



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>


65B374



Národní knihovna ČR
Historické fondy

65 B 374

Národní knihovna



1002594355

JUSTUS ET ÆQUIUS
JUDEX,

QUEM

Post emensum legitimi Studii tramitem;

PUBLICA

DE

PRÆTORUM EDICTIS,

ET

EORUNDEM ÆQUITATE

INSTITUTA

DISSERTATIONE

EXHIBET,

ATQUE

SUB GLORIOSISSIMIS AUSPICIIS

CAROLI

SEXTI,

Romanorum

IMPERATORIS,

Hispaniarum,

Germaniæ, Hungariæ, Bohemiæ

REGIS,

ARCHI-DUCIS

AUSTRIÆ.

65 B 374.

IN ANTIQUISSIMA ET CELEBERRIMA
UNIVERSITATE
VIENNENSI

Academico certamini subjecit

ILLUSTRISSIMUS DOMINUS

FRANCISCUS
HENRICUS

S. R. I. COMES

SCHLIK DE PASSAN

ET

WEISKIRCHEN,

PRÆSIDE

Prænobili, Clarissimo, ac Consultissimo Domino

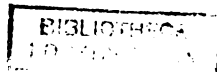
WOLFFGANGO
NICOLAO JOANNE
SENUTTI,

U. J. Doctore, Aulæ Judiciorumque
Advocato, Codicis Professore publico & ordinario,
Celsissimi & Reverendissimi S. R. I. Principis, Episcopi Vien-
nensis Consiliario Consistoriali, nec non Reverendissimi &
Amplissimi Statûs DD. Inferioris Austriæ Prælatorum
Professore SS. Canonum extraordinario.

Disputabuntur in publico DD. Juris-Consultorum Collegio Die
Mensis, Anno M. D. CC. XVI.

VIENNÆ AUSTRIÆ,

Typis Wolffgangi Schwendimann, Universitatis Typographi.



SACRATISSIMO,
POTENTISSIMO, ET INVICTISSIMO
MONARCHÆ,
CAROLO

SEXTO,
Romanorum
IMPERATORI
SEMPER AUGUSTO,
TRIUMPHATORI FELICI,
PIO PATRI PATRIÆ,
REGI

Germaniæ, Castellæ, Aragoniæ,
Legionis, utriusque Siciliæ, Hieroso-
lymorum, Hungariæ, Bohemiæ, Dalmatiæ,
Croatia, Slavoniæ, Navarra, Granatæ, Toleti,
Valentiæ, Galliciæ, Balearium, Hispali, Sardinia,
Cordubæ, Corsicæ, Murcia, Ciennis, Algarbiæ,
Algezira, Gibraltaræ, Insularum Canariarum,
Indiarum, Terræ Firmæ, & Maris
Oceani,

ARCHI-DUCI
AUSTRIÆ,

DUCCI

Burgundiæ, Brabantia, Mediolani, Styriæ, Carinthiæ, Carniolia, Limburgi, Lucemburgi, Geldriæ, Wirtembergæ, Superioris, & Inferioris Silesiæ, Calabria, Athenarum, & Neo-Patriæ.

PRINCIPI

Sveviæ, Catalauniæ, & Asturiæ,

MARCHIONI

Sacri Romani Imperii

Burgoviæ, Moraviæ, & utriusque Lusatiæ,

COMITI

Habsburgi, Flandriæ, Tyrolis, Ferretis, Kyburgi, Goritiæ, Artesiæ, Ruscinonis, & Ceritaniæ,

LANDGRAVIO

ALSATIÆ,

DOMINO

Marchiæ Slavonicæ, Portus Naonis, Biscajæ, Molinæ, Salinarum, Tripolis, & Mechliniæ, &c. &c. &c.

DOMINO, DOMINO MEO
CLEMENTISSIMO.



AUGUSTISSIME
IMPERATOR
REX,

AC

DOMINE CLEMENTISSIME.



Everioris Justitiæ observantissimi Arcopagi Patres (a) ad evitandum personarum aspectum Æquitati perquàm insidiosum tribunalia sua in abdito & obscuro exercuisse antiquitate non solum celebrantur: Verùm etiam hodiedum laudabili posterorum æmulatione *Æquique Bonique* Virtutis Simulacrum ante judicum subsellia, magistratum cancellos, Principum curias, Regum, Cæsarumque solia armatum *velatum* tamen oculis excubare nemo non veretur.

a

En

(a) Zoës. in ff. cit. de jud. lipf. in monte. Pol.

En verò Augustissime Imperator *æquum & Justum Judicem in Præto*, & Præto^rem in æquo, justoque judice ante Augustalem Majestatis Tuæ Thronum in genua profundissimè provolutum, quem jurisprudentia per me hodie in hoc spectabili Justitiæ, ac Juris-Consultorum æquè ac Cultorum confessu in literariam arenam, ast *develatis oculis* propugnaturum coràm producit.

Etenim relictis iis, quâ digna etiam veneratione, argumentis, quæ judicibus æquis, ac Justis exoptant cæcitatem (b) prætermitto quoque prudentum virorum, legumque pro sagaci, ac attento Magistratibus commendandò in judiciis oculò, ac perspicacitate vicissim militantem authoritatem: qua modò *Justitiæ oculus arbiter & vindex perpetuus rerum attentè vigilare* (c): modò *Judex non cæco casu nec opinionis temeritate duci* (d): Sed verò *Judiciò judicare, & prius introspectò negotiò cuncta sedulò perlustrare* (e) jubetur. Jam *mentem testatoris inspicere* (f): nunc *in judicando & condemnando Æquitatem præ oculis præcipitur habere.* (g)

Una mihi pro stabilienda in Judicibus *oculorum delevatione Æquitatis ratio* sufficere videtur, quâ tanquam præcipuò cardine, æqui justique judicis officium versari leges fanciunt: ut *ille mentem scilicet, voluntatèque legum, & legislatoris inspiciat & scrutetur.* (h)

Quod

(b) Zoës. loc. cit. (c) Ammian. l. 29. (d) Marl. in sbeat. pot. (e) Pbilo de conf. ling. (f) L. 1. cod. de legat. (g) L. 4. §. 1. ff. de eo quod cert. loc. (h) EscTbes.

Quod ergò æquius, Justiúsque Judici meo hodie decertaturo evenire valeret auspiciū? quàm Tê coram Æquissime, ac *legum Sacratissime* *Conditor* (i) ingredi arenam? cùm quò propiùs & perspicaciùs *inspectâ* Tuâ Augustissimâ Æquitatis *mente* sese conformiorem exarmare conatus fuerit Judex, eò certiozem triumphum non tantùm ex hoc certandi congressu, verùm etiam *in omni causarum processu æquitatis præconium sibi* (k) *meritò despondet.*

(l) *Mentem non verba legis inspiciat Judex; si æquus, justúsque fit. Ast Te legem animatam* (m) opus est intueatur. Et si corruptissima Respublica, ubi plurimæ leges (n) certè fortunatissima Tua est CAROLE *Mundi Monarcha!* (o) utpote quam *Tu lex viva* (p) & *Una* Justitiæ Regula moderaris.

Nec est quòd judex vastissimum legum pelagus emetiri non posse pertimescat: nam *longum* quidem *iter per præcepta, breve & efficax per Exempla.* (q) Tu verum æquissime Regum Princeps Justitiæ *Exemplar* artificiosissimò Numinis penicillò affabrè elaboratum, *in quo* vivacissimum *Themidos* faciem imitari, adorarèque (r) iudices necesse habent.

Etenim si Prætores quoque æquitate nihil an-

a 2

ti-

(i) L. 1. ff. de *constit. princ.* l. ult. §. 1. c. de LL. (k) *Novell.* 125. c. 1. (l) L. 17. ff. de LL. (m) *Novell.* 105. c. 2. §. ult. in f. (n) *Tacit. annal.* 3. (o) L. 9. ff. de l. Rhod. (p) L. 17. ff. *supra cit.* (q) *Senec. epist.* 6. item *Plin. Panegy.* (r) *Onofan.* 18. apud *Gavar.* in *bor. prin.*

tiquius coluisse perhibentur, ut *qui iudicibus datis præscribebant æquitatem: (s)* Quam nunc habent illis præscribendam? nisi Te Augustissimam Iudicum Normam Sacratissime Imperator! Qui Talis cælitus etiam jam protendebaris.

(t) Libra enim, quæ Te nascente in Zodiaco tunc librabat dies, Imperialem quondam Tuam præfagebat mundo Æquitatem, quam nunc non solum Univerfus Te Imperante resectis labris tam dulciter, quàm uberrimè delibat, sed etiam unacum transfuso Augustissimo sanguine, ac coronarum jure Tuo in Augustam Sobolem facundus Patriæ Pater propagas posteritati.

Siquidem Primogenitus Tuus tot ardentissimis votorum Myriadibus expetitus nuper Tibi Domuique Tuæ perennaturæ gloriæ, Univerfo vero fidelium Orbi solatio in lucem Auspice DEO fortunatissimè editus Natalem suum non nisi in *Arietis* Signo (quod vernâ, quemadmodum libra Autumnali temperie dies *æquat* juxta illud vulgare

Sed noctes æquant aries & libra diebus:)

auspicari voluit. (u)

Quid amabo fortunatissimi Ominis benigni Cælites nobis, ac Univerfo portendere inde voluerunt? quàm, uti Te Augustissimo Patre in libra exortò Æquitatis Sol mundo illuxerat, ita Filio

(s) Zoës. in ff. Lib. 1. tit. 1. (t) Librâ, in quâ dum versabatur Sol Carolus natus. (u) In Arietis signo versatus Sol. Leopold, Archi-Ducts & Austria Principis Natalem auspiciatur.

lio Tuô Leopoldô sub pari Dierum *æquante* Signo Natô, & quemadmodum diadematum, ita Virtutum hærede *Justitiæ, ac Æquitatis* diem in posteros Tuos mundum duraturum etiam *Æquaturos* iri propagatum.

Crescat proin Hic in Augustissimorum Fascium spem è fasciis suis serenissimus Austriæ, ac Asturiæ Lucifer: Te Sacratissime Imperator summum *Æquitatis* Solem in plenissimo Majestatis meridie adoramus, & supremum Imperii judicem in seram etiam dierum seriem, quam Tibi communi Voto deperecamur, submissimè reveretur Univerfus.

Libram, enim, quam in Ortu Tuo habebas *Æquissimæ* Virtutis Tuæ nunciam, immotâ *constantiâ*, infractâ *fortitudine* Tanto Cæsare dignissimâ *Tesserâ*, *tenes æquissimi Judicis* (x) *pondera operum æquitatis lance pensantis*. [y]

Hac pensas merita præmiis, compensas crimina pœnis, lites justissimus dirimis, providissimus tractas negotia, sapientissimus trutinas consilia, æquissimus disquiris judicia, ac summi Juris rigorem clementissimus moderaris Judex, *ut plus terror corrigat, quàm pœna consumat*. [z]

Hâc sacratis Numinis Cultum restauras aris, amicabilem exhibes adversariis indulgentiam, sociis servas fidem inviolabilem, bello pacem componis,

(x) *Minut. apud Guevar. in hor Princ. 1. 7. Epist. 1.* (y) *Leo Serm. 4. de collect.* (z) *Cassiod.*

ponis, pace bellum paras, tuos tranquillitate foves, inimicos armorum apparatu terres, ut sic *Tua Majestas à terroribus ornetur quæ gladiô bellicô rebus etiam pacatis accingitur.* [aa]

Intelligis nàmque Sapientissime Imperator Te ad moderamen esse Electum. [bb] Rarô Cæsarum exemplô Universum edocens: *quemadmodum Rempublicam semper augeri observatâ Principis Justitiâ,* [cc] *ita eandem armis protegi, & æquitate custodiri inviolatam.* [dd] Hinc Tua [ee] *Imperialis Majestas legibus armata, armisque decorata triumphat, & ut olim Julius tam sagô quàm togâ proin ex utroque Cæsar, (ff) Inclytus Æquissimo Imperio bifrontis Aquilæ adoraris Moderator.*

Quare Tantâ in Te Augustissime Imp. armis confœderatæ Æquitatis objectâ Majestate excitatus sine ulteriore mora juris arma apprehendens judex meus in arenam descendit in Te Augustalem judicum, Regûmque Normam develatis, & perspicacibus oculis mentis meæ aciem defixurus: ut ad Hanc gravissimorum Juris-Consultorum, ac Prudentûm argumenta, difficillimos quoque legum nodos ad unguem expediat, atque vincat.

Quô obtentô fat triumphâsse gloriabor. Ast Te solô auspice Augustissimô Laurigerô lauream obtinebo; quam Tibi Diademata Regum Regula,

(aa) Cassiod. eodem lib. & Epist. (bb) Idem ibidem. (cc) Cassiod. lib. 4. Epist. 12. (dd) Citatus lib. eod. epist. 6. (ee) Just. proæm. Inst. & l. un. cod. de rel. & sumpt. fun. (ff) Theat. Pof. Marl.

la, ac supreme Imperii iudex in debitum juris-
prudentiæ meæ primitialem censum ad Majesta-
tis Tuæ pedes profundissimè depono, nihil an-
helans: quàm ut *pro Cæsare & Æquitate* ad vi-
tæ usque sacrificium strenuè decertare valeam.

Fave igitur Augustissime Cæsar devotissimo
huic conatui præprimis verò hodie primo legali
congressui meo: Et ecce jam victricia mihi clas-
sica promitto, dum auspiciis Tuis lauream mihi
confidenter prædixi.

SACRATISSIMÆ
MAJESTATIS TUÆ

Subjectissimus,

FRANCISCUS HENRICUS, S. R. I.
Comes Schlik de Passan & Weis-
kirchen.



CELEUSMATICUS APPLAUSUS
QUO
JUSTI ET ÆQUI JUDICIS
JURIDICAM CAUSAM
Publicè propugnanti
ILLUSTRISSIMO DOMINO
FRANCISCO HENRICO
COMITI SCHLIK &c. &c.
Accinit Classicum
IN JURIDICIS COMMILITO
CELSISSIMUS DOMINUS DOMINUS
JOANNES HENRICUS
S. R. I. PRINCEPS
DE
AUERSPERG &c. &c.



In felix Phaëton mediò tutissimus iisset; (a)
Non vellet Solis non tetigisse rotas.
Et quia par ausimedio non limite currit (b)
Icarus Icarias nomine fecit aquas. (c)
Hinc canitur verum: *medium tenuere beati*
Im medio virtus: Extima sæpè nocent.
(d) *Virtus summa Themis; quâ nulla tenacior æqui;* (e)
Calle tamen *medio* quò magis *aqua* meat.
(f) *Mitior esto suus sancit Rigore Minister,* (g)
(h) *Lege secus Judex misior esse nequit.*
Oderat illa feros Rhadamantos ense; nec optat
(i) *Nervas enerves Jure, piósque nimis.*
Esto Solon *Judex Æquus, Justusque Lycurgus,*
Æquâ (hoc est *medium*) *Jura balance librans.*
Est *æquum medium,* neutri desistere parti (k)
Ignarum, sed stans Jure cuique suò.

(a) Ovid. met. l. 2. f. 1.
(b) idem lib. 8. met. 3.
(c) cit. lib. trist.
(d) Cic. off. 3.
(e) Ovid. l. 1. met. 7.
(f) Ulp. in lib. 24. §. 20. ff. de fideic. lib. & 4. ult. 1. de Donat. Item Ful. in l. 64. ff. de R. J. Imp. Just. in l. ult. in f. Cod. de como. serv. man.
(g) Ulp. in leg. 1. ff. de Just. & Fur.
(h) Novel. 82. cap. ult. l. 7. ff. de dot. Ulp. l. 22. §. ff. qui & quibus man.
(i) Tulgos. l. 2. c. 2. in theat. pol. Marl.
(k) Minus. pag. 539 apud Guevar. Imp. Anast. in leg. 12. §. 4. Cod. de Prox. sac. scim. lib. XII.

Exti-

Extimus est Rigor, par est Clementia callis
 (l) *Procedas* Judex inter utrumque, juvat.
 Hunc is re (m) studiis æquis Henrice Sodalis!
 Nomini id haud impar res docet ipsa Tuo.
 Vasto vela mari legum studiosa dedisti,
 Palladeo ut cursu Jura remensus eras.
 Juris iter prima *Instituens elementa* parâsti,
 Quæis ultra fociis abdita Jura capis.
 Difficilis aditus Legum Laërtius arte
Digestâ superas, Intima quæque probans,
 Finito at Juris cursu documenta daturus
 Objectâ luctâ vela agitare petis.
 Calle tamen *medlo*, *medio* luctare triumphans!
 Hinc *æqui* causam velificare placet.
 Velificare placet causam tibi Judicis *æqui*,
 Huic *medio* est virtus nixa suprema Themis.
 Est Judex *æquus* Themidos sacratio ara (n)
 (o) E cujus *medio* justa cuique jubet.
 Hanc *Æqui* causam defensor suscipis; inde
 E *medio* quoque Te Laurea cetta manet.
 Laurea certa manet, nam si bona causa triumphat,
 (p) Quæ melior, quàm *æqui*, causa *boni* viget. (q)
 Nec mirum: certas nectit victoria Lauros
 Cui *medium*, est, virtus, auspiciumque, potens.
 Si *medium* memoras, *medinm*, potentius illud:
 (r) Cui se participant extimum utrumque suum.
 Nil *æqui* robur condignis viribus *æquas* (s)
 Est media extremi pars utriusque sui.
 Rigoris flammæ acuit, moderatur & illum (t)
 Ferrum, oleamque pari pro ratione tenet.
 Nec minor est *medio* *virtus*, cui carbasa pandis
 Virtutum spectat Jure Corona Themis. (u)
 Arma valent, *virtus* non est infirmior *æqua*:
 (x) Cùm Themis Augustis legibus arma liget.
Auspicium tandem ter faustum vela secundant,
 Imperii Duplex hæc comitatur Avis.
 Cæsaris Augusti-tua vela Favonius afflat.
 Felix, cui favor est Cæsaris aura, ratis!
 (y) Lex animata *æqui* Cæsar, rectissimus ille.
 Procedit, Diva hæc quem Cynolura regit.
Auspiciô tantô, *mediô*, *Virtuteq;* forti
Æqui defendens Lauream ovantis habes.
 Pergas! sic callem *medium* tenuere beati
 (z) *Hunc is re* verâ, sicque beatus eris.
 Nunc suggesta tenes *Æqui* defendere doctus
 Judicis *æqui* olim, scande, tribunal erit.
Æquâ perge viâ Comitum comitabor euntem
 Quem studiis socium jungo, sequarque viâ.

(l) c. 26. 2: de off. jud.
 del.
 (m) *Henricus anagr.*
Hunc is re.

(n) *Ammian. l. 30.*
 (o) *Ulp. in leg. 4. 5. 1. ff.*
de eo quod cert.

(p) *Philo apud Hævar.*
 (q) *Ulpian ex Cels. l. 1.*
ff. de Just. & Jur.

(r) *Ulp. in l. 20. ff. de*
stat. hom.
 (s) *Novel. 30. c. 9. S. ult.*

(t) *Zoëf. in ff. tit. 2. de*
jud. n. 36.

(u) *Phil. de Abrah. &*
de creat. Prin.

(x) *Novel. 25. c. 5. S.*
ult.

(y) *L. 17. ff. de LL.*

(z) *Henricus anagr.*
Hunc is re.

HENRICO HENRICVS COMITI hæc Vota aCCIno prinCepi
 In stVDilis parlis affeCtVs, aC noMInals ergo.

DISSERTATIONIS PARTITIO.



Quandoquidem ordine nihil jucundius, aut ad usum commodius est teste *Hieron. Alban. de potest. Papæ p. 1. n. 15.* adeò, ut in judicialibus ordo non servatus sententiam reddat nullam *C. ad petitionem 22. X: de accusat.* necessarium esse duxi, dissertationem præsentem non tantùm recto ordine instituere, sed etiam eundem præmittere. Dissertationem hanc igitur in partes, has in capita, hæc in suos numeros posito ubique materiæ summario distribui. Pars autem prima æquitatem in genere continet, ejusdem Caput primum de definitione, & aliis æquitatem concernentibus. Caput secundum de divisione, & nonnullis æquitatis regulis. Caput tertium de contrariis æquitati tractatur. Pars secunda exhibet Judicem, & ejus officium. Hujus partis Caput primum de Judicibus, & Judicum officio in genere. Caput secundum de variis Jurisdictionum speciebus. Caput tertium de Judicibus præcipuis in specie agit. Pars tertia complectitur Edicta prætorum juxta ordinem titulorum in *Digestis* occurrentium.



PARS PRIMA

DE ÆQUITATE IN GENERE

CAPUT I.

De Definitione æquitatis & aliis æquitatem
concernentibus.

S U M M A R I U M.

1. *Ingressus ad materiam.*
2. *Æquitatis Definitio.*
3. *Exponitur æquitatis Officium.*
4. *Exempli causa adducitur casus.*
5. *Adductus casus deceditur.*
6. *Ostenditur decisi casus æquitas.*
7. *Comparatio æquitatis adstruitur.*
8. *Ratio cur Judex æquitati studere debeat.*
9. *Ratio ista declaratur exemplis.*
10. *Heres ultra vires hereditatis confecto inventario non tenetur.*
11. *Qui ad honores promovendi sint.*
12. *Annotatio Everhardi contra inidoneos nobiles, qui honores ambiunt.*
13. *In æquitate statuenda ratio haberi debet personarum locorum & temporum.*
14. *Rigor excommunicationis ob ætatem temperandus est.*
15. *Ob considerationem locorum & temporum non exigitur Juramentum ab absolvendis, à vinculo excommunicationis.*
16. *Propter statum Imperii & alias circumstantias cautè est procedendum.*
17. *Æquius est cum multitudine peccantium miti modo procedere.*
18. *Hoc suadet schola Stoicorum & probatur canonibus.*
19. *Solvitur objectio.*
20. *Respondetur factò Moysis jubentis occidi 22. millia hominum.*
21. *Multitudo peccantium non minuit coram Deo crimen. Item severitas adbibenda contra multitudinem peccantium errores suos defendentem.*
22. *Æquitas per omnia negotia se se diffundit.*

23. *Habet locum in Processu Judiciali.*
24. *In ultimis voluntatibus.*
25. *Quò ad ultimas voluntates redditur ratio.*
26. *Ratio illustratur exemplis.*
27. *Judex etiam à voluntate testatoris recedere potest.*
28. *Æquitas habet locum in restitutione in integrum.*
29. *Similiter in contractibus & actionibus.*
30. *Non tantum in actionibus b. f. sed etiam aliis.*
31. *In contractibus stricti juris omiſſa Judex non supplet.*
32. *Nec debentur usuræ aut fructus ex sola morâ.*
33. *Juxta æquum & bonum in arbitrariis actionibus judicatur.*
34. *Æquitati locus est in transactionibus.*
35. *In possessione.*
36. *In exceptionibus.*
37. *In pœnalibus quândòque severitas quândòque clementia exercenda.*
38. *Diluitur objectio benignitati in pœnalibus favens.*
39. *Mens legislatoris est causa recedendi à verbis legum.*
40. *In dubio mitior sententia prævalet in pœnalibus.*
41. *Excommunicatio simpliciter prolata denotat majorem, & cur hoc ita.*
42. *In damnis injuria datis, similiter in dubiis legum aut hominum opinionibus secundum æquum & bonum facienda interpretatio.*
43. *An minores & majores Judices juxta æquitatem judicare possint.*
44. *Refellitur opinio contraria.*
45. *Calculus Wisenbachi contra Irnerium authenticarum structorem.*
46. *Adducitur intellectus leg. 1. cod. de legib.*



Quanto studio tam in legum interpretatione, quam in judiciis ad æquitatem respiciendum sit, nemo in Jure versatus ignorat, quin immo plurima legum nostrarum sancita inculcant, etli enim solennia à Jure præscripta tenaciter observanda præcipiantur, & pactis privatorum solennia immutari nequeant, *l. nec ex prætorio 27. ff. de reg. jur.* tamen in concursu & pugna solennium juris cum æquitate Juris-Consultus respondit in *l. etsi nihil 183. ff. de reg. jur.* & *l. 7. ff. de in integ. restit.* æquitatem evidentem præponendam esse solennibus Juris, sic Jus solenne exigit, ut in legitimè citatum contumacem sententia dicta valeat, & tamen adversus eam regulam solennem nonnunquam restitutio facienda est ex æquitate evidente, veluti si citatus non respondit, & ob hoc pronuntiatum est, Judice autem adhuc pro tribunali sedente citatus copiam sui facit, *Jacob. Gothofred. ad l. etsi 183. ff. de reg. jur.* quemadmodum etiam à natura contractuum aliquando ob æquitatem recedi posse decidit Celsus in *l. 32. ff. de reb. cred.* & generaliter in omnibus præsertim autem in judicando singularem æquitatis rationem habendam esse statuit *l. placuit 8. c. de Judic. l. in omnibus 90. ff. de reg. jur.* Et hinc cum

cum præsertim Prætor æquitatis amans sit *l. quod si Ephesi ff. de reb. cred. l. æquissimum in princip. ff. de bon. pos. secund. Tab.* ordinis recti ratio postulat, ut antequam Prætorum Edicta & relucetentem in illis æquitatem adeam, quædam de æquitate & illi oppositis atque contrariis præmittam.

Æquitas est moderatio seu mitigatio juris seu legis scriptæ, qua² mentem, sententiam & rationem, nec non voluntatem legislatoris scrutamur, & exequimur neglecta strictiore legis elocutione, ita *Gypham. ad l. in omnibus 90. ff. de reg. Jur.* brevius æquitatem definit *Jacob. Gothofred. in cit. l. in omnibus 90. l. etsi nihil 183. ff. de reg. Jur.* quodd sit Juris scripti stricti temperamentum & æquamentum aliquod, in eodem ferè sensu æquitatem exponit *Vultej. Inst. de Just. & Jur. §. Jurisprudencia n. 2.* dicens æquitatem esse juris moderationem, quæ sumenda est ex circumstantiis, potissimum verb personarum, locorum & temporum, ita ut præfatus author, ulterius addere voluerit ibidem; ex verbis legum induci jus strictum, ex sensu autem sive mente legis æquitatem, cum scire leges non sit earum verba, sed vim ac potestatem tenere *l. scire leges 17. ff. de H.* quoniam aliàs, si illi, qui verba legum sciunt, legem statim scire dicerentur, omnes pueri olim Romæ fuissent Juris-Consulti, mandabant enim memoriæ leges duodecim tabularum instar necessarii carminis. Fusius adhuc nonnulli æquitatem describunt hoc modo; quodd sit emendatio legalis Justi, & supplementum ejus, quod Juri scripto deest, neque lege expressum habetur, sive ignorante legislatore, sive sciente quidem, sed propter circumstantiarum in rebus occurrentium infinitatem determinare non valente, id factum fuerit. Ita post alios *Christoph. Besold. in l. 1. ff. de Just. & Jur. n. 7. fol. 28.*

Ex his definitionibus profluit, officium æquitatis in eo consistere, ³ ut id, quod generaliter & indistinctè scriptum est, laxet, remittat, restringat vel distinguat, prout causæ vel circumstantiæ postulant, quia quoties de legis alicujus intellectu in casu emergente quæstio incidit, non quod in lege scriptum reperitur attendendum est, sed potius quid senserit, quid voluerit legislator, spectandum est, id autem legislatorem sensisse & voluisse, quod æquum est, satis declarat *l. 8. c. de pact. convent. tam. sup. dot.* ubi habetur, quod legum conditores conveniat esse fautores æquitatis, & insuper nos docet *Celsus in l. 18. ff. dell.* inquiring benignius esse ut leges interpretemur eo sensu, quo earundem voluntas conservetur, & hæc omnia ad oculum expressit *Aristot. 2. Ethic.* ubi sequentia leguntur: est autem æquitas & homo æquus, qui aliquid remittit, de Jure legibus constituto, nam ea, quæ non potuit is, qui leges sancivit, accurratè & in singularibus præfinire, sed de iis generaliter & universaliter pronuntiavit, is qui in illis aliquid remittit & concedit, proponens tamen sibi ea, quæ is, qui leges sancivit, voluisset in singularibus & peculiariter definire, nec tamen potuit, dicitur æquitas, quibus verbis ostenditur imbecillitatem humanam ita constitutam esse, ut à legislatore non omnes articuli & occurrentes casus præ-

videri ac singulis legibus decidi possint, interim tamen omiſſa Judicis officia ſupplenda & ex æquitatis fontibus concludenda eſſe. *l. non poſſunt. 12. l. nam ut ait 13. ff. de ll.* ad quod ipſum apertis verbis Juris-Consultus Judicem adhortatur in *l. 4. §. interdum ff. de eo quod certo loco.* præcipiens, ut Judex ſemper ante oculos habeat æquitatem, & non meram negotiorum geſtorum actionem imitetur, ſed ſolicitus æquitatem ſequatur, cum hoc ei æquitatis & actionis natura indulgeat *l. 14. §. 13. ff. de relig. & ſumpt. fun.* & hoc eò magis, quod Jus noſtrum ipſum per artem æqui & boni definitum eſſe legatur *l. 1. ff. de Juſt. & Jur.*

4 Exemplo hæc omnia manifeſta reddi poſſunt. Et quidem pro principio ante omnia tenendum eſt trium tutelarum onus excuſationem præſtare à quarta tutela *§. item tria §. Inſt. de excuſat. tut.* nunc ſinge non tres quidem numero tutelas, verùm unicam & diffuſam admodùm, negotioſam & maximè operoſam tutelam à me geri, ejuſque obtentu me deſiderare excuſationem à nova, fanè magna hæc mei deſiderii æquitas eſt, ne ſcilicet jam unius graviffimæ tutelæ mole prægravatus adhuc alterius tutelæ onere premar, eidem autem contrarium videtur apertumque Jus, quo tres tutelæ excuſationem tribuunt, ut proinde Juri ſtandum eſſe videatur & Judex dicere poſſit, video probòque meliora, ſed deteriora ſequi neceſſe eſt, lex ſcripta dura quidem apparet, contra eam aut de ea judicare mihi non licet.

5 His non attentis Paulus in *l. 31. §. ult. ff. de excuſ. tut.* putat rectè facturum Prætorem & Judicem, ſi etiam unam tutelam ad excuſationem proficere ſtatuert, quæ tam diffuſa & negotioſa ſit, ut pro pluribus cedat, & tam grave onus & impedimentum cauſet ac plures aliæ; ratio hujus reſponſi in æquitate aperta fundatur, quia dubium non eſt, legiſlatorem ipſum, qui tria tutelarum onera excuſationi ſufficere ſtatuert, ita judicaturum fuiſſe, ſi hunc caſum prævidiſſet, accedit etiam *l. in ambiguis. 85. §. quoties. ff. de reg. Jur.* qua idem Juris-Consultus Paulus præfatæ ſuæ deciſionis rationem aſſignat hanc: quoties æquitatem deſiderii dubitatio Juris moratur, juſtis decretis res temperanda eſt, quod etiam pertinet, quod in *l. 6. ff. de legat. præſt. cont. tab.* Julianus ait, Jus & edictum ſæpe nonnullas habere reprehentiones, ſed ex æquitatis ratione decreto juſto temperari debere.

6 Eſt autem in propoſita facti ſpecie ratio æquitatis aperta, cur enim tres tutelæ excuſationem præſtant? niſi ob multiplices exinde reſultantes occupationes, inidoneitatem quartam etiam tutelam benè adminiſtrandi, & rationum conficiendarum ac reddendarum difficultatem, cum pluribus negotiis intentus neutri exactè præeſſe poſſit, ut proinde Judex ubi eandem rationem militare videt, idem jus vivâ voce decernere debeat, ſæpe enim æquitas aliquid ſuggerere dicitur, licet Jus deficiat, id eſt, lex expreſſè de aliquo caſu nihil ſtatuat. *l. 2. ff. de aq. & aq. plur. arcend.*

7 Hinc arguendi non ſunt, qui æquitatem ad Jus ſcriptum non aliter ſe habere ajunt, quàm ſicut homo politicus & humanus barbaro, & ſpiritus literæ mortuæ opponitur.

Ratio

Ratio autem omnium prædictorum, quodd scilicet Judex in judi- 8
cando præ omnibus æquitati studere debeat, consistit in eo, quia Judex
de jure partium cognoscere, & desuper jus dicere debet, ex eo enim quod
jus dicat & reddat, nomen ejus descendit *l. 1. ff. de jurisd.* si autem juxta
generalitatem verborum procederet, certè officium suum non adimple-
ret, quia secundùm summum jus judicaret, & proinde litigantibus po-
tius injuriam, quàm jus redderet, quia verba legis rigidè accepta sum-
mum jus adeoque summa injuria, malitia & summa crux undique dicun-
tur, & sic peccaretur contra saluberrimam decisionem *l. meminervint 6. c. unde vi.* qua habetur, injurias exinde nasci non debere, unde jura na-
scuntur, seu juris redditio expectatur. Altera ratio est, quia si stricto
juri & generalitati legum in quovis casu inhærendum esset, sanè id acci-
deret, contra quod Justin. *novel. 160.* gravissimè conqueritur, quod ni-
mirum homines malitiosa interpretatione legibus ad tegendas injurias suas
abutantur, & præterea verificaretur Juris-Consulti dictum in *l. si servum*
91. §. 3. ff. de V. O. quod plerùmque sub prætextu Jurisscientiæ pernicio-
sè erretur, dum videlicet potius, quod in lege scriptum quàm æquum
est, attenditur.

Rationis adductæ veritatem succinctis exemplis ostendo; pone sta- 9
tutum ita loqui generaliter: instrumentum manu debitoris subscriptum
& sigillo ejus corroboratum debet sortiri paratam executionem tam con-
tra debitorem ipsum, quàm hæredes illius, me verò Titii obæratu debi- 10
toris mortui hæredem esse, & hæreditatem factò inventario adivisse, à
malitioso autem & mihi parum propenso creditore ad solvendum totum
debitum conveniri, ab eoque contra me tenaciter urgeri dicti statuti
generalitatem, palam obvium nunc est, quàm apertam exercendæ & te-
gendæ injuriæ occasionem infensus mihi creditor arripere posset dicen-
do, pro se militare statutum, dum tamen statuti generalitate ad mihi no-
cendum animo suo abuti intenderet contra æquitatem, cui repugnat hæ-
redem ultra vires hæreditarias inventario factò teneri. Sic etiam *in l. ut* 11
gradatim 11. §. etsi lege ff. de mun. & bon. generaliter cautum est, quod in
adipiscendis municipii honoribus certæ conditionis homines præferantur,
hæc tamen generalitas æquitate moderanda est, & lex restringenda ad
eos, qui non sunt inidonei, secus enim inidonei honores capefferent cum
Reipublicæ injuria & detrimento, injuriam animo celantes, dum in se
petere contenderent, quod sibi lege concessum est.

Et hinc Nicol. Everbard. in loc. *argument. leg. loco. 78. n. 7.* scriptum 12
reliquit citatam *l. ut gradatim & §. etsi lege.* ad hoc semper allegari, quodd
omnis dispositio utcunque generaliter loquens semper recipiat inter pre-
tationem & restrictionem ex habilitate personæ, hoc est dummodo per-
sona sit habilis, & hoc notandum esse inducit contra certorum locorum
nobiles inidoneos, qui ad regimen sub prætextu privilegii, consuetudi-
nis aut statuti generaliter certæ familiæ nobiles ad honores Respublicæ
vocantis aspirant, & non tantùm optimè emeritis fraudulenter eripiunt,

quasi longissimo jam jam tempore suæ familiæ antecessores hæc munera detinuerint, sed etiam lamentabiliter occupant & administrant.

13 Dixi supra n. 2. in statuenda æquitate potissimam rationem personarum locorum & temporum esse habendam, diversæ enim possunt esse conditiones personarum temporum & locorum, ob quas legis generalitas temperanda est, personæ enim sunt excellentes vel humiles, paganæ vel militares, natu majores vel minores 25. annis, impuberes vel puberes, peritæ vel imperitæ & rusticæ, nobiles, ignobiles, divites vel egenæ, tempora & loca varias etiam continent circumstantias, ob quas vel legis usus planè non est, aut sine scandalo admitti non potest; quæ omnia ut clariora fiant, paucis examinabo.

14 Et quidem dicta comprobantur insigni textu *c. pueris X. de sent. excom.* ubi pueris propter excessum defectu ætatis commissum absolutio mox impertienda esse dicitur, ratione ibidem reddita, quia rigor mansuetudine temperandus est, hinc concludendum legem pœnalem generaliter conceptam non ita capiendam esse, ut ei adversus pueros, aliòsque doli & delicti incapaces locus detur, quemadmodum in irrogandis ob delicta perpetrata pœnis ad personas delinquentium & illorum, qui delicto offensi sunt, præcipuè autem ad ætatem reflectendum esse, aperte docuit *J. C. in 16. §. persona ff. de pœn.* & ferè in omnibus pœnalibus judiciis ætati & imprudentiæ succurrendum esse, Paulus *in l. 108. ff. de reg. jur.* advertit, quoniam delicta ex animo & dolo facientis metienda sunt, & consilium in junioribus adhuc perfectum non est, sæpe enim hoc accidit, ut quamvis verba legis præcisa & indistincta sint, tamen jurisdictio moderanda sit, & nonnullis ex æquitate succurri debeat, quod luculenter colligitur ex *l. 11. ff. de injus voc.* ubi Paulus ait, quamvis edicto generaliter pœnale judicium adversus libertum sine venia patronum in jus vocantem, absque omni moderamine, constitutum sit, tamen moderandam esse juris dictionem, veluti si pœnitentiâ ductus desisteret ab actione, vel patronus non invitus comparuerit.

15 Sic tametsi inspectâ generali Juris canonici regulâ quilibet excommunicatus ante absolutionem teneatur juramento promittere se imposte- rum Ecclesiæ mandatis pariturum & obedientiam exhibiturum esse *c. de cætero 11. c. cum desideres is X. de sent. excom.* consideratis tamen locorum & temporum qualitatibus huic severitati ac ceremoniali rigori detrahendum esse censuit Rom. Pont. *in c. super eo 51. X. de sent. excom.* dum ibidem ob duritiam Græcorum permisit, ut redeuntes ad Ecclesiam tantum manulem promissionem facerent; id est, simpliciter absque juramento promitterent stare mandatis Ecclesiæ, unde & summarium *cit. c. super eo 51.* optimè ad præsens institutum ita sonat: excommunicatus absque juramento quidem absolvi non debet, si tamen sine scandalo juramentum haberi non potest, poterit fieri absolutio præstitâ manuali promissione; nec modicum contribuit æquissima decretalis responsio, quæ habetur in *c. bis quæ 11. X. de major. & obed.* quando scilicet de correctione, excommunicatione, ac suspensione agitur, pro conservando pacis & con-

cor-

cordiæ bono multa permitti, quæ aliàs generalibus juris regulis prohibita sunt. *Barbos. in collect. doct. X. de præbend. & dignit. c. nisi essent. n. 3.* pacis enim & concordie circumstantia talis est, ut pro ea obtinenda sæpissimè à regulis juris communis recedatur *Novel. 8. ibi. nostri subjecti ab omni quiete.* quocirca propter tot & tanta pacis bona Ulpianus sapientissimè dixit, nihil esse quod imperatori & principi bono magis congruat, quàm curare ut pacata & quieta sit provincia, quam regit. *l. congruit 13. ff. de off. præsid.*

Notabile æquitate specimen hinc occurrit, illis præsertim commen- 16
dandum, qui illico pœnarum fulmina contra transgressores apprehendunt, legis plerùmque generalibus verbis inniti dissimulationis obli-
ti, nec magis opportuna legitimæ ultionis tempora expectantes, qui nimis properata remedia malis non profutura adhibent, & vulneribus vulnera nova imprimunt *c. abst. 6. dist. 50.* & ad capiendam sanio-rem doctrinam ad *c. ut constitueretur 25. dist. 50. in fin.* remittendi sunt, ubi ex Augustini ad Bonifacium epistola 30. legitur, si populorum strages imminet, severitati est detrahendum, ut majoribus malis sanandis sincera charitas subveniat: notabile inquam specimen occurrit cernendum in *c. ita quorundam 6. X. de Judeis.* quo generali lege prohibitum est ad Saracenos & alios Christianitatis hostes deferre ferrum excommunicatione transgressoribus præscripta, Consultus tamen Romanus Pontifex in *c. ex parte tua 11. X. de transact.* qua norma contra eos procedendum sit, qui merces prohibitas contra generalis concilii statutum in Alexandriam, quæ temporibus illis plena erat hæreticis & sanctæ fidei Catholicæ hostibus, merces transferre ausi sunt, taliter respondit: procedas prout necesse fuerit secundum canonicas & legitimas sanctiones, poteris etiam interdum severitati detrahere statu Imperii & excedentium multitudine providâ deliberatione pensatis, in his verò, super quibus Jus non invenitur expressum, procedas æquitate servata, secundum quod personas, causas, loca & tempora videris postulare, semper in humaniorem partem ob debilem adhuc Imperii statum declinando.

Ex his nunc colligere licet, tametsi delicta puniri publicè interfit, 17
& id Reipub. maximè expediat, exigente hoc ipsum æquitate, Deus enim placatur dum delinquens punitur *Castrens. consil. 168. n. 6. lib. 1.* unius etiam supplicium est terror multorum, sicut facilitas veniæ est incentivum delinquendi, *can. & injusta 33. caus. 23. Q. 4. in fin.* nihilominus æquius esse, si ob delinquentium multitudinem mitius agitur, & severitati aliquid detrahatur, *Tyraq. de pœn. temp. & remit. ubi n. 1.* docet, si non unius sed multorum periculum metuitur, magis monendo quàm minando cum multitudine peccantium agendum, severitatem autem in peccata paucorum esse exercendam juxta vulgarem versum:

Ob populum multum crimen pertransit inultum.

Hoc sanè etiam comprobatur Romanorum Stoicorum princeps *Sene- 18*
ca lib. 2. de ira. c. 10. inquit, in singulos severitas Imperatoris distinguitur,

tur, at necessaria venia est, ubi totus deseruit exercitus, nam licet non tollat culpam, neque iram sapientis turba peccantium, intelligit tamen, quàm iniquum sit & periculosum irasci publico vitio. Stoicæ hujus doctrinæ testimonium præbet Scipio Africanus, de quo *Plutarchus* scribit, cum Scipione ægrotante magna inter milites orta esset seditio, rem ad consilium relatum esse, cujus major pars in eos, à quibus initium tumultus ortum erat, animadvertendum & reliquis ignoscendum censuit, sic enim posse fieri, ut poena ad paucos, exemplum verò ad multos perveniret. Hoc nos etiam eleganter docet Augustin. in *can. non potest. 32. caus. 23. Q. 4.* dicens si contagio peccandi multitudinem invaserit, divinæ misericordiæ disciplina necessaria est, turba iniquorum, cum facultas est in populo sermonem promovendi, objurgatione generali ferienda est: & maximè si occasionem præbuerit aliquod flagellum desuper Domini, quo eos appareat pro suis meritis castigari. *Arian. item. l. 7. de gest. Alexand.* scriptum reliquit, cum Macedones aliquando seditionem fecissent: se se militiæ Sacramento absolvi petentes, Alexander seditionis tantum auctores numero tredecim aliis impunitis interfici jussit.

19. His obstat *l. aut facta. 16. §. ult. ff. de pæn.* ubi Claudius ait: nonnunquam evenit, ut aliquorum malefactorum supplicia exacerbentur, quoties nimirum multis personis grassantibus exemplo opus sit, nam crescentibus delictis poenæ exasperandæ sunt. *c. cum non. 10. X. de judic.* Ubi clericus crescente sua contumacia incorrigibilis effectus per sæcularem potestatem comprimendus esse dicitur, ne possit esse ultra perditio plurimorum, ergo multitudo peccantium non est talis circumstantia, ob quam à juris servitate & poena generaliter lata recedi possit.

19. Discrimen ponendum esse inter casum, quo omnes delinquentes puniendi sunt, & aliud timendum foret malum, & inter eum, quo unus puniendus est, ut multitudo peccantium cohibeatur; primo enim casu æquitati studendum, laxandam & mitigandam esse poenam statutam eò magis, quia difficillima contra peccantium multitudinem redditur poenæ executio, secundo casu exacerbandam esse poenam concedo, ut sic turba peccantium terreatur, & hoc sensu *cit. l. 16. §. accipit Canis. c. ex parte. 11. X. de transact.* Sic Viennæ contra nimium invalescens blasphemix nefandissimum crimen non pridem alia statuta est poena, similiter etiam contra infanticidas valde hæctenus frequentes ordinariæ poenæ nonnihil additum est, & in locum dupli aut quadrupli furtorum frequentia poenam laquei extorsit, ut sic gravior unius poena possit esse multorum metus *leg. 1. cod. ad leg. Jul. repetund.* ubi dux cum custodia ad provinciam in qua malè egit, mittendus, & ibidem ad multorum aliorum terrorem puniendus esse dicitur.

20. Nec obstat quod Moyses vir ille justissimus propter peccatum idolatriæ præceperit 22. millia hominum occidi *Exod. 32.* Nam præterquam, quod multi asserant, in gravissimis delictis multitudini peccantium non esse parcendum, de quo etiam loquitur *can. flagitio. 13. caus. 32. q. 7.* Scilicet de crimine Sodomix, de quo ibidem statuitur, etsi omnes gentes

id

id facerent, eodem criminis reatu tenerentur divina lege, potest etiam responderi iudicem in pœnis infligendis non teneri leges judiciarias Moy-
 sis sequi, nam indubium est, quod pœnæ pro ratione circumstantiarum,
 temporum, locorum & rerumpublicarum variari aut minui possint San-
 de *lib. 5. tit. 9. definit. 9.* præsertim cum Moyses multa singulari supremi
 legislatoris imperio egerit, nec Judici tanta sit facultas multitudinem pec-
 cantium ita delendi, sicut Divina justissima ultione innumerabiles in So-
 doma & Gomorrha habitantes ignitis imbribus consumpti sunt. Hinc
 monitionis locd sequentia adhuc notanda occurrunt; primo multitudi-
 nem delinquentium quidem excusare à pœna temporali, non tamen à
 crimine & pœna Divini iudicii, de quo est elegans textus in *can. multi.*
caus. 2. q. 1. in fin. cum dicitur non gaudeant ij, qui plures in crimine sibi
 inveniunt similes, nam propterea non minus ardebunt. Nec tibi ait
D. Hyero. ad Ausin. de multitudine peccantium blandiaris, & dicas, hoc
 solus non egi, multos habeo socios; sed cogita quod multitudo peccan-
 tium sociorum impunitatem criminum non faciat.

Secundò ob multitudinem à severitate legum non est recedendum, 21
 si multitudo vellet sua quasi authoritate crimina defendere, illisque in-
 hære, hoc enim casu multitudini quoquo modo parcendum non esse,
 nam severius plectendus est, qui sua crimina defendere nititur, docet
can. plurimos. 3. can. quia 4. dist. 82. ubi in fine habetur, ferro necesse esse,
 ut abscindantur vulnera, quæ fomentorum non senserint medicinam
Tiraq. de pœn. temp. & remit. caus. 47. n. 7. apud quem ibidem etiam *n. 8.*
 videri potest, quod severitas quidem à multitudine peccantium detrahen-
 da sit, non autem à præcipuis primisque facinoris authoribus. His ita in-
 terjectis, ut ad pristinam planiorem æquitate tractandæ viam revertar.

Præmissa jam jam ostendunt, quoties lex generalis casui singulari 22
 ob circumstantias aliquas applicari non potest, quid æquitas suadeat at-
 tendendum, & id supplendum esse, in quo legislator defecit, ipse verò
 si adesset, ac tale quid eventurum prævidisset, hoc facturum fuisset, nam
 semper æquitate servata ita Judex legem interpretari & applicare debet,
 prout personis, causis, locis, & temporibus convenire viderit, & proin-
 de hunc in finem regulæ aliquæ in hoc loco collocari deberent, quæ nor-
 mam quasi statuendæ æquitate tribuerent, eas tamen ad caput sequens
 rejicio, hoc interim prænotans, amplissimum æquitate esse officium,
 quoniam se se tam ad actus inter vivos, quàm ultimarum voluntatum
 extendit, & nullum negotiorum genus est, quod non æquitas permeet,
 quod pro hujus capitis coronide etiam ultra definitionem æquitate supe-
 rius allatam per aliqua particularia demonstrandum superest.

Sic enim primò in iudicio & processu Judex æquitate moveri potest, 23
 ad faciendas interrogaciones *l. ubicunque. 21. ff. de interrog.* ad solennitates
 remittendas *l. 183. ff. de reg. jur.* ad concedendas dilationes *l. spatium 5. ff.*
de edend. sic numerum testium à iudice moderandum, & quantum fidei
 testibus tribuendum sit, religioni iudicantium relinquitur *l. 1. §. quam-*
quam ff. de testib. ubi etiam in *l. 3. ff. eod.* rescriptum Judici transmissum

C

ita

ita sonat : *tu magis scire potes quanta sit fides danda testibus*, qui & cuius dignitatis, conditionis & existimationis ita quidem ut *in l. 13. ff. de testib.* apertè decisum videatur, id, quod legibus omissum est, non omittendum esse à Judice, ad cuius officium pertinet, ejus quoque tetimonii fidem, quod integræ frontis homo dixerit, perpendere ; sic etiam Judici in judicando vel condemnando æquitatem præ oculis oportere esse sancivit *l. quod si Epbesi. 4. ff. de eo quod certo loco.* & sic de multis aliis, in quibus Judex æquum & bonum tueri debet ; sic, quamvis in materia accessionum nihil generaliter definiri possit, eas tamen in æquitate sola consistere, & hanc Judici in emergente aliqua circa accessiones lite inspiciendam esse innuit Scævola in *l. de accessionibus 14. ff. de divers. & temp. præscriptionib.*

- 24 Ita secundo ultimas voluntates ex æquo & bono defendendas esse constat ex *l. filio præterito. ff. de injust. rupt.* ubi licet filius in potestate constitutus testamento præteritus paterno sit, eo tamen paternam hæreditatem non desiderante voluntas testatoris ex æquo & bono conservatur, & ex *l. posthumus ff. eod. tit.* in qua, licet testamentum nativitate, posthumi præteriti ruptum sit, tamen ex æquitate hæredi scripto bonorum possessio tribuitur, si posthumus vivo patre decesserit, nam generaliter rescriptum invenitur in *l. non sine s. vers. quamvis ergo. cod. de bonis, qualib.* ambiguas & diversis legum interpretationibus titubantes causas naturalis juris moderamine & æquitate temperandas esse, sic etiam in *l. qui filium. 74. §. ult. ff. ad S. C. Trebel.* ab Imperatore rescriptum esse dicitur : in testamentis verba testatoris & æquitatem rei inspiciendam esse, & DD. unanimiter sentiunt, si testator voluntatem suam in testamento ita apertè non declaravit, sed aliquid ambiguum reliquerit, id totum ex æquo & bono per Judicem suppleri posse *Mantic. de conject. ult. vol. lib. 3. tit. 2.* Immo in *l. voluntatis. 7. c. de fideicom.* generaliter dispositum est, quod quæstio voluntatis defuncti in æstimatione Judicis sit.

- 25 Dicta valde claram habent rationem, nam æquitas hoc loco accepta est moderatio juris stricti, qua suppletur legislator in eo, quod in lege omisit, id tamen si quandoque eventurum prævidisset, ita fuisset facturus, prout nunc æquitas suggerit, hoc autem in testamentis fieri non tantum conveniens est idèd, quia ultima voluntas legi, & testator in ordine ad suam ultimam dispositionem legislatori æquiparatur, quoniam dispositio testatoris est lex *Novel. & nupt. §. disponat.* & à verbis legum ad verba testamentorum argumentum ducitur *l. cum quidam versic. quem admodum cod. de verb. sig. Bartol. in l. si ita fuerit §. quæstio n. 3. ff. de manumis testam.* Sed etiam quia testatores, dum testamenta de rebus suis condunt, quandoque mortis cogitatione turbati omnia præcavere aut memoria complecti non possunt, sicut ob hanc rationem conditio impossibilis institutioni hæredis, aut legato adjecta pro non scripta habetur *§. impossibilis 10. inst. de hæred. instit.* quia per errorem irrepsisse, & testatori incidisse censetur, igitur æquissimum est defunctorum suppleri defectus,

fectus, quatenus nimirum probabiliter præsumi potest, testatorem, si de hoc omisso cogitasset, taliter fuisse dispositurum.

Ponamus enim quoddam pater impuberi filio hæredi instituto alium, 26 si is hæres non fuerit patri, vulgariter in testamento substituerit, acciderit autem filium exitisse patri hæredem, sed in pupillari ætate, antequam testamento sibi hæredem potuisset instituere, vitâ functum esse, de hoc casu testator in testamento nullam fecit mentionem, & tamen hic patris defectus suppletur, adeoque substitutus filio nihilominus succedit, quasi pater eum filio in utrumque casum substituisset, *l. jam hoc jure. 4. ff. de vulg. & pup. substit.* ratio, quia verosimile est patrem ita dispositurum fuisse, si de hoc casu interrogatus fuisset. Insignis etiam ad hunc scopum decisio reperitur in *l. ult. ff. de hæred. instit.* quæ ita disponit, si testator falso rumore audiens hæredem primo testamento à se scriptum decessisse, alium in secundo testamento instituit, mortuo testatore hæreditas non ad secundi testamenti hæredem, quamvis aliàs regula juris habeat, secundum testamentum prævalere primo, sed ad hæredem primo testamento institutum pertinet; ratio ibi redditur, quia Imperator putavit ex voluntate testatoris primitus instituto hæredi subveniendum esse, quoniam credibile est, testatorem falsi rumoris præscium alium sibi hæredem non fuisse instituturum.

Dicta de æquitate in ultimis voluntatibus observandâ aded proce- 27 dunt, ut Judex etiam à voluntate testatoris propter eam causam recedere possit, quam si testator non ignorasset, & verosimile sit, eum non ita fuisse dispositurum, sic testator potest tutori remittere confectionem inventarii. *l. ult. cod. arbit. tut.* & tamen si ea in testamento remissa est, mortuo autem testatore tale quid emerferit, propter quod præcognitum testator aliter dispositurus fuisset, Judex ab hac voluntate recedere potest *l. 8. 9. & 10. ff. de confir. tut.* nam ex iis quæ ex post facto contigerunt, declaramus, quid retro senserit testator, & testatoris dispositionem ita intelligere debemus, ut rebus sic se habentibus rata & firma maneat Bartol. in *l. quoties. §. si duo. n. 5. ff. de hæred. instit.* sic etiam in *l. 1. cod. de legat.* Imperator in legatis testamento alimentis non verba sed cogitationem & mentem testatoris inspiciendam esse probat, dum ibidem statuit, si alicui alimenta relicta sunt hac formulâ: *quò ad cum Claudio Julio moratus esset*, alimenta non tantum legatario deberi vivente Claudio Julio, sed etiam post mortem ejus.

Tertio æquitas locum sibi vendicat in restitutione in integrum, ra- 28 tio, quia quamvis satis accurratè in legibus Romanis recensiti sint casus, in quibus restitutio in integrum concedi solet, nihilominus fatetur Ulpianus in *l. sed etsi 26. §. item inquit. prætor. ff. ex quib. caus. major.* plures evenire posse casus, in quibus, tametsi singillatim enumerari non poterint, restitutionis auxilium æquitas suggerit; sic enim qui legatione pro civitate functus est, restituitur in integrum, quamvis reipublicæ causa non abfuerit *cit. §. item inquit.* quia non minus iste, quàm qui Reipublicæ causa abest ex necessitate & non voluntariè ac commodi sui cau-



sa abest; circa eandem restitutionis in integrum materiam Papinianus putat etiam æquum esse, ut ei, qui per captivitatem quasi possessionem usufructûs amisit, fructus restituantur, quos medio tempore aliquis alius percepit. *l. ait prætor. 23. §. item ei, qui. ff. ex quib. caus. maj.* Sic generaliter quidem in *l. 1. ff. de minorib.* cautum reperitur, quod in illis, quæ cum minore 25. annis gesta fuerint, restitutionis auxilium minoribus 25. annis tribuatur, hoc tamen generale enunciatum Paulus in *l. quod si minor. 24. §. non semper ff. de minorib.* moderandum esse censet dicens, non semper ea quæ cum minore geruntur esse rescindenda, sed ad bonum & æquum redigi oportere, quia aliàs magno incommodo hujus ætatis homines afficerentur, nemo enim cum illis contrahere vellet, quod in effectu idem esset, quasi eis commercio interdiceretur. Multum etiam

29 Quartò æquitatis relucet in contractibus & actionibus inde provenientius, quod primò constat ex contractibus & actionibus bonæ fidei; nam in his non districtè in id, quod contrahentes sibi nominatim promiserunt, sed etiam in id condemnatio fit, quod æquitatis ratio postulat, licet hoc omissum, verbis aut scripto comprehensum non sit; sic si aliquid in contractu locationis & conductionis prætermisum est, tamen id conductor ex æquo & bono præstare tenetur *§. ult. inst. de locat. & conduct.* quia in his contractibus & actionibus æquitas & officium Judicis tantum potest circa omisssa & non dicta, quantum in stipulatione expressa & nominatim facta interrogatio *l. 7. ff. de negot. gest.* hinc quia in actionibus & contractibus bonæ fidei etiam illa veniunt, de quibus nihil dictum aut conventum est, dummodo ut præstentur, exigat æquitas & bona fides, sequitur venditorem evictionis nomine teneri, et si id non promiserit *l. quod si nolit. 31. §. quia assidua ff. de edil. Edict.* Sequitur etiam quod debitor ob moram commissam pro debita pecunia usuras, in cæteris autem rebus fructus præstare cogatur, et si de his præstandis in conventionem nihil dictum aut expressum fuerit *Vinn. Inst. de act. §. actionum autem 28. n. 4.*

30 Secundò etiam in aliis actionibus id ipsum patet, sic actio injuriarum in tantum datur, quantum ob eam rem judici æquum visum fuerit *l. non solum 11. §. 1. l. sed si. 17. §. 2. ff. de injur.* item actio adversus eum, cujus ex ædibus dejectum & effusum atque homini libero nocitum est, ex bono & æquo nasci dicitur, & sic etiam condemnatio fit, in quantum Judici æquum videbitur *l. si. vero. 5. §. hac autem. l. 1. in prin. ff. de his, qui tejec. §. ob hominem inst. de oblig. ex quasi delict.* Sic etiam in actione sepulchri violati Judex non est ad certam quantitatem adstrictus, sed quantum æquum & bonum sibi videbitur, condemnare potest. *l. 3. l. pen. ff. de sepulch. viol.* ex his omnibus perspicuè intelligitur Judicem in multis contractibus & actionibus conventioni & verbis contrahentium non esse alligatum, sed exigente æquitate ab eo suppleri posse omisssa.

31 Dixi autem notanter in multis contractibus & actionibus, nam quidam contractus cum suis actionibus stricti juris regulis concluduntur, aded ut in illis ea demum præstentur, de quibus nominatim actum est,

&

& nihil amplius, nisi quod ultra negotii gesti naturâ continetur *l. quidquid. 99. ff. de V. O.* ubi J. C. ait, quidquid ad stringendam obligationis causam tendit, id nisi in stipulatione, quæ est contractus stricti juris, verbis palam expressum sit, pro omisso & non pro subintellecto haberi debet, quia stipulator sibi imputare debet, quod verba contractûs latius & clarius non conceperit. *l. 3. ff. de reb. cred.* ubi creditori mutuum danti tantum & æquè bonum à debitore reddendum est, quantum ipse acceperat, licet hoc à creditore provisum & in contractu dictum non sit, quia natura mutui, quamvis mutuum ponatur inter contractus stricti juris, ita constituta est, ut res ejusdem quantitatis, qualitatis, & bonitatis, sicut data fuit, restitui debeat.

Hinc fit quodd ex sola morâ in contractibus stricti juris usuræ peti **33** non possint, sed tum demum, si de iis ob moram solvendis stipulatio interposita fuerit *l. Titius. 42. ff. de præscript. verb. l. 3. c. de usur.* Similiter fit, quod morâ à debitore commissâ in contractu stricti juris fructus demum debeantur à tempore litis contestatæ & inchoati iudicii, quia in actionibus stricti juris post litem contestatam omnis causa restituenda est *l. videamus 38. §. si actionem. 7. ff. de usuris.* hinc planè etiam fit, quodd si in contractu stricti juris v. g. stipulatione circa rem debitam à debitore dolo commissus & expressè de dolo ab futuro contractui inserta mentio non fuerit, deficiat actio ex stipulatu & agendum sit actione subsidiaria nimirum actione de dolo *l. & eleganter. 7. §. in fm. ff. de dolo malo.* quia Judex in contractibus stricti juris generaliter adstrictus est expressæ conventioni, & omissa supplere non potest, exceptis illis stricti juris actionibus, quæ arbitrariæ sunt, in his enim etiam permittitur Judici facultas ex æquo & bono æstimandi & circa ea cognoscendi ac statuendi, de quibus nominatim conventum non est *§. præterea actiones 31. Inst. de act.* exemplum suggerit actio arbitraria de eo, quod certo loco dari oportet, sive ex causa stipulationis, mutui accepti, sive ex causa legati testamento relicti, ex his enim causis non tantum permittitur in alio loco, quàm dictum & conventum est, petere, sed etiam Judicis arbitrio relinquitur ex æquo & bono æstimare, quanti litigatorum intersit, alio potius quàm constituto loco debitum solvi; ut ecce promisisti Viennæ debitos mille florenos certo die creditori solvere, eo die elapso & non facta solutione creditor te Pragæ invenit, certè te ibi ad solvendum convenire, & Judex adigere potest, tametsi solutioni præstandæ non Praga sed Vienna determinata sit *l. 1. l. 5, l. 6. ff. de eo quod cert. loc.* Ratio hujus est, quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quo se daturum esse promiserat, nunquam accederet, quod vel datâ operâ faceret, vel aliis locis necessariò detineretur, non posse stipulatorem ad suum pervenire, & ideo visum est etiam eâ de re in alio loco actionem competere cit. l. 1.

Quintò æquitati locus est in transactione *c. ex parte. ult. X. de trans-act.* ubi Pontifex præcipit, ut Judex partes suas interponat, & in transigendo æquitate servatâ procedat. Sextò in arbitriis *l. licet autem 15. ff. de recept. qui arbit.* in qua habetur, generale quidem jus esse, quod arbitrium

bitrium semel susceptum peragi debeat, ne aliàs in arbitrum compromittentes deciperentur, posset enim arbiter post causam jam semel atque iterum tractatam, post nudata utriusque intima & apèrta negotii secreta, vel gratiã vel sordibus corruptus vel alia ex causa nolle sententiam dicere *l. 1. §. 1. & 2. ff. eod.* aliquando tamen cum arbitro non tam districtè agendum, sed interdum rationem ejus habendam, & excusationem causã cognitã recipiendam esse, velut si arbiter à litigantibus infamatus fuerit, aut si inter arbitrum & litigantes, vel alterum ex litigatoribus inimicitie capitales intercesserint.

35 Septimò aperta æquitas spectatur in materia possessionis, in qua satis tritam novimus regulam, quod possessio animo & corpore simul acquiratur, hanc tamen regulam valde largam moderatur *l. possideri. 3. ff. de acquirend. vel amit. pos.* & sic accipiendam esse ait, ut qui fundum possideri velit, non habeat necesse omnes glebas circumambulare sed sufficere, si acquirere volens quamlibet vel hanc vel aliam scilicet fundi partem intret, modò hac mentè & cogitatione sit, quod totum fundum usque ad terminum possidere velit.

