff. d. s. diversum foret, si ita scripsisset: *Cajus hæres esto, ceteri exhaeredes sunt*. hoc enim casu filii testatoris inter ceteros exhæredati forent, & consequenter præteriti, nam exhæredatio inter ceteros facta à patre circa filium (hodie etiam circa filiam & nepotes §. 5. l. b. s.) æquivaleret præteritioni paternæ, quæ juxta mox initio hujus tit. cit. l. 30. ff. de lib. & posthumis. testamentum reddit nullum.

2. Debet exhæredatio pure facta esse. d. l. 3. §. 1. ff. d. s. hoc est, sine adjectione conditionis: undè si pater filium suum sic exhæredat: *Cajus filius meus exhaeres esto, si navis ex Asia venerit*: inutilis exhæredatio est, quia certo consilio & judicio filii à parentum successione sunt removendi; non videtur autem satis certum judicium esse, quod per adjectionem conditionis suspensum est in eventum aliquem futurum. Planè sub conditione institui, & sub contrariâ conditione exhæredari potest filius, v. g. hoc modo. *Filius meus hæres esto, si navis ex Asia venerit, quodsi non venerit, filius meus exhaeres esto*, arg. l. 4. Cod. de instit. & substit. Ratio est, quia hoc casu filius in omnem eventum reperitur vel institutus, vel exhæredatus, adedque præteritus dici nequit. *Perez. in Cod. tit. de liberis præteritis. n. 13.*

3. Exhæredatio debet facta esse à totâ hæreditate. A re certâ facta non valet. Unde si testator sic scripsit: *filius meus quoad fundum Tusculanum exhaeres esto*: nulla exhæredatio est, nullum testamentum est. l. 19. ff. de liberis & posthumis &c. Equidem institutio facta in re certâ valet, ac habetur ita institutus perindè, ac si finè re hæres scriptus esset. l. 1. §. 4. ff. de hered. instit. Verùm ab institutione ad exhæredationem idoneum non ducitur argumentum, institutio tanquam favorabilis benignè debet accipi, exhæredatio tanquam odiosa non est juvanda. d. l. 19. in f.

4. Exhæredatio debet facta esse à toto gradu, & non tantùm à certâ personâ intrâ eundem gradum. undè, si testator sic scripsit: *Cajus filio meo Marvio exhæredate hæres esto, Sempronius hæres est*, exhæredatio, utpotè respectu solius Caji facta non valet. l. 3. §. 2. ff. de lib. & posthum. l. 8. §. 3. ff. de bonorum possessione contra tabulas. intelligitur autem filius à toto gradu exhæredatus esse. l. 3. §. 2. ff. de injusto. rupto &c. v. g. hoc modo: *Filius meus exhaeres esto, Cajus hæres esto, Marvius hæres esto*. 2. Si post singulas hæredum institutiones filius exhæredatus est, puta, hoc modo: *Cajus hæres esto, Marvius hæres esto, filius meus ex-*

*hæres esse.* 3. Si inter medias hæredum institutiones filius ex hæredatus est. *d. l. 3. §. 2. ff. de lib. & posth. d. l. 3. §. 2. ff. de injusto &c. v. g. hoc modo: Cajus hæres esto, filius meus ex hæres esto, Mævius hæres esto.* Ratio horum omnium est, quia clausula in principio posita trahitur ad singula subsequencia, & in fine posita ad singula præcedentia, & in medio posita ad utrumque extremum. Confer *Manz. d. tract. tit. 10. q. 4.*

5. Debet ex hæredatio facta esse ab omni gradu, hoc est, & a gradu institutionis, & a gradu substitutionis. Ab alterutro tantum facta illum solum facit valere, a quo facta est: alter autem gradus, a quo nempe filius est præteritus, statim ab initio ipso jure nullus est, si ve is primus gradus fuerit, si ve secundus. *l. 3. §. ult. l. 8. l. 14. §. 1. ff. de lib. & posth. d. l. 3. §. ult. ff. de injusto, rupto &c. l. 43. §. 2. ff. de vulg. & pupill. substitut.* unde, si testator sic scripserit: *Cajus filio meo ex hæredato hæres esto, si Cajus hæres non erit, Mævius hæres esto: Solus primus gradus valet, quia ab illo solo filius ex hæredatus est: Secundus non valet, quia ab illo filius est præteritus, & ideo, si a primo gradu non adeatur hæreditas, non poterit adiri a secundo gradu, ut qui statim ab initio ob præteritionem filii nullus est. *d. l. 8. ff. de lib. & posth. d. l. 3. §. ult. ff. de injusto &c. Perez. in Cod. de liberis præteritis m. 15.* Rursum si testator sic scripserit: *Cajus hæres esto: si Cajus hæres non erit, Mævius filio meo ex hæredato hæres esto.* hoc casu, perempto primo gradu ob præteritionem filii, testamentum incipit valere a secundo gradu, a quo filius ex hæredatus est. *d. l. 3. §. ult. ff. de lib. & posth. d. l. 43. §. 2. ff. de vulg. & pupill. substitut.* Hoc ita, si jam natus filius ex hæredatus est, aliud obtinet in posthumo, quippe qui a primo gradu præteritus, a secundo verò ex hæredatus, agnoscendo totum testamentum rumpit, sicque sibi viam sternit ad successionem ab intestato, repellendo utrumque hæredem, institutum scilicet agnatione, substitutum verò præventione. *l. 5. vers. rumpendo autem. ff. de injusto, rupto &c.* Cæterum intelligitur filius ab omni gradu remotus 1. Si ante omnes hæredum gradus ex hæres scriptus est, puta, hoc modo: *Filius meus ex hæres esto, Cajus hæres esto, si Cajus hæres non erit, Mævius hæres esto. l. 3. §. 3. ff. de liberis & posth.* quod enim initia positum, censetur repetitum in sequentibus capitibus. 2. Si inter medios hæredum gradus filius est ex hæredatus. v. g. *Cajus hæres esto, filius meus ex hæres esto, si Cajus hæres non erit, Mævius hæres esto. d. l. 3. §. 4. & 5. ff. de lib. & posth.* quia, quod in medio positum est, intelligitur & ad præcedentia, & ad subsequencia pertinere. *Zois. ff. de lib. & posth. n. 6.* 3. Si post omnes hæredum gradus filius ex hæres scriptus est: & hoc indubitatum est, si testator expressè adjecerit, se ab omnibus gradibus ex hæredare; imò et si id non adjecerit, si tamen appareat, ipsum eo consilio post omnes hæredum gradus ex hæredationem scripsisse, ut ab omnibus ex hæredaret, ex hæredatio rectè facta censetur. *l. 1. Cod. de liberis præteritis.* Clausula enim in fine rejeta solet referri ad omnia præcedentia, si non est ratio, cur magis referatur ad unum, quam ad alterum.*

Porro adhuc, ut exhereditatio iusta sit, requiritur 1. ut sit facta ex iusta causa. Causæ illæ olim & numero, & qualitate erant incertæ, pendebantque ex arbitrio & æstimatione iudicum: iure autem novo certæ factæ sunt per Justinianum in *nov. 115. c. 3.* ubi enumerantur 14. causæ, ob quas fas est patribus exheredare liberos suos, ac hæcæ verbis continentur:

- His septem ex causis exheres Filius est,*  
*Sed patrem verbis, verberibusque gravat.*  
*Si spernas captum: linquat si carcere clausum,*  
*Profanat patrum si tenerare choram,*  
*Si natus patrem testandi pellat ab ætate,*  
*Sculum si tenet, sique flagellet opes.*  
*Autem diem patrios audax si inquirat in annos,*  
*Siquæ reum patrem sanguinolentus agit.*  
*Si Minos, hominesque malos, sectamque sequatur,*  
*Filia si Venorem luxuriosa colat.*

Confer *Lanterbach ff. de*

*inoff. testam. §. 15.* ubi etiã adducit iustas exclusionis causas ratione parentum & fratrum.

2. Quamvis olim necesse non fuerit, ut testator causam exheredationis in testamento exprimeret, hodie tamen in *d. nov. 115. c. 3.* etiã hæc ceteronomia requiritur, ut nempe pater nominatim inferat testamento suo causam ingratitudinis filii, quod dicimus cum elogio exheredare. 3. requiritur, ut hæres scripturæ probet elogium seu veritatem causæ, quod patitur iure veteri secus erat, ut quo ipse filius tenebatur docere innocentiam suam, vel se existisse gratum parentibus. *l. 28. Cod. de inoff. testam.*

Controvertitur, an præter causas ingratitudinis in *d. nov. 115. c. 3. ex II* prellas, etiã aliæ sufficiant ad exheredationem, puta, æquæ graves, aut graviores?

Prima sententiã affirmat. ita *Fach. 6. contr. c. 78.* dicens, esse receptissimam & verissimam. *Sirwo. exorot. ad pand. 32. th. 33.* dicens, hanc opinionem esse communem & usû receptam. *Lanterbach ubi supra §. 16.* dicens, hanc esse in foro receptam. *Brunemann de cumulat. us. fct. 2. cap. 5. §. 4. Schmid. ad princ. l. h. s. n. 14. & 2. seqq. Covar. de testament. c. 16. n. 23. Gomn. n. var. resol. 51. n. 12.* qui ambo scribunt, hanc sententiã esse communem. *Suholz aphoris. 60. Wadingus de contract. diff. 4. dub. 9. §. 3. n. 2.* citantur etiã pro hæc parte *Jason, Sîchardus, Clarus, Vasquez, Christin. Gudelinus, & alii.*

Secunda sententiã negat. ita ex Theologis *Mol. d. 17. 2. diff. 176. n. 48.* dicens, hæc opiniõnem sibi videri probabilissimam, nec auctore se ab eâ recepit. *Hannold. d. 17. 6. c. 7. contr. 6. n. 464.* scribens, hæc negativam seclis-

eâ authoritate & stando in puncto juris verissimam esse. Ex nostris *Flou. 2. var. resolu. 5. q. 19. Harp. ad 5. ult. l. h. 2. n. 66. Bronchorst cent. 3. assert. 26. Hilliger Densellâ evuclati lib. 6. c. 12. lit. M. Zais. ff. de liberis & posthumis & v. n. 13. & seq. Perez. in Cod. sed. n. 19.* citantur etiam pro hac parte Hostiensis, Alexander, Viglius, Connanus, Arumæus, Giphanius, & alii.

Prob. hæc sententia 1. quia Imperatori in *d. nov. 115. c. 3.* propositum fuit, causas ingratitude, antea variis legibus dispersas, in unum colligere, & quæ indignæ videbantur ad exheredationem, omittere, quæ verò dignæ quidem, sed à veteribus prætermittæ erant, nominatione hæc novellâ constitutione comprehendere. *d. c. 3. in princ.* proculdubio idem, ut truncaret causas & occasiones litium, quæ oriebantur circa hoc, an hæc vel illa causa digna esset exheredatione, nec ne? Atqui hoc non præstitisset Imperator, si ipse quoque causas aliquas omisisset, nec finem intentum fuisset affecturus, si adhuc reliquisset liberum, novas & diversas causas ingratitude adducere, quia etiamnum redirent altercationes illæ circa causas omittas, an etiam dignæ essent exheredatione, nec ne? Item an æquæ graves sint, aut graviore? Prob. 2. per expressa verba *d. c. 3. in f. princ.* ubi Imperator palam vetuit, *ut præter ipsas nulli liceat ex aliâ lege ingratitude causas opponere, nisi quæ in hujus constitutionis serie continentur*: ubi peculiariter notandæ sunt particule, *præter & nisi*, quæ ambæ sunt exclusivæ & restrictivæ. Respondet quidem nonnemo, hoc ita dictum esse à Justiniano ad excludendas causas leviores ingratitude, quales olim solebant admitti; non etiam ad excludendas causas æquæ graves, aut graviore. Sed contra est 1. quòd inde sequeretur, si causa aliqua æquæ gravis existet in prioribus legibus, quæ in hac novellâ omittas esset, eam adhuc hodie debere admitti: quod manifestum est contra verba & mentem Imperatoris, qui expressè prohibet, ex aliis legibus opponi causas ingratitude. Contra est 2. quòd dictus locus sonet universaliter exclusivè, ut apparet ex verbis ejus recitatis: ergo etiam *d. modo* excludit, adeoque non tantum causas leviores, sed quascunque alias, ibi non relatas, sive similes sint, sive etiam majores. Alius respondet, per allegatum textum non prohiberi, nè liceat opponere causas similes, vel majores illis, quæ ibi expressæ sunt, sed tantum, nè liceat opponere causas ingratitude ex aliquâ anteriore lege, si in memoratâ *nov. 115.* omittas sint. Sed contra hanc responsionem est, quòd hoc modo non nisi irrationabiliter videantur excludi causæ, antiquari jure expressæ; quid enim, si aliqua ex illis esset æquæ gravis, ac sunt causæ, jure novo sanctæ? Certè nulla ratio foret, cur talis magis deberet repelli, quam causa nova, adæquans gravitatem causæ alicujus jure novo probatæ. Prob. 3. quia Imperator in *d. c. 3. in f. princ.* loquitur planè determinativè, dum inquit: *causas autem justas ingratitude has esse decernimus.* Nec utitur particula *z*

quod exemplificativè, quales sunt, *uri, veluti &c.* nec adjecit talem clausulam, unde possit colligi, ea, quæ ibi referuntur, tantum exempli loco referri, prout alias solet facere ut, constat *ex §. 2. in f. l. de l. N. G. & C. §. 5. l. quibus ex causis manumit. §. 8. §. 12. & 22. l. de ast.* Et locis pluribus aliis. Prob. 4. exprolixi illâ, & accuratâ tot causarum enarratione, quam non est verisimile Imperatorem facturum fuisse, si tantum habuisset in animo, exempla aliquot adducere.

Prob. 5. ex eo, quod Imperator post enarratas causas ingratitude subjiçiat hæc verba: *sive igitur omnes memoratas ingratitude causas, sive certas ex his, sive unamquamlibet parentes in testamento suo inseruerint, & scripsit hæredes nominatas, vel nominatas causas, vel unam ex his veram esse monstraverint, testamentum suum habere firmitatem decernimus.* ubi notandæ sunt illæ particule: *memoratas, nominatas causas, certas ex his, unam ex his*: quæ sine dubio important limitationem, ac restrictionem.

Ex variis objectionibus, quarum solutiones videre est apud *Hannold. d. contr. 6. n. 469. & seq. Hunnius d. q. 19. & Harp. cit. loc. n. 74. & seqq.* respondendum adduas.

Objic. itaque 1. ex lege dicitur esse, non tantum, quod ejus verbis, sed etiam, quod mente & sententiâ legis continetur. *l. 17. ff. de ll. & quod*, cum omnes casus legibus nequeant comprehendi, debeat permixta esse extensio ad casus similes. *l. 12. ff. cod. n.* Breviter, hæc vera esse, nisi lex prohibeat, extensionem fieri ad alios casus, qui non continentur lege, ut facit *novella 115. c. 3.*

Objic. 2. ubi est eadem ratio, debet quoque esse eadem juris dispositio; & ubi est par gravitas delicti, eadem quoque poena imponenda est. *n. 1.* argumento hoc nimium probari, nimirum etiam causas, antiquiore jure expressas, si æquè graves forent, ac quæ in *d. c. 3.* expressæ sunt, adhuc hodie admitti debere, contra expressæ verba Imperatoris in *d. c. 3. in f. priv. n. 2.* eadem ratio vult, idem jus esse, nisi lex obstet; & par delictum exigat parem poenam, quando poenæ sunt arbitrariæ, secus, quando certa poenæ à legislatore pro certis delictis taxata est, relicta potestate puniendi delicta æqualia, vel etiam majora aliis condignis poenis.

Controversias compositæ appono illam questionem, si causa exheredationis in testamento ommissa sit, an audiendus sit hæres scriptus, volens probare ingratitude filii? *n. neg.* tum per *l. 30. Cod. de inoff. testam.* tum quia Imperator in *d. nov. 115. c. 3.* vult causam ingratitude nominatim inseri testamento, aut in ejus defectu nullum præjudicium generari liberis; quod tamen fieret, si liceret hæredibus scriptis ommissam ingratitude allegare & probare. Idem à fortiori dicendum de Hæredibus à intestato, neque ipsos admitti ad probandam ingratitude filii, & hoc modo excludendum filium à successione patris intestati. *Covar. ad d. c. 16. de testam. n. 8. Sustolt. dissert. at. 9. aph. 61. & seq.*



## §. VI.

13 **E**ffectus exheredationis alius est, si requisitis suis instructa sit, alius, si non dem destituta. concernunt autem requisita vel valorem, vel justitiam exheredationis. Utrisque instructa facit testamentum inexpugnabiliter valere: utrisque destituta reddit testamentum ipso jure nullum. Instructa duntaxat requisitis justitiam spectantibus, itidem annullat testamenti tabulas. destituta solis requisitis ad justitiam pertinentibus, reddit testamentum obnoxium querelæ inofficiosi, per quam olim quidem in totum. *l. 8. §. pen. l. 28. ff. de inoff. test.* hodie verò quoad solam hæredis institutionem evertitur, reliquis, ut legatis, fideicommissis, libertatibus &c. integris & intactis permanentibus. *l. nov. 117. c. 3. in f. Sustolt. d. differs. 9. ap. 86.* Idem est, si exhereditatio valida & justa sit, sed causa exheredationis non possit ab hærede probari; nam & tunc testamentum dicto modo infirmatur.

Undè jam apparet, quid sentiamus in controversâ illâ quæstione, an exhereditatio facta sine elogio ponat testamentum nullum jure *l. nov. 117. c. 3.* An verò, sicut olim, relinquat validum ipso jure, rescindendum postea per querelam inofficiosi? Hoc posterius videlicet sentimus cum *Fact. 4. controuv. c. 9. Arnold. Finn. lib. 2. select. quæst. c. 21.* & aliis. Nec abs ratione: nam testamentum illud fuit validum jure veteri, ergò etiam adhuc est validum jure novo, ut quo tantùm prohibetur, nè exhereditatio sine elogio fiat, facta non irritatur. Scio quidem, actum contra legem, esto tantùm prohibentem, factum, jure nostro civili etiam nullum esse. *l. 5. Cod. de h.* Verùm hoc non procedit in casu, quo aliundè constat de valore actus, ut in proposito, ubi testamentum evacuari, rescindi &c. dicitur. Neque patior, ut excipias, ac memorata verba in sensu improprio accipienda contendas; cum ad inducendam correctionem jurium verba nunquam debeant impropriari, sed vel maxime sumi in propria significatione, nisi inde resultet absurdus intellectus, quod sanè in presenti non contingit. *Zoef. ff. de lib. & postb. n. 11.*

Ad argumenta contraria possumus terè unâ responsionè desuogi, distinguendo inter nullitatem quoad substantiam, & quoad effectum. prius non probatur rationibus adversis: bene tamen posterius, quatenus testamentum, per querelam inofficiosi rescissum, ad eum statum reducitur, ac si quoad hæredis institutionem nunquam factum fuisset.

14 **Q**uestionis est, si filius commisit ingratitude dignam exheredatione, sed postea reconcilietur patri, quid justa reconciliatio operetur circa exheredationem? **R. I.** si reconciliatio præcedit factionem testamenti paterni, impediri exheredationem futuram, sive non posse postea patrem exheredare filium ob ingratitude commissam, sed jam ante remissam. ratio est; quia eo ipso, quòd ingratitude tacite vel expresse remissa sit, abolita est causa illa exher-

exheredandi, consequenter si pater ex veteri causa exheredaret filium, perinde esset, ac si ex nullâ causa exheredâset. *Cov. d. c. 16. n. 24. Mol. disp. 176. n. 54. Flammold. d. tr. 6. n. 474.* qui ambo addunt, Doflores in hoc convenire. 4. 2. Si reconciliatio primùm intervenit post exheredationem, jam factam, hanc per illam non tolli, *arg. l. 23. pr. ff. de liberis & posthumis &c.* ubi exhereditio emancipati antea scripta dicitur eidem, etiam postea arrogato, nocere: neque enim reconciliatio tollit condemnationem ad poenam, sive per hominem factam, sive per legem: neque jus alio, puta, heredi scripto jam acquisitum aufert. *Perez. in Cod. d. 1. n. 21. Flammold. ubi supra. 15*

Minus adhuc operatur poenitentia, quam filius, exheredari dignus, egit ante mortem patris: eadem enim neque impeditur exhereditio facienda, neque jam facta tollitur. Ratio est, quia, licet poenitentia criminis in foro interiore culpam delet, in foro tamen externo poenam relinquit salvam, & jus lae vindicandi & exequendi injuriam sibi illatam. *Cov. d. c. 16. n. 23. & seq. Mol. d. h. n. 57. Perez. ubi supra.*

## TITULUS XIV. DE HÆREDIBUS INSTITUENDIS.

### SUMMARIA.

1. Describitur heredis institutio. 2. est alia necessaria, alia voluntaria: alia in specie sic dicta, alia substitutio. 3. quis possit instituire heredem? 4. unde heres nomen trahat? & quis institui? 5. quis non possit institui? 6. possunt institui unus & plures in infinitum. 7. an omnes homines in mundo? remissive. 8. quid juris, si unus instituat simpliciter, reliqui collectivè? 9. institutio debet fieri in re propria instituentis. 10. per distinctos casus explentur, in quantâ parte testator plures heredes instituisse censetur. 11. agitur de requisitis, substantiam institutionis spectantibus. 12. declaratur sensus legis 13. Expenduntur conditiones propria, institutioni heredis adjici solita. 14. examinantur impropria cum suis effectibus. 15. Adjectio dici disquisitionis lanci appenditur. 16. statuitur finis institutionis. 17. Effectus. 18. adducuntur contraria.

**H**æret adhuc memoriz, quod supra tit. 10. scripsimus, formam communem omni testamento esse institutionem heredis, de qua tandem hoc titulo.

### §. I.

**I**nstitutio heredis est designatio successoris in universum jus, quod testator tempore mortis habuit.

## §. II.

- 2 **D**ividitur I. in necessariam & voluntariam. Illa est suorum heredum : hæc quorumvis aliorum II. In institutionem in specie & substitutionem. Institutio in specie est institutio hæredis gradu primi, de qua hic : de substitutione sequentibus duobus titulis :

## §. III.

- 3 **C**ausa efficiens institutionis est testator instituens, potest, autem instituire omnis, qui testamentum facere : quis hoc possit, diximus *titulo decimo decimo.*

## §. IV.

- 4 **S**ubjectum institutionis est hæres, quod nomen aliqui derivant ab ære seu pecuniâ, in quam succedit. Alii ab herendo, quia hæres quasi adheret defuncto, & cum eo morabitur unam personam constituit. Rectius fortè deducitur à voce *herus* : veteres enim hæredem pro Domino appellabant. §. *f. l. de hæredum qualitate et differentiâ.* Unde etiam in pandectis florentinis vox hæc semper scribitur per *E*, non per *H*, quamvis hodie utraq; scribendi ratio passim & sine vitio frequentetur. Definiri potest hæres, quod sit successor in universum jus defuncti, quod is tempore mortis habuit. Dividitur in necessariam, & voluntariam. Necessarius iterum in necessarium tantum, & qui simul suus est. Hæres necessarius tantum est servus proprius testatori, ab eodem hæres institutus. §. *1. l. d. r. hæres suus & necessarius simul est filius, in potestate mortis proxime constitutus.* §. *2. eod.* hæres voluntarius seu extraneus est, qui neutro modo ex prædictis hæres est, vel qui testatoris juri non est subiectus. §. *3. eod.* Circa hunc

Queritur 1. quoniam possint hæredes institui ? *q. 1.* in genere institui posse omnes, cum quibus est testamenti factio passiva, hoc est, qui ex alieno testamento vel ipsi possunt capere, vel saltem alii acquirere. Quæ capacitas in extraneo hæredè 3. temporibus inspicitur, tempore testamenti conditi, mortis testatoris, & advenzæ hæreditatis. Medio tempore accidens inhabilitas hæredi non nocet. §. *4. l. d. r. l. 6. §. 2. ff. h. r.* *q. 2.* In specie hæredes scribi posse 1. non tantum singulos homines, sed etiam communitates, & non tantum profanas, ut sunt civitas, oppidum, collegium opificum &c. sed etiam sacras vel pias, ut sunt Ecclesia, Monasterium, Xenodochium &c. *l. 26. ff. ad SC. Trebell. l. 1. Cod. de SS. Ecclesiis.* Planè communitates infidelium, ut judæorum &c. hæredes scribi non possunt. *arg. l. 1. Cod. de Judæis.* item nec collegia illicita, qualia sunt, quæ non sunt erecta auctoritate publicâ. *l. 8. Cod. h. r.* Singulos tamen de collegiis illicitis hæredes scribere, interdictum non est. *arg. l. 20. ff. de rebus dubiis. Mol. d. tr. 2. de F. & F. dist. 154. n. 1.* 2. Institui possunt & patresfamilias, & filiifamilias.

3. Liberi homines, & servi. Et non tantum servi proprii, sed etiam alieni, modo cum ipsorum dominiis testamenti factio sit, & non tantum servi ejus, qui jam natus est, vel adhuc vivit, sed etiam ejus, qui adhuc in utero, vel jam defunctus est. *prin. §. 1. & seqq. l. b. r.* 4. Etiam Clerici, & Religiosi. *l. 55. prin. l. 56. §. 1. Cod. de Episcop. & Clericis.* 5. Etiam excommunicati. *Mauz. d. 17. rot. de test. valido. sit. 6. q. 7. n. 63.* 6. Et qui penitus ignoti sunt testatori. *§. ult. l. l. 46. ff. l. 11. Cod. h. s.* 7. Non tantum homines in hæc terrâ, sed DEUS quoque, Angeli, & Beati in cælo. Quid autem juris sit factâ tali institutione, docent *l. ult. Cod. de SS. Ecclesiis. nov. 131. c. 9. & Mauz. d. 9. 7. n. 3. & seqq.* nimirum quod Ecclesia illius loci, in quo testator domicilium habuit, v. g. civitatis, vel castelli, in quo constitutus erat defunctus, possit ad se recipere id, quod relictum est, & ad pauperum alimoniam conferre, vel ad cultum divinum impendere. Ratio est, quia, licet DEUS ipse bona temporalia non requirat, requirit tamen cultum divinum, & sustentationem pauperum, quam ita accipit, ac si quis ipsum indigentem sustentasset, juxta illud *Matthæi 25. v. 40. quamdiu fecistis uni ex his fratribus meis minimis, mihi fecistis.* Ergo si quis Domino DEO aliquid in suo testamento reliquit, videtur ad cultum divinum, vel ad alios necessarios usus Ecclesiæ, vel ad sustentationem pauperum reliquisse.

Econtra hæredes institui nequeunt 1. servi poenæ, seu damnati in opus publicum. *l. 3. ff. de his, qua pro non scriptis habentur l. 17. §. 1. ff. de panis.* 2. peregrini. *l. 6. §. 2. ff. l. 1. Cod. h. s.* quæ tamen prohibitio hodie cessare videtur. *arg. auth. omnes peregrini. Cod. communia de success. D. Glæto 17. de testam. p. 2. c. 1. §. 2. n. 2.* Quamvis ubique fermè receptus mos sit, ut Principes seu Republicæ de illis, quæ per ultimam voluntatem peregrinis relicta sunt, se extra provinciâ portantur, partem aliquam deducant, quæ pars, seu detractio, vulgò *Nachsteuer* oder *Abzug* *Geld* appellatur, & incuitu præteritæ defensionis, diminutioque tributi, tanquam legitimum redolumentum defenditur à *Wabnero pract. obs. verb. Nachsteuer. Joan. Schitor dissert. de peregrin. §. 41. Köppen decif. 5. n. 3.* 3. Deportati. *l. 11. Cod. h. s.* quibus hodie exquantur damnati ad triremes, item bannti Imperii. *Eckhoff. §. b. c. §. 5.* 4. Hæretici non tolerati, eorumque receptores, fautores, defensores. *l. ult. & auth. credentes. Cod. de hæreticis.* 5. Apostatæ. *l. 3. Cod. de apostasis.* 6. Qui Cardinales hostiliter persequuntur, percutiunt, capiunt, vel cum his participant. *c. f. de penis in 6.* 7. Filii reorum perditionis. *l. 5. §. 1. Cod. sed l. Ful. Majestatis.* 8. Damnati ad ultimam supplicium, quia civitatem amittunt. *l. 29. ff. de panis. Glæto d. n. 2.* 9. Qui se incestis nuptiis polluerunt, neque se, neque liberos inde natos hæredes scribere possunt. *l. 6. Cod. de incest. & inutil. nupt.* 10. Neque patet legitimitate sobole filium naturalem aut spurium aliter, quam in unciâ hære-

heredes scribere potest. *l. 2. Cod. de natur. liberis.* Ratio est, tum ut hoc modo homines deterreantur ab illicito complexu, tum ut eo admisso puniantur in liberis inde genitis. Prole legitimam deficientem potest in tota hereditate substituere. *nov. 89. c. 12. §. 3. ant. licet. Cod. d. r.* 11. Nepotes naturales aut spurii ex filio legitimo, vel legitimi ex filio naturali aut spurio, si justa proles superfit, plus capere non possunt, quam liberi naturales vel spurii ex testamento patris. *l. ult. Cod. de natur. lib.* Quod si soboles legitima non superpetat, hereditatem totam ex testamento avi accipere possunt. *d. l. ult. confer omnino D. Glose d. c. 1. §. 3. n. 3. 7. & 8. Gabrielem Palatum de nobis spuriisque filiis. cap. 53. n. pen. & ult. Fach. §. comr. c. 97. Wissenbach ad d. l. ult. Cod. de natur. liberis. Mal. diff. 169. Lugonem diff. 24. n. 92. & seqq. Mannold. d. r. 6. n. 266. & seqq. Gail. 2. obs. 215. n. 5. ubi testatur, hoc in spirensi auditorio receptum fuisse.* 12. Liberi ex complexu damnato geniti à parentibus suis institui nequeunt. *d. nov. 89. c. ult. d. ant. licet. in f. Cod. de natur. lib. ant. ex complexu Cod. de incest. & inuicil. nupt.* 13. Nequit iervus à dominâ institui, si de adulterio, cum ipsâ commissio, sit suspectus. *d. princ. l. l. 48. §. 2. ff. b. r.* 14. Princeps non potest hæres institui litis causâ, hoc est, iudicii mutandi causâ, ut nempe durior adversarius adversarij opponatur. *§. f. infra: quibus mod. testam. infirmantur. l. pen. ff. b. r.* 15. Institui nequeunt Franciscani, Minores de observantiâ seu recolecti, ut vocant, & Capucini. *Clem. exvii. vers. quia igitur de V. S.* Quod non tantum procedit de singulis professis in particulari, sed etiam de ipso ordine, Ecclesiis ejus, & monasteriis, ita, ut neque hæc hereditatis capiendæ jus habeant. *Mannold. d. r. 6. c. 5. comrov. 2. n. 8 r. Manz. d. q. 7. n. 15 r.* 16. Institui non possunt professi Societatis Jesu & coadjutores formati: aliud dicendum de his, qui nondum ediderunt ultima vota; ipsi enim possunt hæres scribi; item ipsa Societas, & collegia ejus, & domus probationis, & domus professæ rectè hæres instituitur. *Mannold. d. contr. 1. n. 282. & seqq. Manz. d. loc. n. 181. & 182.* Quamvis autem prædicti religiosi non sint capaces hereditatis, legatam tamen ipsi etiam in particulari rectè relinquuntur, sed cum hoc moderamine quoad professos Minorum de observantiâ & Capucinoscum, ut ipsi legentur res immobiles cum conditione eas retinendi, exceptis domo, horto, & necessariis ad habitationem; sed vel res mobiles, quæ ipsorum necessitatibus serviant, vel, si immobiles sint, ut statim dividantur, & ex pretio inde redacto fratrum necessitatibus consiliatur; & denique ne legata relinquatur in quantitate excessivâ, quæ vè videri possunt data esse in fraudem legis prohibentis, illos hæres institui. *Mannold. d. n. 281. & 285. Glose d. c. 1. §. 1. n. 16.* Ordines reliqui, eorumque professi, esto mendicantes, hereditarie successione agnoscuntur capaces. *Manz. d. l. n. 169. & 171. D. Glose d. §. 2. n. 9.* Ceterum, qui hærentes de incapabilibus hereditatis dicta sunt,

intelligi debent de institutione purè & simpliciter factâ, quoddâ incapax instituitur sub conditione, quando capere poterit, benignè receptum est, institutionem valere, eumque tunc hæredem futurum, cum capax evaserit. *l. 62. princ. ff. h. r.* paria enim censentur, fieri tempore habili, & transferri in tempus habile. Neque dicas, hæredem, saltem extraneum, debere capacem esse & tempore testamenti conditi, & tempore mortis testatoris, esto sub conditione fuerit institutus. *S. 4. infra de hæred. qualitate & differentiâ.* Nam *2.* Id intelligendum esse de aliis conditionibus, non de illâ, quâ hæres instituitur in eventum, quo capax fuerit. *d. h. 62.* Incapaci defectu simpliciter instituto hæreditas in eâ causâ est, in quâ esset, si incapax scriptus non fuisset. *l. 1. Cod. h. r.* undè tali casu hæreditas pertinebit vel ad cohæredem, vel ad substitutum, vel in horum defectum ad hæredes legitimos defuncti. *Wissenbach. ad d. l. 1.*

Queritur *2.* quot hæredes institvere liceat? *2.* Et unum hominem, & **6** plures usque in infinitum. *§. 4. l. h. r.* quod civiliter & ita intelligendum, ut numerum infinitum accipiamus pro indefinito, hoc sensu: cum numerus hæredum instituendorum legibus definitus non sit, intelligitur relictus arbitrio testatoris, qui tot hæredes scribere valet, quot voluerit. *Wissenbach. disp. ad Inst. 20. th. 14.*

An autem omnes homines in mundo rectè instituantur? curiosa magis, **7** quam utilis quæstio est, de quâ *Gomez. r. var. resolut. 2. n. 2.*

Illud utilius queritur, si testator instituat plures hæredes, & unum quidam **8** simpliciter, reliquos collectivè, puta, hoc modo: *Cajum & fratris mei filios hæredes instituo*: quomodo hi ad hæreditatem admittendi sint? *2.* *Cajum* in proposito habiturum semissem hæreditatis, alterum verò semissem fratris filios, quia hæc unius persona vicem obtineat. *l. 11. l. 13. princ. l. 59. §. 2. ff. h. r.*

## §. V.

**O**bjectum institutionis est res, in quâ fit institutio. ubi

Queritur *1.* in quibus rebus possit institutio hæredis fieri? *2.* Possit primò, imò debere fieri in rebus testatori propriis. *arg. l. 77. §. 24. ff. de legat. 2. l. 13. Cod. de testam. & l. 120. ff. de V. S.* tum quia institutio hæredis est designatio successoris in universum jus defuncti. *l. 24. ff. de V. S. & l. 62. ff. de R. l.* quod autem alienum est, defuncti non est. Tum quia, si liceret hæredem scribere in re alienâ, testator non tam sibi testamentum faceret, quam potius domino rei; quod iura non servat, excepto patre quoad filium impuberem. Secundò videtur hæres posse institui etiam in rebus ad cohæredem pertinentibus. Econtrâ hæres non potest institui *1.* in re simpliciter alienâ. *arg. l. 8. §. 2. ff. de iure Codicill. & auth. ingressi. Cod. de SS. Ecclesis.* Ratio disparitatis, cur le-

gatum in re simpliciter alienâ subsistat, non etiam institutio, assignatur à Gomez d. 1. var. resolut. 12. n. 13. quia videlicet legatum respicit ipsam rem, quæ potest redimi & præstari: contra directa hæredis institutio respicit personam hæredis, & quandam à jure inductam repræsentationem defuncti, quæ nullo modo potest redimi, nec æstimari, nec pretio quæri. Clarius! quemadmodum facultas testandi non videtur esse concessa in præjudicium tertiæ, ita hæres à nomine hæreditatem, in re alienâ fundatam, petere posset; secus est in legatario, qui rem redimendam vel saltem ejus æstimationem àb hærede petere potest. vid. Manz. sr. de testam. valido. tit. 6. q. 12. n. 12. & seqq. ubi varias ampliaciones subnectit. 2. Nequit hæres institui in re propria. arg. §. 10. l. de legat.

10 Quæritur 2. in quâ parte hæres institui possit? Antequàm respondeam, sciendum, divisionem hæreditatis aliam esse legitimam seu regularem, aliam voluntariam, arbitrariam, seu irregularem. legitima est, quæ fit à lege. Dividitur autem à lege hæreditas in 12. unicas, quæ appellatione assis continentur. §. 5. l. h. t. ubi specialibus signantur nominibus, & quidem 2. unicæ dicuntur sextans, quasi sexta pars totius assis. 3. Unicæ quadrans, quasi quarta pars. 4. triens, quasi tertia pars assis. 5. quincunx. 6. semis, id est, semisive medius as. 7. Sepsunx. 8. bes, quasi bis triens. 9. dodrans, quasi demto quadrante as. 10. dextans. quasi demto sextante as. 11. denunx. quasi demtâ unciâ unciâ as. 24. unciæ appellantur dupondium. 36. tripundium. Divisio hæreditatis arbitraria seu irregularis est, quæ fit àb ipso testatore. Potest autem testator hæreditatem suam dividere in tot partes, quot ipse voluerit. l. 13. §. 1. ff. b. t.

His præcognitis x. ad quæstionem, hæredem institui posse vel in unciâ, vel in pluribus, vel etiam in totâ hæreditate. Quodsi petas ulterius, in quot partibus testator instituisse censeatur? x. Referre, scripseritne testator unum duntaxat hæredem, an plures. Si unum, tunc, sive scripserit in totâ hæreditate, sive in parte hæreditatis, sive in re aliquâ particulari, scriptus semper ex asse hæres est. Prima pars est certa. Secunda patet tum ex d. §. 5. l. h. t. ubi uno tantùm ex semisse hærede scripto, totus as in semisse esse dicitur: tum ex l. 7. ff. de R. I. ubi jus nostrum non patitur, eundem in paganis & testatò & intestatò decessisse. Ex ratione, quod hæreditas repræsentet personam defuncti. l. 31. §. 1. ff. b. t. quæ sicuti nullo diverso jure censeatur, sic etiam hæreditas defunctum non diverso, sed uno successionis genere repræsentare debet, arg. l. 23. in f. ff. de usurpat. & usucap. Mayer de legatis cap. 5. n. 9. Tertia pars probatur ex l. 1. §. 4. ff. b. t. in quâ hærede instituto in re certâ, & nullo alio cohærede dato, potestate juris detrahitur mentio rei certæ, & institutio particularis resolvitur in universalem. Si testator plures hæredes scripserit, interest, nulli sit assignata certa pars, an omni-

omnibus, -num quibusdam, quibusdam non. Primo casu, v. g. *Titius, Cajus, Sempronius hæredes sunt* : omnes æqualiter succedunt. §. 6. l. l. 9. §. 12. ff. h. t. hoc ipso enim, quod testator certas portiones in institutione non expresserit, cum tamen potuerit, videtur omnes hæredes æqualiter dilexisse. *Manz. d. sr. de testam. valido. tit. 6. q. 16. n. 1.* Secundo casui ulterior distinctio applicanda, ac dispiendum, omnesne scripti sint in certâ parte hæreditariâ, an omnes ex re singulari, utrùm quidam ex certâ parte hæreditariâ, quidam verò ex re singulari. Si primum contigerit, v. g. *Titius hæres esto in sextante, Cajus in triente, Sempronius in dextante* : Singuli capiunt portiones sibi relictas ; & quidem Titius 2. uncias, Cajus 4. Sempronius 10. Ratio colligitur ex dictis, quia nimirum testator hæreditatem dividere potest in tot partes, quot ipse voluerit : qui proinde in dato exemplo eandem in 16. partes secuisse videtur. Confer *Manz. d. sr. 6. q. 20. Harp. ad §. 6. & seqq. l. h. t. n. 4. & 5. videantur §. 7. l. d. l. 13. §. 2. & 4. ff. h. t.* Neque obstat l. 23. pr. Cod. de legatis. ubi Justinianus Imperator rescriptit, dividendam esse hæreditatem æquis partibus, casu quo unus ex duodecim, alter ex sex unciis hæres scriptus est. Nam Princeps ibidem loquitur de aliâ facti specie, in quâ nimirum testator ab initio testamenti, cuidam 12. unicas reliquit, alii autem postea in inferiori testamenti parte 6. *Manz. d. sr. 6. q. 19. n. 5.* aliter respondet *Bassus ad d. l. 23. n. 5. & 6.* incusans Tribonianum, quòd jura, quæ eo tempore, quo digesta concipienda erant, per recentiores leges fuerant abrogata, Pandectis postea imprudenter interverit. Si secundum, v. g. *Titius hæres esto in fundo Tusculano, Cajus in Bibliothecâ meâ, Sempronius in rebus castrensibus* : Singuli res illas certas sibi relictas capient jure prælegati, hæredes verò per se loquendo erunt ex æqualibus partibus. d. l. 9. §. 13. l. 35. in principio. ff. h. t. *Manz. d. sr. 6. q. 23. n. 7. & 8.* Ratio est, quia quoad res singulares attenditur expressa testatoris voluntas : quoad reliquam verò hæreditatem non censetur testator plus dilexisse unum hæredem, quàm alterum, eò quòd reliqua hæreditas nequeat commodè divelli secundum valorem rerum illarum singularium, atque adeò via aperiretur litibus, si reliqua substantia juxta valorem certarum rerum scindi deberet. Si tertium, hoc est, si quidam instituti sint in re certâ, alii verò universaliter, & sive ex totâ hæreditate, v. g. *Titius ex asse hæres esto, Mævius esto ex libris meis juridicis. sive ex parte hæreditatis, v. g. Cajus hæres esto ex besse, Sejus hæres esto ex rebus meis militariibus* : sive simpliciter v. g. *Sempronius mihi hæres esto. Titius esto ex fundo Corneliano* : tunc illi, qui ex re certâ scripti sunt ; legatariorum vices sustinent. l. 13. Cod. h. t. *Manz. d. q. 23. n. 23. & 30. Brunneemann. ad d. l. 13. n. 5. & seqq. Fach. 4. contr. c. 15. Wissenbach ad d. l. 13.* ubi scribit, ex certâ hæredes scriptos non esse obnoxios oneribus hæreditariis, & debere pati detractionem legis falcidiæ ; interim tamen, si cohæredes, eisdem dati, repu-



diēt hæreditatem, ex assē forent hæredes, detractō nomine certæ rei, perinde ac si ab initio soli fuissent hæredes instituti, ut non necesse sit confugere ad jus accrescendi. Atque hoc est, legatariorum vices sustinere tantum, non esse legatarios. Tertio casu rursus 3. casus subdistinguenti veniunt. Vel enim partes adscriptæ sunt infra assē, vel superant assē, vel æquant assē. Si sint infra, ut ecce. *Titius in Triente hæres esto, Cajus in semisse, Sempronius hæres esto.* tunc sine parte scripti capiunt id, quod assē deest. §. 6. *I. l. 17. princ. l. 77. in f. ff. b. s.* adeoque in dato casu capiet Titius 4. uncias, Cajus 6. Sempronius 2. Ratio est, quia ex quo testator reliquos hæredes scripsit, censetur eos voluisse hæredes esse: quoniam autem hæres sine parte hæreditatis non est, hinc præsumptio nascitur, testatorem in eo voluisse hæredes esse, quod superest, sive quod assē deest. Quod si partes adscriptæ assē superent, tunc sine parte scripti capiunt id, quod dupondio deest. §. 8. *I. d. l. 17. §. ult. ff. b. s.* ut ecce! *Titius hæres esto in dodrante, Cajus in quadrante, Sempronius in Septunice, Mævius hæres esto.* Hoc casu Titius accipiet 9. uncias, Cajus 3. Sempronius 7. Mævius 5. Ratio rursus est, quia testator voluit illos, quos sine parte hæredes scripsit, sibi succedere: ergo cum voluerit antecedens, debet etiam voluisse consequens, quod est, ut in quâdam parte hæreditatis succedant: atqui nulla pars assis superest, in qua succedere possent, ergo præsumitur voluisse, ut succedant in parte duplicati assis seu dupondii, adeoque in eo, quod dupondio deest. *dd. sextibus.* Denique si partes adscriptæ æquant assē, tunc sine parte scripti censentur vocati ad novum assē, sive re, ad solennem assē revocatâ, ad partem mediam totius hæreditatis. *d. §. 6. I. d. l. 17. §. 3.* ut ecce! *Titius hæres esto in semisse, in altero semisse Cajus hæres esto, Sempronius hæres esto.* Tali casu Titio obveniet 6. uncia, Cajo itidem 6. Sempronius auferet 12. Rationem iterum desumo ex conjecturâ voluntatis testatoris, qui dum voluit hæredem sine parte scriptum sibi succedere, præsumitur etiam voluisse suam hæreditatem in 24. uncias dividere, ac reliquas 12. uncias sive medietatem totius hæreditatis hæredi sine parte instituto relinquere. *Manz. d. l. 6. q. 21. num. 7. & 8. Harp. d. loc. n. 3.*

## §. VI.

11 **F**orma Institutionis hæredis duplex est, substantialis, & accidentalis. Substantialis stat in legitimâ designatione successoris universalis. Ad quam requiritur 1. ut signis exterioribus sufficienter sit expressa, qualia censentur, quæcunque verba, directa, obliqua, & communia, dummodò primò apta sint ad declarationem voluntatis intentæ. *l. 15. Cod. de test.* & secundò affirmativa: per negativa, aut privativa, institutio non inducitur; hinc si testator scripserit: *filius meus ex hæres esto, si intra annum non redieris*: non intelligitur filius institutus esse, si sortè intra annum revertatur. *Wesemb. in parat. ff. b. s.*

n. 6. *Zoëf. ff. ibid. n. 2. Eckolt. eod. §. 13.* Similiter signum sufficiens in testamento scripto esset relatio ad certam schedam : v. g. *quem scripsi in charta, apud Sempronium deposita, vel in codicillis meis, ille mihi hæres esto. d. l. 77. ff. h. t. l. 10. princ. ff. de condit. instit.* Dixi in testamento scripto : in nuncupativo institutio dicto modo facta non valet, cum de ratione nuncupativi sit, hæredem ita manifestari testibus, ut ipsi indubitabiliter sciant, quidnam hæres scriptus sit. *l. 21. pr. ff. qui testam. facere etc. l. 21. §. 2. l. 29. Cod. de testam. Neque adversatur 1. textus in l. 9. §. 8. ff. h. t. ubi Ulpianus ait, institutionem valere, si quis nomen hæredis quidem non dixerit, interim tamen indubitabili signo demonstraverit. Nam ibidem per indubitabile signum non intelligitur quodcumque, sed vocale, aut saltem vocali æquivalens; quale non est relatio ad certam schedam.*

Neque adversatur 2. textus in *l. 77. ff. d. t.* ubi Papinianus admittit, hæredis institutionem ad codicillum referri posse. Admittit enim hoc solummodo in testamento scripto, ut in

quo necesse non est hæredem vivam voce nuncupari, ac independentem ab omni alio testibus innotescere. Neque adversatur 3. quod sine aliâ nominis expressione ad validum testamentum sufficiat, si testator hæredem digitis designet, dicendo: *hunc volo esse hæredem meum* : nam exinde malè arguitur ad relationem, quæ sit ad schedam, quia vi prioris demonstrationis hæres in sua personâ immediate innotescit, ita ut designatio illa signo vocali æquivalet.

Planè solo nutu hæres institui nequit. *Wesemboc. Zoëf. Eckolt. ad locis.*  
 2. Requiritur, ut constet ex verbis, quis hæres sit designatus. Esto enim hæres institui possit non tantum sub nomine proprio, sed etiam sub aliâ certâ notâ, undè indubitabiliter possit constare de personâ institutâ. *l. 9. §. 8. ff. h. t.* Si tamen verba institutionis ita forent ambigua, ut ex iis apparere non possit, quidnam hæres scriptus sit, institutio non valet. *l. 62. §. un. ff. cod.*  
 3. Requiritur, ut institutio fiat in testamento, non in Codicillis aut aliâ ultimâ voluntate. *§. pen. l. de Codicillis.* multò minus actu inter vivos. *l. 5. Cod. de pactis conventis.*  
 4. ut non pendeat ex alieno arbitrio. *l. 32. princ. ff. h. t.* quod, ut pateat, in quanto rigore requiratur.

Dico I. si ipsa substantia institutionis commissa est arbitrio tertii, ita, ut penes ipsum sit, defunctum testatum vel intestatum reddere, puta, nominando, aut non nominando hæredem, ut si testator sic scripserit : *hæres esto, quem Cajus volet* : institutio inutilis est, saltè quoad causas profanas. *d. l. 32. addo, saltè quoad causas profanas.* nam quoad causas pias videtur ultima voluntas alterius dispositioni committi posse, *arg. c. 13. de testam.* quem textum eò restringit *Hauwald de F. & F. tr. 6. c. 5. n. 3. 18. & seq.* tametsi alii eum capiant generaliter de omni dispositione ultimâ, quâ piâ, quâ profanâ.

Dico II. similiter, si testator ita scripserit : *instituo Cajum hæredem, si Marcus voluerit.* institutio nullius momenti est, cum hoc casu non minùs

substantia institutionis in liberrimam Mævii voluntatem sit collata, quam si nullo nominato scripsisset testator : *instituo, quem Mævius voluerit. Haunold. d. tr. 6. c. 5. contr. 5. n. 320. ad finem.*

Dico III. si substantia institutionis solum ex indirectâ & remotâ alterius voluntate pendeat, ut si testator ita scripserit : *instituo heredem Cajum, si Mævius capitulum ascenderit.* quo casu voluntas Mævii directè versatur tantum circa impletionem conditionis ; indirectè verbè circa institutionem Caij, tunc valet institutio. *Duarenus ad tit. ff. de condit. Instit. c. 4. §. capimus offendere, &c. Hilliger Donelli enucleati lib. 8. c. 15. lit. D. Haunold. ubi supra n. 323.* dicens, hanc sententiam esse communem. Verùm ea non tantum est communis, sed omninò certa, & clarè expressa in l. 68. ff. h. t. quem textum, miror, à P. Haunoldo non fuisse observatum.

Dices : Institutio, si Mævius voluerit, inutilis est, juxta dicta : ergò etiam, si Mævius Capitulum ascenderit. tum quia nihil interest, si Mævius capitulum ascenderit, an si voluerit. l. 1. in f. princ. ff. de legat. 2. Tum quia hæc posterior institutio effectu videtur eadem esse cum priore, pendet enim à liberâ voluntate Mævii, utrum velit ascendere capitulum, nec ne? R. neg. consequentiam. Ad primum implicitæ probationis membrum dico, in memoratâ l. 1. subaudiri, si voluerit ascendere : ad alterum assigno rationem diversitatis : quia, si testator ita dicat : *Cajus hæres esto, si Mævius voluerit : institutio Caij pendet à merâ & liberâ voluntate Mævii, ita, ut, si ipsa velit Cajum heredem esse, Cajus hæres sit, si nolit, non sit hæres. econtrâ si testator dicat : *Cajus hæres esto, si Mævius capitulum ascenderit : institutio Caij directè & proximè pendet à facto Mævii, puta, ab ascensu capituli, qui si sequatur, Cajus erit hæres, sive Mævius eum velit heredem esse, sive non, sive gnarus, sive ignarus dictæ conditionis ascenderit capitulum ; neque enim necesse est, hanc ei manifestari. Quòd si verò non sequatur, Cajus non erit hæres, esto Mævius eum quam maxime vellet heredem esse. Manz. d. 2. 6. q. 24. n. 4. & 5.**

Dico IV. si non ipsa substantia institutionis, sed electio hæredis ex cetero personarum genere arbitrio tertii à testatore committatur, v. g. *ex cognatis meis, quot nunc sunt, instituo heredem, quem Mævius elegerit* : valet institutio. Videtur sufficienter colligi posse ex §. 27. l. de legatis ibi : *non solum in hereditatibus.* &c. *Haunold. d. contr. 5. n. 322.* dicens, esse communem, additque rationem, quia nulla lex tali institutioni resistit, cum arbitrium hoc casu non sit liberum, & ille, cui electio est commissa, cogendus sit à iudice, ut eligat. Addo Ego, neque testantis consilium in proposito omninò incertum esse, aut imprudens, cum terminetur certâ demonstratione, nempe cognatorum, & procedat ex rationabili motivo, conjunctionis videlicet sanguinis.