Octavò in solutionibus, in his enim similiter est recepta generalis regula; quoties debitor ex pluribus causis aliquod debitum solverit, nec dixerit & explicaverit, quod debitum potius solutum esse voluerit (hic enim certam legem potest dicere ei, quod solvit) in arbitrio accipientis id est creditoris esse, cui potius debito acceptum ferat, hic tamen J. C. in *l. 1. ff. de solut.* moderamen subnectit, dumòdo in id constituat solutum, in quod ipse, si deberet, soluturus, quoquò se exoneraturus esset, æquissimum enim visum est, creditorem ita agere rem debitoris, ut suam ageret. In eadem solutionis materiã æquitatis judicio aliam facti speciem decidit Ulpianus in *l. in his. c. §. ult. ff. de solut.* pone enim quod creditor debitori ita caverit: *solutionem mihi factam accipio in sortem & usuras*, dubitatur nunc, an pro rata sorti & usuris hac solutione aliquid detractum velit? hanc generalem & ambiguam cautionem ita *cit. Ulp.* interpretatur, quod nimirum solutum prius in usuras, deinde si quid superest, in sortem cedat, ait enim *l. 6. ff. eod.* non esse spectandum ordinem scripturæ, sed potius ex jure sumendum esse id, quod agitur, scilicet solutum prius in usuras, deinde in debitum principale esse computandum *l. in his. §. eidem autem. ff. de solut.* proinde generaliter dicta conformiter aliis juribus intelligenda sunt.

36 Nondè frequens in exceptionibus usus æquitatis est, pone enim, quod dolo aut metu inductus quid promiserim, inspecto jure civili promissio ista me obligat, quia jus civile regulas has tradit, quod coacta voluntas nihilominus sit voluntas, & quod verum sit dolo inductum promississe, ut proinde summo jure inspecto non obstante metu aut dolo obligatio contracta sit; hæc tamen summi juris regula æquitate temperatur, nam metu aut dolo inductus, si ab eo res petatur, se adversus petentem exceptione doli aut metus tuetur, quia iniquum est, ut alicui dolo aut metus per occasionem, seu generalè regulam, & legis rigorem contra æquitatem

tatem profit. *l. 1. §. 1. ff. de dol. mal. & met. except. §. 1. Inst. de except.* hinc etiam Ulpianus eleganter ait in *l. si quis 36. ff. de V. O.* si quis per machinationem alterius obligatus est, erit quidem subtilitate juris obstrictus, sed exceptione doli uti potest, idem est, si nullus dolus intercessit, sed ipsa res in se dolum habet, cum enim quis petit ex hac stipulatione, hoc ipso dolose agit, quia petit; sic etiam in *l. item si. 7. §. quamquam autem. ff. de S. C. Maced.* dicitur, quamquam autem senatus consultum non declaret, cui exceptio detur, tamen sciendum est, & heredem filii, si patrem decesserit, exceptione usurum esse, ut ulterius in *l. filium 14. ff. eod.* legitur, tametsi senatus consulti verba tantum de filiis mentionem faciant, tamen in persona nepotis, cui pecunia mutuata est, idem servari debere, præsertim

Decimo in pœnalibus æquitatem præ oculis habendam esse docet **J. C.** in *l. absentem. 5. in fin. ff. de pœn.* dicens: refert an in majoribus delictis consulto aliquid admittatur an casu, & sanè in omnibus criminibus distinctio hæc aut justam pœnam eligere aut temperamentum admittere debet; in quem finem etiam præclare judicantem instruit Marcianus in *l. perspicendum est. 17. ff. de pœn.* perspicendum inquit judicanti est, ne quid aut durius aut remissius constituitur, quam causa deposcit, nec enim aut severitatis aut clementiæ gloria affectanda est, sed perpenso judicio prout quæque res postulat, statuendum est, planè in levioribus causis proniores ad lenitatem iudices esse debent, in gravioribus pœnis severitatem legum cum aliquo temperamento benignitatis subsequi, iudicem enim nec in levioribus, nec in gravioribus rationem excedere debere, monet *l. bodie. 13. ff. de pœn.* hinc æquitatem in pœnalibus administrari statuo non tantum tunc, quando rigor benignitate aliqua temperatur, sed etiam si deficientibus legis pœnalibus verbis iudex id agit, quod legis sententia & mente contineri advertit, hoc luculenter Marcianus in *l. sed sciendum. 3. ff. de leg. Pompeja de parricid.* docet his verbis: sed & novercæ & sponsæ personæ in lege Pompeja de parricidiis omissæ sunt, sententiâ tamen legis continentur, quasi diceret, ex mente legis Pompejæ adversus suas personas, nec non ab his personis parricidium committi & ordinariæ pœnæ locum fieri, quamvis verba legis de personis istis nihil aperte statuerint.

Objicies pœnæ ad alios casus non sunt extendendæ, sed in pœnali- **38**
bus benignior interpretatio adhibenda est, *l. factum cuique 155. §. in pœn-
alibus. ff. de reg. jur.* sunt enim pœnalia stricti juris, hinc etiam fit, quod
in dubio pœna capitalis intelligi debeat de minore, & quæ non inducit
mortem naturalem, *Cuman. consil. 139. n. 6. & consil. 154. n. 3.* minor enim
pœna est æquitas, major autem pœna est rigor. *Bald. in consil. 50. n. 12.*
ergo de quibus personis in lege nihil cavetur, etiam ad eos lex pœnalis
sub prætextu æquitatis applicanda minimè est, quibus enim verba legis
non conveniunt, illis nec legis dispositio adaptari debet, *l. quod constitu-
tum. 21. ff. de testam. mil. l. bos accusare 12. §. omnibus. 4. ff. de accusat.* hinc

etiam asserit *Bald. in cap. nihil circa. fm. X. de elect.* quodd in lege non cavetur, id etiam in practica non habetur.

32. Talem semper interpretationem legum & jurium esse faciendam, quæ congruit menti & sententiæ legislatoris, etsi id verba non permittant, textus est apertus in *l. quamvis. 11. ff. de in jus voc.* ubi dicitur: licet prætor non adjiciat, se causâ cognitâ pœnale judicium daturum esse, moderandum tamen esse jurisdictionem contra verba Edicti, & sic etiam supra aliquoties dixi æquitatem consistere in moderatione juris scripti circa casum omissum, quem tamen si legislator cum omnibus suis circumstantiis ita eventurum prævidisset, ita sicut nunc æquitas dicitur, & non aliter fuisset dispositurus, unde in præcedenti numero de pœnalibus dicta intelligenda sunt, non quovis modo, sed quatenus Judex advertit, ea, quæ verbis expressa non sunt, menti tamen & sententiæ legislatoris convenire, quo fit, ut lex pœnalis non extendatur ad alias personas, sed potius juxta mentem legis adæquatè ad suos casus & personas applicetur, sic in §. 15. & §. 16. *Inst. de leg. aquil.* dicitur, ex tertio legis aquiliæ capite contra illum qui damnum dedit, agendum esse, quanti res in diebus triginta proximis valuit, verbum autem *plurimi* id est, quanti plurimi non esse adjectum, hoc tamen subaudiri debere, quasi apertè adjectum fuisset, quia plebs Romana contenta fuit, quodd hujus verbi mentio jam in primo legis aquiliæ capite facta fuerit.

39 Ex his nunc uberius profluit responsio, nimirum hoc, quodd à verbis legum non sit recedendum, sine calumnia accipi debere, ut procedat, nisi mens & ratio legis aliud suadeat, cum non præcisè id, quod legislator dixit, sed quod sensit attendendum sit *arg. l. in conditionibus 19. ff. de condit. & demonstr. l. 3. §. conditio ff. de adimend. & transfer. leg.* ubi habetur, quodd potius voluntas & sensus, quam verba loquentis spectanda sint, quia sæpe plus volumus, quam dicimus, nec minus voluisse, quam dixisse præsumimus *l. 7. ff. de suppel. legata.* ut proinde minimè obstet, quodd pœnalia strictè interpretanda sint, nam hæc omnia lubens admitto, nisi mens & ratio legis, cui æquitas optimè deservit, aliud dicitur, hoc enim casu menti legis & non verbis insistendum est, cum lex non verbis sed rebus ponatur *l. 2. in fin. cod. comun. de legat.* & illud insuper pro expresso habendum sit, quod legi virtualiter inest, & ex mente colligitur *l. licet Imperator. 74. ff. de legat. 1.* aut quodd quis interrogatus verosimiliter respondisset; hæc enim duo, aliquid velle & exprimere, vel verosimiliter voluisse, paria sunt, *l. cum res. 47. ff. de legat. 1.* ergo cum æquitatem tam in pœnalibus, quam aliis tunc demum vim suam exerere statuerim, dum verba deficiunt, non autem mens & sententia legis, non adverto, quid contra hæc asserta objectio adducta efficere queat.

40 Non obstat etiam quodd in pœnalibus mitior & benignior præferenda sit sententia juxta *l. factum 155. §. in pœnalibus ff. de reg. jur.* quæ lex seu §. desumptus est ex *l. si præses 32. ff. de pœnis.* ubi sententiâ Judicis condemnatus vis commissæ, non addito an condemnatus sit vis publicæ vel privatæ, tantum censetur condemnatus vis privatæ, quoniam mitior pœna

na eligenda est, non obstat inquam, nam ex *cit. l. si præfer.* satis colligitur sententiam fuisse dubiam, cum ex inspectione processûs apparuerit, condemnatum fuisse accusatum utriusque, nimirum vis publicæ & privatæ, igitur dubia & obscura hæc sententia ut non pereat, sed saltem aliquo qualiter valeret, in mitiorem partem trahi debebat; sicut in simili tutor simpliciter à tutela remotus, in hoc dubio censetur esse remotus potius ob culpam quàm dolum, ut sic evadat infamiam *l. 3. §. ult. l. 4. ff. de suspect. tut.* nostra autem superius de æquitate dicta locum habent, quando casus aut persona verbis legis pœnalis quidem omissus, ex mente autem & legis sententia colligitur ea, quæ verbis omissa sunt, tamen sub lege comprehendi, adeoque non sumus in re dubia aut obscura eò, quòd lege contineri & approbari non solum dicatur illud, quòd verba legis exprimunt, verum etiam illud, quòd sententiâ & mente legis per certam rationem indicatur & eruitur *l. nominis. 6. §. 1. ff. de V. S.* ubi dicitur, verbum hoc ex *legibus* accipiendum est, tam ex legum sententia quàm ex verbis.

Dices, in dubio, quoties contra aliquem fertur sententia excommu-⁴¹nicationis, ita est adhibenda interpretatio, ut de majori non minori excommunicatione intelligatur *cap. pen. X. de sent. excom.* ergò in pœnis non est facienda interpretatio in partem mitiorem, siquidem plus & gravius est, majori quàm minori excommunicatione affici, illa enim simpliciter & in omnibus excommunicatum separat à communione fidelium, hæc autem tantum secundum aliquid, nimirum à perceptione sacramentorum, non tamen ab alia communione fidelium, aut suffragiis Ecclesiasticis.

Huic difficultati varii variè respondent, quidam enim ajunt, regulam, quòd in pœnis benignior sententia amplectenda sit, obtinere in illis, quæ propriæ & veræ pœnæ sunt, non autem in pœnis medicinalibus, quarum præcipua est excommunicatio. Sed hanc responzionem non congruam putat *Covar. in c. alma mater. §. 8. n. 5.* quia excommunicationem esse pœnam, satis declaratur in *cap. quoniam. §. ult. X. ut lit. non contestat.* & quidem talem, qua major ab Ecclesia pro culpa infligi non potest, cum nihil gravius esse possit, quàm communione fidelium tam in temporalibus quàm spiritualibus privari.

Hinc cum *Covar. cit. loc.* respondendum est & duo notanda sunt; primò quòd in cujuslibet sermonis interpretatione ante omnia respici debeat ad communem loquendi usum, proinde cum inspecto usu excommunicationis nomine importetur major, hæc enim propriè est excommunicatio, non autem minor, quam tantum secundum quid esse excommunicationem docet *Zoes X. de sent. excom. n. 32.* dubitandum ulterius non est, cur excommunicatio vel à lege vel ab homine simpliciter prolata de majori, cui excommunicationis significatio per omnia convenit, non verò de minore capienda sit, hæc enim comparata ad majorem excommunicationem non aliter se habet quàm sicut pars ad totum.

Secundò notandum est, quòd excommunicatio sit pœna spiritualis, ad hunc finem instituta, ut contumaces à peccatis avertantur & ad emen-

dationem ac obedientiam compellantur, effectus iste rarissimè sequeretur, si excommunicatio simpliciter prolata inferret minorem, quia advertentes se majori excommunicatione irretitos, ut ab omni & totali separatione fidelium citius absolvantur, faciliùs & libentius se humiliant, & obedientiam amplectuntur, quàm ligati excommunicatione minore, quæ non omnimodâ fidelium communione privat, imò parum ultra peccatum mortale inducit, cùm excommunicatum tantùm perceptione Sacramentorum privet; itaque potius in animæ commodum tendit, quòd excommunicatio simpliciter prolata majorem non verò minorem comprehendat, cùm illa citius ad resipiscentiam & correctionem errorum excommunicatum moveat, quàm hæc. Tantem etiam

42 Undecimo juxta æquitatem neglectâ subtilizatione procedendum esse in damnis injuriâ datis ostendit *l. ita vulneratus. si. §. 2. & circa fin. ff. ad leg. aquil.* ubi habetur, si aliquis servus à pluribus vulneratus est, nec apparet, cujus ictu periverit, omnes lege aquiliâ teneri de occiso servo, rationem hujus decisi J. C. ibidem his verbis reddit: quòd si quis absurdè à nobis hæc constitui putaverit, cogitet longè absurdiùs constitui, neutrum lege aquilia teneri, aut alterum potius, cùm neque impunita esse maleficia oporteat, nec faciliè constitui possit, uter potius lege teneatur, multa autem jure civili contra rationem disputandi (id est contra rigorem juris prout *glos. ibid. sub lit. a.* exponit) recepta esse pro utilitate communi, innumerabilibus exemplis ostendi potest, unum interim posuisse contentus ero: cùm plures trabem alienam furandi causâ sustulerint, quam singuli ferre non possent, furti actione teneri omnes existimantur, quamvis subtili ratione dici posset, neminem eorum teneri, quia verum sit neminem eam sustulisse. Similiter duodecimò in interpretandis dubiis hominum opinionibus locum æquitati concedit *Angel. in consil. 153. n. 3.* Et quamvis ex prædictis erui possit, quàm amplam æquitatis statuendæ potestatem Judex habeat, cavendum tamen eidem studiosè est, nè ob nimiam æquitatem à justitiæ tramite deflectat, neque tritum illud sibi imputari posse expectet: *Maledicta illa pietas, quæ destruit justitiam.* His ita circa quædam particularia deductis.

43 Queritur, quibus ergò Judicibus permissum sit secundum æquitatem prætermisissis legis verbis judicare? dicendum videbitur, ita judicandi facultatem tantùm supremis tribunalibus & Judicibus competere, *Auth. sed bodie. cod. de judic.* quæ innuit, quòd majores Judices jurare soleant, se judicaturos esse secundum quod eis visum fuerit justius & melius, defensores autem civitatum & alii Judices jurent, se facturos esse secundum leges & jura, & exinde quidam enatam esse differentiam putant inter majores & minores Magistratus.

Verius tamen est Judices minores æquè ac majores secundum æquitatem judicare debere. Ratio, quia omnes indistinctè Judices tenentur judicare secundum leges, præcipit enim Imp. in *novel. de Judic. 82. §. omnis denique Judex.* disertis verbis: ut omnis Judex sententias suas profertat secundum leges, ergò quilibet Judex debet judicare juxta æquitatem, quod

quod probo sic : judicare secundum æquitatem est judicare secundum mentem & sententiam legis & non secundum verba *Duar. ff. de Judic. fol. 178.* in hoc enim vis omnis justitiae & æqui consistit, cum omnia non possint legibus definiri, de quibus aliquando controversia incidet, nec possint omnia in mentem legislatoris venire, cum infinita sint negotia, quæ inter homines contrahuntur, ut exprimi, scribi & mandari literis res omnes, de quibus homines litigant, non possint, igitur cum verba legis deficiunt, sequendum est, quod legis sententiæ & menti legislatoris maxime convenire videtur ; sed non solum supremi, aut etiam inferiores Judices in judicando æquum & bonum, non verba sed mentem legis spectare debent, quia sicut scire leges non est earum verba, sed vim ac potestatem tenere, sic etiam judicare secundum leges, non est judicare secundum earundem verba, sed secundum vim ac mentem *l. scire. 17. ff. de ll.* ergo tam supremus quàm inferior Judex debet judicare secundum æquitatem, hæc enim licet verbis expressa non sit, tamen in ipsa lege concluditur & continetur.

Probata declarantur exemplo, pone legem ita generaliter latam esse, qui transcenderit muros civitatis, capite plectatur, Titius ut incendii aut alterius mali periculo subtrahatur, se per muros demisit ; Titius accusatur, quod muros transcenderit, quid nunc statuendum ? si hæc accusatio non coram supremo tribunali, sed Judice inferiore instituta fuerit, eritne Titius capitali sententiæ subjugandus ? verba quidem ostendunt Titium conscendisse muros, legislator nullam adjecit exceptionem, quod nimirum periculi vitandi causâ id faciens immunis sit, interim tamen Titius non secundum verba legis condemnandus, sed secundum æquitatem & legislatoris mentem veniâ & absolutione dignus censendus est ; quia lex de illis, qui per ludibrium & hostilitatem, non qui urgente necessitate & defensione muros conscendunt, accipienda est, sic enim & Remus Romuli frater occisus esse traditur, quod per ludibrium muros transcenderit *l. ult. ff. de divis. rer.* sic etiam sub prætextu legis *ut homicida capite puniatur*, cum ultimo supplicio afficere, qui ligna cædens adstantem exanimavit ferro manum fugiente, æquum non est *Deut. 19. vers. 5. & seq.*

Nec obstat *autb. bodie cod. de Judic.* nam eam desumptam esse *ex no. 44 vel. 8. & novel. 15.* constat, quarum prima scilicet novella 8. agit de præsidibus provinciarum, altera verò de civitatum defensoribus, & nihil sententiæ meæ officium, ait enim *novella 8. ibi. quod verò à nobis paulo ante præsides provinciarum maximorum Magistratum locum tenere & tamen sententias secundum leges proferre, immò Imp. ipse ait, se judicare & omnia secundum leges agere, proinde non video adstructam inter majores & minores Judices differentiam in hac novella esse fundatam, aut etiam pro dicta differentiâ quidquam ex novella 15. erui posse, quoniam quod ibidem de juramento defensorum habetur, scilicet se juxta leges judicatos esse, non confirmat partis adversæ sententiam, quod scilicet supremi Magistratus aliter jurent.*

54 Hinc socorditer *auth. hodie ex novel. 8. & novel. 15.* ab Irnerio compilatam esse, & dictis novellis tanquam fontibus suis nullatenus convenire ait *Wisenbach. in errorib. Irnerianis. posu. 11.* & rectè erroris arguit *Duar. d. loc. eos*, qui dicere ausi sunt, in Gallia supremas tantùm curias ex æquo & bono, non verò Magistratus inferiores judicare posse; & merito, nam supra ostendi, omnes omnino Judices adstrictos esse ad judicandum secundùm jus & leges, ergò etiam quilibet judicat secundùm æquum & bonum, nam verum jus, quatenus tale est, & non à sententia & voluntate legis separatur, in nullo alio, quàm in bono & æquo consistit, definitur, enim jus in *l. 1. ff. de just. & jur.* quòd sit ars æqui & boni.

Dixi & non à sententia & voluntate legis separatur, nam jus, quod verbis legum tantùm nititur, non est nisi jus strictum & sumum, in quo juxta præmissa summa injuria continetur, nec vera sed tantùm apprensus justitia est, quæ jus strictum & rigidum sectatur, ac proinde etiam Judex nonnisi iniquus & injustus dici meretur, si neglectis circumstantiis & mente legislatoris verba legis tantùm aucupatur, quemadmodum Paulus in *l. ad exhibendum pen. ff. ad exhib.* calumniatorem eum esse affirmat, qui verba legis intuetur, nec attendit, quâ mente & ratione quid dicere-tur. Contra hætenus dicta

46 Objicies *l. 1. cod. de ll.* in qua dicitur: inter jus & æquitatem interpretationem nobis solis & oportet & licet inspicere, ergò Judicibus est adempta potestas judicandi secundùm æquitatem, quia potestatem statuendi æquitatem & dicendi quid æquius sit *cit. l. 1.* soli Imperatori attribuit.

R. Varias quidem hujus contrarii solutiones occurrere, primam enim solutio adducit differentiam inter æquitatem scriptam & non scriptam, & ait de secundo modo accepta æquitate intelligendam esse *cit. l. 1.* quasi præfata *lex. 1.* diceret Judici non esse permissum recedere à jure scripto propter non scriptam æquitatem, nisi volente legislatore *Bartol. & Salicet in cit. l. 1.* Secunda solutio ita sonat: quando ex eo, quod in lege scriptum est, non potest colligi id, de quo judicandum est, adeoque incerta est legis sententia, cessare Judicis partes, & juxta *cit. l. 1.* necessarid adeundum esse principem, secus verò se habere, si de mente & sententia legis per alia constare potest *Duar. ff. de Judic. fol. 186. circa fin.*

Tertia solutio, quæ mihi præ cæteris placet, ita se habet, si inter verba & sententiam legis nulla est pugna, id est verba legis clara sunt & etiam patet legislatorem hoc voluisse, quod verba important, id autem quod lege constitutum legitur, prædurum est, tunc solus princeps hoc Jus durum inspicere, quid illo benignius & æquius sit, deliberare, ac tandem abrogato jure duro aliud in ejus locum substituere potest, quod æquitati magis conveniat, nam utcunque legis decisio dura appareat, servanda tamen est, donec legislatori mentem suam mutare placuerit, æquitas enim non ad legem claram evertendam, sed ad legem conservandam tendit, cum leges ita interpretari conveniat, ut earundem voluntas conservetur *l. 18. ff. de ll.*

Huic

Huic solutioni optimè deservit id, quod in *l. 12. §. 1. ff. qui & à quib. manumis.* dicitur: hæc lex dura quidem est, sed ita scriptum est, id est, iniquum videtur, illorum servorum libertatem impediri, qui tempore delicti à muliere commissi domi non fuerunt, & extra ministerium extiterunt, quia tamen fortè ipsi potuerunt aliquid præscivisse, vel audivisse, vel mores malos sceminae novisse, sancitum est servos eos non esse manumittendos nec alienandos, contra hoc jus nullus Judex quidquam aliud de æquitate statuere potest, nisi Imperatori ipsi jus aliud subrogare placuerit, quemadmodum *Cujac. lib. 2. feud. tit. 1. duritiem cit. l. 12. §. 1. mitigatam esse putat saltem pro parte per l. in adulterii. 32. cod. ad leg. Jul. de adult.* qua præcipitur ut omnes servi uxoris vel mariti adulterantis, qui tempore adulterii commissi domi fuerunt, quæstioni subjiciantur, unde inferitur eos, qui extra domum fuerunt, non esse juxta *cit. l. 12. §. 1.* torquendos, nec propter habendam quæstionem illorum manumissionem esse impediendam.

CAPUT II.

De divisione æquitate & quibusdam illius regulis.

SUMMARIUM.

1. Continuatio materia.
2. *Æquitas alia naturalis, alia civilis.*
3. *Adducitur exemplum naturalis æquitate de minore pactum non servante.*
4. *Alterum exemplum est de captivis postliminio reversis.*
5. *Exponitur æquitas civilis.*
6. *Exemplum ejus ponitur in deponente res suas post crimen repetente.*
7. *Resolvitur objectio contra exemplum allata.*
8. *Civilis æquitas explicat generaliores juris naturalis regulas.*
9. *Æquitas alia major, alia minor.*
10. *Hujus divisionis ratio redditur.*
11. *Æquitas alia in genere, alia in specie.*
12. *Intrinsicæ æquitas declaratur.*
13. *Similiter extrinsicæ æquitas.*
14. *Æquitas est vel relata vel absoluta.*
15. *Idem vel scripta vel non scripta.*
16. *Adducuntur argumenta probantia æquitatem scriptam dari.*
17. *Adferuntur argumenta contra æquitatem scriptam.*
18. *Respondetur argumentis æquitatem scriptam defendentibus.*
19. *Jus prætorium æquissimum est, & tamen ulteriorem æquitatem admittit.*
20. *Edicti prætorii de albo corrupto interpretatio ex æquitate sumpta.*

21. Exponitur l. 8. C. de Judiciis, & ostenditur by scriptæ omittendum esse.
22. Distinctio Struviana circa equitatem scriptam.
23. An Judex tamen in casu quodam juxta equitatem judicare debeat, de quo quo ad equitatem nihil decisum extat.
24. Equitas legibus non adjuta non videtur curanda.
25. Juxta hoc dictum inferuntur aliqua particularia exempla.
26. Deciditur mox antea formata questio affirmative.
27. Legibus omissa Judicis religio supplet.
28. Non potuerunt leges statuere pro omni casu equitatem.
29. Ad faciendas interrogationes equitas movet Judicem in multis casibus lege omiſſis.
30. Respondetur contrariis & ostenditur, quomodo equitas legibus adjuta esse debeat.
31. Diluitur argumentum à Colono ad Emphyteutam formatum.
32. A via ordinaria sed periculosâ recedens non incidit in pœnam commissi.
33. Quomodo pro invectis & evectis mercibus vectigal præstandum.
34. Consuetudo vectigalium est spectanda.
35. Vectigal etiam pro solo transitu exigi potest.
36. An ab equitate in uno casu expressa Judex procedere possit in casu omisso?
37. Respondetur affirmative.
38. Equitas in simili casu simile jus desiderat.
39. Ob equitatem beneficio divisionis gaudent constituentes instar fidejussorû.
40. Supplendum est, quod legi deest, immò leges extendendæ sunt.
41. Leges generaliter loquentes etiam restringendæ sunt.
42. Affectio excludit suspicionem fraudis.
43. Opinio aliquorum de præceptis investigandæ equitatis.
44. Regula prima: ante omnia est inspicienda legislatoris mens genuina.
45. Non quod in lege scriptum, sed quid legislator senserit, advertendum est.
46. Verba sunt voluntatis & animi instrumenta.
47. Mens colligitur ex ratione legis.
48. Ex mente & ratione legis prohibita est sequestratio pecuniæ & aliarum rerum.
49. Vocabulum pecuniæ non tantum numeratam pecuniam, sed & alias res significat.
50. Mens colligitur ex ratione sive hæc sit in lege expressa sive non.
51. Exponitur intellectus l. 20. ff. de ll.
52. Resolvitur etiam l. & ided. 21. ff. de ll.
53. Ratio finalis non impulsiva consideranda est.
54. Hoc probatur exemplo senatus Consulti Macedoniani contra virum probum filiosam pecuniam mutuantem.
55. Secunda regula: lex specialis præfertur legi generaliter loquenti.
56. In jus vocatus non dat fidejussorem, si in loco litis immobilia possidet.
57. Tertia regula: pro absurdo evitanda lex generalis non debet generalitèr intelligi.
58. Ut evitetur absurdum, lex strictè loquens admittit extensionem.

59. *Ex eadem ratione admittit restrictionem.*
60. *Opponitur, quòd in legibus absurdum admittatur.*
61. *Majoris absurdi vitandi causâ apparenter absurdum toleratur.*
62. *Propter utilitatem publicam ratio disputandi non attenditur.*
63. *Majoris mali fugiendi causâ minus malum eligendum est.*
64. *Quarta regula: verba legum cum effectu accipi debent.*
65. *Quinta regula: in illis, quæ lege omissa sunt, supplendis ratio naturalis est spectanda.*
66. *Et ideo agnati & cognati ad tutelam equaliter vocantur.*
67. *Sexta regula est: significatio vitio carens sequenda est.*
68. *In re dubia benigniorem sententiam sequi tutius est & justius.*
69. *Sponsa jure uxoris gaudet juxta l. 5. cod. de bon. quælib.*
70. *Regula septima: sermo rei gerendæ aptior sequendus est.*
71. *In potestate parentum non sunt liberi naturales tantum.*
72. *In deposito præstanda est culpa lata.*
73. *Regula octava: lex est accipienda in sua propria significatione.*
74. *Principia eruendæ propriæ significationis.*
75. *Inter hæc principia ponitur definitio & etymologia rerum.*
76. *Circa verba inaniter non est laborandum.*
77. *Regula nona est: advertendæ etiam sunt in legibus particule implicativæ.*



Qum igitur per æquitatem jura in genere & thesi condita ad singula facta juxta mentem, & non verba legis, benigna atque humana interpretatione accommodentur, dispiciendum etiam est, quàm multiplex sit æquitas. Primum autem, sicut jus aliud est naturale, aliud civile, ita etiam æquitas in naturalem & civilem congruè dividi potest.

Æquitas naturalis est, quæ innititur rationi naturali; civilis, quæ ex præceptis civilibus Reipub. Romanæ accommodatis æstimatur *Vultej. inst. de just. & jur. §. 2. in fin.* sed divisio hæc clariùs exponenda est hoc modo, æquitas naturalis est quoddam rationis judicium, ac veluti lex quædam de justis & injustis à naturâ omnium hominum mentibus inscripta, qua adjuvante homines etiam imperiti sine ulla probatione aut doctrinâ justum, æquum & bonum agnoscunt ac judicant, nam sicut naturaliter lumen oculis nostris inditum est, quo res corporales cernimus, ita rationes quasdam mentibus nostris impressit natura, quibus hæc & illa dura, æqua, honesta justa agnoscimus. *Duran. ad l. 1. ff. de pactis.*

Opera nunc danda est, ut quæ dicta sunt, dilucidè ostendantur, sic fidei humanæ nihil aded congruum est, quàm ut contractus, qui juris gentium sunt, observentur, & neutiquam rescindantur *l. 1. ff. de pact.* pone autem quidd minor 25. annis sine curatoris assistentia contraxerit, ita etiam contrahendo læsus fuerit, contra initum à se contractum in integrum restitui, contractumque rescindi petat. Eritnè hujusmodi petitioni annuendum? inspecto juris principio paulò ante adducto minor

audiendus non est, quia pacta & contractus servari debent, & quod semel placuit, amplius displicere non potest altero, cum quo negotium gestum est, invito.

Hoc tamen minimè attento generali principio naturalis æquitas minori favet, eúmque ad restitutionis beneficium admittit *l. 1. ff. de minorib.* ratio hujus naturalis æquitatis in eo consistit, quia cum fragile & infirmum sit hujus ætatis consilium, multis captionibus & insidiis expositum, meritò auxilium & opitulatio contra læsiones hominibus adhuc minoribus tribuenda est *tit. l. 1.* & sic supra adducti principii generalitas in casu particulari & hypotheli, qua minor 25. annis contrahendo læsus est in rebus suis, ratione ipsa & naturali æquitate temperatur, nemo enim prudenti homini persuadere poterit æquum esse, ut quod cum minore, qui consilii & rerum rectè gerendarum expertus est, gestum fuit, servetur & firmum habeatur; igitur etiam hæc æquitas naturalis ex personarum circumstantiis metienda est.

4 Aliud æquitatis naturalis exemplum suppeditat *l. postliminium. 19. ff. de captiv. & postlim. revers.* deciditur enim in ea, quod jure postliminii ex captivitate reversi recipiant res suas ab aliis jam diu possessas, & fors jam usucaptas. Et hoc quidem ex naturali æquitate moribus & legibus ab omnibus liberis populis & regibus constitutum fuit, ut qui per injuriam ab extraneis in captivitate aut aliter detinebantur, pristinum suum jus denuo recipiant, si ad suos fines redierint; hinc contra istud postliminii jus & naturalem illius æquitatem non est vis ponenda in eo, quod alius res istas jam diu quietè possederit, & justo titulo acceperit, naturaliter enim æquum non est, ut quis rem suam sine facto suo amittat, & afflictus iterum affligatur.

5 Æquitas civilis est probabilis quædam ratio non omnibus hominibus naturaliter cognita, sed paucis tantum, qui prudentiâ, usu & doctrinâ præditi didicerunt ea, quæ ad societatis humanæ conservationem sunt necessaria *Duar. ad l. 1. ff. de pact.* Hæc in naturalem & civilem æquitatem divisio fundata est in aperto textu *l. 1. §. 1. ff. si is qui testam. lib.* ubi dicitur, quod contra testamento liberum esse jussum propter hæreditatem spoliatam actio detur, potius naturalis quàm civilis æquitas dicat, ergò perspicuum est dari naturalem & etiam civilem æquitatem.

6 Hujus civilis æquitatis exemplum depromi potest *ex l. bona fides. 31. ff. de pos.* pone enim quod quis commisso crimine apud te res suas deposuerit, publicatâ deinde contra se deportationis sententiâ à te res depositas sibi restitui petat, tu verò dubitas, an deponenti, an fisco res depositas reddere debeas? naturali æquitate & jure gentium inspecto res depositæ sunt restituendæ deponenti, hoc enim bona fides, quæ præsertim in deposito exuberare debet, desiderat, cum depositi restitutio aded privilegiata sit, ut nec compensari, nec sub ullo prætextu retineri, sed depositum celerrimè restitui debeat *l. pen. cod. depositi.* respondit tamen J. C. in *cit. l. bona fides.* depositum non esse reddendum deponenti, sed in publicum

licum esse deferendum, nam malè meritis publicè, ut exemplo aliis ad deterrendum à maleficiis sit, etiam egestate laborare debet.

Nec obstat, si dixeris, hanc decisionem repugnare bonæ fidei, cùm depositarius eo tempore, quo depositum in se recepit, promiserit res deponenti quandocunque eas recipere voluerit, restituere; nam hanc bonam fidem non tantum respectu eorum, inter quos contractus initus est, sed etiam respectu aliarum personarum, quas negotium gestum attingit, æstimare debemus. Exempli causâ: fur res mihi ablatas apud te furti commissi inscium deposuit, si bonam fidem tantum inter te & furem deponentem inspicere velles, depositas res furi deberes reddere, is enim deposuit, si autem totius rei æquitas, quæ ex omnibus personis, quas hoc negotium contingit, consideratur, res mihi reddendæ sunt, quia mihi scelestissimo factò ademptæ sunt; mea enim petitio justior est petitione furis, ergò justitia hæc est, ut mihi jus meum tribuatur, & hoc ita est, si ego res depositas repetam, secus si ego ad repetendas non veniam, deponenti restitui debent *cit. l. bona fides. §. 2. & seq.*

Ex his colligitur, quodd æquitas civilis sit naturalis illius æquitatis, quæ generalior est, specialis quædam explicatio, de qua idem dici poterit, quod Ulpianus in *l. Jus civile ff. de Just. & jur.* de jure civili affirmat dicens: jus civile à jure naturæ & gentium in totum non recedit, nam æmulatur constitutio civilis jus naturæ, quia juri naturæ interpretationem addit ex his, quæ non solo naturæ instinctu, sed ingenio, prudentiâ & usu ad communem humani generis utilitatem pertinere cognoscuntur, ideo jus civile non per omnia juri naturæ servire dicitur, ut verissimè & sapientissimè etiam ab Horatio dictum sit, naturam solam justum ab injusto secernere non posse, sic primùm à natura homines didicerunt, promissi & inite conventionis observationem non tantum honestam, sed etiam ad societatem inter homines tuendam maximè necessariam esse, prudentes tamen & in Repub. versati facilè judicarunt, si quilibet ad promissa implenda sine ullo delectu cogeretur, maximo Reipub. incommodo id cessurum esse, infinitis enim pactioibus & promissionibus vita abundat, ad quas observandas si in judicio vi actionis homines adigerentur, nullus esset litium ac controversiarum finis. Minuendarum igitur litium causâ, quæ Reipub. magnopere turbant, juri naturæ commoda interpretatio addita fuit, & certæ conventiones vitæ humanæ maximè necessariæ selectæ sunt, quas lex non tantum servari juberet, sed etiam renitentem actione datâ compelleret, reliquæ autem juris civilis auxilio destitutæ remanserunt nullâ eis actione, sed tantum exceptione & retentione tributâ. *Duar. ff. ad l. 1. de pact. fol. 33.*

Huic divisioni adjungenda est alia adhuc æquitatis species, scilicet, æquitas canonica, quæ in eo potissimum consistit, quodd rigorem mansuetudine temperet, & quandoque etiam contra apertum juris civilis rigorem aliquid benignius statuat sic in *c. 1. X. de dol. & cont.* non admittens ad bonorum possessionem missum à Judice non mulctatur, sed de se in Judicio sistendo cautionem secundum æquitatem canonicam præstare

tenetur, ratio ibidem redditur, quia in personis & negociis Ecclesiasticis rigor & distributio juris non requiritur. Sic in *clem. 1. §. quia vero. de Judic.* rigorem mansuetudine Romanus Pontifex temperat, dum citationes extra solennes dies publicatas, aut mandato papali palatio affixas ad eos restringit, qui impediunt per se vel per alios, nè citatio ad se pervenire possit. Similiter in *clem. quamvis. 2. de appellat.* dicitur, appellantem in spectro rigore instanter & sæpius debere apostolos petere, sufficere tamen secundum æquitatem, si appellans uno contextu apostolos postulaverit, sic etiam contra juris civilis accerbitatem liberis incestuosis & ex alio damnato coitu genitis *Cap. 5. de eo qui duxit in matris.* æquitas canonica à parentibus permittit alimenta tribui. Prædicta æquitas canonica multum etiam de solennitatibus Judiciorum, & formâ procedendi remittit, quemadmodum in *c. dilecti. 6. X. de Juic.* præcipitur, ne ita subtiliter, sed simpliciter & purè factum ipsum, ac rei veritas juxta sacrorum canonum formam investigetur.

9 Secundò dividitur æquitas in majorem & minorem, multa siquidem primo intuitu æqua reputantur, re tamen magis perpensa alia adhuc æquiora inveniuntur. Hæc divisio fundata est in *l. si servus 61. §. ff. de furt.* ubi talis habetur facti species: aliquis apud me deposuit servum, eumque custodiæ meæ commisit, hic servus mihi furtum mille v. g. florenorum fecit, in communi autem æstimatione hic servus non nisi quingentis florenis valet, quæritur nunc an deponens mihi de furto per servum depositum commissio agenti satisfaciatur servum vel noxæ mihi dedendo, aut tantum pro refusione offerendo, quanti servus valet? & hoc videtur æquum esse, ratio, quia regulariter per servum non potest domino plus damni evenire, quàm quanti servus valet, iniquum enim est, nequitiam servorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse *§. summa autem, 2. inst. de noxal. act.* Respondit tamen J. C. multò æquius esse, ut à deponente omne damnum à servo deposito illatum ipsi depositario refundatur; ratio prima, quia depositarius justissimè allegat se hoc damnum non fuisse passurum, si talem servum non recepisset custodiendum. Secunda ratio est, quia multò æquius est, ut nemini officium suum sit damnosum, præsertim si officium non sui, sed alterius, cum quo contrahebatur, commodi causâ susceptum fuerit, sicut in deposito accidit. Tertia ratio, quia multò justius est, ut culpa illis, quorum gratia contractum erat, quàm aliis noceat, illi enim vel sciunt rei suæ conditionem, & eam reticendo vel alterum non monendo sunt in dolo, vel non sciunt, & non minùs culpæ rei sunt, cum in re sua diligentiores esse & scire debuerint, qualem servum habeant & alteri custodiendum tradiderint *cit. l. si servus. 61. §. 5.*

10 Ratio hujus divisionis est, quia sicut bono datur melius *l. 75. §. 2. ff. de V. O.* ubi stipulatio de bono vino aut tritico dando dicitur esse incerta, quia bono datur melius triticum & vinum, ita & rationes hinc inde comparatæ efficere possunt, ut aliquid habeatur æquum, alterum autem considerata magis ratione censeretur debet æquius, nam sicut minus malum com-

comparatum ad malum majus videtur in se habere aliquam boni rationem *can. juravit. 4. caus. 22. q. 4.* ita multò magis id, quod per se æquum est, potest æquius dici, si ad aliud comparetur. Huc optimè facit, quòd in *l. si seruo. 84. ff. de hæred. instit.* dicitur, scilicet servum, cui à primo testatore jam erat data libertas fideicommissaria, respectu testatoris secundi ratione æquitatis magis inspectâ non esse hæredem necessarium, sed voluntarium, quoniam cùm jam à primo testatore fuerit jussus liber esse, non videtur à secundo testatore magnum beneficium accepisse, cùm & eo invito potuerit libertatem suam consequi.

Tertia æquitatis divisio est, quòd æquitas alia sit talis in genere, II alia verò in specie. Generalis æquitas potissimùm consistit in latioribus quibusdam regulis v. g. neminem cum alterius jacturâ locupletari debere; bonam fidem exigere, ut res deposita deponenti reddatur, ut promissa & pacta conventa serventur. Æquitas verò in specie est, dum tales in particulari quodam facto circumstantiæ adsunt, ut propter has à regula generali aliàs per se valde justa recedere necesse sit, e. g. servus rem apud me deposuit, restituendo rem ipsi seruo exequor regulam & æquitatem in genere, restituendo autem rem ex causâ justâ ipsi domino, si cognosco, dominum nolle res seruo deponenti restitui, exerceo æquitatem in specie, quia servus non suo, sed potius domini sui nomine deposuisse dicitur *l. quod servus. 11. depos.* sicut autem regula cessat & officium suum perdit in casibus in specie à regulâ exceptis, sic etiam æquitatis generalis principia per æquitatem in specie enervantur, sic enim regula, quòd nemo debeat cum alterius damno locupletari *l. natura 14. ff. de condict. indeb.* in specie vim suam non habet in usucapione, qua in specie boni publici causâ æquius est ab usucapiente retineri rem usucaptam, ut aliquando dominia rerum sint certa & aliquis litium finis; utcunque contra generalem æquitatis regulam is, contra quem res usucapta est, damno affectus fuerit, quamvis non desint aliqui, qui dicunt, in usucapione contra æquitatem generalem de rigore in specie receptum esse, ut alteri res sua auferatur, & sic casus detur, quo rigor in specie præferendus est æquitati in genere *Paul. de Castro. in l. 1. c. de ll. 2.*

Quartò dividitur æquitas in intrinsecam & extrinsecam. Intrinseca 12 est, quæ aliis adjuta legibus regulam juris stricti ejusque rigorem ex mente legis & circumstantiis ita temperat, ut quasi jam sub iplo jure & lata lege comprehensa esse videatur, quòd valde frequenter accidit, dum nimirum casus in jure specialiter decisus non reperitur, sed ejus decisio ex argumento aliarum legum, nec non aliorum casuum similitudine mutuari solet, quòd etiam spectat ille Catonis versus:

Ipsæ etiam leges capiunt ut jure regantur.

Exemplum poni potest in *l. 1. ff. de legat. præst. bonor. pos. cont. tab. petit.* legata relicta parentibus aut liberis in testamento, quod per bonorum possessionem eversum est, æquitate naturali & sanguinis conjunctione inspecta nihilominus dictis personis exceptis præstanda sunt, tametsi alias

legata testamento rescisso non debeantur *l. 8. §. pen. ff. de inof. test.* hæc autem adducta decisio aded restringitur in *l. 3. §. hoc autem solum. ff. de legat. præst.* ut tantum procedat, si ipsis parentibus aut liberis legatum redictum, & legando honor habitus fuerit; in hac æquissima decisione nihil exprimitur, quid dicendum sit in casu, quo extraneo homini legatum redictum est sub modo, ut parentibus aut liberis restituatur, an nimirum etiam hoc legatum everso per bonorum possessionem testamento præstandum sit? recurrendum igitur hic est ad æquitatem intrinsecam, adeoque statuendum ex mente & sententia legis etiam æquissimum esse, ut hoc casu pro legato consequendo detur actio *cit. l. 3. §. hoc amplius.* ratio, quia constat, quod testator ita legando etiam expressè honorem exhibere voluerit liberis aut parentibus, sicut hoc jam requirebatur. *in cit. l. 3. §. hoc aut solum.*

13 Extrinsicæ æquitas est emendatio & moderatio juris scripti, quod nimis durum esse existimatur, seu ut *Jacob. Gotb. ad l. 85. §. quoties. ff. de reg. jur.* ait: æquitas extrinsicæ est, quæ obversâ fronte cum jure committitur, quia videlicet jus olim æquabile & æquum visum, hodie æquum esse desiit, vel saltem Judex desiisse putat. Et hanc æquitatem in *l. 1. c. de ll.* sibi principes reservarunt, nè aliàs cerebrinæ æquitatis obtentu soluta judicum potestas in legibus emendandis ac tollendis evaderet, & quantum cujusque Judicis animo sederet, tantum etiam legibus locus esset.

14 Nonnulli etiam quintò æquitatem dividunt in absolutam & relatam. Absolutè acceptam æquitatem idem esse dicunt cum justo & æquo, & est quasi in genere justum; æquitatem autem relatè consideratam tradunt esse æquam cujusque legis ad certum & specialem casum accommodationem. Et hæc posteriori sensu accepta æquitas juris interpretationi maximè conformis est, cum nihil aliud sit, quàm recta secundum mentem ac sententiam juris scripti & non scripti ad casus quotidie obvenientes accommodatio, jus enim ad factum consideratis diligenter omnibus circumstantiis applicandum est, sicuti in facto jus positum esse affirmat *J. C. in l. 52. §. 2. ff. ad leg. aquil.* & æquitatem ita describit *Christoph. Besold. in l. 1. ff. de just. & jur. §. 7.* quod sit certus modus secundum quem leges interpretari queamus, qui scripta, dicta & facta non tantum in legibus, sed etiam in aliis hominum actibus aperit, distinguit, dilatat, restringit, & secundum rectam rationem supplet.

15 Sextò æquitas dividitur in scriptam & non scriptam; hæc nihil aliud est, quàm priorum legum ab illo, qui leges condere potest, ex bono & æquo facta interpretatio, quæ ab omnibus instar aliarum legum servanda est; inde etiam apud Juris-Consultos nostros frequenter auditur: Edicti verba cessare, sed sententiam Edicti ad hæc porrigendam *l. 7. §. 2. ff. de jurisdic.* deficere verba Rescripti, sed dicendum eandem esse rationem, licet verba deficiant, constitutionem tamen locum habere *l. 2. §. 29. ff. ad S. C. Tertul.* verba legis hunc habere intellectum, sed mentem legislatoris aliud velle *l. 13. §. 2. ff. de excus. tut.* Æquitas non scripta est tem-
para-

peramentum legis scripto non comprehensum, quando videlicet casus, de quo agitur, non reperitur decisus specialiter, sed decidi debet vel per argumentum & similitudinem aliarum legum in similibus casibus loquentium, vel per diligentem investigationem mentis & sententiæ aliarum legum.

Quæres, an hæc æquitatis divisio in scriptam & non scriptam recipi possit? id omnino dicendum videtur, dari scilicet æquitatem scriptam; nam primò multa in jure scripto habentur, quæ ex æquitate descendunt, prout jam in præcedentibus quàm plurima exempla adducta sunt. Secundò quia jus est ars æqui & boni, sed hæc ars est in scripturam redacta, ergò etiam admitti debet æquitas scripta. His tertid accedit *l. 8. c. de judic.* in qua juxta quorundam opinionem legitur: placuit in omnibus præcipuam justitiæ æquitatisque scriptæ, quàm stricti juris rationem haberi.

Plerique tamen contrariam sententiam tuentur, scilicet æquitatem scriptam non agnoscentes. Fundamentum adstruunt hoc, quia quamprimùm is, qui legem condere potest, ex æquo & bono priores leges interpretatur, idque eo animo facit, ut velit easdem ita ex æquo & bono interpretatas ab omnibus servari, hæc interpretatio (licet ex æquo & bono fuerit deprompta) statim æquitatis nomen amittit, & legis nomen assumit, cùm vocetur lex justa & æqua, ergò æquitas scripta non potest dici.

Secundum fundamentum potest in eo poni: quodd æquitas sit temperamentum & quasi supplementum juris in eo, in quo legislator deficit, ita tamen faciendum, ut mens legis & verborum, quibus lex utitur, sensus observetur; igitur cùm mens ista & verborum sensus in omni lege scriptus & expressus esse non possit, sed prudenti judicio ex circumstantiis erui debeat, dici etiam non potest aliquam esse æquitatem scriptam, quia hæc est imbecillitatis humanæ conditio, ut omnia quandoque eventura prævideri & scripto comprehendi nequeant.

Non obstat primum adversæ partis argumentum, nam quæcunque in jure nostro juxta normam æquitatis decisa reperiuntur, ea continentur in legibus, senatusconsultis, prudentum reponis, atque aliis juris scripti partibus, & jam non amplius solo æquitatis nomine proferuntur, sed jam lex dicuntur, vel lex æqua & justa, igitur æquitas scripta non amplius manent.

Minus obest secundum argumentum, nam ex eo ad summum inferri potest hoc, quodd ars æqui & boni certa aliqua præcepta & regulas tradat, quas in æquitate investiganda observemus, non verò evincitur, quodd æquitas scripta sit, nam utcunque ultro concederem decisionem unius vel alterius legis ex æquitate depromptam dici debere æquitatem scriptam, tamen certum est, quodd hæc ipsa lex in æquitate jam jam fundata iterum interpretatione egere incipiat, unde semper fit, quodd æquitas in legem conversa novæ iterum æquitati occasionem præbeat: id quod sequenti patet exemplo: jus Prætorium ab æquitatis quasi radicibus pullulavit, eoque in multis locis jus civile à nimia subtilitate ad jus

naturæ ex æquo & bono revocatum est *l. 7. §. 1. ff. de Just. & jur.* Hanc Prætoriam æquitatem Julius Salvius ad Edictum perpetuum redegit, ita ut autoritate Imp. Adriani legis vim acceperit, & tamen illico Juris-Consultorum opera necessaria fuit, qui ad illud ex æqui bonisque arte commentarentur.

20 Sic Edicto Prætoris pœna præscripta legitur illis, qui Edictum Prætoris jam publicè propositum corruerunt *l. 7. ff. de jurisd.* in hoc Edicto nihil decisum erat, an is etiam in præscriptam pœnam inciderit, qui corruerat Edictum nondum propositum, sed demum proponendum? Ulpianus tamen J. C. in libro tertio ad Edictum mentem Prætoris & Edicti sententiam magis perscrutatus est, & respondit in *cit. l. 7. §. 2. ff. de Jurisd.* quodd scilicet Edictum proponendum corrumpens similiter præscriptæ pœnæ reus sit, quamvis verba Edicti cessent, quia inspecta Prætoris mente etiam sub Edicti sententia comprehenditur is, qui dolo malo effecit & impedivit, ne Edictum à Præatore editum potuerit omnibus inspiciendum proponi; id ipsum multis colligi potest ex Juris-Consultorum commentariis ad Edictum Prætoris de metu, dolo & aliis similibus.

21 Tertio loco pro æquitate scripta adducta *l. placuit. 8. c. de Judic.* nullam causat difficultatem, nam veterum codicum lectio id verbum æquitatisque *scriptæ* in *d. l. 8.* non habet annexum, sicut etiam dicta *l. 8.* in codice cum majore glossa dicto verbo *scriptæ* caret, & simpliciter legitur: *placuit in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ æquitatisque, quàm stricti juris rationem.* Hanc veterum codicum lectionem omittentem *ly scriptæ* ratio ipsa commendat, quia in *d. l. placuit. 8.* Imperator volebat Judici dubitanti, an secundum æquitatem, an verò secundum rigorem judicandum sit? præscribere regulam, quodd scilicet in omnibus rebus potius æquitati quàm stricto juri deferendum sit, ergò præsumendum non est, quodd Imperator hanc à se datam Judici regulam voluerit ad æquitatem scriptam restringere & quasi dicere, tunc debes æquitati studere, si eam scriptam repereris, secùs non; imò credibile est, quodd Imperator dictam regulam Judici præscribens de hoc verbo *scriptæ* ne quidem cogitaverit, quia non poterat Judex in tali casu hæsitare, quo æquitatem jam habebat lege scriptam, an secundum eam æquitatem, an verò strictum jus judicium ferri oporteret? ratio, quia jam debebat tali casu judex recordari, sibi judicandum esse secundum leges, cum hoc jam pro norma præscriptum esse sciat *princip. inst. de off. Jud.* ergò *ly scriptæ* in *cit. l. 8.* magis per errorem irreplisse videtur *Duar. annivers. disput. lib. 2. c. 8.* ubi dicit verbum *scriptæ* *cit. l. 8.* esse additum ab iis, qui vim æquitatis non intelligentes aliter *cit. l. 8.* cum *l. 1. cod. de ll.* conciliare non potuerunt, ait enim præfatus author: æquitatem nihil aliud esse, quàm benigniorem & humaniorem juris interpretationem, quæ scripto comprehensa non est. Videatur etiam *Pet. Faber in l. in omnibus. 90. ff. de reg. jur.*

22 Questionem hanc, an scilicet detur æquitas scripta? distinctione resolvit *Struv. ff. exercit. 2. de constit. princip. §. 44.* quæ desumitur ex divisione æquitatis in relatè & absolutè consideratam. Primò igitur modò

dō attentō negat æquitatem scriptam esse, ratio, quia æquitas ita accepta est æqua accommodatio legis, ad certum & specialem casum, & sic importat æquum, quod præter legem scriptam justum est. Secundō modō æquitatem inspectam admittit esse scriptam, ratio, quia hoc sensu lex bona est æqua, ergō cū lex sit scripta, dubitandum non est, quin etiam scripta æquitas sit. Quidquid autem hac de quæstione varii variet sentiant, ego nominis curam tantam non gero, sed unum alteramve ad hoc inquirendum superesse video.

Quæro igitur, an si apud Judicem controversia talis incideret, in 23 qua quid æquitas dicat scriptum & jure decisum nihil reperitur, an nihilominus hoc in casu prætermisso rigore Judex partes æquitatis amplecti possit? pone enim legem ita conceptam esse, quod quilibet merces per vias usitatas vehere, & pro iis vectigal persolvere debeat, secus per vias inusitatas ambulans & deprehensus merces amittat; pone iterum legem ita esse latam, ut pro illis, quæ in urbem invehuntur, & evehuntur, similiter certa pecuniæ quota publicano persolvi debeat, contigisse autem quo ad primum, quod mercator ob communem viam inundatione, latronibus aut deprædatoribus occupatam inusitatâ viâ utens deprehensus fuerit; quo ad secundum verò merces alibi emptas unâ portâ in & per urbem, alterâ autem portâ ex urbe ad ædes suas & horreum suburbanum devexerit, poteritne ob id, quia extra usitatam viam deprehensus est, lege quo ad literam inspectâ à competenti Judice amissarum mercium condemnari, an verò æquitatis intuitu ad commissi purgationem admitti & absolvi? vel poteritne ob merces in secundo casu extra urbem in domum suam evectas intermissæ solutionis causa quasi vectigalis defraudator denuntiari & mulctari? dum tamen pro mercibus invectis jam semel telonium depensum fuit.

Dicendum videtur in genere & universaliter, si in casu, de quo co- 24 ram Judice litigatur, leges nihil de æquitate scriptum contineant, Judicem aliter, quàm in jure definitum invenit æquitatis obtentu judicare non posse, ratio, quia æquitas quæ legibus non est adjuncta, minimè est curanda, sed secundum leges judicandum *Gail. lib. 2. obser. 23. n. 16.* sic tametsi æqua & benigna videatur esse sententia, quæ Emphyteutæ ob perpeffam sterilitatem canonis præsertim magni solutionem remittit, nihilominus concludit *Novar. consil. 49. n. 14. vol. 1. & consil. 194. n. 14. vol. 1.* Emphyteutam ob sterilitatem nullam habere canonis remissionem, quia æquitas non adjuncta legibus curanda non est, & paritas à conductore prædii ad Emphyteutam ducta ad secus statuendum non sufficit.

His ita generaliter positis sequitur in utroque casu supra formato 25 tam illud, qui extra viam usitatam deprehensus, quàm qui merces ex urbe ad officinam suam non soluto iteratō telonio devexit, legis vectigalis transgressorem esse censendum, & in poenam commissi incidisse, quoniam legis formalia clarè sonant, nè ullus inusitatâ viâ utatur, item ut vectigal pro omnibus, quæ in & extra urbem vehuntur, persolvatur, secus præscripta poena locum habeat; hinc etiam Bartol. in *l. presidibus. 2. cod.*

2. *cod. de cursu publ.* & in *l. qui fiscales. 7. cod. de navic.* tradit, suspitione gravi oneratum esse eum, qui extra viam publicam reperitur, & aurigas sequi debere eas vias, quibus communiter omnes alii utuntur, vectigalia enim sine Imperatorum præcepto nulli licet diminuere *l. vectigalia 10. ff. de public. & vectig.* & legum dūritiam Imperatoria interpretatione emendandam esse, aut quod in ea obscurum reperitur, ab Imperatore patefieri & declarari debere, rescriptum extat in *l. leges sacratissimæ. 9. cod. de ll.* ergo Judici à lege recedere non licet, si in controverso casu æquitatem præscriptam non habet.

26 His omnibus tamen minimè attentis & generaliter Judicem secundum æquitatem judicare debere, dato, quod in casu controverso jura quo ad æquitatem nihil statuerint, ita tamen ut perpensis omnibus circumstantiis menti legislatoris conveniat Judicis sententia. Fundamentum hujus conclusionis apertissimum est in *lege quasitum scio. 13. ff. de testib.* ubi J. C. candidè ait: quod legibus omissum est, non debere omitti religione judicantis, ergo licet æquitas in lege præscripta non inveniantur, nihilominus Judex videns casum non posse juxta verba legis decidi, æquitatem sequi debet.

Secundò sicut non possunt omnes casus quandoque eventuri singulis legibus aut senatusconsultis comprehendi, ita etiam non potuerunt legislatores in quolibet casu determinare æquitatem, ergo sicut Judici data est potestas legislatorem in casibus omissis supplendi & ad similia procedendi *l. non possunt. 12. l. nam ut ait 13. ff. de ll.* ita etiam Judici licitum est secundum æquitatem in casu controverso judicare, utcunque in jure decisum non reperiatur, quid in hoc casu æquitas exigat; huc etiam utiliter applicari potest, quod Paulus in *l. 2. §. 5. de aq. & aq. plurv. arcend.* dixit: *hoc æquitas suggerit, licet jure deficiamus*, Judicis enim officio æquitatem spectandam esse præclarè docuit Jacob Gothofred. in *l. in omnibus. 90. ff. de reg. jur.* Huc

29 Tertid pertinet *l. ubicunque. 21. ff. de interrog. in jur. fac.* in qua Ulpianus respondit: ubicunque Judicem æquitas moverit, æquè oportere interrogationem fieri, dubium non est, in hoc titulo multi jam casus enumerati fuerunt, in quibus interrogationibus locus dabatur, sed quia omnes casus recenseri non potuerunt, ideo generali regula Judex instruitur, ut etiam in omissis casibus interrogationes permittat, quatenus eum æquitas moverit, ad idem facit *l. de accessionibus. 14. ff. de diversis & temp. præscript.* in qua legitur, quod de accessionibus nihil generaliter & perpetuum possit definiri, ratio, quia accessiones in pura æquitate consistunt, ex qua lege optimo jure argumentum ita formatur, ea, quæ in jure definita non sunt, relinquuntur arbitrio Judicis *c. de causa. 4. §. 1. X. de off. & pot. Jud. deleg. l. 1. §. ult. ff. de jur. delib.* Sed de æquitate juxta *c. l. de accessionibus* nihil generaliter & perpetuum definiri potest, nec in omni casu, quid æquitas desideret, provisum est à jure, ergo Judicis arbitrio permissum est sententiam proferre juxta æquitatem, etli de eâ in casu controverso nihil in jure cautum sit.

Non

Non obstat ratio in contrarium allata, nam ea patitur distinctionem 30 hanc, quod æquitas non sit curanda, quæ nec lege, nec legis sententiâ & intellectu adjuvatur, concedo; quod æquitas non sit curanda, quæ lege tantum non adjuvatur, nego; hoc enim si exigeretur, ut scilicet pro quocunque casu æquitas legis verbis exprimeretur, certè offenderetur ipsa *l. non possunt. ff. de th.* quæ ait, non posse pro quolibet particulari casu singulares leges ferri, ergo sicut non potest pro quovis casu lex singularis exigi, sed decisio ex similibus & aliis rationibus facienda est, ita etiam desiderari non potest, ut pro quovis casu & circumstantiâ æquitas in lege statuatur, sed sufficit æquitatem colligi ex mente ratione & intellectu legis. Hanc responsionem confirmat id, quod *Hieron. Fantscbman. lib. 2. q. 16. n. 40. & seqq.* scriptum reliquit his verbis: tanta vis rationis esse debet, ut perinde animum Judicis movere debeat, ac si per legem scriptam hoc esset deductum, unde quærere legem, ubi ratio naturalis est in promptu, mentis & intellectûs imbecillitas magnopere est, non enim quid dixerit, sed quid intellexerit legislator, advertendum est. *Carpzou. p. 3. const. 3. def. 16. n. 12.* nam pro expresso non tantum id habendum est, quod legis verba exprimunt, sed etiam, quod ex sententiâ & mente legis per certam rationem inducitur *l. 6. §. 1. ff. de V. S.*

Minus obstat argumentum ab Emphyteutâ sterilitatem passo addu- 31 ctum, nam in eo prætenfa æquitas nec in ulla lege, nec in ratione fundatur, adeoque curanda non est, siquidem nulla lex adferri potest, quæ hanc æquitatem defenderet, scilicet: Emphyteutæ ob sterilitatem remittendam esse canonis solutionem, nec etiam ratio & paritas à conductore allata æquum esse suadet fieri canonis remissionem, cum maxima inter conductorem prædii rustici, & inter Emphyteutam differentia ac disparitas intercedat, nam conductor seu colonus principaliter præstat pensionem pro usu rei & in compensationem fructuum, qui ex prædio conducto percipiuntur, si igitur ob supervenientem causam rei usum non habeat, & ob sterilitatem fructus non percipiat, meritò prætenditur pensionis remissio; sed Emphyteuta canonem principaliter in recognitionem domini directi & non pro usu rei præstat, & sic in Emphyteusi magis domini recognoscendi, quam fructuum ratio habetur, per consequens etiam ob accidentem sterilitatem Emphyteuta eodem beneficio gaudere non debet, quo colonus, nec à diversis & separatis pro cerebri- næ æquitatis commendatione illatio formanda est.

Nunc ut ad particulares casus supra adductos descendam, quo ad 32 primum concludo æquitatem omnino ad obtinendam absolutionem patrocinari illi, qui viâ communi usus non est, ratio, quia verosimlie non est, legislatorem velle obligare subditum ad legis observationem cum magno bonorum aut etiam vitæ discrimine, sic e. g. leges jejunii in gravi necessitate locum non habent. *cap. consilium. 2. X. de observat. jejun.* ergo utcunque lege præceptum sit, ut quisque per viam ordinariam sub pœ- nâ commissi merces vehat, hoc tamen subaudiendum esse æquitas suggerit, quatenus viâ usitatæ consuetudo haberi potest sine periculo mer- cium

cium aut vitæ. Hinc etiam *Bertacbin. de gabel. seu vectig. p. 9. princip. de fraud. gab. n. 18.* ait interdum pœnam commissi cessare, utpote si quis per viam inusitatam quidem transit, hoc tamen ex legitima & justa causa facit, puta quia communis via inundata, latronibus aut deprædatoribus occupata fuit, statuta enim & leges non tantum ob justam causam & rationem expressam, verum etiam præsumptam limitantur. *Jason in l. non dubium. n. 35. C. de ll. Cravet consil. 8. n. 21.* quia justa causa in omni dispositione subintelligitur, immò ad excusationem aliâque similia ipsi legi adæquatur *l. properandum 13. §. pen. vers. nisi lex vel justa causa impediatur. cod. de Judic.* sic etiam quo ad hunc à viâ solitâ recessum putat *Baldus in l. cum proponas. 3. Cod. de naut. fœn.* adhuc ut aliquis amissione mercium puniri possit, expectandum esse donec iter faciens locum territorii, ubi vectigal solvendum est, exeat, quoniam aliàs semper poterit in viam rectam, à qua hæctenus tantisper recessit, redire & duci pœnitentiâ, quòd insolitam viam sine causa ingressus fuerit.

- 33 Idem etiam in secundo casu sentio, scilicet pro mercibus extra urbem ad ædes, horreum vel officinam vectis vectigal inspectâ æquitate & legis sententiâ non esse præstandum; ratio, quia mercator merces in civitatem invectas in civitate collocans, ibique vendens unius tantum vectigalis solutione oneratur, quando scilicet merces negotiationis causâ invexit, ergò mercator merces per unam portam invehens, per alteram eas ad horreum suum evehens duplici solutione gravari non potest, quia non videtur ea esse legislatoris intentio, ut deterioris conditionis habeatur, & magis gravetur mercator in suburbio tabernam habens & merces vendens, quàm mercator in urbe habitans, præsertim cum mercator merces evehendo ad ædes suas non novam negotiationem exercent, sed tantum invectionem, pro qua jam semel vectigal depensum est, continet. Sententiam hanc corroborat *Caspar. Klock. de arar. & censu. l. 2. cap. 72.* versu tali:

*Invecta merces atque rursus in plagas
Evecta diffitas remotè, pendere
Vectigal obligata Principi est soli.*

Nec non æquitati in vectigalibus & commissis studendum esse præcipit *l. annuum. 6. c. de vectig. & commiss.* statuens, quòd rerum & personarum æqua debeat esse inspectio, & vectigalia ab omnibus æqua ratione dependenda sint, ergò cum merces in casu posito non nisi ad mercatoris ædes evehantur, non verò aliò transferantur, æquitati minimè convenit sub prætextu legis generaliter de invectis & evectis loquentis duplex vectigal exigere.

- 34 In his tamen omnibus probè spectanda est vectigalium antiqua consuetudo *l. si publicanus. 4. in fin. ff. de publican. & vectig.* nam si consuetum est, ut pro solo transitu per viam & portam civitatis, pro usu pontis vectigal ob invecta & curru evecta pendatur, iniquum non est, ut juxta

juxta legistenorem præscripta vectigalis quantitas toties repetatur, quoties aliquid invehitur & evehitur, nam per frequentiam transituum, invectionem & evectionem curruum oneratorum viæ citius corrumpuntur, & per consequens sumptus ad viarum reparationem necessarii cumulantur, & justè ob quæcunque in- & evecta præscripta gabella exiguntur, quemadmodum contra multos alios Justitiam vectigalis pro solo transitu defendit prælaudatus *Klock. lib. 2. c. 77.* si scilicet magistratus vias & pontes exstruere ac reficere cogitur, ex ordinariis autem proventibus sumptus illos ferre nequit. Et experientia quotidiana Viennæ nos docet, quod transvehendi per pontem Danubii consuetam pro quovis equo gabellam solvant, die *Bruden-Mauth* / & omni etiam anno non modici proventus accipiantur, & iterum magni sumptus pro conservatione platearum expendantur vulgò die *Pflaster-Mauth* / quæ tamen omnia propter impensas summam æquitatem habent.

Quæres denuo, an Judex secundum æquitatem quæ circa unum casum lege reperitur expressa possit etiam in altero casu omisso procedere? v. g. negotia Titii absentis & ignorantis gessi, Titio mortuo negotiorum gestionem continuavi, nunquam de morte Titii certior factus utiles & necessarias expensas de propriis feci, hæredes Titii negotia utiliter gesta ratihabere, & sumptus erogatos mihi refundere nolunt, quæstio est, an Judex utilitatis & æquitatis ratione inspectâ mihi contra Titii hæredes assistere possit? sicut in simili casu hæredes mandantis mortui mandatarium mortis non conscium indemnem servare tenentur *§. item si ad-buc integro. Inst. de mand.?*

ꝛ. Affirmativè. Primum fundamentum pono in *c. 4. X. de confirm. util. vel inutil.* in quo Rom. Pontifex in privilegiorum renovatione æquitatis similitudinem observandam esse rescripsit. Secundum est in *l. ult. cod. ad leg. Falcid.* ubi Imperator ait, legatum ab hærede agnitum censeri non tantum, si illud jam solvit, sed etiam si de eo solvendo cautionem, aut promissionem emisit, & rationem decisioni suæ subjungit, quia æquitas ratio similia suadere videtur, quasi diceret, æquitas in paribus causis paria jura desiderat, & non ita constringenda est, ut non admittat argumentationem à similitudine & paritate ad casus omisos, sic etiam Imp. in *cit. §. item si ad-buc integro.* à simili æquitatis ratione argumentum sumit, dum ita dicit: & huic simile est, quod placuit, si debitores manumisso dispensatore Titii per ignorantiam liberto solverint, liberari eos, cum alioquin stricta juris ratione non possent liberari, cum alii solvissent, quam cui solvere debuissent.

Tertium hujus assertionis fundamentum depromitur ex *l. ult. cod. de constit. pec.* ubi Imp. ait, quamvis Epistola Divi Hadriani de fidejussoribus loquatur, iisque pluribus pro uno debitore intervenientibus beneficium divisionis tribuat, necessarium tamen esse, ut hoc idem locum habeat in illis, qui pecunias pro alio simul constituunt, quia quæ æquitas pro beneficio divisionis pluribus fidejussoribus concedendo militat, eadem etiam obtinet in pluribus constituentibus. Hinc idem beneficium divi-

fionis exemplo fidejussorum ad tutores aut curatores, qui simul tutelam administrarunt & solvendo sunt, æquissima ratione extenditur in *lege 1. §. nunc tractemus. ff. de tut. & rat. tut. distrab.* & jam supra ostendi, Edicta Prætorum, quamvis in summa æquitate fundata sint, tamen J. C. torum interpretatione indiguisse, quia omnes casus, qui ad Edictum Prætoris pertinere, & sub Edicti æquitate comprehendi poterant, non sunt relati, nec à Præatore exprimi commodè potuerunt.

40 Ex his colligendum venit, legem non tantum ad eum casum, quem verba exprimunt, aptandam, sed etiam ad illos, quos mens & ratio legis similiter inclusos esse vult, extendendam & applicandam esse *l. 12. l. 13. ff. de ll.* exemplum hujus notandi occurrit in *l. 16. ff. de sponsal.* in qua Ulpianus ita locutus est: oratio Imperatorum, quæ quasdam nuptias in personis Senatorum inhibuit, de sponsalibus nihil locuta est, rectè tamen dicitur, etiam sponsalia in his casibus nullius esse momenti, rationem ibidem reddit hanc Ulpianus, ut suppleatur, quod orationi deest; non ab simile exemplum in *l. 4. ff. de fundo dot.* exhibet Cajus dicens, lex Julia, quæ de dotali prædio prospexit, nè id marito liceat obligare aut alienare, plenius interpretanda est, ut etiam de sponso idem juris sit, quod de marito, nam juxta vulgatam regulam idem jus esse debet, ubi eadem est ratio, & quando sententia & ratio latior & generalior est verbis legis, & pluribus casibus, quàm in lege expressi inveniuntur, convenit, tunc potius juxta sententiam, quàm juxta verba à legislatore adhibita, quem tempore legis latæ multi alii casus latere potuerunt, procedendum est.

41 Sicut etiam è converso accidere frequenter potest, quod lex non ad omnes casus, quos verba per suam generalitatem repræsentant, sed tantum ad eos, quibus mens & ratio convenit, applicari debeat; nam verba legis possunt esse generalia & lata, ratio autem & sententia legis angusta, ergò lex generaliter concepta potius juxta rationem ad eos casus restringenda est, quibus ratio propriè convenit. Sic generali lege cautum est, ne tutor, aut filius aut nepos tutoris pupillam ducat uxorem ante tutelæ rationes redditas, ne videlicet rationum redditio intervertatur, *l. tutor. 36. l. senatusconsulto. 59. ff. de ritu nupt.* ita ut matrimonium contra has leges initum inter pupillam & tutoris filium nec sub velamento rusticitatis & imperitiæ validum esse possit *l. 1. cod. de interdict. mat. interpupil. & tut.* & nihilominus avus potest unius emancipati filii neptem, alterius filii nepoti in uxorem dare, & sic lex generalis matrimonia hujusmodi prohibens ob rationem suam specialem tantum vim suam in extraneis tutoribus, eorundem filiis & nepotibus obtinet, non autem in avo tutore, qui neptem pupillam nepoti in matrimonium elocaverat *l. 67.*

42 §. 1. ff. de ritu nupt. ratio in mox cit. *l. 1. §. 1.* redditur ista, sed etsi senatusconsultum stricto Jure contra omnes tutores nititur, attamen summæ affectionis avitæ intuitu hujusmodi nuptiæ concedendæ sunt, par enim erga pupillam & nepotem affectionis causa suspicionem fraudis, quo ad invertendas scilicet rationes removet.

Sunt

Sunt nonnulli, qui æquitatem Lesbiæ regulæ assimilant putantes, 43
 nullam certam rationem pro æquitate investiganda constitui posse, qui-
 bus suffragatur responsum Scævola in *l. 14. ff. de divers. & temp. prescript.*
 quo refert de iis, quæ in æquitate consistunt, nihil perpetuum neque ge-
 neraliter definiri posse, interim tamen cum jus sit ars æqui & boni, æqu-
 um ab iniquo separans, licitum ab illicito discernens *l. 1. ff. de Justit. &*
Jur. dubitandum non est, quin aliqua investigandæ æquitatis præcepta
 in legibus contineantur & tradi possint, cum ars absque præceptis suis
 vix consistere queat. Sit igitur

Regula prima hæc. Ante omnia inquirendum est quæ sit genuina 44
 mens & sententia legislatæ. Regulam hanc non tantum exprimit famo-
 sa *l. 12. de ll.* quæ ait, non posse omnes articulos sigillatim legibus com-
 prehendi, & cum in aliqua causa sententia earum est manifesta, cum,
 qui jurisdictioni præest, ad similia procedere & ita jus dicere debere, sed
 etiam in aliis textibus sententiam legis unice attendentibus fundata est,
 sic enim in *l. 7. §. 2. ff. de jurisdic.* legitur: in casibus omnissis verba cessare,
 sed sententiam eò porrigendam esse, verba deficere, sed talem interpre-
 tationem capiendam esse, ut suppleatur, quod legi deest *l. 4. ff. de fundo*
dot. l. 16. ff. de sponsal. sed etsi maximè verba legis hunc habeant sensum,
 tamen mens legislatoris aliud vult *l. 13. §. 2. ff. de excus. tut.* & huc etiam
 pertinet dictum Justiniani in *l. 3. cod. de lib. præterit.* cum manifestissimus
 est sensus testatoris, verborum interpretatio nunquam valeat, ut melior
 sensus existat, legis enim calumniator dici meretur, qui neglectâ legis
 sententiâ verbis tenaciter inhæret *l. 5. cod. de ll. l. pen. ff. ad exhib.* Hinc 45
 etiam recepta doctrina est, quod quotiescunque de intellectu alicujus
 legis quæstio incidit, non quid in lege scriptum attendendum, sed potius
 quid senserit & voluerit legislator, spectandam sit: ratio, quia verba 46
 nihil aliud sunt, quàm instrumenta voluntatis, quia ad hoc sunt inven-
 ta, ut mentem animique sensum exprimant *l. 7. in fin. ff. de suppl. leg.* er-
 gò mens & sententia legislatoris pro æquitate eruenda ante omnia in-
 quirenda sunt *cap. intelligentia. 6. X. de V. S.* legislator enim nihil aliud vo-
 luisse intelligitur, quàm quod æquum, benignum & humanum est *l. 18. ff.*
de ll. ubi præcipitur benignius leges esse interpretandas, ut voluntas le-
 gislatorum conservetur. Sed

Dubitabis, unde advertere possis, quæ sit legis sententia, aut quid 47
 per verba in lege adhibita legislator senserit? ratio dubitandi est, quia
 quæ sit legis sententia, consistit in animo legislatoris, adeoque est quid
 occultum, ea autem quæ in animo consistunt & occulta sunt, soli Deo
 constant *clém. exivi. §. rursus de V. S.* ergo primæ regulæ usus nullus potest
 esse, vel si ea retineri deberet, locus dabitur divinationibus.

2. Mentem & sententiam ex ratione legis colligi posse, nam ratio
 est anima legis, nec lex aut jus dici potest, nisi à ratione commendetur
l. 39. ff. de ll. ubi quod non ratione, sed per errorem introductum est, nec
 jus nec consuetudo dici potest *can. consuetudo. 5. dist. 1.* ergò qui intelligit
 rationem, ob quam lex lata est, is legem omnino intelligit, & mentem

K

legis-

legislatoris affectus est, proinde etiam scit, in quibus casibus lex vigorem habeat. Huc optime pertinet id, quod *Roland. vol. 3. consil. 62. n. 14.* tradidit: statuta & jura municipalia à ratione vitam accipere, & non secundum corticem verborum, sed juxta rationem accipienda esse, hinc etiam factum est, quod J. C. in *l. cum ratio. 7. ff. de bon. damnat.* bona parentum damnatorum liberis auferre non voluerit, quia ratio naturalis quasi tacita quaedam lex bona parentum liberis attribuit, & conveniens non erat, ut liberi alieno admisso luerent, & turpi parentum facinore in egestatem detrudantur. Igitur ratione legis rectè inspectà mens legislatoris facile deprehenditur atque advertitur, quid circa casus lege omissos statuendum, nec non justum & æquum censendum sit.

48 Exemplo ex *l. un. cod. de probib. sequestratione.* desumpto responsionem confirmo. In *dict. l. un.* Honorius & Theodosius Impp. constituerunt, ne pecunia, quam actor à reo petit, sequestratur & sic inhibita est sequestratio, ratione ibidem subjuncta: oportet enim debitorem prius convinci, & deinde ad solutionem pulsari, quam rem non tantum juris ratio, sed etiam ipsa æquitas persuadet, ut probationes secum afferat, debitoremque convincat pecuniam petiturus; verba legis hujus si inspicuntur, ei tantum locum fore in casu, quo pecunia petita erat, aliquis asserere posset, quoniam de pecunia tam in principio, quam in fine legis mentio fit, anne ergo alia res petita v. g. mobilis suppellex sequestrari debet actore petente? & certè juxta mentem legislatorum dicendum est prohibitam etiam esse aliarum rerum sequestrationem, ratio, quia hæc sententia legis & mens Imperatorum satis manifestatur ex ratione cit. legis unicæ, quod scilicet juris ratio & æquitas persuadeat probationes prius afferendas & debitorem esse convincendum, hac ratione Impp. plus voluerunt dicere & significare, quam in *cit. l. un.* scriptum invenitur, est enim ratio ista generalis & plurimis omissis casibus conveniens, præsertim cum etiam in *l. qui accusare. 4. cod. de edend.* generaliter sancitum legatur, eos, qui volunt accusare & agere, debere habere probationes, cum neque juris neque æquitatis ratio permittat, ut potestas fiat aliena instrumenta inspiciendi, sed actore non probante reus absolvendus sit.

49 Hanc in proposita & *cit. l. unica* ex ratione desumptam mentem & in omissis casibus sequestrationis prohibitionem etiam adjuvat Ulpianus, qui in *l. pecuniæ verbum. 178. ff. de V. S.* ait: pecuniæ verbum non tantum pecuniam numeratam complectitur, verum omnem omnino pecuniam, hoc est omnino corpora, nam corpora quoque pecuniæ appellatione contineri, nemo est, qui ambiget. Et magis adhuc confirmat Justinianus in *l. receptitia. 2. §. & neminem. & seq. cod. de constit. pecun.* ubi ita loquitur: & neminem moveat, quod sub nomine pecuniæ etiam omnes res exigi definiamus, sed & possibile est, omnes res in pecuniam converti, ut autem subtilitati eorum satisfiat, qui non sensum, sed vana nominum vocabula amplecti desiderant, ita omnes res veniant in constitutam actionem, tanquam si fuisset ipsa pecunia constituta, cum etiam veteres pecuniæ appellatione omnes res significari definiant & hujusmodi vocabulum

lum & in libris juris Auctorum, & in alia antiqua prudentia manifestissime inventum sit.

Dicta regula procedit non tantum, si ratio in lege est expressa, sic 50
in *l. milites agrum. 13. ff. de re milit.* prohibitum est militibus comparare agros in ea provincia, in qua belli causa existunt, ratione ibidem expressa, ne studio culturæ à militia avocentur, & tamen in ordine ad hanc rationem comparatio domus in eadem provinciâ vel comparatio agrorum in aliâ provinciâ militibus permessa est, quia his casibus à militia non avocantur, sed etiam si ratio expresse & aperte posita in lege non sit, prudenter tamen adverti potest, qua ratione princeps legem talem sanciverit, v. g. viget statutum præferens masculinum sceminae, vel filium filiae in successione, non tamen addita invenitur in statuto ratio hujus prælationis, accidit, quod nepos hanc in successione prælationem ambiat, dubitatur, an ei deferendum sit? statutum enim filii tantum meminit, igitur ratio statuti inquirenda, & videndum, an hæc etiam conveniat nepoti, factâ diligenti indagatione dubium nullum est, quin prælatio statuto tributa in eâ ratione fundetur, quod favor agnationis & familiae conservandæ hanc in successione prærogativam mereatur, ergo nunc concludi potest, ex sententia & mente statuti etiam nepotem in successione illorum, qui de familia mortui sunt, præferendum fuisse, quia per nepotem æquè ac per filium familia propagari, ac conservari potest. *Paul. de Cast. in l. quamvis. cod. de fideicom. circa fin. & in l. non dubium. 5. cod. de U. n. 5.*

Non obstat *l. 20. ff. de U. quæ* ait: non omnium quæ in jure consti- 51
tuta sunt, rationem reddi posse, ergo responsio, quod scilicet ex ratione mens & sententia legis erui possit, non potest subsistere, non obstat inquam, nam objectæ legis sensus non est iste, quasi ea, quæ legibus constituta sunt, ratione careant, credibile enim non est, quod prudentissimi majores & Principes sapientissimi & tanta doctissimorum virorum copia quidquam absque ratione statuerint, sed intellectus est iste, quod quamvis omnia Jura summa æquitate & ratione ordinata sint, aliqua tamen esse, quorum ratio nos latet, quod in solennitatibus possimum multisque aliis accidere potest, quorum genuinam rationem assequi non possumus, sic septem testium testamentariorum, & cur Judex sedendo sententiam proferre debeat, cur filiofam. interdicta sit testamenti factio in bonis propriis, adæquatam & omnibus numeris absolutam rationem quis reddet? & de his responsio mea omnino non loquitur, sed lex hujusmodi juxta verborum tenorem observanda est, sicuti etiam docet *Steph. de Pbeder. de interpret. jur. p. 1. n. 147.* verbis statuti aut legis præcisè standum esse, si in eo ratio neque verbis expressa est, nec evidentissimis argumentis inde elici, aut sciri potest, quid legislatorem ad ejusmodi legem ferendam moverit, fecus autem, & in illis legibus, in quibus ratio aut expressa est, aut ratiocinatione, aut ex aliis legibus colligi potest, responsio mea firma manet.

Nec quidquam refragatur *l. & ideo. 21. ff. b.* in qua Neratius ait, ra- 52
tiones eorum, quæ constituuntur, inquiri non oportere, quia alioquin multa ex his, quæ certa sunt, subvertentur, ergo responsio locum non

habet in illis, in quibus ratio apposita non est, quoniam neque licitum scrutari, quare ea constituta sint; non refragatur inquam, nam lex ista non inhibet rationum legalium investigationem, quam planè etiam recta docendi & jura tradendi methodus exigit, sed objectæ legis verus sensus iste est: ita non esse rationem scrutandam, ut prius legem servare, etque obedire non velimus, quàm illius ratio nobis cognita fuerit, quod Reipub. & legislatoris supremæ potestati, qui nihil sine ratione statuere præsumitur, maximè perniciosum admittendum non est, & quidem eò minùs, cùm nec Judex rationem in suâ sententiâ exprimere teneatur, ea tamen condemnatum stringat, si ab eâ appellare intra præfixum terminum neglexerit, aut si quidem ab eâ appellatum, sententia autem reticentiâ iterum ratione in appellationis judicio confirmata fuerit.

- 53 Advertendum autem est, ad deprehendendam legis sententiam & legislatoris mentem non causam impulsivam, sed potius finalem esse inquirendam, hæc enim ubi obtinet, ibi etiam legis dispositio locum habere debet, nam ratio finalis est proxima & principalis, ob quam lex ita sancita est, impulsiva autem causa se tantùm remotè habet, qua cessante sicut leges non tolluntur, ita ex ea etiam mens legislatoris tantopere
- 54 non elucescit. Sic Macedo improbissimus fœnerator improbitate sua senatum permovit & occasionem dedit statuendi, nè quis filiosam. pecuniam mutuam daret, secùs mutuum dans nec contra filiumfam. nec contra patrem pro recipienda pecunia actionem haberet, pone nunc, quòd quidam vir probus minimèque pecuniam fœnori dare solitus filiosam. pecuniam crediderit, poteritnè etiam hic pecuniam suam repetens exceptione S. C. Macedoniani repelli? inspecta ratione impulsiva & Macedonis improbitate dicendum foret S. C. Macedonianum huic minimè obstare, quoniam vir probus & usuras exercere non solitus est, nihilominus inspecta ratione finali & ex mente ac sententia legis affirmandum est, etiam hunc virum probum S. C. ti prohibitione contineri, & ei mutuum suum reddendum non esse, ratio enim S. C. ti finalis etiam in hoc casu obtinet, siquidem mutui datio ob id inhibita fuit, ne filiosam. corrumpere, malos mores assumerent, & in quævis scelera ruerent, ad quæ & alia adhuc deteriora filiosam. omnimodo per pecuniam etiam à proba viro sibi mutuam invitantur.

- 55 Secunda regula ita adstrui potest: si una lex generaliter concepta est, de eadem autem materiâ invenitur alius textus specialiter loquens tunc non est inhærendum legi generaliter disponenti, sed ex lege specialiter loquente colligitur, qua mente legem generalem legislator sanciverit, quia verosimile est, quòd legislator ipse legem generalem restringere & per legem specialem declarare voluerit, quem intellectum lex generalis habeat, & in quo casu obtineat v. g. lex generaliter ita disponit: pupillus sine tutoris autoritate contrahens obligatur *l. 1. ff. de novat.* hanc legem ita generaliter loquentem non oportet in omni casu contra pupillos retorquere, quia ita æquitas manifestè offenderetur, cùm æquum non sit hujusmodi imbecilles personas facto suo indistinctè & cum magnâ re-
- rum

rum suarum pernicie obligari, igitur diligenter circumspiciendum, an hujus legis generalitas non per aliam legem restringatur. Hinc quia in *l. 5. ff. de auctor. tut.* deciditur, pupillum sine tutoris auctoritate contrahentem obligari, si factus sit locupletior, ideo lex generaliter & indistinctè loquens, ut æquitati consona sit, temperari & explicari debet per legem specialius conceptam. Nec refert, an lex generaliter disponens prior aut posterior sit lege specialiter loquente, nam & leges priores ex posterioribus, & posteriores ex prioribus declarandas, limitandas & intelligendas esse, responsum extat in *l. 26. & l. 28. ff. de ll.* nisi constet posteriorem legem latam esse ad tollendam & corrigendam priorem. Sic utcumque in *autb. offeratur. cod. de lit. contest.* generaliter cautum sit, in jus vocatum post libellum sibi oblatum debere fidejussorem dare, tamen hoc generale & posterius dictum intelligi debet juxta *l. 15. ff. qui satisd. cog.* tanquam priorem & veterem de eo, qui bona immobilia in loco non possidet, contra æquitatem enim esset sub prætextu legis posterioris ulteriori cautione onerare eum, in quo aliunde per propria bona sufficiens cautio adest.

Tertia regula est hæc: ad evitandam absurdi sequelam sæpe dicendum est, casum evenientem sub generalitate legis non comprehendi, ratio, quia lex est virorum prudentium consultum & decretum *l. 1. l. 2. ff. de ll.* ergò verosimile non est legislatorem ita legem tulisse, ut ex retenta illius generalitate absurdum aut inconveniens sequeretur. Tunc autem ex legis generalitate absurdum resultat, cùm aliquid injustum, inhonestum, bonis moribus, principiis juris naturalis aut civilis repugnans proveniret, sic in *l. ex facto. 43. ff. de vulg. & pupil. subst.* dicitur, si princeps alicui facultatem dedit suo filio muto substituendi, & deinde filio muto puberi post factam substitutionem nepos natus fuerit, beneficium Principis generaliter conceptum non ita esse interpretandum, quasi nato nepote substitutio adhuc duraret, hæc enim voluntas principis non est, quia contra receptissimam juris regulam, vi cujus testamenta & donationes per nativitatem liberorum rumpuntur, inferendum foret, substitutionem muto filio ex Principis beneficio factam non rumpi per nativitatem nepotis, qua illatione sanè absurdum & iniquum committeretur. His accedit, quod *Everb. in locis argument. leg. loc. 23. n. 9.* scriptum reliquit, illud scilicet æquum & justum censerì, cujus contrarium est absurdum, & *ibidem n. 8.* absurdum esse ait in quo nec ratio nec æquitas militat.

Hinc etiam est, quòd leges strictè loquentes vitandæ absurditatis causâ nihilominus extendi possint ad casus omissos, quia credendum non est, sacratissimas leges à sapientissimis Principibus conditas quidquam continere, quod ullam absurditatem saperet, inhumanitatem, scandalum aut aliam inconvenientiam importaret. Hoc satis ex eo patet, quòd ipsa jura eum excusent, qui mandato superioris non obtemperat, quando exinde absurdum scandalum aut inconveniens sequeretur. *cap. si quando. X. de script. c. cùm teneamur. X. de præbend.* Exemplum hujus extensionis occurrit in *l. ult. cod. de auctor. prest.* ubi Imp. Justinianus statuit,

si pupillus negotium tale agit, quo dissolvenda foret tutela, omnium tutorum consensum requiri, & unius ex pluribus tutoribus auctoritatem non sufficere, ratio, quia absurdum est solvi tutelam non consentiente, sed forsitan ignorante eo, qui tutor fuerat ordinatus, hanc dispositionem ut prædictum absurdum evitetur, eodem loco Imperator ad curatores aliosque similes extendit, quorum curæ ac directioni aliquis est commissus. Sic etiam ut absurdum evitetur, largissimam interpretationem fieri posse docet *Cornei. cons. 188. lib. 2.* jus civile enim nonnunquam crudè intellectum & applicatum in injuriam degeneraret, & dehinc ne impingat in injustitiam, attemperatione aliqua vel potius verâ legislatoris intentionis explicatione indiget ex bono & æquo.

59 Vicissim ut absurditas evitetur, etiam generalis dispositio legis restringenda est, & dictio universalis resolvitur in particularem, *Felin. in cap. nemo. X. de Simonia. Mantica de conjecl. ult. volunt. lib. 3. tit. 7.* ubi hoc legis interpretatione usque aded receptum esse tradit, ut ad absurditatis evitacionem à verbis legis prorsus recedendum & ita mens tantum observanda sit. Exemplum poni potest in statuto generaliter & indistinctè disponente, ut homicida poenâ capitis afficiatur, nam hoc statutum generale restringi debet ad occidentem dolosè, nec locum habet in eo, qui per culpam occidit v. g. projiciendo lapidem absque animo occidendi, cum absurdum sit inter dolosam & culpofam occisionem non constitui poenæ differentiam, quæ planè jam in jure communi constituta reperitur, quo propter culpam latam occidendo commissam poenæ legis *Corneliæ de sicariis* locus non datur *l. in lege. ff. ad leg. Cornel. de sicariis.* Aliud hujus doctrinæ exemplum cum glossa poni potest in *l. 2. cod. de noxal. act.*

60 Neque dictis obstat, quodd absurdum in jure nostro admittatur *l. ita vulneratus. §. 1. vers. quòd si quis absurde. ff. ad leg. aquil.* ubi dicitur absurdus longè esse neutrum occisi servi nomine teneri, ergd fatetur ibidem J. C. absurdum esse duos occisi servi nomine teneri & unum majorem alterum verò minorem æstimationem præstare debere. Sic etiam in *l. 35. §. 1. ff. de rei vind.* dicitur, si petii fundum alienum, & Judex condemnavit possessorem ad eum mihi restituendum, quodd eodem errore etiam condemnabit possessorem ad fructuum restitutionem, quia hi lucro possessoris, qui victus est, cedere non debent, ergd ex his omnibus infertur, quodd evitatio absurditatis attendi, aut ad extensionem vel restrictionem legis sufficere non debeat. Nec inquam obstat, nam

61 2. Aliquando id, quod apparenter absurdum videtur, tolerari debere, ut majus absurdum evitetur, quemadmodum in casu objectæ legis accidit, quo multò absurdus foret, neutrum puniri, cum sic delicta impunita evaderent, aut unum potius quàm alterum, tametsi re bene inspectâ absurditas ex eo evinci nequeat, quòd uterque puniatur, cum re verâ in casu citatæ legis constitui aut determinari non possit, uter potius lege aquiliâ teneatur. Responsio ista ed magis stabilitur per id, quod in

62 *fine d. l. §. 1.* habetur: multa scilicet contra disputandi rationem publicæ utilitatis intuitu esse recepta, quod ibidem etiam J. C. adducto exemplo satis

fatis evidenti comprobatur, agens: si plures trabem furati sunt, quam singuli ferre non possent, furti actione omnes tenentur, quamvis subtili ratione dici possit, neminem eorum trabem furto sustulisse.

Hæc omnia etiam confirmantur per doctrinam in *can. duo mala. 1. 63 dist. 13. traditam*: scilicet si duo mala occurrunt, quorum unum necessarium amplectendum venit, tunc illud esse eligendum, quod minori nexu obligare noscitur, seu quod minus est. Sic etiam in *can. 2. dist. 13. circa fin.* dicit Gregorius, dum mens inter minora & maxima peccata constringitur, si omnino nullus sine peccato evadendi aditus patet, minora semper eligantur, quia & murorum qui undique ambitu clauditur, ibi se in fugam præcipitat, ubi brevior murus invenitur, ratio, quia respectu majoris mali minus malum habet rationem boni. *Covar. de sponsal. p. 2. c. 7. §. 2. n. 9.* nam licet leges omnia peccata prohibeant, & per consequens ea committentes noxii fiant, tamen non omnia puniunt, nec puniri jubent in foro externo & in hoc sæculo, sed potius multa permittunt in hoc sensu, ne majora bona impedirentur, vel mala majora sequerentur. *Suarez. de legib. lib. 3. c. 15.*

Quartam regulam pono hanc: verba legum cum effectu esse accipienda, effectus enim principaliter attenditur & in omnibus consideratur sic in *l. nomen 164. §. ult. de verb. sig.* dicitur, verbum habere & pervenire cum effectu accipiendum esse, ita enim fit, ut non dicatur ad aliquem res pervenisse, nisi eam acceperit, ut perfecte retinere potuerit. Similiter J. C. in *lege quod vulgo. 4. ff. de S. C. Maced.* ait: quod vulgo dicitur, non licere filiosam. credi, non ad verba, sed ad numerationem & effectum crediti referendum est. Exemplum regulæ hujus poni potest in *l. s. docere autem. ff. ne quis eum, qui in jus voc. vi exim.* prohibitum est sub pœna, ne quis illum, qui ad iudicium citatus est, vi eximat, aut comparere volentem vi detineat, accidit, quod Titius Cajum in jus vocatum & iudici se se sistere volentem vi reduxerit, Cajus autem vi contra se adhibita superatâ nihilominus in tribunali consueto tempore comparuerit, ac sui copiam fecerit, an verò de hoc casu, qui in lege quidem non attingitur, aliud sentiendum & ad non secutum effectum respiciendum erit: & dicendum est in hoc casu pœnam cessare, rationem reddit J. C. in *cit. §. docere* hanc, quoniam verba cum effectu accipienda sunt, doceri enim debet per exemptionem factum esse, quod minus citatus in iudicio productus fuerit. Sic etiam id, quod in *§. cum autem 3. Inst. de empt. & vendit.* habetur, periculum rei emptæ accidens emptoris esse, intelligi debet cum effectu, si scilicet emptio & venditio fuerit perfecta, & consensus in rem ac pretium datus.

Quinta regula sit hæc: in illis quæ lege omissa sunt, probè supplendis potissimum ad rationem naturalem respiciendum est, ratio enim naturalis vim & robur legis habet, & pro lege allegari potest, cum à supremo & æterno legislatore animis hominum inscripta sit, & fallere nequeat *Surd. de aliment. tit. 1. q. 28. n. 7. & 9. & q. 44. n. 12. & q. 45. n. 58.* hinc 65

etiam in proverbium abiit, lēgem quærere, ubi est ratio naturalis, denōtat infirmitatem intellectūs. Regula hæc exemplificatur per *novel. 118.* qua post sublatam inter agnatos & cognatos differentiam Imp. ad successionem impuberis mortui etiam cognatos admittit, & antequam *novel. 118.* finem imponeret, etiam addit cognatos quoque impuberis tutelam subire cogendos esse, & sic ratione naturali monitus, quæ dictat incommoda eum tenere, quem sequuntur commoda, & tutelam cæteris paribus ad eum pertinere, qui ad emolumentum hæreditatis vocatur *l. 10. l. 37. ff. de reg. jur.* etiam casum tutelæ non voluit relinquere indecisum & omissum. Sic etiam licet frater emancipatus non fuerit olim fratris aut sororis impuberis tutor legitimus *Inst. de fiduc. tut.* quia tamen commodo successionis fraternæ nunc gaudet, atque fratri aut sorori ab intestato mortuis succedit, ideo naturali ratione præponderante etiam legitimam fratris aut sororis impuberis tutelam agnoscere debet *l. pen. cod. de legit. tut.* ob eandem naturalem commodi & incommodi rationem in *l. 18. §. l. 69. ff. de usufructu.* statutum est, si usufructuarius fundi in locum arborum de mortuarum alias arbores submisit, & usufructuarius gregis idem fecit, capita substituta cedere proprietario, priores autem arbores aut oves pertinere ad usufructuarium, naturalis enim rei ratio & æquabilitas exigit, ut incommoda mitigentur compensatione.

67 Sextam regulam adduco hanc: quoties lex ambiguis verbis concepta est, quæ diversas habent significationes, ea amplectenda est, quæ vitio caret, id est, quæ magis æquitati consonat, ex qua etiam nihil inconveniens sequitur. Igitur *Quintiliani lib. 7. cap. 9.* locus hic omnittendus non est, ubi resolvendæ amphiboliæ & ambigui sermonis tres rationes reddit, inquiring: amphiboliæ autem omnis in his erit quæstio, aliquando uter sit secundum naturam magis sermo, semper utrum sit æquus, utrum is, qui sic scripsit ac dixit voluerit. Ex hac enim significatione, quæ vitio caret, voluntatem legis colligere posse, statuit *l. in ambigua. 19. ff. de ll.* vitio autem carere illam interpretationem in dubia re, quæ benignior & æquior est, satis demonstrat *l. ea quæ 192. §. 1. ff. de reg. jur.* ubi justius & tutius esse dicitur, in re dubia benigniorem sententiam sequi, sicuti hoc ipsum ostendit *l. proximè. 3. ff. de his, quæ in testam. delent.* ubi testator hærede instituto & legatis testamento relictis mox hæredis nomen delevis, disputatione hinc inde agitata circa legatorum non delectorum validitatem tandem Marcus Antonius suâ sententiâ dixit: *causam præsentem admittere videri humaniorem interpretationem, ut ea dumtaxat existimemus testatorem irrita esse voluisse, quæ induxit, proinde non legata.* Et hanc interpretationem justiore & tutiore per *cit. §. in re dubia* asserit. Tutior inquam est, quia testamentum quo ad cætera non deleta in tuto manet, & potius valet, quàm corrumpitur. Justior est, quia æquitas; convenientius est, nè odio hæredis legatarius prægravetur.

69 His annectendam esse censui insignem Imperatoris decisionem, quæ extat in *l. 5. cod. de bon. qualib.* Jure certum erat, quodd uxor à marito sibi relicta saltem quo ad proprietatem patri suo non acquisiverit, sed sibi re-

tinue-

tinuerit, decisum autem non reperiebatur, quid de donatis à sponso sponsæ juris sit, an hæc à sponso profecta dona aut testamento relicta ad patrem sponsæ pertineant? tandem hanc dubiam circa sponsi & sponsæ significationem resolvit Imp. dicendo: etiam sponsæ patri non acquiri ea, quæ à sponso provenerunt, tenor autem resolutionis in §. *quamvis* incipit & notatu dignus est, quo ad præsentem materiam, nam ita se habet: quamvis ergò significatio nominis maritus vel uxor post cæptum matrimonium intelligatur, ex quo videlicet inducta est dubietas, attamen quia consequens est ambiguas atque legum diversis interpretationibus titubantes causas benignius atque naturali juris moderamine temperare: non piget nos in præsentem quoque negotio æquitate convenientem Juliani opinionem sequi, qui quidem de dotali prædio tractatu proposito idem jus tam de uxore, quàm de sponsa observari arbitratus est, licet lex Julia de uxore tantum loquatur, qua ratione tam sponsalitiæ donationem, quàm hæreditatem, quam sponso suam sponsam lucrari voluit, non acquiri patri, sed ad eam pervenire benignius esse perspicimus; ratio hujus decisionis est, quia hæc significatio saltem in causa favorabili vitio caret, & æquitati maximè convenit. Hinc

Regula septima profluit, si in lege idem sermo duas sententias & significationes recipit, ea juxta mentem legis accipienda est, quæ rei, de qua agitur aptior & convenientior est *l. quoties 67. ff. de reg. jur.* natura enim & conditio negotii, de quo tractatur, rectè examinanda, & dicta ac scripta juxta ea intelligenda sunt, ratio, quia legislator tanquam vir prudens præsumitur semper ita loqui, prout res, de qua agitur postulat.

Exemplum hujus regulæ extat in *princip. Inst. de adopt.* ubi dicitur naturales liberos esse in potestate parentum, hoc ita simpliciter dictum non esse exaudiendum de liberis naturalibus tantum, sed naturalibus & legitimis simul, dictat patriæ potestatis apta & recta significatio, juxta quam illi tantum liberi patriæ potestati subsunt, & patrem civiliter agnoscunt, qui ex justis nuptiis procreati sunt *princip. Inst. de pat. potest.* hinc etiam dici solet, verba legis generalia juxta naturam & qualitatem subjectæ materiæ, de qua tractatur, esse accipienda, licet in lege hoc non exprimat. Sic licet in *l. 23. ff. de reg. jur.* generaliter & sine distinctione asseratur, in deposito esse præstandam culpam, & culpa simpliciter prolata denotet culpam levem, tamen hoc generaliter dictum intelligi debet juxta naturam depositi, ex quo depositarius nullum commodum accipit, de culpa lata, quæ regulariter in deposito præstat *l. quod Nerva, 32. ff. depos. §. præterea & is. 3. Inst. quib. mod. re cont. oblig.* Ad hæc

Regula octava sequitur, legem scilicet tam diu secundum propriam verborum significationem esse accipiendam, donec manifestè constet, legislatorem ab hac verborum proprietate recedere voluisse *arg. leg. non aliter. 69. ff. de leg. 3.* ubi præceptum est, à propria verborum significatione non esse recedendum in ultimis voluntatibus, nisi constet testatorem aliter sensisse. v. g. prohibet lex simpliciter usuram seu accessionem ultra sortem, non verò specificè determinat, in quibus casibus & contractibus

bus hæc prohibitio vigere debeat, certè hic legislatoris defectus ex propria usurarum significatione supplendus & dicendum est, hanc legem tantum afficere usuras lucratorias in contractu mutui, has enim tanquam illicitam accessionem ultra sortem lex etiam Evangelica odio habet, juxta illud: mutuuum date nihil inde sperantes, non autem usuras damni emergentis aut lucri cessantis compensatorias, quas nec mutuo, nec in aliis contractibus leges improbant. *c. consuluit. 10. c. naviganti. ult. X. de usur.* nam dum ex mero mutuationis officio contra naturam contractus lucrum quis facit, charitas & dilectio proximi offenditur. *Wesenb. parat. ff. de usur. n. 4.* quamvis quo ad intentionem depravatam ob lucrum mente conceptum etiam aliquando in aliis contractibus usura committatur *Panormit. in cit. c. naviganti.*

- 74 Quæ autem sit propria verbi significatio, colligi potest ex definitione, etymologia, & aliis legibus, quibus nomen rei exponitur, ex personarum & rerum, de quibus sermo est, qualitate, ex communi usu loquendi, more civitatis ac regionis, non autem ex unius vel alterius loquendi consuetudine, quemadmodum quid nomine suppellectis juxta communem usum exaudiri debeat, docet J. C. in *l. Labeo. 7. ff. de suppl. leg.* sic etiam ex consuetudine & communi usu loquendi anniculus mori dicitur, qui extremmo anni die decedit *l. anniculus 132. de verb. sig.* annus enim civiliter non ad momenta temporum, sed ad dies numeratur, ita ut satis sit, ultimum anni diem inchoatum esse, licet exactus non sit. *l. anniculus 134. ff. de v. s.* dixi autem supra verbi proprietatem ex definitione & etymologia erui, nam definitio est earum rerum, quæ sunt definito propriæ, recta explicatio, quæ sumitur ex illis, quæ rei substantiam ingrediuntur.
- 75 Etymologia verò dat verbis proprium significatum, & explicat vocabulum per alia magis nota, præsertim quando definitio non repugnat, sic definitioni adjungit J. C. etymologiam in *l. pupillus. 139. §. territorium. 8. ff. de V. S.* ita dicens: territorium est universitas agrorum intra fines cujusque civitatis, quod ab eo dictum quidam ajunt, quod magistratus ejus loci intra eos fines jus terrendi & delinquentes summovendi habeat. Sic etiam postquam in *l. 2. ff. de reb. cred.* expositum esset, in quibus rebus mutuuum consistat, mox subjungitur mutui etymologia, quod scilicet mutui datio exinde appellata sit, quia de meo fit tuum. Hinc etiam mirum non est, quod in *can. Clericus, qui 5. caus. 12. q. 1.* vocabuli interpretatio & definitio diligenter advertenda esse dicantur.
- 76 Cavendus tamen est etymologiæ abusus, & studendum, nè quis circa inanem verborum corticem se torqueat, sed potius sensum attendat, nam legislatores aliquando verborum proprietati se non alligant *Bald. in l. 1. c. unde lib. sic in l. 15. §. 4. ff. locati cond.* per vocabulum donationis intelligitur transactio, sic etiam commodatum pro mutuo usurpatur in *l. ult. cod. de bis, qui ex pub. rationib. mut. pecun. acceper.* quomodo autem argumentum ab etymologia, negativè aut affirmativè procedat, consulendus est *Everb. in loc. argument. legal. loc. 4.*

Re-

Regula nona est ista: si in lege aliqua inveniuntur particulæ impli-77
 plicativæ, tunc præter id quod verbis expressum, aut de re certâ, per-
 sonâ aut causâ dicitur, alia adhuc comprehenduntur, & ideo supplendum
 est, quod legislator prætermisit dicere, hæc enim est particulæ implica-
 tivæ vis, quod lex tali particula instructa, ad ea, quæ expressa non sunt,
 extendi possit. Sic in *autb. habita. C. ne filius pro pat. Imp.* maximè Di-
 vinarum & sacratissimarum legum Professoribus privilegium tribuit, de
 aliarum autem scientiarum Professoribus nihil exprimit, nihilominus
 propter particulam *maximè*, quæ est implicativa, ejusdem privilegii
 etiam aliarum facultatum Professores participes esse solent. Sic etiam in
l. 30. ff. de re jud. beneficium competentix, vi cuius non potest aliquis in
 plus conveniri & excuti, quàm facere possit, maximè dicitur locum ha-
 bere inter parentes & liberos, ex qua particula eruitur præter parentes
 & liberos esse multos alios, quibus id tributum est, quod in solidum con-
 veniri nequeant, de hac autem particula *maximè* plura videre est apud
Richter adverb. signif. lit. M. adv. 7. Alia plura investigandæ æquitatis
 præcepta quin longiori examine inveniri possint, non dubito, ego his
 interim præsens caput finio, quia aliqua tantùm æquitati deservientiâ
 præcepta, non verò omnia me adducturum esse supra dixi.

CAPUT III.

De Contrariis æquitati.

SUMMARIUM.

1. Connexio materiæ ad præcedentia capita.
2. Uno contrariorum cognito facile cognoscitur alterum.
3. Æquitati contraria est subtilitas & apices juris.
4. Subtilitas causat perniciem.
5. A Judicibus non est admittenda.
6. Subtilitas evertit contractus.
7. Inopiam juris differentiam inducit.
8. Lædit veritatem.
9. Subtilitas in foro Ecclesiastico non attenditur.
10. Aristides Græcorum rex ob nimiam Justitiam expulsus est.
11. Adducitur primum exemplum, quo ostenditur, quod subtilitas æqui-
tati obstet.
12. Adducitur secundum exemplum.
13. Adducitur tertium exemplum.
14. Quod uni prodest, & alteri non nocet, æquissimum est concedi.
15. Objiciuntur aliqua pro commendatione subtilitatis.
16. Subtilitas alia rationalis & laudanda, alia irrationabilis.
17. Subtilitas rationalis non est æquitati contraria.

M a

18. De

18. Deservit ad eruendam veritatem.
19. Subtili inquisitione Imp. subditorum utilitatem inducit.
20. Subtilitas rationabilis est medium omnia rectè tractandi.
21. Subtilitas & pietas debent esse conjuncta.
22. In quo consistat rationabilis subtilitas.
23. Uxor est vera dotis domina, eamque soluto matrimonio repetit.
24. Proponitur objectio.
25. In petita cautione legatorum servandorum Judex non debet admittere exceptiones altioris indaginis.
26. Describitur magis subtilitas rationabilis.
27. Extollitur Papiniani subtilitas aliquot exemplis.
28. Gravatus fideicommissio id non restituit habens liberos.
29. Sub fideicommissio universalis continentur etiam legata & prælegata.
30. Proponitur objectio.
31. Respondetur objectioni.
32. Donatio mortuo conjuge ex contractu pertinet ad superstitem donatarium.
33. Res donatæ mortis causâ debentur, etsi hæreditas adita non sit.
34. Subtilitati rationabili adversatur crassities.
35. Pro intellectu l. ult. Cod. de hæred. instit. formantur casus.
36. Nemo prudens errat in suo nomine.
37. Constituens successorem pro hæreditate sui testatoris censetur eundem etiam pro se hæredem instituisse.
38. Institutio vertitur in substitutionem.
39. Declaratur iteratò rationabilis subtilitatis proprietæ.
40. Altero modo accepta subtilitas est perniciose deceptio.
41. Ostenditur hoc claro exemplo.
42. Dicta subtilitas est inutilis verborum aucupatio, & veritatis celatio.
43. Bonorum possessio sine verborum subtilitate peti potest.
44. Actionum formulæ sunt sublatae.
45. Hæres quibuscunque aptis verbis institui potest.
46. Non est subtilizandum in differentia syndici & procuratoris à civitate dati.
47. Sine causâ non est recurrendum ad subtilitates.
48. Sola subtilitas nullibi prodest.
49. Proponitur objectio de nullitate rescripti ob errorem constructionis.
50. Respondetur objectioni.
51. Responsio confirmatur.
52. Omissio syllabæ aut literæ non est attendenda, si veritas per subsequentiâ vel antecedentiâ haberi potest.
53. Exponitur c. inter dilectos. 6. X. de fide instrum.
54. Interpretes non debent verbum ex verbo, sed sensum ex sensu transferre.
55. Parùm refert an Judex in sententia utatur verbis, condemno aut absolvo, vel aliis sententiæ vim exprimentibus.
56. Non est verbis dialecticandum in jure.
57. Proponitur objectio & resolvitur.
58. Verborum subtilitas est speculanti permissa non judicanti.

59. *Acuit ingenia scholarium.*
60. *Multa contra rationem disputanda sunt recepta.*
61. *Subtilitates captiosæ debent sciri ad hoc, ut illis occurratur.*
62. *Advocatus debet antea dicto sensu omnia mala scire.*
63. *Ex nimia subtilitate maxima consurgunt vitia.*
64. *Hoc duobus exemplis ostenditur.*
65. *Æquitas est subtilitati præferenda.*
66. *Varia juris stricti & æquitatis acceptio.*
67. *Jus strictum ad unquem tenendum est æquitati contrarium.*
68. *Similiter rigor juris in se spectatus est æquitati contrarius.*
69. *Ex oppignoratione rei alienæ deinde debitoris factæ oritur utilis actio.*
70. *Servo oppignorato potest dari fideicommissaria libertas.*
71. *Rigor juris quandoque desinit esse talis.*
72. *Ostenditur exemplo.*
73. *Rigor juris sæpe tantum pro dubitandi ratione adducitur.*
74. *Codicilli à captivo facti postliminio confirmantur.*
75. *Jus civile in multis rigorem, jus prætorium æquitatem sequitur.*
76. *Æquitati de qua hac parte tractatur, suo modo contrariatur rigor.*
77. *In foro mercatorum non servantur apices juris sed æquitas.*
78. *Mercatores judices constituti non cognoscunt quid sit æquitas.*



Contraria regulariter postremo loco tractanda esse, i legitur in *colleg. arg. in præf. tom. 1. f. 5.* ideo postquam in præcedentibus capitibus æquitatem & ejusdem investigandæ regulas examinavi, ad hoc ultimum caput æquicatis contraria rejicere volui. Porro contraria æquitati quæ sint, facile ex dictis de naturâ & proprietate æquitatis adverti potest; uno enim contrariorum cognito, & alterum cognoscitur *princip. Inst. de tutel.* ubi dicitur, si intelligimus, quæ personæ in tutelâ aut curatione existunt, hoc ipso cæteras omnes personas, quæ nec in tutelâ nec in curatione sunt, percipimus, breviter tamen assero, æquitati contraria esse illa, quæ si quis sectari & sequi velit, notabiliter æquitas impediatur, & præsertim in judicando iniquitas committetur, & proinde ex summo jure summa injuria resultabit.

Primum autem æquitatis contrarium adstruo esse *Juris apices & subtilitatem*, nam non congruit bonæ fidei de apicibus juris contra æquitatem disputare. Assertioni meæ patrocinantur textus manifesti. Nam primò ea probatur per *l. sancimus. 7. cod. ad S. C. Trebel.* ubi Imp. monet, ne circa res pupillares nimia subtilitate utamur, per hujusmodi enim subtilitates pupilli, quorum commodis & defensionibus nos intentos esse jubet æquitas ipsa & ratio naturalis §. *impuberes. 6. Inst. de Attil. tut.* perniciem rerum suarum sentiunt. Secundò deducitur præfata assertio ex *l. scut. 4. §. si debitori concessum. 6. ff. quib. mod. pig. vel hypot. solvit.* ubi J.C. ita ait: si debitori concessa sit venditio pignoris, & hæres debitoris pignus vendiderit, facti quaestio est, an scilicet creditor concedens debitori vendi-

N

tio-

tionem pignoris etiam de hærede debitoris senserit, adeoque quæstio est an hæres debitoris pignus rectè potuerit vendere? sed respondit J. C. venditionem pignoris ab hærede rectè factam esse, & rationem reddit hanc, tales enim subtilitates, an nimirum creditor etiam de hærede cogitaverit, an venditionem concedens debitori etiam voluerit comprehendere aut
 5 excludere hæredem, Judices non debent admittere, quia Judices in omnibus præsertim autem in judicando æquitatem spectare tenentur *l. in omnibus. 90. ff. de reg. jur.* ex quibus manifeste colligitur subtilitates & apices juris maximè adversari æquitati, prout elegans de hoc est J. C. locus in *l. quiquis. 116. ff. de V. S.* ubi Javolenus respondit, non verborum figuram, seu subtilem verborum interpretationem, sed mentem & sententiam disponentis esse intuendam & amplectendam. His omnibus

6 Tertio succedit ratio, quia nimia subtilitas verborum evertit voluntates contrahentium *l. unica cod. ut actiones & ab hæredib.* & jus iniquum reddit, atque impiam juris differentiam inducit *l. 14. cod. de legit. hæred.*
 7 in qua subtilis illa apud antiquos usu recepta inter filios & filias differentia, quo ad hæreditates sublata est, nec non ultimas voluntates ob unum alterumve conditionis verbum prætermissum defraudat *l. si quis hæredem. 87. cod. de instit. & subst.* imò nimia subtilitas veritatem lædit, *Decius consil. 666. circa fin.* & damno homines afficit *l. 3. in verb. juris ratio. ff. de separat.* & nimis subtilis interpretatio potius verborum aucupatio & lucratio, quàm interpretatio dicitur *Bald. in l. omne verbum. cod. de legat.* quæ omnia minimè ferenda sunt, quemadmodum & in foro Ecclesiastico subtilitatem curandam non esse, si de veritate & mente constat præcepit Summus Pontifex in *c. dilecti. 6. X. de Judic.* ubi nomen actionis in libello exprimere pars non cogitur, si factum aliunde ita clarè in libello est propositum, ut ex eo jus agendi colligi valeat, nimia enim subtilitas turbat intellectum Jason in *l. 3. cod. de edendo.* caveant igitur Judices, ne nimium adhæreant subtilitatibus, aut argumentis scholasticis, quia tali modo nihil tam clarum erit in jure, quin capere possit aliquam subtilem dubitationem *Nevizan. in sylvæ nupt. lib. 5. pag. 560.* Meminerint etiam Aristidem Græcorum Regem ob nimiam justitiam expulsus fuisse. *Lucas de penna l. præcepit. cod. de canon. largit. lib. 10.*

11 Quantopere autem subtilitas dicta æquitatem moretur, ac impediat, subsequentiæ exempla legentem docebunt. Pone enim quoddam Titius à me & Mævio pecuniam mutuam petierit, ego verò debitori meo mandaverim, ut pecuniam petitam Titio promittat, & Titius à meo debitore deinde pecuniam acceperit, putans eum esse Mævii debitorem, quæritur nunc, an ego ad recipiendam iterum pecuniam contra Titium, qui à meo debitore pecuniam accepit, actionem habeam? & certè subtilitate inspectâ dicendum foret, mihi contra Titium actionem non competere, quia verum est, quoddam ego ipsi pecuniam non crediderim, cum pecuniam Titius non à me sed à debitore, quem non meum sed Mævii debitorem esse putavit, acceperit; nihilominus decidit J. C. in *l. si me. 32. ff. de reb. cred. rejectâ hâc subtili ratione mihi juxta æquum & bonum actionem compete-*

petere, subjctâ illâ æquissimâ ratione, quia pecunia mea (quam aliàs debitor mihi solvere debebat, nunc autem fingitur, quasi eam mihi solutam Titio numeraverim) ad te pervenit, hinc eam mihi à te reddi, æquum & bonum est. Quivis nunc advertere potest, quanta iniquitas foret, si subtilitati prædictæ inhærendo (quodd scilicet ego pecuniam manibus meis non tradiderim Titio, & proinde mutuuum ex meo tuum factum non sit) actio mihi denegaretur, nam sic Titius lucro injusto & ego gravi damno afficerer.

Aliud subjicio exemplum v. g. Pater accepit pecuniam à me mutuam, 12 hanc verò in alimenta liberorum impendit, & contractis multis debitis decessit, propterea liberi à paterna hæreditate abstinerunt, poterone hoc casu mutuam pecuniam patri datam à liberis, qui locupletes sunt, repetere? & certè inspectâ juris subtilitate liberi à me conveniri nequeunt, quia non sunt patris hæredes, ergò actionem contra patrem competentem excipere non tenentur, deinde extat *tatus tit. nè filius pro pat.* interim tamen cum pecunia mea utilitati liberorum impensa fuerit, denegatâ mihi contra liberos actione aut saltem officii Judicis imploratione sequeretur liberos ex pecuniâ meâ commodum reportare, me verò damnum manere, quod admittendum non est, igitur potius juxta æquitatem, quæ dicitur pecuniam meam, quæ ad te pervenit, à te mihi reddendam esse, quàm recensitas subtilitates procedendum ac statuendum est liberos dictam pecuniam patri mutuam refundere teneri. *Stryk. de act. forens. invest. sect. 1. mem. 2. §. 50.*

Similiter si vicinus meus in fundo suo opus aliquod habet, ex quo 13 per aquam pluviam meo fundo damnum infertur, illud verò nocivum opus non fuerit manu vicini factum, sed vel situs naturalis vel vicinum flumen ita effecerit, mihi actio aquæ pluvie arcendæ contra vicinum inspectâ subtilitate minimè competit, quia juxta *l. 1. ff. de aq. & aq. pluvie arcend.* actio prædicta tunc viget, si vicinus meus manu sua opus fecit, vel fieri curavit, quo aqua aliter flueret, quàm naturâ soleret, interim tamen ponderatâ æquitate mihi saltem utilis aquæ pluvie arcendæ actio contra vicinum saltem ad hoc conceditur, ut is patiatur meis sumptibus opus illud fundo meo nocivum destrui *l. 2. §. 5. ff. de aq. & aq. pluv. arcend.* ratio hujus decisionis fundatur in æquissima illa regula: quod tibi non 14 nocet, & mihi prodest, denegandum non est. Et hoc in pluribus casibus evenire potest, quibus inhærendo subtilitati & verborum scrupulositatibus actio saltem directa non tribuitur, intuitu tamen æquitatis & ex prudentum interpretatione actio utilis locum sibi vindicare solet.

Dices subtilitas in legibus frequenter commendatur, sic enim in *l. 15. 15 cod. de legit. hæred.* habetur, quodd ipsi legumlatores præmissio subtiliori tractatu leges ferre debeant, sic etiam Judici in *l. properandum. 13. §. sin autem. 3. cod. de Jud.* præcipitur, ut cum omni subtilitate in causam inquireat, immò de juris studiosis in *constit. omnem. §. 5. vers. quibus si bene se se imbue-* rint. in qua præscribitur ratio docendi juris, legitur, quodd postquam in quinti anni metas constitutionum codicem subtiliter intelligere studuerunt.

runt, nihil eis legitimæ scientiæ deerit, & in *orat. de confirmat. digest.* Imp. non tantum subtilitatem optimum conciliandarum legum remedium esse ait in illis verbis: *Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vendicabit, si quis subtili animo rationes diversitatis excutiet.* sed etiam ibidem pauld inferit Julianum ob id extollit, quod fuerit legum & edicti perpetui subtilissimus conditor, ergo subtilitates non sunt contemnendæ, aut inter æquitatis contraria ponenda.

- 16 **2.** Distinguendum esse inter subtilitates, nam subtilitas alia est rationabilis, nervosa & sobria, quam etiam donum Dei esse affirmat *Cotbman. Resp. Acad. 1. v. 453.* & inter irrationabilem perniciosam & captiosam, quæ sæpe in legibus nihil obscuritatis habentibus ingerit quæstionem ac difficultatem ex studio, ut obscuritas introduci & veritas celari possit, quam sectantes omnino callidi & fatui dici merentur, qui grandi & tacto naso se in quibusdam inquisitionibus plus quàm necesse est, exercentes ex nimia subtilitate falluntur, *Luc. de penna cod. de profes. qui in urbe con-*
- 17 *stinop. docentes. l. unica n. 16.* subtilitas ergo primo modo accepta quàm maximè admittenda est, neque eam existimo esse æquitati contrariam, quoniam ea ad veritatis indaginem deservit & Judicibus sumopere commendatur, sic enim Imp. monet Judicem in *l. unica. cod. de sent. quæ pro eo,*
- 18 *quod interest.* ut allegatum interesse sua subtilitate examinet, damnum emergens aut lucrum cessans secundum veritatem, & non juxta immodicam actoris æstimationem aut machinationem inquiret atque taxet, sic etiam in *l. 10. §. plurimum. ff. de quæst.* J. C. hortatur Judicem, ut tormenta accusato non inferat, prout accusator postulat, sed prout moderatæ rationis temperamenta desiderant, ubi ulterius dicit, plurimum autem in excutienda veritate vox ipsa & cognitoris subtilis adfert diligentia. Subtilem autem hanc diligentiam in eo consistere ex *d. l. §. 1.* eruo, ut Judex advertat, quo sermone, quâ constantiâ aut trepidatione accusatus loquatur, & cujus existimationis sit, ac alia similia.
- 19 Et hæc est laudanda illa subtilitas, cujus primò in *novel. ut Judices sine quoquo suffrag. in princip.* Imp. meminit, inquiens, nos pro omnibus subditis cogitationem ac sollicitudinem suscipimus, & per omnem curiositatem ac subtilem inquisitionem discurremus, illa agere quærentes, quæ utilitatem nostris subditis introducunt, omni eos onere ac damno extrinsecus illato liberant; quam etiam secundò in *novel. de nupt. §. quoniam infirmas.*
- 20 nuncupat esse rectum medium omnes casus pertractandi, postquam enim constituisset, lucra ad filios primi patrimonii pertinentia à patre annullari non posse, & alienationem secutam esse irritam, deinde hæc verba profert: *Sed hic quidam nobis pridem ingressus est sensus subtilis & sollicitus, &*
- 21 *medium utrorumque casuum pertractans.* Hæc inquam est præclara illa subtilitas, cui tertid in *novel. quomod. natur. eff. sui. cap. 5.* Imp. adjungendam esse pietatem censuit in verbis: *oportet enim per omnem viam subtilitatem simulque pietatem transire.* ibidem statuens patre mortuo liberos legitimos paternam hæreditatem ab intestato capere, naturales autem ex substantia patris boni viri arbitrato alendos esse, nullâ inter masculos aut feminas intercedente differentiâ.

Igitur subtilitas præfata in eo consistit, ut Judex accerrimum veri-²³
tatis examen habeat, perpensis ac trutinatis omnibus, quæ in casu coram
se controverso ad rem apta & pertinentia principaliter consideranda sunt,
observatis solidis Jurisprudentiæ principiis, omissis & non attentis illis,
quæ rei veritatem confundere & opprimere possent, quæ apparenter qui-
dem juris splendorem sapere, & non modicam partem veri habere, re ipsa
autem nil nisi fucum in se continere videntur. Hæc omnia fundata sunt
in *l. in rebus. 30. c. de jur. dot.* ubi uxori facultas datur res dotales soluto ma-
trimonio repetendi, non obstante, quod eidem objici possit, res istas ma-
rito traditas fuisse, & sic maritum earundem dominum effectum esse, pro-²³
inde uxorem has res tanquam mariti proprias non posse vindicare, nam
ait ibidem Imp. non enim quod legum subtilitate transitus earum in ma-
ritum fieri videatur, ideo rei veritas deleta & confusa est, ut sic mulieri
plenissimè consulatur, sive naturali jure ejusdem mulieris res esse intelli-
gantur, sive secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam perve-
nisse videantur, Judex enim ad veritatis fidem investigandam omnia ad-
hibere debet *l. is, apud quem. 2. c. de edendo.* & Judicis subtilitas in eo ver-
sari debet, ut accerrimam veritatis indaginem argumentis, testibus, scrip-
turis instituat *l. ubi falsi. 22. cod. ad leg. cornel. de fals.*

Dictis obstat *l. 1. cod. ut in possess. legat.* ubi Imp. Anton. Pius ita re-²⁴
scripsit, quoniam nihil actor amplius postulat, quàm ut fideicommissi no-
mine satisfidetur: non debet is, qui juri dicundo præest, subtiliter cogno-
scere, debeatur nec nè fideicommissum, sed tantum decernere, ut satis-
fidetur, ergo subtilitas à Judice non requiritur, nec ejus est tanto studio &
conatu in veritatem indagare.