Dico V. esto institutio hæredis nequeat committi alterius nudæ, libe-

re, & simplici voluntati, potest tamen committi alterius judicio & discretioni, v.g. *instituo Cajum heredem, si Mævius arbitrans fuerit, si putaverit, si ita judicaverit, si ei utile visum fuerit &c.* tum quia judicium Mævii potest testatori videri sanius, & esse etiam, quam sit proprium testatoris judicium: tum quia tali casu institutio Caij non pendet à merâ & liberâ voluntate Mævii, sed potius censetur ejus, tanquam boni viri, arbitrium ad hanc rem electum esse, per l. 75. *princ. ff. de legat. 1. & l. 11. §. 7. ff. de legat. 3. Hannold. d. l. n. 321. & 324. Manz. d. q. 24. num. 6.*

Forma accidentalis institutionis hæredis stat in eo, quod quandoque fiat purè, quandoque non purè. Purè facta institutio dicitur, si neque conditionem, neque diem adscriptam habeat, ut si dicam: *Titius hæres esto.* Non purè fit institutio, si conditionem vel diem habeat annexam. Discutiamus primo loco conditionem, loco secundo diem relicto.

Conditio (quæ juxta *Baldum in rubr. de condit. & demonstrat.* est adjectio apposita, vel subintellecta, per quam dispositum in suo esse habet existentiam, vel defectum) est vel propria seu verè talis, vel impropria seu quasi talis. Verè talis dicitur, cujus eventus est contingens. Impropria, quæ externam quidem conditionis speciem ac figuram præferat, vim tamen illius non obtinet, de hæc paulò post plura. Conditio propria est vel simplex, vel mixta. Simplex vel potestativa, vel casualis. Potestativa est, cujus eventus unice pendet à voluntate hominis, v.g. *si suus meus comitatus fuerit, si monumentum mihi exstruxerit &c.* Casualis, cujus eventus unice pendet à futuro quodam casu, ut *si navis ex Aha venerit &c.* Mixta, cujus implementum pendet partim à voluntate hominis, partim à casu, v.g. *si saluus ex Italia redieris &c.* Contingere enim potest, quod redire nolis, aut, cum maxime velles, ob adversam valetudinem non possis. His perspectis lubet statuere, quæ conditio hæredis institutioni adscribi valeat, quæ non. Ubi distinctio amplectenda, & hæres extraneus discernendus à hærede suo. Hæres extraneus sub quavis conditione, potestativa, casuali, & mixta institui potest. §. 9. *I. h. t.* ita quidem, ut conditionibus pluribus collectivè adjectis, omnibus parere necessum sit, secus, si separatim adjiciantur. §. 11. *I. cod.* Ratio, cur hæredi extraneo quævis conditio apponi possit, est, quia, cui licet plus, illi non debet denegari, quod est minus. l. 110. *princ. ff. de R. I. c. 35. & 53. cod. in 6.* atqui extraneum licet omnino non scribere hæredem, quod est plus: ergo etiam licet sub quavis conditione scribere, quod est minus. *Hannold. d. or. 6. e. 5. contr. 1. n. 330.* Hæres suus, & nempe filius familiæ sub conditione casuali aut mixta institui non potest: sub potestativa facillè implebili, v.g. *Filius meus hæres esto, si pro animâ meâ curaverit legi missam.* potest. l. 4. l. 86. *ff. h. t. l. ult. ff. de condit. instit. l. 83. ff. de condit. & demonstr. l. 4. Cod. de instit. & substit.* Ratio primi membræ est, nè in defectum illarum conditio-

num filius contra leges reperitur præteritus; quod periculum hic statim ab initio habetur pro præteritione factâ, adeoque testamentum statim pro nullo. *Frantzkius in comment. ad l. Gallus 29. ff. de liberis & posth. diffunt. §. membro 2. sect. 2. n. 13. & seqq.* Exceptionem vide præcedente titulo p. 2. §. 5. n. 6. *vers. pland.* Atque hoc etiamnum jure novo obtinet. *Facb. §. contr. c. 71. Bachov. in Treuil. vol. 2. diff. 11. th. 3. lit. D. Zoëf. ff. de condit. instit. n. 11. Struv. ibid. th. 47. idem jure novo dicimus de filiafamiliâ: idem de nepotibus suis hæredibus, ut nec illa, nec isti hodie (olim enim secus fuit) possint institui sub conditione casuali vel mixtâ. *arg. §. 5. supra de exhered. lib. l. 4. Cod. de liberis præteritis. Hbenn. 2. var. resol. §. 9. 17. Frantzki. d. membr. 1. sect. 3. n. 57. & seq. Struv. d. loc. th. 46.* Ratio secundi membri est, quia copioso, quod conditio sit in potestate sui hæredis, & faciliè implebilis, si id non fiat, censetur suus hæres quasi tacite repudiare hæreditatem paternam. *l. 13. ff. de legat. præstandis &c.* Undè talis casus conditio non tam intelligitur deficere, quàm potius negligi, consequenter sic institutus testamentum quasi præteritus impugnare nequit. *Frantzki. d. sect. 2. n. 20. & seq.**

Quæres, quænam conditio censenda sit potestativa faciliè implebilis? *n.* Id generaliter definiri non posse, sed esse quæstionem facti, proindeque pertinere ad determinationem judicis: potest enim & hæc conditio, *si Salisburgum venerit*, non esse in potestate sui hæredis, propter hyemis inclementiam: potest etiam esse, si nempe ei fuerit imposita, qui fortè uno solùm, alterovè milliarum Salisburgo distat. *l. 4. §. 1. ff. h. r.*

**14.** Conditio impropria est vel talis, quod eventus, in quem concepta est, ad existendum non sit indifferens, vel quod impossibile. Illius generis est conditio collata in tempus præsens aut præteritum, vel etiam futurum necessarium, ut *si defacto sol. est in caelo; si defacto pax sit facta inter Casarem & Turcam, si venturo Mense plenilunium fuerit &c.* & talis conditio impropria adscribi potest cuivis hæredi, etiam filiofamiliâ, quia speciem duntaxat & figuram conditionis præferret, vim autem & potestatem ejus non obtinet. *Glerle l. h. r. n. 11.* Conditio impossibilis est vel naturâ talis, vel jure. Naturâ impossibilis dicitur, cujus existentia ipsa natura refragatur, ut *si caelum digito tetigeris &c.* quæ conditio institutioni qualicumque si adjiciatur, habetur pro non scriptâ, consequenter institutio pro purâ. *§. 10. l. h. r. l. 1. ff. de condit. instit.* Jure impossibilis conditio est, cujus existentia bonis moribus repugnat, ut *si patrem tuam occideris, si adulteriam commiseris &c.* Circa hanc conditionem ita jus est: adscripta hæredi extraneus vitatur, ac habetur pro non adjectâ. *l. 9. l. 14. l. 20. in f. princ. ff. d. r.* Adscripta hæredi suo vitatur testamentum patris. *l. 15. ff. eod. Hahn. ad Wöfenbec. ff. de condit. inst. n. 1. addens, id jure etiam novissimo adhuc obtinere. Mann. d. tr. de testam. tit. 7. §. 5. n. 27.* Ratio divaricatis est, quia patet taliam conditionem appo-

neus filio facit contrà officium paternum, dum eundem vult obligare ad factum, cui reclamation honestas naturalis; propter quod delictum jura voluntatem patris irrinarunt, ac filio vim ab intestato succedendi aperuerunt. At respectu personæ extraneæ testator non facit contrà officium patris, instituendo illam sub turpi conditione, adeoque nec fuit, cur jura disponentis voluntatem cassarent, omni pœnâ culpam præsupponente: sed censetur potius testator ignorasse, conditionem turpem esse; purè scripturus, si ei ut talis comperita fuisset.

Satis de conditione. Impuram institutionem etiam reddit adscriptus dies, <sup>15</sup> qui vel per modum termini à quo, vel per modum termini ad quem apponitur. Per modum termini à quo adscribitur institutioni, v. g. *Cajus hæres esto ex proximis Calendis Martii post mortem meam.* Per modum termini ad quem, v. g. *Cajus hæres esto usque ad proximas Calendas Martii post mortem meam.* Dies adjectus per modum termini à quo est vel certus, de quo videlicet constat, quod, & quando sit existiturus, ut in dato exemplo, vel incertus. Certus habetur pro non adjecto, & institutio perinde, ac si purè facta esset. §. 9. l. l. 34. ff. h. t. Ratio est, tum quia ex unâ parte spectatur voluntas instituentis, ac testator decedere volentis, tum quia ex alterâ parte paganus ne quidem ratione temporis partim testatus, partim intestatus decedere potest. l. 7. ff. de R. I. tum denique quia, quæ naturâ suâ certa sunt, obligationem non remorantur. arg. l. 9. §. 1. ff. de novat.

Neque dicas: conditione institutioni adjectâ non sequitur, paganum, partim testatum, partim intestatum decedere, esto fortè primùm 5. annis post mortem testatoris eveniat. Ergò neque id sequitur, die certo per modum termini à quo adjecto. Nam 3. Disparitatem esse, quod conditio possit retrahi, & retrahatur ad tempus mortis, quam retractionem dies certus non admittit, utpotè fixam, ac huic, non alii tempori alligatam naturam habens. Manz. d. tit. 7. q. 4. n. 2.

Dies incertus est vel talis simpliciter, puta, an & quando existiturus sis, ut si ita scripsit testator: *Cajus hæres esto, cum consul evaseris.* Vel secundum quid. Dies prioris generis æquivaleret conditioni. l. 75. ff. de condit. & demonstrat. l. 21. princ. ff. quando dies legatorum &c. Dies posterioris generis est vel talis ex eo capite, quod ignoretur, an sit existiturus, ut si testator ita scribat: *Cajus hæres esto, cum pubes eris: velex eo, quod ignoretur, quando sit existiturus, v. g. Cajus hæres esto, cum morietur.* Dies priore modo incertus rursus vim conditionis obtinet. d. l. 21. Circâ diem posteriore modo adjectam interest, fueritne adscriptus tertio, an hæredi instituto. Si privus, v. g. *Cajus hæres esto, cum Mævius morietur,* dies adjectus pro conditione est, arg. l. 9. Cod. h. t. quia fieri potest, ut conditio mortis Mævii vivo Cajo existat, si nempe Mævius præmoriatur Cajo; item ut non existat, si nempe

nempè Cajus præmoriatur Mævia. Sin posterius, v. g. *Cajus heres esse, cum morietur*, dies adjectus habetur pro non adjecto, adeoque institutio pro purâ, quia frustrâ videtur expectari, quod certò in persona hæredis existiturum est. *arg. d. l. 9. §. 1. ff. de novat. Bachov. in Tract. d. sb. 3. lit. E. Struv. d. exercit. 33. sb. 41.* Dies denique adjectus per modum termini ad quem indistinctè rejicitur àb institutione, ac pro non scripto habetur, *d. §. 9. l. h. s.* Ratio est, quia juri nostro non congruit, habere hæredem temporalem, sed qui semel hæres factus est, non potest desinere hæres esse. *l. 88. in f. ff. h. s.* quid autem, si ita scripsit testator: *Cajus heres esto usque ad calendas Martias, postea Mævius heres esto: quid Juris?* Respondet *Ludovell de ult. vol. pag. 48.* in tali casu, detractâ mentione temporis, utrumque ex æquo hæredem futurum. *Aliter Gomez 1. var. rasil. 2. m. 9.*

## §. VII.

- 16 **F**inis institutionis hæredis est, benefacere hæredi, ex motivo conjunctionis, affectionis, amicitie, gratitudinis, vel alio simili; testator enim potius præsumitur, hæredem velle honorare, quàm gravare. *l. 67. §. 8. ff. de leg. 2.*

## §. VIII.

- 17 **E**ffectus alius est, si institutio facta sit purè, alius, si non purè. Illius effectus est, quòd hæres statim à morte testatoris, si nihil aliud obstat, hæreditatem possit adire; de quâ additione tractabo *infra tit. 19.* conditio, institutioni hæredis adjecta, aliud operatur; si hæres sit extraneus, aliud si suus, prout per distinctas assertiones ostendo, &

**Dico I.** si extraneus hæres scriptus est sub conditione casuali, pendente conditione etiam pendet institutio, eâ verò deficiente deficit; imò totum testamentum, si nemo alius purè institutus, aut substitutus sit. unde neque legata ex tali testamento debebuntur, perinde, ut ex testamento àb initio nullo, quòd si autem conditio institutionis existat, tunc ea perinde habetur, ac si initio statim purè fuisset facta. *l. ult. §. 1. ff. de vulg. & pupill. substit.* hinc etiam fructus, medio tempore ex hæreditate nati, ad hæredem hoc casu pertinent. *Eckelt ff. de condit. instit. §. 7.* Sed quid, si adjectâ conditione casuali, ejus eventus fortè impediretur à tertio, puta, àb hærede àb intestato, aspirante ad illam hæreditatem? **R.** Cum Haunoldo, tunc, nisi aperte constaret de voluntate testatoris, quòd voluerit institutionem simpliciter alligare eventui conditionis, perinde fore, ac si conditio evenisset. *l. 161. ff. de R. I. cur additum sit, nisi aperte constaret, petes à Patre Haunold d. tr. 6. c. 6. num. 345.*

**Dico II.** si extraneus hæres scriptus est sub conditione potestativâ, tunc ea impedit, nè scriptus priùs existat hæres, quàm conditioni paruerit, quòd si nul-

si nullâ negligentia, culpâve hæredis instituti factus sit, quò minus conditio impleteretur, eò quòd is fecerit, quantum est in se, perinde erit, ac si conditio fuisset impleta. l. 11. & 23. ff. de condit. inst. l. 1. Cod. de Instit. & Substit. cap. 66. de R. l. in 6. Hannold d. c. 6. n. 346. Scriuv. ubi supra th. § 1.

Dico III. si extraneus hæres scriptus est sub conditione mixtâ, v. g. ita: Cajus hæres esto, si ante Calendas Augusti redierit ex Italiâ: tunc conditio illa partim debet impleri, quatenus scilicet est potestativa; partim verò, & quatenus est casualis, debet purificari per eventum conditionis: quo utroque factò, qui hæres scriptus est, erit hæres.

Dico IV. si suus hæres institutus est sub conditione casuali, vel mixtâ, nec sub contrariâ conditione exheredatus, testamentum statim ab initio nullum est. Constat ex dictis supra n. 13.

Dico V. si suus hæres institutus est sub conditione potestativâ, ea hoc operatur, & quidem 1. ex parte sui hæredis, quòd ipsum ex necessario faciat voluntarium, ut absque beneficio Prætoris, non parendo conditioni, possit abstinere hæreditate paternâ, arg. l. 12. ff. de condit. instit. 2. Ex parte testatoris, quòd impediatur exitum intestati, seu ne pater moriatur intestatus: ubi tamen distinguendum, an solus filius hæres scriptus sit, an verò ei cohæres, aut substitutus datus. Primo casu interest, an conditio, adscripta filio, ult. mo vitæ spiritu impleri possit, an non? si prius, tunc non impletâ conditione neque filius patri, neque hæres ejus avo ab intestato potest succedere; non filius, quia, quamdiu is vivit, verum est, conditionem ab ipso adhuc impleri posse. Non etiam hæres ejus, quia ad illum hæreditas non est transmissa, neque ex testamento, cum conditio non fuerit impleta; neque ab intestato, cum ad filium viventem nunquam fuerit devoluta. Sin postèrius, tunc, quia certum est, conditionem impleri non posse, testamentum defisit, adeoque filius patri ab intestato existit hæres. Altero casu, si nempe filius cohæredem habeat, aut substitutum, esto ipse conditioni non pareat, pater tamen propterea non redditur intestatus, cum præter sit cohæres, aut substitutus. Habentur hæc in l. 4. & 5. ff. b. r. l. ult. ff. de condit. instit. l. 16. ff. de liberis & posthumis & c.

Dico VI. si hæres scriptus est sub conditione impossibili perplexitatis, v. g. ita: si Titius hæres erit, Sejus hæres esto: si Sejus hæres erit, Titius hæres esto. inutilis institutio est. l. 16. ff. de condit. instit. Ratio est, quia, licet duæ illæ conditiones, seorsim sumptæ, possibiles sint; simul tamen acceptæ reddunt eventum impossibilem, seque ipsas mutuò excludunt, nam, si Titius in proposito volet adire hæreditatem, Sejus dicet, tu non potes adire, nisi ego prius adiero: idemque Sejo volente adire, replicabit Titius; & sic ejusmodi institutio evadit sui ipsius destructiva. Ego tamen (scribit Hannold d. c. 6. n. 366) si tale testamentum mihi dijudicandum offerretur, dicarem,



institutionem valere, & fictam esse sub conditione possibili, spectando non verba, sed mentem testatoris, qui utique non debet credi, voluisse ineptire. Et paulò post: dicerem ergo, quòd testator voluerit ambos, nempe Titium & Sejum, cohæredes esse, ita tamen, ut, si alteruter simpliciter nollit esse cohæres, neuter hæres esset, & ita uniuscujusque consensus conditionatus posset fieri absolutus per consensum alterius, adeòque simul compleretur utriusque voluntas, & neuter ante alterum hæres fieret; in quo nulla foret perplexitas, aut impossibilitas.

Dico VII. si hæres scriptus est sub conditione, de se quidem possibili, sed quæ ratione circumstantiæ additæ impossibilis est (quam aliqui vocant impossibilem de facto, alii difficilem) talis conditio neque vitiat institutionem, neque ipsa vitiat, sed implenda est, & tunc demum, si non impleatur, institutio deficit. *arg. l. 4. §. 1. ff. de statu liberis. l. 6. ff. de condit. instir. l. 58. ff. de condit. & demonstrat. Hahn ad Wesenb. ubi supra pag. m. 391. Struv. ibid. th. 49. in f. Eckelt cod. §. 10. in f.*

Dico VIII. si hæres scriptus est sub conditione impossibili, sed quam testator possibilem credidit, institutionem vitari. *arg. l. 58. ff. de condit. instir. & ibi Brunne mann. Hahn d. loc. Gail. 2. obs. 4. n. 15.*

### §. IX.

18 **C**ontraria institutionis sunt 1. error in personâ hæredis, quo institutio inumbratur. *l. 9. princ. ff. h. r.* 2. Injustus & gravis metus, videatur *Hannold. d. tr. 6. c. 3. contr. 3.* 3. Dolus, quo testator inductus, ut hæredem scribat, quem aliàs non scripsisset. *Hannold. d. loc.* 4. Importunæ, immoderatæ, violentæ, incessabiles preces, instigationes, sollicitationes, inductiones &c. hæ enim habent rationem metûs. *Berlich. p. 3. concl. pract. 7. n. 29. & seqq.* ubi inter alia adducit exemplum, quo uxor dicit marito, nisi ipsam instituat, futurum esse, ut mœrore illa exstinguatur, dies ejus decurrerentur, maritalis amor exstinguatur, concordia decrescat &c. Planè ad alterius nudam ac simplicem interrogationem & instantiam: item ad alterius blandam inductionem & modestam persuasionem facta institutio subsistit. *Corp. p. 3. l. f. const. §. def. 4. & seqq.* quod tamen meritò limitandum in casu, quo testator corpore infirmus est, & non liberæ voluntatis, eò quòd timeat, ne deseratur ab eo, sub cujus curâ est, aut custodiâ. Tunc enim deficit voluntas testatoris, censeturque institutio, ad interrogationem alterius, non sponte, sed ex motu facta. *Menech. lib. 4. præsumpt. 8. n. 29. Manz. d. tr. de test. val. tit. 3. q. 5. n. 13. Mantie. de conject. ult. vol. lib. 2. t. 6. n. 9. Peckius de testam. conjug. lib. 1. cap. 19. in pr.* prout Facultas nostra juridica, in simili casu requisita, me referente, anno 1709. die 11. Jan. respondit. 5. Captatio alienæ institutionis, cum quis nempe alium hæredem scribit, pellaci intentione

provocando ipsi ab mutua institutionem. l. 70. ff. b. t. v. g. hoc modo :  
*ex qua parte Cajus me heredem scribet, ex eadem mihi hæres esto.* Diversum  
 obtinet, si conditio mutue institutionis facta esset in præteritum, v. g. ita :  
*ex qua parte Cajus me heredem scripsit, ex eadem mihi hæres esto.* Hæc enim  
 non tam captatoria institutio est, quàm potius remuneratoria, & ideo de jure  
 valida. l. 71. prin. ff. d. t. quin nec illa institutio rectè captatoria dicitur,  
 quâ duo v. g. conjuges se invicem instituunt, mutue affectionis causâ. d. l. 70.

## TITULUS XV. DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

### SUMMARIA.

1. Etymon substitutionis. 2. ejus definitio. 3. Divisio. 4. Quo jure, &  
 quis possit vulgariter substituere? 5. Ita substitui potest omni instituto. 6.  
 Ex ita substitui possunt omnes, qui institui. 7. In disparibus partibus insti-  
 tuti, & sibi substituti, censentur in disparibus partibus substituti. 8. Ca-  
 sus voluntatis non trahitur ad casum impotentia. 9. 10. 11. 12. 13. 14.  
 & 15. proponitur, & explicatur formula Galli Aquilii, juxta quam nepo-  
 tes posthumi instituendi sunt. 16. Perhibentur duo capita legis Velleja. 17.  
 Adducitur sententia JC. Juliani. 18. Opinio, qua sustinet, casum impo-  
 tentia non contineri sub casu voluntatis, ulterius probatur. 19. Enervan-  
 tur argumenta adversariorum. 20. Vulgariter substituens excludit  
 patrem filisfamilias, hereditatem sibi delatam repudiantis. 21. 22.  
 23. 24. 25. & 26. exponitur effectus vulgari substitutionis. 27. Ejusdem  
 contraria adornantur. 28. Hereditas, non adita, regulariter non trans-  
 mittitur. 29. Exceptio est in jure suicitatis. 30. In jure sanguinis.  
 31. Et in jure deliberandi. 32. Sensus formula substitutionis vulga-  
 ris est positivus, non negativus. 33. Hæres suos legitimam, sibi  
 debitam, sine omni aditione transmittit ad hæredes. 34. Proponi-  
 tur & declaratur stans controversa, an transmissarius sit potior vul-  
 gariter substituente? & deciditur in favorem transmissarii. 35. Qua sen-  
 tentia variè formatur. 36. Evertuntur fundamenta contraria. 37. Mo-  
 nachus hereditatem non aditam transmittit ad Monasterium, successione ca-  
 pax, excluso vulgariter substituente. 38. Substituentis admittitur, si minor,  
 primo gradu scriptus hæres, hereditatem adit, & contra aditionem impe-  
 travit restitutionem. 39. Diluuntur opposita. 40. An institute indigno,  
 Fiscus excludat substituentem? sub distinctione resolvitur.

## §. I.

- 1 **S**ubstitutio, quam *precedente titulo* huc rejecimus, sic dicta est, quasi sub institutio, hoc est, subitus seu inimicè cerâ facta institutio.

## §. II.

- 2 **D**efinitur à Paulo in *l. 43. §. 2. ff. h. r.* quòd sit secundi hæredis institutio. Ubi per nomen secundi hæredis venit omnis ille, qui primo hæredi substitutus est, licet id tertio, quarto, vel ulteriore loco factum sit.

## §. III.

- 3 **D**ividitur in vulgarem & pupillarem. Vulgaris substitutio est, quâ testator sibi providet de hærede secundo in casum illum, quo primus hæres non erit hæres.

## §. IV.

- 4 **C**ausa efficiens hujus substitutionis duplex est, proxima & remota. Remota est Jus Civile. Confer, quæ *supra tit. 10.* circa causam efficientem remotam testamenti diximus. Proxima est substituens. Potest autem vulgariter substituere omnis ille, qui in specie instituere.

## §. V.

- 5 **S**ubjectum substitutionis vulgaris est is, cui substituitur. Potest autem vulgariter substitui hæredi omni instituto & substituto: puberi & impuberi, suo & extraneo, libero & servo, tam proprio, quàm alieno. §. *ali. l. h. r.*

## §. VI.

- 6 **O**bjectum constituunt ii, qui substituantur. Possunt autem substitui omnes, qui institui. Et quidem possunt substitui 1. Unus uni. v. g. *Cajus hæres esto, si Cajus hæres non erit, Mævius hæres esto.* 2. Unus pluribus. v. g. *Cajus, Titius, Sempronius hæreses sunt. Si hæreses non erunt, Mævius hæres esto.* Quo tamen casu Mævius non antè admittitur, quàm illi tres hæreses scripti omnes defecerint. *arg. l. 25. ff. h. r. & l. 4. Cod. de impub. & aliis substit.* 3. Plures uni. v. g. *Cajus hæres esto, si hæres non erit, Titius Sempronius, Mævius hæreses sunt.* 4. Plures pluribus. v. g. *Cajus & Titius hæreses sunt, si hæreses non erunt, Sempronius & Mævius hæreses sunt.* Quo casu rursus substituti non antè admittuntur, quàm instituti omnes defecerint. *arg. d. l. 25. & l. 4.* 5. Singuli singulis. v. g. *Cajus & Titius hæreses sunt, si Cajus hæres non erit, Sempronius hæres esto, si Titius hæres non erit, Mævius hæres esto.* 6. Ipsi quoque cohæreses sibi invicem rectè substituantur, v. g. *Cajus & Titius hæreses sunt, si Cajus hæres non erit, Titius hæres esto, si Ti-*

*tius hæres non erit, Cajus hæres esto : vel brevius : Cajus & Titius hæredes sunt, eosque invicem substituo. §. 1. h. t. ubi*

Quæritur si cohæredes, sibi invicem substituti, in disparibus partibus 7 instituti sint, & unus ex illis deficiat. quomodò portio deficientis accrescat reliquis? *n.* Interesse, expresseritne testator, quas partes in substitutione servari velit, an non. Si prius, statur voluntati testatoris. Si posterius, tunc vel usus est testator in substitutione nominibus hæredum appellativis, fortè, quòd dixerit: *Cajus ex unica hæres esto, Titius ex besse, Sempronius ex quadrante, eosque invicem substituo, vel, si Sempronius hæres non erit, quisquis erit, ex parte quoque Sempronii esto : vel, ceteri, quos primo loco scripsi, sunt &c.* Vel usus est nominibus propriis v. g. hoc modo: *si Sempronius hæres non erit, Cajus & Titius ex parte quoque Sempronii hæredes sunt.* Priore casu portio deficientis accrescit juxta proportionem partis ad partem, in quâ quisque institutus est, consequenter si in dato casu quadrans Sempronii deficiat, dividendus est in 9. partes, ex quibus unam fert Cajus, reliquas octo Titius. *l. 24. ff. h. t.* Ratio est, quia testator eas intelligitur partes dedisse in substitutione, quas in institutione: nec magis in unâ, quàm, in alterâ institutos dilexisse. §. 2. *l. h. t.* Posteriore casu censetur testator in substitutione dedisse partes non hæreditarias, sed viriles seu æquales. *arg. l. 24. ff. ad SC. Trebell. l. 124. ff. de Legat. 1. & l. 37. ff. de stipulat. serv. idem dicendum, si testator æquale opus substitutis imposuit, per l. 23. ff. ad SC. Trebell. Vinm. ad d. §. 2. l. h. t. Mysf. ibid. n. 5.* ubi explicat nomina propria & appellativa, dicens, propria esse, quæ rem non communem omnibus, sed uni in individuo propriam significant; cujus quatuor traduntur genera, nomen, prænomen, cognomen, & agnomen. Appellativa verò esse, quæ rem multis communem significant, ut hæredes, fratres, nepotes, homo, equus.

## §. VII.

**F**orma substitutionis vulgaris consistit in formulâ, quæ talis, si institutus 8 hæres non erit. Circa quam

Noto 1. esse generalem & comprehendere duos casus, unum voluntatis, alterum impotentæ: sive enim institutus nolit esse hæres, cum posset, sive, cum vellet, non possit esse hæres, semper verum est dicere, eum non esse hæredem. ubi tamen

Controvertitur, an unus casus nominatim expressus includat etiam alterum non expressum. v. g. testator ita scripsit: *Cajus hæres esto, si Cajus nolit esse hæres, Titius hæres esto:* fac jam Cajum velle hæredem esse, sed non posse, an Titius admittatur? *n.* Negative, sed vocari hæredes ab intestato.

Probatur 1. ex *l. 21. ff. h. t.* ubi substitutus in casum, quo hæres intra annum decimum decesserit, negatur succedere, si hæres filius decesserit post

decimum, licet ante decimum quartum. Unde sic arguo: licet formula substitutionis pupillaris sit generalis, & annus tam undecimus, quam decimus sub impubertate comprehendatur, si tamen testator unum tempus expressit, substitutio non porrigitur ad tempus omissum, *d. l. 21.* ergo etiam, licet formula substitutionis vulgaris sit generalis, & casus tum voluntatis, tum impotentiae sub eadem comprehendatur, si tamen testator unum casum expressit, substitutio non porrigitur ad casum omissum. Atque hoc argumento non immeritè motus est *Fach. 4. contr. 6. 61.* Ad quod non videtur sufficiens responsio, si dicatur, in specie *citata l. 21.* constituisse de expressâ voluntate testatoris, quod ultra annum decimum filio substituere noluerit, cum aliâ simpliciter, & sine restrictione ad certum annorum numerum substituisset. Nam urget adhuc paritas, quod eodem modo de expressâ voluntate testatoris constet, noluisse in casum impotentiae substituere, cum aliâ simpliciter, si institutus non erit hæres, & sine restrictione ad casum voluntatis substituisset.

Prob. 2. ex *l. 10. ff. de liberis & posthum.* ubi Pomponius ait, posthumum institutum sub conditione, si vivo testatore natus fuerit, non intelligi institutum in casum alterum, quo nimirum mortuo testatore natus fuerit, sed sumpere testamentum: ergo casus, à testatore expressus, non trahitur ad omissum. Respondet adversarius quidam neotericus, in *d. l. 10.* constare de voluntate testatoris restrictâ ad unum casum, cum ex alio jure instituitur posthumus, qui nascitur post mortem testatoris, & ex alio ille, qui vivo testatore nascitur; ille quidem ex jure novo, seu constitutione legis Vellejæ, iste verò ex jure veteri, & formulâ Galli Aquilii. Sed firma non est hæc disparitatis ratio, cum J. C. Pomponius in eo se fundet, quod posthumus non sit natus, ut testator scripsit, à cujus verbis non debet facile recedi. Unde memoratus J. C. hanc cautelam dat testatori, volenti cavere periculum ruptionis testamenti sui, ut in utrumque casum & tempus posthumum hæredem scribat, puta, hoc modo: *si quis me vivo, aut mortuo, posthumus mihi natus fuerit, hæres esto.* Vel saltem, ut instituat simpliciter, neutrius temporis factâ mentione, puta, hoc modo: *si quis mihi posthumus natus fuerit, hæres esto.* Deinde falsum est, quod formula Galli Aquilii pertineat ad institutionem posthumi, qui vivo testatore nascitur. *l. 29. §. 5. ff. de lib. & posth.* quem errorem ut amplius profigem:

9 Adverto I. formulam Galli Aquilii proponi in *d. l. 29. prin. ff. de lib. & posthum.* & constare his verbis: *si filius meus vivo me morietur, tunc, si quis mihi ex eo nepos, sive qua noptis post mortem meam in decem mensibus proximo, 10 quibus filius meus moreretur, natus, natave eris, hæres esto.* Dicitur in hac formulâ 1. *si filius meus vivo me morietur.* Quibus verbis tamen non continetur institutio filii, prout satis colligitur ex *d. l. 29. §. 10.* & adhuc clariùs

clarius ex l. 16. §. 2. in f. ff. h. t. ubi, si pater secundum testamentum ita fuerit : *si vivo se filius decedat*, superius, seu quod prius factum est, dicitur non rumpi, quia secundum non valet, in quo filius præteritus est. Qui sanè locus adèd apertus est, ut sinè manifestâ calumniâ nequeat eludi. Et hoc est, quod vulgò dici solet, liberi in conditione positi, non sunt positi in dispositione. *Frantz. in d. l. 29. disp. 2. membro 2. sect. 4. Fach. 4. contr. 6. 76. Bach. in Treutl. vol. 2. disp. 11. th. 1. lit. G. Wissenbach ff. de lib. & posthum. th. 4. Struv. ibid. th. 31.* Quare, si quis velit ex formulâ aquilianâ nepotem posthumum hæredem scribere, debet institutionem sic concipere : *filius meus hæres esto. Si filius me vivo decesserit, tunc, qui ex eo mihi nepos post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus viveretur, natus erit, hæres esto.* Subiectum itaque formulæ aquilianæ sunt nepotes posthumi, quorum nempe pater tempore testamenti conditi adhuc superstes est, & in potestate testatoris, sed ante testatorem mortuus, ipsi autem nepotes demum NB. post mortem avi nati sunt. Latè *Frantz. d. membr. 2. sect. 1.*

Dicitur in prædictâ formulâ 2. *tunc si quis mihi ex eo nepos &c.* quod in nepote dictum est, procedit etiã de nepte, ut constat ex formulâ Aquilianâ : itemque in pronepote; nam & hic potest institui in eum casum, quo filius futurus est, puta, hoc modo : *si filius & nepos me vivo decesserint, tunc, si quis mihi pronepos post mortem meam nasceretur, hæres esto.* Vel, si filius jam mortuus sit, nepos autem adhuc superstes, institutio pronepotis potest ita fieri : *Cajum nepotem meum hæredem instituo, & si is me vivo decesserit, pronepos, post mortem meam natus, hæres esto.* Vel, si nepos jam defunctus, filius autem adhuc superstes, pronepos ita poterit institui : *Cajum filium meum hæredem instituo, & si is me vivo decesserit, tunc, si quis mihi pronepos ex nepote jam mortuo post mortem meam natus fuerit, hæres esto. d. l. 29. §. 2. & 2. seqq. ff. de liberis & posthum.*

Quid autem, si testator ita scripserit : *filius meus hæres esto : si filius, & nepos me vivo decesserint, tunc si quis mihi ex eo pronepos nasceretur, hæres esto.* Nepotem hoc casu non esse institutum, sed præteritum, quia, quod est in conditione, non est in dispositione. Et ideo, ut valeat institutio pronepotis, necesse est, ut nepos præmoriatur filio; nam si prius decesserit filius, nepos, utpotè præteritus, rumpet testamentum avi, quo facta institutio pronepotis valere nequit, cum rupto testamento omnia corrumpant, quæ inibi continentur. *d. l. 29. §. 4. ff. d. t. & ibi Franc. Duarenus fol. 355. col. 2. Manz. de testam. valido & invalido. tit. 11. q. 11. n. 28. fol. m. 367. col. 2. confer Nos ad t. 13. b. lib. p. 2. n. 5.*

Dicitur in præfatâ formulâ Aquilianâ 3. *post mortem meam &c.* ideò 3. autem Gallus Aquilius solum voluit providere in huic casum, & non etiã

in illum, si nepos vivo adhuc avo nasceretur, quia nepote sic nato, avus habet facultatem mutandi testamentum, quod si omittit, sibi debet imputari. *Manz ubi supra n. 29. Franzk. d. memb. 2. sect. 1. n. 9. & seq. Petz. ad tit. Cod. de posthumis hered. instit. n. 6.*

14 Dicitur 4. *heredes sunt*. ubi queri solet, an nepos in proposito potius dicendus sit substitutus esse, an verò institutus? de qua questione vid. *Franzk. d. memb. 2. sect. 5. Zoëf. ff. de liberis & posth. n. 47.*

15 Illud prædictis adhuc addendum est. 1. institutionem nepotis Aquilianæ rectè etiam fieri, quamvis testator de morte filii nihil expresserit. *d. l. 29. §. 1.* ut si ita scripsit: *si quis mihi ex filio meo nepos post mortem meam nascetur, heres esto.* Siquidem hoc ipso testator supponit mortem filii ante mortem suam; scit enim, vel saltem debet scire, si filius supervivat, nepotem non sibi, sed filio seu patri suo suum futurum: ergo dum sibi instituit nepotem nasciturum, tacitè intelligitur cogitasse casum filii prædefuncti, & sub eo nepotem vocasse. *Franzk. d. disp. 2. memb. 3. sect. 3.* 2. Possè nepotem posthumum non tantùm institui in casum mortis naturalis filii, sed etiam in casum mortis filii civilis seu adoptivi; imò in omnem casum, quo filius vivo avo suus esse desinet, puta, hoc modo: *filius meus heres esto. Si filius me vivo mortuus, vel deportatus, vel emancipatus fuerit, tunc, si quis mihi nepos ex eo post mortem meam nascetur, heres esto. d. l. 29. §. 5.* ratio est, quia casui deportationis, emancipationis &c. subest eadem ratio, quæ subest casui mortis naturalis, cum his omnibus casibus filius desinat esse suus, & consequenter nepos, qui postea nascitur, suus avo nascatur. *Duarenus ubi supra fol. 356. col. 1. Manz. d. t. II. q. 13. n. 35. fol. m. 368. col. 1.*

3. Institutionem nepotis, factam in casum mortis filii, non trahi ad casum deportationis, emancipationis, vel alium similem. Pone igitur, testatorem sic scripsisse: *si filius meus, me vivo, moriatur, nepos ex eo, post mortem meam natus, heres esto.* Queritur, si filius non quidem moriatur vivo avo, sed deportetur, vel emancipetur, an nepos etiam in hos casus intelligatur institutus esse, an verò censeatur præteritus? R. Censeri præteritum, adeoque pro istis casibus testamentum rumpere. Ratio est, quia standum est voluntati testatoris, quando ea manifesta est, prout est in proposito. *Cujacius in Comment. ad. d. l. 29. ad verba: & quid si tantùm. in f. Duarenus ubi supra fol. 356. col. 2. Manz. d. t. II. q. 14. n. 37.* Et hæc sufficiant de institutione posthumi Aquilianæ. Sequitur institutio posthumi ex lege Vellejæ, ubi

16 Adverto II. Legis Vellejæ duo capita esse, quorum primum spectat eos posthumos, qui post testamentum conditum nascuntur sui testatori adhuc vivo. Pone: *Cajus fecit testamentum, & in illo instituit heredem Mævium filium suum.* Postea Mævius moritur, & ex illo jam mortuo nascitur nepos, vivo adhuc testatore. Hic nepos, quia suus nascitur avo, rectè instituitur heres

hæres ex primo capite legis Vellejæ, aut, si hoc neglectum sit, testamentum avitalis posthumi navitate rumpitur. Secundum caput legis Vellejæ spectat nepotes, qui jam tempore testamenti avi nati sunt, sui autem non iunt, sed postea demum succedendo in locum patris mortui, vel emancipati, sui efficiuntur avo adhuc superstiti. Pone: Cajus tempore, quo facit testamentum, habet filium & nepotem. Filium instituit hæredem, sed hic moritur, avo adhuc vivo; quo factò nepos ingreditur in locum patris sui mortui, atque ita suus hæres efficitur avo. Hic ergo nepos potest institui hæres àb avo, ex secundo capite legis Vellejæ: quod nisi factum sit, testamentum avi videm rumpitur agnatione talis posthumi. *d. l. 29. §. 11. & seq. ff. de liberis & posthumis &c.*

Adverto III. Ex sententiâ Juliani J.Cti rectè institui nepotem, qui post<sup>17</sup> testamentum avi natus, succedendo in locum patris postea mortui, suus hæres agnascitur avo adhuc superstiti. Pone: Cajus facit testamentum, & in illo instituit hæredem Mævium filium suum. Vivo Cajo & Mævio nascitur ex hoc nepos. Postea filius Mævius moritur: quo factò nepos ille subintrat in locum patris sui mortui, atque ita suus hæres avo agnascitur, hic ergo nepos potest hæres institui àb avo, ex sententiâ Juliani. Quod si neglectum sit, testamentum avi agnatione talis posthumi itidem rumpitur. *d. l. 29. §. 15.* Atque ex his adversis facilè potest intelligi discrimen inter posthumos Aquilianos, Velleianos, & Julianos. Ego, profligatâ nunc erroneâ responsione ad *l. 10. ff. d. r.* transeo ad ulteriorem probationem meæ sententiæ, quam

Probo 3. ex *l. 101. pr. ff. de condit. & demonstrat.* ubi Papinianus ta<sup>18</sup> lem proponit facti speciem: Pater severianam Proculam Ælio Philippo cognato suo nuptiis testamento destinavit, & si nupsisset, prædium filia fideicommissò reliquisset, sin minus, prædium Philippo dari voluit. Filia nondum nubilis decessit. Quæsitum est, debeaturnè Philippo prædium ex causâ fideicommissi? respondet J.Ctus, non deberi. Ergo casus expressus voluntatis non trahitur ad omissum casum impotentia.

Probo 4. Ex hætenus deductis casus voluntatis non habet ex certâ dispositione legis, ut comprehendet casum impotentia; multò minus ex suâ naturâ: ergo sententiæ nostræ potiori jure subseribunt *Fach. d. c. 61. Sutholtz dissert. 8. Mancica de Conject. ult. vol. lib. 5. tit. 1. n. 3. Harp. ad §. 1. J. h. t. n. 7. & seqq. Magnif. D. P. Collega Schmier tr. de Success. heredit. p. 1. c. 1. sect. 5. §. 3. n. 338. Ludw. v. de Ull. Vol. p. 2. c. 2. pe 264.*

Dissentiunt *Mol. de F. & F. tr. 2. diss. 183. n. 2. Haunola. de F. & F. tr. 19. 7. cap. 1. contr. 3. n. 15.* ubi suam dicit communissimam. *Gomez tom. 1. var. resolut. cap. 3. n. 10. Zoif h. s. n. 7. Goveanus apud eundem. Struv. exercis. ad Pand. 33. ibo 13. & ad eum Miller lit. A. ac novissimè Clarif. D. Collega, Do-*



Et *Ayblinger*, *exercitatione mensura de Vulgari substitutione cap. 1.* Argumenta, quibus horum opinio instructa est, sunt sequentia.

Primum, & fortè præcipuum, trahunt ex *l. 4. pr. ff. h. t.* ubi substitutio, filio à patre in casum pupillarem facta, intelligitur quoque facta in casum vulgarem, *si hæres non erit & vicissim*: ergo etiam si quis sit institutus in casum, quo hæres esse noluerit, censetur quoque institutus in casum, quo non potuerit, quia testator utroque casu censetur voluisse habere hæredem ex testamento, & non decedere intestatus. *xx.* Neg. conseq. casus prior ex dispositione legis, seu constitutione Divi Marci specialiter fuit exemptus, proindeque non est extendendus ad posteriorem. Deinde, dato, in utroque casu eandem militare rationem, hic tamen non ad rationis paritatem aut identitatem respici debet, sed an casus omissus sub expressio continetur; quod impresentiarum non fieri, ex textibus, pro nostrâ sententiâ allegatis, satis aperte colligitur. Adhæc qui substitutum ita diligit, ut eundem mediante pupillari substitutione ad sua, & filii bona vocet, multò magis mediante tacitâ vulgari censetur vocare ad sua tantum. Et qui vi substitutionis vulgaris expressè substitutum vocat in casum, quo filius impubes non est hæres àb initio, videtur etiam vi tacitæ substitutionis pupillaris vocasse in casum, quo filius quidem ipso jure est hæres, sed in impubertate decedit, quia neutro casu testatoris aliquid interesse creditur. Econtra testator in casu expresso voluntatis potuit rationabiliter voluisse, ut substitutus successione suam etiam voluntati hæredis instituti referret in acceptis, aut in casu expresso impotentiae soli hæredes àb intestato hæreditatem caperent, si hæres institutus possit, sed non velit esse hæres.

Argumentum secundum eruunt ex *l. 29. §. 5. in f. ff. de liberis & posth. hered. instit.* ubi Scævola ait, ex mente legis Vellejæ omnes casus, ad similitudinem mortis, esse admittendos, adeoque & casum deportationis, & emancipationis. Ergo etiam admittendus erit casus impotentiae, licet expressus fuerit casus voluntatis. *xx.* Neg. conseq. nam in specie oppositæ legis idem effectus obtinetur tam per mortem filii civilem, quam per naturalem, cum per utramque nepos subintret in locum hæredis sui, adeoque præteritus testamentum agnatione rumpat; quare ex legis sententiâ idem juris in utroque casu merito est constitutum.

Argumentum tertium desumunt ex *l. 3. Cod. de instit. & substit.* ubi dicitur, quòd, si filii à matre fuerint hæredes instituti sub eâ conditione, *si fuerint à patre emancipati*, isthæc materna institutio etiam locum habeat in casu, quo pater mortuus, aut deportatus fuerit. Ergo etiam in præsentiquæstione casus expressus trahi debet ad omissum. *xx.* Neg. conseq. nam in antecedente idem planè effectus sequitur ex morte aut deportatione patris, qui

an ejusdem emancipatione, liberatio videlicet à nexu potestatis patris, quam mater testatrix respexit, nolens, ut ad patrem filiorum aliquid perveniret. Econtra in consequente testator voluit substitutum habere solummodo in casu expressum; quam faciliè enim, & brevius aliàs potuisset scribere: *si institutus non erit hæres, Marius hæres esto.*

Argumentum quartum ducunt ex *l. ult. Cod. d. r.* ubi institutio facta in casum, *quo posthumus natus non fuerit*, protrahitur ad casum, *quo natus fuerit, & impubes decesserit*, matre in medio non existente. Ergo etiam &c. *¶* Rursus neg. conseq. extensio enim in antecedente facta fundatur in *l. 4. ff. b. r.* extensioni consequentis verò textus nullus patrocinator.

Argumentum quintum promunt ex *l. ult. Cod. de posth. hered. instit.* ubi posthumus quidam ita institutus est: *quisquis me mortuo natus erit intra decem menses &c.* & dicitur, non excludi eum, qui vivò testatore nascitur. ergo &c. *¶* Neg. conseq. testator enim in casu *d. l. ult.* tantum voluit excludere eum, qui potest decem menses natus erit, ut quem pro illegitimo, & non ex se genitum agnovit. Vid. *Brummemann ad d. l. ult. n. 2.*

Noto 2. prædictam formulam, *si hæres non erit*, fortiri diversum sensum pro diversitate hæredum institutorum: nam in hærede extraneo sui juris significat: *si vel ipse non adierit hereditatem, vel mutato forsè statu non acquiserit hereditatem alteri.* §. *f. l. h. r. l. 40. ff. de heredibus instituendis.* in extraneo hærede alieni juris significat: *si non acquiserit hereditatem ei, in cuius potestate est, vel mutato statu eam non acquiserit sibi.* *d. §. f.* In suo hærede hunc habet sensum: *si se non immiscuerit*, hoc est, si abstinerit hæreditate paternâ. Esto igitur filius patri superites sit, ac ipso jure hæres existat, si tamen abstineat, admittitur substitutus. In hærede necessario tantum tollit adeundi necessitatem, modò substitutus velit adire. *arg. l. 12. ff. de condit. instit.*

Controversia hæc vulgaris est, an vulgariter substitutus excludat patrem filiusfamiliâs, hæreditatem sibi delatam repudiantis? Negat *Hausold. d. tom. 2. tr. 7. c. l. contr. 3. n. 31.* cum plurimis citatis àb *Harp. ad §. 1. l. b. r. n. 16.* Affirmat *Facb. 4. contr. c. 63. Harp. d. l. n. 17.* & plures apud eum, cum quibus prob. 2. existente conditione, sub qua vocatur substitutus, admittitur substitutus, sed si filiusfamiliâs institutus repudiat hæreditatem, existit conditio, sub quâ vocatur substitutus, ergo si filiusfamiliâs institutus repudiat hæreditatem. Admittitur substitutus. Minor prob. conditio, sub quâ vocatur substitutus, est hæc: *Si institutus neque ipse hæres erit, neque alium heredem fecerit.* Sed, si filiusfamiliâs institutus repudiat hæreditatem, neque ipse hæres est, neque alium heredem facit, quia repudiando non facimus heredem; ergo, si filiusfamiliâs institutus repudiat hæreditatem, existit conditio, sub quâ vocatur substitutus. Prob. 2. substitutus vocatur expressâ

voluntate testatoris, pater verò nudâ provisione legis *ult. in princ. Cod. de bonis qua liberis*. At qui vocatur expressâ voluntate testatoris, potior est illo, qui vocatur nudâ provisione legis, quia provisio hominis tollit provisionem legis. *arg. d. l. 43. §. 1. in f. ff. h. t. l. 19. pr. ff. de condit. & demonstrat. l. ult. Cod. de pactis conventis*. ergo substitutus admittitur præ patre.

Objic. 1. repudiante filio pater jus habet adeundi hæreditatem. *d. l. ult. pr. Cod. de bonis, qua lib.* ergo prævalet substituto. **ꝛ.** Dist. antec. si testator nihil expresserit, concedo, si expressè aliud voluerit, nego.

Instas: testator vult, ut non nisi deficiente instituto admittatur substitutus. Atqui filio repudiante nondum deficit institutus, quia pater admittitur tanquam ipse institutus. *d. l. ult. §. 2.* quæ verba apud *Hæmoldum* magnum pondus habeat; ergò adhuc; & quidem ex voluntate testatoris pater prævalet et substituto. **ꝛ.** Dist. minorem: si non adsit substitutus, esto, si adsit, nego. Hoc enim dato sufficienter apparet, quòd testator magis dilexerit substitutum, quàm patrem.

Objic. 2. pater & filius habentur pro unâ, eademque personâ. *l. ult. Cod. de impub. & aliis substis*. ergò si pater hæreditatem adeat, perindè est, ac si ipse filius adiiisset. **ꝛ.** 1. Invertendo argumentum: pater & filius habentur pro unâ eademque personâ: ergò si filius hæreditatem repudiat, perit & est, ac si pater eandem repudiasset. **ꝛ.** 2. Dist. antec. in casibus jure expressis, concedo, secus, nego.

## §. VIII.

21 **E**ffectus vulgaris substitutionis occurrunt plures. 1. quòd instituto non existente hærede substitutus admittatur ad hæreditatem, & tantùm capiat ex substitutione, quantum hæres primus fuisset habiturus ex institutione. 2. Quòd expressa vulgaris contineat tacitam pupillarem. *l. 4. princ. & §. 2. ff. h. t.* 3. Quòd ex hærede suo & necessario faciat voluntarium, salvo tamen manente jure suætatit. *d. l. 12. ff. de cond. inst.* 4. Quòd substitutus substituto etiã intelligatur substitutus instituto. *§. 3. l. h. t. l. 27. ff. cod.* ut ecce! testator scripsit hoc modo: *Cajus & Mævius hæredes sunt. Cajus si hæres non erit, Mævius hæres esto, si Mævius hæres non erit, Sempronius hæres esto.* Hoc casu deficientibus Cajo & Mævio Sempronius vi substitutionis vulgaris admittitur ad utriusque partem, & consequenter ad totam hæreditatem, siue deinde secunda substitutio facta sit ante primam, siue post primam: & siue Mævius in dato casu decesserit post Cajum, siue ante illum. *l. 4. l. princ. ff. h. t.*

22 Dixi 1. deficientibus Cajo & Mævio. Quòd si solus Mævius deficiat, certum est, partem Mævii non accrescere Cajo coheredi, sed jure substitutionis vulgaris pertinere ad Sempronium, cum verba illa: *si Mævius hæres non erit*:

erit : generalia sint, & utrumque casum complectantur, siue Mævius hæres non erit ex institutione, siue hæres non erit ex substitutione.

Dixi 2. *Sempronius vi substitutionis vulgaris. d. l. 27. ff. b. s. ibi : in 23 f. substitutum esse.* ratio est, quia Sempronius succedit Mævio in omnibus juribus Mævio competentibus, consequenter etiam in jure substitutionis, quod Mævio competebat. Errant igitur, quicumque existimant, Sempronium succedere vi juris accrescendi; si enim hoc, tunc in casu, quo Cajus ante Mævium defecit: sed & hoc casu Sempronius nequit succedere vi juris accrescendi, tum quia portio deficientis Caii non potuit accrescere Mævio; ut qui hæres nunquam existit, *arg. l. un. §. 10. Cod. de Caducis toll. §. l. 33. in f. ff. de usufr. vel, si existit hæres, expiravit vulgaris substitutio. l. 5. Cod. de impub. & aliis substit.* tum quia, si Sempronius opus habet jure accrescendi, frustra Mævius substitutus est Cajo: omnia enim hac substitutionis pars Caii nihilominus accresceret Sempronio. Ergo substitutio Mævii operabitur, ut Sempronius Mævio substitutus, etiam Cajo, cui Mævius substitutus est, tacite substitutus intelligi debeat.

Sed quid interest, jure substitutionis, an accrescendi, portio Caii obveniat Sempronio? *¶.* In proposito casu parum referre. Fac autem, præter Cajam & Mævium, Titium quoque hæredem fuisse institutum; in hoc casu proderit Sempronio, jure substitutionis vulgaris portionem Caii sibi deferri, ut possit excludere Titium, vi juris accrescendi non excludendum. *Finn. ad. d. §. 3. l. h. s. n. 1. confer omnino Harp. ad d. §. 3. in f.*

Dixi 3. *admittitur ad utriusque partem, & consequenter ad totam hæreditatem. d. l. 27. junctâ, l. 41. pr. ff. b. s.* etsi enim Sempronius Cajo expressè non sit substitutus, censetur tamen tacite, hoc ipso, quod Mævio substituto non tantum in portione Mævii substitutus fuerit. Esto ergo Mævius moriatur ante aditam hæreditatem, vel antequàm decederet Cajus, cui substitutus erat, si tamen Cajus post mortem Mævii repudiet hæreditatem, Sempronius Mævio substitutus non tantum succedit in ejus portione, sed etiam in totâ hæreditate: nam, licet portio Caii nunquam delata sit Mævio, proindeque non videatur, qua viâ ad substitutum Sempronium venire possit, ut qui plus juris habere nequit, quàm Mævius, cui substitutus est; sufficit tamen intentio testatoris, qui sub conditione non existentis Caii, totam hæreditatem transferre voluit in Mævium, & consequenter in Sempronium. Confer *Brunnewann ad cit. II.*

Dixi 4. *siue deinde secunda substitutio facta sit ante primam, siue post 25 primam.* ut ecce! testator sic scripsit? Cajus & Mævius hæres sunt. Si Mævius hæres non erit, Sempronius hæres esto. Si Cajus hæres non erit, Mævius hæres esto. Hoc casu Sempronius, substitutus substituto Mævio, videtur æquè substitutus instituto Cajo. *d. l. 41. pr. ratio est, quia scripturæ*

ordo, & in versa formula in conjunctis non attenditur: conjunctio enim est index voluntatis, cujus ordinem ordo scripturæ immutare non potest. l. 77.

§. 12. ff. de legat. 2. Tabor in verb. ordo. cap. 30. in f.

- 26 Dixi §. & si ve Mavius in dato casu decefferit post Cajum, siue ante illum. Textus & ratio habetur supra in dixi 3. sed hic Obijcitur l. 47. ff. h. t. ubi Scævola ponit casum, quo pater, habens filium & filiam impuberes, illum instituit, hanc verò exheredavit, & instituto filio pupillariter substituit filiam, huic uxorem & sororem suam. Quæsitum est, cui filia impubes deceffisset ante filium, postea autem & iste fuisset mortuus, cui obvenire deberent bona filiz, cui bona filii? Respondit J.C. bona quidem filiz pertinere ad fæminas substitutas, bona filii autem pertinere ad hæredes ab intestato: ergo substitutus substituto non censetur etiam substitutus instituto, si primò substitutus præmoriatur instituto, seu in dato casu Mavius Cajo. 2. Neg. conseq. ratio specialitatis in antecedenti potest esse 1. quia, quòd pater mediante substitutione pupillari, filio hæredem facere possit, contra juris rationem admissum fuit, consequenter substitutio talis strictè accipi debet, ut non protinùs censetur pupillo substitutus, qui substitutus est pupilli substituto; præsertim cùm in specie opposita legis 47. pupillo non fuerit substitutus cohæres, sed filia exheredata, 2. Quia in substitutione pupillari cessat affectio patris, qui non præsumitur, extraneum æquè, ac filiam filio voluisse substituere. 3. Alia adhuc disparitas assignari potest inter substitutionem vulgarem; & pupillarem; in illâ Sempronius ad Caii & Mævii portionem admittitur, nè secus testator partim testatus, partim intestatus decedat, contra l. 7. ff. de R. l. quod contingeret, si in parte Mævii substitutus ex testamento, in parte Caii verò hæres legitimus ab intestato succederet. Econtra in substitutione pupillari duo quodammodo sunt testamenta, unum patris, alterum filii; adeoque regula juris in d. l. 7. non offenditur, esto testamentum respectu filii defecerit. Confer Harp. ad d. §. 3. l. h. t. n. 3. Vinn. & Bachov. ibid. Duaren. de jure accrescendi lib. 2. cap. 6. Denell. lib. 6. cap. 24. fol. no. 268. col. 1.

### §. IX.

- 27 **C**ontraria substitutionis vulgaris sunt modi, quibus expirat. Expirat autem 1. si extraneus hæres adeat hæreditatem, vel suus se immisceat. l. 5. Cod. de impub. & aliis substit. ætiologiam dat Hannold. d. contr. 3. n. 21. quia actus conditionatus deficit, deficiente conditione: atqui per aditionem hæreditatis deficit conditio, sub quâ facta est substitutio vulgaris, ergo &c. quod tamen cum Hannoldo d. l. n. 22. limitandum in casu, quo hæres institutus post aditam hæreditatem detrectat adimplere voluntatem defuncti, tunc enim admittitur substitutus, dummodò caveat de exequendâ voluntate testatoris,

toris. nov. l. 6. l. §. 3. indeque desumptâ auct. hoc amplius. Cod. de fideicommissis. quamvis Stryck de Success. ab intest. dissert. l. 6. l. §. 40. existimet, in hoc casu favore ultimæ voluntatis, hæreditatem præsumi non aditam; cum testator videatur adjecisse hanc conditionem: *si hæres meam voluntatem impleverit*: & licet, qui hæres semel fuit, nunquam hæres esse desinat. l. 88. ff. de hæred. insti. interim tamen quia hoc nudo nomine fit, de eo testator sensit non videtur, sed de illo, qui in effectu hæres est. 2. Exspirat, si substitutus præmoriatur instituto. Ratio est, quia spes hic non transmittitur ad hæredes. unde, si institutus postea repudiet hæreditatem, nihil proderit hæredibus substituti, sed locus erit successioni ab intestato.

An non autem substituto potior sit ille, in quem jure suitatis, sanguinis, aut deliberandi hæreditas ab hærede instituto transmittitur, non transmittenda videtur quæstio? Pro cujus faciliore intellectu præmitto, Hæredem, si forte moriatur, antequam hæreditatem suscipiat, vel omittat, eandem non transmittere in successores suos: hæreditas enim, non adita, per se loquendo, non transmittitur. l. un. §. 1. Cod. de Caducis toll. rationem reddit Havnold. de F. & F. l. 6. n. 396. & quidem, ut ipse scribit, fundamentalem, quia videlicet jus adeundi hæreditatem re ipsâ aliud non est, quam jus disponendâ de hæreditate conditionatum, & dependens à voluntate hæredis, quâ accipiet hæreditatem sibi oblatam: quando ergo non impletur conditio, neque re ipsâ (quia hæres defunctus est, antequam hæreditatem acceptaret) neque sectione juris (qua hæreditas habetur pro acceptatâ in suis hæredibus) tunc jus illud exspirat. Unde non est mirum, quòd ad hæredes nequeat transmitti: sicut quando quis mihi offert donum, habeo quidem jus acceptandi, vel non acceptandi: at, si non acceptem, non transmittitur jus acceptandi ad hæredem, quia meum jus acceptandi re ipsâ nihil aliud est, quam jus disponendi de dono oblato: si tamen acceptem, & velim esse dominus ejus; quòd si non acceptem, deficit conditio disponendi, & jus illud, quòd offibus meis inhærebat, evanescit. Unde etiam, si semel repudiâsem, non haberem postea jus, iterum acceptandi. Dixi tamen *per se loquendo*. Nam excipiuntur tres casus, quibus hæreditas, etiam necdum adita, vel quæ sita, transmittitur. Primus est in suo hærede: is enim mortuus ante immixtionem, vel ab intentionem hæreditatis paternæ, transmittit illam hæreditatem in quoscunque hæredes, etiam extraneos, jure suitatis. l. 8. Cod. de suis & legitimis liberis. l. 3. Cod. de j. e deliberandi. ubi habetur casus, quo pater decessit, relicto filio Titio hærede, qui paulo post decessit, relicto fratre, & Cayo filio. Filius iste ultimus instituit hæredes extraneos. Patruus ejus, id est, Titii frater, putabat hæreditatem ad se pertinere, eò quòd Titius ante aditam hæreditatem paternam decesserat, consequenter hæreditatem ad filium suum transmittere non potuerit. At verò contra respondit Imperator Gordianus

dianus in *d. l. 3. supposito*, quod Titius fuerit in potestate patris; cum enim ipso jure transmittit hereditatem in filium Cajum, conformiter §. 3. *l. de Success. qua ab intest. defr.* ratio est, quia suus hæres ipso jure, sine ullâ immixtione vel acceptatione, hæres est, & dominus rerum paternarum. *l. 11. ff. de liberis & posthum.* adeoque mirum non est, quod dominium jam acquisitum transmittat in quoscunque successores, unde simul colligitur, hanc non esse propriè dictam exceptionem à superiore regulâ, quippe quæ sonat de hereditate necdum acquisitâ. *Eckelt ff. de a. vel o. heredit. §. 6.*

80 Secundus casus est in descendantibus defuncti. Hi enim hereditatem ascendentium, quamvis necdum aditam, jure sanguinis transmittunt in liberos suos, sine discrimine sexûs, gradûs, & familiaris, sed non in hæredes extraneos. *l. un. Cod. de his, qui ante apertas tabulas &c.* ubi simul ratio additur, quia peccindignum est, ob causas fortuitas, casusvè humanos, nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes, avitâ aut proavitâ successione fraudari, aliôsque adversùs avitum vel proavitum desiderium insperato hereditatis commodo gaudere, sed liberos potiùs habere solatium tristitiæ suæ, consentaneum est. Neque obstat textus in *l. 2. Cod. ad SC. Orfitianum*, ubi mater tempore mortis quatuor reliquit liberos, quorum duo, antequam hereditatem adirent, abierunt ex hoc seculo; & dicitur hereditas solummodo inter duos exstantes liberos dividenda, nec jure sanguinis transmittenda in prædefunctorum duorum liberorum descendentes, saltem pro ratâ. Nam quæ duos illos liberos, ante aditam hereditatem præmortuos, non reliquit descendentes. *Brunnemann ad d. l. 2. n. 2.*

31 Tertius casus est in omnibus aliis heredibus, nam si hæres quicumque, siue ex testamento, siue ab intestato, sciens, hereditatem sibi delatam esse, & de eâ adeundâ deliberans, moriatur intrâ annum, ad deliberandum datum, transmittit jus deliberandi, & adeundi hereditatem ad hæredes quoscunque, ita, ut ipsis cedat totum tempus residuum, quod defuncto supererat ad deliberandum. *l. 19. Cod. de jure deliberandi.* hoc præmissis, in ordinis ad propositam quæstionem

32 Suppono 1. sensum conditionis, sub quâ vocatur substitutus, si institutus nolit esse hæres, non esse purè negativum, ita ut purificetur, si institutus nullam ponat voluntatem, quâ adeat hereditatem: sed esse positivum ex intentione testatoris, nempe, si institutus positivè nolit esse hæres, repudians do hereditatem.

33 Suppono 2. heredem suum legitimam sibi debitam absque omni additione, non obstante quâcunque substitutione vulgari, transmittere ad hæredes, cum legitima debeatur absque omni conditione & gravamine, &, jure suitatis, fiatque hæres suus ejusdem dominus absolutus statim à morte testatoris, & jura fingant aditam esse hereditatem.

34 Suppono 3. heredem suum non minus jure sanguinis & deliberandi hæ-

reditatem transmittere posse, sicut hæredes alios; neque enim sicut eidem obitare debet, quod minus eo jure gaudeat, quo gauderet, si non esset hæres suus, itemque alii, quæ sunt communia omnibus hæredibus. Unde cardo presentis controversiæ vel maxime in eo vertitur, utrum hæres suo hæreditatem, ultra legitimam relictam, excluso substituto, jure sicutatis etiam tunc transmittat, cum iam nec jure sanguinis, utpote de descendibus destitutus, nec jure deliberandi, utpote tempore jam elapso, transmittere potest? in exemplo: Cæsus filium suum Sempronium ex asse hæredem scribit, eique vulgariter substituit Titium. Sempronius nullis relictis descendibus, relictis tamen fratribus, elapso deliberationis termino moritur, hæreditate nec aditâ, nec repudiatâ. Queritur, quis potior sit, vulgariter substitutus Titius, an Sempronii fratres, ad quos hæreditas ab intestato pervenisset, si Sempronius post ejus aditionem è vitâ discessisset? Causam Titii fovent *Salicetus, Polius, Zasius, apud Fach. loco mox citando.* Pro fratribus Sempronii militat *Donell. d. c. 24. fol. m. 270. col. 1. in f. Mol. d. tr. 2. disp. 183. n. 9. & seqq. Hannot de F. & F. tr. 6. n. 605. & tr. 7. n. 27. Wadingus de contract. disp. 5. dub. 7. §. 1. Fach. 4. contr. c. 62. Vinn. lib. 2. select. q. cap. 35. 23. Harp. ad §. 1. l. b. r. n. 41. & seqq.* Et alii ab his relati, quorum sententia prob. 1. ex l. *ur. §. 5. & 13. Cod. de caducis tollendis.* ubi dicitur, quod hæreditate non aditâ, nonque transmissâ substitutus admittatur: ergo transmissarius est potior substituto. Prob. 2. quamdiu non existit conditio, sub quâ vocatur substitutus, tamdiu non admittitur substitutus. Sed quamdiu transmitti potest hæreditas, non censetur existere conditio, sub quâ vocatur substitutus, ergo quamdiu transmitti potest hæreditas, tamdiu non admittitur substitutus. Major est certa. Minor prob. conditio, sub quâ vocatur substitutus, est ista: *si institutus aut nolit, aut non possit esse hæres.* Sed quamdiu transmitti potest hæreditas, dici nequit, quod institutus aut nolit, aut non possit esse hæres, ergo quamdiu transmitti potest hæreditas, non censetur existere conditio, sub quâ vocatur substitutus. Prob. 3. in specie contra eos, qui contendunt, transmissarium jure sicutatis non excludere substitutum; at verò transmissarium jure sanguinis aut deliberandi substitutum excludere, prout sentit *Gomez. tom. 1. var. resol. cap. 3. n. 15.* Ex quo potestas transmittendi jure sanguinis & deliberandi introducta est, ab hæreditate non aditâ excluditur vulgariter substitutus, & admittitur transmissarius; ergo potiore jure admittitur transmissarius, qui talis est vi sicutatis; cum sicutas potentior, & magis privilegiata sit in ordine ad transmittendam hæreditatem, quàm jus sanguinis & deliberandi.

Objic. 1. substitutus vocatur expressâ voluntate testatoris, transmissarius verò nudâ provisione legis, ergo substitutus excludit transmissarium. *arg. d. l. 19. princ. ff. de condit. & demonstr. n.* Distinguendo secundum mem-



brum antecedentis: transmissarius vocatur nudâ provisione legis, quæ tamen provisio sibi subordinat provisionem hominis, concedo, quæ eandem sibi non subordinat, nego antec. & conseq. legalis provisio transmissionis facit, ut primus hæres non sit penitus exclusus, sicut est in casu denegatæ transmissionis. Cum igitur humana provisio substitutionis fiat solummodò pro casu, quo primus hæres est penitus exclusus, ideò juxta secundam probationem verum manet, fratres Sempronii, utpote transmissarios jure suitatis, potiores esse substituto Titio, quia, quamdiu transmitti potest hæreditas, tamdiu non existit conditio, sub quâ vocatur substitutus.

Objic. 2. transmissio juris deliberandi est contrà communes juris regulas recepta, ergò strictè accipienda; nec producenda ad casum substitutionis cum injuriâ tertii, cui & provisio hominis & voluntas legis suffragatur. Respondet *Srrw. exercit. ad Pandect. 33. th. 17. dist. conseq.*, nisi ipse Imperator & necessaria consequentia producat, concedit, secus, negat.

Objic. 3. per substitutionem vulgarem tollitur suitas. Ergò is, in quem cæteroquin jure suitatis transmittitur hæreditas, nequit esse potior substituto. *¶ Dist. ant. tollitur quoad prædicatum naturale, esto, quoad essentialia, nego. Prædicatum essentialia suitatis est, quòd filium proximè constituit in potestate patris: naturale, quòd filio imponat necessitatem adeundæ hæreditatis. Quoad prædicatum prioris generis per vulgarem substitutionem suitas tam parùm tollitur, quàm parùm post datam à prætore suis & necessariis hæredibus abstinendi potestatem suitas sublata fuit. §. 2. l. de hæred. qualis. & different. §. 2. l. de hæredit. qua ab. intest. l. 57. princ. ff. de Acq. vel omit. Hæred. quoad prædicatum posterioris generis tollitur, confer *Srrw. d. exercit. 33. & in evolut. contr. th. 15. Vinn. d. c. 23. pag. m. 522. & seqq.**

Objic. 4. vulgariter substitutus præfertur hæredi, qui gaudet jure accrescendi. *l. 2. §. 8. ff. de bon. poss. secundum tab.* quia jus accrescendi principaliter provenit à lege: ergo etiam præfertur transmissario, quia etiam jus transmissionis immediatè provenit à lege, cui prævalet expressa provisio substituentis. *¶ Dist. causalem antecedentis, jus accrescendi provenit à lege, supponente, hæreditatem, vel portionem primò instituto delatam, non omninò deficere, concedo, supponente deficere, nego. vulgaris substitutio præponderat juri accrescendi, quia hoc supponit existentem portionem, quæ portioni alteri instar alluvionis accrescat. l. 33. in f. ff. de usufructu & c.* eùm igitur substitutio vulgaris portionem illam auferat, debet jus accrescendi necessariò tolli. Econtra ubi portio, primò instituto delata, virtute transmissionis ex personâ hæredis instituti translata est ad aliam, falsum est, quòd ex parte instituti penitus deficiat. Ex quo sequitur, Jus quoque transmissionis esse potentius jure accrescendi; si enim est potentius jure substitutionis, & jus substitutionis fortius jure accrescendi; jus transmissionis non potest

potest non esse potentius jure accrescendi, juxta illud: si vineo vincentem te, multo magis vinco te.

Objic. 5. juxta dicta & deducta n. 20. filius non acquirit patri hæreditatem in præjudicium substituti: ergo nec acquireret transmissario. n. Neg. conseq. disparitas est, quia filius repudiando nec ipse est hæres, nec alium hæredem facit, consequenter necessariò intrare debet substitutus. At verò si filius moriatur ante aditionem hæreditatis, saltem beneficio transmissionis alium hæredem facit, licet ipse non sit hæres, adeoque necdum existit conditio, sub quâ vocatur substitutus.

Alia ad propositum deserviens quæstio est, an Monachus hæreditatem non aditam transmitat ad Monasterium, successionis capax, excluso vulgari substituto? Substitutum præferunt *Merenda lib. 7. controuv. cap. 7. Hann. var. resol. lib. 2. tr. 6. q. 6. Harp. ad §. I. l. h. t. n. 27. & seqq. Ant. Faber de error. pragmat. p. 2. Decad. 26. errore 7. D. Verlobner de modo succedi ex supremâ hominum voluntate &c. art. 7. q. 2. n. 9.* Monasterio suffragantur *Panormit. in c. 8. de Probat. Hannold d. tr. 7. cap. 1. controuv. 3. n. 40. Wadingus de contract. diff. 5. dub. 7. §. 2. Taux. de Vulg. substit. n. 128.* dicens, in totâ Germaniâ hoc esse receptum. Huic posteriori vix non cogor subscribere, ob principia jacta, & amplius jacienda in *lib. 3. Iustit. tit. I. n. 15.*

Illâ quoque hoc loco non ineptè excutietur quæstio, an substitutus admittatur, si minor, primo gradu scriptus hæres, hæreditatem quidem adierit, aditione tamen læsus, contra eandem obtinere restitutionem in integrum? n. Substitutum admitti. Ita *Donell. d. c. 24. fol. m. 269. col. 2. Hann. in Treutl. vol. 2. diff. 11. th. 7. lit. D. & E. q. 10. Hannold d. tr. 7. n. 42. Fach. 4. controuv. cap. 73. Perez in Cod. de impub. & aliis substit. n. 7. Aus. Faber lib. 3. conject. 4. Scrw. exercit. ad Pand. 33. th. 17.* estque communis. Probatur 1. ex *L. 44. ff. de re jud.* ubi Scævola supponit, hæreditatem paternam, à qua pupilla post factam immixtionem abstinuit, pervenisse ad substitutum. Neque dicas 1. cum *Zoisio ff. h. t. n. 13.* non apparere ex *cit. l. 44.* quòd pupilla semel se immiscuerit hæreditati paternæ. Contra enim est, quòd ibidem expresse dicatur, ex contractu paterno cum pupillâ actum esse, seu pupillam fuisse conventam: consequenter se necessariò antea debuit immiscuisse hæreditati paternæ. Neque dicas 2. cum Neoterico quodam, abstinentiam pupillæ haberi ex potestate Juris Civilis, restitutionem minoris verò à Prætorè, qui actum civilem validum invalidare nequit, vel saltem non nisi respectu minoris. Nam contra est; quòd ex integris titulis digestorum, quod *metus causâ &c. de dolo malo, de minoribus &c.* sufficienter constet, etiam Prætorè posse rescindere actum, de Jure Civili validam. Quòd autem hæc potestas etiam se extendat in ordine ad

tertium, habetur ex voluntate testatoris, qui in casum, quo institutus non esset effective hæres, ad successionem vocavit substitutum.

Probatur 2. ex l. 1. §. 10. & 11. ff. ad SC. Tertull. ubi Ulpianus proximos consanguineos admittit ad hereditatem matris, quam filius adivit, & postea beneficio restitutionis repudiavit, additâ ratione, quia, licet filius aliquando voluerit hereditatem matris suæ, nunc autem amplius non vult. Ergo etiam substitutus admittendus est ad hereditatem, à quâ aliquando per aditionem instituti hæredis fuit exclusus, dummodo institutus nunc non amplius velit esse hæres.

Prob. 3. ex n. 27. ubi substitutus admittitur, si hæres institutus post aditam hereditatem, detrectat adimplere voluntatem defuncti: ergo etiam admittitur, quando hæres institutus post aditionem hereditatis mutavit voluntatem adeundi.

39 Argumenta, quibus in contrarium permoti sunt Zoff. d. n. 13. Duarenus in Comment. ad h. r. cap. 10. fol. m. 384. Harp. ad §. ult. Inst. cod. n. 22. & seqq. Vin. ibid. n. 2. in f. Bacov. in Tract. vol. 2. d. diff. 11. lib. 7. lit. F. Bocerus class. 3. diff. 5. lib. 39. Sunt ferè sequentia: 1. deducitur ex l. 5. Cod. de impub. & aliis substit. ubi Imperatores Dioclet. & Maxim. decernunt, directas substitutiones post aditam hereditatem expirare: ergo licet minor adversus aditionem restituatur, substitutio tamen reviviscere non potest, cum minor etiam restitutus, nihilominus subtilitate juris maneat hæres. arg. l. 43. §. f. ff. de r. & l. 88. in f. ff. de Hæred. instit. Et Neg. conseq. subtilitatem juris quod attinet, illam testator non respexit, volens hæredem in effectu, & qui conservaret ultimam voluntatem: contra quam nulum hæredis nomen aliis obesse nequit. l. 2. §. 8. & 10. ff. ad SC. Tertull. l. 6. §. 2. ff. de Bonis libertorum. 2. Deducitur ex l. 7. §. 10. ff. de Morsibus & c. ubi Ulpianus sententiam Papiniani in unico casu approbat, & admittit, quod servus, impuberi substitutus, etiam restitutione contra aditionem factâ, hereditatem capiat, si hereditas non sit solvendo: ergo in aliis casibus, ubi hereditas solvendo est, substitutus nihil capiet. 3. Neg. conseq. formalia textus oppositi, si non est solvendo hereditas, non continent conditionem, sed positive accipiendâ, & ad pupillum seu minorem referenda sunt, qui eo præcipue casu adversus hereditatem aditam restituatur, quo hereditas damnosa, seu non solvendo est. Aliter respondet Hamold d. 17. 7. n. 44.

3. Formatur ex l. 3. §. 4. ff. d. r. ubi restitutio unius negatur prodesse alteri. Sed ad hoc argumentum jam respondi præced. n. videlicet, substitutum non succedere ex beneficio Prætoris restituentis in integrum, sed ex dispositione testatoris, qui postâ & quocumque modo impletâ conditione, si institutus hæres non erit, surrogavit alium.

4. Petitur ex *l. ult. ff. de Supplicio exilio*. ubi Papinianus negat, dari successorem in remotioribus cognatis, si prior cognatus agnovit bonorum possessionem, & postea restitutionem in integrum petit: ergo etiam substituto deneganda successio, si institutus semel adierit hereditatem. *2.* Cum *Brunsmann ad d. l. ult.* textum jure novo rectissime correctum esse. confer *Struv. d. th. 17.* ubi aliam responsionem invenies.

Pedisset quaestio sit, an, si institutus indignus sit hereditate, & substitutum habeat, substitutum fiscus excludat? Affirmat Ant. Matthæus *de Criminibus lib. 48. tit. 5. cap. 4. n. 4.* propter textum in *l. 15. ff. de SC. flav.* in cujus princ. J. C. Marcus tradit, etiamsi substitutus ukus sit necem defuncti, cum eam ultus non esset institutus, per substitutum tamen non excludi fiscum, sed quod poena instituti, non debeat esse premium substituti. Verum *Borchov. d. th. 7. lit. G. in verb. si tamen hereditas.* & *Hauhold. d. tr. 7. n. 29.* hoc solummodo admittunt in casu, quo hæres indignus hereditatem adivit, tum quia substitutus jam per ipsam aditionem fuit exclusus: tum quia aditæ hereditate institutus non deficit, adeoque substitutus non potest admitti. Quis vero indignus hereditatem repudiet, fiscus juxta citatos DD. non excludit substitutum, quia tunc existit conditio, sub qua vocatur substitutus. Confer *Fach. 4. consen. c. 64.* ubi plures objectiones solvit, & Trentacianum post Ripam notat, quod per indignum, incapacem intellexerint. Merito sanè! quia tunc substitutus fiscum absolute excludit, cum institutio hæresis incapacis per non scriptam habeatur. *l. 1. Cod. de hered. instit.* consequenter testamentum mox à secundo gradu, seu substitutione, vires recipiat. *arg. l. 3. §. ult. ff. de Liberis & posthumis &c.*

## TITULUS XVI.

### DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

#### SUMMARI A.

1. Describitur substitutio verè pupillaris.
2. Quam facere potest solus paterfamilias, liberos proxime in potestate habens.
3. Cujus proinde subjectum non, nisi liberi impuberes, in potestate substantientis proxime constituti, constituent.
4. Ita quidem, ut utroque tempore, facta substitutionis, & mortis substantientis sint in potestate.
5. Substitui pupillares possunt omnes, qui heredes alios institui.
6. Pater paganus, pupillariter substituentis, debet sibi prius testamentum condere.
7. Statuitur finis hujus substitutionis.
8. Effectus.
9. Contraria.
10. Agitur breviter de substitutione pupillari quasi talis.

**S**ubstitutio pupillaris alia est verè, alia quasi talis.

## §. I.

**V**erè pupillaris est, cum quis liberis impuberibus, quos proximè in potestate habet, substituit, institutus quidem in calum illum, quo heredes fuerint, & impuberes decesserint. *princ. l. h. r. exheredatis verò in calum illum, quo impuberes decesserint. §. 4. eod.*

## §. II.

**C**ausa efficiens hujus substitutionis duplex est, proxima & remota. Remota sunt mores, quibus introductum est, ut liceat patri testamentum facere liberis in illà ætate, in quâ ipsi necdum possunt. *d. princ. in f. l. l. 2. princ. ff. h. r.*

Causa efficiens proxima est substituens. Potest autem pupillariter substituere solus paterfamilias, qui liberos proximè habet in potestate. *Ætiologia est, quia hæc substitutio procedit à plenitudine patris potestatis, arg. d. l. 2. princ. undè etiam passim refertur inter ejus effectus. Ad verba Affricani l. 33. princ. ff. h. r. 2. Cum Rætie in meditar. ad Inst. dissert. 15. passione 12. matrem ibidem non substituisse filio suo impuberi pupillariter, sed solum vulgariter, prout patet ex formulâ negativâ, si sibi heres non eris. quæ est forma propria substitutionis vulgaris. Cæterum, quod abulæ in eis. lege vocantur pupillares, non formaliter intelligi debet, sed materialiter, quatenus scilicet substitutio in illis facta est ei, qui tunc adhuc erat in ætate pupillari.*

## §. III.

**S**ubjectum substitutionis pupillaris sunt liberi impuberes, in potestate substituents proximè constituti. *d. princ. l. h. r.*

Dicitur 1. *liberi*: ad excludendos extraneos, quibus hoc modo nequit substitui. *§. ult. l. eod.*

Dicitur 2. *impuberes*: ad excludendos puberes, ut qui sibi ipsis possunt testamentum facere, proindeque vicariâ testamenti factione non egent. *§. pen. l. h. r. exceptio est in milite. l. 15. ff. eod.*

Sed nunquid substitutio facta filio puberi v. g. hoc modo: *si Filius meus intra annum 20. decesserit, Mavius heres esto*: valebit saltèm jurè fideicommissi? 2. *Negative, per l. 7. ff. h. r. ubi Papinianus ait, verbis civitibus substitutionem post decimum quartum annum asatis frustra fieri convenit. Atqui non fieret frustra, si post illud tempus inflexis verbis directis valeret saltèm in vim fideicommissi, ergo &c. Vid. Servo. exercit. ad Pand. 31. th. 30. Beckmann ad d. l. 7. Hopp. ad §. 9. l. h. r. Dissent. unt Mancica de Conjecturis ult. volens. lib. 7. tit. 3. n. 3. Corp. v. p. 3. l. f. conf. 8. des. 19. censur.*

centes, quod post obitum filii puberis, hæreditas ( detractâ ab ejusdem hærede, puta, matre, duplici quartâ, legitimâ nempe & trebellianicâ ) titulo fideicommissi ad substitutum Mævium transeat: idque propter textum in *l. 76. ff. ad SC. Trebell.* Verùm ad hunc respondent *Brunemann n. 3. Fach. 4. controu. c. 44. Bach. in Trentl. vol. 2. disp. 11. sb. 8. lit. B.* Patrem ibi substitutionem pupillarem non protulisse ultrâ impubertatem filii, sed filio suo impuberi substituisse pupillariter in Codicillis, quæ substitutio favore pupilli intrâ impubertatem mortui obliquatur, & trahitur in vim fideicommissi. Atque hoc est, quod dicit Pontifex in *c. 1. de testam. in 6.* substitutionem directam interdum ad fideicommissum ex causâ trahi.

Dicitur 3. *in potestate substituētis.* ubi

Quæritur, quo tempore impubes, cui hoc modo substituitur, debeat esse in potestate substituētis? Bartolus vult, sufficere, si tempore mortis substituētis sit in ejus potestate, per *l. 2. in f. princ. ff. h. s. ibi: Sed si extraneum quis impuberem hæredem scripserit, poterit ei substituere, si modo eum in locum nepotis adoptavit vel arrogaverit.* Econtrâ alii cum communiori exigunt, ut impubes sit in potestate substituētis utroque tempore, tam substitutionis, quam mortis, quæ sententia prob. *l. arg. l. 41. §. 2. ff. h. s. 2. ratione: quia actus ab initio vitiosus ob defectum qualitatis vel conditionis requisitus non convalescit, superveniente postea qualitate debitâ: sic matrimonium initum à puellâ impubere non convalescit ex postfacto per hoc solum, quod puella pervenerit ad ætatem puberem, sed erit de novo incundum, c. unvers. item quoque. de desponsat. impub. in 6. Ad *l. 2. n.* Eam loqui de tali impubere, qui quidem tempore institutionis fuit extraneus, tempore verò substitutionis ( ut quæ etiam ex intervallo rectè sit. *l. 16. §. ult. ff. h. s.* ) jam est suus factus per adoptionem vel arrogationem.*

Dicitur 4. *proximè:* hoc est, ita in potestate substituētis constituti, ut post mortem ejus non sint recasuri in potestatem alterius. *d. l. 2. princ. exceptio* rursus est in milite. *l. 28. ff. de testamento militis.*

Dicitur 5. *constituti.* neque refert, an jam nati sint, an posthumi. *§. 4. h. s. naturales, an legitimi. l. 10. §. 6. ff. cod. immediati, aut mediati, instituti, vel ex hæredati. d. §. 4. & l. 10. §. 5. ff. h. s.* potest enim pater his omnibus pupillariter substituere, cum hæc substitutio juxta superius dicta pendeat à patriâ potestate, à quâ non liberat exhereditatio. confer *Rhetium d. dissert. 15. pgs. 10.*

#### §. IV.

**O**bjectum substitutionis pupillaris est persona, quæ hoc modo substituitur. Potest autem pupillariter substitui omnis, qui aliàs potest hæres institui, & potest 1. vel nominatim, vel generaliter. *§. 7. l. h. s. nominatim*

ita : *filio meo Sempronio, si impubes decesserit, Mavius heres esto. generaliter*  
 ita : *Cajus, Titius, Mavius heredes sunt, & quisquis mihi ex his heruerit,*  
*idem filio meo Sempronio intra impubertatem mortuo heres esto.* 2. Potest vel  
 singulis substitui, vel ei, qui novissimus eorum impubes decesserit. §. 6.  
*L. l. 37. ff. b. s. singulis ita : Cajo filio meo, si impubes decesserit, Sempra-*  
*nius heres esto. Sejo filio meo, si impubes decesserit, Mavius heres esto, Et*  
*vero, qui novissimus eorum impubes decesserit, ita : Cajus, Sejus, Flaccus*  
*filii mei impuberes heredes sunt, & ei, qui novissimus ex illis impubes mori-*  
*tur, Sempronius heres esto. Quo casu pater jus legitimarum hereditatum*  
*inter fratres conservare voluisse censetur. ad. text.*

## §. V.

6 **F**orma substitutionis pupillaris stat partim in ejus formula, que in liberia  
 institutio hæc est : *si heredes erunt, & impuberes decesserint* : in exha-  
 redatis hæc : *si impuberes decesserint. d. pr. & §. 4. l. h. s.* partim in eo,  
 quod pater paganus, pupillariter substituere volens, sibi simul testamentum fa-  
 cere debeat, & quidem sibi prius. §. 5. *L. h. s.* Ratio prioris est, quia acces-  
 sorium (quale est testamentum pupillare respectu testamenti paterni) non po-  
 test consistere sine principali. Ratio posterioris, quia accessorium eò ipso,  
 quod tale sit, debet subsequi principale. prius autem, scribit Ulpianus in *d. l. 2.*  
*§. 4. ff. b. s. sibi quis debet heredem scribere, deinde filio substituere, & non*  
*convertere ordinem scriptura. Et paulo post : ceterum si autè filio, deinde sibi*  
*testamentum facias, non valere.* Neq̄ obstat hunc statim sequens §. ubi dici-  
 tur, valere substitutionem, licet converso scripturæ ordine ante institutio-  
 nem facta sit, v. g. hoc modo : *Si filius meus impubes decesserit, Sejus heres*  
*esto, filius meus heres esto.* nam 3. Distinguentium esse, an institutio & sub-  
 stitutio fiant uno eodèmq̄ tempore, an diverso. Illo casu turbatio ordinis  
 non nocet. *d. l. 2. §. 5. ff. b. s. junct. l. 28. ff. de hered. instis. hoc nocet. d. l. 2.*  
*§. 4.* Dixi notanter, pater paganus, nam miles potest filio suo impuberi testa-  
 mentum facere, esto sibi non faciat. *d. l. 2. §. 1. ff. b. s.* Ex his

Colligitur, patrem pupillariter substitutionem posse diverso respectu di-  
 ci vel unum testamentum fecisse, vel duo. §. 2. *L. d. l. 2. §. 4. ff. b. s. d. c. 1.*  
*in f. de testamentis in 6.* unum testamentum potest dici partim à causâ efficien-  
 tis, quia tantum unus testator est, partim à formâ, quia una solennitatum  
 adhibitio sufficit. Duplex potest dici ab objecto, quia in eo disponitur de  
 duplici hereditate, patris nimirum & filii. Deinde quia utrumque potest  
 fieri diverso tempore, quia & unum potest in scriptis fieri, alterum per nun-  
 cupationem.

## §. VI.

7 **H**æc substitutionis pupillaris est favor impuberum, qui hoc est, ut  
 cum

dam ipsi sibi non possunt testamentum facere, possunt à patre factum habere, qui, ut filio suo impuberi omni meliori modo consulat, amplecti potest consilium Imperatoris in *l. 3. l. b. t.* ac substitutionem vulgarem palam in primis testamenti partibus facere, pupillarem verò in inferioribus, proprio limo propriave certâ consignatis, annexâ illis prohibitione, nè vivo filio & adhuc impubere hæc aperiantur.

Sed quæres, quid juvet, cautionem hæc à testatore patre fuisse adhibitam, cum in vulgarem casum impuberi substitutus, etiam in casum pupillarem substitutus esse censeatur. *l. 4. pr. ff. b. t.* proindeque non obstante, quod substitutione vulgari palam factâ, pupillaris celeretur, pater tamen in idem incommodum incidet, quis substitutus ignorare non potest, se ei hæredem futurum ex substitutione pupillari tacitâ.

*¶* Ex conjecturâ voluntatis introductum esse, ut substitutioni vulgari expressæ insit pupillaris: secus est, si voluntas testatoris expressè refragetur. *arg. d. l. 4. §. 2. ff. b. t.* quoniam igitur in præsentis casu ex primis testamenti partibus constat, testatorem expressè aliquem filio substituisse in partibus inferioribus, quas filio vivo, & adhuc impubere aperiri vetuit; hinc substitutus nihil certi sibi promittere potest de successione pupillâ, utpote ignarus, ipse, an alius, in casum impubertatis à testatore substitutus fuerit.

## §. VII.

**E**ffectus hujus substitutionis primus est, quod existente conditione, si *impubes decesserit*, substitutus admittatur in omnia bona impuberis. *d. l. 10. §. 5. ff. b. t.* & quidem valde probabiliter etiam exclusâ matre quoad legitimam, quam aliqui filius ei deberet relinquere, si ipsemet testamentum faceret *d. c. 1. de testam. in 6. l. 8. §. 5. ff. de inoffic. testam.* Quod non tantum procedit in pupillari expressâ, sed etiam in pupillari tacitâ, quæ inest vulgari expressæ: eadem enim virtus est tacitæ, quæ expressæ, præsertim quando quoad utramque subest eadem ratio, prout subest in proposito. *Serv. d. exercit. 33. th. 29.* ubi etiam respondet ad jura contraria.

Secundus effectus est, quod substitutio pupillaris expressæ contineat tacitam vulgarem. *d. princ. l. d. l. 4. princ. & §. 2. ff. b. t.* quæ res ut fiat clarior, fac, testatorem ita scripsisse: *Filius meus Sempronius hæres esto, & si impubes decesserit, Marcus ei hæres esto.* Hæc scripto si filius existat hæres patri suo, & evadat pubes, evanescit omnis substitutio, & pupillaris expressa, & tacita vulgaris. Quod si hæres quidem existat, sed decedat impubes, tunc Marcus non quidem testatori, sed filio succedit in utramque hereditatem ex substitutione pupillari. *d. l. 10. §. 5.* Si verò filius non existat hæres sui patris, tunc Marcus fit hæres testatoris ex substitutione tacitâ vulgari, quæ inclusa est in expressâ pupillari. *d. princ. l. b. t.* qui enim ita diligit substitutum, ut bo-



na filii unatum suis eidem deserat, censetur velle, ut filio, aut pramortuo aut abstinate, substitutus sibi quoque in bonis propriis succedat. *arg. d. l. 4. pr. §. 2. Confer D. Glesk b. t. n. 8.*

§. VIII.

9 **C**ontraria substitutionis pupillaris sunt modi, quibus expirat. *Expirat autem 1. pubertate. d. §. 8. d. l. 7. §. 14. ff. b. t. esto etiam in longius tempus concepta sit. d. l. 14. 2. Si testamentum patris in totum fuerit infirmatum. §. 5. l. 1. 2. princ. ff. b. t. secus, si ex parte tantum. d. l. 8. §. 5. ff. de inoff. test. 3. Si non addeatur hereditas ex testamento patris. d. l. 2. §. 1. ff. b. t. 4. Si conditio substitutionis defecerit. l. 8. princ. ff. cod. 5. Si vivo adhuc patre impubes mortuus sit, vel supervixerit quidem, sed tempore morte testatoris non amplius sit in potestate. d. l. 41. §. 2. ff. b. t. 6. Si substitutus pramoriatur impuberi. 7. Si pater tempus substitutionis pupillaris contraxerit ad tempus pubertate brevius, & illud fuerit elapsum. l. 21. l. 43. §. 1. ff. d. t.*

§. IX.

10 **S**ubstitutio quasi pupillaris est, cum quis ascendentium sive paternorum, sive maternorum substituit liberis mente captis ( idem ex identitate rationis multi docent de aliis liberis, qui sibi nequeunt testamentum facere ob effectum animi, ut prodigi &c. vel corporis, ut muti surdi &c. ) in casum illum, si in tali conditione decesserint. §. 1. l. d. 9. Cod. b. t. Evanescit hæc substitutio per resipiscentiam, vel per reditum ad talem statum, in quo licet de jure testari. *ad. textibus.*

TITULUS XVII.

QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

SUMMARIA.

1. Testamentum, cui solemnitas juris desunt, vel in quo suus hæres præteritus aut non validè exheredatus est, dicitur injustum.
2. Rumpi autem agnatione Naturali, & Civili sui hæredit.
3. An rumpatur resurrectione testatoris? disquiritur.
4. Illud certum est, quod rumpatur mutatione verbali, lapsu decennii firmata.
5. Nec non incisione, inductione, deletionè, cancellatione, aut resignatione, per testatorem, vel alium ejus jussu.
6. Confalio.
7. Quod in dubio presumitur.
8. Falsè.
9. Nisi fuerit plur e

plura testamenti exemplaria existant. 10. Etiam testamentum ante li-  
beros deletionis rumpitur. 11. Adhibita tamen distinctione inter deletio-  
nem totalem & partialem. 12. Qui rumpendi modus etiam in codicillo pro-  
cedit. 13. Rursus fallione novi testamenti vetus rumpitur. 14. Sius  
hæres ex novo exhiberit, sine non. 15. Sius in novo certa rei heres scri-  
ptus sit, sine simpliciter. 16. Sius in novo institutus sit parte, sine sub  
condicione. 17. Sius novum sit ejusdem speciei cum veteri, sine non.  
18. Sius testator in novo fecerit mentionem veteris, sine non. 19. Imò  
licet veteri adiecerit clausulam dargasorianam. 20. Utrum autem hoc etiam  
procedat, si memorata clausula in novo non amplius meminerit? resolu-  
tur relative. 21. Caeterum nihil interest, licet veteri testamento adjece-  
ris juramentum assertorium. 22. Aut etiam promissorium. 23. Dum-  
modo hæres, in veteri testamento scriptus, servetur indemnis. 24. Si  
non constet, quodnam ex duobus testamentis posterius sit, neutrum valet.  
25. Excipiuntur quatuor casus. 26. Ex duobus codicibus, eodem tem-  
pore signatis, competit honorum possessio, quasi unum esset testamentum.  
27. Per posterius testamentum imperfectum, aut errore conditum, non  
rumpitur prius. 28. Irritari dicitur testamentum, si testator post illud  
statum mutet. 29. Quod etiam verum est, si emancipetur filiusfamilias,  
postquam de bonis castrensibus testamentum condidit. 30. Sed & tunc ir-  
ritum sit testamentum, dum ex eo nemo hæres existit.

§. I.

**C**ontraria testamenti sunt modi, quibus vitatur. Vitatur autem vel ini-  
tio statim, dum solennia juris d. sunt, vel suus hæres præteritus aut  
non validè exheredatus est, quo casu injustum dicitur testamentum. *l. i. f.  
de injusto, rupto, irritis facto testamento.* Vel initio validum ex postfacto  
infirmatur; quod fit vel ipso jure, vel facto hominis. Ipso jure duobus mo-  
dis, ruptione & irritatione. *l. h. e.*

§. II.

**R**umpi dicitur testamentum, cum in eodem statu manente testatore vi-  
tium incurrit in ipsum testamentum. *§. e. l. h. e.* quod dupliciter acci-  
dit, agnatione sui hæredis, & mutatione voluntatis. Agnatio sui hæredis  
est vel naturalis, vel civilis. Naturalis est, quando testatori post testamen-  
tum conditum filius proxime in potestate nascitur, intellige; si nascitur vi-  
vus & homo: nam si vel mortuus erit sit, vel vivus quidem, sed declinans  
ad monstrum aut prodigium, talis nativitate suâ testamentum non rumpit: de  
extero, an voce non emissâ ab hac luce iterum subtractus sit, aut vitâ hâc vagi-  
tis salutâ in oblecticis manus & manes illicò infans inciderit, nihil interest,

agnatione enim reptoni censetur testamentum. *l. 1. par. Cod. de posth. heredi. instit.* Vid. *Bassus decif. 33. n. 11. & seqq.* Agnatio civilis est, cum qui testatori post testamentum conditum suus efficitur per adoptionem, arrogationem, legitimationem &c. de quibus omnibus hoc tenendum est, quod præterit testamento patris testamentum ejus rumpant natiuitate verâ vel quasi tali. *§. 1. & 2. supra de exar. lib. d. §. 1. l. b. o. l. 3. princ. ff. de injusto &c.*

Sed quid si posthumus, vivo patre natus, eodem adhuc vivo interitum decesserit, an testamentum tali casu conualecit? *n.* Non conualecere quidem de rigore Juris Civilis, bene tamen ex æquitate prætoris, si modo 7. testium signis fuerit munitum. *l. 7. ff. de liberis & posth. l. 12. princ. ff. de injusto &c. Wiffenbach. diff. ad Inst. 22. tit. 24. Scriv. exercit. ad Pand. 32. tit. 37. Eckels ff. de injusto &c. §. 3. Ludovet ad Wesemb. ibid. n. 7. qui etiam respondent ad Jura contraria.*

3 Illud hic curiosè magis, quam fructuosè quærere video, an, si testator defunctus miraculosè resuscitetur, vel resurgat à mortuis, testamentum ejus, velut quædam agnatione rumpatur? *Affirmat Fulvius Clarus lib. 3. §. testamentorum. q. 86. & Maldanus apud Lugonens. diff. 24. n. 58.* quod Lugoni aperte factum videtur, eò quod mens testatoris fuerit, ut se mortuo talis hæres sibi succederet; quæ eadem mens durat, ut post secundam mortem idem fiat, nisi interitum revocatur: quod potest.

Illud autem teste Lugone magis dubium est, an, cum testamentum in proposito, morte testatoris confirmatum sit, & hæres absolute successerit, bona defuncti debeant redire ad ipsam redivivum? Lugo putat, debere restitui, quia ea videtur esse mens testatoris, ut se omnibus aliis præferret: magis enim se diligebat, quam hæredem suum, quem solum voluit succedere in locum ac defectum suum; quod à fortiori procedere ait Lugo, si defunctus ab intestato decesserit, cum ipse sibi omnium proximus existat. *Adde Zais. ff. de injusto, rupto &c. n. 4. cum sequenti. & aliter sentientem Hauldorus de F. & F. tit. 6. n. 200. & seqq.*

4 Mutatio voluntatis alia est verbalis, alia realis. Verbalis vel stat sola, vel firmatur lapsu decennii. Sola & nuda revocatio verbalis, ut si testator dicat: *nolo testamentum à me factum valere, vel revoco & annullo testamentum meum, quia volo decedere intestatus &c.* esto etiam coram 7. testibus expressa sit, testamentum jure factum non infirmat. *§. 7. b. l. l. 27. Cod. de testamentis.* Quæ enim secundum leges facta sunt, secundum leges debent in eorum mutati & tolli. *Fin. ad d. §. n. 3. dissentiant. Mauritius de compell. ult. volunt. tit. 2. tit. 15. n. 19. & seqq. Fas Bavar. tit. 34. art. 15.* Revocatio verbalis coram idoneis testibus saltem tribus, vel inter acta judicis manifesta, & lapsu decennii (non à tempore declarationis voluntatis contrariæ, sed à testamenti conditi tempore computandâ. *Clarus d. §. testamentorum. q. 92. n. 4. Fin. tit. 6.*

loc. cit. 1.) sumata rumpit testamentum, d. l. 27. Ex decursu tanti temporis, siquidem factis apparet, quod testator serio admodum testamentum retractaverit, cui enixæ voluntati proinde leges indulgent, ac effectum tribuunt.

Mutatio realis fit vel corruptis testamenti tabulis, vel illæsi. Corruptis testamenti tabulis fit mutatio voluntatis, si testamentum à testatore incidatur, inducatur, deleatur, cancelletur, resignetur &c. pro cujus declaratione pono sequentem conclusionem. *si testator consultò deleat testamentum, tunc illud, quotiens deletum est, rumpitur.*

Dicitur 1. *si testator.* idem dicendum, si aliusejus jussu, & voluntate testamentum delevit, arg. c. 72. de R. I. in 6. aliud verò dicendum, si quid injussu testatoris, seu ipso incio aut invito inductum vel deletum sit, aut si à muribus corrosum, vel vetustate corruptum fuerit: id enim omne pro nihilo est. l. 1. pr. ff. de his, qua in testamento deleantur &c. hoc est, perinde habetur, ac si non esset inductum, non esset corrosum, non esset corruptum, dummodo adhuc legi, vel intelligi possit, quod testamento scriptum est.

Dicitur 2. *consultò*, hoc est, si testator sciens, prudens, deliberatè, & hac intentione aliquid delevit, ut per hoc revocaret testamentum; ubi tamen interest, an deletio antè consummationem testamenti facta sit, an post? nam, si antè, seu in ipsâ testamenti factione aliquid consultò delevit testator, deletum habetur pro non scripto: si verò post completum & perfectum testamentum aliquid consultò deletum fuerit, tunc, qui sic deletum petat, repellitur exceptione. d. l. 1. pr. ff. de his, qua in testamento deleantur &c. pag. m. 171. in f. & pag. seq. Quod si inconsultò, imprudenter, fortuito, aliquid in testamento deletum sit, testamentum ratum manet; quod enim incaute factum est, pro non factò est, modo legi possit: nam, si legi non potest, quod inconsultò deletum est, non debetur, si nempe antè consummationem testamenti deletio processit; nam, quæ post eam inconsultò deleantur, debentur, si legi possint, si non, modo aliunde probabiliter possint intelligi. d. l. 1. §. 2. Ludw. d. pag. 172.