25. Casum legis esse talem, quo legatarius petiit ab hærede sibi cau-²⁵
tionem dari propter legatum sibi sub die aut conditione relictum, hæres
autem cautionem præstare recusavit dicens: legatum non esse validè re-
lictum, hoc igitur casu monet Imp. Judicem, ut non subtiliter & per viam
ordinariam sollicitè inquiret, an legatum validè sit relictum vel non, hæc
enim exceptio est altioris indaginis, quæ ad plenariam causæ cognitio-
nem remitti debet, igitur non debet Judex de hoc sollicitus esse, an lega-
tum valeat vel non, sed tantum petitam satisfactionem summam pertra-
ctare, proinde etiam *ly subtiliter* in hac cit. lege habet sensum hunc: quod
non oporteat se in eo detinere & pro hinc & nunc indagare, an legatum
valeat vel non, hoc enim poterit hæres in alio Judicio proponere, & Ju-
dex diligenti inquisitione discutere, sed interim satisfactionem pro legato
relicto, in quo versatur præsentis judicii materia, imponere, & reliqua
deinde nihilominus exactè & subtiliter indagare.

Hinc etiam ni fallor profluit illius subtilitatis laudandæ cognitio,²⁶
quam Juris-Consulti præferre, præsertim autem juxta *l. unic. cod. de pro-
fes. qui in urb. Constantinop.* Professores observare debent, hæc enim nihil
aliud est, quàm accurata perspicax ac utilis principiorum juris perscruta-
tio, ex qua hauritur genuinus legum intellectus, quæ etiam mediante oc-
currentia facta controversa enucleantur, qua qui præditi sunt, noscunt

leges & rationes apta interpretatione inducere, & comprehendunt ac advertunt illa, quæ abscondita sunt & multos latent. Et hæc subtilitas æquitatem in omnibus adjuvat, quia regularum vim, fallentias & ampliationes earundem mentis acumine penetrat, & non in verborum formulis ac figuris consistit, sed res ipsas & rerum fundamenta investigat.

- 27 Subtilitatis hujus famâ maximè gloriatur Papinianus J. C. quem Imperatores ipsi multis in locis acutissimi ingenii virum nuncuparunt, ejusque subtiles sententias amplexi sunt. Ex multis lubeat referre pauca, sic laudatur ante alios excellens Papinianus in *l. cum acutissimi. 30.*
- 28 *cod. de fideicom.* ob responsum suum, quo post institutam subtilem circa mentem testatoris investigationem, inspectâ testatoris & hæredis qualitate, ac propensione testatoris in hæredem, decidit, si descendentes testatoris gravati sunt post mortem suam restituere hæreditatem, hoc intelligi debere, si gravati restituere hæreditatem, decesserint sine liberis, licèt de hoc subintellecto testamentum nulla verba contineat, nam ad ita respondendum permovit conjectura pietatis, quod scilicet non credatur pater suos descendentes postponere voluisse fideicommissario, aut hunc magis diligere, quàm sanguinem suum, quam conjecturam Papinianus omnino subtili suâ investigatione deprehendit, & invenit minus scriptum esse, quàm in animo testatoris fuerit *l. cum avus 102. ff. de condit. & demonstr.* sic etiam prudentissimi Papiniani subtile responsum sequitur Imp. in *l. cum virum. 16. cod. de fideicom.* ubi in quæstione, an hæres rogatus restituere, quidquid ex hæreditate ad se perveniet, teneatur etiam prælegatum sibi à testatore relictum restituere? insigni ingenii acumine respondit, in fideicommissio universalis generalibus verbis relicto comprehendendi etiam legata ac prælegata, & sic rogatum restituere sub dictâ formâ teneri etiam restituere prælegatum sibi relictum, non obstante; quod non videatur rogatus esse, nisi portionem hæreditariam restituere, prælegatum autem non habeat jure hæreditario, quia longè subtiliore animo quæstionem propositam scrutatus est Papinianus, & advertit negari non posse, quin etiam hoc prælegatum ex hæreditate testatoris ad hæredem pervenerit, legatum enim delibationem esse hæreditatis constat, quia legato testator vult legatario aliquid conferre ex eo, quod aliàs universim hæredis foret *l. legatum. 116. ff. de legat. 1.*
- 30 Dicto Papiniano responso obstat *l. unum ex familia, 67. §. ult. cum l. seq. 68. ff. de legat. 2.* ubi Marcus Imperator juris religiosissimus ita dicit, si maritus uxore hærede institutâ ita in testamento locutus est, *non dubito uxorem meam quæcunque à me accipiet, reddituram esse liberis suis*, his verbis fideicommissum esse factum, & uxorem teneri hæreditatem à marito acceptam liberis reddere, non tamen ob dictam verborum generalitatem uxorem etiam obligatam esse liberis reddere res à marito vivente donatas, licèt hæc donatio vivente marito adhuc invalida demum morte mariti convaluerit, ergò adductum Papiniani responsum subtilitatis laude vacuum immò juri contrarium est.

¶ Per objectas leges Papiniani responso nec minimum detrahi 31
convenienti studio diversitatis rationem placebit investigare, quæ in eo
consistit, quodd in fideicommissio universalis atque ejusdem restitutione non
contineantur alia, quàm quæ ad gravatum ex ultima testatoris voluntate
perveniant *l. uxorem. 41. §. testamento filium. in fin. ff. de legat. 3.* igitur cum
prælegatum titulo ultimæ voluntatis hæres gravatus capiat, Solidissimè
Papinianus respondit, hæredem etiam teneri cum fideicommissio univer-
sali restituere legatum, longè alia est donationis in objectis legibus natu-
ra & proprietas, nam res donatæ ad uxorem pertinent non ex ultima vo- 32
luntate, sed contractu donationis cum vivente marito inito, quam do-
nationem uxor habitura fuisset post obitum mariti etiam alio hærede in-
stituto.

Nec refragatur, si dixeris, hæc donatio marito vivente non valuit, 33
immò potuit revocari, proinde ob non factam revocationem confirma-
ta est per mortem, ergò uxor habet res donatas ex ultima voluntate, nam
respondeo adhuc verum esse, quodd uxor donationem non habeat vi ul-
timæ voluntatis, licèt per mortem mariti confirmata sit, hoc ostendo ex
eo, quia ea, quæ proveniunt ex ultima voluntate, non debentur nisi adi-
ta sit hæreditas, non aditâ enim hæreditate ultima voluntas irrita fit, &
sic etiam ea concidunt, quæ in ultima voluntate fundantur *l. eam quam. 14. cod. de fideicom.* donatio autem mortis causâ, cui prædicta inter mari-
tum & uxorem inita donatio in hoc similis est, debetur, etsi ex testamen-
to hæreditas adita non sit, quia confirmatur per solam mortem, non ve-
rò per testamentum *l. non videtur. 32. ff. de mortis caus. donat.* & quo ad hoc
longè dissimilis est legatis, quorum firmitas ex testamento & hæredita-
tis aditione pendet *l. post legatum. 5. §. qui mortis. 17. ff. de bis quib. ut indig.*
Clar. l. 4. §. donatio. q. 5. n. 2. c. 3.

Ex dictis nunc colligi potest subtilitati præfatæ admodum adversari 34
crassitiem, seu crassiores & sine sagaci inquisitione & perscrutatione con-
ceptas opiniones ac sententias, quarum talem speciem refert Imp. in *l. cum*
in libris. ult. cod. de heredib. instit. Titius faciens testamentum ita in eo di-
xit: *Sempronius sit Blotii hæres*, mortuo Titio quærebatur, an his verbis
censeatur Titius sibi hæredem instituisse sempronium? quod affirmabant
multi dicentes, idem esse quasi testator dixerit, Sempronius sit Titii hæ-
res, proinde per hoc, quodd non Titii sed Plotii nomen in testamento po- 35
situm sit, nihil nisi errorem in nomine commissum esse, error autem in
nomine non viciat institutionem, si de persona & corpore testatoris con-
stat *l. si in nomine. 4. cod. de testament.* & *quemadmodum testam. aper.* ubi
error in nomine, prænomine aut cognomine veritati non officit, si de eo
quod testator sensit, constat, sed hanc sententiam crassiolem & non pen-
satis jurium fundamentis quasi obiter conceptam in *d. l. ult.* Imperator
pronuntiat, & ex prædictâ formulâ validam hæredis institutionem erui
posse negat, ratio, quia nemo hominum ita supinus & magis stultus in 36
venitur, ut suum nomen ignoret, aut alieno nomine se significare vel-
let, subtiliori autem tractatu habito ex prædictâ formulâ & alieni nomi-
nis

nis insertione in diversis casibus institutionem aut substitutionem resultare Imp. existimat. Et quidem

- 37 Primus casus est: si Titius fuit à Plotio hæres institutus, eisque successit, deinde autem in suo testamento ita dixit: *Sempronius sit Plotii hæres*. Nam hoc casu censetur testator voluisse, ut Sempronius pro Plotio hæres à se assignatus etiam censeatur suus hæres esse, quasi hoc ipso Titius, Sempronius non tantum Plotii, sed etiam Titii hæres sit, nam consequentia ista formari potest, Titius voluit ut Sempronius sit hæres Plotii, ergò verosimile est, similiter voluisse, ut Sempronius sit suus hæres, quia Plotii hæres non potest Sempronius esse nisi mediante Titio, sonat enim trita juris regula: quòd hæres hæredis etiam censeatur hæres esse primi testatoris, ergò volens suo testatori facere hæredem consequenter censetur voluisse Titius, ut Sempronius etiam suus hæres sit, & mediante Titianâ hæreditate etiam in Plotii hæreditatem succedat.
- 38 Secundus casus pertinet ad substitutionem & est talis: Titius in testamento ita disposuit, *Sempronius sit Plotii hæres*. hoc casu si Titius in suo testamento instituit aliquem hæredem, qui vocatur Plotius, censetur Sempronius Plotio substitutus esse, & testator voluisse, ut si Plotius non esset futurus hæres, Sempronius succedat Titio testatori, non obstante, quòd verba testamenti relata esse videantur potius ad Plotium quàm ad testatorem. Et hoc casu ista substitutio censebitur esse vulgaris, si Plotius est extraneus, si autem testatoris pupillus, vale re poterit substitutio ista ut pupillaris. *Paul. de Castro. in cit. l. cum in libris. ult. cod. de hæred. instit.* Consistit igitur hæc laudanda subtilitas in aliqua profunditate & ingenio excelso, vi cujus involuta aperiuntur, ambigua declarantur, & quæ aliàs ob mortalis ingenii exiguitatem aut ipsius rei vitium non facile percipiuntur, tandem vehementiori studio adhibito plenè attinguntur ac penetrantur.
- 40 Econtra subtilitas altero & secundo modo accepta odio omnino digna & viro bono æquitatis ac Justitiæ studioso indigna judicatur, nam hæc aut consistit in aliqua perniciosâ cavillatione, per quam ab evidenter veris brevissimis mutationibus, minutiis, adjectionibus ad evidenter falsa perducimur, & res sensim ad absurdum deducitur, nec non incauti homines facillimè à veris illaqueantur & irretiuntur; & hanc præsertim in judicando, & in iis, quæ bona fide tractata sunt, admittendam non esse
- 41 docet J. C. in *l. si fidejussor. 29. §. quedam tamen. ff. mandat.* tali exemplo: Titius accepit mutuos mille florenos me fidejussore dato, lapso aliquo tempore creditor mediante Cajo milite ad hoc constituto procuratore à me fidejussore solutionem exigit, ego opposui beneficium ordinis seu excussionis, Titio autem non præsentem, & sic non facile convenibili damnatus sum ad solvendum, dictos mille florenos etiam solvi Cajo procuratori, neque illi objeci exceptionem, quòd non possit esse procurator, cum sit miles, jam si actione mandati peto mihi à Titio debitore principali solutionis refusionem fieri, ille verò mihi opponat, quòd non debuissim Cajo solvere, sed illi opponere exceptionem procuratoriam, quæritur an sit audiendus?

Et

Et videtur dicendum Titium audiri debere, nec teneri mihi solutionem refundere; ratio, quia si fidejussor solvit procuratori, qui talis non est, pecuniam solutam non repetit actione mandati à debitore principali, sed ab eo, cui solvit *l. inter causas. 26. §. mandato tuo. ff. mand.* nam fidejussori nocere debet, quod exceptione, qua solutionem evitare potuisset, non fuerit usus, ergo etiam in casu posito actione mandati non potero ad solvendum compellere Titium, quia ego fidejussor solutionem mille florenorum illi præstiti, nimirum Cajo, qui de jure non potest esse procurator, & sic idem est, quasi solutio facta fuisset non procuratori, cum idem sit aliquid non esse, vel non ritè & legaliter esse factum, & sic mihi imputandum est, cum non opposita exceptione solverim.

Respondit tamen J. C. *in cit. §. quedam tamen.* te mihi fidejussori actione mandati obstrictum esse ad refundendam solutionem; ratio, quia hic de bona fide agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare, sed de hoc tantum, an debitor fuerit, nec nò, quasi J. C. monitos nos esse velit, hoc, an Cajus de jure possit procuratoris officio fungi, esse meram subtilitatem, quæ hic curanda non est, ubi constat pecuniam reverà esse debitam, & Cajum à Creditore pro recipienda pecunia habuisse verum mandatum, nec attendendum est, quod ego non opposuerim exceptionem procuratoriam, quia per hanc non potuissem probare, pecuniam petitam non esse debitam, sed tantum solutionis dilationem extorquere, quod bonæ fidei non congruit, cum non possint creditores pecuniis suis diutius defraudari. Ex hoc exemplo patet, quàm perniciofa sit hæc subtilitas, abusivè tantum talis dicta, quia in se nihil aliud est, quàm insidiosa ratiocinatio & fraus, quæ sermones hinc inde serendo & mutando, addito aut demto aliquo evidenter injusta inducit.

Aut captiosa hæc subtilitas consistit in nudis verborum vocabulis verborum & rectum sensum celando, ac inani & supervacuâ verborum figurâ, quæ dum res ipsa adest, nil nisi inutilibus disputationibus causam præbet, quas inanes verborum deceptiones Imperatores ipsi jam in multis juris locis sustulerunt, sic juxta *l. ult. cod. qui admit. ad bon. posses.* exclusis verborum inutilium deceptionibus apud quemcunque judicem qualicunque etiam testatione bonorum possessio agnosci potest, sic etiam in *l. 1. §. l. 2. cod. de formul. & act. impet. subl.* ait Imperator juris formulæ aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus penitus amputentur, nec ulli prorsus liceat non impetratæ actionis formulæ exceptionem opponere, si aliunde apta & proposita negotio competens actio instituta fuerit. Sic tandem tertio rescriptum legitur in *l. quoniam. 15. cod. de testam.* indignum esse propter inanem observationem judicia mortuorum irrita fieri, proinde imaginarius verborum usus necessarius non est, sed hæredis institutio quibuscunque voluntatem testatoris exprimentibus verbis fieri potest sublata verborum solemnium necessitate. Similiter constitutum est in *l. ult. cod. de bis, qui in Eccles. manumitt.* libertatem sine ullo verborum ornatu concedi posse.

Hac de re extat præclarissima decisio *David. Mer. decis. p. 2. decis. 35. 46*

- ubi præfatus author ita scribit: causæ civitatum aguntur aut per syndicum, qui omnium litium & negotiorum velut necessarius curator est, aut per actorem, cui unius aut alterius litis procuratio committitur, his enim nominibus publici litium procuratores distinguuntur; cùm autem aliquando civitas non syndicum sed procuratorem ad litem solitâ procuratorum formâ constituisset, dubitatio exinde orta fuit, sed re pensitatâ existimatum fuit, ideo nec personam constituti procuratoris, nec mandatum illius rejiciendum esse, cùm præter omissam syndici & usurpatam procuratoris vocem contineret omnia, quæ ad mandatum actoris aut defensoris requiri possunt, proinde magis spectanda est res quàm vocabula, præsertim eùm etiam syndicus nihil aliud sit, quàm publicus procurator, supervacuis enim distinctionibus locus dandus non est, *l. antiquæ. 23. cod. ad S. C. 47 Vellej.* neque ad legum subtilitatem sine causa recurrendum esse statuit *l. sancimus. 25. cod. de administ. tut.* ubi solvens tutori annuam pensionem non adhibitâ juris autoritate nihilominus plenissimam liberationem consequitur, quia hæc subtilitas in solutione annuæ pensionis non desideratur. Ratio omnium dictorum est, quia nihil odibilis subtilitate, ubi sola est subtilitas, quæ nec domi, nec militiæ, nec in foro, nec in claustro, nec in cura prodest *luc. de penna cod. de profes. qui in urb. constantinop. n. 16.* multos enim esse, qui subtilitate sermonis graviter seducuntur ait liberius Papa in *can. suggestum. 64. caus. 7. q. 1.*
- 49 Objicies *c. ad audientiam. 11. X. de rescript.* in quo propter errorem in constructione aliqua commissum rescriptum nullam fidem meretur, ergò quo ad verborum formam supra allata subtilitas & aucupatio contemnenda non est, sæpe enim inversione unius syllabæ magna rerum momenta vertuntur, sic in *c. dilectos. 6. X. de fid. instrum.* instrumento vis sua denegatur ideo, quia in sigillo, quo id corroboratum inveniebatur, duæ literæ deficiebant, nec tale spatium intercedebat, ut legi potuerit *Lnicardus*, sic etiam responsio non convenientibus interrogationi verbis facta vitiat stipulationem §. *præterea. 5. Inst. de inutil. stipulat.*
- 50 R. Concesso antecedente negando consequentiam, objectam *cap. ad audientiam. 11.* quod attinet, ex eo nihil aliud erui potest, quàm quodd propter manifestum latinitatis errorem rescriptum censeatur esse falsum, & à sede Pontificiâ minimè impetratum, ratio, quia cùm ejusmodi rescripta, antequam expediantur & supplicantibus extradantur, multorum officialium manus & diligentem inspectionem & censuram subeant, non est verosimile, tam patentem errorem non observatum aut correctum fuisse, unde ex hoc capitulo non nisi præsumptio falsitatis colligitur, quæ tale rescriptum producenti opponitur, minimè autem ex eo eruitur, quodd superstitiosè & nimis subtiliter una alterave syllaba ponderanda, numerus syllabarum intuendus, aut verborum scrupulositati pertinaciter inhærendum sit, ubi non obstante unius aut alterius literæ defectu, aut verborum transpositione de rei veritate constat, cùm veritas, quæ sola intuenda est, rerum gestarum erroribus non vitietur *l. illicitas. §. veritas, ff. de off. præsid.*

Responsioni huic suffragatur insignis textus in *l. ex parte. 11. X. de fid. 51*
instrument. ubi Romanus Pontifex gravissimè in eos invehitur, qui ob
 id volebant rescriptum improbare, quòd in eodem vocabulum *spoliarit*
 fuerit inventum sine figura seu literâ O additâ ibidem ratione istâ, quòd
 prædictum O ex vitio aut nimia scriptoris occupatione fuerit quidem
 omissum, rescriptum tamen per præcedentia & subsequenta potuerit in-
 telligi. Ad idem etiam conducit *l. 1. cod. de contrab. & comit. stip.* ubi Se-
 verus & Antoninus Imp. ita rescripserunt: licet epistolæ additum non
 sit stipulatum esse eum, cui cavebatur, tamen si res inter præsentis gesta
 est, credendum est præcedentem stipulationem vocem spondentis secu-
 tam esse, nam error aut omissio unius verbi officere non potest veritati,
 sic statum liberorum non posse lædi propter tenorem instrumenti malè
 & erroneè concepti, decisum extat in *l. Imperator. 8. ff. de stat. bon.* simili-
 ter ad ambiguitates testamentorum tabellionum incuriâ scriptas, vel ad
 ordinis perversionem in ultimis elogiis respiciendum non est, si testatoris
 voluntatem manifestam habemus. *l. ambiguitates. 24. cod. de testam.*

Nec minimùm adductam objectionem promovet *cit. c. inter dil. c. 6. 53*
 nam ibidem non agitur de inani verborum formâ & literarum omissione,
 sed sciendum est productum fuisse in iudicio instrumentum seu quoddam
 privilegium donationis, cùm autem dicti instrumenti sigillum nec con-
 sueta insignia & imagines, nec characteres cognoscibiles aut literas signi-
 ficativas, cujus id sigillum sit, in se contineret, nec non alia falsitatis in-
 dicia fuerint reperta, ideo prædictum instrumentum fuisse rejectum; qua
 propter *cit. c.* casus longè differt ab argumento in contrarium adducto,
 & minimè subservit inutili verborum perscrutationi, quam supra solidif-
 simis fundamentis rejeci & statui, propter unius aut alterius syllabæ de-
 fectum non esse subtilizandum, aut gestis & actis conscriptis fidem de-
 rogandam, si eo non obstante veritas actorum & gestorum patet, præ-
 fertim, si error in scribendo commissus, vel literæ aut syllabæ omissio sit
 excusabilis, aut versetur in illis, quæ substantiam rei non concernunt.

Singulariter præterea hoc loco observandum, & illis, qui non nisi
 vanam ex verborum aucupatione subtilitatis gloriam quærun, inculcan-
 dum occurrit, quòd Romanus Pontifex in *c. 8. X. de V. S.* statuit dicens:
 propterea si prolixam epistolam ad interpretandum fortassis accipere con-
 tingerit, rogo non verbum ex verbo, sed sensum ex sensu transferatis,
 quia plerumque dum verborum proprietates attenditur, veritatis sensus &
 intellectus mittitur. Sic quamvis sententiæ Judiciales soleant his verbis
 concipi: *condemno* aut *absolvo*, hæc enim sunt usitata sententiarum ver-
 ba, nihilominus exquisitâ inani subtilitate sententiæ autoritas non de-
 negatur ob id, quòd in sententia Judex hæc verba protulerit, *statuo* aut
precipio ut hoc facias. quia nihilominus hæc verba rem perfectam signifi-
 cant, nec aliquis debet verba, sed voluntatem & intentionem conside-
 rare, *c. in his. 15. X. de V. S.* His accedit, quòd verbis subtiliter dialecti-
 candum non esse moneat *Mantic. de conject. ult. vol. lib. 1. tit. 1. n. 4.* legum
 enim conditores verbis non dialecticant, sed rerum exitus ponderant,

neque verborum apices ad unguem observari debent, quia leges non verbis, sed rebus feruntur *l. 2. c. commun. de legat. in fin.* nam controversia verborum torquet homines contentionis cupidiores quàm veritatis, & ideo pertinacibus relinquenda est. *Mantic. cit. loc.*

- 57 Nec obstat si quis ita urgere tentaverit: subtilitas quæcunque non est sine utilitate, ergò etiam toleranda est subtilitas, quæ verborum figuram sequitur, & exinde argumentationem desumit, non obstat inquam, nam etli subtilitas non sit sine utilitate, saltem acuminis intellectus, nam
- 58 ferrum ferrò acuitur, & homo exacuit faciem amici sui *proverb. c. 27. v. 17.* tamen hujusmodi subtilitatem non judicanti sed speculanti permissam esse tradit *Salomont. in §. responsa. Inst. de jur. nat. gent. & civ.* Et Jasonem quondam
- 59 studioso in circulis dixisse refert *Neviz. in syl. nupt. lib. 5. pag. 552.* Amice istæ subtilitates sunt utiles, dum es scholaris, quia acuunt ingenium, sed quando eris in actu practico, sequere opiniones magis reales & communes; & pro hoc etiam extat J. C. responsum in *l. ita vulneratus. 51. §. ult. ff. ad leg. aquil.* dicentis: multa jure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse, innumerabilibus rebus probari potest, quasi innuere vellet, non omnia, quæ subtili ratione in scholis controversantur, foro convenire, prout etiam quàm plurimæ inter theoriam & praxim forenses differentie interveniunt, quas eximio studio collegit *Wisembach. disput. 57.* Cavendum tamen est, ne practicis plus fidei tribuatur, quàm recepto usu fori probare possunt, judicialis enim experientia compertum fecit, quàm multi theoreticis fundamentis & sano juris puncto destituti omnia in theoriz (sine cujus principiis solida jurisprudentia aut praxis consistere nequit) contemptum & eversionem turpiter moliantur, & non rarò Judicem ipsum ad juris communis suppressionem inducere conentur.
- 61 Vel melius dici potest, dictas subtilitates non esse sine utilitate, quatenus aliquis earum cognitione ita se imbuere cupit, ut resultantibus exinde machinationibus occurrere & impias cavillationes adversarii contra justam causam adhibendas diluere sciat, non autem ut quis contra proximum, & in alterius perniciem illis utatur, ita enim ait Imperator Justinianus in *l. ab Athanasio. ult. cod. mandat.* Justum esse contra illos medium aliquod impertiri, qui inventis machinationibus astutè legem dilacerandam esse existimarunt, sic etiam in *l. non solum. 2. cod. de comer. & mercat.* permissum est aurum ad barbaros & Imperii hostes contra legem distractum subtili ingenio auferri. Nihil enim est, quod vir malitiz deditus non inveniat, & si alterum minùs cautum fallere possit, non exerceat, unde proficuum est similia præscire, ut præcaveri possint; hinc quamvis saluberrimas legum sanctiones in nocentissimas technas convertere, lites protrahere, dilationes quærere advocati officium summè abhorreat, advocatum tamen bonum omnia mala noscere debere docet *Neviz. in sylv. nupt. lib. 5. pag. 560.* ne aliàs cum sui clientis nocumento adversæ causæ patronus candida de nigris & de rubentibus atra efficiat, aut experimento comperiat, quòd subtilis advocatus malam causam faciat apparere bonam *glos. in l. quod si nolit. 31. §. culpa. ff. de edilit. Edict.*

Aut

Aut tandem tertio ex hac illaudabili subtilitate plane maxima con- 63
 surgunt vitia, sic enim in *l. maximum vitium. fin. cod. de lib. præterit.* Im-
 perator ait: se maximum antiquæ subtilitatis vitium præsentis lege corri-
 gere, & statuere, ut quemadmodum ab intestato liberorum omnium sine 64
 sexûs delectu æqualis est successio, ita etiam in successione testamentaria
 quo ad formam instituendi, exhæredandi & prætereundi liberi utriusque
 sexûs æqualia jura recipiant, hoc enim si ita statutum non fuisset, profecto
 antiquæ subtilitatis cultores naturam ipsam impiè accusassent, cur non to-
 tos masculos produxerit. Huc etiam referendæ sunt callidæ & fraudulen-
 ter excogitatæ illæ interpretationes, ex quibus contra intentionem & men-
 tem loquentis non nisi vitiosi intellectus & deceptiones nascuntur, veluti
 si perfidus interpretes septem dierum hosti datas ad dies restringere, noctes
 verò excludere vellet excogitato subtili & à veritate alieno prætextu, quod
 inclusio unius sit exclusio alterius, & sic septem dierum induciæ excludant
 noctes, quemadmodum etiam habens servitutem aquæ diurnæ ducendæ
 nequit eam ducere tempore nocturno *arg. l. si communem. §. 1. ff. quemad.*
servit. amit. fugiendæ sunt hujusmodi malitiosæ interpretationes, quo-
 niam iis admissis tota pactorum & humanarum conventionum vis corrumpet,
 & nihil aded prudenti & provido consilio firmabitur, quod non perniciosis
 & sub velamento subtilitatis prolatis æquivocationibus infringetur, pro-
 inde vigilandum, ut semper æquitas præferatur subtilitati *Luc. de penna.*
in l. unica. cod. de profes. qui in urb. constant. n. 17. in fin. ad æquitatem enim
 unicè respiciendum est, ad cujus rationem etiam se omnia corrigere & redu-
 cere ait Imp. in *l. properandum. 11. §. si ve autem alterutra. circa fin. cod. de Jud.*

Hoc verò, quod scilicet in concursu subtilitatis & æquitatis, hæc illi 65
 præferenda sit, aperte decisum extat in *l. si tibi. 20. circa fin. ff. de reb. cred. si*
cert. pet. ubi, si tibi donavi pecuniam, ut mihi eam in continenti mutuam
 dares, dubitabatur an sit donatio aut mutuum, non esse donationem vi-
 debatur, quia dum tibi pecuniam tradidi, non habui eum animum, ut ea
 penes te semper maneat, sed ut ea pecunia statim iterum ad me redeat;
 non esse creditum aut mutuum, convinci poterat ex eo, quia creditum
 debet esse liberum & spontaneum, quod in casu præsentis aliter se habet,
 quia is, cui pecuniam dedi, tenetur ex lege contractûs mihi eam pecuniam
 in continenti mutuam dare, his tamen in utramque partem ventilatis sub-
 jungit J. C. esse donationem, & etiam esse mutuum, dicit enim J. C. sed hæc
 intelligenda sunt propter subtilitatem verborum (scilicet quod juxta ratio-
 nes dubitandi nec sit donatio nec mutuum) benigniùs tamen, id est, æquius
 est, ut utrumque valeat. Sic etiam in *l. si ita scriptum. 13. ff. de liber. & postb.*
 testamentum contra subtilem juris regulam humanitate, id est, æquitate
 suggerente firmum & validum esse pronuntiatur.

Antequam secundum æquitatis contrarium exponendum aggrediar, 66
 aliqua præmittenda esse censui. Primum jus strictum aliud esse durum &
 asperum illud jus, à quo nec latum unguem recedere, nec illi quidquam de-
 trahere aut addere licet, sed quod eo modo observatur, quo scriptum in-
 venit. Secundò aliud jus strictum dici quidem, quod tamen ad corti-

Q

cem

cem literæ non intelligitur, sed benignâ & humanâ interpretatione temperatur *l. benignius. 18. ff. de ll.* Tertio præsciendum est, quod jus strictum quandoque dicatur jus subtile, & quarto quod sub vocabulo *bona fides*, item benignitas & humanitas *l. bona fides. ff. deposit.* aliquando significetur & importetur æquitas, quæ omnia ex sequentibus patebunt. Quinto quod rigor consistat in generalitate verborum legis non attentâ mente & ratione ipsius legis, de quo rigore jam plurima in præcedentibus capitibus tractata sunt. His præmissis.

67 Dico: Jus strictum & prædurum, quod ad corticem literæ tenendum est, omnino oppositum est æquitati & benignitati. Ratio, quia jus strictum hoc modo sumptum æquitatem secum non compatitur, quod ostendo, nam æquitas est mitigatio & temperatio legis scriptæ ex aliqua circumstantia personarum, rerum aut temporum, quæ ex perfecta ratione omnia moderatur, sed jus dicto modo sumptum hujusmodi temperationem non admittit, & attemperatio hujus juris atque ad æquitatem reductio soli legislatori reservata est *l. 1. cod. de ll. l. leges. 9. cod. eod.* ergo optimo jure infertur, quod jus strictum & ad unguem observandum æquitati sit oppositum *Covarruv. in cap. possessor. de reg. jur. in 6. p. 2. §. 6. n. 2. §. 3.* quamvis autem hujusmodi jus strictum benigniorem interpretationem respuat, injustum tamen quasi esset, non potest accusari, dubitandum enim non est, quin legislator ad constituendum hoc jus strictum sufficienti ratione permotus fuerit.

68 Dico secundo rigor juris in se & simpliciter spectatus est similiter æquitati contrarius. Ratio, quia frequenter accidit, quod in aliqua re rigor juris teneat partem negativam, æquitas autem inclinet in sententiam affirmativam, sed dubium non est, quin ejusdem rei affirmatio & negatio contrarietatem involant, ergo rigor juris in se spectatus contrariatur æquitati

79 v. g. dedi meo creditori rem alienam pro pignore, hæc postea incipit esse in bonis meis, si quæritur, an ex hac oppignoratione actio ad persequendum pignus oriatur? mox de rigore juris negativa responsio persuadebitur juxta regulam, quod ab initio non valet, tractu temporis non convalescit; e contra autem æquitas partem affirmativam suggerit, scilicet competere hoc casu creditori saltem utilem actionem pro persequendo pignore, quod nunc jam existit in debitoris sui bonis *l. cum res. 5. cod. si aliena res pigno. data sit.* sic etiam in *l. generaliter. 24. §. si quis servo. ff. de fideicom. libert.*

70 præstanter J. C. ait, quod libertas servo oppignorato data inspecto subtili jure, id est, rigore juris non valeat, tamen perpensâ æquitate hanc directis verbis datam in testamento libertatem converti in fideicommissariam, ratione ibidem istâ subjunctâ, nec enim ignotum est, multa contra rigorem juris pro libertate constituta esse, ergo rigor in se spectatus æquitati adversatur.

71 Dixi in se spectatus, nam quandoque argumenta pro rigore militanti ita dilui possunt, ut vix umbra apparentis prius rigoris maneat, proinde sola æquitas dominetur. Casus talis se se exhibet in *l. si servo. 84. ff. de hered. instit.* institui in testamento hæredem Titium, eumque rogavi, ut Cajo servo meo daret libertatem, Titius antequam dedisset præfatam libertatem, similiter fecit testamentum & cajum data libertate instituit hæ-

re-

redem, mortuo Titio dubitabatur, an cæjus sit hæres necessarius & debeat 72
Titii hæreditatem adire, & omnia hæreditatis onera subire? & inspecto
rigore id videbatur dicendum, ratio, quia is est hæres necessarius, quem
dominus in testamento cum libertatis datione hæredem instituit §. licet au-
tem. 1. Inst. qui & ex quib. caus. manumit. sed Titius est meus hæres adeoque
servi mei dominus, sicut ego, cum hæres succedat in jura defuncti, deinde
Titius in suo testamento libertatem dedit Cajo, ergo hic omnino est hæres
necessarius Titii. Respondit tamen J. C. humanius & ratione æquitatis
magis subnixum esse contrarium, scilicet Cajum non esse hæredem neces-
sarium Titii. Ratio, quia Cæjus potuisset etiam à Titio invito libertatem
jussu meo & vigore testamenti mei extorquere, & sic non videbatur Cæjus
magnum beneficium à Titio consequi, imò nullum commodum sequi,
cum non nisi libertatem sibi aliunde debitam acceperit. Sic ergo cum ri-
gor juris totus extingatur, & non entis nulla sit qualitas, non potest etiam
affirmari talem rigorem æquitati verè contrarium esse aut perdurare. Hinc

Multò magis idem sentiendum est, si rigor juris aut strictum jus tan-
tummodo per modum rationis dubitandi adfertur, nam rigor iste non im-
pedit, quo minùs æquitas præponderet, adeoque in effectu non est con- 73
trarietas. Sic in *l. in bello. 12. §. codicilli. ff. de captiv. & postliminiò revers.*
formatur casus iste: aliquis in civitate fecit testamentum, & in eo futuros
codicillos comprobavit, in captivitatem hostium deductus in ipsa captivi-
tate fecit codicillos, & postliminiò reversus est, & quæritur an relicta in 74
hoc codicillo peti possint? dixit J. C. prima fronte ita: non creduntur hi
codicilli valere & testamento priùs factò confirmati esse, quia sunt facti
ob eo, qui testamenti faciendi jus propter captivitatis obstaculum non ha-
bet, nihilominus alia subsequitur decisio, scilicet humanitatis rationi con-
gruum esse, hos codicillos effectum suum sortiri, ratio, quia cum testator
postliminiò reversus suum jus receperit, idem est, quasi medio tempore
nulla captivitas intervenisset, sed codicillus factus fuisset in civitate. Plu-
ra videri possunt in *l. per fundum. 11. ff. de servit. præd. rustic. l. filio præterito.*
17. ff. de injust. rupt. & irrit. fact. test. l. Pontanius. 86. ff. de aq. vel amit. hæred.

Dicta hæc multùm verificantur ex repugnantibus illis, quæ inter jus ci-
vile & prætorium occurrunt, quibus in utramque partem ritè perpensis
potiùs juri Prætorio æquitatem tuenti statuitur, sic enim sæpe aliqui sola ju- 75
ris civilis subtilitate & rigore obligati sunt, si tamen ab iis putativum de-
bitum petitur, exceptione doli se se defendere possunt *l. si quis. 36. ff. de V. O.*
sic etiam si tibi rem dedi, ut eam meo nomine donares Titio, tu verò tuo
nomine eam Titio donasti, res hæc accipientis Titii non fit, proinde ego ad
eam repetendam de stricto jure actionem habeo, si tamen contra eum, qui
rem accepit, ago, exceptione doli submoveri possum de æquitate *l. si tibi.*
25. ff. de donat. quia cum semel voluerim rem accipientis fieri, non licet mi-
hi contra voluntatem meam venire, nec per hoc, quod meo nomine res
data non sit, accipienti præjudicari potest.

Dico nunc ad priorem modum tertid, quod æquitas, de qua per to- 76
tam hanc partem egi, contraria sit rigori, secundùm quem lex in verbo-

rum generalitate accipitur, ratio, quia æquitas imediatè contrarium rigori intellectum & sensum legis producit, ergò est contraria, quod ostendo: lex esto, quòd murum ascendens capite plectendus sit, nunc si sensum legis ex æquitatis fontibus peto, ascendens muros hostis fungandi causâ plectendus non est, si rigorem & verborum generalitatem adeo, taliter ascendens muros, plectendus est, hæc autem duo, capita talem plecti & non plecti, sunt contraria, ergò. &c. Interim tamen quia æquitas est moderatrix & suave rigoris temperamentum ex legis ratione & mente deductum, quæ legem explicat, & rigorem temperat, sicut exceptio regulam, ideo cum priori conclusione dici potest, per æquitatem quidem rigori derogari, & æquitatem stricto juri præferri *l. placuit. 8. cod. de Judic. Clement. quamvis rigor. de appellat.* hæc tamen inter se omninò opposita non esse.

77 Pro coronide notandum est, quamvis sæpius repetitum sit, Judici non licere in jure aperto & claro ulteriorem æquitatem scrutari aut interponere, sed teneri juxta tenorem legis pronuntiare, nihilominus in foro & causis mercatorum non secundum subtiles legum decisiones atque laudabiles juris apices, sed rationem æquitati consentaneam celeriter & summarè procedi. Sic juxta Romanarum legum sanctiones delegatio absque stipulatione inita non subsistit *l. 1. cod. de novat. & delegat.* nec stipulatio inter absentes contrahi potest *§. item verborum. 12. Inst. de inut. stip.* tamen si mercator nudo pacto aut per epistolam consentiente creditore & debitore suo delegationem fecit, hæc in judicio mercatorum vim habet, quoniam non solemnitas verborum, sed tantum consensus attenditur. *Marquard. de jure mercat. & comer. lib. 2. cap. 15. n. 5.* sic etiam libri rationum inter mercatores concurrentibus requisitis suis fidem faciunt, non obstante, quòd de jure scriptura pro scribente non probet *l. rationes. l. exemplo. l. instrumenta. cod. de probat.* quia in foro mercatorum, ubi maximè bona fides inspicitur, ex æquo & bono proceditur *Gail. l. 2. obs. 20. n. 5.* præsertim cum etiam mercatores quibusvis mercium suarum emptoribus sine chirographo fidem habere soleant, ut tantò æquius sit plus fidei mercatorum libris adhiberi. Ratio omnium dictorum generalis consistit in favore & flore mercaturæ, quæ profectò, si mercatorum causæ solito judiciorum ordine tractarentur, graviter impediretur, mercatores enim litibus suis diutiùs intenti à mercatura avocarentur, imò pecuniis suis diutiùs destituti manere deberent, quo fieret, ut commercia sua continuare & prosequi omnino non possent.

78 Cùm verò plerumque artium causæ in arte peritis decidendæ committantur, sic enim res rusticæ & agrariæ à rusticis, controversiæ artificum ab ipsis societatis & artificum magistris cognoscuntur, conveniens est, ut Judices in causis mercatorum non alii quàm versati mercatores constituentur, quibus etiam omnes obtemperare tenebuntur *l. ult. cod. de Jurisdic.* sed cùm cognitio æquitatis apud multos mercatores propter lucri cupiditatem non benè succedat, nec enim integra manet æquitas, ubi magnitudo quæstum spectatur; ideo consultum est, ut mercatores in dicendis sententiis (ubi causæ id postulant) Juris-Consultos bonosque viros adhibeant, hi enim per artem & naturam melius cognoscunt, quid sit æquitas, alioquin cùm æquitas sæpe ex cerebro & motu animi nascatur, nihil tam certum & justum in jure esset, quod in curiis mercatorum sub prætextu æquitatis non posset subverti. Nunc sit Partis primæ

F I N I S.



PARS SECUNDA.

CAPUT I.

De Judicibus & eorum officio in genere.

SUMMARIUM.

1. *Continuatio hujus partis ad priorem partem.*
2. *Ratio constitutorum Judicum.*
3. *Pœna eorum, qui propria auctoritate sibi jus dicunt.*
4. *Adducuntur variæ Judicum definitiones.*
5. *Cur Judex dicatur persona legitima?*
6. *An jœmina moribus possit esse Judex?*
7. *Impugnatur Consuetudo mulieribus Judicis potestatem concedens.*
8. *Defenditur hæc consuetudo.*
9. *Respondetur argumentis contrariis.*
10. *Restrigitur dicta consuetudo ad mulieres dignitate præfulgentes.*
11. *Juri naturæ non repugnat consuetudo mulieres aliàs idoneas ad Judicis officium admittens.*
12. *Hæreditaria pupillorum & aliorum inhabilium judicandi potestas per tutores & Curatores administratur.*
13. *Nullus potest esse Judex in causa uxoris suæ, liberorum &c.*
14. *Nec supremus Princeps in causa propria potest esse Judex.*
15. *Quod variis declaretur exemplis ac historiis.*
16. *Nec arbiter aliquis in causa propria esse potest.*
17. *An ergò in nullo casu Judex in causa propria quis esse possit?*
18. *Adferuntur sententiæ affirmatiuæ fundamenta.*
19. *Deciditur quæstio negativè.*
20. *Respondetur primo contrariæ opinionis fundamento.*
21. *Ratio cur Judex ob suspensionem recusatus non possit de hac causa cognoscere.*
22. *Resolvitur secundum argumentum.*
23. *Diluitur tertia contrariæ sententiæ ratio.*
24. *Cur Judex notoriam injuriam sibi illatam vindicare possit ipse.*
25. *Rejiciuntur exceptiones à nostra conclusione factæ.*

R

26. Exc.

26. Exponuntur verba definiti Judicis per ly probum & bonum virum.
27. Reprobatur sententia tam viros, quàm feminas ad Reipublicæ gubernacula admittens.
28. Neque viri in Republica administranda in mulierum voluntate dependere debent.
29. Exponitur, quomodo Judex ex æquo Judicet.
30. In quibus Judicibus non requiratur Jurisperitia.
31. Exponuntur verba, publicâ auctoritate constitutus.
32. Exponuntur verba, ut Controversias.
33. Adducitur distinctio Officii Judicis in nobile & mercenarium.
34. Sunt ad huc hodie negotia, in quibus Judex per viam actionis, vel ejus officium sine actione imploratur.
35. Exponitur officium Judicis in genere.
36. In quo versetur causæ cognitio?
37. Quis ordo in audiendis litigantibus observandus sit?
38. Quid Judex in discussione actorum observare debeat?
39. Quo usque litigantes argumenta & probationes adducere possint?
40. De modis Concludendis in causa expresse & tacite tractatur.
41. Ubi actorum conclusorum collatio seu irrotulatio fiat?
42. Post conclusionem in causa non admittuntur aliæ probationes.
43. Nisi petita fuerit in integrum restitutio.
44. Adducitur consuetudo fori Austriaci.
45. An Judex ex officio conclusionem in causa rescindere possit?
46. Defenditur sententia affirmativa.
47. Hac sententia est æquitate fundata.
48. Resolvitur primum & secundum Contrarium argumentum.
49. An Judex post conclusionem in causa possit noviter reperta instrumenta admittere?
50. Adducuntur casus, in quibus non obstante conclusione probationes admittuntur.
51. Quomodo in causa appellationis novæ probationes recipiantur?
52. Quæ dicenda sint Cause in prima Instantia tractatæ connexa esse.
53. Dicta de probationibus novis in appellatione adducendis confirmantur.
54. Examinatâ causâ Judex sententiam juxta æquitatem, justitiam & veritatem ferre debet.
55. Judex formam processûs observare debet.
56. De processuum Referendariis.
57. Quomodo Consilarii & Assessores vota sua exponant?
58. Judex debet secundum vota numero majora judicare.
59. A quo Judex primitus vota colligere debeat?
60. Seniores in aperiendis votis precedunt.
61. Judex debet sententiam Juri conformem ferre.
62. Solemnitates ferendæ sententiæ consuetudine tolli possunt.
63. Quid interfit inter sententiam, quæ ledit jus partis, & quæ lata est contra jus constitutionis.

64. *Differentia stabilitur textu & exemplo.*
 65. *Quid si Judex putat jus allegatum non pertinere ad causam controversam.*
 66. *Quid intersit inter nullitatem & appellationem opponendam contra sententiam.*
 67. *Juxta novam Imperii constitutionem nullitas sanabilis intra 10. dies opponi debet.*
 68. *Ad sistendam executionem sententiæ nullitas cum appellatione cumulari potest.*
 69. *Quid si lata est sententia contra privilegium partis in judicio exhibitum?*
 70. *Judex non potest sequi male latis ab antecessoribus sententias.*
 71. *Resolvitur objectio.*
 72. *An Judex sententiam principis aut consulationem sequi debeat?*
 73. *Judex non sequitur rescriptam principis in alia causa contra jus datum.*
 74. *Adfertur Antiochi Regis Asiæ exemplum.*
 75. *Respondetur primo contrario argumento.*
 76. *Respondetur reliquis argumentis.*
 77. *Per res judicatas induci potest consuetudo.*
 78. *Præsertim si res prius judicatæ jus generaliter latum interpretantur.*
 79. *An Judex in re dubia Doctorum opinionem sequi debeat?*
 80. *Adferuntur argumenta de non judicando secundum communem opinionem.*
 81. *Adfertur decisio pro communi sententia amplectenda.*
 82. *Quando huic decisioni locus sit, exponitur.*
 83. *Resolvuntur argumenta contraria.*
 84. *An Judex teneatur suæ sententiæ rationem addere? deciditur negativè.*
 85. *Rationis tamen additio ad multa prodest.*
 86. *Sententia etiam debet esse conformis libello.*
 87. *Limitatur mox posita assertio.*
 88. *An Judex sententiam ferre possit de omissis in libello, probatis tamen & per decursum litis deductis?*
 89. *Deciditur quæstio proposita negativè.*
 90. *Judex utraq; parte citatâ potest sententiam à se latam declarare; si sit obscura.*
 91. *Judex neque sententiam interlocutoriam re melius cognitâ revocat.*
 92. *Resolvitur objectio.*
 93. *An Judex exceptiones & alia à litigantibus omissa supplere possit?*
 94. *Judex supplet omissa consistentia in jure.*
 95. *Etiam quandoque consistentia in factò.*
 96. *Declarantur dicta de supplendo per Judicem factò.*
 97. *Sententia non suspensa per appellationem mandatur executioni.*
 98. *Interposita appellatio sistit executionem sententiæ.*
 99. *De executione sententiæ in actionibus realibus & personalibus.*
 100. *Per quos fiat sententiarum executio?*
 101. *De executione sententiæ circa bona alibi sita.*
 102. *Frequens est in Judiciis Ecclesiasticis imploratio brachij sæcularis.*
 103. *An is, contra quem fit sententiæ executio, adhuc possit opponere exceptiones.*

104. *Exceptiones non respicientes sententiam & merita cause possunt opponi.*
 105. *Adducitur consuetudo fori Austriaci.*
 106. *Exceptiones non impugnant sententiam possunt executioni opponi.*
 107. *Beneficium competentiae & compensatio executioni potest opponi.*
 108. *Dicta de opponenda compensatione declarantur.*
 109. *Contra quem facienda sit sententiae executio.*
 110. *An creditor contra fidejussorem sine novo processu executionem facere possit?*
 111. *Tertius interveniens aliquando impedit executionem.*
 112. *Exponitur particula: aliis circa regulam acta inter alios aliis non nocent.*
 113. *Quid requiratur ad hoc, ut sententia contra heredem lata noceat legatariis.*
 114. *Sententia nocet illis, qui passi sunt alios se sequentes agere aut rem defendere.*
 115. *Ut sententia hoc casu tertio noceat, quid requiratur?*
 116. *Sententia per necessariam consequentiam alterius juris exclusiva etiam tertio nocet.*
 117. *An sententia in causa subjectionis pro uno lata noceat alteri?*
 118. *Respondetur quaestioni, sententiam talem alteri non nocere.*
 119. *Adferuntur ex Zasio ad hanc quaestionem pertinentia notatu digna.*
 120. *A consuetudinibus feudorum non procedit argumentum ad materias juris communis.*
 121. *Respondetur l. patronum. s. ff. si ingenuus esse dicetur.*
 122. *Sententia circa conditionem personae lata omnibus praedjudicat.*
 123. *Recensentur hujus rei requisita v. g. legitimi contradictoris praesentia & alia.*
 124. *Sententia pro filiatione lata patre existente contradictore quos effectus habeat?*
 125. *Eosdem effectus producit contradictio patre mortuo à tota familia facta.*
 126. *Absolutio rei in causa criminali jus facit contra omnes alios.*
 127. *Auditur tamen de novo accusans suam injuriam prosequens prioris accusationis inscius.*
 128. *Utile est litem insinuare illis, quos etiam tangit.*
 129. *Exponitur ordo faciendae executionis.*
 130. *Quomodo procedendum in executione pignoris, item in actione reali & personali.*
 131. *Executio primò fit in mobilibus juxta cujusque Judicii consuetudinem.*
 132. *In executione mobilium moderamen & equitas servanda est.*
 133. *Non sufficientibus mobilibus fit executio in immobilibus.*
 134. *Ad evitandam subastationem potest actor res insolutam accipere:*
 135. *Tertiò in executionem trahuntur jura & actiones.*
 136. *Quibuscunque bonis deficientibus locus fit apprehensioni personali.*
 137. *Ordo executionis ob aequitatem aliquando non observatur.*
 138. *Ad avertendum extremum gradum executionis dilatio solvendi conceditur.*



Institutæ de Prætorum Edictis dissertationi con-¹sentaneum est, præmissâ æquitatis cognitione nonnulla de Judiciis & Judicibus, qui administrandæ Justitiæ & æquitati præsumunt, exponere, ac brevi methodo Judicum necessitatem, divisiones, officium & reliqua discutere; sicut enim parum est jura novisse, si personæ, quarum causâ constituta sunt, ignorentur §. *ult. Inst. de jur. nat. gent. & civi.* ita & parum prodesse existimavi, scire æquitatem, si illi, quibus æquitatis administratio commissa est, incogniti sint, & adhuc lateant *arg. l. 2. §. post originem. ff. de orig. jur.*

Quantâ publicæ & privatæ utilitatis ratione Judiciorum ac Judicum² necessarium usum omne ævum efflagitaverit, aperta jura docent; nam eum, qui actionem se habere putat, legitimo judicio cum suo adversario experiri, & causam Judici submittere debere, qui componendis & cognoscendis causis constitutus est, ac plenissimâ inquisitione qualitatem rei actore & reo audito discutiet, suâque sententiâ controversiam dirimet, præcipit *l. 9. cod. de Jud. c. forus. 10. X. de V. S.* aded quidem, ut in divorum³ Imperatorum decretis ulterioria legenda occurrant, scilicet. si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris, quisquis autem probatus fuerit rem ullam debitoris vel pecuniam debitam non ab ipso sibi spontè datam sine ullo Judice temerè possidere vel accepisse, sibi que jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit *l. extat. 13. ff. quod met. caus.* Et hinc etiam divalibus constitutionibus prospectum est, ut nemini liceat vi rapere rem mobilem, vel immobilem invadere, licet suam existimet, & sibi tanquam domino rem suam à possessoribus auferre licitum esse credat §. 2. *ita tamen. Inst. de vi bon. rapt. l. si quis in tantam 7. c. unde vi.* utroque jure transgressoribus dictatâ pœnâ, scilicet, ut raptor rei suæ raptæ dominium amittat, alienæ æstimationem persolvat *cit. l. si quis in tantam. 7. vi autem & injuriâ secundum beneficium occupans primo privetur ipso jure cap. 8. de præb. & dig. in 6. & generaliter vi & sine Judice ablata celerimè debeant restitui c. 2. c. fin. X. de ord. cognit.* Ratio horum omnium redditur in *l. Julianus. 17. ff. de Jud.* quia iniquum est rei suæ Judicem aliquem esse, sic enim inferiores libidini potentiorum exponerentur, dominaretur affectus cupiditatis & avaritiæ, & non nisi plurima mala ac perturbationes in republica concitarentur.

Diversæ Judicis descriptiones, nec non prærogativæ insignes in jure⁴ reperiuntur, sic enim ex *l. rem non novam. 14. C. de Jud. l. 3. §. 1. ff. de recept. qui arbit.* eruitur, Judicem esse disceptatorem juris, quia debet Judex à litigantibus aditus de lite judicare, & diligenter veritatem investigare, ac tandem absolvendo vel condemnando sententiam juri conformem proferre, *cap. forus. 10. §. Judex. X. de V. S.* unde & officium Judicis in jure dicendo consistere dicitur in *l. 1. ff. de jurisdict.* sic etiam Judex appellatur dux, basis & judicii fundamentum *Bald. in rub. cod. si à non compet. Jud.* quia inter personas judicium constituentes primum locum ob-

tinet, sic etiam Judex minister Dei cognominatur, quia Judex à Deo constitutus est vindex contra eos, qui malè agunt, & qui Judici resistit, Deo resistit ejúsque ordinationem violat *Paul. ad Rom. 13. v. 1.* sic tandem nulla major dicitur esse gloria, quàm præesse judiciis, quia per hæc conservatur hominum societas, & decidendo lites jus suum unicuique redditur *Bod. de repub. lib. 3. c. 3.* Verùm ex his solis completa Judicis definitio non confurgit, proinde assero in genere, quodd Judex sit, persona legitima, vir probus, juris & æquitatis peritus, publica auctoritate ad hoc constitutus, ut controversias coram se litigantium cognoscat, isque cognitæ sententiâ suâ finem imponat. Hanc Judicis definitionem paucis declaro.

5 Dicitur igitur *persona legitima*, quia judicandi munere fungi non potest, cui lex vel ob rationem naturalem vel aliam resistit, sic enim servos, impuberes, infamiâ notatos, excommunicatos suspensos, furore & amentia aut alio graviore vitio laborantes Judices non posse esse constat *Zoës. ff. de Judic. n. 16. & seqq.* ita ut hac in re sine longiori personarum inhabilium enumeratione dici possit, regulariter adhuc hodie ab isto munere excludendos esse illos, qui jure Romano repellebantur *Stryk. in usu mod. ff. de Judic. §. 7.* habet enim officium Judicis non tantum honorem sibi adjunctum, sed ita arduum est, ut eo causæ bona, vitam & sanguinem subditorum concernentes expediri, & ideo admitti ad id non debeant, quos jam dudum magna rerum experientia ac habito maturo consilio leges ipsæ improbarunt.

6 Quæres an consuetudine & moribus judicandi potestas scæminis committi & tutò confidi possit? indubitatum est scæminas jure Romano à civilibus & publicis officiis penitus remotas esse, aded ut nec Judices esse, nec magistratus gerere, nec postulare, pro alio intervenire, aut procuratores existere possint *l. 2. ff. de reg. jur. l. 12. §. 2. ff. de Jud.* nec illis munera & honores injungantur *l. 3. §. 3. ff. de mun. & bon.* neque scæminæ arbitri officio fungi possint *l. ult. cod. de recept. arbit.* ratio quia Judicis aut Magistratûs officium auctoritate publica cum jurisdictione & imperio exercetur, reliqua etsi auctoritate privata expediantur, tamen vel in conspectu judiciorum transiguntur, vel privatim in cætu virorum peraguntur, quæ omnia pudicitiam, honestatem ac verecundiam sexui muliebri congruentem excedere *l. 21. cod. de procurat.* his verbis dicuntur: *ne scæminæ persequendæ litis obtentu in contumeliam matronalis pudoris irreverenter irruant, & conventibus virorum vel judiciis intersint* *Jacob. Gothofred. ad. l. 2. ff. de reg. jur.*

7 Tota quæstio eò respicit, an consuetudo induci valeat, qua suffragante mulieres possint esse Judices? quod prima fronte negandum esse videtur auctoritate *l. ult. cod. de recept. arbit.* vi cuius scæminæ arbitrium in se suscipere prohibentur ratione ibidem his verbis subjunctâ: *sua pudicitie memores & operum, quæ eis natura permisit, & à quibus eam jussit abstinere & ab omni agmine Judiciali separari*, ex qua lege evincitur consuetudinem prædictam juri naturæ contrariam minimè subsistere posse, cui accedit

l. 1. §. sexum. ff. de postul. ubi mulieres à postulandi munere ideo removen-
tur, quia contra pudicitiam sexui congruentem esset, si mulieres alienis
causis se immiscerent, & virilibus officiis fungerentur, ergò consuetudo
mulieres ad judicia promovens pudicitiae sexus contraria & proinde im-
probanda est. Tandem constat foeminarum consilium esse fragile *l. si pa-
ter cod. de sponsal.* easque vindictae cupidas esse teste *Juven. Satyr. 13. ibi*

Vindicta

Nemo magis gaudet, quam foemina.

Ob quas & plures alias earundem inconstantiam & levitatem arguentes
rationes hoc disticho comprehensas:

*Quid levius fumo? flamen; quid flamine? ventus;
Quid vento? mulier; quid muliere? nihil;*

Non tantum in omnibus ferè provinciis à dignitatibus jurisdictionem
annexam habentibus mulieres arcentur, sed etiam illis potestas judicandi
tutò & sine litigantium magno discrimine committi non potest.

Veritè tamen existimo consuetudine legitime introducta foeminis
judicandi munus competere posse, praesertim si dignitate Regali, Ducali
vel simili praefulgeant. Primò, quia quoddam foeminae iudices esse non pos-
sint, moribus tantum & usu receptum esse dicitur in *l. 12. §. 2. ff. de Jud.*
& quidem non ideo, quasi foeminae iudicium non haberent, sed quia re-
ceptum est, ut civilibus officiis non fungantur, ergò cum mores & jura
hujusmodi consuetudine tolli possint, meritò foeminae moribus haecenus
ad judicandum inhabiles reputatae consuetudine ad id munus habilitari
possunt. Secundò valida est consuetudo vigore cujus foeminae arbitrium
in se suscipiunt *cap. dilecti. 4. X. de arbit.* ergò etiam rejici non potest con-
suetudo judiciariam potestatem mulieribus tribuens, quia arbitria reda-
cta sunt ad similitudinem iudiciorum *l. 1. ff. de arbit.* sed sicut in mulieres
compromitti, ita etiam in eas propter iudiciorum & arbitriorum exa-
quationem judicandi potestas transferri potest. Tertio mulier potest ju-
dicandi munus obtinere privilegio principis, hoc enim non repugnat juri
naturae aut Divino, cum inveniamus populum Dei à Delbora iudicatum
fuisse *Judic. cap. 4. Decius consil. 81. n. 6.* ergò etiam consuetudine ad judi-
candi munus habilis reddi potest, quia quod potest concedi privilegio,
id etiam consuetudine induci potest. *Oldrad. consil. 172. 140. & consil. 254. n. 8.*
& circa jurisdictionem conferendam privilegium & consuetudo æquipa-
rantur *Bald. lib. 1. consil. 49.* Quarto legitur in *can. Menam. 7. cau. 2. q. 5.*
quoddam Romanus Pontifex Brunichildae Francorum Reginae causam Episco-
pi coram ea infamati cognoscendam delegaverit, quod utique fieri non
potuisset, si foeminae à judicandi potestate jure naturae aut Divino re-
motae essent.

Non obstat *l. ult. cod. de arbit.* nam verba ibidem posita, *quae natura
eis permisit*, non debent accipi pro jure naturali, cum ex supradictis pa-
teat mulieres iudicii capaces esse, & à judicando non nisi moribus remo-
veri.

veri, sed tantum pro naturali mulierum qualitate accipienda sunt, scilicet, mulieres ita à naturali qualitate constitutas esse, ut ad certi generis suo sexui magis convenientia opera habiliores sint, quam ad alia à viris peragi solita, non autem quasi ad negotia virilia prorsus ineptæ sint, & ab iis agendis jure naturali repellantur; quo in sensu etiam in *l. jus nostrum. 7. ff. de reg. jur.* ly *naturaliter* capitur scilicet testamenta paganorum ejus naturæ esse, ut individua censeantur, ita ut non possit testator in parte bonorum testamentarium hæredem sibi facere, alteram bonorum partem ad venientes ab intestato transferre, non tamen quasi jure naturæ repugnet aliquem decedere pro parte testatum, pro altera parte intestatum, hoc enim si contra jus naturæ foret, neque militi permissum esse posset, quem tamen pro parte testatum, & pro reliquis bonis intestatum decedere posse constat ex *l. 6. ff. de testam. milit.* prout similis ferè intellectus etiam est *l. in cause. 16. §. idem Pomponius ait. ff. de minorib.* ubi in pretio emptionis & venditionis naturaliter licere se se invicem circumvenire perhibetur.

Non obest secundum argumentum, nam quod judicialia tractare, pro aliis in judicio postulare dicatur esse contra pudicitiam sexus muliebris, hoc non nisi civiliter & communi hominum opinione inconveniens esse intelligendum est, non verò quasi hæc agendo mulierum verecundia, castitas ac pudicitia verè & in se lædatur ac periculo exponatur, sicut passim etiam aliqua dicuntur esse contra bonos mores, quæ tamen in se considerata non sunt bonis moribus naturalibus, sed tantum civilibus contraria. Prout aliqua videri possunt circa conditiones ultimis voluntatibus adjectas in *l. 8. l. 14. ff. de condit. instit.* ut proinde non nisi indecentiam civilem sapiat mulieres ad tractanda ea negotia admittere, quæ regulariter à viris peragi solent, hæc verò indecentia cesset contrariâ consuetudine introducta, facit enim consuetudo licitum, quod aliàs illicitum reputatur Bartol. in *l. si fugitivus. §. apud Labeonem. ff. de adil. Edict.*

His accedit, quod quamvis mulieres ad munera & honores civitatis non admittantur *l. 3. §. corporalia. ff. de mun. & hon.* tamen teneantur subire munera, quæ personis cohærent, & quorum sexus muliebris capax est *l. unica. cod. in quo loco munera sexui cong.* ergo cum mulieres judicii capaces sint, & judicium ad judicandum habere dicantur in *l. 12. §. ult. ff. de Jud.* non videtur etiam judicandi munus ita repugnare sexui muliebri, ut mulier nullâ consuetudine ad judicandum evehi possit, sic quamvis sceminae tutrices regulariter esse nequeant *Inst. de legit. patron. tut. l. 1. l. 10. ff. de leg. tut.* quia tutela munus publicum, civile & à viris peragi solitum est, *Princip. Inst. de excusat. tut. l. ult. ff. de mun. & honorib.* tamen avia & mater tutelâ liberorum aut nepotum fungi potest, sic etiam quamvis sceminae procuratoris forensis officium interdictum sit *l. 2. ff. de reg. jur.* tamen filia permissum est in judicio patris morbo aut alio modo impediti causam agere *l. feminas. 41. ff. de procurat.* quæ omnia collectim sumpta indicant, quamvis officia civilia & virilia peragere adversetur sexui & ve-

re-

recundia muliebri, hæc tamen non nisi juxta responsionem mox ante datam intelligi debere.

Minus obstat tertia contrariæ opinionis ratio, nam quod primam attinet, consuetudo de qua hic quæstio movetur, est intelligenda in terminis habitibus, adeoque in illis tantum mulieribus locum obtinet, quas ad obeundum judiciale munus aptas esse constat, quales, utcumque sexus muliebris consilium regulariter fragile sit, inveniri, & largioris naturæ beneficio aliquas mulieres singularibus animi dotibus & prudentiâ instructas esse; nemo inficiabitur, nec puto hanc regulam (mulierum fragile est consilium) ita infallibilem esse, ut in nulla muliere exceptionem patiatur, quemadmodum *Thom. de Thomaset. in florib. leg. reg. 128. & reg. 227.* existimat huic regulæ: *feminae bonæ raræ sunt, malæ autem multæ*, nullam fallentiam aut exceptionem addi posse, præsertim cum decisionem meam non promiscuè in sexu muliebri, sed in præcellentioribus individuis, in quibus congenita aliàs sexui fragilitas animi magnitudine superatur, constituam.