Sed quomodo deletio in dubio intelligitur facta esse à testatore, consultò, an inconsultò? 2. Consultò: exceptâ causâ libertatis. l. 3. in f. ff. d. 1. quin & scissura, & ablatio sigillorum testamenti consultò facta præsumitur, si testamentum post mortem testatoris apud ipsum fuerit repertum, secus, si apud tertium. Ludw. d. pag. 172. Serv. d. extr. 32. th. 50. & seqq. Brunemann ad d. l. 1. n. 2. & ad l. 30. Cod. de testamentis. n. 9

Dicitur 3. *deleat.* hoc est, si liturâ scripturam testamenti inducat. Idem est, si cancellet, hoc est, si transversis lineis cancellatum ductis, expungat, si eradat, si tabulas testamenti incidat, rumpat, frangat; si testamentum resignet, hoc est, signa amoveat, aut turbet; si inscribat seu superscribat. Donellus & commun. 16. Serv. ubi supra th. 48. Aliud dicen-

dam, si testator aliquid adscripserit in margine testamenti: per hoc enim testamentum non vitatur, modo sensus ejus maneat saluus & integer; imò, si ex eo, quod adscriptum est, non appareat de mente testatoris, habetur pro non adscripto. *Corp. p. 3. l. f. consue. 3. def. 5.* Item neque per hoc solum censetur revocatum testamentum, si testator illud, clausum à se, & involutum, iterum referet, & evolvat, dummodo nil turbet in sigillis. *Corp. v. d. p. 3. consue. 5. def. 27. Servu. d. t. s. 1.*

9 Dicitur 4. *testamentum*, quid autem, si unius testamenti plura exemplaria exstant, & testator unum ex illis deleverit, aliove modo corruerit, quid dicendum de cæteris? *n.* Cætera manere salva, adeoque testamentum per superlites tabulas incorruptas conservari, idque ideo, quia inde adhuc sufficienter constat de voluntate testatoris. Planè, si, ut intestatus moreretur testator, incidit tabulas, vel delevit, & hoc probaverint, qui àb intestato venire desiderant, hæreditas scriptis hæredibus avocabitur. *l. fin. ff. de his, qui in testam. del. Molina disp. 153. n. 13. Servu. d. l. t. s. 2. Echob. ff. d. t. s. 2.*

30 De testamento inter liberos video dubitari, an illud quoque deletionem, cancellationem &c. rumpatur? Affirmant *Lingoin ad 50. decisiones. decis. 24. q. 8. n. 7. Ludov. d. tr. de ult. volunc. pag. m. 173. & seq. Brunneemann ad d. l. 30. Cod. de testamentis. n. 6.* quæ sententia sine dubiò probabilior est. Ad *Auth. hoc inter liberos. Cod. d. t.* respondent *Brunneemann d. n. 6. Ludovell d. pag. 174. D. Schmid ad Jus Bavar. d. tit. 34. art. 15. n. 18.*

31 Dicitur 5. *tunc illud, quatenus deletum est.* interest itaque inter deletionem totalem & partialem. Nam, si totum testamentum consilio deletum est, totum rumpitur, & quoad omnia contenta, esto adhuc legi possit, aut privatim seu remotè testibus deletio facta sit. Si verò pars testamenti deleta fuerit, videndum, an pars solemnitatis, an verò dispositionis deleta sit. Primo casu, si nempe pars solemnitatis testamentariæ deleta est, ut si testator induxit nomina & subscriptiones testium, idem totum testamentum rumpitur: altero casu, si nempe pars dispositionis testamentariæ deleta est, iterum interest, an pars substantialis deleta sit, num accidentalis. Partem substantialem dispositionis testamentariæ dicimus institutionem hæredis: partem accidentalem legata, fideicommissa, & similia testamenti capita; quòd si ergo institutio hæredis deleta sit, videndum ulterius, an omnes hæredes instituti deleti sint, an verò unus, vel aliqui tantum. Si testator omnium hæredum nomina induxit, idque odio hæredum, tanquam indignorum hæreditate, tunc hæreditas scriptis hæredibus auferretur, & vindicatur fisco. *l. 12. l. 16. §. ult. ff. l. 4. Cod. de his, qui in indignis auferuntur.* Si verò eo, animo omnem institutionem delevit, ut intestati exitum faceret, aut versatur in dubio, dicendum est, hæreditatem ejus pertinere ad hæredes àb intestato.

*arg. l. ult. ff. de his, qua in testamento delentur &c.* Omnibus autem his cassibus legata, non deleta, deberi censenda sunt, nisi constet, & hæc testatorem voluisse revocata. *l. 3. ff. d. t.*

Quòd si porrò testator solum induxit nomen unius hæredis (idem est, si aliquorum tantum) tunc solius delicti institutio infirmatur, reliquis omnibus manentibus salvis; & ejus, qui delictus est, portio, si non tanquam indigno adempta est, vel accrescit cohæredi, vel devolvitur ad substitutum, si quem habet. *l. 2. ff. eod.* quòd si autem sola legata aut fideicommissa deleta fuerint, ea sola intercidunt, & manent penes illum, à quo relicta sunt. *Zoës. ff. d. t. in f. confer Lanterbach de Cancellatione vol. 3 disp. Tubing. 4. cap. 4. per totum.*

Dicitur *6. rumpitur*, qui modus rumpendi non tantum procedit in testamento, sed etiam in Codicillo: nam & codicillus deletus non valet. *l. 1. §. ult. ff. d. t.* & non tantum in testamento scripto, sed valde probabiliter etiam in nuncupativo, ita, ut hoc quoque, si forte jussu testatoris in scripturam publicam redactum fuerit, & postea reperiat a testatore deletum aut incisum esse, dicendum sit, eatenus ruptum esse, quatenus deletum est, ut bene probat *Hannold d. tr. 6. n. 166. & 2. seqq.*

Hucusque de reali mutatione voluntatis, corruptis testamenti tabulis facta. *13* Illis tabulis inducitur realis ultimæ voluntatis mutatio per factionem alterius & novi testamenti. *§. 2. l. b. t. h. 2. ff. de injusto &c.* quod jus nè quidem prætam latuit, canentem:

*In Testamentis semper postrema voluntas*

*Obtinet: in votis, si bona, prima valent.*

Ratio est, quia nemo paganus potest decedere cum duobus testamentis. *arg. l. 19. princ. ff. de testam. militis.* & hoc ideo, quia quolibet testamentum paganicum debet continere plenam & perfectam dispositionem de omnibus bonis defuncti, ergò in uno scriptus hæres jam existit dominus universalis totius hæreditatis defuncti, consequenter non potest ei alio & æquè valido testamento alius & æquè universalis dominus superaddi, cum hæc ratione induceretur dominium duorum in solidum pro eodem tempore, quod repugnat.

Atque hic rumpendi modus procedit *1.* sive hæres ex posteriore testamento existerit, sive non. *d. §. 2. l. b. t.* ratio est, quia aditio hæreditatis pertinet tantum ad effectum testamenti, non etiam ad ejus perfectionem, seu valorem substantialem; cui tamen solus consideratur in testamento posteriori, ad hoc, ut per illud rumpatur prius. Deinde prioris testamenti sublatio non pendet ab eventu aliquo, post mortem testatoris primum contingente, sed illud statim, atque aliud à testatore ritè factum est, ipso jure rumpitur & infirmatur.

Procedit *2.* licet in posteriore testamento certæ rei, vel certarum rerum hæres scriptus sit: nam & hoc testamentum perinde jure valet, acsi simpliciter

& sine mentione rerum hæres in eo scriptus esset, consequenter quod inter testamentum factum est, per hoc posterius æquè rumpi dicendum est. §. 3. *L. h. r.* quod si tamen hoc posteriore testator expressè cavisset, se nihilominus prius testamentum valere velle, tunc prius illud non rumpitur simpliciter, sed trahitur ad causam fideicommissi, & qui in posteriore hæres scriptus est, intelligitur rogatus, ut contentus rebus sibi datis, vel detractâ quartâ hæreditatem restituat his, qui in priore testamento hæredes scripti sunt. *d. §. 3. & l. 29. ff. ad SC. Trebell.*

- 16 Procedit 3. sive in posteriore testamento hæres purè scriptus sit, sive sub conditione. Ubi tamen interest, qualis conditio hæredi adscripta sit, possibilis, an impossibilis, & si possibilis, an ea in præsens tempus concepta sit, an in præteritum, vel in futurum? nam, si in posteriore testamento hæres sub conditione impossibili scriptus sit, puta, hoc modo: *Titius, si digito calamæ attigerit, hæres esto*; placet perinde esse, quasi nulla conditio adscripta sit, adeoque quasi hæres purè institutus sit; quo facto prius testamentum per posterius rumpitur. Quod si verò hæres in secundo testamento institutus sit sub conditione possibili, eaque in præsens tempus concepta, puta, hoc modo: *Cajus hæres esto, si Titius consul est*. tunc si hæc conditio sic se habet, ut si Titius consul est, institutio statim valet, consequenter prius testamentum rumpitur: si verò dicta conditio ita se non habet, ut si Titius non est consul, institutio statim nulla est, consequenter superius testamentum manet validum. Eodem modo discurrendum, si conditio de præterito, hæredi instituto adscripta sit, puta, hoc modo: *Cajus hæres esto, si Titius consul fuit*. nam, si tuit, prius testamentum statim rumpitur, cum statim utilis institutio sit: si non fuit, prius testamentum manet salvum & integrum. Quod si denique hæres in secundo testamento institutus sit sub conditione possibili de futuro, tunc, sive conditio illa exstiterit, sive non exstiterit, superius testamentum erit ruptum. Habentur hæc omnia apud Pomponium in *l. 16. ff. de injusto, rupto &c*
- 17 Procedit 4. sive testamentum posterius sit ejusdem speciei cum priore, sive non: nam & testamentum scriptum rumpitur per nuncupativum, & vice versâ. Item testamentum solemne per insolenne seu privilegiatum, & vice versâ. Ratio est, quia quodlibet ex his testamentis in suo genere perfectum est; ita autem jus est, ut testamentum superius rumpatur per posterius, jure perfectum. *Serv. d. exere. 32. tb. 39.*
- 18 Procedit 5. licet testator in posteriori testamento non fecerit ullam mentionem prioris, nec expresserit, se prius ruptum velle. *arg. l. 27. Cod. de testamentis. Ludovell de ult. vol. p. 2. cap. 4. pag. 362.* inferens inde, clausulam, quam Notarii communiter testamentis solent apponere, quod nempe testator casset, & annullet omnes dispositiones priores, omnino superfluum & otiosam esse.

Sed quid, si testator priori testamento adiecisset clausulam derogato-  
riam, puta, hoc modo: *hoc testamentum meum volo esse, & manere validum,*  
*non obstante quocunque alio testamento, posthac à me ordinando:* an, si nihil-  
ominus postea aliud testamentum fecerit, prius ruptum esse dicendum sit?  
R. Affirmative, si in posteriore testamento facta sit mentio clausulæ deroga-  
torie prioris, puta, hoc modo: *non obstante clausula derogatoria prioris testa-*  
*menti, qua volui derogatum omni posteriori testamento.* ratio est, quia ultima  
voluntas essentialiter est ambulatoria & revocabilis: ergo non potest in priori  
testamento ita præcludi via & potestas revocandi, quin tunc saltem valeat re-  
vocatio; si testator in posteriore testamento expressè meminit clausulæ deroga-  
torie prioris. Et in hoc asserto omnes conveniunt.

Verùm illud magis controversum est, si testator in posteriore testamen-  
to nullam mentionem fecerit clausulæ prioris testamenti, an hoc nihilominus  
per posterius ruptum erit? de qua controversiâ videantur pro- & contra sen-  
tientes *Julius Clarus d. §. testamentum, q. 99. Covarruvias ad rubr. de testa-*  
*mentis p. 2. n. 57. & seqq. Menoch. 4. præsumpt. 166. Fach. 4. controuv. cap.*  
*92. Sanchez 4. consil. moral. c. 1. dub. 23. Hannold d. tr. 6. n. 175. & seqq.*  
*Zöf. ff. de injusto, rupto &c. n. 30. Siruv. d. exorc. 32. ib. 38.*

Procedit 6 licet prius testamentum juratum sit, nam & hoc ruptum  
per posterius jure factum; ubi tamen interest inter juramentum assertorium,  
& quod expressè conceptum est de non revocando testamento. Si juramen-  
tum assertorium primo testamento additum sit, ut si juravit testator, hanc  
esse ultimam suam voluntatem, aut velle se, hoc testamentum servari & va-  
lere; potest nihilominus aliud testamentum licitè fieri, & si factum sit, prius  
ruptum erit. *Covarr. d. p. 2. n. 44. Mol. disp. 153. n. 17. Lugo disp. 24. n.*  
*25. Siruv. ubi supra.* Ratio est, quia qui jurat, hoc esse testamentum suum, non  
jurat, se illud non revocaturum: ergo potest licitè, & sine perjurio revoca-  
rer. Item qui jurat, se hoc testamentum velle servari, ac valere, non jurat  
hoc ipso; quòd velit irrevocabilitè valere; sed potius cum hac tacita condi-  
tione, *nisi revocaverit.*

Si verò primo testamento additum sit jura-  
mentum non revocandi illud, tunc non obstante tali juramento prius testamen-  
tum nihilominus validè revocatur per posterius, non etiam licitè. Ratio prin-  
cipalis partis est; quia testamentum ex dispositione juris est revocabile: ergo ma-  
net tale, quamvis habeat appositum juramentum de non revocando; siquidem  
juramentum non immutat naturam actus subtrahi: nec reddit jurantem impos-  
sentem ad faciendum id; quod aliàs seclusè juramento possèet facere; sicut si  
quis rem aliquam alteri vendidit absque traditione; sed tamen cum juramento;  
se eam alii non venditurum; si talis postea nihilominus rem illam vendat alteri;  
secunda venditio erit valida, licet talis venditor graviter peccet contra religio-  
nem & justitiam. Eodem modo, cum testamentum naturâ sua non confir-



metur ante mortem testatoris, si quis promissionem juratam, non revocandi illud, nihilominus revocet, condendo aliud testamentum, talis revocatio erit valida, standumque secundo testamento, per mortem testatoris confirmato. Ratio secundæ partis est, quia juramentum, non revocandi testamentum, potest servari sine dispendio salutis æternæ, cum non revocare testamentum, sit res per se licita: ergo debet servari, & peccabitur, si contra fiat. *cap. 28.*

23 de *jurejur.* c. 2. *cod. in 6. cap. 2. de passis. in 6.* Cæterum, licet in

proposito, posterius testamentum priore potius sit, tenetur tamen hæres, in secundo testamento institutus, priori hæredi promissario (secus esset, si ille non acceptasset promissionem factam) restituere totum damnum, quod is patitur ex violatione pacti, cum succedat in omnes obligationes testatoris, quas inter etiam hæc est, obligatio nimirum resarciendi damnum illatum primo hæredi, per revocationem testamenti contra pactum, juramento firmatum.

*Mol. disp. 151. n. 23. & seqq. Sanchez d. c. 1. dub. 17. Lessius de F. & F. lib. 2. cap. 79. dubis. 18. Lugo d. loc. n. 24. & seqq. Haunold d. tr. 6. n. 194.*

24 Hæc ita, si constet, quodnam testamentum prius sit, quod posterius: quid autem, si de hoc non constet, ut si proferantur duo testamenta ejusdem testatoris, nec appareat, quodnam ultimo loco factum sit, quid dicemus?

Communis sententia est, neutrum testamentum valere, propter incertitudinem, adeoque hæreditatem pertinere ad hæredes àb intestato. Colligitur ex *l. 30. ff. de testamentariâ tutelâ*, ubi etiam notat *Brunneman n. 5. & tenent Clarus d. §. testamentum. q. ult. Mol. disp. 153. n. 15. Sanchez d. c. 1. dub. 22. n. 3. Lugo disp. 24. n. 47. Haunold ubi supra. n. 198. Zoëf. ff. de injusto & c. n. 31.* Addit tamen Molina, & probat Haunold, in foro conscientiæ, imò etiam in exteriori, si certum esse, utrumque testamentum factum esse à testatore sanæ mentis, & nullâ ratione posset constare de prioritare & posterioritate, hæreditatem, arbitrio prudentis, dividendam esse inter hæredes, utroque testamento institutos; quia in proposito, saltem hoc esset certum, hæreditatem non pertinere ad hæredes àb intestato: illud vero duntaxat dubium, ad quem, vel ad quos hæredes sic institutos, testator hæreditatem suam voluerit pertinere.

25 Planè prædicta communis opinio limitatur passim à Doctoribus, & quidem I. si unum ex illis testamentis factum esset ad causam profanam, alterum verò ad causam piam; tunc enim hoc illo potius foret, ob favorem causæ piæ. *arg. l. 43. in f. ff. de Religiosis & sumpt. fun. Sanchez d. dub. 22. n. 7. Haunold cit. loc. n. 199. Lugo ubi supra.* atque ita consuluisset, & pro hospitali Brixinensî obtinuisse solum, testis est *D. Chlingensperger in proæmio Instir. pag. m. 14.*

2. Si in uno testamento instituti essent hæredes extranei, in altero verò hæredes àb intestato; nam & tunc hoc illi præferretur.

*Sanchez, Lugo & Zoëf. ad locis.*

3. Si unus ex scriptis hæredibus posside-

possideret hæreditatem : nam & is foret potior altero, qui non possidet, cum in dubio potior sit conditio possidentis. *l. 126. §. 2. l. 128. princ. ff. de R. L. Sanchez cit. loc. n. 4. Lugo ubi supra.* 4. Si in utroque testamento eadem legata essent relicta : nam & tunc legata ista saltem essent solvenda, quia quoad ea sufficienter constaret de mente testatoris. *Hannold. d. n. 199.*

Illud hic adhuc addo : si in duobus codicibus simul, hoc est, uno, eodemque tempore signatis, testator alios, atque alios hæredes scripserit, & utrumque testamentum exstet, ex utroque, quasi ex uno, competere bonorum possessionem, quia pro unis & supremis tabulis utrumque testamentum habendum est, consequenter bona defuncti inter utriusque testamenti hæredes dividenda veniunt. *l. 1. §. 6. ff. de bon. possessionibus secundum tabulas. & ibi Brunnemann. Manz. decis. palatin. 31. Struv. exercit. ad Pand. 37. th. 53.*

Ex dictis igitur testamentum prius factum rumpitur per posterius jure perfectum, & non ex errore factum.

Dixi, *jure perfectum* : nam, si posterius testamentum imperfectum est, sive ob defectum voluntatis, sive ob defectum solemnitatis requisitæ, prius testamentum non rumpitur. *§. 7. l. h. t. l. 2. ff. de injusto &c.* imò ne quidem princeps ex posteriore quidquam capere potest. *§. 8. l. h. t.* ratio est, quia, quod nullum est, nullum parit effectum : sed testamentum imperfectum sine dubio nullum est. *d. §. 7. in f. ergo &c.* planè si in primo testamento scripti sint hæredes extranei, in secundo verò saltem coram 5. testibus factis hæredes legitimi, sive ii, qui aliàs ab intestato successuri erant, placuit, secundo hoc imperfecto (intellige, ratione solemnitatis, non etiam ratione voluntatis) primum testamentum rumpi. *d. l. 2. & l. 21. §. 3. Cod. de testamentis.* Dixi ulterius, & non ex errore factum. quod si testator, ex falso rumore intelligens, hæredem scriptum decessisse, ad aliud testamentum processerit, scriptus in priore testamento non repellitur, sed hæreditatem consequitur, sic tamen, ut legata, in posteriore scripta, præstare teneatur. *l. 28. ff. de inoff. testam. l. f. ff. de hered. inst.*

### §. III.

**I**rritum fit testamentum, quando vitium infirmans non incurrit directe in ipsum testamentum, sed accidit vel testatori, vel hæredi. Ex parte testatoris irritum fit testamentum. 1. Si is post testamentum conditum patiatur maximam capitis deminutionem, hoc est, si ex libero homine fiat servus. 2. si patiatur mediam, hoc est, si ex cive romano fiat peregrinus. *§. 4. l. h. t. l. 6. §. 1. & 6. ff. de injusto &c.* ratio utriusque est, quia cum servus & peregrinus sint incapaces Juris Civilis, non possunt hoc jure habere successionem ex testamento, quod Juris Civilis esse, jam suo loco probatum est. 3. Si testator post testamentum conditum patiatur minimam capitis deminutionem

tionem, quod fit per arrogationem, adoptionem perfectam, & emancipationem: & siquidem paterfamilias testator factio testamento se alteri arrogandum det, certum est, testamentum ejus irritari. l. 8. §. 3. ff. de jure codicillarum. l. 11. §. ult. ff. de bonorum possessionibus secundum tabulas. Ratio est, quia arrogatus unacum capite fortunas quoque suas in alienam familiam ac domum transfert.

Dices: superveniens furor aut prodigalitas non irritat testamentum jure factum. §. 1. & 2. supra, quibus non est permissum facere testamentum. ergo idem dicendum de superveniente capitis diminutione post testamentum conditum. R: Neg. consequ. disparitas est, quod furor & prodigalitas sint impedimenta facti, quae quidem impediunt testamentum fieri, sed jam rite factum non irritant: econtrà capitis diminutio est impedimentum juris, quod non tantum impedit testamenti factioem, sed etiam jam factum infirmas Ludovell. ad d. §. 4. l. b. t. in f.

Sed quid si testator, cujus testamentum capitis diminutione irritatum est, postea recuperet statum, in quo licet testari, ante testamentum ejus reviviscet? R: Reviviscere jure pratorio, & idèò posse heredem in eo scriptum petere bonorum possessionem secundum tabulas, si modò testamentum illud 7. testium signis signatum fuerit, quae est solennitas requisita à pratore ad valorem testamenti. §. 6. l. b. t. Interest tamen in proposito, quomodo testamentum fuerit irritatum; an maximam vel mediàm, an verò minimam capitis diminutione: nam si minimam capitis diminutione, puta, arrogatione testatoris testamentum ejus infirmatum est, & is postea iterum evadat sui juris, tunc testamentum illud non aliter convalescit, quam si codicillis vel aliis literis declaraverit testator, se cum eodem testamento mori velle. d. l. 11. §. ult. ff. de bonorum possessionibus secundum tabulas. Econtrà si maximam vel mediàm capitis diminutione testamentum alicujus irritatum est, & is postea restituitur à Principe, testamentum illud convalescit ipso jure sine novâ animi declaratione. Ratio disparitatis est, quia qui invito mutatur statum, prout fit per maximam & mediàm capitis diminutionem, non censetur mutare vel recedere à priore voluntate, secus, qui volens, prout fit per arrogationem. Struvius exercit. ad pand. 32. th. 45.

- 29) De adoptione & emancipatione filii familiaris, qui de bonis castrensis, vel quasi talibus testatus est, an testamentum hoc etiam his modis irritetur? DD. ambigunt. Bachov. ad §. 5. l. de militari testamento. nihil audet affirmare, sed subsistit. Econtrà Donellus, Hilliger, Barry, Brunnemann: ad l. 6. §. ult. ff. de injusto & t. n. ult. cordatè negant. Ego cum Ludovell. ad d. §. 5. & Hunnio in Tréutl. vol. 2. disp. 10. th. 7. circa f. pag. m. 969. affirmo, & probò 1. ex cit. §. 5. l. de militari testamento. d. l. 6. §. ult. ff. de injusto, rupto & s. l. 1. §. 8. ff. de bonorum possessionibus secundum tabulas. ubi militi

militi singulare privilegium tribuitur, ne ejusdem testamentum per emancipationem irritetur: ergo testamenta paganorum vi juris communis factâ emancipatione irritantur. Prob. 2. filiifamiliâs, ante emancipationem de peculio castrensi vel quasi tali disponentes, factâ emancipatione quoad hæc bona statum suum mutant, cum ejusmodi bona nomen peculii tunc amittant, & cum rebus aliis similem fortunam recipiant. *l. ult. §. ult. Cod. de inoff. testamento.* ergo sicut filiusfamiliâs de bonis adventitiis testari nequit, ita quoque ejusdem testamentum, antea de peculio castrensi, vel quasi, legitimè conditum, confusione bonorum per emancipationem secutâ, irritatur.

Porro ex parte hæredis irritum sit testamentum ejusdem destitutione, seu 3. si nemo hæres ex testamento existit. *d. §. 2. l. h. r. l. i. in f. ff. de injusto. & c.* Quod contingit duobus casibus. 1. Si hæres scriptus nohnt esse hæres, repudiando hæreditatem, vel inde se abstinendo. 2. Si non possit esse hæres, vel quia adhuc vivo testatore, vel post mortem ejus, sed antè aditionem hæreditatis decessit, neque hæreditatem transmisit ad alios, vel quia conditio, sub qua hæres scriptus est, defecit. *d. §. 2.* Qui modus irritandi testamentum probabiliter etiã adhuc hodie procedit, quia *novella 1. c. 1. §. 1.* non loquitur de eo casu, quo hæres noluit adire hæreditatem, sed quo post aditionem factam recusat adimplere voluntatem defuncti. *Ludovell. de ult. volunt. pag. 180. Wolf. Adam Lauterbach. volum. 3. disp. Tubing. 23. de testamento destituito. membro 3. §. 42. & seqq.*

## TITULUS XVII. DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

### S U M M A R I A.

1. Definitur querela inofficiosi testamenti.
2. Quæ indistincta est à petitione hæreditatis.
3. Quod variis juris textibus comprobatur.
4. Solvuntur objectiones.
5. Ostenditur quid intersit, non esse actionem distinctam.
6. Debet omnibula sua moribus.
7. Datur liberis.
8. Tam nascituris, quàm natis.
9. Tam legitimatis, quàm initiò legitimis.
10. tam adoptivis, quàm illis, qui ex justis nuptiis sunt legitimi.
11. Etiam naturalibus tantùm, respectu testamenti materni.
12. Aliud obtinet in ordine ad testamentum paternum.
13. Competit quoque parentibus, gradu proximis, sine discrimine sexûs.
14. Nec non fratribus germanis & consanguineis.
15. Quando iisdem prælata fuit persona turpis.
16. Quod si ipsi quoque fratres turpes sint, querelam non habent.
17. Quam nec germano concedimus, persona honesta postposita.
18. Prælatâ personâ turpi ex unâ, & honestâ ex alterâ

alterâ parte; testamentum respectu solius persona turpis rescinditur. 19. Propositur controversia, an edictum successorium in querelâ locum habeat? 20. Defenditur sententia, quod non tantum linea linea, sed etiam in eadem lineâ gradus gradui succedat. 21. Diluuntur argumenta contraria. 22. Competit querela contra heredem, tum directum, tum obliquum, in testamento tum scripto, tum nuncupativo institutum, sine discrimine conditionis aut dignitatis; imò licet testator liberam testandi facultatem à Principe acceperit. 23. Etiam adversus piam causam, si heres scribatur. 24. Nec non contra fiscum, si hereditas Fure successione ad ipsum pervenerit. 25. Econtra adversus heredem, cui à filiofamilias peculium castrense vel quasi tale relictum est, non datur. 26. Desinitur legitima, cujus quantitas alia est, si spectetur Fus vetus, alia, si Fus novum. 27. Augmentum ejus ad parentes & fratres pertinet. 28. Infringuntur argumenta adversariorum. 29. Legitima filiis debita Fus accrescendi admittit, si sermo sit de minuendâ; secus, si de augendâ. 30. Quod magis dilucidatur exemplis. 31. & 32. Componuntur opposita. 33. Si querela moveatur in lineâ rectâ, onus probandi ingratitudinem incumbit heredi scripto: si in lineâ transversâ, ipse querelam movens causas ingratitudinis à se removere debet. 34. Quando is queritur, qui jure non potest, & totum testamentum impugnat, victoria non ipsi prodest: bene verò, si pro parte tantum inofficiosum arguat. 35. exponuntur contraria querela.

**V**idimus, quomodo testamentum initio validum ex postfacto infirmetur ipso jure. Vadimus, ut videamus, quomodo infirmetur factio hominis, puta, judicis, quod fit, quando institutâ querelâ pronuntiatur inofficiosum.

## § I.

**Q**uerela inofficiosi testamenti est actio universalis, quâ valide quidem, sed iniquè ex hæredatus præteritusve petit, ut testamentum, tanquam inofficiosum, rescindatur, ac hæreditas sibi à intestato restitatur. *pr. l. h. r.* Inducitur hæc querela vel per modum exceptionis, si scilicet iniquè exclusi hæreditatem possideant, vel per modum actionis, scriptis hæredibus hæreditatem possidentibus. *l. 8. §. 1. §. ff. h. r.*

**U**bi initio statim controversia se ingerit, sitne querela remedium præparatorium, an actio, à petitione hæreditatis indistincta? Prima sententia docet, querelam esse remedium præparatorium, eò tendens, ut testamentum inofficiosum rescindatur, & hoc modo petitioni hæreditatis via sternatur. Ita Coccejus *disp. de diversitate rescindentis & rescissorii judicii sect. 4. §. 17. & sect. 5. §. 6. ac tette Myns. cent. 2. obs. 25. & Böckelmanno disp. ad ff. 20. ib. 2. in f. DD. communiter.*

Secunda, & probabilior sustinet, quere-

querelam inofficiosi esse actionem, à petitione hæreditatis indistinctam. Ita docent *Donellus* 19. comment. c. 3. *Duarenus ad h. t. c. 2. & 10. Franzk. ff. h. t. num. 4. & seq. Lauterbach ibid. §. 7. & 8. Wissenbach eod. ib. 1. Struv. ib. 4. Brendel exercit. jurid. de inoff. test. querelâ §. 5. Ungepaur exercitio 9. q. 1. Pinn. ad princ. Inst. h. t. num. 6. & lib. 1. select. quest. 6. 19. ac alii ab his relati.*

Probatur posterior hæc sententia ex variis juris locis, puta, l. 8. §. 8. ff. 3 h. t. ubi Papinianus ait, hæreditatem petere eum, qui inofficiosum dicit, l. 20. ff. eod. ubi Scævola ait, querelam moventem petitionem hæreditatis exercere. l. 21. §. 2. ff. d. t. ubi Paulus ait, per querelam inofficiosi evinci hæreditatem. l. 27. §. 3. eod. ubi Ulpianus dicit, per præsens remedium vindicari facultates, l. pen. in f. pr. ff. de honorum possessione intra tabulas. ubi Tryphonianus ait, filium exhæredatum ex causâ querelæ inofficiosi movendæ admitti ad petitionem hæreditatis. l. 34. Cod. h. t. ubi Justinianus fatetur, petitionem hæreditatis ex nomine de inofficioso constitui. l. 3. Cod. de petit. hæredit. ubi Imperatores Severus & Antoninus dicunt, ex causâ inofficiosi testamenti hæreditatem peti. Quæ omnes propositiones evidenter arguunt, per querelam inofficiosi non testamentum duntaxat rescindi, sed hæreditatem quoque vindicari. Accedit, quòd non deceat plura judicia adstruere, ubi uno & eodem res expediri potest.

Objic. 1. querela inofficiosi dicitur accusatio in. l. 6. §. 2. d. l. 27. §. 3. 4 ff. l. 11. Cod. h. t. ergo malè statuitur esse actio, cum hæc duo differant, & actio locum habeat in causis civilibus, accusatio in criminalibus. Resp. querelam inofficiosi vocari accusationem non strictè & propriè, sed in sensu lato, quatenus scilicet per eam pater improbitatis arguitur.

Objic. 2. petitio hæreditatis competit vel ex testamento, vel ab intestato; sed querela ex neutrà causâ competit: non ex testamento, quia movetur ab eo, qui testamento exclusus est: non etiam ab intestato, quia supponit testamentum validum: ergo querela inofficiosi non est petitio hæreditatis. Resp. querelam inofficiosi competere ab intestato, quia eò tendit, ut testamentum rescindatur, & hæreditas restitatur ab intestato.

Objic. 3. querela inofficiosi datur contra verum hæredem: ergo non est petitio hæreditatis; hæc enim datur contra eum, qui pro hærede vel possessore possidet. l. 9. & 2. seqq. ff. de petit. hæred. Resp. hæredem, testamento inofficioso scriptum, inspecto rescissionis eventu, perinde censeri, atque si hæres non esset.

P. Christoph. Haunold tr. 6. de F. & F. cap. 10. contr. 1. num. 614. & 5 seq. existimat, litem hanc parùm esse utilem, & non multum momenti in eodem positum. Sed fallitur vir clarissimus! nam, si sententiam sustineas, quæ vult, querelam esse distinctam à petitione hæreditatis, tempus aliud quer-

relæ, aliud petitioni erit præstitutum, illi quidem quinquennium, hæc verò spacium 30. annorum. *Coccolius ubi supra.* e contra, si contendas, querelam à petitione hæreditatis esse indistinctam, unâ simplici præscriptione quinquennali perimitur. Unde etiam fallit, & fallitur Introductio Someringiana, licet aucta, dum *h. t. §. 1. in f.* existimat, querelam integris 30. annis moveri posse, licet asseratur remedium, à petitione hæreditatis indistinctum.

## §. II.

- 6 **C**AUSA efficiens querelæ hujus duplex est, proxima & remota. Remota est jus. Sed quale? sunt, qui lege XII. tabularum introductam asserant. Malè! nam lege hæc liberrima testandi facultas concessa fuit. *l. 120. ff. de P. S.* Alii juri prætorio eandem adscribunt. Perperam! prætor enim non facit hæredem. *§. 1. l. de bon. poss.* Diversæ classis authores partum ajunt legis Glificæ. Sed suspecta mihi mater est, historicis incognita. *Böckelmann d. th. 2. Rittershus. p. 6. expos. novell. c. 4. num. ult.* Verius videtur, querelam inofficiosi moribus introductam esse: cum enim testamenta inofficiosa ipso jure subsisterent, inhumanum autem videretur, proximiores excludi, cæperunt homines eâ de re apud judices conqueri, quod, quia frequentur admodum factum, decursu temporis in morem abiit, ac tandem confirmationem legis accepit. Certè primis temporibus querelam certo jure delatam non fuisse, vel inde colligas, quia, qui illam movebant, dementiam prætexebant testatoris, quo colore opus hæud fuisset, si lex publica querelam detulisset. *Dominicus Arumans exercit. Just. 10. th. 11. & disp. ad Pand. 7. th. 19. Donell. d. 19. comment. c. 4. Laur. ff. h. t. §. 9. Ungepaar. exercit. Just. 8. q. 11. Luduvell de ult. volunt. p. 2. c. 4. pag. 365. & seq.*

Causa efficiens proxima querelæ est Dominium hæreditatis, seu jus hæreditarium, à quo quis præter meritum exclusus est.

## §. III.

- 7 **S**UBJECTUM querelæ est vel activum, vel passivum. Activum sunt illi, quibus competit. Competit autem in genere omnibus, quibus ex dispositione juris debetur legitima. In specie datur 1. liberis cujuscunque sexus & gradus, quibus ipsa ratio naturalis, velut lex quædam tacita, parentum hæreditatem addicit. *l. 7. pr. ff. de bonis damnatorum.* Neque refert 1. sintne liberi nati, an posthumi. nam & his querela competit, si fuerint ex hæredati. *l. 6. pr. ff. h. t. §. 2. in f. Inst. cod.* Ratio in promptu est, quia qui sunt in utero, in toto ferè jure habentur pro natis, quoties de commodo ipsorum queritur. *l. 7. l. pen. ff. de statu hominum.* Neque refert 2. sintne liberi initio legitimi, an legitimati: nam hi quoque movere querelam inofficiosi possunt, si testamento sint ex hæredati, quia utroque jure, canonico & civili, per omnia exæquantur liberis legitimis. *nov. 89. c. 8. & 9.*

atque

atque hoc expeditum est, si loquamur de liberis legitimis per subsequens matrimonium. Legitimi per rescriptum Principis ita demum movere possunt querelam inofficiosi, si tempore legitimationis non adfuerit proles legitima. *d. nov. 89. c. 9. circa f. Zoef. ff. h. t. num. 11. & seqq. Perez in Cod. cod. num. 6.*

Neque refert 3. statim liberi ex iustis nuptiis, an adopti-<sup>10</sup>one legitimi. Nam hi quoque querelam movere possunt. Ubi tamen distinctio adhibenda, quam suggerit textus in *l. pen. Cod. de adopt.* ac liberi adoptati in specie discernendi ab arrogatis. Adoptio in specie est vel perfecta, vel imperfecta. Adoptati adoptione perfectâ possunt movere querelam inofficiosi, quia transeunt in familiam adoptantis. *d. l. pen. adoptati adoptione imperfectâ movere querelam non possunt, quia non aliud consequuntur, quam jus succedendi ab intestato.* Arrogati possunt movere querelam, si sint puberes: non possunt, si sint impuberes, quia ad manus habent remedium aliud, puta, petitionem quartæ ex constitutione Divi Pii. *l. 8. §. 15. ff. h. t. Laut. ff. cod. §. 18. in f.*

Neque refert 4. sintne liberi naturales & le-<sup>11</sup>gitimi simul, an naturales tantum. Nam & isti testamentum matris tanquam inofficiosum impugnare possunt. *l. 29. §. 1. ff. h. t.* cum enim ex testamento matris debeat iisdem legitima, rectè inferitur, quod legitimæ nominè querelam inofficiosi habeant.

De liberis naturalibus tantum est quæstio, possintne impugnare testa-<sup>12</sup>mentum patris tanquam inofficiosum, si neque liberi legitimi existent, neque uxor? Affirmant *Cuiacius, Bocernus, Treutlernus, Besoldus apud Harp. ad §. 1. l. h. t. num. 4. & seqq.* Tum propter *d. §. 2. l. h. t.* ubi dicitur, liberos tam naturales, quam adoptivos de inofficiolo queri posse: tum propter *nov. 89. c. 12. §. 4.* ubi liberi naturales succedunt patri in sextante, si neque liberi legitimi, neque uxor legitima adsit. Sed præplacet negativa cum *Arumao d. exercit. 10. th. 1. f. & Bachov. in Treutl. vol. 1. diff. 13. th. 2. lit. C. Luduvell de ult. vol. p. 2. pag. 368. Vinn. ad §. 1. l. h. t. num. 1. Struv. ff. h. t. th. 16.* quia deficit textus, qui patri necessitatem injungat, liberis ex concubinâ susceptis relinquendi legitimam, sed in defectum legitimæ proles & uxoris arbitrio patris saltem permittitur, velitne liberos naturales ex concubina susceptos hæredes scribere. *d. nov. 89. c. 12. §. 3.* Ad rationes affirmativæ sententiæ, & quidem ad 1. R. quod quando liberi naturales opponuntur adoptivis, per naturales non delignantur suscepti ex concubinâ, sed liberi legitimi & naturales simul, sive nati ex iustis nuptiis, prout patet ex *prin. l. de adopt.* Ad 2. R. à successione ab intestato non rectè duci argumentum ad querelam inofficiosi affirmativè: nam etiam fratres uterini & cognati posteriores invitantur ad successorem legitimam ab intestato, non tamen testamentum impugnare possunt tanquam inofficiosum: hoc itaque modo rectè arguas: non habet jus succedendi ab intestato, ergo neque jus querelæ. econtra non rectè: habet jus succedendi ab intestato, ergo etiam querelam inofficiosi. 2. Da



13 2. Datur querela parentibus, quibus errante fato, & ordinem mortali-  
tatis turbante lachesi ratio commiserationis luctuosam liberorum hæreditatem  
desert. §. 1. l. 15. princ. ff. h.s. Neque differentia statuenda inter  
sexum, cum non tantum pater, sed mater quoque ad querelam admittatur.  
l. 1. l. 14. d. l. 15. ff. l. 17. Cod. h.s. Vinn. ad d. §. 1. l. h.s. num. 2. Quinimò  
etiam parentes mediati queri possunt, si gradu sint proximi: hoc ipso enim,  
quod jus habeant ad legitimam, querelam quoque movere possunt. dd. II.

3. Datur fratribus, circa quos

14 Queritur 1. quibus datur? R. fratribus germanis & consanguineis.  
Uterini & collaterales reliqui melius facerent, si se sumptibus inanibus non ve-  
xareat, cum obtinendi spem non habeant. l. 1. ff. l. 21. l. 27. Cod. h.s. Neque  
obstat lex 6. ff. eodem, ubi posthumo datur querela contra testamenta cognato-  
rum. R. enim, ibi per cognatos intelligi matrem, vel reliquos ascendentes  
maternos, vel etiam avum paternum, cui posthumus, ex filio emancipato con-  
ceptus, utique cognatus tantum est. Luduvell de ult. volunt. d. c. 4. pag. 369.

15 Queritur 2. quando datur? R. quando germano aut consanguineo in  
testamento prælata fuit persona turpis, puta, deformis infamiâ, quæ levi ma-  
cula. d. l. 27. quâ posthumâ notâ cum etiam spurius laboret, dicendum, si  
fratre præterito spurius hæres scriptus sit, querelæ locum esse. Petrus Millor  
in Jurisprud. Elementari disp. 27. th. 6. lit. R. Luduvell. d. l. pag. 371. Bar-  
chov. in Treuil. d. disp. 13. th. 4. lit. B. Susholt disp. 9. aph. 82. Vinn. ad d. §. 1. l.  
h.s. num. 6. Clariff. D. Doct. Braun. p. m. de Magistratu cap. 5. §. 2. num. 11.  
pag. 125. in f.

16 Queritur 3. habeatne querelam frater, si & is infamiâ laboret? R.  
negativè. ita Joann. Henricus Fuchsius dissert. jurid. de impugnatione testamen-  
ti fraterni cap. 3. th. 2. tum arg. l. 11. in f. Cod. h.s. tum, quia indignum non  
est, fratri ab homine extraneo infami hæreditatem præripi, si ipse frater in-  
famiâ laboret, cum imprudenter labem alteri exprobet, quæ ipse sordet.

O Miserrimum bellum, quo tundit a fellus a fellum!

Dissentit Struvén exercit. ad pand. 10. th. 18. propter textum in d. l. 27.  
Cod. h.s. & nov. 22. c. 47. ubi absolutè dicitur, quod frater, cui prælata est  
persona turpis, querelam habeat, neque distinguitur, ipse infamiâ laboret,  
necne, ergo neque nos debemus distinguere. R. sufficere, quod solida le-  
gis ratio distinctionem suggerat: idè enim frater querelam habet inofficiosi,  
si prælata ipsi fuerit persona turpis, quia indignum videtur, fratri à personâ  
extraneâ & turpi hæreditatem præripi, quæ ratio cessat, si frater ipsemet in-  
famiâ sordet.

17 Queritur 4. nunquid frater Germanus illo etiam casu de inofficioso  
quiri poterit, quo eidem prælata persona honesta? R. negativè, quis in  
§. 1. l. h.s. non distinguitur inter fratrem germanum & consanguineum, sed

de fratre generaliter scribitur, quod ad querelam admittatur, si persona turpis eidem fuerit prælata, quo textu jus novum non statuitur, cum in eodem expressa fiat relatio ad sacras constitutiones. Unde etiam patet, falsum esse, quod in l. 1. ff. & l. 21. Cod. h. t. frater germanus querelam indistinctè movere poterit. Neque obstat; quod in l. 27. Cod. eod. mentio duntaxat fiat de consanguineis. Fortè enim de his solis Imperator consultus fuit, utpotè de quibus propter unitatem vinculi major erat dubitandi ratio. Plenius & planius D. Doct. Gletle p. m. p. 2. select. q. 8. Dissentit. Clariss. D. Doct. Bassus ad 50. decis. Jusstin. decis. 5. num. 27. & seq. contra communem omnium ferme (proù ipse faterur) interpretum sententiam.

Queritur 5. si duobus hæredibus scriptis alter sit persona turpis, alter honesta, locumne habeat querela inofficiosa? 1. habere, testamentum verò non rescindi, nisi pro eâ parte, quæ tangit personam turpem, quis hæcenus tantum peccavit testator contra officium pietatis, fratri debitum. l. 24. ff. h. t. & ibi Brunneum num. 2. citans pro hæc sententiâ Gomez & Vasquium.

Objicies: paganus non potest partim testatus, partim intestatus decedere. l. 7. ff. de R. F. ergò in propositâ questione aut locum non habet querela, aut, si habet, totum testamentum per eandem rescinditur. 2. Regulam, in antecedente positam, veram esse spectato initio, seu ipsâ ordinatione testamenti, quæ ita fieri non potest, ut quis disponat de unâ tantum parte bonorum, de alterâ non etiam. At ex postfacto potest idem partim testatus, partim intestatus reddi, quia plerumque evenit, ut pluribus litigantibus diversè pronuncientur sententia. l. 1. §. inf. l. 19. d. l. 24. ff. h. t. confer D. Sebast. Mayer sr. de usus. c. 4. assert. 18. num. 31. Brunneum de concursu, cumulatione, & transiitione actionum sect. 2. cap. 3. §. 6.

Queritur 6. an edictum successorium in querelâ locum habeat? sive, 19 quod in idem recidit, admittaturne sequens, si in querelâ præcedens, eandem movere aut nolit, aut tempore exclusus non possit? Sunt, qui sequentes in eodem ordine sequentibus in ordine diverso. Sequentes in ordine eodem negant admitti ad querelam, si priores eandem non moveant. Sequentes in ordine diverso volunt admitti. Ita Bockelmann d. disp. 20. th. 5. Bach. d. disp. 13. th. 5. lit. C. Zoif. ff. h. t. num. 64. Laut. ibid. §. 23. Struv. th. 19. & alii. Sed verior sententia sustinet, illos, & istos admitti. Ita Donellus d. lib. 19. comment. c. 7. Finn. d. lib. 1. select. quest. c. 10. D. Gletle p. 2. select. quest. 9. num. 3. estque teste Bockelmann ubi supra, communis.

Probatum 1. ex l. 14. ff. h. t. ubi expressè decernitur, sequentem in diverso ordine admitti ad querelam, si præcedens accusare nolit, aut non possit: ergo admittitur etiam, si in ordine sit eodem. consequ. prob. ideo sequens in priore casu admittitur, quia præcedens, qui ad querelam regressum non ha-

bet; perinde assimilatur; hocque si non existeret; ergo etiam sequens in casu posteriori ad querelam admittendus erit, quia præcedens, qui ad querelam regressum non habet, præinde censetur, ac si non existeret. *l. 1. §. 5. ff. de conjugendis cum emancipato liberis ejus.*

Prob. 2. ex *l. pen. ff. h. t.* ubi generaliter & indistinctè asseritur, sequentem admittit, si prior accusare nolit, aut non possit: ergo non interest, eandem lineam sequens inhabitet, an divertam; ubi enim lex non distinguit, neque nostrum est distinguere.

Prob. 3. qui de inofficiosa cogniturus est, meritis non minus nepotis, quam delicta patris perpendere tenetur. *l. 3. §. 5. inf. ff. de bon. poss. contra tab.* ergo delicta patris non officiunt meritis nepotis, atque adeò nec obstant, quò minus nepos ex personâ propriâ agere de inofficiosa possit.

Objic. 1. cui non debetur legitima, ei neque competit querela inofficiosa: at vivò filiò, non debetur nepoti legitima; ergo nec competit eisdem querela inofficiosa. *¶ 1.* disting. minorem: at vivò filiò, non debetur nepoti legitima, si filius in ordine ad querelam non reputetur pro mortuo, esto. Si reputetur, nego minorem. Quando filius exheredatus auctorem non vult accusare testamentum patris, aut non potest, in ordine ad querelam & legitimam perinde assimilatur, atque si non existeret, adeoque nepoti non obstat, quò minus ex personâ propriâ, movere querelam possit; quemadmodum idem avo non obstat, quo minus ex personâ propriâ movere querelam possit. *¶ 2.* per retorsionem: cui non debetur legitima, ei neque competit querela inofficiosa: at vivò filiò, non debetur patri legitima; ergo neque competit querela inofficiosa; quod tamen adversarii negant.

Objic. 2. filius exheredatus obstat nepoti, nè rumpat testamentum. *l. 9. §. 2. ff. de liberis & posthumis & c. l. 6. pr. ff. de injusto, rupto & c.* ergo obstat etiam in ordine ad querelam inofficiosa. *¶ 1.* nego, conseq. disparitas est, quòd existente filio, licet exheredatò, nepos intret in locum sui hæredis; adeoque agnoscendo, aut quasi agnoscendo non possit rumpere testamentum. *¶ 2.* At verò queri de inofficiosa ideo potest, quia filiò remediò, præteritio redundat in præjudicium nepotis, qui proinde injuriam, sibi illatam, persequi merito permittitur.

Objic. 3. text. in *l. 34. Cod. h. t.* ubi Imperator verbis disertis testatur, quòd filiò, ante querelam præparatam mortuò, nepotem olim adiutorium omne dereliquerit; ergo nepos non juvatur querelâ inofficiosa. *¶ 1.* dist. conseq. non juvatur querelâ inofficiosa ex personâ alterius, esto. ex personâ propriâ, nego. In oppositâ *l. 34.* sermo est de transmissione querelæ, que negatur habere locum, si filius ante querelam præparatam decesserit: exceptis quibusdam casibus, qui ibidem recensentur. An autem nepos non latentem ex personâ propriâ querelam habeat, ibi non discutitur.

Subiectum passivum querelæ sunt ii, adversus quos datur. Datur<sup>22</sup> autem 1. adversus hæredem, qui ex inofficioso testamento hæreditatem adiit; ante aditionem non datur. l. 8. §. 10. ff. l. 34. l. 36. §. 2. C. h. t. quia, si hæres deficiat, querelâ opus non est, cum hærede recusante, testamentum per se corruat, & successioni ab intestato aperiatur locus, per l. 20. princ. ff. de bonorum possess. contra tabulas. Illud non refert, in testamento inofficioso scripto, an nuncupativo hæres sit institutus. arg. l. 31. in f. Cod. h. t. Institutus sit Imperator, an privatus. d. l. 8. §. 2. ff. cod. utrùm unus ex liberis, an extraneus, aut municipales. l. 31. §. 1. ff. d. t. imò etiam adversus hæredis hæredem competit, ut qui ipsius testatoris hæres censetur. l. 7. in f. ff. de acq. vel omit. hered. l. 194. ff. de R. l. l. 14. Cod. de hered. instit. Etiam contra testamentum illius, qui liberam testandi facultatem à Principe accepit, per l. 3. §. pr. Cod. h. t. Böckelmann d. disp. 20. th. 6. in f. ubi abrogatam contendit l. 3. §. 2. ff. de bonis libert. Nec non adversus fideicommissarium universalem. leg. 1. Cod. h. t. esto in l. 10. & l. 13. Cod. cod. querela saltem contra hæredem institutum competere dicatur? qualis non est fideicommissarius. arg. §. ult. l. de pupill. substis. Nobis enim sufficit, quòd loco hæredis sit, ac post restitutam ex fideicommissio hæreditatem commoda omnia & incommoda hæreditaria in eundem transeant, ipsique actiones utiles accommodentur, directis penes hæredem institutum manentibus. §. 4. infra. de fideicommissariis hæreditatibus. Lauterbach ff. h. t. §. 25.

Sed an etiam contra piam causam in inofficioso testamento hæredem scriptam? Ait Zoësius ff. h. t. num. 28. cum S. Aug. qui in e. ult. caus. 17. q. 4. relatus ait: *quicumque vult exheredato filio hæredem facere Ecclesiam, quarat alterum, qui suscipiat, non Augustinum: imò, DEO propitio, neminem irruet.*

An contra Fiscum? Affirmo, si hæreditas jure successione ad eundem<sup>24</sup> pervenerit. d. l. 10. Cod. h. t. Nego, si fiscus bona hæreditaria ut vacantia occupaverit: vel enim hæres scriptus hæreditatem adiit, & ex terminis constat, bona vacantia vacare: vel repudiavit, & ita destituito testamento filius ab intestato hæres erit. arg. cit. l. 20. ff. de bon. poss. contra tab. Bach. in Treutl. vol. 1. disp. 13. th. 6. lit. C. undè verba finalia in d. l. 10. Cod. h. t. cum Acursio de simpliciter hæreditatis petitione intelligo.