Altera à vindictæ cupiditate desumpta argumentatio ita efficax non est, ut probationem in contrarium respuat, aut evincat mulieres ad judiciale munus evocandas hac notâ laborare, notum enim est magis meticulosas esse mulieres quàm viros, nec tanta audere, quanta à viris committuntur *l. quisquis. 5. §. ad filias sanè. cod. ad leg. Jul. Majest.* ubi Imp. ait: mitior circa eas debet esse sententia, quas pro infirmitate sexus minus ausuras esse confidimus, ut proinde etiam solius poëtæ authoritate mulieres vindictæ argui & quasi convictæ censerî non possint, sic quamvis mulierum genus avarum esse proclametur *Gloss. in l. 4. ff. ad S. C. Vellej.* & miraculum esse asserat *Paican. consil. 14. n. 60. & 67.* si mulier donet, cum donare sit contra sexus muliebris naturam *l. si stipulata 33. ff. de donat. inter vir. & uxor.* & novum non sit, mulieres pecuniæ cupiditate illectas partum medicamentis abegisse, ut aliis hæredibus locum facerent *l. Cicerro. 39. ff. de pæn.* tamen hæc contra mulieres militans præsumptio quandoque vim amittit, & contrariis probationibus elidi potest.

Deinde rationi & veritati repugnat dicere mulierem quandam ad Judicis munus electam contra omnes coram se litigantes vindictæ cupiditate ferri, sed supponi tantum deberet, mulierem Judicem non probè cum eo acturam esse, quem coram se litigantem inimicum advertit, huic autem malo, ne litigantis causa vindictæ Judicis subjacent, facile occurritur, quoniam tali litiganti permissum est causam suspicionis allegare, & Judicis vindictâ contra se laborantis forum declinare *c. causam. 17. 6. in sinuante. 25. c. suspicionis. 39. X. de off. & potest. Jud. deleg. Novel. de exhib. reis. 53. §. illud.* Præterea si hæc vindictæ cupiditas fœminis adeo obstarret, an non deterius quid de illis nationibus sentiendum foret, quas palam est ipsâ quasi naturâ & sanguinis ferventia majori ad vindictam proniores enixâ operâ ulciscendis extremâ etiam sui pernicie offensionibus studere? an non deterius sentiendum foret inquam? nimirum nullos ex hujusmodi natione pro patriæ suæ tribunalibus Judices constitui posse,

T

se,

se, cui tamen ipsa experientia adversatur, & exempla docent, in plurimis naturalem, ut ita loquar, vindictæ stimulum ita expulsum esse, ut in Judicibus non nisi virtus & mansuetudo cernatur.

10 Restringo autem conclusionem meam imprimis ad scæminas Regali aut Ducali dignitate præfulgentes & Jurisdictionem unà cum successione in dignitatem obtinentes, prout Johanam Siciliæ Reginam sententias in regali folio pronuntiasse, & id se vidisse refert Angel. in *l. cum Prætor. 12. n. 2. ff. de Judic.* & historia tradit Elisabetham Reginam Angliæ Republicæ Anglicanæ felicissimè præfuisse. Idem est judicium de Comitissa comitatum nanciscentibus, sicut *Paul. cast. in l. ult. c. de arbit.* docet eas mulieres non posse assumere arbitrium, quæ non habent regimen aut imperium, secus se habere in illis, apud quas regimen existit, exemplum ponens in Comitissa Companiæ Mathilde, quæ fuit filia regis Italiæ, & mortuo patre multas terras in Italia rexit; deinde etiam ad alias scæminas, ad quas feuda nobiliora unà cum jurisdictionis exercitio ex locorum consuetudine & statutis devolvuntur. Similiter ad illas scæminas, quæ hæreditario jure in prædia illa succedunt, quibus jurisdictio circa subditos vel alios annexa est, tunc enim hæc judicandi potestas non in persona scæminæ subsistit, sed veluti quid anexum & prædii accessorium existimatur & scæminæ competere potest, sicuti plura per se considerata possideri nequeunt, tamen ut annexa & accessoria retineri valent, sic Clericus licet jurisdictionem sæcularem exercere nequeat, si tamen succederet in bonis annexam temporalem jurisdictionem habentibus, eam retinere & exercere valeret. *Abbas in cap. inter. n. 2. X. de fide instr. & ibid. Felin.* his tamen omnibus subintellectum sit, quod scæminæ judicandi potestate gaudentes omnia quidem judicialia tractare, suoque nomine & titulo expedire possint, prudentum autem virorum operam & consilii communicationem præterire non debeant.

11 Quamvis autem decisio mea ad præfatas mulieres restricta sit, non tamen inde inferri potest, consuetudinem, qua aliæ etiam præstantes scæminæ Judices eligi possent, repugnare juri naturæ aut Divino, hujus enim contrarium jam supra probavi, sed sensus decisionis iste est, alias promiscuè scæminas obtentu consuetudinis non posse esse Judices, quia jura longissimo usu observata, etsi positiva tantum & humana sint, tamen convelli non possunt, si exinde universalis status decoloraretur aliquo modo, & pristinis laudabilibus moribus per hoc nihil melius aut laudabilius accederet, sic licet Rom. Pontifex omnia, & supra jus dispensare valeat ob suæ plenitudinem potestatis, tamen contra jus positivum non potest dispensare, quando ex illa dispensatione destrueretur & decoloraretur status universalis Ecclesiæ *DD. in can. sunt quidam. caus. 25. q. 1.* Et ideo, quia à Romanorum jam jam temporibus constanter scæminis judicandi potestas adempta erat, & hujusmodi officiorum inter viros & mulieres participatio non permittebatur, immò his per consuetudinem sublatis & scæminis ad virilia officia admissis confusio differentiam officiorum tollens, & scæminis cum virorum indignatione atque injuriâ hæctenus insolitâ tribuens

buens induceretur, & Reipub. status notanter mutaretur, potius antiquissimis moribus, quàm consuetudini & novitati prædictæ inhærendum esset, minimè enim sunt mutanda, quæ certam observationem semper habuerunt. *l. minimè. 23. ff. de ll.*

His consentaneum est, quòd quamvis nulla consuetudine induci valeat, ut ij sint Judices, quos ratio naturalis à judicandi facultate removel, prout in pupillis, furiosis, mente captis aliisque similibus accidit, qui requisitâ ad judicandum ratione ac perspicaciâ carent, cùm jus naturæ mutabile non sit §. 11. *Inst. de jur. nat. gent. & civ.* nihilominus dictis personis jure hæreditario ratione bonorum ad se devolutorum jurisdictionem competere posse, ita tamen, ut quemadmodum alia pupillorum, furiosorum & similium personarum bona per tutores & curatores, ita etiam dicta jurisdictio patrimonialis per eosdem administratur, ratio, quia jurisdictio prædicta est patrimonialis, adeoque pars bonorum ad pupillos & furiosos pertinentium, ergo sicut commissâ est bonorum administratio tutoribus & curatoribus, ita etiam ad tutores & curatores spectare debet administratio jurisdictionis tanquam partis & accessorii prædio cohærentis.

Ad classem personarum lege & jure Romano judiciariæ potestatis incapacium etiam referendus est quisque in sua propria causa, aded, ut nemo etiam in causa uxoris, liberorum aut familiæ suæ Judex esse possit *l. 10. ff. de jurisd. l. un. cod. ne quis in sua causa Jud.* iniquum enim est aliquem habere jus in causa propria sententiam ferendi, cùm quilibet potius sibi, quàm alienæ utilitati faveat, quo fieret, ut in propria causa affectio judicandi synceritatem impediret, & eundem officio Judicis & partis fungi faceret, ac tandem, quo nihil absurdius, aliorum fortunæ & bona in arbitrio Judicis ac adversarii ponerentur; quod in tantum procedit, ut nec supremus princeps in causâ propriâ Judicem agere possit, sed potius eam causam aliis delegare, de qua delegatione nunquam satis laudabile extat exemplum piissimæ & clementissimæ memoriæ Leopoldi Primi Rom. Imperatoris, qui in atrocissimo perduellionis crimine & structis altissimæ suæ personæ insidiis hostilibus contra comites Zrin & Nadaſti judicandi potestatem delegato ex diversis consiliariis suis Judicio mandavit *Reutter in different. jur. civ. & moderni Austriaci. tab. ult. n. 21. & 20.* Nec desunt historiæ tradentes, etiam alios absolutissimos Principes in Judicem aliquem consensisse, à quo jus reddatur illi, qui fundatam intentionem se contra Principem habere existimat; sic Regem Galliæ coram supremo regni Parlamento conventum per procuratorem actionem excepisse, refert *Bodin. de repub. lib. 3. cap. 8.* & Imperatorem Sigismundum Electori Moguntino respondisse: daß wir unser eignen Sachen nicht wohl Richter seyn mögen / narrat *Buxdorff. ad Aur. Bull. Tbes. 83. lit. D.* apud quem authorem etiam *ib. 64. lit. B.* videre est, quomodo Carolus V. se ipsum ut Archiducem Austriæ ad cameram citaverit. De his autem infra plus dicitur in materia Judicis & fori competentis.

Dicta ulterius extenduntur, quemadmodum enim nemo potest esse Judex in causâ propriâ, ita etiam non valet compromissum, quo aliquis

in re sua propria arbiter constitutus est *l. pen. ff. de recept. qui arbit.* ratio, quia arbitria sunt redacta ad similitudinem judiciorum *l. 1. ff. eod. & æquiparatorum eadem est ratio & juris dispositio.* Deinde quia nemo sibi ipsi imperare, jubere, aut prohibere potest *cit. l. pen.* hinc etiam fit quoddam emptio venditio, locatio conductio non rectè contrahatur, si determinatio pretii aut mercedis in arbitrium unius vel alterius contrahentis collata fuerit, nam is, qui pretium aut mercedem solvere deberet, mallet ad modicum obstrictus esse, ille autem, cui merces aut pretium solvi deberet, mallet plus quàm æquum & justum est, recipere ab altero, & sic proprii lucri cupiditate hujusmodi arbitria optatos effectus non sortirentur *l. hæc venditio. 7. ff. de contr. empt.* singularis casus extat in *l. si libertus. 30. ff. de operis libertor.* ubi valet arbitramentum patroni de operis sibi à liberto præstandis factum, si id æquum & justum est, id est, si patronus non gravavit nimis operis libertum, ratio hujus est, quia patrono aliunde permissum est in ipsa manumissione liberti operas imponere *l. ut jurisjurandi. 7. §. jurare. §. rescriptum & passim. ff. de operis libert.* ergo etiam eidem permissa est operarum moderatio, quantas nimirum & quot operas libertus in compensationem libertatis sibi datæ præstare debeat.

17 Quæres, an ergo nunquam possit aliquis in causa propria Judex esse? id dicendum videtur, scilicet nunquam hoc alicui licitum esse. Primò quia in *l. unica. cod. ne quis in sua caus. Jud.* Imperator ait: generali lege prohibemus & decernimus, neminem sibi esse Judicem, iniquum enim est alicui in re propria sententiæ licentiam tribuere, ergo contra hanc generalibus terminis conceptam prohibitionem nullus casus adstrui potest, in quo quis rei propriæ Judicem agat. Secundò hæc opinio stabilitur per *cap. dilectus. 11. X. de pœnis.* ubi is, qui Judicem affecit injuriâ, non ab ipso Judice puniendus, sed pro improbitate sua ad superiorem pro excipienda condigna pœna mittendus est. Tertio adducitur authoritas *Zafu ad l. qui jurisdictioni. 10. ff. de jurisd. n. 11.* ubi docet, nulla consuetudine induci posse, ut quis se ponat in manus inimici sui.

18 Pro contraria sententia nonnulla etiam argumenta militare videntur. Nam primò in *l. qui ex aliena. 5. ff. de Judic.* J. C. ait: si quis ex aliena jurisdictione ad Prætorem vocatus est, debet venire, nam Prætor cognoscit, an ad judicium vocatus de sua jurisdictione sit, nec ne, cognoscere autem an citatus suæ jurisdictioni subsit, vel non, est agere, Judicem in causa sua propria, quod per se notum est, ergo. Et hanc decisionem usu fori aded receptam esse, & tenaciter observari constat, ut si coram ordinario Judice citatus excipiat causam, ob quam citatus est, esse feudalem, & non subjacere Judici ordinario, nihilominus ordinarius super veritate exceptionis cognoscat, & sententiam vel de sua competentia vel incompetencia proferat *Gail. l. 1. observat. 34. n. 2.*

Secundum fundamentum sumitur ex *cap. quia. 1. X. de off. & pot. Jud. deleg.* vi cujus Judex delegatus non tantum potest punire reos contumaces, contra quos Judex delegatus est, sed etiam jus coercendi illos habet, qui suam jurisdictionem turbant & impediunt, cui suffragatur *l. unica in prin.*

princip. ff. si quis jus dicent. non obtemp. ubi omnibus Magistratibus permiffum est eos constringere pœnis, qui Judici citanti aut aliud quid præcipienti non obtemperant; cujus rei causâ plurima videri possunt quæ congeffit *Gonsalez in cit. cap. quia. 1. X. de off. & pot. Jud. deleg.* & multum ad probationem contrariæ hujus sententiæ conducunt.

Tertio corroboratur hæc sententia per hoc, quod Duces Principes, Comites aliique territoriorum domini in causis propriis per suos consiliarios judicent, quemadmodum Palatinum à nemine in jus vocari posse, nisi coram suis consiliariis testatur *Zaf. in l. qui jurisdictioni. 10. n. 13. ff. de jurisd.* & hoc ipsum consuetudine induci posse, affirmat Pontifex in *cap. 1. de pœnis in 6.* dicens, quod Archiepiscopus jurisdictionem in sua provincia exercens propria authoritate eos punire possit, qui vel ipsum Archiepiscopum vel ab eo delegatos injuriâ afficere præsumunt, & præterea ibidem addit. hanc injuriatorum punitionem non tantum vi consuetudinis competere, sed etiam speciali Pontificiâ concessione Archiepiscopo permiffam esse. Quod facit, quod sæpius victi se dedant victori ad gratiam & vindictam, eumque in propria causa contra se agnoscant Judicem, de quo exemplum etiam in sacris libris habetur *4. Reg. cap. 18.* ubi dixerat Ezechias Rex Regis Assyriæ, recede à me, & omne, quod imposueris mihi feram; hoc tamen ita intelligendum est, ut alter agat discretè, cum moderamine & civilitate puniat, ea enim mens est se se submittentis & alterius arbitrio subjicientis, quod speret eum rectè acturum esse *arg. l. si libertus. 30. ff. de operis libert.*

His omnibus addi possunt sequentia: nimirum *can. si quis erga. 16. caus. 2. q. 7.* ubi habentes querelam contra Episcopum aut alios Ecclesiæ rectores jubentur ab ipsis, contra quos se querelam habere credunt, justitiam aut excusationem excipere. *Clem. 1. de foro compet.* ubi Episcopo licentia datur jurisdictionem suam in aliena diœcesi contra suos expulsos, eorum consiliarios & fautores, prout justitia suadebit, liberè exercendi. Item *Can. Guilisarius. 30. caus. 33. q. 4.* in quo dicitur, quod Episcopus vi retentus & in exilium missus congregatis aliis Episcopis anathematis sententiam contra Patriam, quæ talia contra Episcopum agere, eumque decipere ausa fuerat, pronuntiaverit. Ex quibus & pluribus aliis conclusio formari potest, multos omnino reperiri casus, in quibus aliquis propriæ rei Judex esse potest.

Dico igitur cum prima sententia, nunquam licitum esse in causa propria agere Judicem, cui sententiæ præter superius probata etiam ad stipulatur, quod in causa propria etiam nemo habile & idoneum testimonium possit ferre *l. nullus. ff. de testib. l. omnibus. 9. cod. eod.* præsciendum autem est propriam causam appellari, ex qua commodum vel incommodum ad aliquem suo nomine pertinet, è converso alienam causam dicendam, ex qua quis emolumentum aut damnum suo nomine non sentit, sicuti in testibus recepta consuetudo est, vi cujus in generalibus interrogantur, an causa, in qua producuntur, eos concernat, nec nec? supra autem allegata causæ propriæ expositio exactioris doctrinæ causâ ad quatuor

tuor modos redigenda est, quorum primus in præjudicii, secundus in utilitatis, tertius in affectionis & quartus in officii ratione cernitur. Sic enim con- similem causam habens ei, in qua producitur, nequit esse testis; sic etiam cedens jura & actiones suas, cui cessit, testimonium ferre non potest in lite nomine rei cessæ motâ; sic etiam advocati & procuratores in testes recipi non possunt etiam finitâ advocacy in causis, in quibus advocati extiterunt ob affectionem singularem, quam ad causam habent *l. fin. ff. de testib. cap. fin. de testib. in 6.* videatur etiam *Schwarzenthal. in tract. proces. ordin. lib. 2. de testib. cap. 3.*

20 Non obstant alterius opinionis argumenta, & non quidem primum, quia negatur, quod vigore hujus argumenti Judex in propria causa cognoscat, nam propria causa est, cujus emolumentum ad aliquem suo nomine pertinet *l. 1. §. in propria. ff. quando appel. sit.* ex hoc autem, quod Judex cognoscat, an citatus de sua jurisdictione sit, nec ne, Judex nullam utilitatem pro se reportat, nam si deciditur citatum subesse Judicis citantis Jurisdictioni, Judex sibi per hoc nihil acquirit, sed tantummodo jus tribunali, cui nunc præest, conservat, & hoc ipso quidem auctoritatem & suæ sedis judicialis potestatem defendit, interim tamen onus eidem adfert, quia quod plures jurisdictioni suæ subditos habet, eò frequentius etiam officii impertiendi ratione adiri, causarum cognitione & aliis contentio- nibus molestari potest. Nec refert, quod Judex pro causarum cognitione sportulas recipiat, hoc enim commodum valde remotum est, adeo- que attendendum non venit, sicut legatarius pro testamento, quo sibi quid relictum est, testem agere minimè prohibetur *l. qui testamento. 20. ff. de testam.* & optimè huc facit id, quod in *l. 1. ff. de auctoritat. & cons. tut.* dicit J. C. scilicet verum esse, quod tutor in rem suam auctor nequeat esse; interim tamen pupillo auctoritatem suam pro auctora debitoris sui hæreditate accommodare possit, quamvis per hoc pupillus tutoris debitor efficiatur, quia prima ratio auctoritatis interpositæ attendenda est, nimirum ut hæres fiat.

Et hoc quando citatus simpliciter contra jurisdictionem citantis ali- quid opponit, & negat eum Judicem competentem esse, hinc si opposi- ta à citato exceptio respiceret personam Judicis, v. g. quod Judex sit ad- versæ partis cognatus, familiaris, vel alia de causa tanquam suspectus re- cusaretur, omnino eidem recusato Judici examen in hac contra suam per- sonam & qualitates oppositâ exceptione permissum non esset Bartol. in *l. 2. ff. si quis in jus vocatus non ierit n. 4.* quia sicut in prioribus dictis Judi- cem salvat proverbium tritum: *non facio hoc tanquam ipse, sed tanquam alius*, ita & in hoc secundo casu dicti proverbii contrarium eidem obsta- ret scilicet: *facio hoc tanquam ipse, non tanquam alius*, propter quod pro- verbium *Archidiac. in can. omnes. caus. 30. q. 1.* docuisse, quod sacerdos suam propriam concubinam absolvere possit, refert *Zaf. in l. qui jurisdictioni. 10. ff. de jurisd. n. 21.* ac contrarium significat ajens: Græcos sacerdotes non potuisse audire confessiones uxorum, quantum minùs sacerdotes con- cubinarum? sed mitto ista, quia hoc in loco à me discutienda non sunt.

Ratio

Ratio ulterior disparitatis quo ad prædicta assignari potest ista, quia 21 per oppositionem suspicionis & ideo interpositam recusationem Judex solet provocari ad indignationem, hæc enim oppositio afficit & inhabilem reddit personam Judicis, unde timetur ne parti recusanti noceat, cum nihil gravius esse possit, quàm sub Judice suspecto litigare *l. litigatores ff. de arbit. secus est*, quando tantum dubitatur de jurisdictione Judicis, & simpliciter tantum jurisdictionis incompetencia opponitur, quia aliunde & regulariter pro jurisdictione Judicis præsumitur, si non probetur contrarium. *Panormit. in c. 2. X. de appellat. n. 12.* sic etiam in *c. super. 20. X. de rescript.* Romanus Pontifex ait, Judicem delegatum de opposita literarum & delegationis ob- vel subreptitia impetratione, & annexa illi consequentia, an nimirum in delegata sibi jurisdictione procedere possit vel non, cognoscere, quia hæc & aliæ similes oppositiones, personam Judicis singularem tangunt aut sugillant.

Nec obstat secundum argumentum. Primò enim sciendum est, 22 mandatâ alicui jurisdictione etiam illa censi esse concessa, quæ ad commodiorem & faciliorem jurisdictionis usum desiderantur, ne aliàs jurisdic-tio reddatur elusoria *c. ex literis. 29. X. de off. & pot. Jud. deleg. l. fin. ff. de off. ejus cui mand. est jurisd.* igitur etiam in objecto *c. 1.* Judici delegato potestas esse debet censuris Ecclesiasticis coercendi illos, qui suam jurisdictionem impediunt. Et re magis perpensâ secundò dicendum est in *cit. c. 1.* Judicem delegatum non aliter se habere, quàm eum, qui remove conatur illa, quæ juris sui exercitio obstant, hoc autem unicuique permisum esse, ut scilicet nociva sibi aut juribus suis obstacula removeat, imò etiam vim vi debito & legitimo modo repellat, notissimi juris est. Hinc tertio in *cit. c. 1.* delegatus non tam in causa propria Judex & vindex, quin potius delegationis suæ defensor censendus est, quoniam impediens non coërcet aliter, quàm ut eos metu poenæ ab ulterius impedienda jurisdictione retrahat, de futuro in delegata sibi jurisdictione liberè procedat, ne aliàs tam authoritas delegantis vilescat, quàm etiam potestas delegata elusoria fiat. Præsertim cum etiam dici posset impediens irrationabiliter usum jurisdictionis coram ipso Judice delinquere, & ratione delicti ita commissi coram tali Judice forum sortiri, nam quodd in jus vocatus non veniens, aut delegati jurisdictionem impediens grave delictum comittat, constat *ex can. quatuor. 78. caus. 11. q. 3. Menoch de arbitrariis. casu. 47. n. 38.*

Nec refragantur tertio loco adducta, nam allegatis à Zasio repono 23 id, quod in *c. jamdudum. 18. X. de præbend.* Rom. Pontifex ait: multa per patientiam tolerari, quæ in judicium deducta non debebunt tolerari, nisi ab eo dicta intelligere luberet eo modo, quo supra monitum est de delegato judicio à supremis Principibus in causa propria constituendo. Quodd verò textus de vindicanda per Judicem injuria sibi illata recensitos attinet. Respondeo constituendum esse discrimen inter eum casum, quo injuria irrogata est Judici, tanquam Magistratui & publica authoritate fungenti, & inter eum, quo injuria infertur Judici ut privato; illo casu admitto judicem vindicare posse injuriam sibi irrogatam, quia talis injuria respicit pub-

publicam auctoritatem, cum sit commissa circa usum jurisdictionis & officii publici; altero autem casu id nego, quia tantum læditur privata persona, & proinde Judicis superior adeundus est, ne alias idem & accusatoris & Judicis officium sustineat. Hæc responsio fundatur in *c. irrefragabili. 13. §. cæterum. X. de off. Jud. ord.* ubi si Canonici in contemptum Episcopi, intellige illius personæ privatæ, à Divinis cessaverint, non ipse jus puniendi habet, sed ad querelam propositam Metropolitanano permittitur castigatio Canoniorum.

24 Et hanc responsionem procedere existimo, si injuria Magistratui illata est notoria, tunc enim Magistratus non tam cognoscit in causa sua, aut sententiam contra injuriatorem profert, cum in notoriis & manifestis cognitione aliqua opus non sit, quam potius pœnam exequitur & exigit, nam si injuria notoria non foret, sed demum inquiri, & probatio fieri, ac cognitio causæ desuper institui deberet, recurrendum esset ad superiorem, *Paul. Cast. in l. un. cod. ne quis in sua caus. Judic.* prout in simili opinionem suam declarat *Zaf. in l. qui jurisdictioni. 10. ff. de jurisd. n. 12.* dicens Magistratum ab aliquo percussum illatam sibi hoc modo injuriam posse vindicare, si in conspectu palam & manifestè Magistratui sit illata injuria, & pœna certa sit in jure constituta non verò arbitraria, ita enim magis executores, quam cognitores & Judices videntur. *Bald. in cit. l. un. cod. ne quis in sua caus. n. 1.*

25 Nonnulli putant conclusioni, qua nemo in sua aut se attinentium causa potest esse Judex, addendas esse duas exceptiones, si nimirum agatur de levi & modica re, quia cum modica non curentur, non præsumitur etiam Judex in modicis delicturus, sed justitiam omnino servaturus argumento subtiliter ex *l. Senatusconsulto. 16.* in verbis: parcissimè jus dicet, *ff. de off. præsid.* desumpto, nam ex eo quod præses in causis suorum parcissimè, id est, rarè & non facilè jus dicere debeat, colligitur ei saltem juris dicendi potestatem licitam esse in causis levioribus, sed *Alex. in l. 10. ff. de jurisd.* hanc exceptionem impugnat, Altera exceptio est, si Judex de sua integritate, constantia & justitiæ Zelo valde celebris & commendatus sit, in quem nulla suspicio cadere possit; sed nec huic exceptioni annuendum est, quia non oportet propter hoc probæ vitæ exemplum à regulis ordinarii juris recedere *Zaf. d. l. qui jurisdictioni. 10. ff. in fin.* ubi dicit quod in *c. ult. X. ut lit. penden. nib. innovet.* Rom. Pontifex redarguat D. Thomam Cantuariensem rescripti pro sua Ecclesia subreptitiè impetrati, quamvis dictus D. Thomas in numerum Divorum relatus sit. Et profectò huic exceptioni si locus daretur, nonne verum erit, omnes Judices in causa propria judicare posse? quia pro Judice & ejus processu semper est præsumptio bona; ita, ut in Judicem nulla sinistra suspicio cadat, sed præsentia ejus omnem fraudis præsumptionem excludat, *Barbof. axiomatum. l. 9. axiome 14. §. 28.* hæc autem an solida ratione admitti queant, & bonis Judicibus hoc prætextu corruptionis & perversionis occasio danda sit, quemvis prudentem lectorem constituo Judicem.

Dixi

Dixi supra in Judicis definitione, Judicem debere esse virum *probum* 26 & *bonum*; nam Judicem incorruptum, bonorum morum, in judicando personarum respectui non deditum, undique invariabilem & irreprehensibilem esse decet *Nov. 13. c. 3.* qui habeat manus continentibus & puras *Nov. de defens. civ. 8. c. 8. §. 1. Nov. 17. c. 5.* qui sit in æquitate laudabilis, & in justitia inexorabilis, cui etiam convenit dictum illud: *wann dein ärgester Feind recht hätte/ so sprich ihm recht / richtig wehret ewig.* Vir enim bonus & Judex convertuntur, & quasi unum alterius prolatione significatur, *l. continuus. 137. §. cum ita.* in verbis: *ad Judicem, id est, virum bonum ff. de V. O. l. vir bonus. ff. judicat. sol.* quamvis verò juxta prædicta Judex omnium virtutum numeris absolutus, ac tam ad Justitiam particularem, quàm universalem perfectus esse deberet, & proinde hæc perfectio optanda esset, tamen tanta virtutum omnium perfectio non requiritur, sed ejusmodi Judice populus contentus nunc est, qualis in usu ac vita communi haberi queat, qui boni & innocentis viri officio fungatur, & litigantium causam non aliter ac propriam citra omnem affectionem tractet, cognoscat ac definiat, memor naturalis juris principii, quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris, *Schwarzentb. proces. Jud. lib. 3. cap. 9. ad leg. nemo Judex. 13. cod. de sentent. & interloc. om. Jud. n. 43. & seq.*

Dictum autem est *vir*, ut ex hoc constet, scæminas prohiberi esse Judices, non quòd ad Judicium ferendum prorsus sint inhabiles, sed quia 27 hujusmodi officiorum publicorum functionem mulierum honestas non facillè admittit, ea propter etiam jam pridem explosa est apud Platonem sententia Socratis civitatem instituentis, in qua tam viri quàm scæminæ rerumpub. gubernacula tenerent. Advertendum igitur quo ad hoc est, sicut decens non videtur mulieribus Reipub. regimen committere, ita dedecus in communi esse, si viri in imperandi ac judicandi fastigio collocati 28 ab uxoribus suis affectus discant, atque ab earundem voluntate in repub. administrandâ vel in judicando pendeant, hoc namque modo nihil interesse videtur, utrum mulieres ipsæ gubernacula teneant, an ij, qui gubernant, à mulieribus gubernentur. Dicitur *juris & æquitatis peritus*, Judicis enim peritiâ & sapientia in eo posita est, ut constanter & purè de certo jure pronuntiet, ut subtiliter de jure controverso, quod bonum & æquum est constituat, & in casu, quo lex certa non est, jusque controversum, consideratis diligenter ac subtili ingenio excusis probè circumstantiis & qualitatibus juris ac facti in controversiam deducti ex æquo & bono jus interpretetur.

Ex æquo autem cognoscit de causa Judex dupliciter, primò cum de 29 ficiente jure scripto & consuetudine ex naturali æquitate, prout ratio humanitatis, benignitatis & Justitiæ suggerit, sententiam profert *l. 2. §. quamquam ff. de aq. & aq. plur. artend.* in illis verbis: *hæc æquitas suggerit, etsi jure deficiamus. l. in bis 16. ff. de condit. & demonst.* ibi ex bono & æquo, junctis etiam verbis: *scripti juris rationem.* ad idem facit *l. nulla 25. ff. de ll.* in verbis illis: *nulla juris ratio, aut æquitatis benignitas.* deinde similiter ex æquo pronuntiat Judex, quando lex scripta quo ad literam & verba æqui-

æquitati casu aliquo contraria videtur, æquitatem verò in sententia dicenda juxta mentem legis sequitur, quod ipsum etiam Judex facere jubetur *l. si res tuas. 8. cod. ad exhib.* ubi dicitur, quamvis stricto jure ex pacto rei meæ depositæ aut commodatæ mihi restituendæ per alterum inito & contracto mihi contra depositarium aut commodatarium actio non competat, si paciscenti non successero, tamen mihi propter æquitatis rationem utilis actio depositi competat, & attendenda non sit stricti juris regula, quæ sonat, quòd alteri per alterum actio non acquiratur §. *si quis alii. 4. Inst. de inut. stip.*

30 Dixi *juris peritus*, nam Judicem legum peritum esse debere, probatur per *novel. 82. c. 1. l. 13. cod. de sent. & interloc.* ubi Imp. ait: jubemus omnes Judices nostros veritatem legum & Justitiæ vestigia sequi. Restrigitur verò hoc ad eos Judices, qui non habent peritos assessores, cum ita solus Judex debeat judicare, nam si ei sint assessores docti, per horum peritiam defectus scientiæ suppletur *Matthæ. Steph. de jurisd. cap. 17. n. 12.* similiter & alii distinguunt inter Magistratus & Judices, quibus non tantum controversias dirimere, sed etiam alia Reipub. munia expedire incumbit, hi enim legum imperiti esse possunt, modò aliunde rerum gerendarum experientiâ, dexteritate & prudentiâ præditi sint, non verò illi, cum ad controversiarum decisionem necessaria sit legum & Jurium peritia. *cit. l. 13. & can. judicet. caus. 3. q. 7.* quo cavetur, Judicem nihil ex arbitrio suo & domesticæ voluntatis proposito, sed juxta leges & jura pronuntiare; dictam autem juris & legum peritiam in Judicibus, qui non juridicas, sed leves & præsertim opificii, aut artis suæ causas tractant, non esse necessariam, aliunde certum suppono, & quotidianus usus docet, inferiores etiam, uti pagorum, oppidorum, aliarumque communitatum Judices tales constitui, qui legum peritiâ imbuti non sunt, sed potissimum patriæ aut communitatis suæ mores ac consuetudines noscunt, & in judicando observant, vel apud quos ab adjunctis syndicis causæ judiciales diriguntur, vel in occurrentibus magis arduis controversiis peritorum consilio litis decisio submittitur. De his autem plura dicentur infra, ubi de officio Judicis tractandi occasio erit.

31 Dixi etiam *publica auctoritate ad hoc constitutus*, ratio hujus duplex assignatur, prima ex communi jurisdictionis definitione, quòd scilicet hæc sit potestas competens ei, qui aliis publicè præest *Bocer. de jurisd. c. 1. n. 1.* atqui Judex à jure dicendo dictus aliis publicè præest, ergò. Altera desumitur ex eo, quòd Judici sit facultas litigantes ad suum tribunal citandi, contumaces coercendi, causas controversas cognoscendi, sententiam contra invito proferendi & exequendi, potestas autem hæc faciendi debet esse publica, quia pari in parem, privato in privatum non est imperium; nec ulla obsequendi necessitas, ergò. Tertia ratio est hæc, quia omnis jurisdictio, à qua Judex suam denominationem & potestatem derivat, à publica auctoritate promanat & conceditur, olim enim cum penes populum summa potestas esset, jurisdictio concedebatur consulis Jussu & lege populi, post hæc verò potestate in senatum translata hic

coepit jurisdictionem tribuere, demum etiam omni Imperio & potestate Principi concessa jurisdictionem impertitur Princeps. *Bocer de jurisd. cap. 8. n. 2.* qua in re ipsa etiam rerum observantia testis est, iudices non à privatis hominibus, sed ab integra civium communitate eligi, & electos à Principe vel ejusdem supremo regimine confirmari & ita confirmatos vel à solo Principe constitutos functione publica collectis subditis fisci & praesentari, eosque ad praestandam suo Judici obedientiam admoneri, daß nemlich die Richter der untergebenen Gemeinde vorgestellt / und demselben die Unlosung geleistet wird / wie auch all Untergebene zu den Gehorsam ermahnet werden.

Hæc omnia magis confirmantur ex eo, quod Judex in controversiis decidendis publica scientia uti, & ex illis, quæ sibi ut publicæ personæ, nimirum Judici sunt nota, non ex iis, quorum tanquam privata persona aliquam cognitionem habet, sententiam proferre debeat, sic etiam constat à Judice pro tribunali sedente sententiam ferendam esse *l. cum sententiam. C. de sentent. & interloc.* in verbis, quod non publicè, sed in secreto loco, officio ejus non praesente sententiam suam dixit, cui etiam se se conformant mores, secundum quos publicè omnibus vel singulariter litigantibus dies pro recitanda & excipienda ex publico confesso Judiciali sententia assignatur, & sententia vel per Judices inferiores ipsos, vel ab illustribus Judicibus per eorum officiales seu actuarios recitatur. Tandem in definitione Judicis dixi: *ad hoc constitutus ut controversias.* officium enim judicantis in eo positum est, ut lites & contentiones dirimat, nec non gravamina tollat, ut hoc ipso totius Reipub. & singulorum civium tranquillitati tam publicè quàm privatim consulatur, cui propterea merito parendum, & dolosè facere censendus est, qui jussui Judicis non obtemperaverit *l. injuriarum. 13. §. is qui. ff. de injur.* his præmissis nunc de officio Judicis, ac Judicum speciebus tractandum est.

Apud veteres aliud quidem erat officium jus dicentis, & aliud etiam officium Judicis, officium enim jus dicentis pertinebat ad jurisdictionem, de qua in *l. 1. ff. de jurisd.* agitur & dicitur, officium jus dicentis latissimum esse, hoc verò nimirum officium Judicis consistebat in mera notione, hinc jurisdictio erat ipsa potestas, officium verò hujus potestatis exercendæ munus *Oldendorp. in præfact. clas. de off. Jud.* & vi potestatis jus dicens læsos restituebat in integrum, dabat bonorum possessiones, sententias Judicum à se datorum exequabatur, mulctam dicebat, capiebat pignora & multa similia agebat, vi autem officii Judicis cognoscebantur causæ, dabantur & temperabantur dilationes, & sententiæ pronuntiabantur *vin. Inst. de off. Jud. in princip.* inde & nata est distinctio officii Judicis in nobile & mercenarium, illud enim erat, quo Prætor vel alius superior Magistratus illis succurrebat, qui nullam actionem habebant, hoc verò scilicet mercenarium erat, secundum quod Judex pedaneus à Præto constitutus procedebat in actionibus à jure prodictis, coram se jam introductis, quamvis teste *Schwarzenth. in tract. proces. ord. lib. 1. de libelli concipiendi forma. c. 4. n. 11.* melius dictum fuisset, si officium nobile vocaretur bo-

mercenarium, quod aliàs etiam liberum & absolutum, mercenarium autem diceretur *necessarium*.

34 Ut autem apud veteres mos fuerit, & sive admittatur distinctio officii Judicis in nobile & mercenarium sive non, & tametsi hodie omnia dicantur esse Judicia extraordinaria §. *ult. Inst. de interd.* ita ut hodiernis moribus prætores & Magistratus nostri ipsimet jus dicant, neque juxta veterem judiciorum formam Judices pedaneos ad causæ notionem constituent, verum tamen est, quædam esse negotia, in quibus Judex per viam actionis aditur & officium illius imploratur, in quibus etiam Judex cognoscendo & consuetam processûs formam observando cuncta tractat, & sic officium mercenarium actioni deserviens exercet, *allwo nemblich ein rechtliche Klag vor Gericht angebracht / geschlossen / und darüber der richtliche Ausspruch gemacht wird /* alia vero negotia esse, in quibus Judex officium nobile jurisdictionis suæ autoritate exercet, etsi nulla proponatur actio, interdum motu proprio, uti in inquirendis & puniendis sceleratis, jus enim cum mortuâ literâ descriptum sit, producitur in forum vivâ quadam Judicis exercitatione, interdum autem ad instantiam & implorationem alterius, qui pro eo, quod implorat & cupit consequi, nullam habet ordinariam juris actionem, veluti si minor a nemine deceptus solâ suâ facilitate læsus in integrum restitui petit, interdum etiam ad invocationem alterius, qui ordinariam actionem posset exercere, sed mavult uti officio Judicis, quoniam hanc viam compendiosiore & expeditiore esse advertit, præsertim in causis, in quibus mora, & ordinariæ actionis præparatio, ordinatio & instructio damnum irreparabile allatura esset, sic sæpe ad solam actoris supplicationem & illatæ violentiæ remonstrationem Judex imploratus jubet reum etiam nondum auditum supersedere aliquo facto v. g. cæssione sylvæ, cultione agri additâ tamen clausulâ, ut si se gravatum senserit, compareat certa die responsurus actori. *Oldendorp. loc. sup. cit.* sicut in interdictis frequenter observari solet, quod vi ablatorum restitutio & ulterioris vis inhibitio peti, interdictum vero & actio ob id competens differri soleat, *daß nemblich mit Reservierung der Gewalts-Klag / der verübte Gewalt dem Gericht indessen nur angezeigt / umb Zurückstellung der abgenommenen Sach angeruffen / und die Enthaltung aller Thätigkeiten begehrt wird.*

35 Ut autem ad rem ipsam perveniam, & Judicis officium præsertim in actionibus in judicium deductis exerceri solitum exponam, dico officium Judicis in genere ita describi posse: officium Judicis est jus, quod ad dirimendas lites, & tollenda gravamina secundum æquitatem exercetur, ut per hoc omnium tranquillitati tam privatim quàm publicè consulatur. Hoc Judicis officium mercenarium in specie, vel ut supra dictum fuit, necessarium in duobus maximè consistit, scilicet in causæ controversæ cognitione, & ejusdem dijudicatione, & quidem ad normam & naturam actionis in judicium deductæ, uti videre est in §. 1. & *seqq. Inst. de off. Jud.* missis illis, quæ Judicii præparatoria sunt, uti libelli oblatio, citatio, dilatio, dilationum extensio & similia, ad causæ cognitionem me transfero.

Hæc

Hæc causæ cognitio consistit in eo, ut Judex negotii veritatem examinet, & desuper cognoscat & quidem ex illis, quæ à litigantibus allegantur & probantur. Igitur primò litigantes audiendi, & probè expendenda sunt omnia, quæ ad probationem adferuntur, non perfunctoriè; sed plena & justa inquisitione utriusque litigatoris allegata & probata discutenda sunt, plena enim inquisitio & cognitio dicitur, si Judex nihil eorum, quæ ad intentionem actoris, aut rei defensionem pertinentia adducuntur, aut aliunde institutæ actionis natura exigit, prætermittit, sed diligenter audit & cognoscit *l. Judices. 9. c. de Judic.* ubi Imperator Judices monet, ut in primis rei qualitatem plenâ inquisitione discutiant, & utramque partem sæpius interrogent, num aliquid novi adducere desiderent, cum hoc ipsum ad alterutram partem proficiat, sive causa per Judicem definienda, sive ad majorem potestatem referenda sit.

Ordo autem utrumque litigantem audiendi iste est, ut actor proponendo ea, quæ ad fundandam intentionem & actionem suam pertinent, initium faciat, deinde respondeat reus iis, quæ ab actore adducta sunt, & conetur destruere ac infringere, quæ sunt ab actore allegata, testium dictis, propria actoris confessione aut aliis probationum adminiculis, adferat pariter ea, quibus defensionem suam corroboret, leges & rationes scilicet, jura autem actoris aliena ab ipsius proposito esse, nec ritè ad hypothese[m] applicari posse, palam faciat, distinguat, & genuinam eorum interpretationem aperiat. Hic procedendi in omnibus tribunalibus consuetus ordo etiam optimè conformis est juris rationi, prout videre est in *c. 1. X. de mutuis petit.* ubi ordo exigit, ut reus respondeat iis, quæ actor proposuit, *l. qui prior. 29. ff. de Judic.* ubi dicitur, actor prius agere, seu intentionem suam coram Judice proponere; per ista denique alterna & hinc inde allegata litigantes illa, quæ & facti circumstantias & jurium comprobationes attinent, proponunt & expediunt, ac alter alterius argumenta contrariis allegationibus enervat & tollit, modo autem & numero scripturarum vel oretenus faciendarum responsionum in quibusvis tribunalibus recepto, secundum quem pluribus libellis in ipsis causis principalibus, quàm in emergentibus controversiis incidentibus sententiâ interlocutoriâ decidendis, paucioribus etiam locutionibus in publicis audientiis, in quibus lecto actoris libello reus oretenus respondet, actor oretenus replicat, & reus duplicando concludit, litigantes utuntur.

In his ab utraque litigantium parte actis & legitimo ordine tractatis examinandis Judicis officium est, ne in discutiendo & judicando nimis præceps sit, sed causas, rationes, argumenta à litigantibus adducta ad amassim excutiat, & causæ merita tam diu investiget, quo usque veritatem deprehendere queat, & propterea Judex non rarè interrogabit, & objiciet partibus, priusquam sententiam feret, ad hoc insignis textus facit in *can. judicantem. 11. caus. 30. q. 5.* ubi ex Eleutherio Papa refertur, quod Judicantem oporteat cuncta rimari, & tamdiu actionem ambarum partium ventilare, donec pleniter illuminata sit; item quod oporteat judicantem frequenter interrogare, ne aliud forte prætermisissimum remaneat, quod annecti

eti conveniat. Hinc etiam Judex in probationum hinc inde adductarum disquisitione probè advertet, quantum quisque suâ probatione effecerit, respiciet etiam ad id, quod in *l. 3. §. item Divus. ff. de testib.* habetur, scilicet, quanta fides habenda sit testimoniis & probationibus, lege ulla definitum non esse, sed eum, qui judicat, scire posse, quanta fides sit habenda testibus, nec eum ad unam probationis speciem cognitionem statim alligare debere, sed ex sententia animi advertere, quid aut credat, aut parum vel nihil probatum opinetur, conditio enim testium, dicta, qualitates personarum, circumstantiæ locorum & temporum considerandæ sunt.

39 Quæres, quo usque ergo litigantibus permissum sit, rationes argumenta & probationes pro causa sua adducere? Respondeo usque ad conclusionem in causa, ratio, quia disceptationum judicialium aliquis debet esse finis, conclusio autem in causâ est actus judicii, quo omnibus ulterioribus probationibus & defensionibus renuntiatur, & causa conclusa Judicis cognitioni & ferendæ sententiæ submittitur, hæc conclusio in causâ aliquando etiam vocatur submissio, quæ definitur esse actus Judicialis, quo partes causam sufficienter discussam supponunt Judicis decisioni, ex supradictis enim patet, litigantes postquam jam multa ad suam litem utilia allegarunt, & de iis exacta disputatione concertarunt, à Judice interrogari, nunquid aliud supersit, quod vel in facto vel jure proponere velint, qui si responderint se nihil aliud proposituros, sed Judicis sententiam expectaturos esse, causæ conclusio inde oritur, in usu tamen practico interrogationes hujusmodi non fiunt, sed vel à lege vel Judice submittendi terminum præfigi, nisi partes ultra causam concludant, tradit *Textor praxi Judiciaria. p. c. 10. n. 3.* dixi autem vel *Judice*, nam si Judex partibus sufficientes dilationes indulset, de quibus dilationibus videri potest *novel. 115. c. 2.* & pars una aut utraque nolit concludere, poterit Judex ex officio causam pro conclusa acceptare *Joan. Bruneman. processu fori. cap. 26. n. 3.* quia lites non sunt in infinitum & immensum protrahendæ.

40 Modi autem, quibus causa concluditur, tres reperiuntur, nam primo fit conclusio causæ expressè vel tacitè, expressè, quando litigantes omnibus suis allegationibus in jure & facto consistentibus renuntiarunt, veluti si irrotulatis actis petierunt à Judice sententiam ferri und wollen hie mit geschlossen/ und all ferner Handlung sich begeben haben; tacitè si litigantes talem actum exercent, qui non nisi conclusione facta agi potest, hoc enim ipso, quod nulla etiam interposita fuerit protestatio de amplius deducendo jure suo, ostendunt, ulterioribus probationibus locum non dari, parum enim refert, an animus & voluntas causæ concludendæ verbis vel facto & rebus ipsis declaretur *arg. l. de quibus. 32. ff. de ll.* hujus tacitæ conclusionis exemplum est, si de consensu partium irrotulantur & collegio juridico ad decidendum acta transmittuntur *Textor d. loc. c. 10. n. 9.* item si litigantes priora repetunt & ex circumstantiis apparet, nil nisi sententiam Judicis restare *Brunem. loc. cit. c. 26. n. 7.* item si ad instantiam partium decernitur citatio pro audienda sententia, Secundo in causa conclusio fit, si à lege vel municipali jure certus procedendi terminus præfixus

xus

xus sit, hoc enim elapso & completo allegationum numero tacitè in causa conclusum esse videtur *Brunem d. loc. n. 7. in fin.* Tertid in causa concluditur, si à Judice certum tempus ad probandum assignatum sit, ita ut Judex eo elapso declaret causam haberi conclusam *Glos. in clem. saepe. in verb. conclusione de V. S.*

Hic notandum est judiciorum usu esse receptum, quod postquam 41 producto ab una parte conclusionis libello actorum collationi consensum fuit, Judex dictæ collationi arbitrio suo vel præfinit terminum ulteriorem, vel decernat certum diem in loco acto um publicorum in der Gerichts-Cansley/ut acta utrinque componantur, & numerorum calculis signentur, & acta ita in ordinem redacta obli gnata Judicibus, & eorum cognitioni offerantur. Si verò altera pars concludere nolit, & moram injustam trahat, Judex ex officio petente adversario collationem & ob signationem actorum jubeat, daß der Proceß ex officio collationirt wird. Quæ actorum ex officio collatio vocatur die Collationirung oder Zusammenrich tung deren Acten in contumaciam, de qua pluribus videri potest *Sutting. observ. 77. n. 10. & seqq.* effectus conclusionis in causa est, quod ulterio- 42 rem allegationem & probationem excludat, seu ut vulgè dicitur, partibus os claudat, hinc nec instrumenta produci, nec producta admitti possunt *c. cum dilectus. 9. X. de fide instrum.* ubi productioni instrumentorum locus datur, nisi sit à partibus in causa conclusum, ratio provenit ex eo, quia conclusio in causa est quædam renuntiatio allegationum & probationum *c. pastoralis. 5. X. de caus. possess. & prop.* ubi renuntiatio & in causa conclusio pro uno eodémque accipiuntur, ergò cum remittentibus jura sua & renuntiantibus non amplius ad id, cui renuntiatum est, detur regressus, meritò idem in hac probationum & allegationum renuntiatione statuendum est.

Huic juris decisioni se se etiam consuetudo forensis conformat, con- 43 clusâ namque causâ & collatione actorum secutâ nullæ probationes, nulla instrumenta amplius admittuntur, nisi fortè ex justa ac necessaria causa beneficio restitutionis extra ordinem à principe impetrato litigantes obtinuerint, ut denuo resignatis & apertis actis, si quas alias probationes habent, eas producant, sic tamen, ut partis adversæ argumenta & rationes contra noviter productas probationes recipiantur, quod ipsum Austriaca praxi comprobatur, dann wann die Acta collationirt / und verpetchirter von dem Expeditore auffgenommen seynd / wird der Gegentheil zu 44 Handlung weitere Nothdurfft absque restitutione in integrum nicht zugelassen / sondern über das / was einkommen ist / erkennet *Sutting. observat. 77. n. 12.* immd nec in ultimo libello aut scriptura permissum est nova instrumenta allegare, ita, ut si huic contrafactum fuerit, Judex hujusmodi nova instrumenta in ultimo libello adducta, contra quæ pars adversa audita non est, in judicando non attendat, prout dici solet, daß in dem Schluß die Neuerungen verbotten seynd / ratio, ne litigantibus occasio detur se invicem decipiendi, quod sanè contingeret, si in ultimo libello nova instrumenta admitterentur, quia altera pars occasionem non amplius haberet contra

ea se defendendi *Sutting. obs. 18. n. 9.* ubi plura videri possunt, quæ ad hujusmodi nova instrumenta in collatione actorum annotari solent, hinc etiam est, quod partes contra alterius litigantis machinationes in ultimo libello novitates congerentis in causæ conclusionem apponant clausulam & protestationem, *ne quid novi* vid. *Textor prax. Jud. p. 1. c. 10. n. 7.*

- 45 Quæres, an Judex ex officio conclusionem in causa rescindere, & litigantibus novas & alias probationes injungere possit, si fortè videat, unum alterumve dubium superesse, & rem dubiam magis probari posse? videtur dicendum hoc Judici minimè permitti, sed juxta ea, quæ in actis adducta sunt, sententiam ferri debere, ratio, quia sententiam esse latam, vel conclusum esse in causa, sunt paria *Glos. in l. si rem. §. ult. ff. de evict. l. quamvis indubitati. C. ad leg. Jul. de adult.* sed latâ sententiâ Judex nihil amplius circa acta statuere potest *l. posteaquam. judex. 55. ff. de re jud.* ergo sicut acta & probata invenit, ita judicare debet, nec partibus posteriores probationes injungere possit. Secundò Judex non imploratus non impertitur officium suum *l. 4. §. hoc autem judicium. 8. ff. de damno infecto.* ergo non potest Judex partibus post conclusionem in causa injungere ulteriores probationes, sed tenetur actis in hærerè. Verius tamen est non obstante causæ conclusionem Judicem posse posteriores probationes, juris & facti adminicula admittere, & allegatorum in actis documentorum productionem partibus injungere, fundatur hæc decisio in *c. cum Joannes. 10. X. de fide instrum.* ubi Rom. Pontifex ait: non obstante quod ipsa interrogatio facta fuerit, postquam à partibus extitit in causa conclusum, cum Judex, qui usque ad prolationem sententiæ universa rimari debet, possit interrogare de facto, quoties dubitationis aliquid occurrit.

- 47 Et hæc sententia ed magis amplectenda est, quia æquitatem in se continet, & præterea munita est Pontificia decisione in *c. pastoralis. X. de caus. pos. & propr.* ubi habentur sequentia: nisi Judex, qui de causa cognoscit, hoc ipsum ex justa causa viderit expedire, his igitur & aliis causis inspectis, quæ continent æquitatem, aut justè moverint animum judicantis, postquam etiam conclusum fuerit, posse agi judicio possessorio, non negamus. Ratio hujus consistit in eo, quia expedit, ne super actis imperfectis, aut ubi unum aut alterum dubium superest, sequatur sententia interlocutoria, quæ poterat esse definitiva & totam litem terminare, si cognitio super facto plenior à Judice fuisset instituta, hinc etiam dici solet, quod conclusio causæ Judicem non stringat, ut non ex officio ob publicam utilitatem & promovendum processum ad finem usque quærare, & positiones formare possit, & hoc non tantum ad declarationem retroactorum, sed etiam ad fundandam de novo intentionem partis & in vim novæ probationis, sic enim potest Judex post conclusionem in causa se informare circa qualitatem testis, & alia dubia circa causæ merita partibus movere, & eorum resolutionem petere *Mev. decis. 485. p. 2.* sic etiam si Judex videt conclusionem causæ esse ineptam, partibus injungit, quod justum est *Mev. p. 4. decis. 120. Gail. lib. 1. obs. 107. n. 6. & 8.*

- 48 Non obstat primum argumentum, nam purificatio sententiæ & conclu-

clusionis in causa procedit quo ad partem, quæ concludendo causam manus sibi ligavit, & potestatem ulteriorum probationum ademit, non verò quo ad Judicem, cujus officium factâ conclusionem non conquiescit, quin immò respectu ferendæ sententiæ primò incipit, cùm acta conclusa examinare, & ex iis examinatis sententiam formare debeat, & ideo cùm Judex tantum latâ sententiâ dicatur officio suo functus esse, ei conclusio in causa, quæ non nisi partis factum est, facultatem cuncta rimandi non aufert. Minus obstat secunda in contrarium allegata ratio, nam ex præcatis textibus satis clarè colligitur officio Judicis incumbere, ut acta conclusa diligenter examinet, & non obstante causæ conclusionem probationes ultiores requirat, ergò ut huic muneri suo satisfaciat, implorandus non est, sed sicut de debitore sub die dici solet, quod adveniens solutionis dies eum moneat & interpellet loco creditoris, sic etiam Judicem officii sui obligatio, ejusque recordatio monet, ut etiam non præmissa imploratione exequatur ea, quæ muneris sui esse agnoscit.

Sed an Judex ad supplicationem partis causâ cognita admittere possit 49 post factam causæ conclusionem noviter reperta instrumenta? R. affirmative, fundamentum sumo ex *c. pastoralis officii diligentia. 4. X. de except.* ubi non obstante, quòd Judex certum terminum pro adducendis exceptionibus dilatoriis statuerit, & huic termino præfixo litigantes etiam acquieverint, & protestatæ non fuerint de proponendis aliis post elapsum terminum exceptionibus, nihilominus si nova exceptio emerferit, de qua litigans in præfixo termino notitiam nullam habuit, eam proponere potest, ergò etiam non obstante causæ conclusionem noviter emergens probatio ad partis supplicationem admittenda est, ratio, quia nova emergentia novo etiam indigent auxilio *c. cæterum. 4. X. de juram. calum.* altera ratio est, quia litigantes conclusionem causæ non possunt ultiores probationes facere, quia concludendo causam censentur ulterioribus probationibus renuntiasse, ergò hoc non obstante possunt litigantes noviter emergentibus probationibus uti, quia renuntiatio ad incognita non extenditur, neque aliquis intelligitur renuntiasse iis, quæ nescit *l. mater. 19. l. eum qui. 22. ff. de in off. test.* hinc nova instrumenta nulla producentis culpa occultata produci, novi testes antea absentes examinari aliaque probationes noviter repertæ adduci possunt *Brunem. in proces. Jud. cap. 26. n. 9.* dicta tamen intelligo, si probatum prius fuerit, documenta vel alias probationes verè novas, & antea ipsi producenti planè incognitas fuisse.

Positæ supra assertioni de non admittendis post conclusionem in causa 50 probationibus DD. aliquas apponunt exceptiones. Prima est in causa criminali, in qua in præjudicium defensionis accusato competentis non dicitur esse probationibus renuntiatum, sed pro rei innocentia usque ad definitivam sententiam probationes adduci possunt, quam exceptionem ob manifestam æquitatem & innocentia favorem consuetudo recepit teste *Schwarzentb. proces. Jud. lib. 2. de conclus. caus. cap. 3. n. 7.* Secundam exceptionem ponunt in causis matrimonialibus, in quibus non obstante causæ conclusionem aut publicationem testium novæ probationes admittendæ

dæ sunt, ratio, quia in causis matrimonialibus, præsertim contra matrimonium lata sententia non transit in rem judicatam, adeoque semper impugnari & everti potest, ergo etiam conclusio in causa alijs probationibus non potest obicem ponere, aut plus operari, quàm ipsa sententia, *Gail. lib. 1. obs. 107. n. 12.* Tertia exceptio ponitur in causis Ecclesiarum, pupillorum, minorennium & aliorum, qui in integrum restitui possunt, ita post alios à se citatos *Bruneman. dict. cap. 26. n. 9.* Quarta exceptio est, quod conclusio causæ in prima instantia facta non extendatur ad appellationem, cùm litigantes causam concludentes non cogitaverint de appellatione, & in appellatione licitum sit non deducta deducere, & non probata probare *c. fraternitatis. 17. X. de testib. l. per banc 4. c. de temporib. appel. l. eos. §. 1. cod. de appel.* votum enim suum nullum aliud esse asserit Imp. in *cit. l. eos. §. 1.* quàm ut in Judiciis locum habeat Justitia, & quæ ad eruendam veritatem necessaria sunt, observentur.

51 Hoc autem ita intelligendum est, ut quæ in causa appellationis de novo deducuntur, non debeant esse aliena à causa principali, quia novam actionem à priore separatam instituere non licet, sed causæ principali coherere, & noviter deducta ad ejus justificationem facere debent *cit. l. per banc.* deinde intelligendum est, si in appellatione deberet fieri nova probatio per testes, non possint super iisdem articulis, super quibus in prima instantia testes examinati sunt, vel super articulis è diametro contrariis novi testes produci *clem. 2. de testib. cit. c. fraternitatis. 17. X. de testib.* subest enim timor subornationis, sic ergo etiam licet in prima instantia libellus potuerit mutari, non tamen ei mutationi locus est in secunda instantia, quia non potest in appellatione super nova actione litigari, aut status prioris controversiæ perverti, sic non æquè in appellatione sicut in priori instantia licet à petitorio resilire ad possessorium, quia adimeretur reo potestas opponendi suas exceptiones, sed eatenus tantùm in appellatione adduci possunt nova, quatenus hæc illis, quæ in priori instantia agebantur, connexa sunt. *Mevius. p. 5. decis. 69. n. 6. Hart. pistor. p. 4. quest. 23. n. 17.* ratio, quia Judex appellationis de alio non potest cognoscere, quàm quod per appellationem ad se devolutum est, adeoque de novis & ad causam in priori instantia actam non pertinentibus, is nullam curam gerit.

52 Quæres autem, quænam illa sint, quæ causæ in prima instantia jam jam tractatæ connexa sunt? R. connexa esse & ex antiquis ac prioribus actis respectu actoris illa dependentia dici, quæ actionem institutam respiciunt & adjuvant, adeoque si in re, vel in actione, vel in causa diversitas aliqua apparet, tunc id tanquam priorem actionem non respiciens alienum & inconnexum censendum est v. g. vindicatione rei petii agrum, non adjecto titulo, quo mediante is mihi traditus & meus factus fuerit, in Judicio appellationis possum de titulo agere, eum probare, ac magis deducere, quia hic tituli articulus est connexus priori actioni, eamque declarat ac adjuvat, hinc aliud esset, si in priori instantia ex certa & speciali causa egissem, & in appellatione aliam causam allegarem, Ex parte rei conventi connexa sunt illæ exceptiones, quæ actionem in priori Judicio ven-

tila-

tilatam elidunt, hæ igitur in prima instantia omiffæ opponi possunt in Judicio appellationis; illæ verò exceptiones novæ opponi non possunt in appellatione, quæ ad actionem institutam planè non pertinent & illam non infirmant, exemplum ponit *Mevius. p. 3. decis. 416.* in exceptione pacti de non petendo contra impensas pro aliquo factas in prima instantia proposita, in appellatione autem opposita nova exceptione, quòd petitiæ impensæ factæ sint animo donandi, & ideo refundendæ non sint. Hæc autem novarum exceptionum allegatio in judicio appellationis tunc locum non habet, si exceptio per negligentiam esset in priori judicio omiffa, & sic intra terminum præfixum non opposita hæc enim negligentia & mora deinde in appellatione purgari non potest, cùm terminus pro facienda probatione competens sit peremptorius, videatur *Mevius. p. 2. decis. 235.* præsertim si probatio in instantia inferiore deserta declarata fuerit.

Prædicta, quòd scilicet appellans ea, quæ in priori instantia non probavit, adhuc in appellatione probare, & non deducta deducere possit, quia per appellationem causa reducitur in eum statum, in quo tempore litis contestatæ in priore instantia erat. Confirmantur etiam per *Reces. Imp. de anno 1654. §. wie ebenmäßig bey dem Ausschlag. 73.* adjecta tamen ibidem est hæc conditio: wosern der Appellant durch Eyd erhält/ daß er seines neu An- und Vorbringens in erster Instanz nicht Wissenschaft gehabt/ oder selbes dazumahlen einbringen können/ oder einzubringen nicht vor nöthig oder dienlich geachtet/ nunmehr aber darvor halte/ daß solches alles zu Erhaltung seines Rechts dienlich oder nothwendig seye/ & eadem prædicta in tribunali- bus Ecclesiasticis observari, in civili autem foro, in quo ea tantummodo acta, probationes & instrumenta, quæ in priori instantia & processu sunt deducta, in appellationis Judicio deducuntur, & quævis alia non admittuntur, minimè attendi tradit *Schwarzentb. in proces. Judic. l. 2. in conclus. caus. cap. 3. n. 13.* quare Judici cuivis ad hoc, ut in hac materia officium rectè exercent, nec non aliis in foro versantibus ante omnia judiciorum stylus, & regionis mos inspiciendus est.

Examinate litigantium & probè discussis actis officio Judicis expedire controversiam decidere, eisque per sententiam finem imponere, in qua sententiæ pronuntiatione & antecedente decisione Judicem nihil magis attendere oportet, quàm quod Justitiæ, æquitati & veritati maximè consentaneum est *l. Imperatores. 29. in fin. ff. de probat.* ac proinde plenâ & perfectâ causæ cognitione præmissâ ad absolutionem vel condemnationem Judex non subito profilire, sed habitâ deliberatione post negotii discussionem in corde suo sententiam formare, formatam scripturæ mandare, scriptam relegere, & si quid vitii contineat, emendare & emendatam proferre debet. *Hiltrops. proces. Jud. p. 4. lit. 1. 7.* ante omnia autem Judex facti species, ad quas jus est applicandum, diligenter & probè secundum omnes circumstantias considerabit, jus enim ex circumstantiis propositorum casuum subinde variantium æstimandum est *l. 52. §. 2. ff. ad leg. ag. l. 1. §. 3. ff. ad leg. Cor. de sicar. l. 13. Cod. de transact.* ad facti speciem autem sufficien-

ter investigatam & clarè jam intellectam deinde jus ipsum explicativè, extensivè vel restrictivè applicabit.

55 Hinc primò observandum est Judici, an processus legitimè institutus, & omnia ad ejus ordinationem lege statuto vel consuetudine præscripta observata sint, quæ actio instituta, an reali vel personali actione actor usus fuerit, vel tantùm ex æquitate officium Judicis imploraverit, genus autem actionis ex conclusione primi libelli *der Klag* adverti potest, inquiret etiam an instituta actio in jure sit fundata, an ab actore omnia actionis requisita probata, an non per exceptionem sit elisa, & exceptio à reo convento probata, an non actor iterum exceptionem rei conventi per replicam eliserit, hoc factò an non reus duplicando actoris replicam enervaverit, & sic deinceps juxta numerum scripturarum in quovis judicio usitatum, hac igitur methodo omnia per decursum litis acta & actitata in unum colligenda ac revidenda sunt, & quæ sententia desuper ferenda sit, maturâ & non subitâ præcedente deliberatione statuendum, & præterea ed respiciendum est, an expensæ litis hinc inde compensandæ nec ne? *l. 2. l. fm. cod. de sent. ex per recit.*

56 Quoniam verò in singulis bene constitutis judiciis solet esse certus modus referendi & decidendi præscriptus, breviter etiam sciendum est, præsidem judiciorum unum referentem regulariter, in causis autem arduis & gravibus duos aut plures constituere, isque acta ad referendum tradere solere, horum officium præmissâ diligenti actorum relectione, actionis investigatione, inspectis probationibus earumque vi ac efficacia debito modo perpensâ exigit, ut factum totius processûs, super quo litigatur, fideliter ex actis extractum oretenus proponatur, dein ut facti species, & actionis institutæ genus ed melius in consilio capi possit, libellus actoris cum ea probationis specie, quam actor ad probanda libelli contenta adhibuit, deinde rei conventi exceptiones similiter cum probationibus adhibitis integrè, præsertim quò ad præcipua membra clarè & distinctè legantur, & si curiæ mos est, desuper mentem suam ac circa unius vel alterius litigantis præponderantia jura & justiciam causæ sensum animi sui aperiat. Peractâ hac relatione præsidis est vota consiliariorum colligere, conquistis & finitis votis secundùm majora jure merito prævalentia concludere, votis autem variantibus & in pari numero consistentibus uni parti voto suo accedere, & secundùm hujus partis vota majora concludere ac curare, ut facta per unanimia aut majora, aut per præsidis accessum aucta unius partis vota conclusio publicè ad prothocollum redigatur, & rursus prælegatur, & demum præfixo litigantibus ad audiendam sententiam die ac horâ in consueto judicii loco juxta usitatas solemnitates recitetur.

57 Consiliarios & Assessores sua vota exponentes quod attinet, quilibet in ordine cum tangente suum votum dat, libertatem in votando omnimodam habet, à singularitatibus tamen abstinere, & si nihil novum aut relevans referentis, aut aliorum collegarum antecedentium votis antea datis addere potest, prævotanti accedere, & sine fusa ejusdem voti repetitione, nisi plura relevantia motiva haberet, opinionem suam indicare debet,

debet, interim tamen, quando unus vel plus vel minus, vel quid aliud, quàm relatum & tamen in actis comprehensum ad substantiam causæ pertinens adeoque in decisione observandum adverterit, id nullatenus reticere, sed tam in voto suo allegare, quàm etiam ex actis ostendere debet, immò etiam votum suum antea datum à collegis non rectè intellectum declarare, aut si ex rationibus à subsequentibus se indicatis aliter persuasus fuerit, priorem suam opinionem mutare, emendare, vel aliquid aliud voto suo prægnans adjicere permissum ei est; videri plura huc pertinentia possunt apud Nicol. Harres. in *Idea bonæ interpretationis. c. 7. de forma, modo & ordine interpretationis juris. §. 4.* ubi de consiliariis in Judiciò Imperiali aulico referentibus præstantissimè adducta & ex ordinatione ibidem allegata ad præsentem materiam notatù digna referuntur.

Dictis de prævalente votorum pluralitatè obstare videtur, quòd juxta 58 *Senecam. cap. 2. de vit. beat.* argumentum pessimi sit turba, & quòd sententiæ non numerari sed ponderari debeant, ergò præses aut judicii director non tenetur sequi pluralitatem votorum; sed juxta vota saniora, quamvis numero pauciora sententiam formare potest. R. morem hunc jam in omnibus judiciis & curiis obtinuisse, ut sententia numero major vincat alteram, qui mos non tantum clarè juris decisioni innixus est; quoniam juxta *l. quod major. 19. ff. ad municip.* non tantum quod major pars curiæ fecit, pro eo habetur, ac si omnes de curia id egissent, sed etiam pro votorum pluralitate maxima juris præsumptio militat, siquidem plus vident oculi quàm oculus, & à pluribus perfectius haberi potest; veritas, quàm à paucis *arg. l. ult. cod. de fiduciom.* præterea si saniora vota & rationes forent ponderandæ, quantæ non contentiones de votantium dignitate & eruditione exorirentur? propter naturalem enim ad dissentendum facilitatem disceptatio hujusmodi decidi non posset, nec esset, qui ex votantibus ingenio, voti à se dati integritate & prudentiâ alteri cedere, & classe saniorum exclusus esse vellet. *Carpzov. p. 1. decis. 82. n. 17. & seq.*

Quæres, qui ergo in senatu aut judiciò primus votum dicere; vel 59 quo ordine præses vota à consiliariis & assessoribus requirere debeat? R. primò quorundam tribunalium jurisperitos & nobiles vel alios in negotiis versatos assessores habentium morem esse, ut prima vota in causis justitiam concernentibus petantur à literatis; in aliis verò statum publicum tangentibus negotiis votorum initium fieri à nobilibus non dem *Herrn und Ritter Stand.* R. Secundo exempla non desse, vi quorum primo loco sententiæ à Junioribus & recentius assumptis assessoribus explorantur, sicuti ordinem hunc in senatu Neapolitano servari testatur *Matthæ. de Afflic. decis. Neap. 1. n. 7.* ratio hujus est, quia si seniores primò vota sua exponunt, Juniorum suffragia non videntur esse libera; cum Juniores non facile obloquantur senioribus, nè videantur velle iis prudentiores censerì, ex quo deinde etiam verendum est, nè auditis seniorum votis cæco impetu eorundem sententiam, nonnunquam etiam seniorum patrociniò promoti aut etiamnum egentes instar ovium ducem gregis sequentium amplectantur, & efficiantur. *Ja. Herr. Zas. lib. 1. consil. 4. n. 16.*

60 Aliud tamen quotidianus judiciorum usus tradit, ut scilicet seniores primùm vota sua exponant, hos verò recto, quo in judicium electi sunt, ordine subsequantur juniores. Ratio, quia seniores aliunde in cunctis honorandi sunt, prout in *l. fin. cod. de Tyronib. Imp.* ait, quod celsiorem gradum obtinere non debeat, nisi is, cui laborum assiduitas & stipendiorum prolixitas suffragatur, sic etiam in albo decurionum priùs scribuntur seniores *l. 1. ff. de albo scrib.* ergò etiam in dandis votis seniores præcedere conveniens est. Altera hunc judiciorum morem commendans ratio in eo consistit, quia Seniores majori eaque longiori rerum experientiâ præditi sunt, ne igitur seniores Juniorum votorum collectorum, qui nondum exactè informati sunt, & à senioribus erudiri ac informari non erubescant, pluralitate præveniantur, meritò à senioribus incipiendum est. Tertia ratio reddi etiam potest hæc, quia juniores audientes seniorum sententia diligentiores attentioresque ad facti jurisque investigationem redduntur, illisque vota sua exponendi facilitas præbetur, suo etiam honore & judicii comòdo, quia accidere potest, ut juniores primò interrogati obmutescerent, quibus multò facilius est auditis seniorum votis mentem suam aperire, vel sanè antecessorum suorum opinioni, non inventâ aliter sentiendi ratione accedere *Carpzov. loc. sup. cit. n. 11.* sive autem Judex solus, sive adhibitis assessoribus, & votorum pluralitate judicet, nihilominus

61 Secundò officium Judicis in eo occupatum esse debet, ut non tantùm secundum allegata & probata neglecto proprio judicio & privatâ scientiâ, sed etiam sententiam legibus, canonibus, æquitati, & probatis ac justis consuetudinibus conformem proferat, sicut hoc apertissimis verbis in *princip. Inst. de off. Jud.* inculcatum legitur, ut scilicet non aliter judicet, quàm legibus constitutionibus aut moribus proditum est, Judex enim minister non verò arbiter legis passim dicitur, ita ut quidem verba legis æquitate quadam moderari, ut voluntas legislatoris conservetur, *l. benignius. 18. ff. de ll.* non autem sub æquitatis prætextu à claris verbis legis & apertâ etiam legis sententiâ recedere possit, proinde mirum non est, quod sententia illa nullius momenti sit, quæ non publicè palam & præsentibus illis, inter quos res agebatur, pro tribunali à Judice ipso ex scripturâ recitata est, quia hæc omnia non observans Judex contra leges & constitutiones, quæ præcipiunt, ut sententia à Judice ipso pro tribunali sedente præsentibus partibus ex scripto proferatur, agit, adeoque officium suum, quod in eo versatur, ut juxta leges & constitutiones sententiam proferat, non adimplet *Vinn. Inst. de off. Jud. in princip. n. 4.*

62 Interim, quia ex antea dictis sententiæ à lege requisitis aliqua in pura solennitate consistunt v. g. quod sententia ab ipso Judice, ex scripto proferri debeat, advertendum est, hæc & similia ad substantiam processûs & sententiæ nihil conferentia consuetudine passim esse sublata, quemadmodum testatur *Cyn. in l. 1. cod. de sent. ex pericul. recit.* generali locorum consuetudine jam obtentum esse, quod Judices non obstringantur ipsi suas sententias in tribunali recitare, sed id ipsum per actuarios & tabelliones præsentibus Judicibus expediatur, præsertim si Judices sint il-

lu-

Iustres, quibus permissum est per officiales suos sententias ex tribunali proferre ac recitare, itaque propter hujus solennitatis omissionem, si aliunde sententia iuribus est consentanea & rectè lata, oppositio nulla locum habet, ratio, quia hujusmodi solennitatis omisso exigui momenti est, igitur ob ejus defectum actus vitari non debet *arg. l. 1. §. ult. ff. de insp. ventre.* ubi dicitur, si quid ex his, quæ leviter observanda Prætor edixit, non factum fuerit, id non esse attendendum, sed morem regionis inspiciendum esse; viget tamen in quibusvis tribunalibus, & semper observatur consuetudo, quod sententiæ Judice pro tribunali sedente in scriptis per interpositam personam nimirum actuarium, syndicum secretarium vel alios ad hujusmodi functionem deputatos recitentur, conformiter *l. cum sententiam. c. de sent. & interloc. om. Jud. l. quisquis. c. de postul. novel. de Judicic. §. sedebunt.*

Sed quid si sententiæ non potest objici, quod si lata contra juris⁶³ formam v. g. quod non sit causa cognita præsentibus partibus, aut sine certa quantitate lata, sed aliunde appareat eam esse injustam? R. Sub distinctione, vel sententia simpliciter in hypothese est injusta, utpote quia Judex eum condemnavit aut absolvit, quem de jure condemnare aut absolvere non debuisset, putans jura & leges allegatas ad præsentis litis statum non pertinere, vel præter sententiæ injustitiam & litigantium læsionem Judex legem ipsam quasi reprobatur, aliter scilicet judicando quàm legibus definitum aut consuetudine receptum est, ita ut primo casu dicatur Judex contra jus partis, secundo autem casu præter sententiæ injustitiam etiam de jure constitutionis judicasse. Primo itaque casu si à sententia non fuerit appellatum, ea transit in rem judicatam, & ejusdem sententiæ executio contra condemnatum ad instantiam illius, pro quo lata est, peragitur in tantum, ut nec talis sententia, à qua appellatum non est, rescritto Principis rescindi possit *l. ult. cod. sent. rescind.* Secundo casu sententia contra legem directè lata ipso jure nulla est, & proinde tametsi contra eam appellatio interposita non fuerit, tamen executioni nequaquam mandari, quin imò nullitas contra eum intra triginta annos opponi potest.

Exemplum & fundamentum utriusque decisionis suppeditat *l. 2. cod. 64* quando provoc. non est neces. v. g. impugnavit Titius defuncti Caji testamentum, petens illius ab intestato successionem, quia Cajus nondum in anno decimo quarto constitutus mortuus non potuit adhuc ista ætate testamentum facere, adduxit clara dicti sui & impuberis ætatis testimonia, non obstante autem, quod Titius ostenderit, neminem masculum impuberem posse testamentum facere, tamen Judex sententia sua pronuntiavit Cajum ante completum annum decimum quartum potuisse facere testamentum, fortè quia ante hanc ætatem prudens & intelligens inventus fuerat, putans non posse homini jam prudenti in hac ætate versanti testamenti factionem adimi; hæc sententia, qua minori quatuordecim annis testamenti faciendi potestas attribuita fuit contra legem, ipso jure nulla est, & per triginta annos nulla remanet *cit. l. 2. ratio, quia præterquam, quod notum sit actus contra legem gestos nullam vim habere l. non dubium. 5.*

cod. de ll. & in tali sententia expressus error juris contineatur, etiam non decet, ut Judex inquireat, an legislator recte ademerit testamenti facienda potestatem hominibus in ista ætate constitutis, sed is legis decisioni se se omni ex parte submittere nec legislatore prudentior esse, aut illius ordinationem ulterius examinare debet. Pro altero casu pone v. g. quod lis tantum fuerit de ætate Caji, Titius autem non obstante, quod testimoniis probaverit Cajum nondum fuisse tempore facti testamenti puberem & anni decimi quarti, tamen à Judice contrariam obtinuit sententiam, ejusque sequellam fuisse, Titio non competere Caji hæreditatem ab intestato, hoc casu si Titius ab hac injusta sententia non appellavit ea firma manet, & inter litigantes jus facit *cit. l. 2.* quia non appellans censetur sententiæ acquiescere, & eam contra se approbare; sic etiam sententia contra jus partis dicitur esse lata, si res debitoris adjudicata est creditori, antequam liquidatum fuisset debitum.

65 Idem est quod ad hunc alterum casum, si Judex prolatis & allegatis constitutionibus contra eas pronuntiat eò, quod non existimat causam, de qua judicat & pro qua constitutiones allegatæ fuerant, per eas juvari, daß er erachtet habe/ die angeführte Rechten macheten nichts zu der Sache und wären hihero impertinent, ab hujusmodi enim sententia appellandum est, alioquin in rem judicatam transibit, *l. cum prolatis. 32. ff. de re jud.* Idem esse puto, si Judex pronunciaverit contra jus constitutionis ambiguae, & quidem contra sensum ejus probabiliorem existimans ita juris constituti esse, & propterea quia sententia non est contra certum jus constitutionis lata, appellatio ab ea necessario interponenda est. Et hoc amplius, sententia siquidem ferri potest non tantum contra jus commune, sed & contra jus statutarium ac consuetudinarium & contra judicij, in quo causa agitur, stylum, quo casu etiam sententia est nulla, si modo supradicto sit in terminis contra casum statuti, aut consuetudinis, quorum omnium ratio est, quia Judex non tantum secundum leges scriptas juris communis, sed & secundum locorum statuta & consuetudines ac stylum judicij judicare jubetur *princ. Inst. de off. Jud.* ergo sequendo proprium arbitrium laudabilia statuta, & diuturnas consuetudines reprobans merito nullitatem commisisse dicendus est. *Textor prac. Jud. p. 1. cap. 12. n. 81. & seqq.*

66 Quamvis verò magna intercedat inspecto jure communi differentia inter sententiam remedio nullitatis aut via appellationis impugnamam, eò, quod pro declaranda sententiæ nullitate intra 30. años officium Judicis nobile implorari possit *Gail. lib. 1. obs. 127. n. 8.* hoc verò elapso cesset, cum nullum jus nec publicum nec privatum sit, quod tanti temporis præscriptione tolli non possit, è converso autem appellatio à sententia intra decem dies interponi debeat, *novel. 23. c. 1. aub. bodie autem c. de appellat.* tamen quorundam locorum consuetudinibus causa nullitatis & appellationis ad eò in unum & idem redacta sunt, ut etiam à sententia ipso jure nulla appellatio necessaria sit *Vin. Inst. de off. Jud. in princip. n. 4.* ubi hanc nullitatis & appellationis æquiparationem moribus Gallorum etiam pro-

probat, Immo teste *Brunem. in proces. for. cap. 28. n. 109.* juxta novissimam 67 Imperij constitutionem remedium nullitatis intra decem dies instar appellationis moveri debet, nisi esset nullitas insanabilis primò in persona Judicis, v. g. quando Judex recusatus causam cognovit, si incompetens sententiam tulit, si arbiter contra tenorem compromissi pronuntiaverit. Secundò in personis litigantium veluti si suas personas non legitimarunt ad causam controversam; vel tertid in substantialibus processùs v. g. quòd sententia contra non citatum & auditum lata sit, hoc enim casu nullitas non instar appellationis intra decem dies movenda est, sed durat per triginta annos; si verd est nullitas sanabilis, id est, si quid commissum est, quod ad substantialia processùs non pertinet v. g. si juramentum calumniæ non præstitum, querella nullitatis ante decendum interponi & appellationi conjungi debet.

Cum autem remedium nullitatis etiam insanabilis non impediatur executionem 68 *Clement. 1. de sent. & re jud.* nisi esset evidens ac notoria, nisi in continenti absque ulteriori indagine probari posset, nisi etiam executio semel peracta esset irretractabilis uti in criminalibus, valde consultum est, ut hæc nullitas cum remedio appellationis conjungatur. *Stryk. in usu mod. ff. quæ sent. sine ap. resc. §. 1.* sic enim quia appellatione pendente nihil innovandum est, virtute enim appellationis interpositæ aliquis constituitur in protectione Judicis, ad quem appellatur, & à Jurisdictione Judicis, à quo appellatur exemptus est, & terminis appellationis pendentibus ligatæ sunt manus Judicis prioris, simul executionis cursus impiedetur; advertendum præterea est, si nullitas appellationi conjuncta, & principaliter cum appellatione fuerit introducta, appellationis desertione aut renuntiatione non etiam nullitatem esse desertam, sed adhuc facultatem superare causam nullitatis ulterius prosequendi *Covar. pract. quæst. 9. 24. n. 8.* quia utcunque causa nullitatis appellationi conjuncta fuerit, præsertim si principaliter etiam proposita est, tamen ab appellatione distincta & diversa est, igitur unâ desertâ aut per renuntiationem amissâ non infertur alterius desertio aut amissio.

Sed quid si lata est à Judice sententia contra litigantis privilegium 69 in Judicio exhibitum? R. Sententiam non esse nullam, adeoque transire in rem judicatam & executionem sortiri, nisi à tali sententia fuerit appellatum. Casus habetur in *c. suborta. 21. X. de sent. & re Jud.* ubi valet sententia subjectionis Episcopo exhibendæ lata, quamvis monasterium ostenderit, se vi privilegii Pontificii non esse potestati ordinarii subjectum, ratio, quia talis sententia tantum dicitur esse lata contra jus partis. Nisi primò judicatum esset contra privilegium corpori juris clausum vel sub alia lege publica comprehensum, veluti si contra exceptionem fori à studioso oppositam judicatum, etique injunctum esset, ut coram alio Judice respondeat, quàm in *autb. babita c. ne filius pro pat.* disponitur, ratio, quia tale privilegium corpore juris comprehensum est pars juris communis. Nisi secundò contineret privilegium privato indultum clausulam annullativam sententiæ vel alterius actûs contra privilegium attentati.

70 Aded autem Judex obstrictus est secundum leges, canones, statuta & consuetudines judicare, ut nec sententias quondam à suis antecessoribus vel in alio eminentissimo judicio latas, quatenus hæ juri aut æquitati conformes non sunt, imitari valeat, quia judex in simili causa non secundum exempla sed juxta leges judicare jubetur *l. nemo Judex, 13. c. de sent. & interloc.* videmus enim per exempla & aliorum imitationem sæpe perniciosè errari, quo etiam respexit Cicero qui *Philip. Anton. 9.* inquit, non exempla majorum querenda esse, sed consilium eorum, à quibus exempla nata sunt, esse inquirendum, advocacionis enim indoctæ censetur esse ab exemplis opem petere, sicut de Ludovico Romano asserit Alexander, se ipsi non fidere, quia quando aliquod somnium probare conatur, nititur inquit authoritate antiquarum decisionum, immò de Cameræ præjudiciis contrariis passim attestantur practici, quia facti mutatio etiam minima sententiam diversam exposcit, nec enim illud Poëtæ Judex antecessorum suorum injustas sententias videns sequi debet

— *Video meliora, probòque,
Deteriora sequor.* —

Quamvis ubi termini sunt pares, senatûs aut superioris Judicii res judicatæ pro normâ & jure adduci & haberi queant, quo in sensu etiam intelligi debet *l. 38. ff. de ll.* ubi dicitur rerum perpetuè & longo tempore similiter judicatarum authoritatem vim legis obtinere, quemadmodum in territorio Romano decisiones rotæ pro oraculo haberi ait *Besold. in l. 7. ff. de Just. & Jur. n. 7. & in æconomia Tit. 3. & 4. lib. 1. ff. n. 12.*

71 Nec dictis obstat *l. 1. §. nunquid ergò. ff. de postul.* ubi dum quaesitum esset, an cæcus magistratum gerere possit, Ulpianus respondit cæcum posse magistratum retinere, non verò ad novum aspirare, & hoc responsum exempli imitatione comprobatur dicens Appium Claudium cæcum publicis interfuisse, & in Senatu severissimam de Pyrrhi captivis sententiam dixisse; nam primò hoc Ulpiani responsum de exemplo probato & à jure non dissidente loquitur, secundò imitatio Ulpiani habet authoritatem legis, cum prudentum responsa vim legis eo tempore habuerint, dicta autem priùs de Judice tantâ potestate non prædito agunt, & hinc longè diversa sunt, nam quod licuit antiquis Jurisprudentibus, non utique licitum est Judici, sicut etiam Justinianus imitatus est exemplum Papiniani judicantis in *l. manifestissimi c. de furt. & servo corrupt.* non autem inde infertur, hanc imitationem etiam cuique alteri Judici permissam esse,

72 Sed quid si coram Judice producitur consultatio aut Rescriptum supremi Principis, & id producens petit similiter in sua causa judicari? an de Judex debeat imitari rescriptum aut sententiam Principis supremi? dicendum videtur Judicem Rescripti exemplo, aut sententiæ Principalis authoritate motum in pari causa judicare teneri. Primò, quia in *l. fin. c. de ll. & constit. Princip.* Judicibus necessitas imponitur, ut sententias à Principe latas in judicando sequantur, non solum in illa causa, in qua lata est, sed & in omnibus aliis, quin immò sacrilegii incusatur ille, qui man-

mandato Principis contradicit, cum Princeps omnes suos actus à justitia regulari velit. *l. sacrilegii. s. c. de divers. rescript.* à Principe enim omnia jura nascuntur, & ideo quod agit, jure actum censendum & imitandum est. Secundò sententia hæc fundamentum habet in §. *quod Principi. Inst. de jur. nat. gent. & civ.* ubi sententia aut Principis placitum pro firma lege agnoscendum est, ergò secundum Principale rescriptum in alia simili causa obtentum nunc à litigante productum Judex obstrictus est judicare.

73 Igitur Judicem non teneri imitari in judicando rescriptum à Principe in alia causa obtentum sed contra jus, veluti si litigans venditor contenderet se non posse condemnari ad præstandam emptori evictionem, quia contra alium suum emptorem simile rescriptum quondam à Principe obtinuit, vel si spoliator contenderet se non teneri possessionem dejecto & spoliato illicò restituere, sed spoliatum ad proprietatis judicium esse remittendum, quia fortè in causa simili consultationem aut Principis rescriptum produxit. Fundamentum hujus responsionis appetitissimum est in *l. nemo. 13. cod. de sentent. & interloc.* ubi Imp. disertis verbis judicibus prohibet, ne consultationes aut res non ritè judicatas imitentur, sed veritatem & legum vestigia sequantur, consultationes autem hæc nil aliud sunt, quàm rescripta & subscriptiones Principum, ergò Judex non tenetur conformem tali rescripto sententiam proferre. Accedit *l. ult. c. si contra jus vel utilitat. public.* ubi dicitur, nec Judices patiantur ullum rescriptum, ullam progmaticam sanctionem generali juri adversam proferri; sed ut juxta generales constitutiones & leges non dubitent in disceptatione cujuslibet litigii judicare.

74 Hinc laudi adscribitur Antiocho tertio Asia Regi, qui omnibus Regni sui civitatibus scripsisse asseritur, si quid in literis, quæ ejus nomine scriberentur, reperiretur, quod legibus adversari videretur, existimandum se ignaro easdem scriptas fuisse, & propterea illis parendum non esse, ratio, quia interdum Princeps de negotio perperam instruitur, nec præsumitur in illis habere complacentiam, quæ legibus, justitiæ & veritati non sunt congrua, ob quam rationem non rarò rescriptis vitium sub- aut obreptionis objicitur, & elicita hoc modo rescripta impetranti nullum fructum adferunt *l. 2. c. de ll.* ergò etiam Judex talia rescripta, quæ contra æquitatem, contra jus scriptum, aut consuetudinem, in tertii etiam læsionem impetrata aliquando fuerunt, in pari causa imitari non tenetur, præsertim cum in consequentiam trahi non possit contra juris rationem susceptum, nec inter aliquos dicta inter alios de simili causa controvertentes jus faciant *l. quod contra. 183. ff. de reg. jur. l. sepe. 63. ff. de re jud. l. 2. cod. quibus res. judic. non nocet.*

75 Non obsunt argumenta in contrarium adducta, nam primò *l. fm. c. de ll.* non agit de rescripto aut supplicatione à Principe subscripta, sed de sententia definitiva, quam Princeps ipse in causa quadam Judex tulit, & ea jus generale omnibus Judicibus in causa simili amplectendum constituit, & justissimè, quia hujusmodi sententiis haud opponi potest obstat subreptio, cum sententiæ in causarum controversiis non subitò, sed

audito utroque litigante, examinatis utriusque partis documentis proferantur, & tantam res judicatae veritatem inducant, ut impugnari nequeant, decisio autem mea loquitur de rescripto ad unius supplicantis instantiam reticita veritate in tertii & juris communis laesionem impetrato, quod imitatione dignum non puto esse, utcumque a supremo Principe emanaverit, quia praesumptio ei obstat, quod scilicet falsis narratis, & negotio rei false descripto extortum sit.

76 Minus obstat, quod disputare de mandatis Principum sacrilegii crimen sit *l. disputare. 2. c. de crim. sacrileg.* nam hoc verum est, si constat de voluntate Principis ita & contra jus rescribentis, & supplicantis precibus indulgere volentis, tunc enim disputans an supremo Principi licitum sit alicui contra jus quid concedere, sacrilegii reatum non evaderet, quia sic Principis potestas legibus soluta in controversiam traheretur, non autem prohibitum est disputare, an Princeps ita voluerit, & forte non sciverit rem aliter, quam sibi propositum erat, se se habere. Imo tota haec obiectio meae decisioni minimè refragatur, quoniam etsi constet Principem scienter contra jus allegatum in iudicio rescriptum alicui in una causa indulgisse, tamen Judex adstrictus non est in alia causa juxta idem rescriptum ita judicare, quia in tali casu rescriptum jam assumeret naturam privilegii, quod non est trahendum in consequentiam, nec ad alias personas aut causas extendendum per trita juris Principia &

Ideo eodem modo respondetur §. *quod Principi.* nimirum rescriptum sine ob. aut subreptione obtentum a Principe de omnibus negotii circumstantiis informato indultum, tametsi contra juris ordinarii regulas sit, firmum esse, & in ea causa & inter eos litigantes, in qua & inter quos impetratum est, jus facere, minimè autem in aliis causis allegari posse, & Judici sequendum esse, prout hoc in *l. 2. c. de U. Imp.* claris terminis asserit, scilicet ea, quae ex suggestionem & consultatione in uno negotio pro certis corporibus, legatis aut civitatibus statuta sunt, non facere jus generale, sed tantum in illis causis & personis, pro quibus fuerunt concessa & promulgata, nisi aliunde erui possit, mentem rescribentis esse, ut quae occasione hujus vel alterius supplicantis rescripsit, taliter in omnibus similis generis negotiis & controversiis sine speciali primorum impetrantium intuitu observentur, cujus rei insigne exemplum occurrit in §. *plane de testamentis. 1. Inst. de milit. testam. & princip. Inst. quib. non est permis. fac. testam.* in quibus locis rescripta de testamentorum militariter factorum validitate, item de testamentis a filiisfam. circa castrensia & quasi castrensia peculia conditis generale jus faciunt in omnibus similibus casibus quandoque eventuris. Huc etiam facit insignis textus in *novel. de Judicibus 82. §. omnis denique Judex* ubi Imp. ait: Judicans custodiat leges, & secundum eas proferat sententiam, & vel si contingat jussionem nostram in medium vel facram formam vel pragmaticam procedere sanctionem, dicentem aliter agi, sequatur legem, nos enim volumus obtinere, quod nostrae volunt leges.

77 Non tamen diffiteor exemplis rebusque judicatis consuetudinem ita

in-

induci posse, ut has ab illis judicatas res Judices in pronuntiando pro lege sequi debeant *l. 38. ff. de legib.* ratio, quia Judices in judicando veritatem & leges servare convenit, notum autem est, ex re judicata induci veritatem *l. res judicata. 207. ff. de reg. jur.* & rebus judicatis esse legis auctoritatem *cit. l. 38.* sed ut ex his antecessorum Judicum sententiis aliis Judicibus norma ita judicandi ponatur, suppono scœpius in eadem causa, non dissimilibus circumstantiis prædita conformes sententias esse pronuntiatas, ad ita sentiendum inducor auctoritate *l. 1. cod. quæ sit longa consuet.* quoddam Præses prolatis his, quæ in oppido frequenter in eodem controversiarum genere servata sunt, statuere debeat, sicut etiam auctoritatem & vim legis *cit. l. 38.* rebus judicatis non simpliciter, sed tunc demum attribuit, si *perpetud* similiter in tali causa judicatum est, ex hac enim sententiarum frequentia & iteratione evidentius patet ratio judicandi, & quasi constans norma subsequentiis Judicibus ad imitandum constituitur, qui eo ipso has res judicatas approbare & sequi debent, quia advertunt illis nunquam nec à condemnatis, nec à superioribus, nec ab illis fuisse contradictum.

Idem multò magis procedere existimo, si res judicatæ non tam re-78 pugnaret juri scripto, quin potius illud generaliter latum interpretarentur, & hæc interpretatio jam quasi usu recepta sit, veluti si ad interpretationem juris, quod filias nubentes dotandas in genere præcipit non expressâ quantitate, scœpius jam quò ad patres nobiles, ignobiles & cives per sententias quota dotis fuerit determinata, si ad declarationem juris, vigore cujus clericos honestam & congruam sustentationem habere oportet, aliquoties jam circa alimentorum quotam æqualiter judicatum fuerit, his enim judicandi exemplis Judices inhærere deberent, nec ingenii sui confidentiâ ac nimiâ subtilitate ab hujusmodi præjudiciis recedere possent; ratio, quia minimè sunt mutanda quæ interpretationem semper habuerunt certam *l. minimè. 23. ff. de legib.* neque sine evidenti utilitate ab eo jure recedendum est, quod jam diu bonum & æquum visum est *l. 2. ff. de constit. Prin.* Ex his nunc aliud

Dubium oritur, si dubius & controversus in judicio proponatur ar-79 tculus & casus, qui in nulla lege reperitur decisus, quid in cognoscendo & judicando requirat Judicis officium, an in tali controversia dirimenda Judex Doctorum sententias, seu communem opinionem sequi debeat? Illud extra contradictionem esse videtur, communem opinionem debere esse de jure dubio, nec contra jus apertum, eamque communem vocari, non quæ simpliciter plures habet auctoritates, sed quæ nititur testimonio plurium graviorum auctorum, non unius atque alterius etiam magnæ eruditionis Jurisconsulti, quamvis ut vocant, de casu controverso in terminis loquatur. Similiter sciendum, non pro approbata sententia id habendum, quod Jurisconsulti incidenter, aut in consiliis ad propositi sui colorem adducunt, sed quod ex professo tractantes nullius lucri spe inducti aut conducti validis rationibus & argumentis tradunt. Hinc parum fidei attribuendum est iis, qui suo tantum ingenio contenti aliquid

indubitatum & ideo firmum esse putant, quia ipsi sic sentiunt, si enim testis sine ratione deponens, ubi ratio reddi potest, fidem non meretur, *l. sola. c. de testib.* quanti facienda erit opinio Doctoris suæ singularitati & arbitrio nimium confidentis?

80 His præmissis liberum videtur esse Judici arbitrium judicandi, neque eum communi Doctorum sententiæ adstringi *arg. l. 15. circa fin. ff. de rei vind.* ubi in casu proposito non obstante, quod plerique aliter senserint, Ulpianus tamen aliter respondit, ergo Judex in quæstionibus dubiis propriam sequi potest opinionem, non enim communis opinio semper certa ac infallibilis, cum variæ sint hominum voluntates, & magna inter homines dissimilitudo opinionum & voluntatum, dolore alii moventur, alii cupiditate, ambitione & quo alio affectu trahuntur inviti nonnunquam & ignorantes.

*Mille hominum species & rerum discolor usus,
Velle suum cuique est, nec voto vivitur uno.*

Ut proinde tutum non sit in tanta hominum imbecillitate pluralitati Doctorum se se conformare, præsertim cum quandoque unus aut gravitate sua, aut communi æstimatione, aut etiam exhibitorum beneficiorum intuitu facillimè plures sequaces habeat in verba magistri aut patroni quasi jurantes. Quid etiam facit symbolum Pythagoræ optimo Principi adscriptum: *per viam publicam ne ambules*, id est, opiniones aliorum non sequaris.

Confirmantur dicta magis per *l. 1. §. sed nec ex multitudine. c. de jur. vet. enucl.* ubi Imperator ita disposuit: neque ex multitudine auctorum, quod melius & æquius est, judicatore, cum possit unius forsan & deterioris sententia & multos & majores in aliqua parte superare, & per *l. 1. in fin. ff. de jure delib. c. de causis. 4. X. de off. & pot. Jud. deleg. c. fin. X. de transact.* quibus textibus apertè evincitur, casum in jure non decisum relictum esse Judici arbitrio, ergo Judex non tenetur in judicando amplecti communem opinionem, sed uti senserit, judicabit, & sui potius quam alieni facti rationem reddet. In hac quæstione ut mentem meam declarem, non dubito Judicem communi opinioni alligatum esse, quatenus communis opinio pluralitate etiam votorum, secundum quæ ab assessores & consiliariis collecta procedere in sententia ferenda debet, defenditur; sic enim non tantum communis opinio fulcitur, sed quasi de novo plures assessores & consilarii in eandem opinionem navigantes communem sententiam efficiunt, sed quod genuinum quæstionis propositæ sensum attinet, si Judex est una & singularis persona discutiendum est, an communem opinionem sequi debeat, item an singuli assessores & consilarii vota sua exponentes similiter communi opinioni adhærere teneantur?

81 Dico tam Judicem in judicando, quam assessores aut consilarios in reddendis votis suis communem sententiam neglectis singularibus opinionibus sequi debere, in cujus decisionis confirmationem argumenta ab utroque jure adduco. Primum *cap. 2. x. de presbyt. non batiz.* ubi Innocent.

cent. tertius Episcopo Cremonensi præcipit, ut in judicando & decidendis quæstionibus doctorum patrum sententias teneat. Secundò in *cap. novimus. 27. x. de V.S.* ubi Rom. Pontifex opinionem à pluribus approbatam laudat. Tertio *can. de induciis. 2. caus. 3. q. 3.* ubi id, in quo pluri concordant, præferendum esse dicitur. Nec huic sententiæ defunt authoritates juris civilis, siquidem primo ipsi Imperatores in decidendis dubiis quæstionibus communes prudentum opiniones recensuerunt & sæpe amplexi sunt, uti hoc legitur in *l. idem cum eodem. 11. ff. de jurisdic. om. Jud.* Secundò constat ex *l. 1. ff. de off. quæst.* quidd crebrior veterum opinio prævaluerit & fidem habuerit, quibus tertio suffragatur *princip. Inst. de hered. instit.* ubi antequam nova Imperatoris constitutio lata fuisset, secundum plurium sententias non poterat servus proprius aliter, quam cum libertate hæres institui. Quartò non parum ad rem facit *l. quæsitum. 12. §. sed si fundus. ff. de fundo instruct.* ubi dubia quæstio juxta sententiam, quæ quotidie increvit & invaluit, deceditur, & *l. pro hered. §. Papinianus. ff. de aq. vel amit. hered.* ubi etiam Papinianus maximæ inter veteres Jurisconsultos famæ vir sententiæ vulgi seu communi se se conformat.

Ratio, quia maxima stat præsumptio pro ea opinione, quam pluri tenent, cum enim pluries à doctoribus examinata ad supplicium impugnationum tanquam aurum in fornace probata, vera, æqua & bona plurium judicio habita fuerit, omnino Judici tenenda est, siquidem verius & magis integrum est judicium, quod multorum, quam quod unius aut alterius sententiâ comprobatur *Clem. 1. vers. quod etiam in interd. de sent. excom.* veritas enim à pluribus rectius quam à paucioribus perspicari potest *arg. l. fin. c. de fideicom.* Cur enim id, quodd in collegio quodam aut capitulo plures sentiunt, prævalet, nisi quia verius, melius & prudentius censetur esse, quod plures sentiunt, quam in quod pauciores inclinant? prout etiam I. C. in *l. athletas. 4. ff. de his qui not. infam.* id amplectitur, quod generaliter omnes opinantur, sanè non alia ratione, quam quod facilius fallatur unus aut alter, quam plures, & uti *Bald. consil. 112. n. 2. vol. 1.* ait, quodd raro bene loquatur, qui contra omnes loquitur, quia contra omnes velle sapere videtur esse delipere *Nerviz. sylv. nupt. lib. 5. n. 3.* hinc etiam fit, quodd communis opinio pro lege habeatur *Mantic. de conject. ult. vol. lib. 6. tit. 6.*

Intelligenda autem est conclusio præmissa primò, si communis opinio non simpliciter urgetur & à pluribus tenetur, nam ex communibus opinionibus quandoque communes errores nasci notum est, quoniam DD. te communi opinione attestantes rationes non semper inquirunt, sed uno alterum sequente errores accumulant; sed ita validis rationibus firmata est, ut illi responderi, vel ea everti non possit. Secundò, si allegata in quodam dubio casu communis sententia non adversatur praxi forensi, Judices enim præ oculis habere debent negotiorum practicam, hæc enim est rerum magistra, & leges tunc sapere, & fructus adferre dicuntur, quando ad praxim rediguntur *Cevallos. in specul. comun. opin. in*

præfat. n. 71. & seqq. hinc noviter excogitati neotericorum sensus, minutæ theoreticæ immoderatæ, praxi forensi ac judiciorum stylo non conformes attendi nullatenus debent, sed observantiæ practicæ adhærendum, & à cautis Judicibus ante omnia inquirenda est tribunalium praxis ac stylus, nam multa usibus Reipub. condonanda esse praxis docet, de quibus si in foro præfractè litigare, & theoreticorum Doctorum traditionibus uti velimus, seduxerimus nos ipsos & patrocinio nostro commissos. Tertio advertendum est, si Doctores communem opinionem praxi receptam esse asserunt, tibi locorum hujus communis opinionis testes vixerint, iudicio, consilio, aut advocandi munere functi fuerint, testimonium enim Doctoris tantum de illo territorio regulariter valet, ubi commoratus est. *Gabriel com. opin. lib. 1. tit. de probat. conclus. 4. n. 3.*

Quarto procedit dicta sententia, nisi unius vel alterius Doctoris sententiæ contra communem opinionem in quodam iudicio quasi usu receptæ essent, tunc enim Judex à communi opinione recedens reprehendendus non foret, sicut in Regno Hispaniarum causas dubias potissimum juxta Bartoli sententiam dijudicari tradit *Schwarzenb. in proces. Jud. ad l. nemo. 13. cod. de sent. interloc.* ubi etiam ait communi opinioni potissimam ex parte suffragari consuetudinem & in Excelso inferioris Austriæ Regimine etiam stari. Quinto non procedit conclusio mea, quando communis opinio tractat de aliqua quæstione in genere & à remotis, aliam autem unius vel alterius Doctoris probati sententiam habemus in specie & individuo, tunc enim hujus particularis sententiæ authoritas prævalet *Cævol. d. loc. n. 59.*

83 Argumenta alterius sententiæ quod attinet, omnibus unam responsione satisfieri, & quasi meæ conclusioni limitatio addi potest, dicendo scilicet, novæ opinioni unius aut alterius Doctoris contra communem tunc adhærendum esse, si communis opinio legum textibus aut rationibus destituta, paucorum verò, aut etiam unius Doctoris sententia meliori ratione fulcita sit. Cujus responsionis fundamentum desumo ex *e. capellanus. 4. X. de feriis.* ubi Rom. Pontifex relatis duabus sententiis circa matrimonia feriarum tempore ineunda eam comprobat, quæ meliore & subtiliore nititur ratione. Item ex *l. si quis. 10. cod. de condict. indeb.* ubi etiam sententiam Papiniani & Juliani Imp. amplectitur præ aliis, quia advertit eam esse in solida ratione fundatam. Et procedit hæc responsio in tantum, ut sine personarum aliter sentientium respectu, etsi is Imperator sit, illi sententiæ assensus detur, pro qua fortior ratio adduci potest, cujus rei insigne exemplum præbet *l. Emilium. 38. ff. de minorib.* ubi contra Imperatoris rationem I. C. aliam fortiolem, & propositæ quæstioni aptiorem attulit rationem, quin immò hinc ipsum sacri textus præcipiunt, legitur enim *Exod. 23. princip.* in iudicio non acquiescas plurimorum sententiæ, ut à vero devies; negari enim non potest, communem opinionem quandoque esse falsam. Ex his facile potest colligi, quanti illorum DD. sententiæ faciendæ sint, qui non nisi aliorum dicta sequuntur, & libros meris authoritatibus ratione & lege carentibus replent. Sed

Sed an Judex teneatur rationes suæ decisionis in lata sententia ex- 84
primere? *¶* Non quidem teneri Judicem suæ decisioni rationes addere,
easque litigantibus notificare, ratio, quia propter auctoritatem judicia-
riam præsumitur omnia rectè esse gesta, adeoque etiam Judex satis vali-
das & urgentes ita judicandi rationes habuisse, unde non tenetur in sen-
tentia exprimere ea, quibus ad ita judicandum per motus est *c. sicut nobis.*
16. X. de sent. & re jud. ubi sententia valida dicitur esse etiam non expres-
sis rationibus. Cui decisioni etiam passim judiciorum consuetudo se se
conformat, daß man keine Ursach in dem Abschied sehet. *Sutting. obs. 78.* nili
interpositæ à sententia appellationi delatum non fuerit, & pars appellare
volens gravamina sua apud superiorem Judicem deduxerit *l. à proconsuli-*
bis. 19. c. de appellat. hoc enim casu à Judice deposci solent rationes appel-
lationis non admittæ, daß wann dem Gericht die Bedencken abgeforderet /
und darüber die abgeschlagene Appellation entweder approbirt / oder aber
zugelassen wird. *Sutting. obs. 81. n. 5.*

Judicem tamen, quatenus tribunalis sui consuetudo admittit, ratio- 85
nes sententiæ reddendo & inferendo rectè agere non dubito, quia si ratio
decidendi justa & sufficiens est, expressione illius lites potius evitantur,
& sic frivolæ appellationes removentur, quàm prolongantur, litigans
enim aut illius advocatus honestatis & concordia amans sententiæ & ra-
tioni insertæ acquiescet, si verò ratio sententiæ non subsistat, indignari
non debent Judices, quòd litigantes ad obtinendam sententiæ correctio-
nem ad judicium superius provocent, expedit enim potius talem senten-
tiam impugnari & corrigi, quàm litigantem ex ea damnum injustè pati,
quæ rationum expressio etiam Judicem appellationis sublevat, ac in ap-
pellatione expedienda faciliat, qui aliàs semper dubius esse posset, quæ-
nam rationes primum Judicem ad sententiam ita proferendam moverint,
Carpzov. de proces. tit. 10. & 16. art. 1. n. 75. & seqq. videatur etiam *Gail.*
lib. 1. obs. 151. n. 23. & 24.

Tertio Judicis officium in eo consistit, ut non tantum sententiam 86
juribus, statutis & consuetudinibus locorum, sed etiam actoris libello
vel rei conventi exceptioni conformem proferat, adeoque ultra petita,
vel de quibus per decursum litis disputatum est, Judex pronuntiare con-
demnare aut absolvere non potest, Judicis enim potestas ultra libellum
se non extendit *l. 18. ff. com. divid.* hinc contra sententias libellis ac petitis
non conformes litigantibus objiciendi facultas permixta est *Schwarzenbal.*
proces. Jud. lib. 3. art. 1. c. 3. n. 18. & 19. procedunt autem hæc, quòd Judex
petitis conformem sententiam proferre debeat, in illis, quæ pars expressis
verbis, vel saltem tacitè petit, sicut hoc accidit in petitione hæreditatis,
quæ fructibus augetur, proinde sententia petitis non conformis non sub-
sistit, si planè de alio judicatum, quàm petitum est, veluti si actio inju-
riarum sit intentata civiliter, sententia autem criminis prolata fuisset
Mev. p. 1. decis. 181. ubi etiam dicit, conversionem causæ & statûs non
esse in libera judicantis potestate, sed quale coeptum est judicium, tale
semper est observandum, ut intra suos tramites quæque lis decurrat.

Hæc regula, ut Judex petita libelli non egrediatur, aded strictè observatur, ut tametsi fructus rei petiti accessorium esse censeantur, tamen Judex reum adfructuum in rei vindicatione non petitorum præstationem condemnare nequeat, saltem eorum, qui ante litem contestatam percepti sunt *Stryk. ff. usu mod. de rei vindic. §. 15.* wann die Nutzungen nicht begehrt worden seynd/ so erkennet auch der Richter nichts. *Sutting. obs. 10. n. 10.*

87 Regula hæc aliquot limitationes patitur, ex quibus patet Judicem non nimis adstrictum esse libelli contentis. Primum si vera quidem & apta actio instituta sed petitio non congruè, sicut lex ista actione instituta requirit, formata fuisset, veluti si in actione *ex l. s. c. de rescind. vend.* simpliciter esset petita venditionis & contractus rescissio, potest Judex conformiter actioni pronuntiare, ut nimirum res vendita venditori recepto pretio reddatur, vel id, quod justo valori deest, suppleatur. Secundò potest Judex circa non expressa sententiam proferre, quatenus hæc ommissa petitis tamen connexa sunt, sic in petitione hæreditatis potest Judex possessorem condemnare ad hæreditatis & fructuum inde perceptorum restitutionem, quamvis his de fructibus in libello expressa mentio non fuerit facta, ratio, quia cum fructus augeant hæreditatem, hæc petita censentur fructus tacitè & virtualiter esse petiti. Tertio Judex non est aligatus libello in criminalibus, quia in his conclusio & petitio aliunde omitti potest, cum vel Judex jam à lege ipsa pœnam crimini probato dictatam & præscriptam sciat, vel si præscripta non inveniatur arbitrariam petitioni accusatoris etiam difforem majorem vel minorem pœnam infligere possit *l. bodie. 13. ff. de penis.* Quarto potest Judex reum condemnare ad præstandam rei suâ culpâ aut dolo perditæ vel peremptæ æstimationem, licet non sit æstimatio, sed res ipsa libello petita *l. arbitrio. 18. ff. de ll.* quia aliàs circa rem deperditam & non existentem sententia non foret alicujus effectus, cum res haberi non possit, ideo officio Judicis succedit obligatio ad æstimationem, idem est in aliis casibus, in quibus victus non fecit, quod facere debuisset, veluti si rem non restituit, & res non restituta perierit *l. qui restituere 68. ff. de rei vind.* Quintò potest Judex de re libello non expressa judicare, si hæc virtualiter sub ea, quæ libello petita est, includitur; exemplum est in *l. bovem. 43. §. aliquando. 6. ff. de edilit. Edict.* ubi in instituta actione quanti minoris Judex sententiâ suâ redhibitionem rei emptori planè inutilis rectè fieri jussit, quia actio redhibitoria continetur sub actione quanti minoris *l. si is. 25. §. 1. ff. de except. rei jud.*

88 Sed quid Judici faciendum, si aliquid in probationibus per decursum litis narratum & deductum, de eo autem in libello nulla facta fuit mentio, an Judex super hoc sententiam proferre poterit? Id omnino dicendum videtur, si libello annexa est salutaris clausula; *peto super bis omnibus & singulis aliis mibi jus & justitiam omni meliori formâ administrari,* quia vigore hujus clausulæ potest defectum petitionis supplere, nam videtur actor in iudicium voluisse deducere, & vi hujus clausulæ id petere, quod suis probationibus magis convenit *Panormit. in c. dum dilectus. x. de ord. cognit.* clausulâ enim hujusmodi tantæ efficaciz est, ut omnis actio,

actio, omnéque remedium ex narratis & deductis resultans veniat in considerationem, quemadmodum vigore hujus clausulæ in Camera Imperiali super non expressè petitis pronuntiari testatur *Gail. lib. 1. observat. 61. n. 11.*

Sed verius est inspectis prius dictis, quod scilicet ultra id, quod li-89 bello expressum & petitum, sententia lata non valeat, Judicem non posse de omissis in libello, quæ tamen ex probatis & attestatis constant, proferre sententiam, & contrarium actori quidquam adjudicare; debet enim sententia conformis esse libello atque iis, super quibus lis contestata, imò nec admittendæ sunt probationes super iis, quæ principaliter non sunt in iudicium deducta & libello expressa, quia hujusmodi probationes sunt impertinentes. Interim tamen dico, si ex una causa in libello actum, ea verò probata non fuerit, in processu tamen alia causa deducta & probata fuerit, ex qua actor potuisset actionem suam instituere, absolvi debere reum à causa præsentis, actorem verò cum alia agendi causa in processu forsan incidenter ventilata ad aliud iudicium remitti. *Daß der Beklagte von dieser Klag losgesprochen seye / wann aber der Kläger wegen der in denen Acten vorkommenden andern Forderung und Ursachen den Beklagten Spruch zu erlassen nicht gedencete / stehete ihm dieses in alio iudicio anzubringen bevor.* Fundamentum hujus meæ conclusionis est in *l. babeat. 13. in princ. ff. de institor. act.* ubi agens actione institoria licet agendi causam, scilicet quod pecuniis servo datis emptæ sint merces, non probaverit, & ideo succubuerit, tamen pecunias servo mutud datas à domino servi actione institoria utili in alio iudicio ex alia scilicet causa, quod servus pecuniis mutud accipiendis præpositus fuerit, petere potest.

Ad idem facit *l. Babius Marcellus. 30. ff. de pact. dotal.* ubi licet reus à petitione actoris per sententiam absolutus fuerit, tamen J. C. ait, quod ex hac sententia non sit factum præjudicium alteri causæ & juri, vi cuius actor eandem rem petere potest, veluti si habens duo instrumenta, in libello autem rem ex uno instrumento petiit, & non obtinuit, potest eandem rem in alia instantia virtute alterius instrumenti de novo petere. *Additio Glos. in cit. l. Babius Marcellus. 30.* ratio, quia exceptio rei judicæ resultans ex absolute in priori iudicio obtenta non nocet illi, qui rem ex alia causa denuò petit *l. 13. l. 14. ff. de except. rei jud.* quin imò absque metu præfatæ exceptionis permissum est causam ex instrumentis de novo repertis instaurare, & rem à cuius præstatione reus in priori iudicio absolutus fuerat, ex nova causa petere *l. cum de hoc. 27. ff. de except. rei jud. Meru. p. 6. decis. 76. n. 6. Carpzov. decis. 49. n. 10. & seqq.*

Cum autem aliquando iudex circa ea sententiam proferre omittat, quæ libello petita sunt, vel etiam sententias obscuras proferat, sciendum quidem est primò sententiam semel à iudice latam retractari aut corrigi non posse, tametsi malè & perperam sit lata, nam iudex latâ sententiâ, sive ea benè sive malè lata sit, officio suo functus est, & latâ sententiâ definit in ea causa, in qua jam iudicavit, esse iudex *l. 55. ff. de re jud. l. ser-*

2065. §. cum Prætor. 2. ff. ad S. C. Trebel. Nihilominus secundò declaratio-
nem & explicationem sententiæ obscuræ & ambiguae nullo tamen quo
ad substantialia addito aut detracto interdictam non esse *l. ab excoatore.*
4. ff. de appellat. ratio, quia qui declarat, nihil novi addit, sed prius con-
cessa confirmat *Crail. lib. 1. obs. 116. n. 3.* ita tamen, ut hæc sententiæ decla-
ratio fieri non possit, nisi utrâque parte citatâ & auditâ, de unoquoque
enim negotio statui debet præsentibus illis, qui aliàs læderentur *l. de uno-*
quoque. 47. ff. de re jud. l. nam ita. 39. ff. de adoptionib. Immo etiam tertio
Judicem adhuc supplere posse eodem die illa, quæ sententiæ à se lata vel
ex natura actûs, vel dispositione legis aut aliunde insunt, sic enim ex-
pensas & fructus sententiâ omissos eodem die supplere posse Judicem,
constat ex *l. Paulus. 42. ff. de re jud.* ubi J. C. ait, reliqua, quæ ad conse-
quentiam jam statutorum pertinent, priori tamen sententiæ desunt, circa
condemnandum vel absolvendum reum, Judex eodem die supplere debet.

91 Ex his colligi potest opinionem illorum, qui sententiam interlocu-
toriam re melius cognita Judicem retractare & revocare posse conten-
dunt, eò, quòd Judex pronuntiatâ sententiâ interlocutoriâ adhuc Judex
maneat, & quia sententiæ interlocutoriz potissimum litis præparatio-
nem concernunt, non subsistere, nam *l. 14. ff. de re jud.* in qua hujus opi-
nionis authores fundamentum ponunt, exiguum patrocinium adfert,
quoniam, ut inspicienti patet, non de sententiis, sed de aliis decretis ad
nuda suplicantis narrata impetratis revocandis tractat, clarissimis enim
terminis J. C. ibidem inter decreta dicta & inter sententias differentiam
adducit dicens: quod Prætor jussit aut vetuit, contrario Imperio tollere
potest; in sententiis contra, in qua lege generaliter & sine distinctione,
sitne definitiva vel interlocutoria sententia, Judici adimitur revocatio;
est enim hæc revocatio aliqua varietas, parti, pro qua sententia lata est,
etiam præjudiciosa, quam varietatem Judices erubescere debent *l. ult. in*
fin. c. de modo multarum. Nec refert, quòd interlocutiones causam non
perimant *l. 9. c. de sent. & interloc.* & Judex adhuc latâ sententiâ interlocu-
toriam Judex maneat, nam verum est eum adhuc manere Judicem in
causa principali necdum decisa, negatur autem eum adhuc Judicem esse
in articulo incidenti per sententiam interlocutoriam decisa, in hoc enim
latâ sententiâ officium suum finivit, ita ut ulterius sententiæ hujus exa-
men & emendatio non nisi ad judicem appellationis pertineat.

92 In quaestionem etiam trahi potest, an Judex ea, quæ à litigantibus
omissa sunt v. g. exceptiones à reo non oppositas supplere, & ex officio
suo super his sententiam proferre possit? Hoc omnino negandum esse vi-
detur, quia Judex non potest proferre sententiam ex instrumentis aut aliâ
scripturâ in judicio non productâ *c. accepimus. 4. c. contingit. 5. X. de fid. in-*
strum. exhibitio enim & productio instrumentorum, quæ quis pro sua
causa esse putat, in judicio fieri debet, ergò multò minus Judex habebit
facultatem omissa à litigantibus supplendi, aut exceptionem à reo non
oppositam attendendi, sed potius debet pro actore sententiam profer-
re, si advertit actorem suam intentionem probasse, etsi vicissim agnoscat
acto-

actorem non fuisse litem obtenturum, si reus exceptionem opposuisset. Judex enim petitioni & allegationibus adstrictus est, & officium suum non nisi imploratus impertitur *l. 4. §. hoc verò Judicium. ff. de damno infec.*

Indubitatum tamen est, ea à Judice supplenda esse, quæ in jure con-94
sistunt, à litigantibus autem vel eorundem advocatis allegata non fuerunt, *tot. tit. cod. ut quæ desunt advocat.* ratio, quia Judex aliunde juxta leges & jura sententiam proferre, & sic ipse advertere debet, in quibus juribus præsens controversia fundata sit, ergo non obest liti, & causæ justitiæ non allegatio jurium & legum eò pertinentium, hinc si ex causa admissi doli ad contractus annullationem actum, & dolus probatus ac ostensum est dolum dedisse contractui causam, omissum verò fuerit noti juris esse, quod contractus dolo causam dante initi nulli & invalidi sint, nihilominus doli probata admissione Judex pronuntiare debet, contractum esse nullum, superfluum enim videtur esse ea allegare & recoquere, quæ Judex aliunde sibi perspecta habere creditur. Immo etiam dico secundò Judicem 95
exceptiones à reo omissas in facto consistentes supplere posse, quatenus hujusmodi exceptiones principaliter causæ controversæ coherentes manifestè ex actis & instrumentis patent; hinc exceptio testamenti nulliter facti ob non adhibitos septem testes, licet opposita non fuerit, tamen à Judice in ferenda sententia attendi debet, quia ex inspectione testamenti à paucioribus testibus subscripti & signati illicò erui & invaliditas colligi potest. Sic etiam exceptionem rei venditæ & non traditæ à Judice suppleri posse, si de ea ex contractu allegato, vel ex actoris confessione constet, docet *Zang. de except. p. 3. c. 26. n. 15.* cum enim exceptio hæc talis sit, quæ profluit ex eo ipso instrumento, unde oritur obligatio & actio, ejus quoque Judex rationem habere debet, etsi opposita non fuerit, quia cum videat obligationem, ex eodem instrumento & advertit exceptionem, ne igitur injustitiam committat, parte etiam non opponente eum supplere debet.

Conclusio ista fundatur in textu aperto *l. ult. cod. de appellat.* ubi 95
Imp. ait: ut Judices legum veritati & judiciali vigori satisfaciant, posse ab iis absentem litigatorem suppleri, & exceptiones contra interpolitam ab altero litigatore appellationem opponi. Alterum conclusionis fundamentum est in *l. 2. §. ult. c. de temporib. appellat.* ubi etiam permittitur Judici contra appellationem opponere lapsum fatalium, ex quo colligitur exceptionem appellationis desertæ, quoniam hæc ex actis & appellationis libello ac die præsentationis eidem adscripta facilè patet, opponere, utcunque adversarius hanc exceptionem opponere neglexerit, similiter exceptionem præscriptionis, si temporis lapsus ex actis apparet, Judex supplere tenetur, quia cum præscriptio actionem ipso jure extinguat & tollat, sequitur actorem absque actione & jure sibi competente agere, proinde Judicem contra conscientiam judicare, si hanc exceptionem ex actis manifestam præteriret, *Zang. de except. p. 3. c. 26. n. 19.* sic etiam Judex exceptiones, quas ex actis videt esse frivolas, ex officio rejicere potest, ad Judicis enim officium non tantum pertinet, negligentiam partium

in iis, quæ ad ordinem processûs & jura causæ spectant, supplere, sed utrinque considerare, quæ litem relevent, & quæ inutilia sunt, sua providentia præpedire & rejicere *Mev. p. 7. decis. 171.*

96 Dicta autem de supplendis à Judice factis intelligenda sunt, quatenus hæc à litigantibus omissa, Judici ut Judici non verò ut privato cognita sunt, nam de sola sua scientia nihil supplere debet, cum tantum fidem eorum, quæ probantur sequi oporteat *l. illicitas. §. 4. ff. de off. presid.* aut ubi ex actis deprehenderit aliquid uni vel alteri parti proficuum, quamvis allegatum non fuerit, attendit ac supplet *l. fin. c. de appellat.* acta enim faciunt aliquid notorium, notorium autem ulteriori probatione non eget *l. 11. §. 12. ff. de act. empt.* nec supra allegata *l. un. c. ut quæ desunt advoc.* restringi potest ad ea, quæ juris tantum sunt, cum hæc restrictio nec generalitati textûs nec verbis, nec contextui conveniat, sed pertinet dicta *l. unica* etiam ad facta, de quibus Judici ex actis constat, licet de his litigantes nihil dixerint, ad Judicis enim officium pertinet omni modo indagare & adjuvare veritatem, & pro ea non tantum attendere, quod adductum, sed simul ad lucem producere, quod ad illam expedit, non potest enim tutâ conscientiam, quod pro rei veritate in actis reperit, præterire, aut contra id judicare, cum per hoc alteri parti nulla fiat injuria, quia contra bonam fidem & pietatem desideraret veritatem ex actis re-
97 lucentem negligi, *Mev. p. 7. decis. 155.*

Sententia à Judice prolata per appellationem legitimo tempore interpositam non suspensa officio Judicis executioni mandanda est, nam et si lata sententiâ Judex dicatur officio suo functus esse, tamen officium
98 nobile non finitur, sed venit in consequentiam primæ actionis, ne aliàs continentia causæ dividatur *Brunem. proces. judic. c. 29. n. 8.* dixi autem per appellationem non suspensa, nam cum pendente appellatione nihil innovandum sit, sed omnia in statu integro relinquere debeant *tot. tit. ff. nihil innov. appel. interpos.* executio sententiæ fieri non potest, imò pendente appellatione attentatum illicitè revocandum est *Carpzov. decis. 93. n. 2. & seqq.* aliter autem se res habet in revisione, vi cujus revisis actis de justitia prioris sententiæ cognoscitur, non autem executio impeditur, nisi executionis inhibitiō simul obtenta & Judici intimata fuisset, die Revision stellet die Execution nicht ein / es sehe dann / daß sie durch ein gemeinsene Resolution eingestellet wäre worden; nec non in supplicatione, quæ admittitur, ubi ratione eminentiæ personæ non est licita appellatio *l. 1. ff. de off. præfect. præet. novel. 119. c. 5. autb. quæ supplicatio. c. de precib. Imp. off.* executio non suspenditur, nisi intra decem dies interponatur, & pars vincens satisfactionem præstet de omnibus restituendis in casum succumbentiæ *d. autb. quæ supplicatio.* Restitutio autem in integrum executionem instar appellationis impedit *l. unica. c. in integ. restit. postul. ne quid nov. fiat.* restitutio enim in integrum videtur esse species appellationis *l. si causa cognita. 32. c. de trans. nisi malitiosè & ad differendam litem*
99 ac executionem petatur *c. suscitata. 6. x. dein integ. restit. post.*

Videndum igitur, in quo circa faciendam rei judicatæ executionem

Ju-

Judicis officium versetur. Et quidem aliter in actionibus realibus, aliter in personalibus Judicem progredi oportet, nam lapsa ad appellandum tempore & non proposita appellatione in realibus Judex jubet, ut reus sententiæ pareat, & rem actori adjudicatam restituat cum fructibus §. *etsi in rem. 2. Inst. de off. Jud.* etsi rem habens restituere nolit, jussu Judicis ab eo manu militari res auferretur *l. qui restituere. ff. de rei vindic.* ita ut possessor condemnatus non audiatur pretium justum actori offerens, quia æquum non est invito alio pro alio obtrudere, nec in potestate cujusquam esse debet invito domino rem etiam justo pretio comparare *Mev. p. 2. decis. 172.* si verò res immobilis sit victori tradenda, in illam victor immittitur etiam ejecto condemnato, si sponte cedere nolit *Carpzov. in proces. tit. 25. art. 3. n. 5.* in personalibus autem actionibus, quibus pecunia aut alia quantitas petita fuit, condemnati habent quatuor menses *l. fin. c. de usur. rei jud.* & ante hoc tempus executioni locus non est, nisi causa executionis accelerationem suadens subsit v. g. si petita fuerunt alimenta, nec enim venter moram patitur, vel si favor ætatis anticipationem postulet *l. 2. ff. de rejud.* tempus autem hoc indulgendum non est illis, qui rei præstandæ facultatem, aut pecuniam paratam habent *l. 31. ff. de rejud.* nec condemnatis in causa criminali, in qua lata sententiâ nec appellatione nec in integrum restitutione suspensa confestim decendii lapsu executioni mandanda est, quo sensu intelligi solet *can. sicut sine Judicio. caus. 2. q. 1.* non enim convenit reos & condemnatos diuturni carceris squallore afflictos detineri. Tempus autem faciendæ executionis cum in praxi variet, inspicere debet cujusque tribunalis receptus stylus & ordo executionis.