An contra hæredem, cui à filiofamilias peculium castrense aut quasi tale<sup>25</sup> in testamento relictum? n. negativè, per l. ult. Cod. h. t. nè quidem post nov. 115. c. 4. quod de liberis emancipatis exaudiendum. Aliud dicendum de hærede, quem Filiusfamilias clericus in peculio quasi castrensi instituit. nov. 123. c. 19. quâ exceptione sententia nostra egregiè firmatur. Glosse d. p. 2. q. 13. num. ult. in f.

## §. IV.

26 **O**bjectum querele est legitima, nomen hoc trahens ex eo, quod sit quotta legibus præscripta. Definiri potest, quod sit determinata legibus portio, certis personis testamento & ab intestato debita, ac necessarid relin-quenda. Cui legi cunabula sua debeat, nè ope quidem Delii natatoris expediveris. Circà quantitatem ejus jus vetus separantum est à jure novo. Jure veteri quantitas legitimæ erat quarta pars totius hæreditatis, sive, quod in idem recidit, quarta pars ejus, quod ab intestato ad filium erat perventurum. Unde vel unus aderat, vel plures. Si unus, capiebat solus quartam hæreditatis ab intestato debitæ. Si plures, quarta inter eos dividebatur, ac quilibet partem virilem ex illâ auferabat. §. 3. & ult. l. 1. 8. §. 6. & 8. ff. l. 6. & 8. C. h. t. In exemplo: Titius in patrimonio suo numerans 12000. unico filio post se relicto decessit. Jure veteri filio huic nomine legitimæ obveniebant 3000. Fac jam, Titium decessisse 3. filiis post se relictis. His non obveniebant, nisi 3000. ex quibus singuli capiebant 1000. *ad. textibus.* Jure novo aucta est legitima, ac interest, adsintnè liberi 4. aut pauciores, vel plures quatuor. Priore casu triens iisdem debetur, sive tertiâ pars totius hæreditatis. Posteriore casu semis, sive pars media totius substantiæ, juxta vulgatos versus:

*Quatuor aut infra natis dant jura trientem,  
Semissem vero dant natis quinque vel ultra,  
Arbitrium sequitur substantia cætera patris.*

*nov. 18. c. 1. indèque desumpta auth. Novissima lege. Cod. h. t.*

27 Controvertitur, an augmentum legitimæ etiam ad parentes & fratres pertineat? *Harprecht ad §. f. l. h. t.* hos ab illis separat, ac *num. 24.* augmentum ad parentes quidem pertinere asserit, ad fratres verò negat. *num. 30. & seqq.* Nos cum *Max. sæpè d. sr. de testam. valido. l. 12. q. 6. & 7. Clarif. D. Doct. Hermanno Hermes de exhæredatione. parte 5. th. 33. D. Glesle d. p. 2. q. 10. num. 6.* legitimam tum parentibus, tum fratribus auctam contendimus, ac probamus *ex fine d. nov. 18. c. 1.* ubi ita Imperator: *hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiqua quarta ratio de inofficioso lege decreta est.* Atqui ab initio non solis liberis, sed parentibus quoque & fratribus antiquæ quartæ ratio lege decreta est. *d. §. 3. & ult. l. d. l. 8. §. 8. ff. l. 8. l. 31. Cod. h. t. ergo &c.* Deinde ideo liberis aucta est legitima, quia quarta non videbatur sufficiens: at hæc ipsa ratio etiam parentibus & fratribus patrocinator; ergo etiam parentibus & fratribus aucta est legitima. Confirmatur: ideo liberis amplior legitima fuit decreta, quia frequenter eveniebat, ut pluribus eorum existentibus, portio minima singulis obveniret: at hæc ipsa ratio suffragatur etiam parentibus & fratribus. Fac enim, decedere aliquem, relicto avo & aviâ paternâ ex unâ, avo & aviâ maternâ ex alternâ parcer

hog

hoc casu si quarta tantum omnibus debeatur, portio minima singulis obveniet.

Objic. 1. rubrica & inscriptio *d. nov. 18.* de solis liberis concepta est: 28 ergo etiam dispositio ejus ad solos liberos pertinet. R. à rursus non semper legitimum duci argumentum, nisi respondeat nigro. Esto enim inscriptio *d. nov.* de solis liberis concepta sit; *in f.* tamen *c. 1.* verbis generalibus subnectitur, quod de augmento legitimo dictum, id porrigendum esse ad personas omnes, quibus initio quarta lege decreta erat. Cum ergo non liberis tantum, sed parentibus etiam, & fratribus initio quarta lege decreta fuerit, solidè concluditur, ad omnes dispositionem *d. novella* pertinere.

Objic. 2. ideo liberis aucta est legitima, quia vivis jam parentibus Domini quodammodo aestimantur bonorum paternorum. *l. 11. ff. de liberis & posthumis & c.* sed ratio hæc non pertinet ad parentes & fratres: ergo neque augmentum legitimæ ad eosdem pertinet. R. ad majorem, rationem ibidem allatam tantum esse minus principalem, ob quam motus fuit Justinianus, ut à jure veteri, hoc in passu recederet; principalis autem fuit, quia in universum legitima, jure antiquo decreta, eidem visa est insufficientis.

Objic. 3. *nov. 39. c. 1.* ubi de liberis saltem dicitur, quod in triente aut semisse instituendi sint: ergo ad parentes & fratres augmentum legitimæ non pertinet. R. dici quidem de liberis, trientem aut semissem illis relinquendum esse; interim tamen non asseri, quod parentibus & fratribus minor portio sufficiat.

De eo non minus disceptatur, utrum legitima, filiis debita, jus accrescendi admittat? R. minuendam admittere, augendam non etiam; sive (ut me magis explicem) filius justè exheredatus non facit partem reliquis, seu, quod in idem recidit, in filiorum numero, quaternarium non excedente, censendus non est ad minuendam aliorum filiorum legitimam portionem: Sicut nec censendus est in numero filiorum quoad augendam, si numerus quaternarium excedat. Ita *Fach. 4. controu. cap. 31.* *Hauhold de F. & F. tr. 6. c. 8. controu. 3. num. 493. & seqq. Berlich. p. 3. concl. 12. num. 9. Carpzov. F. F. p. 3. cons. 10. def. 12. & seq. Manz. de testam. valido & invalido. tit. 12. q. 4. Franc. Duarenus de jure accrescendilib. 1. cap. 14. in f. Goshofredus ad l. 21. ff. de jure patronatus lit. A.* Probatur sententia quoad primum membrum 1. ex *d. l. 21. §. 2. ff. de jure patronatus*, ubi Jctus Hermogenianus ait, quod in legitimâ patrono debitâ jus accrescendi locum habeat: ergo multò magis locum habebit in legitimâ debitâ filiis.

Prob. 2. ex *nov. 22. cap. 21. in princ. & cap. 47. in princ.* ubi expressè dicitur, quod pars ingrati & exheredati non ingratæ accrescat, & lucro eorum cedat, qui digni sunt, & benè merentes. Ita enim sonant verba in cit. locis: *si quis enim ex eis ingratus videtur, primum hoc aliis damnum nihil tale agentibus, ut & alios corripiamus parentes honorare,*

*§ ad fratrum exemplum respicere.* Hæc in *d. c. 21. pr.* Deinde in *cit. c. 47. pr.* ejus enim (puta ingrati) portio tam ad reliquos fratres, quam ad matrem veniat. Prob. 3. si unus filiorum ex numero, quaternarium non excedente, fuisset mortuus, superstites accepissent totum trientem. *nov. 18. cap. 1.* ergò etiam accipiunt totum trientem, si unus filiorum ex numero, quaternarium non excedente, justè sit exhæredatus, quia justè exhæredatus habetur pro mortuo. *l. 1. §. 5. ff. de conjung. cum emancipato liberis ejus.* saltem quoad successionem, cujus (ut *Manz. ubi supra num. 12.* benè advertit) pars est legitima. Prob. 4. non videtur verosimile, quòd quis propriam sobolem extraneis velit posthabere. Seu, ut cum Justiniano loquar in *l. 30. in f. Cod. de fideicommissis.* non videtur testator alienas successiones propriis antepone: essetque futura magna iniquitas, si portio filii exhæredati potius obveniret extraneo Instituto, quam fratribus: ergò in ordine ad minuendam legitimam jus accrescendi locum habet. Probatur nunc sententia etiam quoad alterum membrum 1. quando ex quinque filiis unus justè exhæredatur, tunc exhæredatus nec partem facit reliquis, nec ad partem admittitur, sed habetur pro mortuo. *d. l. 1. §. 5. ff. de conjungendis cum emancipato liberis ejus.* adeoque numerus quaternarius reducit ad quaternarium: atqui numero quaternario non debetur nisi triens. *nov. 18. c. 1.* ergò justè exhæredatus non est censendus in numero filiorum quoad augendam legitimam, si numerus quaternarium excedat. Prob. 2. idèd numero liberorum quinario, & ultra, aucta fuit legitima, quia triens videbatur insufficientis, portione minimâ singulis obventurâ. *d. nov. 18.* atqui uno eorum justè exhæredato cessat hæc ratio, quia exhæredatus habetur pro mortuo: ergò etiam cessat jaris dispositio.

30 Ex his colligitur primò, quòd, si pater reliquerit tres filios, & justam ob causam unum ex eis exhæredaverit, aliorum duorum legitima integer triens futurus sit, æqualiter inter ipsos dividendus, ita, ut quisque non tertiam tantum partem trientis, sicuti tunc, cum tres filii concurrunt, sed dimidiam sit habiturus. Colligitur secundò, quòd, si in dicto casu pater, uno ex tribus filiis justè exhæredato, reliquos duos in re particulari, vel in legitimâ tantum instituisset, & eis cohæredem universalem dedisset, isti duo integrum trientem consequantur. Colligitur tertio, quòd, si pater habeat quinque filios, & unum vel plures exhæredaverit, legitima filiorum non exclusorum non sit semis, sed tantum triens. Sed

31 Objic. contrà prius membrum responsionis nostræ 1. si testator expressit, quid fieri de legitimâ deficiente debeat, tunc non potest legitima aliis accrescere: atqui in dato casu expressit, quòd legitima deficiens obvenire debeat hæredi scripto, secus enim eundem non scripisset; ergò &c. *¶* ad minorem, testatorem per hoc, quòd loco exhæredati filii extraneum hæredem scripserit, fat clarè non expressisse, quòd legitima deficiens obvenire debeat

debeat hæredi scripto, eum in *d. nov. 22. c. 21. §. 47.* (quam testator evitare non potest, quod minus in ejus testamento locum habeat. *arg. l. 55. ff. de legat. 1.*) dicatur, quod culpa filii exhæredati cedat lucro filiorum gratorum, & quod portio exhæredati aliis accrescat. Estque longè credibilis, testatorem maluisse, portionem ingrati liberis gratis, quàm extraneis obtinere.

Objic. 2. hæredibus particularibus non competit jus accrescendi. *l. 20. ff. de legat. 2.* filii in re certâ instituti sunt hæredes saltem particulares; ergo &c. *¶.* distinguendo majorem: hæredibus tam potentialiter, quàm actualiter particularibus non competit jus accrescendi, concedo, hæredibus actualiter tantum particularibus, potentialiter autem universalibus, non competit jus accrescendi, nego. Duobus Dominis communis servi, de quibus in *d. l. 20.* agitur, non potest acquiri, nisi pro partibus dominicis. *L. 5. ff. de aq. rerum dominio.* filii autem ratione legitimæ sibi debitæ sunt potentialiter successores universales.

Objic. 3. contrà posterius membrum responsionis: in querelâ in officioso testamenti locum habet jus accrescendi. *l. 16. pr. l. 17. pr. l. 23. §. f. ff. h. r.* ergo etiam locum habet in ordine ad augmentum legitimæ. *¶.* neg. conseq. quando in querelâ inofficiosi testamenti jus accrescendi per citatos textus admittitur, admittitur eo casu, quo pater duobus vel pluribus filiis exhæredatis legitimam nulli reliquit; tunc enim, quis in querelâ uterque concurrat, & omnes quasi conjuncti sunt, locum habet jus accrescendi. *ad textibus.* At verò præsens questio procedit de casu, quo unus ex liberis justè fuit exhæredatus, & reliqui in legitimâ instituti, ubi proinde exhæredatus habetur pro mortuo, adeoque fieri non potest, ut censeatur in numero filiorum quoad augendam legitimam. Confer. *Berlich. d. concl. 12. num. 15.*

Objic. 4. si quintus filius non fuisset exhæredatus, reliqui accepissent semissem: ergo eundem etiam accipiant, esto quintus fuerit justè exhæredatus, nè alioquin exhæredatio vergat in evidens damnum reliquorum, quibus multum decreveret, quod videtur intolerabile. *¶.* neg. conseq. ad rationem assignatam dico, damnum, quod adducitur, esse merè accidentale, nec provenire præcisè ex exhæredatione, sed ex variatione numeri filiorum, quæ ipsa filiis facilè lucrosa esse potest. Fac enim, ex octo filiis, quibus aliàs semissem nomine debeantur 600. quatuor exhæredatos fuisse: nunquid ex reliquis, quibus juxta nostram sententiam tricenis nomine ex asse 1200. florenorum debentur 400. singuli accipient 100. cum tamen, si nullus exhæredatus fuisset, singuli saltem 75. accepissent. Patet igitur, causam damni malè refundi in ipsam exhæredationem, sed esse merè per accidens, quod cæteri non exhæredati damnum vel lucrum sentiant, qui proinde, sicuti in casu à nobis nunc formato optarent, exhæredatos haberi pro mortuis, ita debent in casu ab adver-



hæris opposito non aliud velle, ut sit uniformitas, & ex hæredati nunquam censeantur in numero filiorum, sed habeantur pro mortuis, per jura superius *num. 29.* allata. Dissentit *D.D. Glorie d. q. 10. num. 14. & seqq.* ac alii ibidem *num. 11.* à ipso relati.

## §. V.

33 **F**orma querelæ stat in modo deducendi illam in judicium. Ubi rursus divortium constituendum inter jus novum & vetus. Jure veteri ipse querelam movens probare tenebatur, se fuisse morigerum, nisi hæredes scripti contrarium mallent ostendere. *l. 5. §. 1. ff. l. 28. Cod. h. t.* Jure novo interest, quis moveat querelam, filius aut pater, an frater. Si filius aut pater, necesse non habet probare, se fuisse morigerum, sed ipse hæres scriptus ingratitudinem docere tenetur. *nov. 115. c. 3. & 4. circa f.* Si frater, tenetur onus probandi hodiè que in se sulcipere, accusas ingratitudinis à se remove, cum in *d. nov. 22. c. 47.* causæ quidem recenscantur, ex quibus frater à fratre justè repellitur, non tamen hæredi scripto injungitur, ut fratre querelam movente elogium probet: ergò cum jure veteri frater querelam movens causas ingratitudinis debuerit à se remove, hodiè que debet, *arg. l. 32. in f. Cod. de appell.*

## §. VI.

34 **E**ffectus querelæ alius est, si actor succumbat, alius, si vincat. Si succumbat, non potest ex eo testamento quidquam petere, sed relictis veluti indignus privatur, nisi ante sententiam destiterit, aut errore probabili ad accusandum processerit, vel solennia magis, quam judicium defuncti impugnaverit. *l. 8. §. 14. ff. h. t. l. 5. §. 1. l. 24. ff. de his, qui ut indignis & c.* Si vincat, testamentum rescinditur, resque deducitur ad causam intestati. *d. l. 8. §. pen. l. 13. l. 28. ff. h. t.* Ubi tamen non satis expeditum, solinè actori querela proficit, an aliis etiam, quibus jus competit succedendi àb intestato? *¶.* prodesse soli actori. Si enim simul admitterentur, qui aliàs àb intestato succedunt, lex, quæ certis personis querelam defert, verbis, non rebus esset posita, cum planè non interfit, jure querelæ, an viâ aliâ ad successionem pertingant.

Objic. everso per querelam testamento, res reducitur ad causam intestati: ergo querela proficit omnibus, quibus jus competit succedendi àb intestato. *¶.* dist. antec. everso testamento, res reducitur ad causam intestati, in ordine ad illum, qui movit querelam, esto, absolutè & simpliciter, nego antec. & conseq. per querelam non evertitur testamentum, nisi in quantum est inofficiosum, adeoque non evertitur quoad eos, qui jus querendi non habent, quia in ordine ad hos non censetur inofficiosum. Hinc non succedunt simul illi, qui àb intestato cæteroquin admittuntur, quia in ordine ad hos testamentum eversum non censetur. *Sirrv. ff. h. t. l. 24. & in evolut. contrav. ibid.*

Quod si is egerit de inofficioso, qui jus querendi non habuit, & societas iudicis, auctororum, ad quos res pertinet, vicerit, multum interest, totumne testamentum impugnaverit, an specialiter unum heredem sibi elegerit. Priore casu victoria non ipsi prodest, sed proximioribus ab intestato, quia res deducitur ad causam intestati; si non simpliciter, certe in ordine ad illos, qui jus querendi habent. *l.6. §.1. ff. h.t.* dum enim totum testamentum arguitur inofficiosum, censetur iudex id rescindere quoad omnes, respectu quorum est inofficiosum. *d. l.6. §.1.* Posteriore casu victoria ipsi prodest, quia proximiores ab intestato non admittuntur hoc casu, cum testamentum pro parte maneat: adversus illos autem, quos res concernit, defenditur victor auctoritate rei iudicatae. *l.25. §.1. ff. h.t. Struv. ibid. tb. 25. Zoëf. ff. eod. num. 42. & seq.*

## §. VII.

**C**ontraria querelæ sunt impedimenta ejus. Impeditur autem vel initio; statim, nè nascatur, vel jam nata tollitur. Initio nè nascatur, impeditur vel ex persona testatoris, vel ex heredati. Ex personam testatoris vel ob privilegium, quo munitus est, vel ob factum aliquod. Ob privilegium testatoris impeditur 1. si miles jure militare vel communi testamentum fecerit. *l.8. §. 4. ff. l.9. l. 24. Cod. h.t.* 2. Si pater filio impuberi pupillariter substituerit: hoc testamentum siquidem nec mater impuberis aut frater, nec frater testatoris arguere potest inofficiosum. Non mater impuberis aut frater, quia à patre confectum est vi potestatis patris. Non frater testatoris, quia, effectum si spectes, ab ipso impubere confectum censetur. *d. l.8. §. 5. ff. h. t. c. 1. de testamentis in 6. Donellus 19. Comment. c. 5. Fach. 4. contr. c. 42. Carpzov. p. 3. F. F. constit. 8. def. 1. Struv. ff. h.t. tb. 39. Laut. vol. 4. disp. Tub. 10 c. 5. §. 2.* qui auctores addunt, nè quidem in foro conscientie matri hoc casu deberi legitimam ex bonis filii impuberis. Dissentit *Brunnemann ad d. l.8. §. 5. ff. h.t.* sed absque sufficiente fundamento. Ob factum testatoris impeditur querela, nè nascatur 1. si pater filium exheredaverit non notæ causâ, sed ut eidem consulere, ac prodesset. *l. 16. §. 2. ff. de curat. furios. l. 18. ff. de lib. & posth. l. 12. §. 2. ff. de bonis libert.* Exemplum huiusmodi exheredationis potest esse in mercatore satis divite, qui, ut filio suo impuberi consulat, quid agit? filium exheredat, & alium, fortè cognatum, heredem instituit, ut ad 10. 12. vel 20. annos mercaturæ præsit, donec filius ad eam ætatem pertingat, quâ ipse mercaturam exercere valeat. Vide omnino *Brunnemann ad d. l. 18. ff. de liberis & posthumis & c. & ad l. 25. Cod. h.t. Mascard. de probat. vol. 2. concl. 714. num. ult. Menoch. lib. 4. præsumpt. 28. num. 6. & seqq.* 2. Si testator clausulam codicillarem testamento adjecerit: nam potestate huius clausulæ convertitur testamentum in codicillum, censetur que filius ab intestato rogatus, ut retentâ legitimâ residuum scripto heredi restituat, per *l. 29. §. 1. ff.*

*qui testam. facere &c. l. 3. in f. ff. de testam. milit. l. ult. §. 1. Cod. de Codicillis. D. Glesle assort. jurid. 71. & d. p. 2. select. q. 12.*

Dices: quando in testamento inofficioso fideicommissum relinquitur, ac ab intestato præstari jubetur, hæres legitimus id præstare non tenetur, quia censetur à demente relictum. *l. 13. ff. h. r.* ergò testamentum inofficiosum per clausulam codicillarem non stetit in Codicillum. *w. ad antec. textum in d. l. 13.* procedere saltem secundum jus vetus, quo legata & fideicommissa, testamento inofficioso adscripta, idcirco erant infirma, quia testamentum totum à demente censebatur confectum. At hodie testamentum inofficiosum non evertitur tanquam confectum à demente, ideoque tum legata, tum fideicommissa retinent firmitatem, ac inconcussa manent, esto testamentum per querelam fuerit eversum. *nov. 115. c. 3. & 4. in f. supra de exheredat. lib. p. 2. §. 6. num. 13. à nobis citatà.*

Instabis: corruente principali corruunt etiam accessoria. *l. 128. §. 1. l. 178. ff. c. 42. de R. l. in 6.* ergò corruente institutione hæredis corruunt etiam legata & fideicommissa tanquam accessoria. *n. dist. consequens,* ergò corruente institutione simpliciter & omni respectu corruat etiam fideicommissa &c. esto, corruente institutione certo duntaxat respectu, nego consequentiam. Quando institutio hæredis evertitur, non evertitur simpliciter, sed in tantum, in quantum præjudicat filio; quatenus verò consideratur ut fundamentum, ex quo capitula pendunt alia, non evertitur, cum hætenus iniquitatem non contineat, nec in præjudicium filii redundet. *Confer. Manz. tr. de testam. valido tit. 9. q. 8.*

Ex persona filii exheredati impeditur querela, nè nascatur 1. si filius saltem in parte legitimæ sit institutus, tunc enim querelâ quiescente agit ad supplementum. Textus in rem hanc dedimus *superius de exhered. lib. p. 1. §. ult. num. 6.* Differt autem actio ad supplementum seu condictio ex *l. 30. C. h. r.* non uno modo à querela inofficij, nam 1. querela est actio realis: actio ad supplementum personalis. 2. Illa terminatur quinquennio: hæc juxta communissimam DD. sententiam est perpetua. *arg. l. 1. §. 1. Cod. de annali except. l. 2. Cod. de constit. pecunia, & l. 3. Cod. de præscript. 30. vel 40. annorum.* Esto dissentiat *Bartolus in l. 34. Cod. h. r.* ubi dicitur, quòd, quando filio aliquid testamento relictum est, nepos agere possit ad supplementum, nisi pater ejus quinquennio exclusus fuerit. Nam in memoratâ lege non dicitur, actionem ad supplementum excludi quinquennio, sed nepotem agere non posse ad supplementum ex personâ patris sui, si in testamento avi huic aliquid relictum fuerit, aut si querelam repudiaverit, vel quinquennio non egerit. *DD. Bassus d. decis. 5. num. 5.* Minus ad rem dixerit *Bartolus*, si dixerit, actionem suppletoriam non diutius duraturam querelâ, quia in hujus locum surrogata fuit. Surrogationem enim hanc falsam esse, vel exinde liquet, quia

quia querela eò tendit, ut testamentum evertatur, actio suppletoria, ut conferretur. 3. Querela odiosa, atque adeò strictæ interpretationis: actio ad supplementum favetabilis, & ideò effusius interpretanda. 4. Qui agnovit, quod testamento sibi adscriptum est, perdit querelam: actionem ad supplementum non perdit. *l. 35. §. 2. Cod. h. t. Confer D. Bassum d. num. 5. 2. impeditur querela ex personâ filii exhæredati, si remedio alio ad successionem pertingere valeat. §. 2. l. 18. §. 15. l. 23. princ. ff. h. t. querela siquidem remedium est extraordinarium & subsidiarium, adeoque non datur, si jure communi quis sufficienter tutus sit. arg. l. 16. princ. ff. de minoribus. Hinc si filius testamentum nullum, si ruptum, vel irritum possit arguere, inofficiosum non accusabit, nisi fortè ex justâ causâ dubitet, sitrè remedium illud aliud æquè pingue ac proficuum; tunc enim in ejus stat arbitrio, querelam inofficiosi, an remedium aliud movere velit. l. 8. §. 12. ff. l. 16. Cod. h. t. & arg. l. 3. §. 1. ff. nauta, campones, stabularii &c.*

Querela jam nata tollitur vel dependenter à voluntate exhæredati, vel independenter. Dependenter, si eandem repudiet. Repudiatur autem, quandòque expressè, quandòque tacitè. Expressè, si quis declaret, quòd illâ uti nolit, aut jam mortam deserat. *d. l. 8. l. 1. §. 1. l. 27. princ. ff. cod. Tacitè, si quis testamento relictum ultrò ac sinè necessitate officii capiat. l. 8. §. 10. l. 10. §. un. l. 12. princ. l. 23. §. 1. l. ult. ff. l. 8. §. un. Cod. d. t. Ex necessitate officii relictum si quis capiat, fortè quòd tutor sit aut curator, testamentum nomine proprio arguere inofficiosum non prohibetur. §. 4. & 5. l. h. t. l. 5. §. 9. & 13. ff. de his, qua ut indignis, &c.*

Independenter à voluntate exhæredati tollitur querela 1. lapsu quinquennii àb aditâ hæreditate numerandi. *d. l. 8. §. ult. ff. l. 34. inf. l. 36. §. ult. in princ. Cod. h. t. 2. Morte: cum differentiâ tamen inter filios & extraneos: Si filius decedat, querelam ad posteros suos uno saltèm casu transmittit, esto neque oblatione libelli, neque denunciatione futuræ controversiæ preparatam. *d. l. 34. l. 36. §. 2. Cod. h. t. Videantur omninò Joan. Casparus Brendel de querelâ inofficiosi testamenti §. 19. Gletle d. p. 2. q. 9. num. 4. object. 2. Laur. ff. h. t. §. 23. ubi ponit illum unicum casum. Alii ante preparatam si decedant, ad hæredes eandem non transmittunt. l. 6. §. ult. l. 7. ff. l. 5. C. h. t. querela enim non ab similibus est actioni injuriarum, quæ dissimulatione aboletur. In quo rursus discrepat àb actione ad supplementum, quæ ad instar aliarum actionum, etiam non preparata, transit ad quemcunque hæredem. Berlich. pract. concl. p. 3. concl. 13. num. 5.**



# TITULUS XIX.

## DE HÆREDUM QUALITATE ET DIFFERENTIA.

### SUMMARI A.

1. *Explicatur jus hæredis necessarii tantum.*
2. *Hæredis sui & necessarii.*
3. *Hæredis extranei, ubi etiam definitur & dividitur aditio hereditatis.*
4. *Quo semel adita non nisi à certis personis amplius repudiari potest.*
5. *Hæreditas non adita regulariter non transmittitur ad hæredes.*
6. *Afferuntur casus excepti.*
7. *Describitur jus deliberandi.*
8. *Adducuntur effectus illius.*
9. *Descriptio inventarii.*
10. *Proponuntur commodariè confecti, & incommoda neglecti inventarii.*

### §. Unicus.

**E**ffectus testamenti sive solenniter, sive insolenniter conditi est, ut inde acquiratur hæreditas hæredi instituto, quæ acquisitio pro diversitate hæredum, quorum quidam necessarii, nonnulli sui & necessarii, alii extranei dicuntur. *prin. Inst. h. t.* aliter fit ex parte hæredis necessarii tantum, aliter ex parte necessarii & sui, aliter ex parte hæredis extranei; & quidem

1. **I.** Necessarius hæres (qualis est servus à Domino suo hæres institutus & cui non aliunde debetur libertas, quam ex isthac institutione, & qui adhuc tempore mortis domini servus ejus est) omnino post mortem testatoris protinus & liber est, sive cum, sive sine libertate institutus fuerit. §. 1. *l. b. r. §. 1. & 2. l. quibus ex causis manumittere &c. prin. & §. 1. l. l. 6. §. ult. l. 84. ff. de hæred. instit. l. 58. ff. de acq. vel omit. hæred. l. pen. Cod. de necess. servo hæred. instit. &*, sive velit, sive nolit, necessarius hæres est, hoc sensu, quod protinus à morte testatoris solâ juris autoritate sine ullo facto suo hæres sit. *dd. tex. ribus.* quæ necessitas usque aded rigorosa est, ut neque beneficium abstinendi habeat servus sic institutus. *l. 57. §. f. ff. de acq. vel omit. hæred.* Planè si cogæredem aliquem sibi adscriptum haberet, tunc esset prædicta necessitas interim in pendentem, donec constaret, illum alium nolle hæredem esse. *d. §. 1. l. quibus ex causis manumittere &c.*

2. **II.** Hæres suus & necessarius simul (qualis est, qui proximè in patriâ potestate defuncti tempore mortis ejus, vel saltem tempore delatæ hereditatis est, puta, filiusfamilias, filiafamilias, cæterique liberi proximè in familiâ defuncti constituti) protinus à morte patris ipso jure, sine ullo vel suo vel alterius facto, sine aditione, sine gestione pro hærede, etiam ante apertas tabulas, & igno-

& ignorant, patrem decessisse, aut voluntate carens, tam ab intestato, quam ex testamento, siue velit, siue nolit, hæres est. *§. 2. l. h. t. §. 3. l. de hered. qua ab intest. l. 63. ff. de acq. vel omis. hered. l. 14. ff. de suis & legit. hered. l. 3. Cod. de iure deliberandi.* Cuius tamen necessitatis rigorem mitigavit Prætor, datâ suis & necessariis hæredibus potestate abstinendi; quo beneficio illi effugiunt necessitatem subeundi onera hæreditaria. *d. §. 2. inf. l. h. t. d. l. 17. princ. ff. de acq. vel omis. hered. l. 89. ff. de legat. 1.* Et ex necessariis evadunt voluntarii, non tamen extranei, utpotè suitate intactâ permanente, quippe quæ maximâ parte respicit utilitatem liberorum, quibus prodesse Prætor voluit, non obesse. *l. 12. ff. de vulg. & pupill. substit. confer n. ult. in f. §. 9. supra de vulg. substit.*

III. Hæres extraneus neque ipso iure hæres est, neque necessariò hæres existit, sed potest suâ spontè vel adire hæreditatem, vel repudiare. *§. 5. l. h. t.* adeoque, ut evadat hæres, aditione eget, quæ in genere nihil est aliud, quam declaratio voluntatis de eo, quòd quis velit hæres esse; ac scinditur in aditionem in specie, & gestionem pro hærede. Aditio in specie est, cùm quis verbis declarat, se velle hæredem esse, quòd mutus & surdus utique nequit facere. *§. ult. l. h. t.* Pro hærede gestio est, cùm quis idem declarat factò aliquo, unde prudenter possit colligimus acquirendæ hæreditatis, ut si quis res hæreditarias distrahat, ædes inhabitet, agros colat, æs hæreditarium solvat, debita exigar &c. *d. §. ult. l. 20. ff. de acq. vel omis. hered.*

Quocunque autem ex his modo hæreditas semel adita fuerit, iterùm omittitur aut repudiari nequit. *d. §. 5. l. h. t. l. 4. Cod. de repudiandâ vel abstinendâ hæreditate. l. 10. Cod. de iure delib.* Excipiuntur pupilli & minores, qui, si temerè adierint damnosam hæreditatem, in antiquum statum reponuntur mediante restitutione in integrum contrâ aditionem factam. *d. §. 5. l. h. t. l. 7. §. 8. ff. de minoribus. d. l. 57. §. 1. ff. de acq. vel omis. heredit.*

Quòd si fortè hæres moriatur, antequam hæreditatem suscipiat, vel omittat, non transmittit eam in successores suos; hæreditas enim non adita per se loquendo non transmittitur. *l. un. §. 5. Cod. de caducis tollendis. rationem reddit Hannold de F. & F. tr. 6. n. 596.* Et quidem, ut ipse scribit, fundamentalem, quia jus ad eundem hæreditatem re ipsâ aliud non est, quàm jus disponendi de hæreditate conditionatum, & dependens à voluntate hæredis, quâ acceptet hæreditatem sibi oblatam: quando ergo non voluntate hæredis, neque re ipsâ, quia hæres defunctus est, antequam hæreditatem acceptaret, neque fictione juris, quâ hæreditas habetur pro acceptatâ in suis hæredibus; tunc jus illud expirat. Unde non est mirum, quòd ad hæredes nequeat transmitti; sicut, quando quis mihi offert donum, habeo quidem jus acceptandi, vel non acceptandi; at, si non acceptem, non transmittitur jus acceptandi ad hæredem, quia meum jus acceptandi re ipsâ nihil aliud est, quàm jus disponendi de

bono oblato : si tamen acceptem , & valiam esse dominus ejus ; quod si non acceptem , deficit conditio disponendi , & jus illud , quod offibus meis inhaerebat , evanescit . Unde etiam , si semel repudiasset , non haberem postea jus , iterum acceptandi .

6. Dixi supra , *per se loquendo* . Nam excipiuntur tres casus , quibus hæreditas , etiam necdum adita vel quaesita , transmittitur . Primus est in suo hærede : is enim mortuus ante immixtionem vel abstentionem hæreditatis paternæ transmittit illam hæreditatem in quoscunque hæredes , etiam extraneos , jure sui iuris . *l. 8. Cod. de suis & legitimis liberis* . ratio est , quia tuus hæres ipso jure , sine ullâ immixtione vel acceptatione , hæres est , & dominus rerum paternarum , adeoque mirum non est , quod dominium jam quaesitum transmittat in quoscunque successores . Unde simul colligitur , hanc non esse propriam exceptionem à superiore regulâ , quippe quæ sonat de hæreditate necdum acquisitâ . Eckolt *ff. de a. vel o. hered. §. 6.* Secundus casus est in descendantibus defuncti : hi enim hæreditatem ascendentium , quamvis necdum aditam , jure sanguinis transmittunt in liberos suos , sine discrimine sexûs , gradûs , & familiæ , sed non in hæredes extraneos . *l. un. Cod. de his , qui ante apertas tabulas &c.* ubi simul ratio additur , quia perindignum est , ob causas fortuitas , casûsve humanos , nepotes aut neptes , pronepotes aut proneptes , avitâ vel proavitâ successione fraudari , aliosque adversus avitum vel proavitum desiderium insperato hæreditatis commodo gaudere , sed liberos potius habere solatium tristitiæ suæ , consentaneum est .

Tertius casus est in omnibus aliis hæredibus : nam , si hæres qui unquam , sive ex testamento , sive ab intestato , sciens , hæreditatem sibi delatam esse , & de eâ adeundâ deliberans , moriatur intra annum , ad deliberandum datum , transmittit jus deliberandi & adeundi hæreditatem ad hæredes quoscunque , ita , ut ipsi cedat totum tempus residuum , quod defuncto iure erat ad deliberandum . *l. 19. Cod. de jure deliberandi* . Cæterum , quia res plena periculi est , adire hæreditatem , cum aditio ista æquè damnosa esse possit , quam lucrosa ; ideo , nè vel damnosa hæreditas etiam à majoribus temerè adeatur , vel lucrosa temerè spernatur , duplici remedio huic fini prospectum est , uno , quod dicitur jus deliberandi , altero , quod beneficium inventarii , de quo relativè *in §. pen. l. h. e.*

7. Jus deliberandi est facultas hæredi suo & extraneo , legitimo & testamentario , instituto & substituto , civili & prætorio , directo & fideicommissario , sive ex asse , sive ex parte scripto , imò etiam hæredis hæredi , & Domino , cujus servus hæres scriptus est , eo sine competens , ut is intra annum , si tempus peteretur à principe , aut intra 9. menses ; si à iudicibus aliis , vires patrimonii defuncti explorare , rationes ejus & instrumenta hæreditaria inspicere , sicque secum expendere & consultare possit , ut sibi expediat , hæreditatem adire ,

adire, nec ne. l. 1. *princ.* l. 5. *pr.* l. 8. 9. & 10. ff. l. 19. l. ult. §. 1. & 17. *Cod. de jure deliberandi.* l. 69. ff. *de acq. vel omis. her.* l. 2. §. 2. ff. *de bonorum possess. secundum tabulas.*

Effectus hujus juris sunt 1. quod hæres, si intra tempus debitum non declaraverit voluntatem suam de advenâ hereditate vel repudianda, obligetur omnibus creditoribus hereditariis in solidum, perinde, ac si adisset. *d. l. ult. §. pen. Cod. de jure deliberandi.* 2. Quod pendente deliberatione nec creditor hereditarius pignus possit distrahere, neque hæres quidquam ex bonis hereditariis alienare aut deminuerè, neque actiones exercere sine decreto Prætoris & causæ cognitione. *d. l. 5. §. 1. l. 6. l. 7. §. 2. ff. d. t.* 3. Quod hæres decedens intra tempus deliberandi jus residui temporis transmittat in hæredes quoscunque. l. 19. *Cod. d. t.* Plures effectus addentur Eckok. *f. de jure delib. §. 6.*

Planè juxta hoc deliberandi ita demum necessarium est hæredi, sit si, qui urgeat aditionem, puta, substitutus, hæres àb intestato, creditores &c. Nemine urgente potest hæres quocunque tempore adire hereditatem, vel recusare. l. 9. *Cod. d. t.* Cæterùm, sicut omni alii juri, ita etiam juri advenâ hereditatis 30. annorum spatium præscribitur. *arg. l. 3. Cod. de præscript. 30. vel 40. annorum.*

Inventarium est omnium hereditariorum rerum, mobilium & immobilium, corporalium & incorporalium, propriarum & alienarum, in quibus semper defunctus jus reale vel personale habuit, àb hærede intra 3. menses ex tempore, quo scit, hereditatem sibi delatam esse, computandos, aut, si longius distet à loco, ubi hereditas vel major pars ejus sita est, intra annum numerandum à tempore mortis testatoris legitimo modo conditum repertorium. *d. l. ult. §. 2. & 3. Cod. de jure delib. Perez. ibid. n. 9. vide omnino Joannem Fuchsen in methodica per causas tractatione de inventario.*

Effectus alius est inventarii ratè facti, alius neglecti. Effectus prioris generis est, 1. Quod hæres, cum hoc beneficio hereditatem adiens, per omnia servetur indemnis. *d. l. ult. §. 4. & pen.* 2. Quod de legatis, quibus forte hereditas exhausta est, possit detrahere falcidiam. *d. §. 4. nisi forte testator id prohibuerit. nov. 1. c. 2. §. 2.* 3. Quod jura & actiones, quas contra defunctum habuit, retineat salvas & integras, cessante omni confusionis effectui, possitque ad eò sibi etiam solvere eo loco ac ordine, quo venit in classè creditorum, consequenter duplicem personam gerere, debitoris scilicet, ut est hæres, & creditoris. *d. l. ult. §. 9.* 4. Quod possit deducere & retinere, quidquid impendit in suavis, in testamenti insinuationem, in confectio-nem inventarii, vel alias necessarias causas hereditatis. *d. §. 9.* 5. Quod hæres ignorans, esse alios potiores creditores, possit prius venientibus creditoribus & legatariis satisfacere, nec à postea venientibus eò nomine inquietari,



tari, sed hi debent convenire illos, qui in ipsorum præjudicium solutum acceperunt. *d. l. ult. §. 4. & aliquos seqq. 6.* Quòd, si post mortem defuncti quid pereat de bonis hæreditariis sine culpâ hæredis, id non pereat hæredi, sed creditoribus & legatariis. Colligitur ex eo, quòd Imperator confectio inventariò velit hæredem per omnia servari indemnem. *d. §. 4. Mel. tr. 2. de I. & I. disp. 216. n. 10. Hannold. de F. & F. tr. 6. cap. 10. contr. 4. n. 653.*

Effectus posterioris generis est, quòd hæres neglecto inventario teneatur ad omnia onera hæreditaria, & nempe creditoribus defuncti ad solvenda integra debita, item legatariis ad solvenda integra legata, sive hæreditas his omnibus sufficiat, sive non, adeoque, si non sufficiat, tenebitur hæres de propriis bonis satisfacere in poenam neglecti & quasi contempti beneficii inventarii. *d. l. ult. §. 12. & 14. d. nov. l. c. 2. §. 2. in princ.*

## TITULUS XX. DE LEGATIS.

### SUMMARIA.

1. Ratio ordinis assignatur. 2. Vocabulum legati unde derivetur? 3. Quòd modis legatum sumatur? 4. Affertur ejus definitio. 5. Adducuntur 4. legatorum genera. 6. Legari potest omnis, qui habet jus testandi. 7. Onerari legato potest, qui à defuncto est honoratus. 8. In genere legari potest ei, qui habet testamenti factionem passivam. 9. & 10. In specie potest posthumo alieno, persona incerta, servo Religioso, domino servi qui heres scriptus, uni, & pluribus, atque his vel disjunctim, vel conjunctim. Conjuncti sive re & verbis simul, sive re tantum, gaudent jure accrescendi. 11. Adducuntur Auctores, negantes, quòd conjunctio verbalis tantum operetur jus accrescendi. 12. Afferuntur Argumenta, quibus utuntur. 13. Defenditur sententia affirmativa, & referuntur ejusdem Patroni. 14. Unacum fundamentis, quibus firmatur. 15. Dilectantur argumenta contraria. 16. Etiam integris collegiis, & sicutis communitatibus, tum sacris, tum profanis; ipsis pauperibus, DEO ipsi legatum rectè relinquitur. 17. Non rectè verò deportatis, peregrinis, hæredi, non habenti alium co-hæredem. 18. Legari possunt res non tantum presentes, sed etiam futurae. 19. Res exempta humano commercio non semper. 20. Quid juris, si genus legatur? 21. Agitur de optione legata. 22. Res legantis propria rectè legatur, esto crediderit, alienam esse. 23. Res quoque aliena objectam legati constituit. 24. Sicut & nomen, tum activum, tum passivum. 25. Nec non dos uxori legari potest. 26. Item universitas, certa quantitas,

res immobilis &c. 27. Discutitur, quid obtineat, si eadem res eidem sa-  
pius legata sit? 28. Factum possibile, honestum, licitum, pariter legari  
licet. 29. Legatum potest relinqui vel ante, vel post heredis in-  
stitutionem, etiam post mortem heredis, aut Legatarii, nec non pa-  
na causa: rursus vel parè legari potest, vel conditio adjici, aut dies.  
30. Finis legati est benefacere legatario. 31. heres tenetur præstare lega-  
tum, nec potest id in alium alienare. 32. & 33. Ad legatarium pertinet  
omne commodum, incommodum, & periculum rei legata. 34. Pra obti-  
nendo legato competunt rei vindicatio, actio hypothecaria, & actio perso-  
nalis ex testamento. 35. Insuper & viae recursiva patet. 36. & 37. Er-  
ror in re legata, aut personâ legatarii vitiat legatum: falsa demonstratio,  
causa, aut error in nomine, cognomine prænomine, agnomine, non etiam.  
38. Pari modo nimia incertitudo. 39. Conditio captatori. 40. Nullitas  
testamenti, vel Codicilli. 41. ad alienum. 42. Repudiatio. 43. Et in-  
teritus rei legata, legato sunt contraria.

**T**andem datur locus pertractandi civiles & singulares acquirendi domini-  
i modos, duodecim titulis hucusque interruptos. Tertius igitur mo-  
dus civilis & singularis acquirendi dominium est legatum.

## §. I.

**L**egatum sic dictum est vel à voce *legare*, vel à nomine *legis*, quia velut  
per modum legis, hoc est, verbis directis & imperativis relinquitur, vel  
à verbo *legere*, quia, quod legatur, quasi seligitur ex massâ hæreditatis, præ-  
standum legatario. Unde Florentinus in l. 126. *princ. ff. de legatis* 1. in  
hæc verba: *legatum est delibatio hæreditatis, quâ testator ex eo, quod univer-  
sum hæredis foret, alicui quid collatum velit.*

## §. II.

**S**umitur potissimum 3. modis. 1. pro ipsâ re legata, 2. Pro causâ habili  
ad transferendum dominium. *rubr. & ss. ff. pro legato.* 3. Pro le-  
gandi actu, in quâ significatione.

## §. III.

**D**efinitur, quod sit donatio quædam, à defuncto relicta, ab hærede præ-  
standa. §. 1. *l. h. t. l. 36. ff. de legat.* 2. Cui definitioni expositio  
singularum particularum majorém lucem præbentur.

Dicitur itaque 1. *Donatio*. Nam causa legati causa lucrativa est, pro-  
cedens ex liberalitate legantis, nec per se potens legatario damnosa esse ultra  
rem legatam, quemadmodum causa hæreditatis. *l. 32. ff. mandati. l. 119. ff.  
de V. S.* Non officit, quod scriptum existat in *l. 70. §. 1. ff. de legat.* 2. Quia  
legatum ibidem valet solummodo ex voluntate legatarii, rem legatam fortè  
ex singulari affectione magis æstimantis, quam propriam, esto hæc in se majoi-  
nis fuerit pretii.

Dicitur 2. *quodam* intellige, improprie, quia de rebus ejus non est, ut consensus donatarii & donantis concurrant, sed substantialis perfectio consistit in solâ liberali voluntate legantis, acceptatio autem saltem ad effectum & complementum illius pertinet.

Dicitur 3. *à defuncto relicta*. directe & immediate, ad differentiam fideicommissi, quod à defuncto quidem relinquitur, sed per intermediam aliquam personam, cui prius queritur, & in cujus personâ radicitur.

Dicitur 4. *à heredede*. vel alio, qui hâc in parte vice hæredis fungitur, ut est legatarius, fideicommissarius, & universim omnis, qui honoratus est ultimâ voluntate legantis. Potest enim jure novo, videlicet post æquationem legatorum ac fideicommissorum, etiam à his legatum relinquere, tametsi Vinnius *ad d. f. 1. l. h. r. n. q.* exillamet, ita relictum non esse propriè legatum, sed potius ejus jure cæseri.

Dicitur 5. & ultimò, *præstanda* nimirum quoad possessionem, *arg. l. 30. ff. de legat. 2. & l. 64. ff. de furtis*. Quodsi legatarius privatâ auctoritate occuparet rem legatam ante aditam hæreditatem, teneretur eam restituere ex interdico quod legatorum. *l. 1. §. 2. ff. quod legatorum*. præstatore equidem legatum interdum legatario à testatore vivo. *l. 22. ff. de legat. 2.* non tamen tunc manet legatum, sed transit in donationem inter vivos.

#### §. IV.

**D**ividitur legatum in 4. genera: in legatum per vindicationem, per damnationem, per sinendi modum, & per præceptionem, quæ genera differabant olim primò materiâ seu objecto, nam per vindicationem & præceptionem tantum poterat legari res testatoris propria, per sinendi modum etiam res hæredis, per damnationem etiam res aliena. Secundo formâ seu formulâ relinquendi: nam per vindicationem & præceptionem legabatur verbis directis ad legatarium, puta, hoc modo: *do, lego, capito, sumito, sibi habeo, vindicatio, præcipito fundum meum Tusulanum*. Per damnationem legabatur verbis directis ad hæredem, puta, hoc modo: *heres meus damnas esse dare, dato, facito, hæredem meum subeodare, facito &c.* per sinendi modum legabatur verbis directis ad utrumque, hæredem scilicet, & legatarium, puta, hoc modo: *heres meus damnas esse, facito Sempronium sumere illam rem, sibiq; habere*. Tertio effectu: nam pro obtinendo legato vindicationis dabatur rei vindicatio, vel etiam actio personalis ex testamento: pro obtinendo legato damnationis, vel per sinendi modum relicto, dabatur actio personalis ex testamento: pro obtinendo verò legato per præceptionem dabatur actio familiaris eriscundæ. Quarto quoad jus accrescendi: nam legato pluribus per vindicationem relicto, locum habebat jus accrescendi. Relicto per damnationem cessabat. Verùm hæc postea variè immutata sunt, dum Divi Principes Constantinus, Constantinus, & Constantianus formam seu formulam

iam relinquendi, scrupulosè verborum solennitate constantem, in l. 21. *Cod. h. s.* sustulerunt, ac dein Justinianus, quò validiores essent voluntates defunctorum, ulterius in *§. 2. l. h. t. & l. 1. Cod. communia de legatis.* disposuit, ut omnibus legatis una sit natura, hoc est, vis & effectus, ut, quibuscunque datum verbis aliquid relictum sit, idlicet legataris persequi vel per actionem personalem ex testamento, vel (supposito legato rei propria) per rei vindicationem, vel per actionem hypothecariam. Præterea etiam jus accrescendi admissum fuit inter omnes, quibus eadem res quocunque genere legati, & quocunque modo relicta erat. Vinn. *ad §. 8. Inst. h. t. n. 5. Ludwall dissert. jurid. de jure accrescendi q. 26. pag. m. 56.*

## §. V.

**C**AUSA efficiens legati duplex est, proxima & remota. Remota est jus civile, per easdem rationes, per quas *suprà tit. 10. §. 5. n. 6.* diximus, testamentum esse juris civilis.

Causa efficiens proxima est vel principalis, vel instrumentalis. Principalis est legans. Potest autem legare omnis, qui habet jus testandi, vel qui potest hereditatem testamento relinquere, *arg. l. 2. §. 1. 114. prin. ff. de legatis. 1.* Ratio est, quia, qui potest plus, nempe testamentum facere, potest etiam minus, nempe relinquere legata, *arg. l. 21. ff. de R. J.* Econtra qui non potest facere testamentum, ut impubes, prodigus, servus, deportatus, filiusfamilias &c. nec legare potest. *passim l. 1. ff. de legat. 3.* Ratio est, quia, qui non potest plus, nec minus potest, si utrumque sit ejusdem rationis, ut in proposito.

Dices: Filiusfamilias potest mortis causâ donare. *l. 25. §. un. ff. de mortis causâ donat.* ergò & legare, cum mortis causâ donationes ad exemplum legatorum redactæ sint per omnia. *§. 1. Inst. de donat.* R. neg. conseq. disparitas est, quòd donatio mortis causâ participet aliquo modo naturam contractus, quatenus æquè, ac contractus, perficitur consensu utriusque partis, donantis & donatarii: contrahere autem filiusfamilias non minus potest, quam paterfamilias. *l. 39. ff. de O. & A.* Econtra legatum absolute & simpliciter habet rationem ultimæ voluntatis. Ad probationem consequentis, R. donationes mortis causâ ferè per omnia ad exemplum legatorum redactas esse, non simpliciter per omnia. Notabiles inter utrumque genus differentias exhibet Vinnius *ad d. §. 1. l. de donat. n. 3.* ut quòd 1. donatio mortis causâ sic fieri possit, ne ullo casu revocetur. *l. 13. §. un. ff. de mortis causâ donat.* quòd secus est in legatis. *l. 22. ff. de legat. 3. l. 4. ff. de adim. vel transfer. legat.* 2. donatio mortis causâ, solâ morte donatoris confirmatur. *l. 32. ff. de mortis causâ donat.* legatum verò pendet à additione hereditatis. 3. donatio, in annos singulos facta, una est: legatum verò, in singulos annos reli-

relictum, est multiplex; unde illa ad hæredes transit. hoc e contra quoad primum saltem annum purum est, quoad reliquos autem annos conditionatum, proindeque ad hæredes legatarii ante diem non transitorium. l. 35. §. ult. ff. d. t. l. 4. ff. de annuis legatis.

4. in mortis causâ donationibus, quis capere possit, non donationis, sed mortis tempus inspicitur. l. 22. ff. de mortis causâ donat. e contra in legatis etiam tempus testamenti conditi spectatur. §. 32. Inst. h. t.

5. donatio fit inter duos; legatum autem solam voluntatem testatoris desiderat: unde legatum etiam in absentem & ignorantem conferri potest; donatio mortis causâ verò à præsentem in præsentem conferenda est. l. 38. ff. de mortis causâ donat. aut certè in absentem per nuntium aut literas, ut sciat, & donationem acceptet. l. 10. ff. d. tit.

7. Causa efficiens proxima instrumentalis est is, à quo legatur, seu, qui legato præstando oneratur. Potest autem in genere legari àb omni eo, ad quem voluntate legantis aliquid pervenit, aut perventurum est, arg. §. 10. infra de fideicommiss. heredit. l. 1. §. 6. ff. de legat. 3. l. 8. §. 1. ff. de jure codicill. l. 9. Cod. de fideicommissis. quia, qui honoratus est à defuncto, potest etiam àb eodem onerari. In specie legari potest & àb hærede, sive instaurato, sive substituto, sive àb intestato, & à legatario, fideicommissario, donatio mortis causâ &c.

Dices: pro obtinendo legato, àb hærede àb intestato relicto, non potest competere actio personalis ex testamento ob defectum testamenti, ergò àb hærede àb intestato legari nequit. n. dist. antec. non potest competere actio ex testamento directa, concedo, utilis, nego, nam codicillus hoc casu vicem testamenti sustinet.

## §. VI.

8. Subiectum legati est legatarius. Legatum relinqui potest in genere illis, cum quibus est testamenti factio passiva, sive, qui jus habent capiendi ex alieno testamento. §. 24. l. h. t.

Dices: deportatus, utpotè peregrinus, non habet jus capiendi ex alieno testamento. l. 1. Cod. de hered. instis. & tamen eidem legari potest. l. 11. ff. de alimentis legatis. ergò assignata regula non subsistit. n. ex speciali favore alimenta, non rem quamvis deportato legari posse.

Instas: si deportato res quævis legari non possit, obstat, quòd incapax sit juris civilis; atqui hoc non obstat deportato, quia non obstat servo. §. 32. l. h. t. ergò deportato res quævis legari potest. n. dist. rationem minoris, non obstat servo, quò minus legatum cujusvis rei valeat ex personâ servi, nego, quò minus valeat ex personâ domini, potentis tale legatum capere, concedo. hoc autem ad deportatum applicari non potest.

9. In specie relicto legatur etiam posthumo alieno. §. 26. & seq. l. h. t.

2. etiam

2. etiam personæ incertæ, dummodò ex eventu aliquo futuro certa reddi possit: quòd si omninò incertificabilis sit, legatum nullum est. §. 25. & 27. *l. cod.*

3. etiam servo; ubi tamen interest, si nò legatum servo extranei, au hæredis. legatum prioris generis sustinetur ex personâ domini, qui si capax est legati, legatum valet, si incapax, nullum est. Circa legatum posterioris generis refert ulterius, servo hæredis purè legatum sit, num sub conditione. Si prius, relictum non valet, quia censetur ipsi hæredi relictum esse, qui proinde simul evaderet creditor ac debitor, quòd repugnat.

Si posterius, valet, quia potest contingere, ut tempore evenientis conditionis legatum possit habere effectum in persona legatarii. *d. §. 32. l. b. r.*

4. etiam religioso, quo casu legatum quæritur monasterio, cujus ille pars est. *arg. auth. ingressi. Cod. de SS. Ecclesiis.*

5. etiam domino servi, qui hæres scriptus est, & quidem etiam purè. §. 33. *l. b. r.*

6. Etiam pluribus. Legatur autem pluribus vel disjunctim, vel conjunctim. Disjunctim tunc, quando pluribus legantur res plures diversæ, puta, *Titio fundus Sempronianus, Cajo fundus Cornelianus.* Vel ejusdem rei plures distinctæ partes, puta, *Titio media pars fundi Tusculani, & altera medietas Cajo;* quibus casibus singuli legatarii capiunt res, partesvè sibi speciatim à legante assignatas, & si unus defecerit pars deficiens pertinet ad hæredem. *l. 1. in f. princ. ff. de usufructu accrescendo.*

*l. 84. §. pen. ff. de legat. 1.*

Dices: esto diversi hæredes ad diversas partes sint vocati, nihilominus jus accrescendi inter illos locum habet. *l. un. §. 10. Cod. de caducis tollendis.* Ergò etiam, esto diversi legatarii ad diversas rei legatæ partes sint vocati, nihilominus jus accrescendi inter illos locum habebit.

¶ neg. conseq. disparitas est, quòd in hæreditate jus accrescendi nitatur quâdam necessitate juris, quæ non patitur, pagnum partim testatum, partim intestatum decedere. *l. 7. ff. de R. I.* Econtrà in legatis juri accrescendi fundamentum subternit præsumpta testatoris voluntas, ex conjunctione elicienda, quâ proindè deficiente jus accrescendi quoque deficiat necessè est. confer *Clariss. D. Dost. Sebast. Mayer p. m. disp. jurid. de legatis. c. 5. n. 8. & 9.*

Conjunctim legatur tunc, quando pluribus una eadèmq; res legatur pro indiviso; quod tribus modis accidit. *l. 142. ff. de V. S.* I. quando plures collegatarii re & verbis simul conjuncti sunt: hoc est, eadè orationis serie ad eandem rem sinè mentione partium vocati: puta, hoc modo: *Titio & Cajo fundum Tusculanum do, lego.*

II. quando plures collegatarii re tantum invicem conjuncti sunt, hoc est, ad eandem rem non eadè oratione vocati: puta, hoc modo: *Titio fundum Tusculanum do, lego, Cajo eundem fundum Tusculanum do, lego.*

III. quando plures collegatarii verbis tantum invicem conjuncti sunt, hoc est, eadè oratione ad eandem rem cum expressione æquarum partium vocati: puta, hoc modo: *Titio & Cajo fun-*

*duo Tuscanorum aequis partibus do, lego.* Quibus casibus, si ambo collegatarii perveniant ad legatum, illud acceptando, legatum inter eos scinditur, & quilibet accipit partem vitilem. Quod si alteruter deficiat, quia aut sprevit legatum, aut vivo testatore decessit, vel aliâ ratione defecit, pars deficiens, adeoque totum legatum jure accrescendi ex præsumptâ voluntate legantis pertinet ad collegatarium. §. 8. *l. h. s.* Quod certò obtinet in conjunctis re & verbis simul, aut in conjunctis re tantùm, prout docui in meâ Jurisprudentiâ quintuplici. q. 9. n. 13. & 2 seqq.

Illud incertum, & valde controversum est, utrùm jus accrescendi locum quoque habeat, si legatarii verbis tantùm fiat conjuncti, & unus eorum deficiat?

1 Negant Accursus in *l. pen. ff. de usufructu accrescendo.* Cujacius lib. 24. observat. 34. & seqq. Ant. Faber lib. 6. conject. c. 1. Besoldus in *delibatis juris ex lib. 30. & seqq. Pandect. n. 6.* Harp. ad § 8. *Inst. h. t. n. 10. & seqq.* Bocerus class 3. disp. 8. th. 72. Fach. §. *controv. cap. 50.* & alii àb his relati.

2 Fundamenta eorum sunt ferè sequentia. primum delimitur ex *d. § 8. Inst. de legat.* ubi Imperator haud meminit eorum, qui verbis tantùm conjuncti sunt: ergò inter verbis tantùm conjunctos, tanquàm revera non conjunctos, cessat jus accrescendi.

Secundum depromitur ex *l. 1. princ. ff. de usufr. accresc.* ubi ita Ulpianus: *quoties usufructus legatus est, ita inter fructuarios est jus accrescendi, si conjunctim sit usufructus relictus: ceterum si separatim unicuique partis rei usufructus sit relictus, sine dubio jus accrescendi cessat.* Atqui is, qui verbis tantùm conjuncti sunt, partis rei usufructus separatim est relictus. *l. 89. ff. de legat. 3.* ibi: *item verbis, non etiam re* (intellige conjuncti) *Titio & Sejo fundum aequis partibus do, lego: NB. quoniam semper partes habent legatarii &c.* ergò inter eos, qui verbis tantùm conjuncti sunt, sine dubio jus accrescendi cessat.

Tertiù formatur ex *l. 3. princ. ff. de usufr. accresc.* ubi Neratius & Celsus putant, ad hoc, ut in duobus locum habeat jus accrescendi, necessum esse, ut illi duo usumfructum initio in solidum habuerint. At verbis tantùm conjuncti initio non habuerunt usumfructum in solidum, sed partes duntaxat: ergò verbis tantùm conjuncti jure accrescendi non gaudent.

Quartum deducitur ex *l. pen. ff. d. t.* ubi Papinianus comparationem instituit inter singulos, quibus àb hæredibus singulis ejusdem rei fructus legatus est. & inter duos, quibus ejusdem rei fructus æquis portionibus fuit legatus: atque, hos æquè ac illos videri separatos fructuarios, & idèò jus accrescendi inter eos non esse: atqui verbis tantùm conjuncti sunt tales, quibus ejusdem rei fructus æquis portionibus fuit legatus; ergò inter verbis tantùm conjunctos jus accrescendi non est.

Quintum suggerit textus in *l. 66. ff. de hered. instit.* ubi Pomponius ait, quod

quòd, licet inter Cajum & Mævium testator im̄ disposuerit: *Titius hæres est; Cajus & Mævius aquis ex partibus hæredes sunt.* Jus accrescendi tamen locum inter eos sibi non vindicat, subnexâ ratione, quia institueas Cajum & Mævium non tam conjunxisse, quàm celerius dixisse videret: atqui Cajus & Mævius in dato casu sunt verbis tantum conjuncti; ergò inter verbis tantum conjunctos jus accrescendi locum sibi non vindicat.

Sextum suppeditant textus in *l. 16. princ. & l. 34. §. 9. ff. de legat. 1.* ubi Pomponius & Ulpianus ajunt, re duobus conjunctim legatâ partes initio fieri, & quamvis unus in rerum naturâ non fuerit, non tamen, nisi partem, alteri deberi: atqui quando partes initio sunt, & unò in rerum natura non existente alteri pars duntaxat debetur, apertè locum non habet jus accrescendi; ergò re eâdem duobus conjunctim legatâ locum non habet jus accrescendi.

Fundamentum septimum stat in *l. 20. ff. de legat. 2.* ubi, quod Proculo placebat, idem se à patre accepisse testatur Celsus, nimirum si servo communi legatum fuerit relictum, & unus ex condominis partem agnoscere omiserit, eam alteri condomino non accrescere, additâ ratione, quia non conjunctim, sed partes legatæ sunt, ac quilibet legati partem accepisset, si ambo vindicâssent: atqui etiam de duobus legatariis verbis solùm conjunctis verum est, quòd iisdem partes legatæ sint, & quilibet partem legati accepisset, si ambo vindicâssent; ergò etiam verbis tantum conjunctis non accrescit, quod unus ex illis agnoscere omisit.

Octavum consistit in *l. 41. princ. ff. de legat. 2.* ubi Jctus in hæc verba: *Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam lego: eundem fundum Titio lego: si Sejus decesserit, pars ejus utrique accrescit: quia, cum separatim, & partes fundi, & totus legatus sit, necesse est, ut ea pars, qua cessat, pro portione legati cuique eorum, quibus fundus separatim legatus est, accrescat.* Atqui Mævius & Sejus sunt duo legatarii verbis tantum conjuncti; ergò iterum inter legatarios verbis tantum conjunctos cessat jus accrescendi.

Nonum subministrat textus in *l. 38. §. 2. ff. de legat. 3.* ubi Scævola respondit, quòd, si testator vernis suis aditium legaverit, & liberti omnes ad unum usque decesserint, ad supertititem pars virilis pertineat. Undè negativam sustinentes sic arguunt: vernæ in *cir. leg.* fuerunt verbis conjuncti. At vernæ ibidem non gaudent jure accrescendi; ergò verbis conjuncti non gaudent jure accrescendi.

Decimum petitur ex *l. 74. in f. ff. de condit. & demonstrat.* ubi usufructus conjunctim legatus erat Titio & mulieri sub conditione, *si hæc non nupsisset*, aitque Papinianus, quòd, si Titius legatum repudiet, repudiatio mulieri non profit, hoc est, mulier non totum usufructum, sed partem tantum sit habitura. Atqui Titius & mulier fuerunt saltem verbis conjuncti; ergò inter conjunctos verbis tantum locum non habet jus accrescendi.



Undecimum sic instruitur : si testator ita dixerit : Titio dimidium fundum Cornelianum do, lego : Sejo dimidium fundum Cornelianum do, lego : locum non habet jus accrescendi. *L. 1. in f. princ. ff. de usufructu accrescendo. l. 84. §. pen. ff. de legat. 1.* Ergò neque locum habet, si dixerit : Titio & Sejo fundum Cornelianum æquis partibus do, lego : quia inter memoratas loquendi formulas nihil interesse videtur.

Duodecimum sequenti paritati innititur : verbis tantum à testatore conjuncti in partibus inæqualibus non gaudent jure accrescendi, quia partes habent : *arg. l. 20. ff. de legat. 2.* ergò etiam verbis tantum à testatore conjuncti in partibus æqualibus non gaudent jure accrescendi, quia partes habent.

Decimum tertium & ultimum fundamentum quarritur in ratione, sic discurrendo : cujus rei non est conjunctio, illius non est accretio : atqui inter verbis tantum conjunctos nulla est conjunctio rei, hoc ipso, quòd conjunctio sit præcisè verbalis ; ergo inter verbis tantum conjunctos etiam nulla est accretio.

13 Fundamenti tamen hucusque in medium adductis non obstantibus, verius videtur, inter legatarios verbis tantum conjunctos locum habere jus accrescendi. Cui opinioni suffragantur Bartol. *in l. 89. ff. de legat. 3. n. 23.* HURN. *var. resol. lib. 2. tr. 8. q. 7. & in not. ad Treutl. vol. 2. disp. 13. th. 3. q. 6. ibique laeè Bachov. lit. C. Ungepauer exercit. Justin. 8. q. 15. p. 423. Ludwell de ult. volunt. p. 1. c. 5. pag. m. 354. & duobus seqq. nec non speciali dissertat. de jure accrescendi th. 13. 14. & q. 26. Vian. ad §. 8. Inst. h. t. n. 17. & 18. Perez in Cod. de caducis toll. n. 13. Erunnemann ad l. 1. ff. de usufr. accresc. n. 1. apud quem Menochius de præsumpt. suadet, hanc sententiam in judicando servandam.*

14 Probatur autem primò : duorum aut plurium legatariorum à testatore facta conjunctio est causa efficiens juris accrescendi, ut quod sine illâ nullum est, tum per dicta superius n. 11. tum per *L. 1. princ. ff. de usufructu accrescendo*, ibi : *quoties usufructus legatus est, ita inter fructuarios est jus accrescendi, si conjunctim sit usufructus relictus.* Junctâ *l. 20. ff. de legat. 2.* atqui verbis tantum conjuncti appellatione conjunctorum non minus veniunt, quàm qui re, aut re & verbis simul sunt conjuncti. *l. 142. ff. de V. S.* ergò etiam inter verbis tantum conjunctos jus accrescendi locum obtinebit, præsertim quia aliàs vix, ac nè vix quidem assignabilis est effectus conjunctionis verbalis.

Probarur secundò ex *l. 16. §. ult. ff. de legat. 1.* ubi expressè dicitur, si Titio & posthumis aliquid etiam pro virilibus portionibus ; ibi : *viriles partes dari voluisset, veletiam id expressisset &c.* (prout fit in conjunctione verbalis tantum) sit relictum, quòd Titio, non natis posthumis, totum legatum debeatur : ergò jus accrescendi etiam inter illos locum habet, qui sunt conjuncti verbis tantum.

Quoniam verò *cit. leg. 16.* mentionem factè legatè

legati, per damnationem relicti, ibi in §. 1. *qui heres non fit, dare damnatus &c.* Proindeque nobis fortasse obrudi posset, quod antiquato armorum & argumentorum genere contendamus ad victoriam, hodiernis moribus, quibus novus omninò bellandi modus invaluit, haud sperandam; hinc producimus textum planè irrefragabilem in *l. 89. ff. de legat. 3.* ubi sedes est presentis controversiæ, & casus sequens continetur. Testator ita disposuit: *Mævio & Cajo fundum Tusculanum do, lego, Titio & Sempronio fundum Tusculanum do, lego a quis partibus.* En! habes hic re & verbis simul conjunctos, Mævium nimirum & Cajum. Habes verbis tantum conjunctos, Titium nempe & Sempronium. Habes quoque re tantum conjunctos, Mævium videlicet, Cajum, Titium, & Sempronium, utpotè hos omnes ad unam eandemque rem, sed non eadem orationis serie vocatos. Fac jam, deficere Cajum, cui accrescet portio vacans? num Mævio, Titio, & Sempronio simul? minimè gentium! sed soli Mævio, ut qui solus re & verbis simul conjunctus est Cajo, proindeque meritò præferendus Titio & Sempronio, tanquam inter se verbis tantum, & respectu Mævii re dantaxat conjunctis. Fac verò, deficere Titium, cui tunc accrescet portio vacans? utique cum Sempronio accrescet Mævio & Cajo, tanquam re & verbis simul inter se, & respectu Sempronii saltem re conjunctis? nè hoc quidem, sed soli accrescet Sempronio, per formalia finalia. *d. l. 89. ibi: si verò verbis quidem conjunctus sit, re autem non: questionis est, an conjunctus potior sit? & magis est, ut & ipse præferatur.* Quà facti specie, & juris dispositione ita exposita

Probatur nostrà sententia tertio: inter conjunctos re & verbis simul, re tantum, & verbis tantum, si deficiat ille, qui re & verbis simul conjunctus est, cæteris omnibus jure accrescendi præfertur alter, qui re & verbis simul fuit conjunctus. Quodsi autem deficiat, qui verbis tantum conjunctus est, tunc ille, qui itidem verbis tantum conjunctus est, præfertur illis, qui re tantum sunt conjuncti. *d. l. 89.* Atqui verbis tantum conjunctus non posset præferri re tantum conjuncto, nisi gauderet jure accrescendi, quia hoc gaudet re tantum conjunctus; ergò etiam verbis tantum conjunctus gaudet jure accrescendi.

Probatur quartò per textum in *l. 80. ff. d. t.* ubi Celsus generaliter asserit, quod conjunctim legare aliud non sit, quam tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri: ergò etiam quando conjunctim legatur, conjunctione tantum verbali, censetur totum legatum singulis datum esse, proindeque jus accrescendi locum habebit.

Ad fundamenta oppositæ sententiæ, & quidem ad primum, desumptum est ex §. 8. *Inst. h. t.* Resp. 1. In memorato textu exempla tantum proponi, quæ regulam non restringunt, sed saltem declarant. *l. pen. §. ult. ff. de juris & facti ignorantia. l. 1. §. 14. ff. de vi & vi armata.* Resp. 2. verbis

conjunctos includi sub re & verbis simul conjunctis. Resp. 3. ex *princ. d. 5. 8.* sufficienter colligi, quod in omni omnino conjunctione locum habeat jus accrescendi, quia ibidem generaliter dicitur, inter conjunctos locum habere jus accrescendi. Confer Ant. Perez in *Cod. de caducis toll. n. 13.*

Ad secundum de promptum ex *l. 1. princ. ff. de usufructu accrescendu.* Resp. etsi verbistantum conjuncti partes habeant ex verbis testatoris; ejusmodi tamen divisionem in partes, quæ incerta sunt, non facere, quod minus ex præsumptâ seu tacitâ ipsius testatoris voluntate ad eandem rem vocentur, & consequenter jus accrescendi inter eos obtineat. Vel brevius: conjuncti verbis tantum habent quidem partes ex verbis, solidum autem ex mente defuncti.

Ad tertium formatum ex *l. 3. princ. ff. d. t.* Resp. verbis tantum conjunctos solidum habere hoc respectu, quatenus nimirum casus & eventus alterius deficientis consideratur, in quem testator procul dubiò solidum ad alterutrum pertinere voluit.

Ad quartum deductum ex *l. pen. ff. d. t.* Resp. in specie memoratae legis diversas portiones à diversis hæredibus; duobus legatariis relictas fuisse, quo casu jus accrescendi indubiè cessat, quia testator respexit diversas portiones hæreditarias, quas velut oneravit, adeoque legatarios in eadem re conjunxisse non videtur. Adile Brunne mann *ad d. l. pen. & Ludwell d. dissert. q. 18. n. 4.*

Ad quantum suggestum à *l. 66. ff. de hæred. instit.* Resp. esto alias per particularem conjunctionem & hæredes aut legatarii conjungi dicantur; in casu tamen *cit. legis* Cajum & Marvium solos pro conjunctis non haberi, sed unacum his Titium eodem jure gaudere: idque Pomponius colligit ex conjecturâ mente testatoris, qui propterea Cajum & Marvium unâ orationis formâ à comprehendit, nè in lingulis verba *hæres esto* repetere cogeretur. Perez in *Cod. de caduc. toll. n. 19.*

Ad sextum suppeditarum à *l. 16. princ. & l. 34. §. 9. ff. de legat. 1.* Resp. textus hos plus probare, quam gratum sit adversariis, nimirum jure accrescendi nè illos quidem gaudere, qui re & verbis simul sunt conjuncti, cum in oppositis textibus absolute dicatur *de conjunctis*, quod is, qui deficit, partem faciat reliquis.

Ad septimum stans in *l. 20. ff. de legat. 2.* Resp. rationem specialem, cur ibidem jus accrescendi locum non habeat, consistere in eo, quia duo domini communis servi solidum ab initio non habent, nec faciunt partes concursu, cum jam antè legatum partes distinctas habeant, ut quibus non, nisi pro partibus dominicis, acquiritur. *l. 45. ff. de acq. rerum dominio.* Confer Perez in *Cod. de caduc. toll. n. 22. & seq.*

Ad octavum, quod consistit in *l. 41. princ. ff. de legat. 2.* Resp. in d. loco proponi speciem conjunctionis realis, quæ Marvius, Sejus, & Titius

obis conjuncti fuerunt. Unde mirum non est, quòd deficiente Sejo pars ejus tam Titio, quam Mavio accreverit. *Conter Ludwell ubi supra lib. 9. & q. 15. Perez. ubi supra n. 19. in f.*

Ad nonum subministratum à l. 38. §. 2. ff. de legat. 3. Resp. textum hunc iterum obtare ipsis adversariis, quia in eo non exprimitur, fuerint verax verbis tantum conjuncti, an re & verbis simul.

Ad decimum ex l. 74. in f. ff. de condit. & demonstrat. positum. Resp. pariter, adductum textum adducendi infestum esse, ut in quo non dicitur, quòd usufructus Titio & mulieri æquis partibus relictus fuerit, adeoque non est major ratio, cur de conjunctione verbali tantum, quàm de conjunctione reali & verbali simul accipiatur. Cæterum, quare mulieri in specie memoratæ legis usufructus totus non obvenerit, hæc ratio reddi potest, quia mulier admissa fuit jure speciali, & contra voluntatem defuncti, qui sub hac conditione legatum eidem adscripserat, *si non nupsit*: quam conditionem à muliere non impletam (nupsit enim) leges tanquam nuptiis inimicam rejiciunt, & pro nun adjectâ habent. Quando autem quis admittitur jure speciali & contra voluntatem testatoris, tunc non gaudet jure accrescendi, utpotè in præsumptâ testatoris voluntate fundato. *Ludwell ubi supra q. 25. Borcholten ad §. 8. Inst. h. t. pag. m. 159.*

Ad undecimum Resp. negando paritatem inter casum unum & alterum. Nam in priore nulla penitus apparet conjunctio, quâ jus accrescendi induci posset. In posteriore habetur saltem verbalis, ex quâ mens testatoris, duos in unam rem conjungere volentis, sufficienter colligitur.

Ad duodecimum nego consequentiam, cum distinctione causalis antecedenti appositæ, quòd conjuncti in partibus inæqualibus partes habeant pro omni casu, tam defectûs, quàm concursûs; e contra conjuncti in partibus æqualibus solum partes habent pro casu concursûs, cum assignatio æqualium partium sufficiens signum sit, quòd testator in casum defectûs alteri totum relinquere voluerit. In compendio: ex assignatis partibus inæqualibus nulla vera conjunctio elici potest; potest ex assignatione partium æqualium.

Ad decimum tertium & ultimum oppositæ sententiæ fundamentum, in ratione quæsitum, Resp. distinguendo majorem, cujus rei non est conjunctio, nec explicitè, nec implicitè, ejus non est accretio, concedo majorem, cujus rei non est conjunctio explicitè, est tamen implicitè, ejus non est accretio, nego majorem: & sic distinctâ minore, nego consequentiam. Verbis conjuncti non sunt omnino disjuncti, sed quoad externum duntaxat verborum corticem, quibus testator partes idèò expressit, quia speravit, fore, ut ultima sua voluntas sortiatur exitum, adeoque partes, quas collegatarii concursu facturi fuissent, præsignare voluit, mente cæterum ita dispositus, ut re eosdem jungeret, & deficiente uno solidum accresceret reliquis. *Ludwell q. 16. n. 1.*

16 7. Etiam rectè legatur collegiis & communitatibus licitis tum sacris tum profanis. l. 32. §. ult. l. 73. §. un. l. 117. l. 122. princ. ff. de legat. 1. l. 10. ff. de rebus dub. l. 26. ff. ad SC. Trebell. Quod legatum tamen non singulis de collegio, sed collegio collectivè sumpto relictum censetur. arg. d. l. 20. ff. de reb. dub. l. 7. §. 1. ff. quod cuiuscunque Universitatis nomine &c. Struv. exercit. ad pand. 35. th. 4. Quòd si pauperibus legatum sit, nullis in participari nominatis, Xenones ejus loci legatum capiunt, & si plura Xenodochia sint, confertur pauperiori; si nullum ibi Xenodochium sit, distributio fit inter magis egenos. l. 24. l. 49. §. 3. Cod. de Episcopis & Clericis. Struv. d. th. 4. ubi addit, etiam legatum DEO relictum in alimoniam pauperum erogari; quod saltem tunc admittam, nisi templum aut sacellum SS. Trinitati dicatum in loco illo reperiat (qualis Ecclesia à Celsissimo Principe, Archiepiscopo, ac Domino Domino Nostro Clementissimo &c. &c. magnificè extructa, & splendidissimè dotata videtur hic Salisburgi) cui in dato casu legatum adjudicarem.

17 Econtrà non rectè legatur 1. incapacibus, quales sunt servi quà tales, deportati, peregrini &c. confer. ff. de his, quæ pro non scriptis. 2. Ipsi hæredi non habenti alium cohæredem, quia tali casu idem foret creditor ac debitor, quod repugnat. l. 116. §. 1. ff. de legat. 1. & idem, si hæredi ex asse scripto, & simul Cajov. g. fundus Cornelianus legatus sit, totus fundus pertinet ad Cajum. l. 34. §. 11. ff. de legat. 1. Neque obstat n. 10. preced. tit. ubi ex l. ult. §. 9. Cod. de jure delib. probatum fuit, quòd hæres post factum inventarium duplicem personam possit gerere, creditoris & debitoris. Nam hoc intelligendum est quoad debitum, ante aditionem hæreditatis natum, in ordine ad quod hæres non fingitur eadem persona cum defuncto. d. l. ult. econtrà hic simul oriretur debitum & creditum in eadem personâ; quod Jura noluat. Quòd si duobus hæredibus una res legata sit, distinguendum est, an duo tantum hæres scripti sint, & quilibet eandem partem habeat in legato, quam habet in hæreditate. d. l. 34. §. 12. An verò duobus ex pluribus hæredibus eadem res legata sit & hi legatum inter se dividant pro virili. l. 67. §. un. ff. de legat. 1.

Sed quonam tempore spectatur capacitas legatarii, ut is legatum de jure possit capere? Resp. duobus temporibus, & quo legatum relinquitor, ut consistat dispositio; & quo moritur legans, vel legatum agnoscitur, ut possit habere effectum. §. 32. l. b. 1. l. 49. §. un. ff. de hered. instit. l. 1. ff. de regulâ Cæsarianâ l. 104. ff. de condit. & demonstr.

### §. VII.

18 **O**bjectum legati sunt res & facta; quod res attinet, illæ vel existunt in rerum naturâ, vel non existunt. Si non, tunc vel sperantur saltem futuræ, vel ac hoc quidem. Si non sperantur futuræ, ut chimæra, homo mortuus &c. inutile.

inutile legatum est. *arg. l. 7. §. 4. in. ff. de trit. vino, vel oleo leg.* Si sperantur futuræ, ut partus ancillarum, foetus pecorum, fructus nascituri &c. legatum valet. §. 7. *l. b. s. l. 24. pr. ff. de leg. 1.* & quoad transmissionem ad hæredes habetur pro puro. *l. 25. §. in. ff. quando dies legatorum cedat.* quoad obligationem verò pro conditionali; & idèd, si nihil natum est, nihil quoque debetur: si minus, quàm legatum est, natum est, illud solùm debetur, quod natum est, nihil ultra. Hoc ità, si fundus, ex quo certa fructuum quantitas legata est, taxativè expressus sit, puta, hoc modo: *10. modios triticid ex eo, quod ex fundo Tusculano nascetur, Cajo do, lega. l. 8. §. 2. ff. de legat. 2. l. 5. ff. de tritico &c.* Nam, si fundus adjectus est demonstrationis aut designationis gratià, ut nimirum inde potius, quàm aliunde legati fructus præstentur, puta, hoc modo: *10. modios triticid ex fundo Tusculano da, lega. tota quantitas fructuum debetur, &*, si non tantum natum sit, defectus aliunde erit supplendus. *l. 27. §. ult. ff. de legat. 3. l. 12. ff. de alimentis legatis.*

Quod si res, quæ legata est, in rerum naturâ existat, tunc vel est obnoxia **19** humano commercio, vel eodem exempta. Si exempta, tunc vel suapte indole, vel ob accidens aliquod. Si suapte indole, tunc vel simpliciter, vel secundum quid. Res prioris generis adèd inutiliter legatur, ut nec æstimatio ejus debeatur. Unde si campus Martius, si Basilica, si templum legetur, nullius momenti tale legatum est. §. 4. *l. b. s.* Res posterioris generis vel est exempta commercio testatoris, vel legatarii, vel hæredis. Primum & tertium legatum utile est. *l. 49. §. 3. ff. de legat. 2. & arg. l. 34. ff. de V. O.* Ex secundo ne quidem æstimatio debetur. *d. l. 49. §. 2.* Aliud dicendum foret, si solum jus possidendi hoc secundo casu ex parte legatarii deficeret, tunc enim saltem æstimatio præstanda. *l. 40. ff. de legat. 1.* ut ecce! prohibuit princeps, ne immobilia extraneis relinquerebantur. Reliquit testator nihilominus fundum extraneo titulo legati. Estne legatario solvenda æstimatio? est. *d. l. 40.* Res humano commercio ob accidens aliquod exempta frustra legatur, v. g. columnæ, thasmora, & alia ædibus junctis, cum Senatus Aviolâ & Pansa consilibus hæc detrahi vetuerit. *l. 41. §. 1. & 2. l. 42. l. 43. princ. ff. de legat. 1.*

Res humano commercio obnoxia est vel corporalis, vel incorporalis. **20** Corporalis est vel genus, vel species. Si genus (intellige non generalissimum, aut subalternum, quod vagum nimis & incertum, sed infimum, quod apud Philosophos audit species specialissima) legatum est, refert, simpliciter legatum sit, an datâ nominatim legatario electione seu optione. Genere infimo simpliciter legato ulterius interest, an legans species, sub eo genere contentas, habuerit in bonis, nec ne? Si habuit, legatum valet, & electio regulariter est legatarii. §. 22. *l. b. s.* qui tamen nec optimum eliget, nec pessimum, sed rem mediæ notæ. *l. 37. princ. ff. de legat. 1.* Dixi, *regulariter*: nam secus est,

si legans nominationem hæredi dederit potestatem eligendi. *d. §. 22.* Quod si legans non habuerit tales species in bonis, rursus distinctione opus, utrum nimirum species, legato generi subjecta, determinationem suam habeat à naturâ, ut est equus, bos, servus &c. an verò àb arte, operâ & arbitrio humano recipiat, ut domus, fundus, vestis &c. Si prius, legatum quidem valet, sed electio est penes hæredem, qui tenetur comparare rem mediocrem ex illo genere, eamque præstare legatario. *arg. l. 108. §. 2. ff. de legat. 1. Vinn. ad d. §. 22. l. b. t. n. 7.* Sin posterius, refert, an specierum certitudo & determinatio simpliciter ac absolutè àb hominis arbitrio dependeat, utrum verò simul à fine, cujus gratiâ jure gentium species illæ inventæ sunt. Priore casu legatum decisorium est & inutile, adeoque, si fundus legatur in genere, invalidè legatur, sive deinde testator fundos habuerit, sive non. Textus generalis est in *l. 69. §. 4. ff. de jure dot. & facit hucl. 115. pr. ff. de V. O.* Posteriore casu subsistit legatum, dummodò testator species possederit. Hinc valet legatum ædium, si testator ædes habuerit. *l. 71. pr. ff. de legat. 1.* ratio est, quia determinatio ædium non absolutè & liberè dependet àb humano arbitrio, sed simul quoque à suo fine, ad quem jure gentium destinata sunt; cum homines non possint ædes constituere, quæ non sint utiles ad habitandum. Esto igitur Pomponius in *l. 24. §. 3. ff. d. t. ædes & fundos comparaverit, comparisonem tamen illam pro simpliciter tali agnoscendam non esse, rectè notat Eckolt ff. de opr. vel elect. §. 2. in f.*

- 21 Datâ nominationem legatario electione potest hic optimam speciem ex rebus defuncti eligere. *l. 9. §. 1. ff. de dolo malo. l. 2. princ. ff. de optione vel elect. legatâ.* Est insuper legatum istud hodie purum, adeoque jus optandi transmittitur ad hæredes legatarii, si is vivus non optaverit. *§. 23. l. b. t.* Pluribus in optando concurrentibus, & circâ corpus eligendum discordantibus, sorte dirimendum est, quis optare debeat, quo facto ejus sententia in optione prævalet, quem fors monstraverit. *d. §. 23.*
- 22 Certa species legata vel est propria legantis, vel aliena. Res propria legantis rectè àb eo legatur, & legatum hoc valet indistinctè, ut si res illa, ut aliena, legata sit. *§. 11. l. b. t.* quia plus valet, quod in veritate est, quam quod in optione. Item, etsi res legata alteri obligata fuerit, modò defunctus id sciverit, quo casu hæres eam luere tenetur. *§. 5. l. eod.* & porrò esto etiam à legante adhuc vivo alienata sit, dummodò id factum sit citrà animum adimendi legatum. *§. 12. l. b. t. & ibi interpretes.*
- 23 Res aliena legata vel est hæredis, vel legatarii, vel tertii. Res hæredis non minùs rectè legatur, quam res legantis propria. *§. 4. l. b. t.* Res legatarii vel legatur ipsi legatario, vel legatur tertio. Legatario vel purè, vel sub conditione. Si purè, refert, an res jam tempore legati fuerit legatarii, & quidem pleno jure; & legatum est inutile, nec convalescit, esto legatarius rem illam alienaverit ante mortem legantis. *§. 10. l. 1. 13. Cod. h. t. l. 43. §. 2. ff. de leg. 1.*

Non obstat. 1. §. 2. ff. de Regula Catoniana. ubi Celsus scribit : Item, si tibi legatus est fundus, qui scribendū testamenti tempore tuus est, si cum vivo testatore alienaveris, legatum tibi debetur, quod non deberetur, si testator statim decessisset.

Nam Resp. cum Vin. ad d. §. 10. l. h. t. n. 1. in f. Celsum peculiari quādam ratione duas illas species, quas cit. §. 2. & 1. proponit, quasi hæc etiam verbis regulæ catonianæ contineantur, excipere, quia, cum conditio, in utraq̃ specie adscripta, talis sit, ut deficiat, si testator statim decedat, si verò longiusculè vivat, impleri possit, fieri utroque casu potest, ut contrā, quàm regula definit, legatum, quod non valuisset, si testator statim decessisset, valeat, si diutius vixerit.

An verò ex postfacto demum legatarii facta sit, & tunc, si ejus facta est ex causâ onerosâ, puta, emptionis, permutationis &c. debetur æstimatio legati. Si ex causâ lucrativâ, puta, donationis, legatum extinguitur. §. 6. l. h. t. siquidem duæ causæ lucrativæ in eundem hominem & eandem rem non possunt concurrere. arg. l. 17. & 19. ff. de O. & A. Si res legatarii legatario sub conditione legatur, legatum valet, si existentis conditionis tempore res legatarii non sit. d. h. 4. §. 2. ff. de legat. 1. d. l. 1. §. 2. ff. de regula Catoniana. Circa rem legatarii legatam tertio interest, ipsa res legatario relicta ab eodem legatur, an quid aliud. Priore casu legatum tenet. l. 8. ff. de legat. 3. posteriore pariter tenet, si legatarius vel æquivalens acceperit, vel saltem legatum sibi relictum agnoverit, quia agnoscendo legatum censetur tam à se legatam tanti æstimasse. l. 70. §. 1. ff. de legat. 2.

Res tertii vel legatur à testatore sciente (quam scientiam legatarius debet probare. §. 4. in f. l. h. t.) rem alienam esse, vel ab ignorante. Si prius, legatum valet, & tenetur hæres rem illam redimere ab ejus domino, ac præstare legatario, aut, si is nolit vendere, aut velit quidem, sed non justo pretio, tenetur dare ejus æstimationem. d. §. 4. quod etiam de Jure Canonico obtinet. arg. c. 5. causa 12. q. 5. &c. 1. de N. O. N. Pirhing. lib. 3. l. C. tit. de testamentis. §. 84. Non obitante c. 5. de testamentis, ad quod ommissis variorum responsionibus, quas refert Pirhing. d. l. §. 86. dico cum Henrico Canisso ad d. c. 5. n. 2. & Harp. ad d. §. 4. l. h. t. n. 27. & 28. ibidem à S. Pontifice Gregorio IX. solummodò prohiberi, ne res aliena prætextu legati à legatario detineatur invito domino, qui non cogitur invitus rem suam alienare: prout perperam allegabat Episcopus dispositionem Juris Civili, permittentis rem alienam ita legari, cum tamen non permittat, imò nec permittere possit, invito domino eam detineri aut apprehendi; unde non tam Jus Civile, quàm Episcopi temeraria opinio, ex Juris Civili allegatione deducta, per S. Pontificem resellebatur. confer. Haunold. tom. 2. de F. & F. tract. 7. c. 3. contr. 8. n. 282. Si posterius, legatum non debetur, quamvis à legatario usucapi possit titulo pro legato. Eckelt ff. pro legato. §. 2. Planè, si legatarius fortè sit persona conjuncta, aut multum amica leganti, meritò præsumitur testator nihilomi-



nus legatorum fuisse, quamvis scivisset, alienam esse. *l. 10. Cod. h. t.* quænam  
verò censeatur persona conjuncta, arbitrio prudentis judicis definiendum re-  
linquitur. *Menoch. de arbitr. jud. lib. 2. cent. 2. cas. 146. n. 4.* Huan. ad Treutl.  
*vol. 2. disp. 13. tb. 5. q. 25. vers. verum cum hac questio &c.*

**4** Incessum rerum incorporalium pertinent nomina tum activa, tum passi-  
va. Nomen activum legatur vel ipsi debitori, vel tertio. Debitori rectè  
legatur, esto res sua nemini legari possit. *d. §. 10. l. h. t.* nam hoc casu non le-  
gatur debitori ipsa res debita, sed potius remissio debiti. *§. 13. l. h. t. l. 1. pr.  
l. 3. pr. ff. de liberat. legata.* Potest autem nomen activum legari vel expresse,  
vel tacite, puta, legando chirographum. *d. l. 3. §. 1.* vel damnando hære-  
dem, ne agat cum debitore. *l. 2. pr. l. 8. §. pen. ff. d. t.* item potest legari vel  
in totum, vel pro parte. *l. 7. pr. ff. cod.* In perpetuum, vel ad tempus. *d. l.  
8. §. 1.* generaliter, vel personaliter: & generaliter quidem ita, si testator sim-  
pliciter vetet, peti debitum, quo casu nec à debitore, nec àb hærede ejus pe-  
ti potest. *d. l. 8. §. 4. l. 15. ff. ibid.* personaliter verò ita, si vetet, à solo  
Cajo peti, quo casu hæres Caji efficaciter convenitur. *d. l. 8. §. 3. l. 20. princ.  
ff. de liberat. legata.* Effectus nominis activi legati est, quod debitor libere-  
tur à obligatione debiti, non tamen ipso jure, cum legatum non sit modus  
tollendi obligationem ipso jure, sed ope exceptionis, opponendæ hæredi cre-  
ditoris, si àb eo conveniatur. *d. l. 20. pr. l. 22. l. 28. §. 1. ff. d. t. l. 8. §. un.  
ff. de deli. mali & metus. except.* potest præterea debitor legatarius ex testamen-  
to agere contra hæredem defuncti, ut se liberet per acceptilationem. *l. 3. §. 3.  
ff. de liberat. legata.* item ex *l. si contendat. 28. ff. de fidejussoribus*, ut per-  
petuum silentium imponatur à judice hæredi defuncti. *Steinmez in f. pr. ff. de  
liberat. legat. Lauterbach vol. 3. disp. Tab. 18. c. 6. tb. 62. & seq.* Nomen  
activum tertio itidem rectè legatur, ac dicitur in specie legatum nominis, ope-  
raturque adminiculante cessione actionem directam, beneficio legis utilem.  
*l. 18. Cod. h. t. & ibi Bruanemann. confer D. Glotz p. 1. select. quæst. 29. n.  
1. in f.* Nomen passivum creditori si legitur, distinguendum; vel enim in  
legato re, loco, tempore, aut causâ plus est, quàm in debito, vel nil ampliùs.  
Si prius, legatum aded est utile, ut legatarius pro modo emolumenti falci-  
diam pati, & fideicommissum præstare teneatur. *§. 14. l. h. t. l. 29. ff. de legat. 1.  
l. 66. in f. princ. ff. de legat. 2. l. 25. vers. contra ff. de liberat. le-  
gata. l. 1. §. 10. l. 5. ff. ad l. Falcid.* Si posterius, legatum est inutile. *dd.  
coactibus.* Confer *D. Sebastianum Mayer d. tr. de legat. c. 4. n. 29. & 30. Lau-  
terbach ff. de liberatione legata. §. pen. & ult.* ubi notat, utile manere legatum,  
quando debitum in diem, vel sub conditione, purè legatum fuit, licet dies  
aut conditio viva adhuc testator exstiterit, juxta Papinianum in *l. 5. in f. ff.  
ad leg. falcid.* cujus opinionem Imperator in *d. §. 14. Inst. h. t.* approbavit,  
contrarium verò Pauli in *l. 82. pr. ff. de legat. 2.* rejecit. Ex dictis facile de-  
prehenditur.

prehendes, cur dos, etsi proprium patrimonium mulieris sit, & aliàs soluto matrimonio ad eam redeat, eidem tamen à marito rectè legetur. §. 15. *l. h. r.* Plenius nimirum est legatum dotis, quàm de dote actio, tum quia dos legata illicò à morte mariti uxori præstanda est, quam aliàs, si non esset legata, & consisteret in rebus mobilibus vel se moventibus, aut incorporalibus, sufficeret intra annum præstari. *l. un. §. 7. vers. exactio autem dotis. Cod. de rei uxoria act.* quod Ulpianus in *l. 1. §. 2. ff. de dote prælegatâ.* vocat commodum repræsentationis, hoc est, præsentis solutionis. Tum quia in legato dotis cessat beneficium competentiz, quod tamen datum est marito convento actione dotis. §. 37. *infra de act. Wesenbecius ff. de dote prælegatâ n. 1. Eckolt ff. ib. §. 1. Nos infra ad lib. 4. tit. 6. part. 12. §. 4. n. 12. & seqq.* Cæterùm circa legatum dotis refert, sitne dōs simpliciter & sine expressione quantitatis vel corporis legata, an quantitas expressa aut corpus demonstratum. Legatum dotis priore modo relictum inutile est, si nihil dotis nomine datum fuit, quia sciri nequit, quid, quale, quantumque uxori præstari oporteat. Legatum postriore modo relictum valet, esto nihil dotis nomine acceptum sit, quia falsa demonstratio legato non officit. §. 15. *l. h. r.* Illud in objecto legati non attenditur, an res, quæ legatur, mobilis sit, vel immobilis, an sit particularis, una, vel plures, an verò universitas, ut grex, de quo §. 18. *l. h. r. & l. 21. cum seq. ff. de legat. 1.* Item an sit certum corpus vel quantitas, dummodò talis sit, ut legatario quæri possit, secus legatum est inutile. *l. 49. §. 2. ff. de legat. 2.*

Quætionis est, an, si eadem res eidem sæpius legata sit, etiam sæpius debeatur? Resp. 1. Si eadem species vel idem corpus sæpius legatum sit, interest, an id àb uno testatore factum, an à diversis? Si àb uno, non debetur, nisi semel. *l. 34. §. 1. ff. de leg. 1.* Sin à diversis, tunc debetur ex utroque testamento, cum hæc tamen distinctione, ut, si legatarius rem ipsam jam ex uno testamento nactus est, ex altero non possit neque rem neque æstimationem ejus petere. Non rem, quia illam jam habet: non etiam æstimationem, quia hæc rei inest, & res æquivalenter æstimatio est. Si verò ex priore testamento non rem, sed æstimationem ejus nactus est, potest adhuc ex secundo testamento agere ad consequendam rem ipsam, quia non, sicut æstimatio rei, ita quoque res æstimationi inest. §. 6. *l. h. r. d. l. 34. §. 2. l. 84. §. 2. ff. de legat. 1. l. 88. ff. de V. S. Brunnemann ad d. l. 34. §. 2. ff. de legat. 1. n. ult. D. Mayer d. c. 4. n. 14.* Resp. 2. Si eadem quantitas àb eodem eidem sæpius legata sit, interest, an id factum sit in eadem scriptura, an in diversis. Si prius, non nisi semel debetur, nisi fortè legans variaverit modum legandi in qualitate, conditione, loco, tempore, causâ. *l. 9. ff. de adim. vel transfer. legatis & c.* Si posterius, fortè quòd 100. in testamento, & 100. in codicillis eidem legatario relicta sint, utraq; summa debetur, nisi hæres præbaverit, noluisse testa-

tozem multiplicare legatum, sed tantum voluisse repetere, oblitus fortè, quòd in testamento legaverit. *d. l. 34. §. 3. l. 12. ff. de probat.*

- 28 Satis de legato rerum. Quòd attinet legatum facti, legari potest quòdlibet factum possibile, honestum, ac licitum. *arg. §. ult. infra de V. O. v. g. ut hæres domum alicui exstruat aut reficiat, ut aliquem ære alieno liberet &c. l. 49. §. ult. ff. de legat. 1. d. l. 49. §. ult. ff. de leg. 2. quo casu hæres præcisè ad factum tenetur, nec præstando interesse liberatur. l. 11. §. ult. ff. de leg. 3.*

### §. VIII.

- 29 **F**orma legati est vel interna, vel externa. Interna consistit in ultimâ voluntate, quâ alicui res titulo singulari verbis directis relinquitur. Forma externa consistit in modo legandi, ubi jus vetus separandum à novo. Jure veteri legatum antè hæredis institutionem, post mortem legatarii aut hæredis, vel pœnæ causâ relictum erat inutile. *§. 34. 35. & 36. l. h. t.* Jure novo licet invertere ordinem, post mortem hæredis & legatarii legare, teneturque is, à quo pœnæ nomine legatum est, vel implere voluntatem defuncti, vel solvere pœnam injunctam, nisi fortè pœna illa contineat aliquid impossibile, illicitum, vel aliàs probrosum, quo casu legatum pœnæ causâ relictum non valeret. *ad. textibus junct. l. un. Cod. de his, qua pœna nomine in testamen- to &c.*

Dices: conditio impossibilis, adscripta legato, habetur pro non adjectâ. *l. 104. §. 1. in f. ff. de legat. 1. ergò etiam pœna impossibilis adscripta. n. neg. conseq.* Disparitas est, quòd in prior casu imputaretur legatario, quòd eidem non potest imputari, si conditio haberetur pro adjectâ: in posteriori autem imputaretur hæredi, quòd eidem imputari non potest, nisi pœna haberetur pro adjectâ & vitiares legatum. Vid. Vinn. *ad. §. f. l. h. t. n. ult.*

Jure igitur nova forma externa legati stat in eo, quòd legatum relinquatur vel purè, vel non purè. Purè relinquitur, si adjectâ conditione, die, vel qualitate aliâ non suspendatur. *l. 1. pr. ff. de condit. & demonstr.* Cujus generis legati dies statim à morte testatoris cedit, legatumque à legatario in hæredem etiam extraneum transmittitur. *l. 5. pr. ff. quando dies legat. l. un. §. 5. Cod. de caduc. toll.* Non purè relinquitur legatum, si dies, conditio, aut modus adscribatur, de quibus agitur ex professio in *pandectis tit. de condit. & demonstrat. item tit. quando dies legat. &c.* Interim videri potest dissertatio inauguralis Burckhardi Bardili, *de legato condicionali.*

### §. IX.

- 30 **F**inis legati est benefacere legatario. Constat ex eo, quòd legatum sit species quædam donationis.

## §. X.

**E**ffectus legati alii sunt ex parte hæredis, alii ex parte legatarii. Effectus 31  
 ex parte hæredis primus est obligatio præstandi rem legatam ei, cui re-  
 licta est. Secundus, quòd hæres rem legatam nullo modo possit alienare in  
 alium. l. 3. §. 2. *Cod. communia de legatis*. ubi simul additur ratio, quia satis  
 absurdum est & irrationabile, rem, quam quis in bonis suis purè non possi-  
 det, eam ad alios posse transferre, vel hypothecæ, pignorisvè nomine obli-  
 gare, & sic alienam spem decipere. Addo Eckolt. *ad 3. libros fororum. de le-  
 gatis. §. 18.*

Effectus legati ex parte legatarii primus est, quòd omne commodum 32  
 & incommodum rei legatæ spectet ad legatarium. §. 18. & 2 *seqq. I. h. t.*  
 Undè si areæ legatæ post testamentum factum ædificium impositum sit, utrùm-  
 que debetur, & solum, & superficies. l. 39. §. *de legat. 2.* Secundus 33  
 effectus est, quòd periculum rei legatæ spectet ad legatarium; undè si res legat-  
 a sinè facto hæredis perierit, perit legatario. §. 16. *I. h. t.* modò tamen certa  
 res vel species, aut quantitas instar certæ speciei legata fuerit. l. 26. §. 1. *ff. de  
 legat. 1. l. 23. ff. de V. O.* Secùs enim foret, si genus legatum esset. Ter. 34  
 tius effectus est, quòd pro obtinendo legato legatario competant 3. actiones,  
 duæ reales, nempe rei vindicatio & hypothecaria, & una personalis, nempe  
 actio ex testamento. §. 2. *I. h. t. l. 1. l. 3. §. 2. Cod. communia de legatis.* Rei  
 vindicatio fundatur in dominio rei legatæ, quòd pròtinùs à morte legantis  
 transit in legatarium, fictione scilicèt juris, & quoad jus transmittendi, verè  
 autem transit primùm à tempore agnitionis. l. 80. *ff. de legat. 2.* Et cum effectus  
 demùm àb aditâ hæreditate. l. 69. *princ. l. 86. §. 2. ff. de legat. 1.* confer meam Ju-  
 risprud. quintuplicem q. 4. n. 6. Hypothecaria actio fundatur in hypotheca ta-  
 cita, quàm habet legatarius beneficio legis in omnibus bonis defuncti, excep-  
 tà re legatâ. l. 1. *Cod. communia de legatis. l. 45. pr. ff. de R. J.* Vid. meum  
 tract. Jurid. *ad lib. 20. ff. tit. 2. th. 45. & seqq.* Actio porrò ex testamento  
 fundatur in aditione hæreditatis, quæ est quidam quasi contractus, vi cujus ob-  
 ligatur hæres creditoribus testamentariis, ut sunt legatarii & fideicommissa-  
 rii, ad præstanda ex testamento debita. confer *Interpretes ad §. 5. infra de  
 oblig. qua quasi ex contractu &c.* Quas inter actiones legatarius unam eli-  
 gere potest, electa facit expirare alteram. l. 108. §. 2. *ff. de legat. 1. l. 76. §.  
 pen. ff. de leg. 2.* Vid Mayer *d. tr. de legat. c. 1. n. 20.* Quod an, sicut de  
 actione ex testamento & rei vindicatione passim receptum est, ita etiam de con-  
 sumptione hypothecariæ procedat, consulantur Wilhel. Ludwell. *exercit. ad  
 Inst. 9. th. 7. lit. F. & ab eod. cit.* Bachov. *in Tract. vol. 2. disp. 13. th. 7.  
 lit. E.* Vinn. *ad §. 2. I. h. t. n. ult.* Harp. *ibid. n. 18.*

Quartus effectus est, quòd legatarius etiam per viam executivam legatum 35

possit consequi, modò jus legati sit liquidum, & non adsit legitimus contraditor, *arg. l. ult. Cod. de Edicto Divi Hadriani tollendo & s.* Qui textus tamen si loquatur de testamento & hærede, ac proinde directum beneficium hujus legis non competat legatario, utile tamen non videtur negandum, tum quia legatum plerumque est pars & accessio testamenti, tum quia legatarii quoad hoc non videntur minus favorabiles, quàm hæredes. Nicol. Boërius *decis.* 295. n. 12. Berlich. *p. 1. conclus. pract.* 80. n. 10. quam sententiam Ludwell. *d. hb. 7. lit. C.* communius receptam, & in Camera Spirensi probatam esse testatur.