Personas sententias exequentium si spectemus, possunt magistra-¹⁰⁰ tus suam & Judicum à se datorum sententiam executioni mandare *l. 2. Divo Pio 15. ff. de rejud.* is autem, qui non ordinariam sed mandatam jurisdictionem accepit, postquam causam cognovit & sententiam tulit, non ipse, sed is, qui jurisdictionem mandavit, sententiam exequitur, nisi etiam nominatim exequendæ sententiæ potestas ei mandata fuisset *arg. l. etsi non cognitio. c. si contra jus vel util. publ.* ubi cognitionis & executionis demandatio videntur esse distincta, quamvis & defendi posset eum, cui mandata est jurisdictio, sententiæ exequendæ facultatem habere, cum ejus, qui jurisdictionem mandavit, potestate fungatur *l. solet. 16. ff. de jurisdict. l. etsi Prætor. 3. ff. de off. ejus, cui mandat. est jurisd.* hæc accipienda sunt de iis, quibus Judices inferiores jurisdictionem mandant, nam delegati à Principe ipsi suam sententiam executioni mandant, vel aliis faciendam committunt, sive expressum exequendi mandatum acceperint, sive non *c. querenti. c. significasti. x. de off. Jud. deleg.* quod autem Judices suas sententias exequantur, subintelligendum est, hunc executionis actum plerumque per ministros judiciales ac intermedias personas mandato Judicis exerceri.

Quoniam autem Judex sententiam suam ob defectum bonorum in¹⁰¹ suo territorio existentium exequi nequit, potest alterius Judicis officium

E c 2

per



per literas mutui compassus requirere, ut scilicet is in bonis rei condemnati intra suæ jurisdictionis limites fitis executionem faciat. *Gail. lib. 1. obs. 113. n. 16.* aut solet Judex superior mandata executorialia ad inferiorem Judicem decernere, etque executionem injungere, quemadmodum hujus rei usus frequens in Ecclesiasticis judiciis occurrit, dum Judices Ec-
 102 clesiastici brachii sæcularis assistentiam primò pro reo ad suum consisto-
 rium sistendo, daß der Beklagte gestellet werden solte / secundò etiam pro
 suarum sententiarum executione implorant, & iis sine tergiversatione Ju-
 dices sæculares subvenire tenentur, aded, ut si assistentiam imploratam
 recussent, eos excommunicationi subjiciendos esse canones præcipiant
c. 1. X. de off. Jud. ord. ubi Episcopis ad punienda crimina publicum auxi-
 lium tribuendum est. *c. quoniam. 14. X. de off. Jud. ord. Glos. & Panormit.*
ibid. sicut & vicissim Judicem Ecclesiasticum teneri necessitate exigente
 Judici sæculari contra contumacem clericum officium suum præstare tra-
 dunt *Glos. & canonistæ in d. c. 1.* una enim jurisdictio ut per alium adju-
 vetur, tam boni publici ratio, quàm authoritas Judicum exigit, invoca-
 tionem autem brachii sæcularis extremum remedium tunc demum fa-
 ciendam esse, si pro executione suæ sententiæ Judex Ecclesiasticus om-
 nia fecit, quæ facere potuit, v. g. victus censuras Ecclesiasticas flocci pen-
 dat, tradit *Gail. l. 1. obs. 115. n. 3.*

103 Quæritur an is, contra quem rei judicatæ executio fit, adhuc excep-
 tiones aliquas opponere & executionem avertere possit? R. Sub distin-
 ctione, vel exceptio prolata impugnat sententiam ejusque merita, ac cau-
 sam ipsam concernit, vel tantùm concernit ordinem executionis non re-
 ctè observatum, veluti, quoddam in executionem res aliæ capiantur, quàm
 jure permillum sit, vel quoddam executio ante indultum à jure tempus fiat,
 exceptiones primi generis in ipsa executione locum non habent *l. si ut*
 104 *proponis. 6. c. de execut. rei jud.* ubi lata ab executore dato sententia circa
 id, quod executioni & rei judicatæ objectum fuit, dicitur nulla, ratio hu-
 jus est duplex; prima, quia permittendum non est, ut debitores longis
 & novis exceptionibus in infinitum solutionem protrahant; secundò,
 quia res judicata, quæ nunc executioni mandatur, pro veritate habetur,
 & rebus judicatis standum, nec iterum agendum, & de eo inquirendum
 est, an benè sit lata sententia vel non, reipub. enim interest, ut tandem
 litium sit finis, qui nunquam obtineretur, si judicata quovis tempore de
 vovo impugnari & revocari possent, ut taceam, quoddam litigantes quasi in-
 tra se contraxerint, & Judicis sententiæ stare promiserint *l. 1. si pecuniam.*
c. de re jud. l. post rem judicatam. ff. eod. l. 1. c. sent. rescind. non pos. l. res judi-
cata. ff. de reg. jur. quamvis nonnulli putent executioni objici posse ex-
 ceptiones, quæ in continenti sine ambagibus probari possunt, secus verò
 eas ad aliud judicium esse, nimirum ad reconventionem remittendas.

105 Hæc sententia etiam fori Austriaci consuetudine recepta est, und wer-
 den keine Exceptiones altiorem indaginem requirentes in executione an-
 genommen / executio enim effectum sortiri debet, nec debet judicium sen-
 tentiæ finitum frustratorium esse, gleichwie auch in lauterem liquiden Schuld-
 Brief

Wreßien die Execution ungehindert deß Schuldners Exception ertheilet / dem Schuldner aber nach geleisteter Bezahlung dieselbe in alio judicio der Ordnung nach fürzubringen vorbehalten wird / quam Austriae consuetudinem utpote laudabilem etiam aliis in locis receptam allegat *Gail. de arrestis. lib. 1. cap. 9. n. 18.* notum enim est, quàm effrontes & impudentes sint multi debitores, quibus si facultas executionem & chirographa sua impugnant passim concederetur, sanè quidquid invenire possent, corraderent, & obligationes suas firmissimas eluderent. *Sutting. obs. 103. & 104.*

Exceptiones secundi generis executioni opponi possunt, & debet¹⁰⁶ executor, seu potius Magistratus, cujus decreto executio fit, nam nudus executor post causam sufficienter discussam non habet jurisdictionem *l. executor. c. de execut. rei jud.* desuper cognoscere per textum apertum in *l. 2. Divo Pio. 15. §. in venditione. 2. §. firerum. 4. ff. de re jud.* ubi J. C. ait executores subinde solere interloqui, & si controversia de rebus orta fuerit, executorem cognoscere debere, quia exceptiones istæ causam sententiæ jam decisam non attingunt. Idem dicendum est de illis exceptionibus, quæ sententiam non impugnant, neque eam iniquitatis aut injustitiæ arguunt, sed tantum executionem respiciunt, adedque post sententiam admittendæ sunt, fidejussor in solidum condemnatus in executione petere potest sibi adversus alios confidejssores actionem cedi & mendari. *l. si fidejssores §. idem respondit. ff. de fidejus.*

Sic etiam maritus judicio dotis in solidum condemnatus opponere¹⁰⁷ potest exceptionem doli, quæ suum beneficium competentiae conservat *l. ex diverso. §. ult. ff. solut. mat.* hinc etiam fit, quodd compensatio rei judicatae executioni opponi possit *l. 2. c. de compensat.* quia similiter compensatio sententiam non impugnat, immò potius eam confirmat, cum compensare volens ostendat se velle solvere id quod judicatum est, siquidem compensatio est solutionis species *l. si debitor. ff. qui pot. in pig. bab.* in verbis: nihil interest solverit, an compensaverit *Gail. l. 2. obs. 17. n. 10.*

Dicta autem de compensatione executioni opponenda procedunt,¹⁰⁸ quatenus debitum, cujus compensatio prætenditur, est liquidum, & in continenti probandum, secus enim, si compensationis exceptio multis ambagibus innodata esset, censeo eam ad reconventionis judicium remittendam & executionem neutiquam esse impediendam, fundamento ex *l. fin. c. de compensat.* accepto, ubi Imp. ait, compensationes ita objici permittimus, si exceptio ista facilem sui exitum Judici præstare possit, ratio, quia satis miserabile est post multa fortè variæque certamina, cum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quæ jam penè convicta est, opponi compensationem certo & jam indubitato debito, & moratorii ambagibus spem condemnationis excludi, nec Judices molli animo compensationes suscipiant, si invenerint eas majorem & ampliorem exposcere indaginem, & alii judicio eas reservent, ergo si exceptio compensationis adhuc illiquidæ ad sententiæ retardationem juxta *cit. l.* opponi nequit, multò minus ei ad sententiæ jam latæ executionem remorandam locus da-

ri potest. Ad hoc ipsum etiam circa exceptionem solutionis non satis probatam insignia præjudicia adfert *Sutting. obs. 104. n. 4.*

109 Facienda autem est executio contra ipsum condemnatum, & contra hæredem, qui cum condemnato eandem personam sustinet *l. ex contractu. 44. ff. de rejud.* non verò contra singularem tertium successorem, qui condemnatum non repræsentat, multò minùs contra tertium, qui liti non interfuit & condemnatus non est, trita enim est regula, quòd acta inter alios aliis non præjudicent, satis enim durum foret, si liti non præsens nec auditus iudicato contra alterum factò satisfacere teneretur *l. 63. ff. de rejud.* hinc condemnato marito non potest fieri executio in bona uxoris, nisi bona uxoris marito vigore pacti dotalis communia essent, hinc etiam executio contra tutorem, procuratorem fieri non potest, si pupillus aut principalis condemnatus est *l. 4. §. 1. ff. de rejud.* naturali enim æquitati repugnat alterum ex factò alterius prægravari, hinc etiam non valere statuta executionem sententiæ contra tertium permittentia infert *Zaf. in l. sæpe. 63. ff. de rejud.* viderentur enim talia statuta rationi naturali repugnare, cum hoc ipso concederent alteri per alterum iniquam conditionem inferri posse contra *l. factum. 155. & contra legem non debet. 74. ff. de reg. jur.*

110 Dubitari potest, an sententiæ contra debitorem principalem lata executio fieri possit contra fidejussorem, an verò creditor contra fidejussorem actionem suam novo processu instituere debeat? dicendum videtur executionem sine novo processu contra fidejussorem posse fieri *l. ult. §. ult. c. de usur rei jud.* ubi generaliter statuitur, victorem pecunias aut alias res in condemnatione positas à fidejussoribus non nisi post elapsas quatuor mensium inducias exigere posse, ne aliàs, si ab invitis fidejussoribus ante dictum tempus solutio extorqueretur, tempus quatuor mensium ipsi principali debitori condemnato inutile reddatur, eò, quòd à fidejussore etiam mox ad solvendum compelleretur. Communiter tamen DD. distinguunt inter fidejussorem judicalem, seu de iudicato solvendo datum, & inter illum, qui in contractu pro debitore fidejussit, illum post quatuor menses executioni obnoxium, hunc verò novo processu & actione à creditore conveniendum esse asserunt. Ratio differentiæ in eo consistit, quòd fidejussor in primo casu se se ad illud solvendum obstrinxerit, in quod reus fuerit condemnatus, ergò executionem nulla exceptione aut objectione à se remove potest; in secundo autem casu fidejussor non obligaverit se ad iudicatum solvendum, ergò cum possit aliquas proprias & à debitore principali separatas defensiones habere v. g. pactum de non petendo secum initum hæ defensiones ipsi auferendæ non sunt, *Paul. de castro. in cit. l. ult. in fin. c. de us. rei jud.*

111 Non tantùm autem executio contra tertium fieri non potest, ob rationes supra recensitas, sed etiam quandoque tertius propter suum commodum opponere se se potest executioni contra ipsum condemnatum faciendæ, dummodo hic interveniens summariter de jure suo docere possit, & nulla malitiæ præsumptione gravatus sit *l. 15. §. 4. ff. de re jud.* ubi dicitur, quòd si controversia circa rem orta est, an scilicet res in executionem

nem trahenda debitoris propria sit, vel verò ad intervenientem, qui rem suam esse contendit, pertineat, hanc controversiam ab executore summariter tractandam & ab executione dimittendam esse, si ad intervenientem pertinere compertum fuerit *l. is à quo. 57. ff. de rei vind.* sic pater ob usufructum, quem habet in bonis filii adventitiis se se interponere potest, quando contra filium fit executio ex causa debiti se non consentiente contracti. In quem finem etiam quandoque Edicto publico condemnati consanguineis executio certæ rei denunciari solet, ut propter jus retractus sibi in rebus consanguinei condemnati competens bona, in quorum possessionem ex Judicis decreto missio facienda est, redimant, ne vel postea ignorantiam vel aliam causam prætere & executionem sistere valeant. Videatur *Covar. pract. 9. 16.*

Sed quia sæpe memorata regula, quod acta inter alios alijs non nocent, & res judicatæ alijs non præjudicent, vocabulo *alijs* utitur, & hæc particula diversitatem ac dissimilitudinem indicet *Gonsalez in c. 25. X. de sent. & re jud. n. 3.* ideo alii hinc sunt, qui non eandem cum condemnato personam sustinent, sed proprium, principale ac planè separatum jus habent, quod à jure condemnati non dependet, igitur sententia contra condemnatum lata non præjudicat alijs mox dictis, benè autem præjudicat alijs, qui causam ab eo, qui victus & condemnatus est, habent; sic sententia lata contra hæredem nocet legatariis ac alijs, quorum jura ex testamento valido proveniunt, & subsistere non possunt, nisi testamentum firmum maneat *l. 3. ff. de pignorib.* Et hoc si cum hærede bona fide actum est, nam secus sententia contra hæredem & testamentum lata non nocet legatariis, multò minùs, si sententia contra hæredem contumacem lata est, quia tali casu non videtur de casu controverso principaliter esse pronuntiatum *l. 17. §. 1. ff. de inoff. test.* proinde his casibus salva est legatariis appellatio & facultas causam apud Judicem de novo agendi & testamenti validitatem ostendendi *l. 14. ff. de appel.* sic etiam res judicata alijs nocet, ad quos actio & rei defensio primo loco principaliter pertinet, tamen passi sunt sequentem ea de re agere *l. sæpe. 63. ff. de re jud. c. 35. X. de sent. & re jud.* veluti si maritus, cui jure civili dominium aliquod in dotem competit, vi cujus dotem vindicat, & alias actiones dotis nomine peragit *princip. Inst. quib. alien. lic. l. 75. ff. de jur. dot. l. in rebus. 30. c. eod.* patitur socerum vel uxorem de proprietate dotis scienter agere, item si emptor, ad quem tanquam possessorem rei emptæ defensio principaliter spectat, patitur venditorem, ad quem tantum secundariò propter evictionis præstationem assistentia emptori convento exhibenda pertinet, patitur venditorem sciens & prudens de proprietate agere.

Ratio horum casuum, in quibus res judicata tertio nocet, est hæc principalis, quia is, qui primò & principaliter rei debuisset defensionem subire, potuisset & debuisset alterum liti subtrahere, hoc intermisso voluntate illius videtur esse judicatum *cit. l. 63. ff. de re jud.* ex hac enim non impediens patientia consensus in litem eruitur, ad hoc autem, ut in prædictis casibus contra tertium executio fiat, requiritur primò, tertius sci-

verit litem cum altero agi. *Secundò*, hunc à lite repellere & rei defensionem potuerit in se transferre. *Tertiò*, ut rei defensio principaliter ad tertium, contra quem nunc instituenda est executio, pertinuerit, & tamen *quartò* permiserit eum hac de re agere. In ordine ad superius dicta etiam inferri potest, sententiam etiam tertio nocere, quando hæc per necessariam consequentiam est exclusiva juris alterius, cujus rei exemplum existit in *l. r. in fm. ff. de carbon. Edict.* ubi si in accusatione contra matrem instituta apparuit partum in testamento hæredem institutum fuisse suppositum, hæreditas puero supposito deneganda esse dicitur, perinde ac si is puer hæres non fuisset scriptus, quia si testator cognovisset eum esse partum suppositum & non à se progenitum, nunquam eum scripsisset hæredem, ergò sententia partus suppositi contra matrem lata excludit necessariò puerum ab hæreditate, quia testator errore ductus eum instituit, & tanquam partus suppositus nullum potest jus habere. His casibus etiam doctores addunt, quòd sententia condemnatoria in actionibus in rem scriptis lata executioni dari possit contra tertium rei possessorem v. g. in actione quod metus causâ, quia in hac actione tantum attenditur, an in hac re metus adhibitus fuerit *l. apud Celsum. 4. §. metus causâ. 33. ff. de dol. & met. except.*

117 *Quæres* an sententia in causâ controversæ subjectionis pro uno lata alteri scienti litem hanc agi, præjudicet, ita ut ei eandem subjectionem prætendenti objici possit res jam pro uno judicata; & subjectionis eidem facta adjudicatio? v. g. vindicavit aliquis subditum meum, & obtinuit sententiam pro se, ego deinde assero & contendo subditum hunc ad me pertinere; quæritur, an sententia pro priori victore lata mihi vero domino præjudicet? videtur affirmandum esse, hanc scilicet sententiam mihi nocere, fundamento desumpto ex *2. feud. 26. §. si vasallus.* ubi deciditur, si vasallus de feudo agat vel conveniatur, sive obtineat, sive non, omni tempore judicium firmum manere. Item ex *2. feud. 43.* ubi dicitur, si controversiæ inter vasallum & alium orta fuerit de proprietate totius vel partis, si pro eo vel contra eum judicatum fuerit, dummodo fraudulenter actum non sit, etsi deinde feudum apertum fiat, tale erit ac si domino directo agente judicatum fuisset, & ideo ab eo ratum haberi oportet, quo facit *l. patronum. 5. ff. si ingen. esse dicet.* ubi si pro liberto lata est ingenuitatis sententia, hæc domino seu patrono litem ignoranti non præjudicat, ergò à contrario patrono scienti res judicata obstare debet.

118 Verius tamen est sententiam in causâ subjectionis pro uno latam alteri non præjudicare, immò si hic aperta sua jura ostendit, neque executioni mandandam esse sententiam. Decisio ista fundatur in *c. cum super controversia. 17. X. de sent. & rejud.* ubi subjectio monasterii cellæ novæ Episcopo Auriensi adjudicata non præjudicat Episcopo Ovetensi ejusdem monasterii subjectionem prætendenti ex regula generali, quòd res inter alios acta aliis non præsentibus liti nocere nequeat. Accedit *l. curia non justo. 3. ff. de collus. deteg.* qua J. C. in asu, in quo quis alterum prætendebat suum servum aut liberum esse, neque obtinuit, respondit sententiam

tiam in hac lite pro eo, qui prætendebatur servus vel libertus, latam alteri deinde & vero domino ac justo contradictori non obesse, verba autem sunt ista: cum non justo contradictore (id est vero domino aut patrono, nam justus contradictores in causa status sunt dominus, patronus, pater) quis ingenuus pronuntiatus est, perinde inefficax est decretum, atque si nulla res judicata intervenisset, ergo etiam in casu questionis, quo quis subjectionem & subditos meos præten- dit, sive obtinuerit, sive non obtinuerit, hæc sententia mihi utpote vero domino & justo contradictori nocere non poterit; ratio, quia jus meum prætendendi subditos istos non dependet à jure illius, qui jam egit, nec ego jus meum ex persona illius deduco, nec illi, ne contra subditos agat, interdicere potui, ergo res verè inter alios judicata mihi nocere non potest, sive prius agens victor sive victus fuerit.

In hac materia & questione notatu digna lubeat etiam illa huc transcribere, quæ *Zaf. in cit. l. sæpe. 63. n. 38. & seqq.* tractat, & ita dicit, si contra subditos & subjectos meos alius dominus temporalis agat & eos per sententiam obtineat, ista sententia mihi in dominio & superioritate etiam scienti litem non nocebit *cit. l. sæpe. in fin.* ubi sententia in actione reali pro uno lata, alii æquè principalia jura prætendenti non præjudicat, quamvis interim, donec de juribus meis constiterit, sententia pro victore lata executioni mandetur, & subditi ipsi victori jura debita reddere teneantur, sic in simili si pro delicto in uno territorio captus, ut effugeret pœnam, opposuit, hoc territorium, in quo captus est, pertinere ad alium, ad quem etiam se remitti petiit, sententia, qua territorium uni adjudicatum est, illi alii non præjudicat.

Confirmatur sententia mea ita: si libertus meus impetitur ab alio, & contra eum fertur sententia, ac judicatur libertus actoris esse, hæc sententia mihi præjudicat, si interveni, & in judicio, quo contra libertum meum agebatur, præsens fui, & libertum deductis simul juribus meis defendi *l. sæpe 63. ibi: nam etsi libertus meus. ff. de re jud.* ergo si non interveni, tametsi litem sciverim, sententia mihi minimè præjudicabit, quò minus servum vindicare possim; ratio, quia prima & potissima defensio est liberti, ad hunc enim principaliter spectat statum suum defendere *l. principaliter. 19. c. de liberali caus.* licet consequenter per hoc etiam jura domini defendantur, proinde etiam si quis meum subditum impeteret, ipsius est se defendere & deducere causas pro non præstanda actori subjectione conducentes ac sibi magis proficuas, mihi autem litem scienti non præjudicabit, sed tuta erunt jura mea, quæ prosequi possum, si in judicio adhuc non interveni, wann ich meine Unterthan bey Gericht nicht vertreten hab; eodem modo res se habet, si alius dominus ratione subditorum contra me agat, & per sententiam subditorum adjudicationem obtineat, nam hæc sententia etiam subditis scientibus non nocebit, quò minus competentis judicio ostendant se se actoris subditos non esse; ratio, quia non poterant nos litigantes prohibere. *Zaf. d. l. sæpe. n. 39. in fin.* quamvis non negem utilius esse ad evitandas futuras disputationes ab eo, qui scit litem

subjectionis vel alterius se concernentis causæ agi, protestationem interponi.

120 Non obstant alterius opinionis argumenta, nam præterquam quoddam feudorum consuetudinibus ad materias juris communis argumentatio non procedat, cum consuetudine feudorum non nulla singulariter & contra usitatas regulas recepta sint, etiam inter hos duos est differentia, nam vassallus feudum suum à domino habet & recognoscit, ergo quæstio cum vassallo de feudi dominio directo habita principaliter dominum concernit, & ad eum domini directi defensio spectat, est enim dictorum textuum casus, quo à Titio feudum prætendit Cajus, Titius affirmabat feudum ad se jure domini utilis pertinere, quia id à Mævio domino directo accepit, Cajus verò id suum esse contendit, quia feudum à Mævio suo directo domino accepit, per hoc igitur, quod causam hanc à vassallo tractari passus nec intervenerit, neque protestatus fuerit dominus directus, sententiâ contra vassallum latâ præjudicatur domino, quia ejus voluntate de jure suo judicatum est, imò cum potuerit dominus directus vassallo interdiceret, ne huic causæ ad dominum directum pertinenti se se immitteret, hoc non factum in omnia per vassallum agenda consensisse censetur *cit. l. sæpe. 63.* sed in præsentis quæstione in primis subditus nihil à me habet, de quo secum agitur, sicut in priori casu de feudo à domino directo proveniente tractatur, quis nimirum in eo pro domino directo habendus sit, adeoque de nudo statu personæ & subjectione controversatur, in qua controversia principalis defensio, quod scilicet subditus hic respectu actoris liber sit, ad subditum pertinet *l. principaliter. 19. c. de caus. lib.* nec ego eidem interdiceret potui, ne agat, cum sciverim subditum meum causam suam agere & velle suam personam ab actore liberam facere, deinde etiam meum jus non pendet à subdito, nec à tertio vincente, ergo nulla ratione sententia mihi præjudicare potest.

121 Minus obstat *l. patronum. 5.* nam casus legis est, quo patronus ipse non verò aliquis tertius cum liberto litigavit, hic totus à nostra quæstione diversus est, nec ullo modo ad præsentem quæstionem pertinet. Interim quia supra de legitimo & justo contradicte & statu ac conditione personarum aliqua attigi, pro completa utilis hujus materiæ notitia sciendum est, sententiam circa personæ statum ac conditionem latam omnibus præjudicare, qui personam hanc iterum impugnare, & eidem statum ac conditionis controversiam movere vellent. Ad hoc autem requiruntur sequentia primò, ut lis habita fuerit cum justo contradicte, id est, eo, cujus principaliter interest, & qui fortissima etiam argumenta in causa hac se tangente habet, ac præ reliquis informatus est, ergo si non adfuit justus contradicte, sententia contra alios æquè principale jus habentes

123 nihil operatur *l. cum non justo. 3. ff. de collus. deteg.* Secundò ut Judex post auditam utrinque causam verbis directis & affirmativis pronuntiet v. g. Titium esse liberum & ingenuum, adeoque si verbis negativis sententia conciperetur v. g. Titium non esse servum Sempronii, hæc sententia contra alios jus non faceret, quia hæc sententia statum personæ non declarat,

cx

ex ea enim non sequitur, non est servus Sempronii, ergo est homo liber, & eum nullus alius ut servum vindicare potest. Tertio requiritur, causa à litigantibus & justo contradictore legitimè sit defensa, sententia non per contumaciam, sed sufficienti causæ cognitione & sine collusionem sit prolata *l. divi. §. 1. ff. de liberali caus.* Ex his requisitis rectè perpensis nunc aliqua particularia inferri possunt.

Primo si aliquis contra patrem agentem vel conventum tanquam ¹²⁴ justum contradictorem, qui à se descendentes indubitatè noverit, pronuntiatus sit filius, quod hæc pronuntiatio faciat jus, & filio hæreditatem patris, nobilitatem, privilegia, arma & insignia non tantum contra reliquos ab eodem descendentes v. g. fratres, sorores, nepotes & alios tribuat, sed etiam conjunctum efficiat agnatis & reliquis de familia paterna cognatis, quicumque isti sint, qui minus principaliter interesse habent *l. 1. in fin. l. 2. l. 3. ff. de agnos. & al. lib.* ubi sententia pro filiatione prolata filium facit, etsi talis non sit; ratio, quia si pater est de hac agnatione & familia, sicuti revera est, quomodo non poterit filius de eadem agnatione esse, qui cum patre eandem personam habet, adeoque contra omnes, qui sunt de origine patris, cujus legitimus filius pronuntiatus est, sententia ista jus facit. Hinc si defuncto parte contra unum vel plures filios actum & sententia filiationis obtenta esset, hæc cæteris defuncti filiis, cognatis, aut agnatis, cum quibus lis non fuit tractata minimè præjudicat, quia verus contradictor, id est, pater abfuit, adeoque sententia inter pares, filios ac filias lata cæteris non nocet *Bald. in l. 2. c. quib. res jud. non nocet.*

Nisi tamen mortuo patre tota familia agnatorum & cognatorum con- ¹²⁵ tradiceret, & instanter urgeret, ne aliquis hujus defuncti patris filius pronuntiaretur, tunc enim sententia filiationis obtenta etiam patre legitimo contradictore non interveniente jus contra omnes faceret; ratio, quia tota agnatio simul collecta vicem justici contradictoris subit, cum jam omnium, qui de familia sunt, principaliter intersit efficere, ne iste præterdendus filius pronuntiaretur, & fortè e mentis testimoniis in suam familiam cum præjudiciosa jurium ad agnationem pertinentium usurpatione intruderetur, & sic idem est, quasi sententia patre existente lata fuisset, cum tota familia non minori fervore & diligentia causam hanc tractasse credatur, quàm si ipse pater intervenisset *Zaf. cit. l. sæpe. 63. n. 62.* præsumitur enim familia habere notitiam, an nimirum præterdendus iste sit defuncti patris filius & de sua familia sicut aliàs consanguinei ad probandam genealogiam & consanguinitatem, tanquam optimè informati possunt adhiberi testes. *c. 2. 7. X. de sponsal. c. 22. X. de testib. c. 3. in fin. X. qui mat. accus. pos.*

Secundo, quod in criminibus sententia lata pro reo faciat jus in per- ¹²⁶ petuum contra omnes, ita ut absolutus à nemine amplius possit de tali crimine accusari *l. si cui. 7. §. iisdem. 2. ff. de accus.* ubi J. C. ait: iisdem criminibus, quibus quis liberatus est, non debet præses pati eundem accusari. *c. 6. X. de accus.* ubi Rom. Pontifex ait: de iisdem criminibus, de quibus absolutus est accusatus, non potest accusatio replicari, aut delatio jux-

- ta *l. 9. c. de accusat.* fieri, nam iniquum est super crimine alicujus scœpius inquiri & hominem scœpe fatigari *l. licet. in fine. ff. naut. caup. stab.* & ulterior ratio est, quia sententia contra legitimum contradictorem obtenta jus facit contra omnes alios, in criminalibus autem quilibet de populo est legitimus accusator & contradictor, ergo in accusatione criminaliter intentata sententia absolutoria definitiva nimirum ab imputato crimine in
- 127 totum non per collusionem aut prævaricationem obtenta excludit omnes alios ab iterata criminis inductione, putarem tamen alium, qui dolorem aut injuriam suam suorúmque prosequi vellet, denuo ad criminofum accusandum admittendum esse, si nimirum processum prius contra reum institutum fuisse ignoraverit *cit. l. 7. §. 2.* ubi ita legitur: & putem, quoniam res inter alios judicata aliis non præjudicant, si is, qui nunc accusator existit, suum dolorem prosequatur, doceátque se ignorasse accusationem ab alio institutam, magna ex causa admitti ad accusationem debere; ratio, quia circumstantiis bene perpensis apparet hunc, qui suam suorúmque injuriam prosequi cogitat, justiore cæteris omnibus accusatorem & contradictorem esse, sicut in simili permittitur marito prius accusare impedito uxorem adulterii denuo accusare, quia adulteriô commissô maritus proximè læditur *l. 4. §. ult. ff. ad leg. Jul. de adult.*
- 128 In omnibus autem casibus, quibus res judicata aliis nocere potest, subintellectum hoc volo, ut non noceat illis, qui æquè principale jus ac ille, cum quo jam actum est, habent; quia juxta regulam natura parium est, ne alteri per alterum adferatur incommodum, nisi tamen iste tertius æquè principale jus habens ad controversiam cum uno habitam citatus fuisset, nam citatus tertius vel comparuit, vel non comparuit, neque contra citationem & causam ab alio motam legitimè protestatus est, si itaque comparuit, tunc dicitur intervenisse, unde ei tanquam intervenienti & causam simul agenti sententia nocet; si non comparuit, nè contumax aut judicialis præcepti contemptor dici possit, nè etiam lites in æternum protendantur, censetur in causam consentire, & quantum se concernit, actori confidere, & quasi etiam suo nomine agendi potestatem facere; proinde consultum est in tali negotio citari tertium, daß alle mit Interessirte solten erfordert und darüber vernommen werden. Videatur *Zaf. ad cit. l. sæpe. 63. n. 84. & seqq.*
- 129 Ordo faciendæ executionis est iste, ut, si pecunia parata pro exsolvendo debito non adsit, ante omnia videatur juxta *l. á divo Pio. 15. ff. de re jud.* an victori sit constituta in rebus condemnati hypotheca, hanc enim actor propter jus in re sibi competens præ aliis excutere potest *l. 8. ff. de distract. pig.* daß der Creditor die Einschätzung des Pfand begehren kan / ita ut facta æstimatione addictio pignoris ipsi actori fieri possit, eo, quo pluris, quàm debetur, pignus æstimatum fuerit, computato debito,
- 130 uluris consuetis & expensis, condemnato reddatur, quo minoris verò pignus valet, & actori adhuc deest, eidem ex aliis condemnati bonis resarciatur *l. si ex majore. c. de except. l. fin. in fin. c. de jur. dom. impet.* secus autem est, si pignora citra æstimationem certæ quantitatis in solutum accipit,

pit, nam residui nomine non audiretur, cum videatur totius debiti causa accepisse. Wann ein Uebermaß vermög Schäß-Relation vorhanden/ muß diese der Creditor zu Gerichts-Handen erlegen oder dem Debitori hinauß geben/ findet sich aber kein Uebermaß/ also daß des Creditoris richtige Forderung höher ist/ als die Schätzung/ muß der Creditor den Abgang bey andern des Schuldners Haab und Gütern vermittelst ordentlicher Execution suchen/ jedoch kan der durch die Schätzung beschwarte Theil die Uberschätzung begehren. *Sutting. observ. 148.* similiter si actione reali aut personali, quia actiones etiam personales ad rem certam competentes non raro censentur instar rerum, ad quas dantur, reus certæ rei nomine conventus & condemnatus fuerit, eaque extet, executio sententiæ directè circa illam rem facienda est, quod pertinet *l. qui restituere 68. ff. de rei vind.* ubi res manu militari, id est, per ministros judiciales, si mobilis sit, ipsi condemnato restituere nolenti auferenda esse dicitur, ejusque possessio in actorem transfertur, aut si fortè jam ante sequestrata fuerit, decreto prævio extraditur victori *arg. l. si fidejussor. 7. §. si satisdatum. ff. qui satisd. cog.* si autem res immobilis vel actione reali vel personali v. g. traditio fundi empti petatur, inmissio procedit ex causa judiciali, id est possessio transfertur in actorem, jure Bohemico etiam contra refractarios manu militari executio fit, ita ut evocatus non parens etiam infamiam incurrat.

Cæterum si res restitui nequeat, vel debitor ad debitum solvendum ¹³¹ conventus etiam simpliciter ad faciendam solutionem condemnatus fuerit, in condemnati bonis executio sequenti ordine inspecto jure communi *l. à divo Pio. 15. ff. de re jud.* procedit, ut nimirum primò in mobilibus sive se moventibus executio fiat, quæ secundum *legem debitoribus. 31. ff. de re jud.* per duos menses, vel juxta receptum in quovis tribunali aliud tempus in judicio asservata detinentur, & nisi reluantur, venduntur, aut emptore non existente victori in solutum extraduntur *Donel. lib. 27. c. 3. lit. Ad.* dixi juxta receptum in quovis tribunali aliud tempus sicut mos civitatis Viennensis vermög Edict. Summarisch Recht. §. 14. hoc nos docet, daß / nach dem des Beklagten Mobilia gesperrt und geschätzt worden seynd / der Kläger nach erhobner Schätzung gleich auff die Einantwortung dringen kan / da dann dem Beklagten die Auflöfung inner 8. Tagen / folgendts inner 3. Tagen auferlegt / darauff aber die Einantwortung absolute, und die Parirung bey Bedrohung und schließlich mit Zuziehung der Rumor-Wacht und Schlosser verwilliget wird; quis autem in Austria in actionibus realibus apud excelsum Regimen & inclytum Provinciæ Marschallatum in executivis procedendi modus usitatus sit, quod scilicet per literas præceptorias durch den Gebotts-Brieff deinde per subsequens decretum monitorium Wahrungs-Rathschlag / restitutio & statim traditio rei petatur, videri potest *Sutting. obs. 12.*

Inter ipsa autem mobilia iterum Judex moderamine uti & æquitate ¹³² adhibere debet, ut à levioribus, quæ tamen utiles & alicujus pretii esse debent, ut facile emptorem invenire possint, initium faciat & illa non capiat, quæ ab executione immunia sunt v. g. sicut instrumenta rustica

ad agriculturam necessaria, servos & boves aratorios executores capere non posse decisum est in *l. executores. § autb. agricultores. c. quæ res. pig. & nonnulli DD.* etiam vestes, lectos & suppellectilem usui quotidiano necessariam exceptam esse volunt, ed, quod hæc & similia nemo facile etiam specialiter oppignorare soleat *l. 6. ff. de pignorib.* hæc tamen consuetudine provinciæ forensi usu non servantur *Schwarzentb. proces. Jud. lib. 3. de execut. c. 4. n. 13.* immo nec usu civitatis Viennensis horum ratio habetur, quoniam in creditoris arbitrio est electio in has vel illas res mobiles regressui suo aptiores executionem faciendi, daß der Kläger auff das jenige/so in die Sperz zu nehmen ist/zeigen kan/ jedoch/ daß möglichst des Beklagten Ehr und Credit verschonet werden solte *Edict. §. 5.* hinc circa prius faciendam in mobilibus executionem ordo similiter usu Austriaci fori arctè non servatur, nam in superioribus & inferioribus instantiis actor citra discrimen in mobilibus vel immobilibus executionem pro libitu facere potest *Schwarzentb. proces. Jud. l. 3. de executione. c. 6. n. 4.* ubi quamdiu debitor habet bona meliora, tamdiu alia acceptare non tenetur, & non levis est hujus praxeos ratio in eo consistens, quod cum per viam executionis creditor invitus aliud pro alio acceptare debeat, consolationi ejus electio relinquenda sit ita, ut meliora in executionem capere, deteriora debitori permittere possit *Köppen decis. 55. n. 16.*

133 Mobilia si non existant, vel existant quidem, sed sunt talia, quæ non facile reperiunt emptorem, ad immobilia proceditur sæpe *cit. l. à Divo Pio. 15.* ex quibus actori solutio commodè fieri potest, non tamen ita, ut pro exiguo debito bona majoris pretii distrahantur *l. ordo. 3. c. de execut. rei jud. l. 2. c. de fid. instrum. § jur. bast. fis. l. fin. cod. de jur. dom. impet.* ubi res in executionem captæ publica subhastatione & licitatione, bona fide distrahendæ sunt, quæ publica rerum venditio & licitatio nec debitori nec creditori seu actori obest, quia cum res plurimum offerenti licitatori addicatur, non potest debitor conqueri, rem vili pretio venditam esse, creditor verò, cum paratam pecuniam accipiat, etiam contentus esse debet.

134 Hæc tamen subhastatio nonnunquam debitori incommoda & parùm honorifica necessaria non est, si victor res executione affectas in solum pretio convento accipere, vel tamdiu rebus uti & fructus jure immiffionis percipere vult, donec debitum fuerit solum, sicut etiam si allodialia & libera bona non adsunt, vel executioni non sufficiunt, subsidialiter in fructibus bonorum feudalium sine præjudicio jurium domino directo aut agnatis competentium executioni locus datur, & tamdiu durat, quamdiu jus vasalli permanet, id est creditor feudum, donec vasallus superstes fuerit, & non ultra retinet, nam resoluta jure dantis resolvitur etiam jus accipientis *arg. leg. peto. 69. §. prædium. ff. de legat. 2.* vasallo nihilominus obstricto manente ad fidelitatem feudi, & ministeria domino directo præstanda.

125 Si nec mobilia, nec immobilia sunt, aut saltem judicatio non sufficiunt, jura, actiones, nomina debitorum, redditus in causam judicati capiuntur, & sic etiam debitoris liquida debita habentis debitores excutiuntur

tur *cit. l. à Divo Pio. 15. §. 9.* & quidem si debitores affirmant se condemnato esse obstrictos, Judex ea nomina creditori, pro quo lata est sententia assignat; si verò inficientur, nec alio modo probatio fieri possit, executio fieri contra eos nequit *Accurs. in cit. l. à Divo Pio. in fine.* & alii in *l. 2. c. quando fisc. vel privat.* Bonis, quibuscunque juribus item & actionibus¹³⁶ deficientibus ad condemnati personalem apprehensionem procedendum est, & condemnatus in carcerem trahitur *l. 1. c. qui bon. ced. pos.* Gleichwie auch bey allhiesigen Gerichtern die Rahmhafftmachung der Güter den personal Arrest pflegt getriben zu werden. *Sutting. obs. 115.* prædictus executionis ordo citra necessitatem & probabilem rationem inverti non potest, & inversus ipso jure nullus est. Dixi *citra necessitatem & probabilem rationem*, nam licet ex solennibus nihil facile mutandum, sed mos ac ordo¹³⁷ judiciorum strenuè observandus sit, tamen ubi evidens æquitas poscit, subveniendum est *l. 183. ff. de reg. jur.* ordo enim judiciorum æquitati evidenti cedit, hinc etiam prudentis & æqui Judicis officium exigat, ut præfatus executionis rigor quandoque, præsertim si creditores suos debitores hostili calamitate aut alio infortunio depauperatos extremo executionis gradu adoriuntur, attemperetur, & judicialis authoritatis interpositione¹³⁸ solvendi dilatio constituatur, vel ad suscipiendas particulares intra præfixos terminos solutiones persuadeantur creditores, paupertati enim succurrendum non succensendum est *l. si procuratorem. 8. §. quod & ad actionem. ff. mandat.* idem à fortiori procedit, si data dilatione creditori solutio facile præstari, debitori autem sua fides & commercii vigor conservari potest, iniquum enim foret, ut debitor executione ita prematur, & in irreparabilem jacturam conjiciatur, daß ein Handelsmann oder anderer Be-
flagter auff einmahl nicht solte übern Hauffen geworffen / und umb Credit und Ehr gebracht werden. Pluribus adhuc æquissimum Judicis officium exponi posset, verum ne fines intentionis meæ transcendam, capiti huic coronidem impono & subjungo.

CAPUT II.

De variis Jurisdictionum speciebus.

SUMMARIUM.

1. *Continuatio & materiæ connexio.*
2. *Materia jurisdictionis propter mutatam Reipublicæ formam non est secundum jus commune tractanda.*
3. *Adfertur jurisdictionis definitio.*
4. *Exponuntur verba definitionis.*
5. *Arbitri non habent jurisdictionem.*
6. *Res & personæ in uno & eodem territorio addiversos Judices pertinere possunt.*

7. *Quod probatur exemplo civitatis Viennensis.*
8. *Adducuntur exemplo à Consilio Aulico Bellico & Hungarico.*
9. *Quid sit territorium.*
10. *Jurisdictio potest esse sine territorio.*
11. *Territoria finibus distingui solent.*
12. *Ratio bujus distinctionis assignatur.*
13. *Quis sit Judex homicidii in confinio duorum territoriorum commissi?*
14. *Attribuitur cognitio & punitio illi, in cujus territorio homicidium est consummatum.*
15. *Nullis consummationis conjecturis existentibus locum habet preventio.*
16. *Resolvitur contraria opinio.*
17. *Ad quem pertineat cognitio criminis in via publica commissi?*
18. *Deciditur quaestio pro illo, qui in illo territorio, per quod via publica transit, jurisdictionem habet.*
19. *Adducitur bujus decisionis fundamentum.*
20. *Similiter adstruitur aliud fundamentum.*
21. *Solvuntur contraria argumenta.*
22. *Dividitur Jurisdictio in Ecclesiasticam secularem.*
23. *Ecclesiastici jurisdictionem aliquando etiam secularem & jus gladii habent.*
24. *Exponuntur personae & causae Ecclesiasticae & crimina mixti fori.*
25. *Possitne Judex secularis cognoscere causam spiritualem, quoad ea quae facti sunt.*
26. *Exponitur Judicium petitorium & possessorium causae Ecclesiasticae.*
27. *Causam possessoriam potest etiam tractare Judex secularis.*
28. *Opponitur objectio.*
29. *Respondetur & satisfit objectioni.*
30. *Urgentur argumenta objecta.*
31. *Solvuntur primò.*
32. *Solvuntur secundò.*
33. *Respondetur illis etiam tertio.*
34. *Ad quem appellandum sit à principe Ecclesiastico in causa ad ejus temporalem jurisdictionem pertinente?*
35. *Ratio appellandi ad superiorem Ecclesiasticum assignatur.*
36. *Appellatio tamen facienda est ad superiorem secularem.*
37. *A Civili Judice subiecto Ecclesiastico superiori appellatur ad Ecclesiasticum superiorem.*
38. *Respondetur argumento contrario.*
39. *Responsio declaratur exemplò.*
40. *Jurisdictio alia est voluntaria, alia contentiosa.*
41. *Alia est Jurisdictio ordinaria, delegata & prorogata.*
42. *Jurisdictio variis modis delegatur.*
43. *Diligenter inspicienda est forma commissionis.*
44. *Qui habent jurisdictionem propriam, possunt eam aliis delegare.*
45. *Jurisdictio delegata est exercenda in territorio delegantis.*
46. *Delegati Judices debent exhibere mandatum delegationis.*

47. *Declaratio dubii mandati petenda est à delegante.*
48. *Bobemi gaudent jure de non evocando.*
49. *Eodem jure etiam gaudent aliquæ civitates Imperii.*
50. *An principis supremi Commissarius alium subdelegare possit?*
51. *Deciditur quæstio affirmativè.*
52. *Fallit decisio, si personæ industria est electa.*
53. *Procedit tamen hoc casu subdelegatio consentientibus partibus.*
54. *Unde cognoscatur electa esse personæ industria?*
55. *Non subdelegantur facta v. g. prædicatio & similia.*
56. *Opponitur c. ult. x. de off. ord. & simul resolvitur.*
57. *Non est statuenda quo ad banc subdelegationem differentia inter jus civile & canonicum.*
58. *Agitur de prorogata jurisdictione.*
59. *Prorogatio fit de persona ad personam, de causa ad causam, de loco ad locum.*
60. *Quando propriè fiat prorogatio de loco ad locum.*
61. *Tribunalia tempore pestis aut belli aliò transferri possunt.*
62. *Prorogatio de tempore ad tempus quid sit?*
63. *Quomodo per tacitum consensum jurisdictio prorogetur?*
64. *Prorogatio re integra revocari potest etiam ab uno solo.*
65. *Quomodo res desinat esse integra?*
66. *An per petitionem libelli consentiatur in Judicem incompetentem.*
67. *Proponitur objectio.*
68. *An adhuc hodie subsistat prorogatio privata auctoritate facta.*
69. *Contrabentes sæpe in Contractibus suo foro renunciant.*
70. *Solvitur objectio.*
71. *Enumerantur casus, in quibus prorogatio non habet locum.*
72. *Causæ, de quibus in judicio tractatur, vel sunt civiles vel criminales.*
73. *Quid sit Jurisdictio civilis?*
74. *Adferuntur variæ definitiones mixti imperii.*
75. *Mixtum imperium est quidem jurisdictioni conjunctum, ab ea tamen differt.*
76. *Adfertur vera mixti imperii definitio.*
77. *Recensentur varii modi coercendi.*
78. *Exponitur mixti imperii etymon.*
79. *Adferuntur mixti imperii exempla.*
80. *Rejicitur opinio mixtum imperium in gradus distinguens.*
81. *Imperii mixti gradus à qualitate & varietate Judicum desumuntur majorum scilicet & minorum.*
82. *Mixtum imperium quo ad jurisdictionem tuendam necessariam majoribus & minoribus Judicibus competit.*
83. *Quò spectet potestas dandi Judicem?*
84. *Judicum datorum ad huc hodie imago aliqua est, licèt Judices pedanei sublatis sint.*
85. *An imperium mixtum aliis mandari possit?*

86. *Etiā majorum Magistratum mixtum imperium mandari potest.*
 87. *Resolvuntur argumenta contrariæ sententiæ.*
 88. *Quid sit merum imperium?*
 89. *Unde dicatur merum imperium?*
 90. *Resolvitur objectio, quâ obtenditur in mero imperio nullam esse jurisdictionem.*
 91. *Multis competit jurisdictionis criminalis, sed absque executione.*
 92. *Quibusdam compedit jus persequendi & capiendi maleficos, non verò sententiæ ferendæ.*
 93. *Adfertur opinio merum imperium in gradus distinguens.*
 94. *Agitur de præparatoriis Judicii criminalis.*
 95. *Agitur de judicatione criminum.*
 96. *Agitur de coërcitione facinorosorum, & quidem capitali.*
 97. *Tractatur de coërcitione non capitali.*
 98. *Pœna capitalis in dubio accipiendâ non est de ultimo supplicio.*
 99. *Secus, si aliunde de mente legislatoris patet.*
 100. *Quid importetur per pœnam sanguinis simpliciter positam?*
 101. *Merum imperium alteri mandari non potest.*
 102. *Experientia bodierna est contraria.*
 103. *Habenti merum imperium carceres, furcarum & patibuli erectio in territorio est permissa.*
 104. *An malefactorem ligatum per alienum territorium ducere liceat?*
 105. *In alieno territorio executio sententiæ fieri non potest ab eo, qui non habet proprium supplicii locum.*
 106. *Non licet absque superioritatis territorialis consensu erigere patibulum in loco, in quo nunquam fuit.*
 107. *An maleficus executionis faciendæ causâ extra provinciam duci possit?*
 108. *Agitur de jurisdictione forestali.*
 109. *Exponuntur differentiæ inter jus foresti, bannum ferinum & jurisdictionem forestalem.*
 110. *Ad quem in dubio pertineat jus glandis sylvestris legendæ?*
 111. *Contra feripetas criminaliter procedi potest.*
 112. *An principes teneantur Resarcire damna venando, aut à feris illata subditis?*
 113. *Agitur de jurisdictione personali & patrimoniali.*
 114. *De universali, particulari, feudali, allodiali & accademica.*
 115. *Veteris jurisdictionis species moderno tempore non conveniunt.*

Judicum divisionem ac species optimè exhibet jurisdictionis expositio ac divisio, adverte enim Judices non ineptè à jurisdictione, cui administrandæ præfunt, derivari, cæterum cum incidentes hodie jurisdictionum controversiæ ex jure Romano componi vix possint, immò hoc attentans oleum & operam perdidisse dicatur
 2 *And. Knichen. epist. dedic. de jure territ. cum moribus hodiernis forma antiquæ*

tiquæ ac Romanæ jurisdictionis planè non conveniat, quoniam nimia jurisdictionum multitudo, & concurrentes etiam quandoque uno in pago plurimæ diversæ jurisdictiones, da nembligh in einen Dorff ein anderer das Land:Gericht/ ein anderer die Dorff:Obriegkeit/ ein anderer die Grund:Obriegkeit hat/ longè aliam induxerunt faciem, ideo eas tantummodo jurisdictionis divisiones adferre conabor, quæ hodiernis temporibus conveniunt, non tamen intermittam ea inferere, quæ ex jure Romano provenientia adhuc usu exerceri comperero.

In definienda jurisdictione mirum in modum Doctores variant, mi-3 hi hæc definitio placet: Jurisdictio est potestas jure publico introducta cum necessitate juris dicendi & æquitatis statueudæ *Glos. in l. 1. in verbo potest. ff. de jurisdict.* seu ut apertius loquar, Jurisdictio est potestas jus constitutum decernendi & exequendi in illis negotiis, ad quæ pertinet, competens ei, qui aliis publicè præest, in res personas eorundem *Bocer. de jurisdict. c. 1. n. 1.* ratio dictorum est, quia ille dicitur habere jurisdictionem & exequi, qui jus à legislatore jam antea conditum in negotiis reddit, & publica autoritate in quacunque causa tam criminali quàm civili cognoscendo & decernendo jus atque justitiam administrat, per eos enim, qui juri dicendo præsumunt, effectus rei accipitur, quantum est enim jus in civitatibus esse, nisi sint, qui jura regere, seu ea à legislatore jam antea condita reddere possint? *l. 2. §. post originem. 13. ff. de orig. jur.* dixi in definitio 4 ne, ad quæ pertinet, nam in causa seu negotio jus est positum, & pro qualitate ac ratione causæ seu facti aliud atque aliud jus est reddendum *l. si ex plagis. 52. §. in clivo. 2. ff. ad leg. aq. l. ut responsum. 15. c. de transact.* Dixi competens ei, qui aliis publicè præest, quibus verbis significatur quidem magistratus ordinarius, quia hic aliis scilicet subditis suis præest, illis jus reddit, & exequitur jurisdictionem *cit. l. 2. §. post originem. 13.* non tamen penitus excluduntur illi, qui quidem proprii & ordinarii magistratus non sunt, aliis tamen præsumunt & extra ordinem jus dicunt, uti de jure comuni sunt perfectus vigilum, & præfectus annonæ, sic enim in *l. 3. §. cognoscit præfectus vigilum. ff. de off. præf. vig.* præfectus vigilum cognoscit de incendiariis, raptoribus, effractoribus, furibus, nisi persona tam atrox & famola sit, quæ præfecto urbis remittatur, sic etiam in iis, quæ ad utilitatem annonæ pertinent, præfectus annonæ cognoscit, & jus decernit *l. ult. ff. ad leg. Jul. de annon.*

Per hæc verba excluduntur arbitri compromissarii, qui privato li-5 tigantium placito ad decidendam controversiam assumpti publicè aliis non præsumunt, nec jurisdictionem habent, quia privati jurisdictionem incompetentis Judicis quidem prorogare, non habenti autem jurisdictionem tribuere non possunt. Sub dictis autem verbis benè comprehenduntur illi, quibus provincia aliqua, Ducatus, Marchionatus, Comitatus, Baronia, aut civitas gubernanda conceditur, quibus hoc ipso, quodd gubernationi publicè præpositi sint, jurisdictionis competit *l. 4. §. ult. l. si in aliam 7. §. ult. & l. seq. ff. de ff. procons. l. civitas. 6. §. qui universas. ff. præsid.* quia sine jurisdictione provincia aliqua aut civitas gubernari non potest *Bocer*

cer. de jurisd. c. 9. n. 5. dixi in definitione, *in res & personas eorundem*, nam subjectum, circa quod jurisdictio versatur & exercetur, est quævis persona & res intra territorium jus dicentis existens, ita tamen ut ultra territorium suum magistratus jus dicere, aut jurisdictionem extendere non possit *l. ult. ff. de jurisd.* accidit tamen, quod res & personæ in aliquo territorio constitutæ pro varietate qualitatum vel ad hujus vel alterius Jurisdictionem pertineant, sicut in uno & eodem territorio causæ Ecclesiasticæ Magistratui Ecclesiastico, negotia autem temporalia Magistratui sæculari competunt, sic etiam cognitio causarum feudalium non ad ordinarium territorii, sed Judicem feudalem pertinet, sic etiam in eodem territorio alia potest esse jurisdictio Judicis primæ instantiæ, & alia appellationis.

7 Res ista, quod nimirum in uno territorio pro qualitatum varietate varii dentur Judices, evidenter comprobatur, in qua non tantum varia Austriacorum Judicum tribunalia inferiora & superiora, militaria & urbana, Ecclesiastica, civilia & criminalia v. g. *Die Hochlöbliche N. De. Regierung / der Obrist: Hoff: Marschall / der Hoff: Kriegs: Rath / Regiments: Schuldt: eiß / daß Land: Marschall: Gericht / der Statt: Rath / und Statt: Gericht / die geistliche Universitäts: Consistoria, unterschiedliche Grund: Bücher und Richter* reperiuntur, inter quæ nonnulla tam quo ad res, quam personas jurisdictionis differentia intercedit, sed etiam ex aliis hæreditariis regnis & provinciis, immo etiam ex imperio instituta & in residentia Romani Imperatoris & Augustissimi Regis ac Principis sui pro faciliori causarum expeditione ac maturatione existentia consilia ac cancellariæ inclytæ cernuntur v. g. *Der Reichs: Hoff: Rath / die hungarische / böheimische Hoff: Canzeleryen* / ut mirum non sit, si in tanta Judicum multitudine Jurisdictionum contentiones plurimæ occurrant, & ob varios personarum & rerum respectus ambigatur, utri Judici potius hæc aut illa

8 persona subsit, quamvis jam aliquorum tribunalium hæctenus habita Jurisdictionum dissidia composita esse constet, sic enim Excelsum Aulicobellicum consilium suorum agentium instantia non est, & hoc ipsum decretationibus libellorum, quibus bellicus agens ibidem convenitur, contestari solet v. g. *widerumb hinauszugeben / und zumahlen diese Klag weder die agentiam, noch sonstem rem militarem betrifft / also wirdet der Supplicant seine Nothdurfft bey dem Obrist: Hoff: Marschall: Ambt anzubringen wissen*; sic etiam Hungari in suæ inclytæ Cancellariæ officiis constituti non coram altè fata Hungarico- Aulica Cancellaria, sed coram Aulæ Marschallatu conveniuntur, quid autem circa obsignationem rerum à defunctis relictarum, testamentorum productionem & publicationem, tutorum & curatorum ordinationem imposterum observandum sit, resolutæ per articulum 20. anno 1715. & celebrandæ commissionis eventus plenè docebit.

9 Cùm verò Jurisdictio in territorio, non extra illud exerceatur, sciendum est, territorium in *l. pupillus. 239. §. territorium. ff. de V. S.* ita definiri: territorium est universitas agrorum intra fines cujusque civitatis, quod

ab

ab eo dictum quidam ajunt, quodd Magistratus ejus loci intra eos fines jus terrendi, id est, summovendi jus habeat, ut proinde territorium sic certus districtus, diœcesis & provincia, cui Magistratus præest, & intra fines ac limites illius existentibus personis jus dicit, sic territorium Magistratûs civici est civitas & districtus extra civitatem, ad eam tamen pertinens *der Stadt Burgfried* / territorium Præsidis provinciæ vel provinciæ Mareschallatûs est ipsa provincia, quatenus nimirum contra nobiles in ea possessionatos in immobilibus, vel decem millia florenorum in domo provinciali collocata habentes lis est; item territorium Aulæ Mareschalli est ipsa aula, vocatur enim Mareschallatus *das Kayserl. Hof-Gericht* / extenditur tamen illius jurisdictio ad omnes Aulæ servientes etiam extra Aulam habitantes; territorium Episcopi est sua diœcesis, potest tamen jurisdictio sine certo territorio esse, qualem jurisdictionem habent rectores Academiarum in personas studiosorum *Bocer. de jurisd. cap. 9. n. 2.* quibus non est præfixus certus locus, intra quem vel usque ad quem studiosis jus reddere valeant, sed generaliter est jurisdictio circa studiosos in territorio, in quo Academia est, existentes ibidem studio operam dantes; territorium verò non solum in terris, sed etiam in aquis esse docet *Knichen de jure territorii. c. 1. n. 27.* hinc sicut delicta in terris commissa impunita non sunt, ita & jus dicentis officium est, ne delinquentes in aqua suis terris cohærenti impuniti maneat.

Solent autem territoria certis finibus claudi & eorum latitudo mensurâ aliquâ determinari, ut sic territorium à confini territorio discriminetur & dividatur, sic ponuntur lapides insigniti *die Marckstein* / arbores signatæ, vel etiam aliquando pro signis territoria dividendis habentur flumina, fossæ, aggeres, montes, valles, & viæ, olim verò in tesseram jurisdictionis posita erat crux lignea, cui imposita manus & gladius. *Knichen. d. loc. c. 3. n. 10.* quorum territorialium finium adhuc hodie magna est cura ex eo relucens, quodd in civitatibus & municipiis benè ordinatis certis ac statis annis cum aliquo ritu, & autoritate publica limites territoriorum perlustrentur, ac fines confusi restaurentur, *daß nemlich zu gewissen Zeiten der Burgfried beritten/ und die Aufmarchung oder Marckstein besichtigt werden.* Ratio distinctorum ita territoriorum in eo consistit, ne jurisdictionum confusiones oriantur, & ut quilibet terminis suis contentus esse debeat, nec supra juris sui mensuram augeri affectet, hinc injuria immunis non est, qui in alieno territorio jurisdictionem exercet, inconveniens enim habetur in alienam messem falcem immittere & alienis partibus se se ingerere *Knichen. de jure territor. c. 4. n. 32. & seqq.*

Quæstio nunc consurgit, si homicidium est commissum in duorum territoriorum confinio, ad cujus territorii magistratum cognitio criminis & punitio occisoris pertineat? Existimant aliqui cognitionem illius esse, in cujus territorio caput occisi inventum fuit; ratio, quia caput est principalior hominis pars, ergò cæsus ibi expirasse putatur, ubi caput est, cum homo ultimum vitæ spiritum per os, quod capitis pars est, emittat, *Schneidewin. Inst. de jur. nat. gen. & civ. §. ult.* Alii criminis cognitionem tribuunt

buunt illi, in cujus territorio reperti sunt pedes hominis occisi; ratio, quia verosimile est ibi commissum fuisse homicidium, ubi homo, qui interfectus est, stetit, & quia præsumitur ibi stetisse, ubi pedes ejus jacent. Tertia opinio est, cognitionem pertinere ad eum, in cujus territorio delinquens, cum homicidium committeret, stetit; ratio, quia homicidium æstimandum est ex homicidæ persona, hic enim, non verò interfectus deliquit, ubi autem quis deliquit, ibi etiam puniendus est *tot. tit. c. ubi de criminib. ag. oport.* Et hoc eò magis, quia certum est, hominem ibi delinquere, ubi stat, & gladium suum adversus alterum stringit, quia hoc actu exteriori animus declaratur, & delictum perficitur *Bocer. de jurisd. cap. 9. n. 12. in fin.* Nonnulli eum Judicem cognoscere debere ajunt, in cujus territorio sanguis ex inflicto vulnere promanans apparet, quia in hoc territorio delictum perpetratum esse censetur.

- 14** His opinionibus præmissis ante omnia inspiciendum esse puto, in quonam territorio crimen sit consummatum, adeoque in quo territorio in ordine ad præsentem quæstionem aliquis interfectus fuerit, hujus enim territorii Magistratum cognitionem & vindicationem criminis habere statuo; ratio, quia delictum in eo loco ubi perficitur, suam formam accipit & incipit esse delictum, & hinc locus delicti seu lethalis vulnerationis, non locus, in quo mors secuta est, attendi, & ibidem delinquens forum sortiri debet *l. 1. c. ubi de crim. agi. op.*
- 15** Cæterum si ex nullis conjecturis erui possit, in quo territorio delictum sit inchoatum aut perfectum, & cadaver occisi utrumque territorium attingat, concludo notionem criminis utriusque territorii domino competere, illum autem præferendum esse, qui alterum prævenit; ratio, quia hæc sententia in tali dubio casu est faulrix litium finiendarum, & nullius territorii dominum lædit, nam si uni potius quàm alteri cognitio attribuitur, illico contentionibus inter duorum territoriorum dominos locus datur, deinde multa dubitationis tollendæ causâ fiunt, quæ aliàs non fierent *l. qui mutuum. § 6. in pr. ff. mandati*, ergò justissima ratione in tam ambiguo casu in quo nil certi statui potest, utrique territoriorum domino aliquid indulgendum, & præventioni locus dandus, quâ ipsa justitiæ administratio acceleratur, & bono publico à vigilante domino criminis cognitio & punitio citiùs expeditur.
- 16** Adductæ opiniones minimè obstant; non prima, nam licèt caput sit præstantior corporis pars, non tamen probat interfectionem ibi esse commissam, ubi jacet, cum facilè trudi, ac de uno loco in alium volvi possit, præsertim si à reliquo corpore avulsum reperiatur. Nec altera opinio subsistit, quia rarissimè contingit, ita aliquem occidi, ut citra ullum corporis motum protinus corruat, immò lethali vulnere affecti quandoque aliquod itineris spatium procurunt, & se ipsos provolvunt, aliquando etiam quis in fuga trajicitur, & sic in alio loco, quàm ubi delictum fuit commissum, in terram decidit, & pedibus huc aut illuc procumbit. Frequenter etiam corpora ab homicidis in alium locum protrahuntur, aut ipsi morituri cum morte luctantes dolorum acerbitate, aut spe sub-
- fidii

fidii ab uno loco in alium se ipsosvolvunt, unde sufficiens indicium non est crimen ibi perpetratum esse, ubi occisi pedes jacent. Similiter tertia opinio solida non est, quia præterquam quodd delinquens in loco delicti consummati forum sortiatur, constare vix potest in quo loco homicida steterit, quin immò potius in dubio ibi stetisse præsumitur, ubi occisus reperitur, conjectura pro hac opinione allata etiam valde incerta est, siquidem contingere vix potest, ut citra ullam agitationem aut vacillationem vulneratum corpus rectâ viâ procubuerit. Ultimæ opinioni etiam in totum deferri non potest, nam tametsi sanguine in uno territorio tantum apparente non ineptè censeatur ibi interfectionem esse admisissam, tamen adhuc dubii casus esse possunt, quid enim si sanguis in duobus territoriis appareat? aut quid si sanguis nullibi appareat, & percussione facta fons vitæ statim fuerit petitus, & homo prostratus, ita ut verosimile sit, trucidatum non potuisse se de loco in locum movere?