## §. XI.

- 36 **C**ontraria legati sunt modi, quibus legatum vel statim initio nullum est, vel ex post facto infirmatur: quò pertinet L. Si erratum sit in corpore rei legata. *l. 4. princ. ff. de legat. 1. & arg. ff. 9. princ. ff. de contrab. emp.*
- 37 **I**t. Si erratum sit in personâ legatarii, fortè quòd Titio præfenti legaveris, opinione ductus, esse fratrem tuum, cum non sit, *arg. l. 9. ff. de hered. instit.* Planè error in nomine, cognomine, prænomine, agnomine legatarii legatum non vitiat, modò aliàs de personâ sufficienter constet. *§. 29. l. h. ubi simul additur ratio, quia nomina eo fine reperta sunt, ut per ea significantur homines, adedque supervacua, si aliâ qualibet ratione innotescant.* Idem dicendum de falsâ demonstratione legatarii, quæ per se loquendo legatum non vitiat. Undè si quis ita legaverit: *Fratri meo Francisco Doctore juris 100. do, lego.* Licèt is non sit Doctor Juris, legatum nihilominus debetur, dummodo constet de personâ ejus, cui testator legare voluit. *l. 17. §. 1. in f. l. 33. & 34. ff. de condit. & demonstr.* Idem jus est, si falsa demonstratio cadat super rem legatam: & idem, si quis ita legaverit: *Sericum servum meum sutor em do, lego.* licèt is non sit sutor, sed v. g. pictor, dummodo de servo constet, legatum est utile. Item si quis ita legaverit: *fundum Tusculanum, quem à Scio emi, do, lego:* licèt is fundus non sit emptus à Sejo, sed àb alio, vel donatus leganti, legatum valet, si modò de fundo constet. *§. 30. l. h. n. d. l. 17. pr. & §. 1. d. l. 33. & 34.*

Dixi: *falsâ demonstratione per se loquendo legatum non vitari:* id enim interdum fallit, & quidem toties, quoties aliquid aliud præter falsitatem demonstrationis legato obstat, ut accidit, si demonstratio designet certam rem aut quantitatem, sed circumscriptam certo loco, cuius res in loco isto non reperitur, fortè quòd testator ita legaverit: *100. que in arca habeo, Cajo do, lego.* Si enim nulla 100. in arca sint, placet nihil de bari, quâsi certum corpus, quod non est in rerum naturâ, legatum sit. *l. 108. §. 10. ff. de legat. 1. l. 1. §. 7. in f. ff. de dose prælegatâ.* prius enim esse debet, quod legatur, quàm legatum valeat, aut dici possit, *falsâ demonstratione non perimi, arg. l. 40. §. 4. ff. de condit. & demonstrat.*

Quod hæcenus de falsâ demonstratione diximus, obtinet etiam in falsâ causâ seu ratione impulsiva legandi, quæ pariter legato non nocet, velut si quis ita dixerit: *Cajo, quia me absente negotia mea gessit, 100. do, lego, vel ita; Cajus, quia ejus patrocinio capitali crimine liberatus sum, 100. do, lego.* licet enim nec negotia testatoris unquam gesserit Cajus, nec ejus patrocinio liberatus sit, legatum tamen valet. §. 31. *I. b. r. d. l. 17. §. 2. l. 72. §. 6. ff. de condit. & demonstr.* Nisi fortè 1. causâ conditionaliter à testatore enunciata fuerit, v. g. hoc modo: *Cajus, si negotia mea curavisset, 100. do, lego.* quo casu legatum non aliter debetur, quàm positâ conditione adscriptâ. *d. §. 31. d. l. 17. §. 3.* aut nisi 2. hæres probet, testatorem aliàs non fuisse legatum, si scivisset falsitatem causæ. *d. l. 72. §. 6.* Quod quomodo probari possit, docet Vinn. *ad d. §. 31. I. b. r. n. 4.* III. Ad contraria legati pertinet, si incertus sit vel res legata, vel persona legatarii, ut nullâ probabili ratione appareat, quid vel cui defunctus legare voluerit. *l. 34. pr. ff. de leg. 2. l. 10. pr. l. 27. ff. de rebus dubiis, l. 2. ff. de his, quæ pro non scriptis habentur. l. 73. §. 3. ff. de R. l.* Unde, si v. g. Sempronio legatus sit fundus Cornelianus, & concurrant duo Sempronii, æquâ charitate testatori conjuncti, ut non possit deprehendi, utri eorum potius fundus legatus sit, legatum evanescit. *d. l. 10. princ.* ratio est, quia paria sunt, non esse, & non apparere. *l. 77. ff. de contrah. empr.* IV. Si conditio captatoria legato sit adjecta. *l. 64. ff. de legat. 1.* V. Si testamentum vel codicillus, in quo relictum est legatum, omni respectu & absolute nullum sit. VI. Si hæreditas per æs alienum exhausta est; hoc enim debet exsolvi ante omni debitum testamentarium. *l. 6. §. un. ff. l. 16. Cod. ad leg. Falcid.* VII. Si legatarius legatum sibi delatum respuat; quo casu res legata manet penes hæredem, aut, si repudians conjunctum habet, pertinet ad collegatarium jure accrescendi, juxta dicta *suprà §. 6. n. 9. inf.* VIII. Si species legata antè moram sine dolo & culpâ hæredis totaliter intereat, jam superiori §. *cit. §. 16. I. b. r. l. 26. §. 1. l. 36. §. 3. l. 39. §. 1. ff. de legat. 1.* Intereunte parte refert, sitnè pars remanens accessio partis, quæ interit, aut per se subsistat. Priore casu interitua res principalis totum legatum perimitur. Hinc, si fundus cum instrumento legetur, & fundus postea alienetur, etiam instrumenti legatum indisputabiliter extinguitur. *§. 17. I. b. r. l. 1. §. un. l. 5. ff. de instructo vel instrumento legato.* Fundus enim per modum principalis, instrumentum verò se habet per modum accessionis. Posteriore casu, quod superest, debetur. *d. §. 17.* hinc legato græge, & numero ovium itâ decrescente, ut unicum caput supersit, hoc debetur. *§. 18. I. b. r.* Similiter si fundus & instrumentum legatus sit, voluntatis quæritio admitti, & tentari potest, quòd alienato fundo adhuc tamen debeatur instrumentum, tanquàm æquè principaliter legatum. *arg. d. l. 5. inf. ff. de instructo vel instrum. legato. Vinn. ad d. §. 17. I. b. r. n. 4.* Struv. *exerc. ad pand. 35. th. 58.*

# TITULUS XXI.

## DE ADEMPZIONE LEGATORUM.

### SUMMARI A.

1. Adimitur legatum vel in testamento, vel in codicillis, vel nudâ voluntate voram 5. testibus declarata. 2. Modus adimendi variat, cum in verbis expressè aut æquivalenter. 3. Vel in factis verè aut præsumptivè contrariis consistere possit, quorum posteriorum quatuor adducuntur. 4. Agitur de quadruplici modo transferendi legatum.

#### 2. I.

- IX.** **I**nfirmatur legatum ademptione. Adimitur autem legatum vel in testamento, vel in codicillis. *princ. l. b. r.* vel extrâ utrumque nudâ voluntate. *l. 3. §. ult. ff. zod.* quo tamen casu probabilius requiruntur 5. testes ad revocationem legati. *arg. l. 35. ff. de R. J.* Hahn ad Wessenbec. *ff. b. r. n. 3.* Eckolt. *ff. ibid. §. 3.* Struv. *d. exercit. 35. th. 81.* Dissentit D. Mayer *d. tr. de legatis c. 8. n. 3. & 9.* putans, duos testes omni exceptione majores sufficere. Deinde adimitur legatum vel verbis, vel factis: & verbis quidem vel expressè contrariis, vel æquivalentibus. Expressè contrariis ita: *fundum, quem legavi Cajo, non do, non lego. d. pr. l. 2. princ. ff. b. r.* Æquivalentibus ita, si legans dicat, legatarium pessimum hominem esse. *l. 13. ff. eod. aut* malè de se meritum. *l. 4. Cod. de his, quibus ut indignis &c.* Factis itidem vel verè & directè contrariis, vel præsumptivè talibus legatum adimitur. Verè contrariis tunc, si testator consultè legatum deleat, inducat, canceller &c. *l. 16. ff. b. r. confer, quæ dixi supra tit. 17. §. 2. n. 5. & seqq.* huc quoque applicanda. Factis præsumptivè contrariis adimitur legatum 1. Si debitum legatum testator adhuc vivus exegerit. *§. 21. supra de legat. l. 75. §. 2. ff. de leg. 1.* 2. Si rem legatam donet alteri. *l. 18. ff. b. r.* vel aliàs liberâ voluntate alienet: secùs, si ex necessitate rei familiaris. *§. 12. supra de legat. & ibi DD. communiter.* 3. Si rem legatam destruat, *l. 65. §. f. ff. de legat. 1. l. 88. §. 2. ff. de legat. 3.* Aut indè faciat novam speciem, irreducibilem ad priorem rudem materiam. *d. l. 88. princ. & §. ult.* 4. Si capitales vel gravissimæ inimicitiz inter legantem & legatarium exarserint. *l. 3. §. ult. l. 22. ff. b. r. l. 9. princ. ff. de his, quæ ut indignis &c.* censetur autem inimicitia capitalis, si quis alterius vitæ insidias struxerit. Lauterbach *ff. de testibus. §. 35.* Carpzov. *pract. crim. p. 3. q. 120. n. 47.* vel in causâ criminali testimonium dixerit. *Glossa ad v. 13. de accusas.* vel alterum criminaliter accusaverit. *nov 90.*

a. 7. vel litem cum alio habeat de omnibus bonis, & majore parte bonorum suorum, & in qua maximam rei familiaris jacturam faciat, si causâ cadat. *arg. f. 4. Inst. de exsusat. sur.* Aliud dicendum, si tantum levis quædam offensa intervenerit; tunc enim legatum durat. *d. l. 3. f. ult.* Quin & si ambo redierint in gratiam, legatum convalescit. *l. 4. ff. eod.* Si verò non redierint, & testator, confcius inimicitia ac injuriæ, sibi illatæ, non revocaverit legatum, cum potuisset, durat ademptio, per *l. 31. f. 2. ff. h. r. Mol. de F. & F. tr. 2. dist. 21 2. n. 3. Mayer d. c. 8. n. 15. citans Menoch. de presump.*

## §. II.

X. **I**nfirmatur legatum translatione, quæ fit 4. modis. *l. 6. princ. ff. h. r. 1.* à persona in personam. *f. 1. l. eod.* ut si ita dicat legans: *fundum, quem legavi Cajo, Titio de lego.* 2. Ab eo, qui dare jussus est, in alium. v. g. ita: *fundum, quem legavi Mavio à Cajo herede, nunc eidem lego à Titio herede.* 3. cum pro una re legata, alia legatur, puta, *pro fundo Tusculano fundus Sempronianus.* 4. Cum quod purè legatum est, legatur sub conditione, vel econtra, puta hoc modo: *100. quos legavi Cajo, ei do, lego ita, si navis ex Alia venerit.*

## TITULUS XXII.

### DE LEGE FALCIDIA.

## S U M M A R I A.

1. Desinitur lex Falcidia.
2. Cujus author Publius Falcidius Tribunus plebis.
3. Detractio Falcidia competit heredi uni, & pluribus.
4. Ex quibus una deficiente si pars gravata accrescat alteri, ratio legis Falcidia habetur: Socus, si pars non gravata accrescat.
5. Legatarii & fideicommissarii non nisi in certis casibus Falcidiam detrabere possunt.
6. A legatis, fideicommissis particularibus, donationibus mortis causa, & illis, qua mortis confirmantur.
7. Quandoque etiam à mortis causa capionibus.
8. Legata pia Falcidia subsunt.
9. Antequam detrahatur Falcidia, deducendum est, ac alienum, impense funeris, pretia servorum manumissorum.
10. Rerum exploranda quantitas patrimonii defuncti, spectato tempore mortis ejus.
11. Ac imputanda, qua heres jure hereditario defestare accepit.
12. Lex Falcidia respicit favorem tum heredi, tum testatori.
13. Ac accommodat varias alliones ad consequendam quartam.
14. Cessantem ob expressam testatoris prohibitionem.
15. Ob inventarium ab herede neglectum.
16. Ob remissionem ejus.
17. Integram satisfactionem.
18. Annalem mortis.
- 19.



vel fraudem commissam. 20. Item si miles testamentum fecerit. 21. Si libertas. 22. Dos legata. 23. Aut res eâ lege relicta fuerit, ne alienetur.

## XI. D Enique minuitur legatum per falcem legis falcidiz.

### §. I.

**L** Ex falcidia est plebiscitum, quo cavetur, ut, siue unus hæres institutus fuerit, siue plures, apud eum, eosvè pars quarta hæreditatis, per legata fortè exhaustæ, integra remaneat. Passim *Inst. ff. & Cod. b. t.*

### §. II.

**C**ausa efficiens legis falcidiz est Publius Falcidius Tribunus plebis, qui eam dicitur rogâsse anno âb urbe conditâ 712. ita *Struv. exercit. ad pand. 36. sb. 1.* anno 714. ita *Ludwell. ad princ. l. b. t. n. 1. & Rbotius dissert. ad Inst. 16. posit. 54.* anno 742. ita *Eckolt ff. b. t. §. 1.* anno 745. ita *Vinn. ad d. princ. l. b. t. n. 7.* adeoque chronologia hujus legis non est satis certa. Imputère ad scilicendum hoc plebiscitum leges veteres, lex 12. tabularum, lex Furia, lex Voconia, quarum nulla, & quidem non prima, propterliberrimam tuam legandi potestatem, non altera, quia tantum ultra 1000. aureos alicui legare prohibuit, nec ultima, quamvis cavens, nè legatarius plus ex testamento conquireretur, quam hæres, ad conservandas ultimas defunctorum voluntates sufficiens credebatur. *d. princ. l. b. t.*

### §. III.

**S**ubjectum legis Falcidiz constituunt personæ, quibus beneficium hoc competit. Competit autem 1. hæredi, ultra dodrantem gravato. Et siquidem unus duntaxat scriptus sit, solus quartam detrahit. Quodsi plures scripti fuerint, refert, ab omnibus simpliciter legatum sit, an nominatim à certis. Priore casu sufficit, apud omnes falcidiam remanere. Posteriore casu singuli pro suâ parte quartam detrahere poterunt. Ut ecce ! testator ita scripsit : *Titius hæres esto, Sempronius hæres esto. Mavio lego 100. Caio 200. Sejo 300.* Hoc casu non nisi una quarta detrahitur. Econtrâ testator, in bonis numerans 400. aureos, ita dixit : *Titius ex semisse hæres esto, ex altero semisse Sempronius & damno te Semproni, dare Flacco 200. aureos.* Isto casu Sempronius quartam i lius portionis, in quâ institutus est, videlicet 50. aureos nihilominus retinere, aut tantum de legato, quo gravatus est, detrahere poterit. *f. 1. l. l. 77. ff. b. t. & ibi Brunne mann. Vinn. ad d. §. 1. num. 1.*

**S**ed quid, si unus ex scriptis hæredibus deficiat & pars ejus accrescat alteri? Resp. interesse, accedatnè portio gravata vel exhausta portioni non gravatæ, an portio non gravata, portioni gravatæ. Priore casu separatim ratio legis falcidiz habetur. *l. 1. §. 13. & 14. l. 78. ff. b. t.* quæ secundum naturam est,

est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda. *l. 10. ff. de R. I. accedit.* quodd, qui in jus alterius succedit, eodem jure uti possit. *l. 177. princ. ff. eod.* Neque obstat 1. textus in *l. 78. §. 4. ff. h. t.* ubi **JC.** Julianus ait, quodd, si ex substitutione portio onerata accrescat non onerata, solida legata præstari debeant, & confusi duo semisses efficiant, ut circa legem falcidiam totius assis ratio habeatur. Nam advertendum, à Jureconsulto in memorato loco addi, ita demum objecta procedere, si filius, antequam patri hæres existeret, decessisset; secus, si patri hæres fuerit. Tantum igitur abest, ut textus ille nobis refragetur, ut potius sententiæ nostræ egregie suffragetur: quodd, si enim filius, cohæres institutus, vivo testatore decesserit, non amplius intelligitur institutus, cum institutus verè dicatur ille, in cujus institutione testator perseveravit, non qui ab initio scriptus est; atqui testator non creditur in personâ illius perseverare, qui in rerum naturâ esse desinit, adeoque in casu oppositæ legis solus Titius post mortem testatoris reperitur hæres institutus, licet ex diversis partibus, & quidem ex unâ purè, & ex alterâ sub conditione, quæ tamen quia jam existit, idè ratio legis falcidiæ in singuli partibus non ponitur, juxta *d. l. 1. §. 13. ff. h. t.* Posteriore casu portio accrescens auget hæreditatem, ac imputatur hæredi in falcidiam. *d. l. 1. §. 13. d. l. 78.* cum hic nullum incommodum hæredi accrescat. Bachov. in *Treutl. vol. 2. disp. 14. rh. 2. lit. E. ad f. Vinn. d. l. n. 2. Harp. ad d. §. 1. l. h. t. n. 3. & seqq.* In exemplo: Titius & Sempronius ex æquis partibus sunt hæres instituti, & à Sempronio legata ultra dodrantem portionis suæ relicta, à Titio verò non ultra dodrantem: Titius repudiat hæreditatem, quo facto ejus portio accedit Sempronio; in hoc casu, quia computatâ parte Titii, quæ accessit Sempronio, integrâ habetur quarta hæreditatis, idè Sempronius non potest amplius falcidiam detrahere à legatis, vel si adhuc aliquid desit, saltem tantum detrahet, quantum deest, reliquum autem prodest legatariis. *d. l. 1. §. 13. d. l. 78.* Neque officit, quodd, si pupillariter substituto, & legatis gravato, obvieniã portio filii impuberis instituti non gravata, substitutus nihilominus à legatis, respectu filii relicti, falcidiam detrahere possit. Nam hoc fit idè, quia, licet testamentum paternum & pupillare duo sint, si separatim considerentur, habentur tamen pro uno, in quo proinde legata, tam ab impubere filio, quàm à pupillariter substituto relicta, non separatim spectantur, sed contribuuntur: cum igitur contributa, & in unum collecta exhauriant hæreditatem, adeoque dodrantem excedant, mirum non est, quodd falcidia ab iis detrahi possit. Vid. *l. 11. §. 5. & 7. l. 79. d. l. 87. §. ult. ff. h. t.* Duarenus *cod. cap. 8. fol. m. 570. & seqq.* 2. Competit beneficium legis Falcidiæ hæredis hæredi. *l. 10. Cod. h. t.* 3. Fisco, si hæreditas ei deferatur. *arg. l. 3. §. ult. ff. ad SC. Trebell.*

Legatariis & fideicommissariis sive particulariibus, sive universalibus, be-

beneficium hoc regulariter non competit. *l. 47. §. in. ff. de r. l. l. 1. §. pen. ff. ad SC. Trebell.* cum in ordine ad conservandam vel infirmendam defuncti voluntatem nihil faciat, utrum agnoscat relictum, nec ne. *Rubeus, d. differ. 16. post. 66.* Excipitur 1. casus, quo hæres coactus adiit hæreditatem, eamque restituit fideicommissario, qui proinde, nè legatarii in hæreditate suspecta melioris conditionis sint, quam in lucrosa, legata non nisi cum eâ diminutione præstare cogetur, cum quâ præstitisset hæres, cuius locum omninò subit, actionibus omnibus in se translatis. *l. 63. §. 11. ff. ad SC. Trebell.* 2. excipitur casus, quo hæres, potens detrahere quartam, in gratiam fideicommissarii non detrahit; tunc enim fideicommissarius iste fideicommissario secundo detrahet. *d. l. 1. §. 19. ff. d. r. Zoël. ff. b. r. n. 11.* Neque regulæ superius statuta obstat textus in *l. 32. §. pen. ff. b. r. n.* ubi Mæcianus JC. ait, quòd; si Titio legati nomine viginti relicta sint, & is rogatus sit, Sejo restituere quinque, Titius Sejo ex quinque proportionaliter tantum detrahere possit, quantum hæres nomine falcidiæ detrahit Titio ex viginti. Nam, ut ex verbis opposita legis abunde constat, detractio legatario ibidem non competit vi aut jure falcidiæ, sed ex præsumptâ voluntate testatoris rogantis, & ad exemplum hæredis, obligantis Titium, ut de 20. sibi legatis, §. restitueret Sejo, adeoque Titius quartam ex p. detrahit ut hæres, eandem non detracturus, si rogatus fuisset, totum legatum restituere. Confer *Zoël. ff. b. r. n. 12. Brunemann. ad d. l. 32. n. ult. Donall. commentar. Jur. Civ. lib. 8. cap. 27. fol. m. 396. n. 50.*

## §. IV.

**O**bjectum falcidiæ sunt ea, à quibus detrahitur. Detrahitur autem 1. à legatis, tum in testamento, tum ab intestato relictis. *l. 1. pr. l. 18. ff. l. 2. l. 10. Cod. b. r. sive privato, sive principi aut reipublicæ relictis. l. 3. §. ult. ff. l. 4. Cod. cod.* imò & ab alimentis legatis, esto ceteroquin horum ingens favor sit. *l. 89. prima. ff. d. r.* 2. A fideicommissis particularibus. *d. l. 2. Cod. b. r.* Confer *Bechmann. ff. b. r. n. 81. & seqq.* 3. A donationibus mortis causâ. *l. 5. Cod. cod. l. 27. in f. ff. de mortis causâ donat. l. 1. §. 5. ff. quod legatorum.* 4. A donationibus inter vivos, quæ morte confirmantur, v. g. inter conjuges, inter patrem & filium &c. *l. 12. Cod. b. r.* Hæc expediti juris sunt.

**D**ubio impeditum est 1. habeatne locum falcidiæ in illis, quæ mortis causâ capiuntur? Resp. referre, capiaturne mortis causâ aliquid ab hærede, an ab alio. Si ab hærede, subjacet falcidiæ. *l. pen. Cod. b. r.* Si ab alio, non subjacet. *l. 1. §. 8. l. 93. ff. cod.* ut ecce testator ita dixit: *Mævius hæres esto, & Titio dederis 10.* si hæc quantitas dodrantem excedat, poterit Mævius deducere falcidiam. *d. l. pen.* Quòd si verò testator ita dixerit: *Mævio lego fundum Cornelianum, & Titio dederis 10.* ab his 10. hæres non poterit falcidi-

am detrahere. *d. l. 1. §. 8. d. l. 93. ff. h. r.* Ratio diversitatis est, quia, quod mortis causâ capitur ab hærede, minuit hæreditatem, adeoque merito subiacet falcidiæ, nè alioquin ratio sit inventa ejus tollendæ. Econtrâ quando quid mortis causâ capitur ab alio, quàm hærede, id hæreditatem non minuit, consequenter nec est, cur subdatur falcidiæ. Vid. *l. 31. ff. de mortis causâ donat. l. 55. ff. de condit. & demonstrat. Perez in Cod. h. r. n. 3. Wissenbach disp. ad Inst. 26. th. 52. ad Digesta lib. 39. disp. 16. th. 19. & ad d. l. pen. Cod. h. r. Donell. Comment. Fur. Civil. lib. 8. c. 24. fol. m. 388.*

Impeditum est 2. an pia legata falcidiæ subsint? Authores pro sententiâ tam negatæ, quàm affirmatæ, longo sermone adducuntur à *D. Glerke p. 5. select. quest. 8. n. 76. & seq.* cum quo Resp. affirmativè. Probatur partim ex consilio, quod Justinianus suggerit in *l. 49. primo. Cod. de Episcopis & Clericis*. Ubi dicit, quòd ad impediendam falcidiam ipsi pauperes vel captivi hæredes scribi debeant. partim ex *l. 1. §. 5. ff. h. r.* ubi ita Paulus: *ad municipium quoque legata, vel etiam ea, que DEO relinquuntur, lex falcidiæ pertinet.*

Objic. 1. *amb. similiter. Cod. h. r.* ibi: *similiter falcidia cessat in his, que ad pias causas relicta sunt.* 2. Cum *Bechmann. d. loc. n. 67.* authenticam hanc malè desumptam esse ex *nov. 131. c. 12.*

Objic. 2. *d. l. 49. §. 2. in f. Cod. de Epist. & Clericis.* ibi: *quomodo ferendum est, hoc, quod in sacrum venerit, per falcidiam vel aliam occasionem minui.* Resp. in specie dictæ legis non hæredem profanum, sed ipsos pauperes fuisse institutos: adeoque hoc statui, quòd pauperibus institutis Episcopus vel œconomus nequeat detrahere falcidiam sub prætextu, quasi ipse hæres institutus esset. Verùm, ut ut ita de jure obtineat, in judicando tamen non esse recedendum à communi contrariâ sententiâ, monet *Henricus Zoël. ff. h. r. n. ult. in f.*

### §. V.

**F**ORMA falcidiæ stat in modo eandem deducendi. Ut autem rectè deducatur, vocandum 1. ad calculos res alienum. *§. ult. d. h. r.* etiam quod ipsi hæredi tempore mortis debetur. *l. 87. §. 2. ff. d. 6. princ. Cod. eod.* nisi testator expressè prohibuerit. *l. 12. ff. d. 2.* Ratio hujus dispositionis est, quia bona testatoris, de quibus legata præstari debent, non intelliguntur, nisi deducto ære alieno. *l. 72. in f. princ. ff. de jure dot. l. 39. §. 1. ff. de V. S.* 2. De hæreditate deducendæ sunt impensæ funeris. *d. §. ult. l. 45. ff. de religiosis & sumptibus funerum.* Utiq; ob favorem religionis, pro quâ summa facit ratio. *l. 43. in f. ff. d. 1.* Venit autè impensarum funeris nomine, quidquid circa ipsum sepulchrum, & necessaria ad sepeliendum corpus defuncti est erogatum. *l. 1. §. ult. ff. h. r. l. 14. §. 3. l. 37. ff. de relig. & sumpt. fun.* 3. Subducenda pretia servorum manumissorum. *d. §. ult. l. 1. 36. §. 2. l. 39. ff. h. r.* 4. Ex-

10 4. Exploranda quantitas patrimonii seu bonorum defuncti, spectato tempore mortis ejus & considerato pretio præsentis, non quo res in censum redactæ sunt. §. 2. l. l. 62. §. un. l. 73. princ. ff. h. t. Post mortem testatoris & hæreditate nondum aditâ auctum patrimonium non prodest legatariis, nec diminutum isdem obest, sed accrescit vel decrescit hæredi. d. §. 2. d. l. 73. cujus tamen libero arbitrio relinquitur, hæreditatem repudiare. *dd. testibus.*

Neque dicas: fideicommissarii implorato judicis officio possunt hæredem cogere ad adeundam hæreditatem. l. 14. §. 1. l. 16. §. 1. ff. ad SC. Trebell. ergo etiam legatarii. Nam 2. disparitatem esse, quia ex coactione fideicommissariorum hæres fiduciarius damnus non patitur, cum omnia onera hæreditaria transferantur in eos, quibus ex fideicommissio restituitur hæreditas. §. 7. *infra de fideicommiss. heredit. l. 4. ff. ad SC. Trebell.* Econtrâ in legatarios onera hæreditaria non transeunt, sed manent penes hæredem, qui proinde ingens damnum incurreret, si à legatariis ad adeundam hæreditatem compelli posset. *Vinnius ad d. §. 2. l. h. t. n. ult. in f.* Et ideò necesse est legatariis, cum hærede de certâ portione ipsi relinquendâ pacisci, nè alias destituto testamento legata quoque extinguantur. d. §. 2. in f. §. In falcidiam imputanda sunt, quæ hæres jure hæreditario à testatore accepit. non quæ jure legati, prælegati, fideicommissi, aut conditionis implendæ causâ. l. 76 l. 91. ff. h. t. Quibus omnibus ita subductis, computatis & imputatis dispiciendum, an hæredi tantum remaneat, ut quartam salvam habeat, nec nè. Priore casu legata integra præstanda veniunt. Posteriore singulis legatis juxta proportionem geometricam tantum detrahitur, quantum requiritur ad complementum quartæ. d. §. ult. l. h. t.

### §. VI.

12 **F**ois legis falcidiæ consistit partim in favore hæredum. l. 71. ff. h. t. nè nimirum nimium gravati omni hæreditario lucro destituerentur, unde nec testator falcidiam prohibere potuit. l. 15. §. 1. ff. eod. partim in conservatione testamentorum, nè recusantibus scriptis hæredibus pro nullo aut minimo lucro adire hæreditatem testatores redderentur intestati. princ. l. h. t. *Bechmann. ubi supra n. 75. Eckolt ff. h. t. §. 3. & 9. Rhetius d. dissert. 16. post. §. 3.* ubi a; positè exponit verba finalia. *novella 1. in epilogo: ibi: qua neque in paupertate vivere, neque nequi in anxietate permittis.*

### §. VII.

13 **E**ffectus legis falcidiæ duplex est, proximus & remotus. Proximus est, quòd quarta, doctante legatariis & fideicommissariis dimisso, ad hæredem pertineat. Remotus consistit in remediis & actionibus hæredi ad dictam quartam consequendam proditis. Et quidem, si ipse eam possideat, exceptione doli eam retinere potest. l. 15. §. 1. ff. l. 10. l. 18. Cod. h. t. *Secus rei vindicatione*

*fictione. l. 26. princ. ff. cod. actione in factum. l. 77. §. 2. ff. de legat. 2. conditione indebiti. l. 9. Cod. h. r. interdicto quod legatorum. rr. ff. quod legatorum.* aut actione ex stipulatu sibi consulat, puta, si legatarii hæredi stipulanti promiserunt, se restitutos, quod ultra dodrantem fuerat legatum. *d. 2. & rr. ff. si cui plus, quam per legem falcidianam &c.*

## §. VIII.

**C**ontrarie falcidiâ sunt causæ, ex quibus cessat. Cessat autem vel ob factum testatoris, aut hæredis, vel ob privilegium. Ob factum testatoris cessat, si non ignarus virium patrimonii sui eandem expressè prohibuerit, dicens v. g. *nolo, ut heres meus detrahat falcidiam: volo, ut re certâ sit contentus heres meus, & non ultra potat. nov. 1. c. 2. in f. aush. sed cum testator. Cod. h. r.* per quam correctâ est. *d. l. 15. §. 1. ff. h. r.*

Dixi, *expressè*: tacita prohibitio, aut verba æquipollentia etiam jure novissimo non sufficiunt. Esto igitur testator omnia & integra legata præstari præceperit, quarta tamen ab hærede detrahi poterit: fortè enim hoc per errorem jussit testator, existimans, se plus in bonis habere, quam habeat, *arg. §. 3. l. quibus ex causis manumittere non licet. Menoch. de præsumpt. lib. 1. q. 45. n. 35. Carpz. l. for. p. 3. const. 1. def. 13. n. 6. Fach. §. contr. c. 13. Zoëll. ff. h. r. n. 30. & seqq. Hahn ad Wesenber. ibid. n. 8.* dicens, se recordari, aliquoties sic in collegio suo pronuntiata. Dissentiunt Berlich. Boerius, Rittershusius & alii apud Carpz. *d. l. n. 7.* confer Brunsemann. *ad d. l. 15. ubi n. 3. & 4.* tradit, non prohiberi falcidiam, si testator dixerit: *Die Erben möchten nicht darwider seyn; secus autem, si ita dixerit: Es soll mein Eheweib meinen Freunden nichts heraus geben.*

Ob factum hæredis cessat falcidiâ 1. si inventarium conficere neglexit. *l. 15. §. 2.* quo casu integra legata solvere tenetur, esto vires hæreditariæ iis præstandis non sufficient. *l. ult. §. 12. & 14. Cod. de jure deliberandi. d. nov. 1. c. 2. §. 2.* Sibi enim impuret, quòd beneficium inventarii, quo consulere sibi poterat, contempsit. *d. nov. 1. c. 2. §. 2.*

Quæritur, an hæc obligatio etiam procedat in foro animæ, ita, ut hæres neglecto inventario etiam in conscientia teneatur solvere legata ultra vires hæreditarias? *¶ 1.* Hæredem, si revera culpâ vel negligentia omisit conficere inventarium, teneri ad integra legata solvenda, etiam ultra vires hæreditarias post sententiam latam, locûs verò ante latam sententiam. *Molina de F. & F. rr. 2. disp. 217. n. 13 & seq. Haunold. de F. & F. rr. 6. c. 10. contr. 4. §. 14. n. 658.* Ratio est, quia, cum jus hoc non fundatur principaliter in præsumptione fraudis, seu bonorum ab hærede occultatorum, ut voluit adversarii, sed potius ita statuat in pœnam negligentia & contemptûs beneficii inventarii, ut ex *d. nov. 1. c. 2. §. 2.* manifestum est, sequitur, *ante*

ante sententiam iudicis teneri in conscientia ad poenam illam solvendam, bene tamen post sententiam. Confer *D. Glete d. p. 5. q. 8. n. 108. n. 2.* Si nulla culpa intervenit ex parte hæredis, sed is revera inculpabiliter omisit confectionem inventarii, tunc, si de hoc constaret, hæredem ne quidem in foro externo posse condemnari ad solvenda integra legata, sed locum fore falcidia, idque ideo, quia cessante culpa debet quoque cessare poena. *Mol. d. loc. n. 6. Haunold. ubi supra n. 659.*

36 2. Cessat falcidia ob factum hæredis, si detractionem ejus remiserit. *l. 46.*

*ff. h. t. ex ratione legis 46. in f. ff. & l. pen. Cod. de pactis.* Sed an pactione vel stipulatione effici possit, ne falcidia uti liceat, in questionem trahunt? *n. referre, interponaturne pactum vivo testatore, an post mortem ejus vivo testatore: per pactum vel stipulationem falcidia imminui non potest. d. l. 15. §. 1. ff. h. t. cum privatorum cautiones auctoritate legum haud censeantur. l. ult. in f. ff. de suis & legit. hered.* Mortuo testatore potest, quia hæredis causâ inventa est, qui favori suo renunciare, non est, cur nequeat. *l. 71. ff. h. t. Struv. in*

*27 volut. contr. exercit. 36. sb. 8. q. 2.* 3. Ob factum hæredis cessat falcidia,

si scien, vel in jure errans, integra legata solverit, quo caso tantum abest, ut soluta possit repetere. *l. 9. l. ult. Cod. h. t. l. 9. §. ult. ff. de juris & facti ignorantia.* ut ne quidem à nondum solutis quartam possit detrahere. *d. nov. 1. c. 3.* quasi primâ statim solutione voluntatem testatoris in omnibus sit amplexus. Diversum obtinuit jure veteri, quo hæres, qui solida legata quibusdam cepit solvere, non prohibebatur falcidiam detrahere à legatis reliquis. *d. l. 15. §. 2.*

18 *l. 16. §. un. ff. l. 6. §. ult. Cod. h. t.* 4. Cessat ob factum hæredis, si à iudice monitus, intra annum testatoris voluntatem exsecutus non fuerit. *d. nov. 1. c. 1.*

19 *§. 1. c. 2. & 4. auct. hoc amplius. Cod. de fideicommissis.* 5. Si hæres surripuerit, negaverit, detraxerit, aut occiderit aliquid de bonis hæredicariis, per quæ se indignum reddit beneficio falcidia. *scilicet d. nov. 1. c. 2. in f. primo. Saltem respectu eorum, quæ fisco cedunt. l. 6. ff. de his, quæ in indignis &c. idem juris est, si hæres egerit, ut voluntas testatoris intercederet. l. 59. princ. ff. h. t.*

20 Privilegium respicit vel testatorem, vel rem legatam. Ob privilegium testatoris cessat falcidia, si miles hæredem instituerit, & totum suum patrimonium legatis exhausserit. *l. 17. l. 92. ff. l. 7. Cod. h. t. l. 12. Cod. de testamentis militum.* Quæ tamen privilegiaria dispositio ad testamentum veterani, aut ejus, qui apud hostes decessit, non pertinet. *l. 1. §. 1. l. 40. princ. ff. h. t.*

21 Ob privilegium rei legatæ locum non habet falcidia 1. si libertas sit relicta. *l. 33. ff. h. t. l. 8. §. 9. ff. de inoff. testamento.* ut quæ rebus omnibus est favorabilior. *l. 122. ff. de R. l.* Et favore cujus multa à antiquis legumlatoribus, contra communes juris regulas, constituta reperuntur. *§. ult. l. de donat. l. 24. §. 10. in f. ff. de fideicommiss. libert.* 2. Si à marito uxori dos sit prælegata. *l. 57. l. 81. §. 1. ff. h. t. Dis 3.* Si res eâ lego relicta, ne alienetur.

nov. 119. c. 11. iudique desumpti. aurb. sed & Cod. b. s. & ibi Brunnemann  
qui n. 2. hujus juris rationem assignat, nimirum, quod detractio falcidiae sine  
alienatione, vel divisione partis & totius fieri non possit.

## TITULUS XXIII. DE FIDEICOMMISSARIIS HÆ- REDITATIBUS, ET AD SC. TREBELLIANUM.

**L**egata & fideicommissa particularia diximus precedente titulo minui pe-  
falcidiam. Per Trebellianicam minus sunt fideicommissa universalia i-  
in quorum proinde naturam hoc loco exacte inquisivisse, operæ fuerit pretiump-

### P A R S I.

#### De Fideicommissariis hæreditatibus.

#### S U M M A R I A.

1. Etymon fideicommissi. 2. Varia ejus acceptio: 3. Definitio. 4. Describitur fideicommissum universale. 5. Quod similitatem suam debet Divo Augusto. 6. Fideicommittere potest, qui testari. 7. Fideicommissum autem gravari, ad quem hæreditas pervenitur adest. 8. Etiam hæres hæredis sub nomine generali. 9. Relinqui fideicommissum potest ei, cui hæreditas. 10. Et potest vel tota, vel pars hæreditatis relinqui. 11. In testamento, codicilla, epistola, vel libello. 12. Potest fideicommissum cum expresso, tum tacite, pure, & non pure, scripto, & nuncupato, imò nati. 13. Et remotis omnibus arbitris relictum fideicommissum quandoque sustinetur. 14. Finis fideicommissi adducitur. 15. Ad quod restituendum fiduciarius tenetur, & quidem subinde cum prælegatis. 16. Qui id restituere potest vel re, vel verbis: ita tamen, ut nihilominus post restitutionem hæres maneat. 17. Fideicommissarius vero ex relicto sibi fideicommissum consequitur jus variis actionibus illud persequendi. 18. Quod rursus extinguitur revocatione testatoris, morte hæredis, confusione. 19. Liberis hæredi descendenti supervenientibus. 20. Ascendenti supervenientibus non etiam. 21. Sicut nec professione hæredis, si fideicommissum simpliciter relictum fuerit. 22. Denique expirat deficiente conditione, fideicommissum adjecta, nec ad non implerã, repudiatione, renuncia-



tione fideicommissarii, aut eodem mortuo ante eventum conditionis, sub quâ fideicommissum relictum fuit, aliud dicendum de fideicommissio puro.

## §. I.

1 **F**ideicommissum nomen trahit à fide, quâ solâ in primis suis cunabulis continebatur, nullo juris vinculo constrictum. *f. 1. & ult. l. h. r.*

## §. II.

2 **S**umitur dupliciter, objectivè, seu pro ipsâ re fideicommissâ. *f. 4. l. cod.* & formaliter seu pro ipso actu fideicommittendi, quo sensu

## §. III.

3 **E**st ultima voluntas, quâ verbis obliquis aliquid relinquitur.

## §. IV.

4 **D**ividitur in universale & particulare. Universale est ultima voluntas, quâ tota hæreditas, vel pars ejus verbis obliquis relinquitur. *f. 2. & 10. l. h. r.*

## §. V.

5 **C**ausa efficiens universalis fideicommissi duplex est, proxima & remota. Remota est D. Augustus, qui vel per salutem suam imploratus, vel gratiâ personarum motus, vel ob insignem quorundam invidiam mandavit Consulibus, ut auctoritatem suam interponerent; quod quis justum videbatur, & utile erat populo, conversum est in assiduam jurisdictionem, tantusque fideicommissorum favor factus est, ut etiam proprius prætor crearetur, qui de iis jus diceret, fideicommissarius appellatus. *d. 4. l. l. h. r.*

6 **C**ausa efficiens proxima est vel principalis, vel instrumentalis. Principalis est fideicommittens. Potest autem fideicommittere omnis & solus ille, qui testari. *l. 2. ff. de legat. 1.* Unde filiusfamilias & servus fideicommittere nequeunt. *l. 1. f. 1. ff. de leg. 3.* Causa instrumentalis est is, qui gravatur fideicommissio, dictus hæres fiduciarius à fiducia, quam de ipso concepit fideicommittens, fore. ut juxta preces suas sit restitutorus hæreditatem. Potest autem fideicommissio universali gravari ille, ad quem hæreditas nostra perventura est, sive directè, sive obliquè, sive ex testamento, sive àb intestato, sive Jure Civili, sive prætorio. *f. 2. 10. & 11. l. h. r. l. 46. l. 67. princ. f. ad SC. Trebell.* Dummodò specialis jure non prohibeatur gravari, veluti liberi, qui in legitimâ, de jure sibi competente, gravari nequeunt. *l. 32. l. 36. §. 1. Cod. de inoff. test.* nisi fortè onus fideicommissi, appositum legitimæ, scientes prudentesque acceptaverint, & in illud expressè consenserint. *arg. l. 8. §. 11. Cod. d. r. & l. 8. §. 6. ff. de bonorum possess. contra sab. Manz. de sabbatens. valid. tit. 12. q. 44. n. 12. 36. & 56.*

De hæredis hæredes queritur, an universali fideicommissio gravari possit? *n.* interesse, graveturne sub nomine hæredis appellativo, an proprio. Si prius, tenet fideicommissum: Si posterius, non etiam. *l. f. §. un. l. 6. §. un. f. de legat. 3. vid. Eckels. ff. ad SC. Trebell. §. 3. in f.*

## §. VI.

**O**bjectum fideicommissi universalis triplex est, cui, quod, & in quo. **O**bjectum cui est is, cui relinquitur, fideicommissarius salutatus, quia hereditatem fidei alterius commissam capit. Circa quem jus vetus separandum à novo. Jure veteri testator, intendens bona relinquere iis, quibus hereditas relinqui non poterat, quales erant cœlibes, orbi, virgines, mulieres, deportati &c. relinquebat illa capaci, ejusque fidei committebat, ut incapacibus restitueret, *d. f. 1. l. h. t. & ibi Vin. ac Schambogen.* Hodie, ne legibus, reddentibus quosdam institutionis incapaces, per fideicommissa illudatur, non nisi illis, cum quibus est testamenti factio passiva, fideicommissa utiliter relinqui possunt, *arg. l. 1. princ. ff. de jure fisci.* ità, ut, qui in fraudem legis tacite accommodavit fidem suam de restituendo aliquid personæ incapaci, relicti tanquam indignus privetur. *l. 10. princ. ff. de his, qua in indignis, &c.*

**O**bjectum quod est hereditas vel tota, vel pars ejus. *§. 8. & 9. l. h. t.* dummodò observetur, nè quis plus restituere rogetur, quam ipse ex testamento accepit. *l. 1. §. 17. ff. ad SC. Trebell. l. 9. Cod. h. t. cum æquitas non ferat, ut de alieno sumus liberales. Peraz. in Cod. h. t. n. 5.* Quòd si quis paupertatem suam reliquerit, fideicommissum universale reliquisse censetur, quia plerique patrimonium suum ita appellare solent. *l. 78. §. 12. ff. ad SC. Trebell.*

**O**bjectum denique in quo est testamentum, codicillus, epistola, libellus. *d. §. 10. l. l. 22. Cod. h. t. §. 2. infra de codicillis.*

## §. VII.

**F**orma fideicommissi universalis consistit in modo id relinquendi; qui variat, quandoque enim relinquitur expressè, quandoque tacite. Expressè, si testator verba obliquet, ac in figura precariæ orationis ad heredem dirigat. v. g. *Lucius Titius hæres esto: & rogo te Lucii Titi, ut, cum primum poteris hereditatem meam adire, eam Cajus Sejo restituas.* *d. §. 2. l. h. t.* Tacite, quando testator, suppressis verbis precariis, nihilominus heredem de restituendo rogasse videtur, *arg. l. 127. ff. de legat. 1. l. 64. ff. de legat. 2. l. 11. §. 2. in f. ff. de legat. 3. l. 19. §. 1. l. 57. §. 1. ff. ad SC. Trebell.* Exempla duo taciti fideicommissi dedimus *suprà tit. 16. §. 3. n. 3. in f. & tit. 17. §. 2. n. 15. in f.* Tertium exitat in *l. 17. pr. ff. ad SC. Trebell.* puta, si quis Titium heredem rogaverit, ut is tibi Cajum heredem scribat. **Quar-**

interito, si testator dicat, nè hæres testamentum condatur, quomdiu hæc persona vivit. *l. 74. princ. ff. d. t.* Deinde potest fideicommissum universale relinqui vel purè, vel sub conditione, aut ex certo die. *d. §. 2. in f. l. b. t. l. 13. princ. ff. ad SC. Trebell.* Quo ultimo facto non sequitur, posse paganum ratione temporis partim testatum, partim intestatum decedere, quemadmodum sequeretur in hæreditate, ex certo die relicta. Videantur *§. 3. l. b. t. & l. 88. in f. ff. de hered. instit.* Rursus nihil interest, scripto, an verbis nuncupatis, in testamento, an ab intestato, codicillis, epistolâ, libello, an nutu fideicommissum relinquatur, adhibitis tamen ad minimum s. testibus. *arg. l. ult. §. ult. Cod. de codicillis.* vide textus *suprà n. IX.* citatos.

13; Quid si igitur pauciores, vel etiam nullus testis intervenerit, an nihilominus fideicommissum sustinebitur? *n.* talis casu fideicommissarium, si ipse prius de calumniâ juraverit, juramentum posse deferre hæredi, qui vel jurare, nil à se relictum esse, vel quod relictum est, præstare cogitur, cum duplici honore afficiatur, ac permittatur esse testis & iudex in causâ propriâ, ejusque fidei à fideicommissario tantum tribuatur, quantum aliàs in iudicio pluribus testibus. *§. ult. l. l. ult. Cod. b. t.* Confer. *Beckmann. ff. ad SC. Trebell. n. 15. & seqq.* Nos *suprà tit. 10. §. 8. n. 91.*

### § VIII.

14; **F**his fideicommissi universalis est conservatio voluntatis defuncti. *Eckelt. d. l. §. 5. in f.*

### § IX.

15; **E**ffectus fideicommissi universalis alius est ex parte hæredis fiduciarii, alius ex parte fideicommissarii: ex parte utriusque vel proximus, vel remotus. Effectus proximus ex parte hæredis fiduciarii est obligatio, quâ tenetur fideicommissario ad restitutionem, ita, ut etiam prælegata restituere teneatur, si simpliciter rogatus sit restituere portionem suam, aut quod ex hæreditate ad eum pervenerit. *l. 3. §. 4. ff. ad SC. Trebell. l. 16. Cod. de fideicommissis. & ibi Brunnomann.* Secus, si hæres fiduciarius rogatus sit restituere portionem hæreditariam, cum prælegata non habeat jure hæreditario, sed jure legati. *l. 96. ff. de legat. 3. l. 86. ff. ad l. falcid. l. 18. §. ult. ff. ad SC. Trebell. Lanterbach ff. cod. §. 17. Wissenbach ad d. l. 16. Mantis a de conjectis ult. volunt. lib. 7. tit. 7. Menoch, lib. 4. præsumpt. 194. n. 2. 3. & 31.* Cæterum refert, an obligationi restitutionis hæres fiduciarius satisfaciatur spontè, num coactè. Si prius, & quidem re certâ, aut certâ quantitate deductâ restituere cogatus, tunc actiones in solidum transferuntur in fideicommissarium, remanetque res certa sine ullo onere hæreditario apud hæredem fiduciarium, quasi ex legato ei acquisita. *§. 9. l. b. t.* Quod si verò quartâ parte retentâ hæredita-

ditatem restituere rogatus fuerit, refert, habeatne salvam quartam, & res est expedita; an non habeat, & potest illam, vel, quod illi deest, si velit, detrahere, oneribus hereditariis proportionaliter inter ipsum & fideicommissarium sciendis. §. 7. *I. cod. l. 1. Cod. ad SC. Trebell.* quæ totum devolvitur ad fideicommissarium, si hæres neque salvam habeat quartam, neque habere velit, sed hereditatem totam restituere malit. *d. §. 7.* Si posterius, hoc est, si obligationi suæ hæres satisfaciat coactè, itidem commoda & incommoda omnia transeunt ad fideicommissarium. *d. §. 7. in f. l. 4. ff. ad SC. Trebell.*

Effectus remotus est ipsa restitutio hereditatis, fideicommissio relicta, quæ dupliciter fieri potest, re, & verbis. Refert, quando hæres res hereditarias vel omnes, vel aliquas fideicommissario tradit, aut illas ad fideicommissario possideri patitur. Verbis, si vel oretenus, vel per nunciatum, vel per epistolam dicat fiduciarius, se restituere; quod etiam alium jubere potest, vel ab alio sine jussu factum rati habitione roborare. *l. 37. princ. l. 41. l. 44. §. un. l. 63. princ. ff. ad SC. Trebell.* Restitutione factâ fiduciarius nihilominus permanet hæres. *d. l. 88. in f. ff. de hered. instit. l. 7. §. 10. in f. ff. de minoribus.* Potestque conveniri à creditoribus hereditariis, quamvis eos exceptione submoveat. *l. 1. §. 4. ff. ad SC. Trebell.*

Effectus proximus ex parte fideicommissarii est jus, hereditatem restitam persequendi. Remotus est actio, quæ eam persequitur, ubi refert, illamne persequatur contra fiduciarium, an possessorem tertium. Priori casu tria tempora veniunt distinguenda, tempus nondum aditæ hereditatis, aditæ, & restitutæ. Pro primo tempore, quo nimirum hæres gravatus hereditatem adire recusat, competit fideicommissario extraordinaria persecutio, seu imploratio officii judicis nobilis. *l. 178. §. 2. ff. de V. S.* Pro secundo, puta, si hæres, qui suâ sponte hereditatem adit, ejus restitutionem denegat, competit actio personalis ex testamento directæ, vel utilis. *Glossa in l. 5. Cod. ad SC. Trebell. cit. à Rhetio dissert. ad Inst. 17. post. 21. circa f. Gail. 2. obs. 131. n. 3.* In tertio tempore refert ulterius, restitutio realis, an verbalis intercesserit. Si realis, non ager amplius adversus heredem quæ talem, cum per eam non solum dominium, sed & possessionem hereditatis nactus fuerit. *Siruv. exercit. ad pand. 36. th. 27.* Si verbalis, movebit rei vindicationem, quia, esto restitutione hæc possessio non queratur, queritur tamen civile dominium. *d. l. 63. pr. ff. ad SC. Trebell. confer Schamboz. ad §. 1. l. b. t.* Posteriore casu persequitur hereditatem fideicommissariæ hereditatis petitione, de quâ *Digestista ad lib. 5. pand. tit. 6.*

18 **C**ontraria fideicommissi universalis sunt modi, quibus tollitur. Tollitur autem vel in totum, vel ex parte. In totum factio vel testatoris, vel hæredis, vel fideicommissarii. Factio testatoris 1. si fideicommissum revocaverit. l. 19. Cod. h. s. & revocationem hæres probaverit. l. 27. Cod. eod.

19 2. Si solennitatem juris omiserit. l. 23. Cod. d. s. Factio hæredis tollitur fideicommissum 1. Si transmissione locum non inventiente, antè aditionem decesserit. l. 14. Cod. h. s. l. 27. §. 6. ff. ad SC. Trebell. Struv. d. exercit. 36. tit. 26. Porox. in Cod. h. s. n. 29. 2. Si fideicommissario successerit, propter confusionem actionum. l. 3. Cod. h. s. 3. Si filius à patre fideicommissio gravatus decesserit liberis post se relictis, licèt conditio, *si sine liberis decesserit*, in testamento expressa non fuerit; ex conjecturâ enim pietatis paternæ minus scriptum, quàm dictum creditur, cum verosimile non sit, patrem, si de liberis cogitâset, fuisse hoc modo dispositorum l. 30. C. h. s. l. 6. C. de inst. & substit. l. 102. ff. de condit. & demonstrat. Lauterbach vol. 4. disp. Tub. 10. de magis dilecto. cap. 6. §. 2. Utrum autem præcicati textus exaudiendi sint de utroque casu, puta, & quo liberi filio gravato post testamentum patris primùm supervenerunt, & quo jam nati sunt tempore confecti testamenti, patre id non ignorante? controversiâ non caret. De utroque exaudiendos censent Menoch. lib. 4. de presump. 89. n. 77. & seqq. Fach 4. contr. c. 59. Econtrâ de solo casu nasciturorum liberorum intelligunt Zoëf. ff. ad SC. Trebell. n. 21. Mantica de conject. ult. volunt. lib. 10. tit. 8. n. 22. quia constitutio dictæ l. 6. expressa est de liberis, tempore testamenti nondum natis, adeoque vix est, ut trahi possit ad liberos jam natos, cum præsertim conjectura pietatis paternæ cesset, ubi scivit pater, liberos adesse filio, nec tamen rationem eorum habuit.

20 Motz controversiæ admoveo duas alias: prima est, an insperata liberorum nativitas spem fideicommissario adimat, si testator aliquem ex ascendentibus hæredem scripserit, ac fideicommissio universali gravaverit? 2. cum Menoch. d. loc. n. 54. Zoëf. ubi supra n. 18. Mantica d. loc. n. 24. Lauterbach d. disp. Tub. 10. cap. 5. §. 6. in f. negativè. Quia non sic parentibus liberorum, ut liberis hæreditas parentum debetur. l. 7. §. n. ff. si tabula testam. nulla &c. l. 15. princ. ff. de inoff. testam. ergò, licèt testamento, quo gravatus est filius à patre, insit tacita, conditio, *si sine liberis decesserit*, hinc tamen non sequitur, quòd eadem conditio insit testamento, quo pater gravatus est à filio. Equidem correlativorum eadem est disciplina: sed non nisi; ubi eadem est ratio.

21 Altera controversia est, utrum per monasterium excludatur fideicommissarius, si hæres, fideicommissio gravatus, in religione bonorum capaci professus

cessus fuerit? *¶* Interesse, si sine fideicommissum relictum sub hac expressâ conditione, *si institutus sine liberis decesserit*, an simpliciter & sine conditione adjectâ. Priore casu excluditur fideicommissarius per monasterium, quia fideicommissum tale favore religionis habetur pro invalido, nisi fortè piæ causæ relictum sit, cui post mortem professi est præstandum. *nov. 123. c. 37. indeque desumptâ auct. nisi rogati. Cod. ad SC. Trebell. cap. 8. de probat. Molina de F. & F. sr. 2. disp. 190. n. 28. Menoch. d. lib. 4. præsumpt. 83. n. 58. Matheica d. sr. lib. 11. tit. 7. n. 1. & seqq.* Posteriore casu verius est, fideicommissarium per monasterium non excludi, quia in memoratis juribus illud demum fideicommissum habetur pro invalido, cui adscripta est certa conditio ibidem expressa: ergo fideicommissum simpliciter conceptum robor obtinet. *Mol. d. loc. n. 35. in f. Menoch. d. præsumpt. 83. n. 56. Brunnon. ad d. auct. nisi rogati. n. ult. Cujacius apud Zoes. d. 1. n. 29.*

Objicies: monasterium habetur pro filio. Atqui filius, hæredi superveniens, excludit fideicommissarium, esto nulla conditio fideicommissio fuerit adjecta, juxta dicta *superiâs n. 19.* ergo excludet etiam monasterium. *¶* monasterium non haberi pro filio, nisi in casibus jure expressis. *Covarr. var. resolut. lib. 1. c. 19. n. 6. & 7.* alioquin sequeretur, prævaliturum fideicommissario tunc etiam, cum fideicommissum relictum est causæ piæ, quia prævalet filius, instituto natus; quod tamen falsum est. *Menoch. d. præsumpt. 89. n. 124. Perez. in Cod. h. t. n. 20. in f. Struv. d. loc. th. 24. in f. confer n. 23. supra de inoff. test.*

Facto denique fideicommissarii in totum tollitur fideicommissum 1. si conditio apposita vel deficiat, vel non impleatur. *l. 4. Cod. de condit. inseritis.* 22

2. Si fideicommissum repudiet. *l. 26. Cod. h. t.* 3. si speciali pacto renunciaverit fideicommissio. *l. 1. Cod. de pact. Gail. 2. obs. 139. n. 8.* 4. si fideicommissio, sub conditione aut in diem incertum relicto, fideicommissarius antè eventum conditionis, aut adventum diei decesserit, *arg. l. 1. §. 14. ff. de legatorum seu fideicommissorum servandorum &c. Bocerus class. 3. disp. 7. th. 47.*

Jus petendi fideicommissum universale purè relictum transmittitur ad hæredes. *l. 16. §. 9. l. 25. princ. l. 44. pr. ff. ad SC. Trebell. l. 3. C. h. t. Boetius d. disp. 7. th. 46. Gail. d. obs. 131. n. 1. & seqq.* Neque dicas, hæreditatem nondum aditam hæres regulariter non transmittit ad hæredes. *l. 1. §. 5. Cod. de Caducis tollend.* Ergo nec fideicommissarius hæreditatem nondum sibi restitutam, quæ hic est loco hæredis. *§. 3. l. h. t.* Nam *¶* fideicommissarium comparari hæredi non per omnia, sed hætenus solum, quod restituta hæreditate & actiones hæreditarias movere possit, & exipere cogatur. *§. 4. l. eod.* Differt ceterum in eo, quod hæredi antè aditam hæreditatem nullum jus quæsitum sit, quod transmitteret: fideicommissarius verdè immediatè ab aditâ hæreditate, & antèquam ipsi hæreditas restituta fuerit, jus quæsitum habeat. *Gail. d. loc. n. 3.*



# P A R S II.

## De Senatus-Consulto Trebelliano.

### S U M M A R I A.

1. *Definitur Trebellianica.* 2. *Aperitur fons illius.* 3. *Quibus, & contra quos eadem uti liceat.* 4. *Materia est hereditas, fideicommissa obnoxia.* 5. & 6. *Post deductum ac alienum & imputatis legatis, fructibus &c.* 7. *Preponuntur varia sententia de detractioe duplicis quarta.* 8. *Pro qua verior & nostram indifferens stat.* 9. *Examinantur & examinantur contraria.* 10. *Statuitur finis Senatus Consulti Trebelliani.* 11. *Effectus.* 12. *Cessat Trebellianica, si heres sciens, aut in jure errans, totam hereditatem restituerit.* 13. *Non tamen ob prohibitionem testatoris.* 14. *Aut inventarium non confectum.*

**E**X parte tollitur fideicommissum universale adminiculo Trebellianicæ, quæ

#### §. I.

**D**efinitur, quod sit quarta bonorum, quam hæres fiduciarie à fideicommissis universalibus deducit.

#### §. II.

**C**Ausa efficiens hujus beneficii est Senatusconsultum Trebellianum, quo auctoribus Anno Senecæ & Trebellio Maximo, qui tempore Neronis 8. Calend. Septembr. id fecerunt. *l. 1. §. 1. ff. ad SC. Trebell.* Actiones utiles, quæ hæredibus & in hæredes dari solent, post restitutam hereditatem translatae fuerunt in fideicommissarium. *§. 4. l. h. t.* eo fine, ut fideicommissis, quorum plurimi antea intercedebant, firmitas quæreretur. Sed infelici successu! cum enim Senatus-consultum illud hæredem fiduciarium nulla spe lucri ad hereditatem adeundam alliceret, adhuc sæpissimè hereditates repudiatae fuerunt, sicque ultimæ testatorum voluntates robore destituta, Senatusconsultum autem finem sibi præstitutum non consecutum. Unde Vespasiani Augusti temporibus, Pegaso & Pulsionem consulibus, successit Senatus-Consultum Pegasianum, quo hæres, rogatus restituere hereditatem, quantâ, quam retinere posset, ad additionem invitatus fuit. *§. 5. & 6. l. eod.* Spoliis hujus Senatusconsulti exornavit Imperator Justinianus Trebellianum, constituens in *§. 7. l. h. t.* 1. ut hereditas fideicommissaria restituatur ex *SCto Trebelliano.* 2. ut hæres, fideicommissio universali gravatus, quantum retinere valeat, aut, si ei iudicio defuncti minus relictum fuerit, id, quod quartæ deest, detrahere. 3. ut detractâ quartâ omnes actiones, quæ contra defun-

defunctum competebant, pro rata, id est, in hæredem fiduciarium pro quadrante, in fideicommissarium pro dodrante darentur. 4. ut hærede fiduciario, spontè integram hæreditatem restituente, omnia jura, omnesque actiones activè & passivè in fideicommissarium transirent. 5. ut invitus hæres à fideicommissario eogi posset ad hæreditatem adeundam, eamque sibi cum omni commodo & incommodo restituendam.

## §. III.

**S**ubjectum hujus beneficii duplex est, activum & passivum. Activum ; sunt personæ, quibus competit. Competit autem hæredibus, tum testamentariis, tum legitimis. §. 2. & 10. *l. b. r. l. 1. §. 5. ff. ad SC. Trebell.* tam sub conditione, quam purè scriptis. *d. §. 2. in f.* sive ex asse, sive ex parte institutis. §. 8. *l. eod.* non minùs partem, quam totam hæreditatem restituere rogatis. *d. §. 8.* Fideicommissarii, esto hæreditatem rursùs alteri restituere rogati sint, regulariter tamen jus detrahendæ quartæ non habent. *l. 47. §. un. ff. ad leg. Falcid.* Ratio enim detractionis consistit in eo, ut voluntas defuncti sortiatur exitum ; quem aditâ semel à fiduciario hæreditate sortitur, esto fideicommissarius fideicommissum repudiet. Dixi, *regulariter* ; exceptio est, si hæres fiduciarius coactè adierit hæreditatem, aut spontè adiens in gratiam fideicommissarii quartam sibi competentem non deduxerit ; tunc enim ex personâ primi hæredis, non detrahentis, poterit fideicommissarius quartam sub fideicommissario suo detrahere. *l. 1. §. 19. l. 2. l. 3. §. 1. l. 55. §. 2. ff. ad SC. Trebell. Vina. ad §. 12. l. b. r.* Confer. §. 3. *n. 5. tituli præcedentis.*

Subjectum passivum sunt personæ, contra quas competit. Competit autem contra omnes, quibus hæreditas vel tota, vel pars ejus est restituenda, etiam contra Rempublicam. *l. 3. Cod. ad SC. Trebell.*

## §. IV.

**O**bjectum hujus beneficii est hæreditas, tum militis, tum pagani, fideicommissio obnoxia, ac ultra dodrantem onerata. §. 7. *l. b. r. l. 1. §. 6. ff. ad SC. Trebell.*

## §. V.

**F**orma Trebellianicæ consistit in modo eam deducendi. Ut autem rectè deducatur, subducendum 1. æs alienum. *l. 5. Cod. ad SC. Trebell.* 2. Initur ratio patrimonii, explorando, quæ hæres judiciò defuncti perceperit, ita, ut in Trebellianicam imputentur non tantùm illa, quæ fiduciarius habet jure hæreditario, sed etiam quæ jure legati, fideicommissi, aut conditionis implendæ gratiâ consecutus est à testatore, aut fideicommissario universalis. *l. 91. ff. ad leg. Falcid. l. 22. §. 2. ff. ad SC. Trebell.*

Scimus equidem, alia à nobis scripta esse de falcidâ *priore sit.* §. 5. *n. II.* Sed non sinè aliâ ratione : nam penes hæredem, legatis gravatum, totum onus hæreditatis permanet, qui proindè in detractione quartæ meritò est sublevan-



levandus, nè præter ea, quæ jure hæreditario capit, quidquam imputet. Econtrà gravatus fideicommissio non sentit onus, nisi quoad quartam, quam retinet, cum restituito fideicommissio actiones activæ & passivæ in fideicommissarium transeant. d. §. 7. *I. h. s. Zoël. ff. ad SC. Trebell. n. 98. in f. textus in l. 30. §. 7. ff. ad leg. falcid.* intelligi debet de eo, quod hæres à legatariis aut fideicommissariis particularibus conditionis implendæ causâ accepit. *Struv. de evolut. controuv. exercit. 36. th. 31. 3.* Imputantur in Trebellianicam fructus, cum distinctione tamen inter liberos primi gradûs, restituere jussos, & alios. Illi fructus in Trebellianicam non imputant, sive liberis aliis, sive extraneis restituere sint jussi. *Fach. §. contr. c. 10.* Qui sententiam hæc toto pectore amplectitur. Hi quandòque imputant, quandòque habent præcipuos. Refert nimirum ante aditam hæreditatem hæres fructus perceperit, an post. Si prius, imputantur in Trebellianicam. *l. 27. §. 1. ff. ad SC. Trebell.* Si posterius, iterum distinguendum: vel enim hæres fideicommissio gravatus fuit sub conditione aut ex certo die, vel purè. Priore casu rursus imputantur in Trebellianicam, quia ex judicio testatoris percepti videntur. *l. 18. §. 1. l. 22. §. 2. ff. d. s.* Posteriore casu interest, fideicommissarius moram nectat in acceptando fideicommissio, an fiduciarius in restituendo. Si illud, fructus non imputantur, sed restituere jussio cedunt præcipui, *arg. d. 18. princ. & hoc, imputantur. d. pr. Molina de F. & F. tr. 2. disp. 187. n. 12. & seqq. Gail. 2. obs. 133. Struv. d. exercit. 36. th. 31. & 34. Perez. in Cod. ad SC. Trebell. n. 17.*

7. Controversia insignis est, possitnè filius, fideicommissio universali gravatus, duplicem quartam deducere, legitimam & trebellianicam? Ingenti opinioinum prælio colliduntur hic authores. Prima sententia separat Jus Civile à Canonico, arque de hoc duplicem, de illo non nisi unicum quartam detrahi posse, statuit. ita *Struv. d. exercit. 36. th. 30. Zoël. ff. ad SC. Trebell. n. 92. Perez. in Cod. ibid. n. 11. Bocerus classe 3. disp. 7. th. 65. Arnold. Vinn. lib. 2. select. quest. cap. 29. Ferdinand. Christoph. Harp. disp. de jure deducendi duas quartas. cap. 2. th. 17. in f.* Secunda sententia distinguit inter fideicommissum purè, & fideicommissum sub conditione aut in diem relictum. Ab illo unam, ab hoc duplicem quartam deducendam contendit. Ita ex Theologis *Molina d. disp. 187. n. 5. ex Juristis Carpov. p. 3. Jurisprud. for. conf. 1. def. 20. & seq. Gail. 2. obs. 121. n. 1. & seq. Lauterbach ff. ad SC. Trebell. §. 33. & seq. Eckolt ff. ibid. §. 20.*

Tertia & nostra sententia viâ planâ incedit, ac sine distinctionum anfractu, sive fideicommissum purum, sive conditionatum fuerit, de jure tum Civili, tum Canonico, filio duplicis quartæ detractionem concedit. Ita nobiscum *Hannold. de F. & F. tr. 7. c. 4. contr. 2. Fachin. §. contr. c. 2. Boërius decis. 156. n. 3. Mantica de conject. ult. vol. lib. 7. tit. 11. n. 6.* ubi adducit Socinum

juniorum, qui dicit, opinionem hanc communem esse, & per totum orbem, tanquam Evangelium, observari. Probatur 1. quando Jure Canonico clarè & indistinctè aliquid decisum est, Jure Civili verò subobscurè, standum est decisioni clarè Juris Canonici. *c. 1. de N. O. N.* Atqui Jure Canonico clarè & indistinctè decisum est, quòd filius, fideicommissò universali gravatus, duplicem quartam possit deducere. *c. 16. & 18. de testamentis.* Jure Civili verò subobscurè, prout mox ex ulterioribus probationibus, & contrariorum solutionibus amplius patebit, ergo &c.

Si dicas, in memoratis Juris Canonici textibus filium non purè, sed sub conditione restituere rogatum esse, adeoque sententiam nostram saltem non procedere in casu, quo filius purè gravatus fuit; Dico ego, quòd, esto Pontifices in memoratis locis loquantur de fideicommissò conditionato, non tamen in eo, sed, quòd legitima gravamen non recipiat, & quòd quilibet extraneus trebellianicam deducere possit, fundamentum suum posueriat, quæ ratio cum etiam in fideicommissò purè relicto militet, obtinebit etiam dispositio. Prob. 2. Jus detrahendi trebellianicam est jus detrahendi quartam ex bonis, quæ sunt in hæreditate, & restitutioni obnoxiiis. *arg. l. 68. ff. de leg. 2. & l. 62. pr. ff. ad SC. Trebell.* Atqui legitima nec continetur in bonis hæreditatis, *arg. l. 14. in f. princ. ff. ad leg. falcid.* nec in bonis restitutioni obnoxiiis. *nov. 39. c. 1. in princ. ergo &c.* Prob. 3. Quivis creditor, si hæres scriptus, & fideicommissò universali gravatus fuerit, antecedenter ad estimationem bonorum, ex quibus deducenda est trebellianica, deducit suum debitum, *arg. l. 5. Cod. ad SC. Trebell. & l. 8. Cod. ad leg. falcid.* ergo etiam filius legitimam, utpotè quæ respectu ipsius non donum, aut defuncti liberalitas est, sed debitum. *l. 36. §. 2. Cod. de inoff. testam. nov. 18. in prefat. Philippus Knipschildt. de fideicommissis familiarum nobilium. cap. 6. n. 148. & seqq.* Prob. 4. Hæres prælegata non imputat in falcidiam, esto hæc beneficio testatoris obtineat. *l. 4. ff. ad leg. falcid.* ergo multò minùs legitima imputatur in trebellianicam, cum hæc ex autoritate S. C. i, illa certo respectu ex Jure naturæ, adeoque ex diverso jure promanet. Prob. 5. *ex l. 6. in f. princ. Cod. ad SC. Trebell.* ubi, postquam jussit Zeno, ut filio, fideicommissò gravato, reditus in trebellianicam imputarentur, jubet idem in retinendâ legitimâ obtinere. ibi : *idem in retinendâ legis falcidia portione obtinere jubemus &c.* quæ non possunt intelligi de quartâ, à legatis detrahendâ : tum quia totus titulus, in quo memorata *lex 6.* continetur, conceptus est de fideicommissis universalibus, tum quia *in cit. loco* verbis perspicuis dicitur : *Si pater vel mater rogaverit eos &c.* Quod est contra formulâ legatorû ; adeoque de quarta legitimâ exaudienda sunt, ut quæ etiam in aliis textibus, nominatim in *l. 8. §. 9. & 14. in f. ff. l. 31. Cod. de inoff. testamento.* falcidia salutat : ergo potest filius duplicem quartam detrahere. Confer Christoph. Harp. *d. c. 2. th. 20.*

pag. 29. Prob. 6. Si is, qui habet jus deditendi trebellianicam, succumbit in querela inofficiosi, salva trebellianicâ solum perdit legitimam. *d. l. 3. §. 14. f. de inoff. testamento.* ergo, si non succumberet, trebellianicam & legitimam, consequenter duplicem quartam detraheret.

Putat quidem Hunnius *var. resolut. lib. 2. tit. 8. q. 20.* Hoc ultimum argumentum (quod Hotomannus omnium fortissimum, acerrimum, & difficillimum judicat) à sensu contrario desumptum esse, & vel ex hoc solo propter alios luculentos textus obstantes non stringere. Sed contra omnem sensum, ut optimè, advertit *Hannold.* pro hac sententiâ *suprà* citatus *num. 370.* Ceterum

9 Labet videre textus, opinionioni hastenus à nobis probatae luculenter, ut ajpat, adversos.

Obijciunt itaque *l. d. l. 6. princ. Cod. ad SC. Trebell.* Ubi filius, fideicommissio universali gravatus, restituere tenetur dodrantem. Atqui detractis duabus quartis impossibile est, restituere dodrantem: ergo filius, fideicommissio universali gravatus, non potest detrahere duas quartas. *¶. Dist. majoram.* Tenetur restituere dodrantem ex reliquo post detractam legitimam: concedo, secus, nego.

Objic. 2. *l. 159. ff. de R. F.* ubi eadem res duobus titulis lucrativis acquiri posse negatur: ergo filius non potest acquirere quartam titulo legitimæ & Senatusconsulti Trebelliani. *¶. 1. Neg. suppositum,* quod in nostro casu idem ex diversis titulis acquiratur, cum unam tertiam, & unam quartam acquiri dicamus. *¶. 2. Rursus neg. suppositum,* quod filius in presentiarum habeat legitimam titulo lucrativo strictè dicto, cum ex ante dictis tanquam res alienum & jure naturæ debitum eidem obveniat.

Objic. 3. textum in *l. 91. ff. ad Falcid.* Ubi in Trebellianicam impu- tari dicuntur ea, quæ habentur jure hæreditario. Atqui legitima habetur jure hæreditario. *nov. 115. c. 1.* ergo &c. *¶. Dist. minorem: siâe onere tamen,* concedo; cum onere, nego. videatur *l. 32. Cod. de inoff. testam.*

### §. VI.

10 **F**lois Senatusconsulti Trebelliani est, ut penes hæredem fiduciarium maneat commodum aliquod, quo ad hæreditatem adeundam invitaretur.

### §. VII.

11 **E**ffectus Trebellianicæ est, quod ejus intuitu onera hæreditaria scindantur, ac inter hæredem fiduciarium & fideicommissarium pro cujusque portione dividantur. Textus huc facientes præcedenti parte dedimus.

### §. VIII.

12 **C**ontraria Trebellianicæ sunt causæ, ex quibus cessat. Cessat autem 1. si hæres sciens, aut in jure errans, totam hæreditatem restituerit. *l. 9. §.*

ult. ff. l. 10. Cod. de juris & facti ignorantia. l. 9. Cod. ad leg. falcid. l. 68. §. un. ff. ad SC. Trebell. 2. Cessare voluit aliqui, si testator eam expressè prohibuerit; quos inter Haunold d. c. 4. contr. 3. n. 379. Bachov. in Treutl. vol. 2. disp. 14. rh. 10. lit. A. Bocerius class. 3. disp. 7. rh. 69. quem Guil. 2. obs. 138. n. 15. dicit communem opinionem, à quâ in judicandâ non est recedendum. Fundamentum hujus sententiæ est, quia potest prohiberi falcidia nov. l. c. 2. §. ult. auct. sed cum testator. Cod. ad leg. falcid. ergò etiam Trebellianica, ut quæ ad exemplum falcidiæ introducta est. §. 5. l. h. r. & quarum nomina in jure sunt confusa, ut patet ex l. 41. §. 3. ff. de vulg. & pupill. substit. l. 2. §. ult. ff. de jure codicill. l. 14. pr. l. 18. pr. l. 86. ff. ad leg. falcid. l. 3. §. 1. l. 27. §. 10. l. 29. l. 55. §. 2. ff. ad SC. Trebell. Mihitamen 13 cum Fach. §. contr. c. 4. De jure verius videtur contrarium; tum quia d. nov. 1. tanquam jus correctorium non debet extendi, & jure veteri nè quidem falcidia prohiberi potuit. l. 15. §. 1. ff. ad leg. falcid. tum quia hæres potest cogi à fideicommissariis, ut adeat hereditatem. §. 7. l. h. r. adeoque conveniens est, ut in ordine ad Trebellianicam melioris sit conditionis, quam hæres, qui à legatariis ad adeundam hereditatem cogi nequit. §. 2. in f. supra de lege falcid.

Ad fundamentum oppositæ sententiæ Resp. legem correctoriam ad similia non esse extendendam, & quomodocunque confusa sint nomina, sufficere, quòd res ipsæ satis diversæ sint. Videatur Bechmann ff. ad SC. Trebell. n. 10. & seqq. qui in præsentî controversiâ pro & contra discurret.

3. Sedet nonnullorum fixa hæc sententiâ menti, quòd, sicut hæres ob inventarium non confectum perdit falcidiam, ita & perdat trebellianicam, cum æquè respectu hujus, ac illius censeatur contemptor principalis beneficii, & inventario non confecto res quasdam removisse præsumatur. Ita censent quidam apud Bocerum d. disp. 7. rh. 70. in f. & apud Fach. 4. contr. c. 38. in pr.

Nobis præplacet contraria, quam secuta est rota Romana apud Cassiodorum, ut refert Fach. d. loc. & Camera Imperialis, testibus Gail. d. obs. 138. n. 14. & Myes. cent. 3. obs. 60. Ex ratione, quòd constitutio pænalis, qualis est nov. l. c. 2. §. 2. puniens omissionem inventarii jacturâ falcidiæ, non sit trahenda ad Trebellianicam, arg. c. 15. de R. l. in 6. Atque huic posteriori subscribant Mol. d. rr. 2. disp. 219. n. 5. Haunold. d. n. 379. Fach. d. c. 38. Bocerius d. rh. 70. lit. A. Ad rationem oppositam n. Eam partim non procedere in pænalibus, partim falsum esse, quòd novella prima principatè fundetur in præsumptione fraudis, seu bonorum àb hærede occultatorum, prout procedente n. 15. advertimus. Reliqua Trebellianicæ contraria partim in priori hujus tituli parte fuerunt sparsa, partim colligi possunt ex dictis circa contraria falcidiæ. 14

# TITULUS XXIV. DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM RELICTIS.

## SUMMARIA.

1. *Definitur fideicommissum particulare.* 2. *Quod à legato in nullo differat.*  
3. *Excepta forma.*

### §. Unicus.

**Q**uartus deniq; & ultimus civilis singularis modus acquirendis dominium est fideicommissum particulare, quod est ultima voluntas, quâ res singularis verbis obliquis relinquitur. Fideicommissum hoc serè per omnia legato exæquatum est. §. 3. *suprà de leg. l. 2. Cod. communia de legatis*, & nempe 1. quoad causam efficientem principalem; nam qui legare, idem & fideicommittere potest. 2. Quoad causam instrumentalem; nam à quo legari, ad eodem etiam fideicommissum potest relinqui. §. 1. *I. b. t.* 3. Quoad subiectum; nam cui legari, eidem etiam fideicommissum potest relinqui. 4. Quoad objectum; nam res, quæ possunt legari, possunt etiam fideicommissum relinqui. *d. §. 1.* 5. Quoad effectum; nam actiones, quæ pro legato, eadem etiam pro obtinendo fideicommissum competunt.

**D**ixi serè per omnia. Siquidem etiam post factam à Justiniano utriusque generis exæquationem mansit tamen adhuc differentia specifica inter legatum & fideicommissum, ut illud quidem non aliter rectè relinquantur, quam verbis directis & imperativis, hoc verò verbis tantum obliquis & precariis. §. *ult. l. b. t. Vinn. ad §. 3. suprà de leg. n. 4.*

# TITULUS XXV. DE CODICILLIS.

## SUMMARIA.

1. *Ætymologia Codicilli.* 2. *Ejus varia acceptio.* 3. *Definitio.* 4. *Divisio.*  
5. *Codicillare potest, qui testari.* 6. *Ex codicillo acquirere, qui fideicommissum.* 7. *Relinquit in eodem possunt legata, fideicommissa, tutela, libertates.* 8. *Hereditas directè non etiam.* 9. *Undè nec directè heredis institutio.* 10. *Nec directè substitutio.* 11. *Nec conditionis institutioni adjecta de-*

*tractio. 12. Nec exhereditatio. 13. Nec conditionis adfectio in codicillo fieri potest. 14. Requirit codicillus quasdam solemnitates. 15. Es quidem primo continuationem actus. 16. Dein intervntum 5. testium, scripto subseribentium. 17. Ad codicillum cœci sufficiunt 6. testes. 18. Mares, an femina sint, nihil interest: legatariis autem non possunt esse testes. 19. Adstruitur finis codicilli. 20. Effectus. 21. Contraria. 22. Clausula codicillaris censetur inserta ex voluntate defuncti. 23. Exprimuntur modis variis. 24. Operatur quo diversos effectus.*

**M**agnam partem in hoc secundo Institutionum Imperialium libro occuparunt testamenta, quibus frequenter accedunt codicilli.

## §. I.

**C**odicillus dicitur à codice, codex verò à caudice arboris, qui significabat contextum tabularum, quæ aptabantur cerâ ad scribendum.

## §. II.

**S**umitur variè: interdum pro parvo libello, ut in *l. 52. pr. ff. de legat. 3.* aliquando pro litteris imperialibus, ut in *l. 41. pr. ff. de excusat. & l. 1. pr. Cod. ut omnes iudices &c.* nonnunquam pro instrumento, à tabulis testamenti separato, ut in *l. pen. Cod. h. t.* Imò etiam vulgò dici solet testamentum imperfectum, quod tamen nomen iudicio P. Haunoldi *de F. & F. tractat. 7. c. 2. contr. 1. in princ.* non meretur, nisi accipiendo testamentum latissime pro quacunque specie ultimæ voluntatis, in quo sensu

## §. III.

**D**efinitur codicillus àb aliis latius, àb aliis angustius. Optimè autem ità, quòd sit ultima voluntas de eo, quod quis post mortem suam fieri vult, seclusà directâ hæredis institutione & exheredatione.

## §. IV.

**D**ividitur exemplo testamenti in scriptum & nuncupativum. Brunnemana *ad l. ult. Cod. h. t. n. 14.* & alii àb eo relati. Scriptus est, qui adminiculo scripturæ: nuncupativus, qui adminiculo vivæ vocis perficitur. Uterque vel à testatore fit, vel àb intestato. Qui à testatore factus est, sive antè, sive post testamentum, & sive inibi confirmatus sit, sive non sit, jus testamenti sequitur, virésque inde capit, consequenter & cum testamento stat, & cum eo cadit. §. 1. *l. 1. 3. §. ult. l. 5. l. 16. in f. ff. l. 1. Cod. h. t.* Qui àb intestato factus est, suo robore nititur, vicèmq; testamenti sustinet. *d. l. 16.*

## §. V.

**C**ausa efficiens codicillorum duplex est, proxima & remota. Remota est Jus Civile Romanum; occasionem præbente Lucio Lentulo, qui, cum

Romæ factò testamento Augustum Imperatorem & filiam suam hæredes instituit, postea in Africâ decedens, codicillis ibi factis, & testamento confirmatis, multa ab illis reliquisset, Augustus & Lentuli filia, esto juris vinculo non adstricti, nihilominus tanquam p̄i hæredes, testatoris voluntatem impleverunt, ac legata & fideicommissa à se relicta ultrò præstiterunt. Quod factum Jcti suaserunt, indeque codicilli optimo jure admissi sunt. *princ. l. h. r.* Causa efficiens proxima est codicillans. Potest autem codicillos facere omnis & solus ille, qui de jure potest testari. *l. 6. §. 3. l. 8. §. 2. ff. h. r.* Notanter dico, *de jure*: nam, qui tantum de facto impeditur testari, puta, ob inopiam sufficientium tellium, potest nihilominus facere codicillos. *d. princ. l. h. r.* & potest quis non tantum unum codicillum facere, sed etiam plures. *§. ult. l. d. l. 6. §. 1. ff. h. r.* Et pluribus factis omnes valebunt, nisi invicem contrarii sint; tunc enim in eo, in quo contrarii sunt, posterior prævalebit. *l. 3. Cod. eod. Echolt. ff. ibid. §. 11.* Ubi assignat rationem diversitatis, cur quis cum duobus codicillis, non etiam cum duobus testamentis decedere possit, videlicet, quia testamentum plenam & ultimam de rebus omnibus continet voluntatem, quæ una tantum esse potest; e contra in codicillo saltem de parte bonorum, & rebus singularibus tractatur.

## §. VI.

- 6 **S**ubjectum codicillorum sunt illi, quibus aliquid codicillis adscribitur. Potest autem adscribi illis, qui saltem per fideicommissum ex testamento capere possunt, *arg. l. 14. ff. h. r. Struv. exercit. ad Pand. 34. th. 56.*

## §. VII.

- 7 **M**ateria sive objectum codicillorum duplex est, positivum & negativum. Positivum sunt fideicommissa universalia, & singularia. *§. 10. suprâ de fideicommiss. hered. §. 1. & 2. l. l. 13. §. un. ff. l. 2. & 4. Cod. h. r.* item legata, eorumque datio, ademptio, ac diminutio. *l. 7. §. un. l. 8. §. 3. d. l. 14. princ. & §. un. ff. eod. l. 3. §. 10. ff. de adim. vel transfor. legatis.* Similiter autem datio & ademptio. *l. 3. pr. l. 8. pr. l. ult. ff. l. 2. Cod. de testamentaria tutela. nec non libertates. l. 43. ff. de manumiss. testamento.*

- 8 **E**contra objectum negativum est hæreditas; hæc enim directio codicillis nec dari potest, nec adimi. *§. 2. l. l. 10. ff. l. 2. Cod. h. r. l. 76. ff. ad SC. Trebell.* Rationem reddit Imperator in *d. §. 2.* nè scilicet confundatur jus testamentorum & codicillorum: & Papinianus in *d. l. 10.* nè per codillos, qui ex testamento vires capiunt, videatur confirmari ipsum testamentum, quod vires capit ex institutione hæredis. *Nos suprâ de testamentis ord. n. 63.* Sicque duæ res sibi invicem existant causæ eodem modo, seu eodem genere causandi; quod non possunt. Cujacius *ad d. l. 10.* Ex his

- 9 **C**olligitur 1. hæredem directum in codicillis non posse institui, intellige, à pagano; nam militis codicillis etiam directio hæreditas dari potest. *l. 36. princ. ff. de testam. militis.*

Colligitur 2. substitutionem directam in codicillis non posse fieri. *d. §. 10 2. in f. l. l. 6. in f. pr. ff. h. t.* eum talis substitutio æquè sit institutio hæredis directi, atque est institutio directa.

Colligitur 3. conditionem adjectam institutioni, in codicillis non posse <sup>11</sup> detrahi, quia sic codicillis purè daretur hæreditas; quod fieri non potest.

Colligitur 4. nec exhæredationem in codicillis scribi posse. *d. §. 2. l. h. 12 s. & arg. l. 14. Cod. de testam.* Contrariorum enim idem jus esse solet, si eadem subfit ratio, prout subest in proposito.

Colligitur 5. neque hæredi purè instituto conditionem in codicillis ad- <sup>13</sup> jici posse. *d. §. 2. d. l. 6. princ. ff. h. t. l. 27. §. un. ff. de condit. instis.* Ratio est, ne conditione deficiente hæreditas inveniatu adempta; quod codicillis fieri nequit. Planè persona hæredis, testamento instituti, codicillis declarari potest, ut si ita scripserit testator: *quem codicillis hæredem fecero, hæres esto: vel ita: cujus nomen codicillis scripsero, ille mihi hæres esto:* Et postea codicillis scribat nomen Titii; hoc enim casu non tam hæres instituitur codicillis, quàm potius jam testamento institutus, codicillis duntaxat declaratur & specificatur. *l. 77. ff. de hæred. inst. l. 10. princ. ff. de condit. instis.* Item pars hæreditatis, testamento indefinitè relicta, codicillis potest determinari, ut si ita scripserit testator: *ex qua parte codicillis Titium hæredem scripsero, ex tanta parte mihi hæres esto.* Et postea codicillis certam partem determinet; hoc enim casu, licet pars hæreditatis codicillis explicetur, valet tamen ex testamento, solaque quantitas in codicillis expressa est. *l. 38. ff. de condit. & demonstrat.* Similiter, si quis hæredem institutum postea hæreditate indignum esse declaraverit in codicillis, ejus portio fisco vindicatur. *l. 4. Cod. de his, quibus ut indignis &c.* quia tali hæreditas solùm indirectè codicillis admittitur. *Molina de F. & F. r. 2. disp. 131. n. 2. Brunne mann. ad d. l. 4. n. 1.*

## §. VIII.

**F**orma codicillorum alia est, si sermo sit de testamentariis, alia, si de non <sup>14</sup> testamentariis. Illi, specialium solennitatum haud indigi, sequuntur conditionem testamenti, cujus viribus sustinentur. *l. 16. in f. ff. h. t.* Horum forma consistit in dispositione legitimâ de eo, quod quis post mortem suam fieri vult, seclusâ directâ datione, & ademptione hæreditatis. Circumfluit hæc legitima dispositio solennitatibus, ad factionem codicilli de jure requisitis, quidquid in *§. f. l. h. t.* dicatur, codicillos nullam solennitatem ordinationis exigere, ut quod solùm comparative ad testamentum, ac hoc sensu verum est, quod non exigant tantam solennitatum pompam & apparatus, quantum requiritur in testamento: aliquem enim etiam in codicillis intervenire debere, mox patebit. Respiciunt autem solennitates illæ vel actum codicillan- <sup>15</sup> di, vel interventum testium. Actus codicillandi debet uno contextu absolvi,



quod inde colligitur, quia testes codicillares debent uno eodemque tempore huic negotio adhiberi. *L. ult. §. ult. Cod. h. r.* in testibus considerata quantitas & qualitas. Quantitatem quod concernit, §. testes codicillo debent intervenire; siquidem in omni ultimâ voluntate minus solenni, & quæ non est singulariter privilegiata quoad numerum testium, §. testes adhiberi, necesse est. *d. L. ult. §. ult.* Insuper, si codicillus in scriptis fiat, debent testes illi subscribere. *d. textu.* subsignare non etiam, ut quod nullo jure requiritur, Struv. *d. loc. tb. §. 8.* Haunold *d. contr. 1. n. 195. in f.*

17 Sed quid dicendum de codicillo cæci, an in eo quoque sufficient §. testes? *n.* Verius videri, quod, sicut in testamento cæci, præter ordinarium numerum 7. testium superaddi debet notarius vel octavus testis, ita proportionaliter in codicillo cæci præter ordinarium numerum §. testium superaddi debeat notarius, vel sextus testis: quemadmodum enim se habet codicillus videntis ad testamentum videntis, ita pariter se habebit codicillus cæci ad testamentum cæci, quia sicut se habet unum proportionale ad aliud, ita aliud ad reliquum. Nicol. Everhardi *in locis legal. loco à proportionibus n. 1.* ita sentiant Ludwell. *de ult. volunt. p. 2. c. 5. pag. 405.* Stryck. *differ. de jure sensuum 2. cap. 3. n. 27. & seqq.* ubi plures pro hac sententiâ adducit. Haunold. *d. loc. n. 197.* Dissentit Mol. *d. disp. 131. n. 7. cum Carpz. L. f. p. 4. const. 6. def. 1.* propter textum in l. 8. *Cod. qui testaments a facere &c. & Recessum Imperii de anno 1512. von Testamenten. §. 11.* Ubi dicitur, eandem formam & modum servandum esse in codicillo cæci, qui in ejusdem testamento. Sed Resp. memorata loca intelligenda esse cum debitâ proportionem, ut, sicut in testamento cæci debet adhiberi novus testis supra 7. ita pariter in codicillo cæci debeat intervenire novus testis supra §. Stryck. *d. cap. 3. n. 32.* Putat tamen Brunnemann. *ad d. L. 8. Cod. qui testaments a facere &c. n. 6.* à receptâ sententiâ Molinæ & Carpz. quæ vult, 8. testes adhibendos esse in codicillo cæci, saltem in praxi non esse recedendum.

18 Porro, quod atinet qualitatem testium codicillarum, nihil interest, utrum rogati testes sint, an casu, aut fortuito advenerint. *d. L. ult. §. ult. Cod. h. r.* dummodo intelligant, cujus rei gratiâ adhibeantur.

Utrum verò mares tantum, an etiam fæminæ in codicillo testes esse possint, dubium videtur? Prima sententia vult, fæminas æque parum posse testes esse in codicillis, quàm in testamento. Ita Vinn. *ad §. ult. l. h. r. n. ult.* Zoëf. *ff. cod. n. 4.* Perez. *in Cod. ibid. n. 4.* Secunda & longè communior sententia admittit fæminas ad testimonium codicillare. Ita ex Theologis Mol. *d. disp. 131. n. 6.* Haunold. *d. loco n. 199.* Ex nostris Ludwell. *d. sr. p. 1. c. 3. pag. 45. & p. 2. c. 5. pag. 403.* Struv. *d. tb. §. 8.* Eckolt *ff. h. r. §. 9.* Bechmann. *ff. ibid. observat. 10. n. 124.* Carpz. *d. p. 3. const. 1. def. 30. n. 2.* Brunnemann. *ad l. ult. Cod. h. r. n. 16.* Probatur *arg. l. 1. §. 1. l. 18. ff. de testibus.*

*l. 20. §. 6. ff. qui testamenta facere &c.* Ex quibus textibus hoc colligitur, quòd testimonium mulieris sit de genere permissorum, adeòque quòd mulier possit esse testis in omni causâ, ubi non prohibetur: Atqui solùm prohibetur in testamento, non etiam in codicillis; ergò in his potest esse testis: & nisi posset, parùm certè esset consultum incommodis, quibus obviare voluerunt jura, dando licentiam faciendi codicillos. Unde sequitur, codicillum etiam coram s. mulieribus, tanquàm testibus, ritè ordinari. Planè legatarius non potest esse testis in codicillo, *arg. §. 10. Inst. de testam. ord.* quia negotium principaliter geritur inter codicillantem & legatarium. Brunnemann. *ad d. l. ult. Cod. h. t. n. ult.* Neque obstat *l. 22. Cod. de testamentis*, cui inicitur Carpvov. *decis. i § 2. n. 15.* quia ibidem tantùm de testamento affirmatur, quòd testi in eodem legari possit.

## §. IX.

**F**inis codicillorum est, ut consulatur necessitati, & utilitati propter longas & magnas peregrinationes. *princ. l. h. t.* utque illa, quæ minùs testamento comprehensa sunt, codicillis vel corrigantur, vel suppleantur. Eckolt *d. loco §. 10.*

## §. X.

**E**ffectus codicillorum duplex est, proximus, & remotus. Proximus est, quòd inibi relicta perinde debeantur àb eo, à quo relicta sunt, acsi testamento relicta essent. Eckolt *ubi supra §. 12.* Effectus remotus vertitur in actionibus, quibus ea, quæ codicillis relicta sunt, peti possunt: ubi solet distinguì inter relicta titulo singulari, & relicta titulo univèrsali; quæ primo modo codicillis relicta sunt, possunt lisdem actionibus peti, quibus legata, adeòque rei vindicatione, actione ex testamento, & hypothecariâ; quæ verò altero modo relicta sunt, quò pertinent fideicommissa univèrsalia, possunt peti per implorationem officii judicis. Ludwell. *d. c. 5. pag. 407.*

## §. XI.

**C**ontraria codicillorum sunt modi, quibus infirmantur. Infirmanur autem vel directè & per se, vel indirectè & per consequentiam. Directè & per se infirmantur codicilli contrariâ voluntate, declaratâ facto, puta, confecto codicillo contrario &c. *l. 3. Cod. h. t.* vel verbis prolatis coram s. testibus, *arg. l. 35. ff. de R. I. Menoch. lib. 1. de presumpt. quest. 51. num. 8.* Struv. *ubi supra th. 69.* Bechmann. *ff. h. t. obs. pract. 9. n. 123.* Scribens, ita respondisse Jctos Lipsienses anno 1641. mense Februario. Indirectè & per consequentiam infirmantur codicilli infirmato testamento, unde pendent. *l. 3. §. ult. ff. h. t.* siquidem sublato principali etiam corruit accessorium. *l. 129. §. un. l. 178. ff. de R. I.* Struv. *d. l. th. 70.*

## §. XII.

22 **C**laydat hunc Titulum & totum librum clausula codicillaris, quæ hodie passim à notariis solet inferi testamentis, & inserta non tam censetur pro more notariorum, quàm potius ex voluntate defuncti adjecta esse. *Menoch. l. 4. presump. 31. n. 1.* ubi dicit esse communem & veram sententiam. *Christoph. Besol. in Thesaur. practico lit. C. sub verb. clausula codicillaris. fol. m. 170.*

23 Exprimi potest per quæcunque verba idonea ad significandum, quòd testator velit ultimam voluntatem suam valere eo modo, quo valere potest. Huc pertinet 1. hæc solennis formula: *Si hoc testamentum meum non valet jure testamenti, valeat saltem jure codicilli.* l. 1. ff. l. 8. §. 1. C. b. t. l. 3. *propè finem, ff. de testamento militis.* 2. Hæc: *si minus legitime, minusve perire testamentum fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas.* l. 88. §. 17. ff. de leg. 2. 3. Hæc: *ea omnia, qua dari, fieri jussi, ea dari, fieri volo ab omni hærede, bonorumve possessore, qui mihi erit etiam jure intestato.* l. 13. ff. de inoff. test. 4. Hæc: *testamentum hoc volo ratum esse, quæcunque ratione poteris, vel, omni meliori modo, quo potest.* l. 29. §. un. ff. qui test. facere possunt &c. *Menoch. d. presump. 31. n. 9. & seq. Ludwell. d. 6. §. pag. 414.* In vernaculâ nostrâ solet hæc clausula ferè sic exprimi: *Wos fern dieses mein Testament einiger Ursachen oder Mängel halber von Rechts wegen nicht als ein zierlicher letzter Will / Bestand oder Krafft haben möchte / so will ich dennoch / das es gehalten oder vollzogen werden solle / als ein Testamentum nuncupativum, Codicill, fideicommiss, Ubergab auff den Todtfall / Schanckung unter den Lebendigen ( deren Titul doch keiner den andern irren oder hinderen solle ) oder aber sonst als ein gemeine beständige letzten Willens, Disposition und Verordnung / wie dieselbe zu Recht zum Krafftigsten / und beständigsten immer auffgericht werden kan / mag / oder soll.* *Joann. Rudolph. Sattler in Thesaur. Notariorum p. 3. cap. 21. q. 2.*

24 Effectus clausulæ codicillaris varii sunt. Primus & generalis est, quòd apposita testamento, carenti solennitatibus testamentariis, habenti tamen solennitates requisitas ad codicillum, faciat illud valere in vim codicilli. Secundus est, quòd legata & fideicommissa relicta in tali testamento debeantur, non quidem ab hærede scripto ( nam is nullus est ob nullitatem testamenti ) sed ab hærede ab intestato, ut qui per hanc clausulam intelligitur rogatus esse, ea præstare illis, quibus relicta sunt; quia testamentum sic clausularum, cum ob defectum solennitatis debitæ non possit valere ut testamentum, sustinetur saltem ut codicillus ab intestato.

Tertius effectus est, quòd per eam institutio directa hæredis extranei obliquetur, & convertatur in fideicommissum, ut aded hæres ab intestato veniens detractâ Trebellianicâ obligetur hæreditatem restituere illi, qui testamento hæres scriptus est.

Quartus effectus est, quòd per hanc clausulam etiam filius, scienter præteritus, vel iniquè exhæredatus, intelligatur rogatus esse, ut retentâ legitimâ reliquum restituat hæredi instituto. Struv. *d. exercit.* 34. *th.* 65. Haunold. *d. cap.* 2. *contr.* 2. *n.* 207. dicens, esse sententiam communem. Idem fateatur Fach. 4. *contr.* c. 11. qui tamen ibidem àb hac sententiâ recedit. Confer *tit. de inoff. test.* §. 7. *n. ult.*

Dixi autem, *filius scienter præteritus*: nam, si pater ex ignorantia inculpabili præteriisset filium, fortè mortuum putans, non deberet is dicto modo censeri gravatus esse; idque ideò, quia verosimillimum est, patrem, si cogitasset de filio, eum sinè dubio extraneo hæredi fuisse antelaturum. Haunold. *d. loco.*

Quintus effectus est, quòd etiam posthumus, scienter à parte præteritus, & postea natus, per hanc clausulam intelligatur rogatus esse, ut detractâ legitimâ hæreditatem, tanquam fideicommissum, restituat hæredi scripto. Gail. 2. *obs.* 114. *n.* 8. Dixi iterum, *scienter præteritus*: nam aliud dicendum, si pater ignorans, uxorem suam prægnantem esse, præteriit posthumum; tunc enim clausulam codicillarem destitui prædicto effectù, verius videtur. Gail. *d. n.* 8. & Fach. *d. lib.* 4. *contr.* c. 12.

Sextus effectus est, quòd frater præteritus in testamento fratris, ubi turpis persona instituta est, similiter vi hujus clausulæ intelligatur rogatus esse, ut retentâ legitimâ reliquum restituat instituto, modò hic aliunde non sit incapax fideicommissi. Haunold. *ubi supra.*

Septimus effectus est, quòd sit in arbitrio hæredis scripti in testamento, cui adjecta est clausula codicillaris, utrùm velit jure directo ex testamento agere, an verò vi dictæ clausulæ jure fideicommissi petere hæreditatem; alterutrâ viâ electâ alterius aditus præcluditur. *l.* 8. *princ.* *Cod. h. t.*

Econtra nil operatur hæc clausula 1. Si testator ad testandum inhabilis sit. 2. Si testamentum imperfectum sit ob defectum voluntatis. 3. Si neque solennitates requisitæ ad codicillum intervenerint. Et 4. Si quid ei relictum sit, qui nec fideicommissum capere potest. Struv. *d. loc.* *th.* 66. Confer Fab. Turreti *specialem tractatum de effectibus clausula codicillaris*, Samuel Stryck.

vol. 1. *dissert. jurid. de clausula codicillari.* Brunne mann.

ad *d. l. ult. Cod. h. t.*





25

40 Rev.

Frank