Quæstio alia succedit, ad quem scilicet pertineat cognitio & executio criminis v. g. homicidii in via publica auff einer öffentlichen Landstrassen commissi? Arbitrantur aliqui coërcitionem criminis hujus pertinere ad illum, qui jus Regale in illa via publica habet; ratio, quia incumbit Imperatori, Ducibus aliisque principibus viam publicam habentibus curare, ut viæ malis hominibus purgentur, & ne à prædonibus, plagiariis & à latronibus infestentur, cum etiam viarum publicarum commoda veterigalia scilicet, pedagia & portoria ad eosdem spectent. *Zang. de except. p. 2. c. 1. n. 241.* quam sententiam probabilem esse ait *Carpzov. pract. crim. p. 3. q. 110. n. 42.*

Verior est sententia, jurisdictionem de hoc crimine cognoscendi 18 pertinere ad illum, in cujus territorio illa via publica est, & cui criminalis jurisdictio circumquaque in illo territorio, per quod via publica transit, competit. Primum hujus sententiæ fundamentum est in *l. 3. l. 4. ff. de off. præsid. & in l. congruit. 13. ff. eod. l. 1. in princip. §. initio. 4. §. quies. 12. ff. de off. præf. urb.* in quibus locis præsides provinciarum tenentur provincias, quas regebant, malis hominibus purgare, sacrilegos, latrones, fures & alios sceleratos homines in tota provincia conquirere, & prout quisque deliquerit, in eum animadvertere; similiter præfectus urbi non modò intra urbem, sed & extra eam, quo usque ejus jurisdictio se porrigebat. debebat criminosos coërcere, ita, ut in prædictis textibus via publica non distinguatur à quovis alio territorii loco, ergò.

Secundum fundamentum sumitur ex *l. pupillus 139. §. territorium. ff. 19 de V. S.* ubi Magistratui cujusque loci facultas tribuitur intra fines suos terrendi, sed via publica finibus istis cohæret, & territorii illius, per quod transit, pars est, quod ipsum *l. Attius. 38. in fin. ff. de aq. rer. dom.* ostendit, dum ibidem dicitur, quod via publica vicini fundi sit, quemadmodum etiam, si via publica fluminis impetu aut ruina interierit, proximus vicinus de fundo suo viam præstare tenetur *l. si locus. 14. §. ult. ff. quemad. servit. amit.* ergò sicut Magistratus loci imperium habet in prædiis viam publicam attingentibus, ita idem etiam exercere poterit in viis publicis,

cùm non constet, has ullo jure à territorio & ejus finibus separatas esse, sicuti non obstante, quòd mare sit commune aut flumen publicum, nihilominus vicini territorii domino jus est puniendi delinquentes in adjacente mari aut flumine publico deprehensos *Hieron. de monte in tract. de finib. reg. cap. 11. in fin.* ad hæc

20 Tertio conclusionem nostram munit id, quòd Prætoris jurisdictio & cura se ad vias, & alia loca publica extendat *l. 2. §. Prætor ait, 35. ff. ne quid in loc. pub. vel itin. l. 1. ff. de via pub.* nè scilicet in via aut itinere publico aliquid fiat, per quod illius usus impediatur, ut deterior fiat, ergò etiam Magistratui, ad quem jurisdictio criminalis in toto districtu circa viam publicam sito pertinet, deneganda non est cognitio & coercitio criminis in via publica commissi, quia hoc ipso viæ & itineris publici usus & securitas stabilitur. Et hanc sententiam constitutione Electorali Saxonica comprobata refert *Zang. de except. p. 2. c. 1. n. 244.* huic constitutioni similis esse videtur ordinatio Austriaca reperibilis in tractatu de juribus in corporalibus *tit. 3. von der Dorff-Obrigkeit §. 3.* ubi ita: die Rumor- und Rauff-Händl / welche sich auffer des Dach-Tropffens und Haus-Hoffes NB. auff Gassen und Strassen in- oder auffer des Dorffs zutragen / und nicht NB. Landsgerichts- mässig seynd / hat die Dorff-Obrigkeit abzuhandlen und zu bestraffen / auch im Fall die Sachen Landgerichts- mässig wären / und der Dorff-Herr nicht zugleich das Land-Gericht hätte / die Thäter der neuen Landgericht-Ordnung gemäß dahin zu lißern / ex quibus verbis auff Gassen und Strassen sufficienter colligitur, quòd dominus territorii habens merum imperium in criminibus in platea aut via publica commissis cognoscat.

21 Rationi pro altera sententia adductæ respondetur ita: quòd jurisdictio cum regalibus nihil commune habeat, sed penitus differat, jurisdictio enim est potestas reddendi sive decernendi jus lege aliqua, plebiscito, Senatusconsulto, Principis vel Magistratûs Edicto vel moribus constitutum, ab hac autem potestate Regalia plurimum differre, definitio Regalium ostendit, quia hæc sunt jura Principi cujuscunque gentis superiorem non recognoscenti in signum supremæ eminentiæ & communem Reipub. utilitatem competentia *Bocer. de Regalib. cap. 2. de generalib. Regal. n. 145.* consentaneum igitur etiam dictis esse reor, cùm quis in via publica occisus est, quæ inter duorum diversorum territoriorum dominos existit, nec constare possit, in qua viæ publicæ uni alterive territorio viciniore parte cædes commissæ sit, cognitionem ad utrumque Magistratum spectare, præventionem tamen non exclusam esse.

22 His præmissis prima jurisditionis divisio est in Ecclesiasticam & sæcularem. Ecclesiastica est, quæ Magistratui Ecclesiastico in causis Ecclesiasticis, ac contra personas Ecclesiasticas in quibusvis negotiis competit, quam Episcopi, Archiepiscopi, alique superiores Ecclesiastici nonnunquam per suos vicarios & constitutorum consistoriorum ope in causis controversis v. g. in litibus circa beneficia, matrimonia & actionibus contra clericos intentatis exercent. Sæcularis jurisdictio est, quam habet Magistratus sæcularis in causis & actionibus profanis ac temporalibus,

die

die Weltliche Obrigkeit/oder das Weltliche Gericht/ & quamvis has distinctas jurisdictiones esse oporteat, & confundendæ non sint, tamen non raro 23
 usuvenit, quod in personas Ecclesiasticas etiam sæcularis jurisdictio imò
 & gladii potestas alio atque alio respectu, utpote quia etiam temporalibus
 titulis, dignitatibus ac territoriis gaudent, coincidat, de quibus etiam
Hiltropf. in proces. judic. p. 1. de for. compet. tit. 2. n. 88. ita scribit: Prælati
 Ecclesiastici imediatè Imperio subjecti ratione bonorum feudalium, Re-
 galium & privilegiorum, quæ à Romano Imperatore & Imperio habent,
 forum Cæsaris sortiuntur, & ideo præceptis Cæsaris & Imperii parere, in
 auxilium & consilium vocati comparere debent.

Sunt autem personæ Ecclesiasticæ, quæ Ecclesiasticam jurisdictio-24
 nem & contra Ecclesiasticas personas tractant, universim omnes cle-
 rici, lector, ostiarius, exorcista, acolytus, subdiaconus, diaconus, pres-
 byter, archipresbyter, archidiaconus, decanus, præpositus, Abbas, Epi-
 scopus, Archiepiscopus, Patriarcha, Papa, & quia coram Judice Ecclesia-
 stico de causis Ecclesiasticis disceptatur, ideo causæ Ecclesiasticæ sunt,
 causæ beneficiale, matrimoniales, deflorationis, jurispatronatûs, Eccle-
 siarum & cultûs Divini ritè peragendi, ordinationum, electionum, pia-
 rum confœderationum, & quia Ecclesiasticæ jurisdictionis etiam est in
 quibusdam Ecclesiasticis criminibus, qualia sunt, simonia, hæresis, usura,
 cognoscere, ideo sciendum etiam, quædam esse mixti fori crimina, id est
 quorum cognitio & punitio diversis Judicibus competit, v. g. sacrilegium,
 in his criminibus ad utrumque tam Ecclesiasticum, quàm sæcularem Ju-
 dicem pro arbitrio accusatoris cognitio pertinet, *l. si quis in hoc genus. 10. c. de
 Episc. & Cler. c. fin. §. per hoc quoque de penis. in 6.* præventioni tamen locus
 est, ita, ut alter Judex præventus criminis cognitioni se amplius immittere
 nequeat, ac etiam accusatus licet forum mutet, nihilominus in priori fo-
 ro, & cæpta criminis cognitione persistere teneatur, ubi enim lis cœpta,
 ibi etiam finienda est, nè aliàs contentia causæ dividatur *Ludov. Engl.
 in colleg. jur. can. de for. compet. n. 51.*

Quæritur possitne Judex sæcularis cognoscere de causa spiritali ac 25
 Ecclesiastica & judicare saltem quo ad ea, quæ facti sunt v. g. in causa
 possessionis? qua in quæstione antequam genuina species proponatur,
 præsciendum est causam petitoriam v. g. decimarum tunc agi, quando 26
 actor solutionem & præstationem decimarum petit, & reus conventus
 obligationem negat dicendo v. g. quod à præstatione privilegiatus sit,
 vel quod decimas teneatur alteri solvere, quàm ipsi actori petenti, vel
 quod minorem, quàm decimam partem debeat, quæ & aliæ similes quæ-
 stiones respiciunt judicium proprietatis, in quo cognoscendum est de ju-
 re decimarum an nimirum decimæ actoris propriæ sint vel non, eidem
 debeantur vel non; causam possessoriam autem tunc agi, dum inquiri-
 tur, uter ex litigantibus hætenus decimas collegerit, cui etiam hætenus
 quietè & sine contradictione decimæ præstitæ fuerint, relicta quæstio-
 ne, ad quem jus decimandi pertinere debeat?

His præmissis dico, si judicio possessorio conveniendus est laicus, 27

qui fortè feudi titulo decimas hæctenus percepisse se ait, hanc causam, non obstante, quòd decimæ res Ecclesiastica sint, agitandam esse coram Judice sæculari ipsius laici scilicet proprio; ratio, quia in causis possessoriiis non agitur de jure sive proprietate ac dominio petentis, sed tantùm de nudo facto possessionis, quæ nihil spiritualitatis involvit, & proinde si reus conventus laicus est, ex solo capite causæ, quod hæc sit spiritualis & Ecclesiastica, cognitio & jurisdictio sæculari Judici adimi non potest, actor enim sequitur forum rei *l. 2. c. de jurisd. l. ubi. c. ubi in rem actio. c. cum sit generale. c. si clericus. X. de for. compet.* pro hac decisione etiam apertus textus conducit in *cap. ult. X. de Judic.* ubi propositam quæstionem possessionis juris eligendi Rectorem Magistratus sæcularis apud se tractatam cognovit, neque cognitio ista ibidem improbatur, quamvis electionis causa sit Ecclesiastica, ergò ex his colligitur, cognitionem causæ Ecclesiasticæ in facto consistentem Judici sæculari interdictam non esse *Bocher. de jurisd. c. 3. n. 29.* quod ipsum notoria consuetudine jam observari tradit *Gail. lib. 1. obs. 38.*

28 Objicies continentia causæ non debet dividi *l. nulli. 10. c. de Judic.* ergò cum de jure & quæstione proprietatis in causa Ecclesiastica cognoscat Judex Ecclesiasticus, de facti etiam quæstione is cognoscere debet

29 *Bald. in l. quoties. 3. c. de Judic.* R. Inconveniens non esse, ut respectu ejusdem rei in possessorio cognoscat Judex sæcularis, petitorium verò sub sit jurisdictioni Ecclesiasticæ; ratio, quia causa possessionis & proprietatis non sunt una, sed diversa causa, cum hæc dux causæ nihil comüne intra se habere dicantur in *l. naturaliter. 12. §. 1. l. quod meo. 18. §. 1. ff. de aq. vel amit. pos.* proinde etiam continentia causæ non dividitur, cum duplex reputetur esse causa, una scilicet temporalis, altera verò Ecclesiastica, in illa versatur quæstio facti, uter scilicet ex litigantibus sit in possessione *l. 1. §. 3. l. naturalis. §. 1. l. possessionem. 29. ff. de aq. vel amit. pos. l. denique. 19. ff. ex quib. caus. maj.* in altera autem quæstio & discussio juris, proprietatis & tituli, quæ ipsa harum causarum diversitas ex eo magis cognoscitur, quòd ille, qui succubuit in causa possessionis, agens de proprietate audiatur, & illi exceptio rei judicatæ non obstet *l. §. an eadem. 14. §. fin. ff. de except. rei judicatæ.*

30 Dices causa possessionis & proprietatis ab eodem Judice cognoscenda est *c. 1. X. de caus. pos. §. prop.* immò etiam ab eodem Judice terminari debet *c. 1. X. de sequest. pos.* quia Judex qui terminavit causam possessionis, faciliùs etiam terminabit quæstionem proprietatis, tanquam jam magis instructus, cum ita etiam consulatur litium brevitati, & litigantium expensis ac laboribus parcatur, ergò malè supra decisum est, quòd judicium possessorium decimarum, juris patronatûs, eligendi apud Judicem laicum, petitorium autem judicium apud Ecclesiasticum Judicem tractari possit, sed potiùs utriusque causæ discussio Judici Ecclesiastico tanquam digniori relinquenda est.

31 R. Primò *d. c. 1.* decisionem obtinere, quando par est utriusque judicii possessorii & petitorii ratio ex parte litigantium, quando nimirum uter-

uterque litigans esset ejusdem fori v. g. clericus, secus autem si actor Clericus, & iudicio possessorio conveniendus esset laicus, tunc enim hic contra regulam, quod actor sequatur forum rei, non posset vocari in causa possessionis ad Judicem Ecclesiasticum, ut ibidem in hac causa nihil spirituale in se habente invitus respondeat, verosimile enim non est, quod legislatores alicui voluerint fori sui beneficium adimere. Et dicta magis delarando *q. secundò c. 1.* decisionem procedere, quando iudicium pe- 32
 titorium & possessorium conjunctim & cumulativè proponuntur, utrumque iudicium ab eodem Judice tractandum, nec reum audiendum esse, si causam possessionis separare, ac ad suum Judicem attrahere conaretur, non enim alio animo hoc facere præsumeretur, quàm ut actorem in diversos Judices distrahendo eidem duriorum etiam litis persecutionem efficeret, quod utique concedendum non est, sicut etiam non permittitur, ut alius Judex delegatus impetretur ad iudicium possessionis, alius ad iudicium proprietatis. Longè aliter se res habet in casu, quo separatim propositum est iudicium possessionis contra laicum actore nil nisi possessionis commodum prætendente, de proprietate autem necdum curam habente. Deinde tertio responderi potest, possessionem à proprietate non 33
 esse separandam, quatenus est proprietatis & iudicii petitorii præparatoria, cum petitorium v. g. rei vindicatio institui non possit, nisi constet reum esse possessorem, igitur tali casu sicut Judex ex parte actoris cognoscit de proprietate, an nempe is sit dominus, ita etiam idem Judex inquirat, an reus conventus in rei petite possessione existat, hæc enim duo sunt iudicii petitorii requisita. Quoniam verò Ecclesiasticos Principes sæculari jurisdictione præditos esse supra dixi.

Quæritur si coram Ecclesiastico Principe, qui Regalia aut feudalia 34
 bona possidet, quædam temporalis causa ad civilem ejusdem jurisdictionem pertinens ratione hujus juris temporalis disceptata fuerit, & victus appellare velit, utrum superiorem Judicem Ecclesiasticum, an verò sæcularem adire debeat? Ad superiorem Ecclesiasticum provocandum esse videtur præcipere *c. Romana. 3. §. debet autem. de appel. in 6.* quo sancitum est, quod in causa profana, in qua Episcopus habet jurisdictionem temporalem, & iudicavit, non sit appellandum ad Judices sæculares sed ad superiorem Ecclesiasticum scilicet Archiepiscopum; ratio, quia causa Ec- 35
 clesiastica, in qua appellatur ad superiorem Ecclesiasticum, non tantum consideratur ratione materiæ, aut personæ conventæ, verum etiam intuitu solius Judicis, qui de causa cognoscit, sive deinde ea sit spiritualis, sive profana, unde quia appellatio ad superiorem ab inferiore fieri debet, comparatio superioris & inferioris non ex persona appellantis, neque etiam ex genere causæ, sed ex persona Judicis, à quo provocatur, metienda est, causa enim profana à Judice Ecclesiastico semel iudicata naturam suam mutat, & ex profana fit Ecclesiastica in quacunque instantia, unde etiam admodum absurdum & monstrosum foret, sententiam à Judice Ecclesiastico datam postmodum per appellationis viam censuræ Judicis Laici sub-

jici *Scacc. de appell. q. 8. n. 100. vers. prima ratio. & vers. secunda ratio. Joan. Wamesius. consil. 175. n. 78. & seqq.*

- 36 Contraria sententia verior est, scilicet appellationem dirigendam esse ad superiorem sæcularem in casu posito; ratio, quia respectu jurium & bonorum, quæ possidentur, non dicitur cognovisse ut Ecclesiasticus, sed ut sæcularis Judex, ne igitur confusio jurisdictionum oriatur, appellandum est, non ad superiorem Ecclesiasticum, sed sæcularem, sic etiam si persona Ecclesiastica obtinet feudum à laico, à sententia talis personæ Ecclesiasticæ appellatur ad laicum dominum directum *Gail. lib. 1. obs. 30. n. 4. 5. & 6.* sic etiam si aliquis Episcopus vel alius Clericus non cognovit ut Episcopus, sed ut comes alicujus civitatis, appellatur ad superiorem illius comitatûs; si quis est dux & Episcopus, & tanquam dux recognoscit aliquem superiorem, & ut dux de rebus temporalibus fert sententiam, appellatio devolvitur ad Judicem laicum superiorem ipsius Ducis *Bartol. in l. 1. §. si quis. n. 14. ff. de appell. Menoch. consil. 322. n. 13. vol. 4. Bertachin. in in repertor. lit. A. in verb. appellatio ad Judicem competentem.* ratio omnium istorum consistit in eo, quia Ecclesiasticus non procedit ut Judex Ecclesiasticus, sed ut sæcularis, ergò etiam ad ejusdem qualitatis superiorem appellando recurrendum est.
- 37 Accedit, quòd à civili Judice appellatio ad Romanum Pontificem vel alium Ecclesiasticum superiorem non teneat, nisi is Judex civilis temporali jurisdictioni superioris Ecclesiastici subiectus esset *cap. si duobus. 7. §. denique quod quævis. X. de appellat.* ergò cùm in nostra quæstione persona Ecclesiastica jurisdictionem suam temporalem, secundùm quam cognovit & judicavit, non obtineat à superiore Ecclesiastico, meritò etiam ad Judicem Ecclesiasticum appellandum non est, quia non consideratur ut persona Ecclesiastica, sed idem est ac Judex civilis & sæcularis.
- 38 Non obstat alterius opinionis fundamentum positum in *c. Romana. 3. §. debet autem.* nam quòd ibidem ab Episcopo temporalem jurisdictionem exercente appelletur ad Archiepiscopum, ratio est, quia Episcopus non ut persona sæcularis intuitu bonorum temporalium ab Episcopatu diverforum & distinctorum, sed ut persona Ecclesiastica ob bona Episcopati incorporata temporalem jurisdictionem habens judicavit, igitur etiam à sententia in rebus profanis lata non laicus sed superior Ecclesiasticus adeundus est. Exemplum hujus rei ponit *Josepb. Sacripante in defensione Jurisdic. Eccles. circa appellationes ab officiali Episcopi Leodiensis in causis profanis circa laicos.* apertè demonstrans, quòd à sententia officialis Episcopi Leodiensis inter laicos in causis profanis lata appelletur ad superiorem Ecclesiasticum, quia dictus officialis non potestate laicali, sed Episcopali & Ecclesiastica judicat, quod vel ex eo corroborat præfatus author, quia Episcopi Leodienses ut Episcopi ab omni tempore ad hujusmodi causas profanas deputarunt officiales Ecclesiasticos, item quòd per censuras Ecclesiasticas, intra septa Ecclesiæ, non verò ritu judiciorum sæcularium officiales Leodienses procedant.
- 40 Jurisdictio tam Ecclesiastica, quàm sæcularis est vel voluntaria vel con-

contentiosa, hæc est, quæ exercetur contra aliquem invitum v. g. citando & condemnando ac ad solutionem compellendo reo, dum scilicet duo aut plures de causa quadam in judicio contendunt & ab altero etiam invito aliquid consequi volunt *l. inter. 83. §. 1. vers. Judicium ff. de V. O.* illa verò est, quæ expeditur inter volentes & sine contradicte v. g. dum aliquis manumittit servum, adoptat alium, legitimat illegitimè natos, supplicanti beneficium confert. Hujus divisionis usus in eo consistit, quòd jurisdictio contentiosa non nisi in territorio jus dicentis exerceri, voluntaria verò etiam in alieno territorio expediri possit *Bocer. de jurisdict. c. 3. n. 23.* vocatur autem voluntaria, quia fit à volentibus & inter volentes, & proinde respectu partium voluntaria est, quia alterius partis præsentiam non requirit, sed instituitur de re, cujus expeditio strepitum & solennis Judicii formam non requirit, licet interdum causæ cognitio necessaria sit. Contentiosa dicitur, quia habet contradicte & redditur in invitum, quia reus tractus in Judicium tenetur ibi respondere, & ideo dicitur contentiosa, quia actor contra reum, & hic vicissim contendit.

Demum Jurisdictio alia est ordinaria, alia delegata, alia prorogata ⁴¹ consensu partium litigantium. Ordinaria est, quæ jure Magistratûs eo solo, quòd quis Magistratus talis sit, vi officii ac muneris competit vel lege, senatusconsulto, vel constitutione Principis *l. more. 5. ff. de jurisdict.* & hæc plerumque pro modo territorii competit, & consistit in facultate cognoscendi & judicandi causas in eo territorio controversas. Delegata jurisdictio est, quam quis non suo sed alieno beneficio habet, id est, cum quis ex alterius commissione alicujus causæ judicialem cognitionem recipit, qui plerumque vocatur commissarius ad unam causam constitutus, & nihil proprium habet, sed tantum vice delegantis fungitur *tot. tit. X. de off. & pot. Jud. deleg.* Forma autem delegatæ jurisditionis varia est, nam ⁴² quandoque delegatur alteri tota & universa jurisdictio circa omnes controversias in territorio delegantis emergentes, & talem delegatam jurisditionem habet vicarius generalis in diæcesi Episcopali, de quo est *tit. X. de off. vicarii.* Item legatus proconsulis in provincia proconsuli concedita *l. 4. §. 6. l. 13. de off. proconsul.*

Aliquando autem certum ac determinatum causarum genus delegatur, & vocatur jurisdictio delegata ad causarum universitatem v. g. si alicui commissa esset cognitio causarum ex ambiguis contractibus vel testamentis provenientium, quandoque autem tantum delegatur una particularis controversia, ut scilicet causam cognoscat, & examinet, ut sententiam etiam desuper ferat, vel cognitione finita sententiam ipsi deleganti remittat. Proinde literæ commissionis seu delegationis cautè atten- ⁴³ dendæ sunt, & advertendum an causæ cognitio, decisio & plena terminatio adeoque vera jurisdictio mandata ac delegata sit, an verò tantum causæ notio, & amicabilis compositio commissa, an verò annexum sit, ut non succedente inter partes concordia facultas sit causam nomine Judicis secundum juris & justitiæ regulas dirimendi, daß ihr im Nahm. n unser die Sach untersuchen/ beyde Theil gegen einander hören/ und zu vergleichen Fleiß

- antwenden/ in Entstehung aber die Strittigkeit denen Rechten nach gänglich entscheiden sollet / nam hoc casu verè dicitur delegata jurisdictio, non autem si tantummodo causæ notio ad tentandam amicabilem compositionem.
- 44 commissâ fuerit *Rutger. Rul. de comis. p. 1. l. 1. c. 3.* Cæterùm jurisdictio- nem aliis delegare seu mandare is potest, qui eam propriam habet, est enim perquam absurdum mandare jurisdictionem, quam quis ipse non habet, sed alieno beneficio exercet *l. 4. §. ult. ff. de off. proconsul.* cùm nemo plus juris in alium transferre possit, quam ipse habet *l. nemo. §. 4. ff. de reg. jur.* suo autem jure & propriam saltem vi officii & muneris, in quo constituti sunt, jurisdictionem habent omnes Magistratus ordinarii, quales olim fuerunt Prætores, Præsides provinciarum, proconsules, hodie v.g. Judices civitatum ac consules, supremorum Principum locumtenentes, Aulæ nec non Provinciæ Mareschalli, Judiciorum Præsidentes, Reichs- Hof-Rath oder Hof-Kriegs-Rath Præsidenten/ nec non alii nobiles, qui in subditos castrorum suorum jurisdictione pollent, & eam plerumque per præfectos suos durch ihre Pfleger und Herrschaffts-Verwaltern exercent, hi igitur jurisdictionem suam aliis delegare, non verò delegati jurisdictio- nem sibi mandatam denuo aliis committere possunt *l. ult. in pr. ff. de off. ejus, cui manda. est jurisdict.* cùm rei alienæ, qualis est jurisdictio delegata, non delegatarii sed ipsius delegantis propria, non sit liberum arbitrium, & in alios ad lubitum transferendi facultas.
- 45 Debet autem delegatus jurisdictionem sibi delegatam vel mandatam exercere in territorio ipsius mandantis sive Judicis ordinarii; ratio, quia delegatus causam sibi commissam cognoscit, & reliqua omnia nomine delegantis agit, ergò sicut delegans ipse jurisdictionem ultra territorium suum exercere non potest *l. fin. ff. de jurisd.* ita nec delegatus, quia non potest hic ampliorem potestatem sibi arrogare, quàm ei, à quo delegatus est, competit. Præterea Judicis delegati est juxta fines & formam præscriptam expedire jurisdictionem, sicut quilibet mandatarius mandati fines & formam observare tenetur, hinc non permittitur delegato jurisdictionem ultra personas aut causas mandato comprehensas extendere *c. super eo. c. venerabili. §. quorsum processus. X. de off. & pot. Jud. deleg.* jurisdictio enim mandata stricti juris est *Gail. lib. 1. obs. 35. n. 3.* quare dispiciendum, an universa jurisdictio, an tantum pars quædam & certa res mandata sit, v. g. ut delegatus jubeat caveri de damno infecto, ut mittat in
- 46 possessionem bonorum *l. 4. ff. de jurisd.* hinc etiam providos oportet esse causarum patronos, ut antequam coram Judice commissario judicium accipiant, mandatum sibi exhiberi, vel palam legi petant, ut advertere possint, quid quantumque Judici delegatum sit, ut si actor aliam proponere velit actionem, quàm Judici delegato commissâ est, exceptionem non competentis jurisdictionis objiciat.
- 47 Si de commissionis tenore ac sententiâ dubium incidit, num articulus aliquis in ea comprehensus sit, committens consulendus est, & ejus declaratio expectanda, *c. cùm in jure. X. de off. & pot. Jud. deleg. c. Papa. in verbis: sic suum ininterpretatus est rescriptum, X. de sequestrat. possess. novel.*

17. c. 4. dixi autem supra delegantem debere jurisdictionem delegatam exercere in territorio mandantis, cui addendum etiam censeo, si & illi, inter quos causa delegata vertitur, in eo territorio existunt, nam subinde litigantes singulari privilegio donati sunt, ut litis peragendæ aut appellationis proseguendæ causâ in alienam provinciam & iudicium alibi constitutum se se conferre non teneantur, sic si inter duos Bohemos ex-48 orto litigio ac appellatione Romam devoluta in causa spirituali, vel inter duos Clericos summus Pontifex in Austria Judices delegatos ad cognoscendam appellationis causam designaret, huic iudicio extra Bohemiæ regnum delegato obtemperandum non foret, sed delegati à sede Pontificia Judices vel ipsi in regno Bohemiæ causæ examen & cognitionem subire, vel alios subdelegatos Judices denominare deberent, quia Bohemi jure de non evocando gaudent, vigore cujus se extra regni fines movere 49 non obstringuntur, sic etiam multas civitates hodie privilegium de non evocandis testimonii dicendi causâ civibus habere, sed à dicasteriis senatui articulos pro examinandis civibus transmittendos esse ait *Carpzov. p. 1. const. 16. defm. 29. in fin.* sic etiam subditis Electorum in *Aurea billa c. 11. §. 1.* concessum est beneficium de non evocando, ita ut neque per cameram testimonii dicendi causâ evocari possint, sed articuli ad territorii dominos pro subditorum examine mittendi sunt *Rauchbar. p. 1. q. 13.* quia conveniens non est, ut testes per longum iter, & magnis sumptibus evocentur, & diligentia judicantis est, explorare, quæ consuetudo in ea provincia, in qua iudicat, sit *l. 3. §. 6. ff. de testib.* sed

Quæritur, an Commissarius Principis causam sibi commissam alii 50 cuidam subdelegare & mandare possit? Permittendum quidem non est, ut, quis gratiosè emissa supremorum Principum mandata exequi subterfugiat, quia injustum est & inhonestum, cum quis possit munus sibi delatum & susceptum peragere, id intermittat, & deinde alii committat *arg. c. prudentiam tuam. 21. §. adjicimus etiam. X. de off. & pot. Jud. deleg.* & quidem hujusmodi subdelegationes multò minùs concedendæ esse videntur, si delegatum ad faciendam subdelegationem justa causa non relevet *c. 3. X. de off. & pot. Jud. deleg.* ubi Romanus Pontifex subdelegationi locum dat, si delegatus debilitate aut alia gravi necessitate impeditus tractandis causis adesse nequeat.

¶ Delegatum Principis non tantùm causæ sibi commissæ audito- 51 rem constituere, sed etiam vel ad totam causam, vel ad certam illius partem Judicem alium subdelegare, immò renitentem etiam ad suscipiendam delegationem compellere posse, dummodo prædictus Principis delegatus æquè habilem substituat (cum inhabilem constituere & negotium non ea, qua decet, fidelitate expedire paria sint, *Wesemb. ad ff. Disput. 22. n. 15.*) & se se delegatione malitosè exonerare non quærat, fundatur hæc responsio in *c. ult. c. pastoralis. 28. X. de off. & pot. Jud. deleg. c. cum causam. 62. in fin. X. de appellat. l. unica. C. qui pro sua jurisdic. ratio*, quia Principis delegatus sive commissarius in causa sibi commissâ major est ordinario Judice *c. pastoralis. 11. §. præterea postulasti. X. de off. Jud. ordin.* ita enim delegatus vi-

ces Principis gerit, *cap. sanè quia nos. 11. X. de off. & pot. Jud. deleg.* sed Judex ordinarius alteri suam jurisdictionem delegare potest *l. unica. C. qui pro sua jurisdic. l. more majorum. 5. & ibi Jason. ff. de jurisd.* ergo & Principis Commissario subdelegandi potestas esse debet. Accedit, quod habens jurisdictionem à lege dicatur propriam & non alienam jurisdictionem habere *l. Et quia. 6. ff. de jurisdic.* ergo etiam dum Princeps alicui defert jurisdictionem, eam instar legis facit delegati propriam, cum sit author legis, & proinde jurisdic. à Principe alicui delegata tanquam propria iterum alteri subdelegari potest.

52 Fallit autem prædicta responsio, si alicui ob singularem personæ suæ industriam & præcipuarum qualitatum commendationem ac præcautionem jurisdic. à Principe esset delegata, hoc enim casu Principis delegatus vices suas aliis subdelegare nequit *c. ult. §. is autem. X. de off. & pot. Jud. deleg.* hoc ipsum etiam occurrit in procuratoribus & mandatariis, his enim licet mandans tacite videatur concessisse potestatem substituendi alium, tamen substitutio non procedit, si in constituto procuratore aut mandatario personæ industria electa fuerit *Lauterbach. ff. de procurat. §. 31.* industria enim electa talis censetur esse, ut in alio non reperiatur, & proinde etiam cum mandans confidentiam suam in certam personam direxit, non est eidem alius substitutus obtrudendus.

53 Permissum tamen est etiam Principis Commissario alium subdelegare, non obstante, quod ejus personæ industria electa sit, si scilicet ipsi litigantes, ad quorum controversiam cognoscendam & decidendam Judex delegatus est, in subdelegationem alterius cujusdam consentiunt *c. ult. §. is autem. X. de off. & pot. Jud. deleg.* ratio, quia quod ad hanc causam tam insignis industriæ vir à Principe delegatus fuerit, videtur factum esse in ipsorum litigantium favorem, ut nimirum judicium eò majori dexteritate procedat, licitum autem est favori pro se introducto renuntiare *l. fin. c. de pact.* ergo potest ob singularem personæ suæ industriam à Principe delegatus consensu principalium litigatorum causam alteri committere, & subdelegare, præsertim si litigantium aliqua ex causa intersit subdelegationem fieri.

54 Sed unde cognosci poterit, specialiter electam fuisse personæ ac delegati Judicis industriam? R. hoc potissimum colligi posse ex tenore delegationis, nec non ex qualitate causæ delegatæ, atque aliis negotii circumstantiis, veluti si in mandato delegationis ista verba reperiantur: *fidei, diligentie, & dexteritati tuæ nobis perspectæ hoc magni momenti negotium committimus*, item si in commissionis rescripto ita dictum esset; *freti vel confisi tuâ prudentiâ mandamus*, vel ita: *super his gravibus negotiis rectè expediendis conscientiam tuam oneramus*. Item est, si in mandato delegationis notabilis aliqua verborum geminatio legeretur, *Tu Petre à nobis nominate, Tu banc causam cognoscas*. Idem judico dicendum esse, si mandatum fuerit tale factum, quod per unum seu per hunc delegatum tantum, & non per alium expediri potest, nam hujusmodi causa requirere videtur delegati præsentiam, adeoque alteri delegari nequit *c. si pro debilitate. 3. in fin. X. de*

de off. & pot. Jud. deleg. ubi dicitur, quodd in rebus magni momenti subdelegati in causa subdelegata uti debeant consilio subdelegantis, si autem causæ ita graves sint, ut sine præsentia delegati terminari non possint, debeat ipse delegans causam audire & decidere, ita enim causa singularem videtur relationem & connexionem ad delegati personam habere. Videatur *Mascard. de probat. concl. 594.*

Hinc etiam profluit, quodd juxta *c. ult. in fin. X. de off. & pot. Jud. de-* 55
leg. prædicatio crucis, excommunicatio, absolutio, dispensatio aut alia similia à Romano Pontifice commissa facta alteri subdelegari nequeant, sed delegatus ea omnia intuitu suæ industriæ sibi commissa personaliter exequi debeat; ratio, quia facultas subdelegandi est à regulis juris communis exorbitans, regulariter enim jurisdictionem alieno nomine exercens eam alteri subdelegare non potest *l. more. s. l. & quia. 6. ff. de jurisdic.* ergd ultra admitti non potest, quàm lex aut canon admittit, & proinde quia prædicationis, excommunicationis & aliorum similium subdelegatio expressè inhibita est, ea etiam summi Pontificis delegato, utcunque hic maximâ potestate gaudeat, concedi non debet.

Objicies *c. ult. X. de off. Jud. ord.* ubi Episcopus potest absolutionem 56
ab excommunicatione, in quam aliquis ob violentam manuum injectionem contra clericum perpatratam incidit, aliis committere, ergd etiam excommunicationis absolutio à delegato poterit alteri subdelegari, quia absolutio à tali excommunicatione Episcopo speciali jure competit, cùm aliàs in ipso canone *si quis suadente* Romano Pontifici reservata sit, ergd cùm Episcopo hujusmodi absolutionis delegatio permissa sit, levioris conditionis censei non debet Romani Pontificis delegatus, qui juxta supra dicta ordinario Judice major est.

R. Concesso antecedente nego consequentiam, disparitas est, quia in *cit. c. ult.* potestas absolvendi ab excommunicatione concessa est officio & dignitati Episcopali in perpetuum, & transitin quemcunque futurum Prælatum unâ cum dignitate Episcopali, & proinde non cohæret personæ, nec ad eam absolutionem electa est personæ industria. Nec obstat, quodd aliàs reservata sit Romano Pontifici, & hujusmodi specialiter concessa aliis delegari nequeant, nam hoc procedit in iis, quæ specialiter personæ alicui ratione propriæ industriæ, non verò ratione officii & dignitatis competunt. *Gonsalez in c. ult. X. de off. Jud. ord. n. 6.* longè aliter casus præsens se se habet, quia in eo potestas absolvendi à Romano Pontifice delegato ratione personæ & industriæ personalis commissa est, adeoque eam potestatem denuò in alium transferre nequit, sicut Episcopus, cui tanquam ordinario vi dignitatis suæ absolutio ab excommunicatione tributa est.

Nec puto hac in re inter jus Civile & Canonicum differentiam con- 57
stituendam, & Principis sæcularis delegatum deterioris conditionis, quàm summi Pontificis delegatum habendum esse. Primò, quia inter hæc duo jura tam diu concordia admittenda est, donec contraria alterius juris dispositio adferatur, quæ ad præsentem materiam ex jure Civili adstrui non

potest, qui imò secundò *in l. unica c. qui pro sua jurisd.* manifestè decisum legitur, quòd à supremo Principe delegati sinè ulla personarum & rerum differentia causas aliis tractandas subdelegare possint. Nec obloquitur *autb. ad hęc. cod. de Judic.* vi cujus delegati Principis unà cum consiliariis suis ipsimet litem examinare jubentur, nam præterquã quòd huic authenticæ responsio de electa delegati industria aliquàlter aptari posset, dicendum est in novella & authentica ista non quæri an delegato Principis facultas sit alium subdelegandi? quæ utique per *cit. l. unic.* delegato Principis competit, nec correctæ aut ademptæ esse mox asseri potest, sed in authentica citata hoc statuitur, quòd quemadmodum delegatus Principis cum consiliariis litem examinare incepit, ità & litem ulterius diligenter, & non perfunctoriè tractet, nec solis consiliariis litis examen permittat, sed taliter in lite se se & suam conscientiam instruat, ut sciat qualem ex actis probè discussis sententiam proferre debeat, quòd præstare non posset, si partem litis audiret, reliqua negligeret, & consiliariis nimium confideret, illorum scilicet arbitrio aut potestati nimis indulgendo. *Es geziemet sich nicht/ daß ein Richter seine Ráth oder Beysizer in allen schalten und walten/ sich aber in Gerichts Sachen wenig annehmen oder beehfern solte.* Cæterum non negatur in hac authentica delegato Principis subdelegandi potestas.

58 Nunc de prorogata jurisdictione dicendum est. Et quidem verbum prorogare idem significat, quod protrahere, prolongare, & extendere, ut prorogatio jurisdictionis quodammodo importet jurisdictionis extensionem & ampliacionem, sicut in simili legitur in *l. si in lege. 24. ff. locat.* locationis prorogatio & extensio temporis in *l. 2. ff. de rejud.* executionis arctatio vel prorogatio seu pro qualitate personarum & rerum temporis pro facienda executione prolongatio. Hòc autem locò executionis prorogatio nihil aliud est, quàm jurisdictionis ad personas, causas, locum & tempus, in quæ & ubi jurisdicção aliàs non competit consensu litigantium facta extensio *l. 1. l. 2. ff. de Judic. l. 1. c. de Jurisd. om. Jud.* & sic mediante prorogatione Judex incompetens, cui litigantes subjecti non sunt, fit competens. Dixi autem prorogationem esse *jurisdictionis extensionem*, nam is, in quem litigantes, ut Judicet, consentiunt, non debet esse persona privata, privatorum enim consensus non potest facere Judicem, qui antea Judex non est *l. privatorum. 3. c. de jurisd.* cùm jurisdicção sit potestas jure publico introducta, quam privati tribuere non possunt *l. pen. ff. de Judic.* quibus & hæc ratio accedit, quòd prorogare nihil aliud sit, quàm jurisdictionem extendere, ex quo sequitur, quòd, ubi nulla est jurisdicção, extendi etiam ea non possit, quod enim non est, extendi non potest, imò nec sufficit in eo simpliciter jurisdictionem esse, cujus jurisdicção prorogatur, sed is debet talem habere, qualem causa, de qua controvertitur, jurisdictionem postulat *Maranta in suo speculo. p. 4. dist. 12. n. 10.* Potest autem quæcunque jurisdicção prorogari *l. 1. ff. de Judic.* ubi dicitur, quòd cujuscunque Judicis, qui tribunali præest, vel aliam jurisdictionem habet, jurisdicção prorogabilis sit, quæ generalis dicção omni jurisdictioni, cujus capax est Judex, qui prorogatur, competit.

Dixi

Dixi deinde *ad personas, causas &c.* nam primò fit prorogatio jurisdictionis de persona ad personam quando litigatores spontè in illum Judicem consentiunt, cujus jurisdictioni se subjectos esse sciunt. Deinde fit prorogatio de causa ad causam, seu de re ad rem, ut quando coram Judicibus, qui supra certa quantitate v. g. centum aureis cognoscere possunt, causa majoris summæ introducitur, quia hòc ipsò Judicis potestas ad minorem summam limitata ampliatur & ad majorem summam extenditur *l. inter convenientes. 28. ff. ad municipal.* Tertid etiam fit prorogatio de loco ad locum quando scilicet de uno loco territorii ad alium ejusdem locum de consensu partium fors melioris comòditatis gratià forum transfertur, & ibidem causæ cognitio instituitur, vel quando in alienum territorium consentiente illius territorii domino Judicium transfertur; quam-60 vis hanc tertix prorogationis speciem attentius examinando in primo sensu vix dicere possim esse prorogationem, cum Judex alio in loco, quam ubi tribunal ordinario more habetur, judicialia tractare nequeat *l. 4. c. de dilat.* ubi dilatio non nisi Judice pro tribunali sedente impetrari potest, si verò Judex in eodem territorio plura habeat tribunalia, liberum ei est, in quo judicet, ut proinde prorogatione & consensu partium opus non sit *Vinn. lib. 1. select. q. c. 4.*

Contingere tamen potest, ut si pestis aut belli vis ingruat, Judex se-61 cedendo in locum tutiorem sedem suam transferat, quoad periculi causa cessaverit, quo tamen in casu prorogationem consensui litigantium inniti similiter non video, cum hanc translationem necessitas extorqueat. Quar-62 tò fit prorogatio jurisdictionis de tempore ad tempus, quæ accidit tunc, quando alicui delegato causa intra certum tempus favore litigantium terminanda commissa est, litigantes autem advertunt terminum delegationis ad finem vergere, litem verò adhuc indecisam esse, & idè delegato consentiente volunt, ut nihilominus profixo termino elapso idem delegatus jam præhabita causæ informatione procedat, & litem sententià dirimat, quod utique fieri permissum est, cum litigantes termino in favorem suum à delegante statuto, ut scilicet litigium ed citius finiatur, renuntiare possint *l. 2. §. 2. ff. de judic.* ubi tempus Judici pedaneo præfixum consensu partium prorogari potest. Dixi autem *delegato consentiente*, quia elapso tempore delegatus onere judicandi liberatur, ergò invitus ulterioribus litis molestiis subjici non potest. Dixi etiam *terminum delegationis ad finem vergere* nam prorogatio fieri debet ante elapsum delegationis terminum, quia terminò finitò delegatus non amplius est Judex, & non habet jurisdictionem, cum ea ad tempus in delegatione nominatum restricta sit, proinde etiam juxta superius dicta jurisdictionis non amplius existentis non potest fieri extensio.

Addidi in definitione, *consensu litigantium facta.* Consensus autem 63 iste vel tacitus vel expressus est. Tacitus consensus est, cum litigantes nullo præcedente pacto, nulla mentione competentix vel incompetentix spontè & scienter factò aliquò alienum Judicem recipiunt, veluti quando citatus coram incompetente Judice non opponit exceptionem

fori declinatoriam, sed sciens eum non esse competentem Judicem, tamen litem contestatur coram eo, hęc enim factō, lite scilicet in causa principali contestata exceptio fori cessat, & mox prorogatio inducitur, itā ut ab eodem Judice recedi amplius non possit *l. nemo. 4. c. de jurisd. om. Jud.* & sic quo usque lis contestata non est, non dicitur jurisdictio irrevocabiliter prorogata, cū usque ad actum litis contestationis exclusivè per totum temporis tractum exceptio fori declinatoria opponi possit *l. ult. cod. de except. c. 20. X. de sent. & rejud.* sicut in alio casu filia consentiens patri ut dotem soluto matrimonio repetat, ante litem contestatam consensum revocare & voluntatem mutare potest *l. si cūm dotem. 22. §. eo autem tempore. 5. ff. solut. mat.* consensus enim patri præstitus quasi actionis cessionem inducit, qua cedens ab actione cessa demum per litis contestationem excluditur *l. 3. c. de novat.* hęc autem omnia geri debent à sciente Judicem incongruum & incompetentem esse, nam si litigantes putant Judicem esse competentem, cū non sit, aut si in persona Judicis errent, unum pro alio accipientes, jurisdictio non prorogatur, cū errantis non sit consensus aut voluntas *l. 2. ff. de Judic.*

64 Expressus consensus est, quando litigantes expressis verbis conveniunt, quod coram Judice aliàs incompetente litigare velint, & exceptionem fori declinatoriam opponere nolint *l. pen. c. de pact. l. 18. ff. de jurisd.* hęc autem conventio & Judicis incompetentis prorogatio non adstringit litigantes ad comparendum & agendum coram tali Judice, sed mutata voluntate unus etiam litigans re tamen integra recedere potest *l. si convenerit. 18. ff. de jurisd.* & ratio hujus dari potest ista, quod ejusmodi prorogationes in alienum Judicem sint odiosæ, cū fiant in præjudicium Judicis proprii, ergo ab illis recedendum facilius est, quamvis re melius pensata dici possit, dicta *l. si convenerit.* non simpliciter permissam esse pacti de stando coram alio Judice revocationem, sunt enim pacta juris gentium & tenaciter servanda, æquitate naturali id ipsum dictante *l. juris gentium. 7. §. & cūm nulla ff. de pact.* sed tantum nudō pactō prorogantem ad observandam prorogationem compelli non posse; ratio, quia ex simplici & nudo pacto non oritur actio & jus alterum compellendi, ut hinc re integra eatenus locus sit pœnitentiæ, quatenus pœnitens in judicio per actionem compelli non potest ad observandam nudō pactō initam prorogationem, secus autem re etiam, integra paciscens nihilominus obstrictus sit prorogationem implere, producit enim nudum & simplex pactum obligationem naturalem.

65 Sed quomodo definit in hac prorogata jurisdictionis conventionione nuda & simplici res integra esse? R. Per aditionem Judicis competentis *d. l. si convenerit. 18.* si nimirum post conventam jurisdictionis prorogationem litigantes coram Judice prorogato actus judiciales exercuerunt v. g. opposuerunt exceptionem dilatoriam contra procuratorem, quod scilicet non habeat mandatum, vel proposuerunt reconventionem vel planè responderunt libello in causa principali, quā responsione inducitur litis contestatio, tali enim actu si præcedens pactum & jurisdictionis pro-

rogatio corroborata & jam impleri cæpta est, exceptio incompetentiæ ob-
jici, & Judex reprobari amplius non potest; ratio, quia proponens hu-
jusmodi exceptionem petere videtur, ut Judex desuper cognoscat & pro-
nunciet, quod fieri non potest, nisi in Judicem consentiatur, & sic ut di-
catur Judex prorogatus aditus, non requiritur litis contestatio, sicut in
prorogatione tacita, sed sufficit præcedens conventio cum aliquo actu ju-
diciali, quo litigantes Judici se se submittunt & eum approbant; ratio,
quia cum in prorogatione expressa præcedat conventio, ea facilius firma-
tur & per subsequentem aliquem actum judicialem etiam citra litis con-
testationem irrevocabilis redditur, quàm tacita, in qua de serio consensu
& jurisdictionis incompetentis prorogatione non per quemvis actum, sed
demum per litis contestationem, à qua judicium incipit, constat.

Sed quid, si quis coram Judice incompetente comparuit, & petiit si-
66 bi copiam libelli edi, daß der Beklagte die Communicirung der ersten Klage
begehret hat / an per hoc censeatur in Judicem incompetentem consensum
& jurisdictio prorogata esse? hoc affirmandum esse videtur, quia finis
edendæ actionis & libelli est, ut demonstretur futuræ litis species, & reus
scire possit, utrùm cedere, an ultra contendere debeat *l. edita. 3. c. de edendo.*
& si contendendum esse putat, veniat ad judicium instructus cognitâ jam
actione, qua conveniatur *l. 1. in princip. ff. de edend.* ergò petens copiam
libelli coram Judice incompetente propositi in illum Judicem videtur con-
sentire & quodammodo dicere, quòd desuper mentem suam declarabit, an
cedet, an cum adversario contendet. Verius tamen est hoc solo actu ju-
risdictionem Judicis incompetentis non esse prorogatam *l. non videtur.*
33. ff. de Jud. ubi J. C. ait: non videtur in Judicem consensisse, qui sibi
apud eundem Judicem genus actionis edi desiderat; ratio, quia etiam edi-
tò libellò reo competit tempus deliberandi, an Judicem recusare vel aliis
defensionibus uti velit, ergò non faciendæ prorogationis, sed consequen-
dæ informationis gratiâ libelli editio petita censeatur esse *autb. offeratur. c.*
de lit. contest.

Objicies *l. si quis in conscribendo. pen. c. de pact.* in qua conventioni de
67 comparando & causa coram incompetente Judice tractanda standum esse
dicitur, ergò licitum non est à tali pacto etiam ante Judicem aditum rece-
dere, quia quæ semel placuerunt, amplius & præsertim alterò invitò di-
splicere non possunt *xx.* primò in hac lege tractari de casu, quò in alienum
Judicem in ipso contractu per duos invitò consensum & promissum est,
utrumque velle ad contractum hunc implendum coram Judice incompe-
tente conveniri, iniquum ergò foret deinde Judicem detrectare; ratio,
quia aliter contrahens non fuisset contracturus, & sic si pœnitendi licen-
tia adhuc superesset, contrahens notabiliter fuisset deceptus. Altera ra-
tio est, quia in casu legis prorogatio Judicis incompetentis est pars con-
tractus initi, sicut ergò à contractu uni contrahenti alterò invitò recede-
re non licet, ità nec prorogationi Judicis incompetentis contractui inser-
tæ contravenire permittitur. Vel *xx.* secundò, quòd in casu *l. pen. cod. de*
pact. consensum fuerit in Judicem, qui aliàs respectu consentientis est com-
petens,

petens; sed à cujus Jurisdictione consentiens tantum aliquò privilegiò exemptus est, quod patet ex verbis: *propter cingulum militiae, & dignitatis, vel sacerdotii prærogativam*, sic Judex prorogatus non erat planè alienus, in *l. si convenerit. 18.* autem consensum fuit in Judicem penitus extraneum, cujus jurisdictione nullò jure circa consentientem fundata est, Igitur mirum non est, quòd in casu *legis si convenerit.* re integrâ pœnitentiæ locus sit, non autem in casu *l. pen. c. de pact.* ratio, quia res facilè redit ad suam naturam, & sic etiam cùm redire ad priorem Judicem favorabile sit, etiam pactò, quòd privilegiò ab ordinaria jurisdictione eximenti renuntiatur, præcisè standum est.

68 Quæres, an hujus prorogationis privatâ conventionem factæ adhuc hodie vis aliqua & effectus sit? prorogationum jus hodie aliquatenus coangustatum esse scribit *Ferrar. Montanus. tract. Feud. c. 1. vers. utique ad institutum.* quia hòc sæculò jurisdictiones cœperunt esse patrimoniales, & permittendum non est, ut per subditos Magistratûs ordinarii jurisdictione diminuatur, quem in finem Judices subditis suis ad alienum Magistratum citatis aut de spontanea prorogatione certiores facti frequentèr inhibere solent, nè compareant, daß sich der Citirt- oder Beklagte nicht stellen sollte *Bursat. consil. 397. n. 19.* imò etiam lites contra suos subditos alibi inchoatas ad suum tribunal avocant, & si Magistratus tali requisitioni & causæ avocationi locum non det, appellari posse, & hoc ipsum in Gallia obtinere, & ubique usû servari testatur post alios *Franzkjus. l. 1. resol. 17. n. 69.* sic enim alienarum jurisdictionum usurpatio & tractû temporis resultans confusio evitatur. Accedit, quòd si ista prorogatio privatis permitteretur, tunc ex nudo privatorum consensu perperam emolumentò judiciali privarentur Judices, cùm nonnullis in locis judicantes sportulas & certas taxas recipiant. *Scbrad. de feud. p. 10. section. 1. n. 136.*

Veriùs tamen puto in casibus, qui principalitèr tantum subditum, non verò dominum aut Judicem tangunt, nec de hoc agitur, ut subditus in totum à jurisdictione ordinarii Judicis eximatur, & alteri Judici subjiciatur, adhuc hodie prorogationem à privatis factam tenere, valida tamen etiam esse statuta, quibus constringuntur subditi, nè in alienum Judicem consentiant, hinc si de tali statuto, aut singulari Judicis prohibitione non constat, studiosus Magistratui civico causam suam submittere, civis Magistratûs provincialis jurisdictionem in se prorogare potest; Ratio, quia jure communi permiffa est alienæ jurisdictionis prorogatio per textus supra allegatos, ergò cùm hæc juris communis & antiqui dispositio correctæ & abolita non sit, ei juxta trita juris principia tam diù standum est, donec correctio vel per legem vel consuetudinem inducta ostendatur. Quibus frequens usus accedit, quòd contrahentes foro suo sæpe renuntient, daß sie sich der exception fori hiemit per expressum wollen begeben haben / uti potissimum observatur in fidejussoribus judicio sistendi causâ datis, qui si alienæ jurisdictionis sint, cavere debent, se non usuros esse privilegio fori, aliàs justè recusantur, daß nemlich die Caventen / welche dem Gerichts- Zwang nicht unterworfen seynd / ihren foro specia-

cialiter renuntierent / quæ fidejussorum renuntiatio non tantum in aperto textu *l. 1. ff. si quis in jus voc. nonjerit.* fundata est, sed etiam hujusmodi fori renuntiationes sæpe efficiunt, ut actiones in alieno foro contra renuntiantes instituantur, & tamen per ordinarios Judices non avocentur *Caspar. Manz. decis. palat. decad. 10. quæst. 97.*

Non obstat, quod hęc sæculõ jurisdictiones patrimoniales sint, er-70
gò sicut nec minima patrimonii alieni res invito domino auferri potest, ità nec subsistere possit alienæ jurisdictionis prorogatio, nam præterquam quod juxta supradicta Judex advertens per prorogationem suæ jurisdictioni quidquam detrahi, inhibere possit subdito prorogationem & ità jus suum illibatum conservare, responderi potest, dominum nihilominus retinere jurisdictionem integram, quamvis in una causa subditus sibi alium Judicem elegerit, per hoc enim ordinarius non fraudatur jurisdictione, sed potius in casu prorogato ab onere judicandi sponte abstinet. Nec etiam obest ratio à commodo sportularum petita, nam si quo in loco hæ sportulæ & taxæ usû receptæ sunt, non tamen judicat Judex propter sportulas; non lucri sed justitiæ administrandæ causâ judicat, sportulas autem accipit propter laborem judicando adhibitum, cum factâ prorogatione, non occupetur, & nullas litis molestias subeat nihil etiam desiderare aut ægrè ferre potest, si in uno alterove casu ab onere relevetur *Manz. cit. loc. n. 17.*

Sunt tamen casus aliqui, quibus jurisdictionis alienæ prorogatio non 71
admittitur, sic enim Clericus in Judicem sæcularem consentire non potest *c. si diligenti. 12. c. significasti. X. de foro compet.* & hoc sive causa sit civilis & temporalis, sive Ecclesiastica, sive prorogatio fiat expressè sive tacitè, cum vel sine juramento, ità ut prorogatio à Clerico in Judicem laicum facta nec accedente consensu Episcopi convalidetur; ratio, quia privilegium fori Clericis indultum non personis sed toti ordini Clericali competit, cui privatorum pactò aut Episcopi assensû derogari non potest *d. c. diligenti. & c. contingit. 36. X. de sent. excom.* imò Clerico etiam non licet sine speciali Episcopi sui licentia in alium Ecclesiasticum Judicem consentire *d. c. significasti. & c. 1. & ibi Parnomit. X. de Judic. c. non liceat. caus. 3. q. 6.* quia jurisdictiones non debent confundi *c. per venerabilem. 13. X. qui fil. sint legit.* secundus casus est in vasallis, quibus non permittitur in causis feudalibus non consentiente domino feudi in alienum Judicem consentire *Gail. lib. 1. obs. 40. n. 6.* ubi etiam *n. 9.* insignem pro hac fori renuntiatione distinctionem ad cognoscendum, ubi fori prorogatio locum habeat vel non, in his terminis tradit, vel forum & jurisdictio competit favore superioris, qui jurisdictioni præest, & totius statûs, vel merâ privatorum consideratione, primo casu prorogatio absque consensu superioris fieri nequit, uti in vasallis, Clericis & exemptis, quia juri in alterius favorem introducto renuntiarî non potest, secus in secundo casu, & ubi de unius tantum favore agitur.

Sicut autem causæ, de quibus in judicio tractatur, vel sunt civiles 72
vel criminales; civiles, in quibus de re pecuniaria eaque sæculari ex prin-

cipiis juris communis vel municipalis disceptatur, quæ ultima verba *de re pecuniaria seculari ex principiis juris communis*, ided adjeci, quia etiam in causis Ecclesiasticis de re pecuniaria v. g. de decimis, de præbendis agi videtur, quæ tamen hodie à causis civilibus seu profanis distinctæ esse videntur. Deinde etiam in causis feudalibus agitur de re numaria & pecuniaria, quia tamen hæ causæ non ex principiis juris Communis aut municipalis, sed ex particularibus feudorum consuetudinibus judicantur, ided dictæ particulæ additæ sunt. Criminales, in quibus ad vindictam publicam contra facinorosos criminis inquisitio & cognitio exercetur & pœna statuitur. Ità ergo etiam jurisdictio dividitur in civilem & criminalem.

73 Jurisdictio civilis est facultas cognoscendi & judicandi in causis privatis ac pecuniariis, pro quibus potissimum actiones proditæ sunt, nè autem civilis hæc jurisdictio & potestas sine effectu sit, ided ei etiam conjuncta est potestas imperandi & exequendi *l. fin. §. 1. ff. de off. ejus cui mandat. est jurisd.* vi cujus ille, qui jurisdictioni præest, decreta sua per se ipsum vel per alios exequitur, refractarios & contumaces legitimis pœnis afficit *l. unica. ff. si quis jus dic. non obtemp.* & proinde quamvis jus mulctandi civili jurisdictio non cohæreat, sed iis tantum competat, quibus lege concessum est *l. ult. c. de mod. mulctar.* tamen quatenus ad jurisdictiois tuitionem necessaria est, & jurisdictio in concreto consideratur, coërcendi jus etiam penes eum esse oportet, qui jurisdictioem civilem exercet *cit. l. fin. ff. de off. ejus.* hæc jurisdictio usq̄ hodiernò vocatur jurisdictio bassa, inferior, *das niedere Gericht* / & versatur tam circa actus voluntarios v. g. adoptiones, insinuationes testamentorum & donationum, decretorum, quibus alienatio permittitur, interpositiones, inventariorum confectioes, quam contentiosos v. g. causarum controversarum disceptationes, testium examina, instrumentorum productiones, dilationes, interlocutiones, sententias definitivas, qui & alii similes actus omnes ad illum pertinent, cujus est jurisdictio ista civilis, quam nonnulli etiam simplicem vocant, latissimum enim jus dicentis officium esse asserit Ulpian. in *l. 1. ff. de jurisd. Textor. prax. Jud. p. 1. c. 2. n. 3. § seqq.*

75 Huic jurisdictioi quoniam conjunctum est mixtum imperium, ided de hoc mixto imperio aliquid dicendum est. Mixti imperii variæ occurrunt definitiones, aliqui ità definiunt: Mixtum imperium est modica coërcitio, quæ jurisdictioi servit, & sine qua jurisdictio commodè exerceri non potest; aliqui brevius ità dicunt: Mixtum imperium est modica coërcitio, cui inest jurisdictio *Longoval. in re petit. l. imperiū. ff. de jurisd. Anton. Govean. in ead. l. imperium n. 30.* sed hæc definitio ex duplici ratione displicet, primò quia mixtum Imperium non est ipsa coërcitio, imperium enim mixtum consistit in jure & potestate coërcendi, ipsa autem coërcitio in facto consistit. Secundò quia mixtum imperium plures partes habet, quam modicam coërcitionem, sicuti constat ex *l. 3. ff. de jurisd.* ad mixtum enim imperium datio bonorum possessionis, jussio interponendæ cautionis & plura alia referuntur *l. 4. ff. de jurisd. l. ea, quæ 26. ff. ad Municipal.*

An-

Antequam mixti imperii definitionem adducam, præsciendum est, 75
 quamvis hoc imperium jurisdictioni unitum sit, cum autoritate hujus
 imperii Magistratus jurisdictionem suam defendat contra improbos ac
 contumaces, & in causa civili non obedientes decretis & sententiis judi-
 cum *l. 1. in fin. l. ult. §. 1. ff. de off. ejus cui mand. est jurisd.* tamen re ipsa ju-
 risdictio civilis & mixtum imperium diversa & eorundem actus distincti
 sunt, nam causam cognoscere, sententiam dicere, decernere, statuere ju-
 risdictionis; sententiam decreta statuta ac jussa exequi captis pignoribus
 aut mulctæ indictione, jubere in carcerem ire in causa pecuniaria mixti
 imperii sunt, ita ut actus jurisdictionis præcedant, actus mixti imperii se-
 quantur, si nimirum ei, quod vi jurisdictionis decretum aut statutum est,
 non pareatur, si verò pareatur, mixtum imperium coërcitio omittatur,
 & quasi in nuda potentia & actu primo subsistat *Vin. tract. de jurisd. c. 7.*
n. 3. & 4. quæ omnia paucis explicat *Scipio gentil. lib. 1. de jurisd. c. 3.* sic
 scribens, si consideramus materiam, circa quam jurisdictionis & mixtum im-
 perium versantur, jurisdictionis & mixtum imperium non differunt, utrum-
 que enim ad causas civiles & pecuniarias pertinet, quod si non res, sed
 vim ipsam atque naturam utriusque spectamus, jurisdictionis est jus cogno-
 scendi & statuendi de causis civilibus, mixtum verò imperium est pote-
 stas, quæ jurisdictioni ejus tuendæ & exequendæ gratiâ cohæret.

Igitur mixtum imperium dico esse *potestatem jubendi & jussui non ob-* 76
temperantes in causa civili modicè coërcendi Magistratui vel proprio vel spe-
ciali jure competentem; ratio hujus mixti imperii inductiva est, quia im-
 probitas hominum contumacium & in causa civili decretis & Judicum sen-
 tentiis non obedientium effecit, ut aliqua quasi portio de mero imperio
 decerperetur, & jurisdictioni adjungeretur, ut Magistratus hâc potestate
 armatus jurisdictionem suam defendat, & quæ antea vi jurisdictionis de-
 crevit ac statuit, executioni mandare possit, cæteraque facere, sinè qui-
 bus aliàs jurisdictionis elusoria foret *Vin. d. loc. n. 2.* dicitur autem *modicè coër-*
cendi primò ut cognoscatur differentia inter mixtum & merum imperium,
 vi cujus contra delinquentes gravis animadversio fieri potest, secundò ut
 cognoscatur, quidd mixtum imperium, quatenus ad defendendam & ex-
 pediendam jurisdictionem deservit, potissimum consistat in aliqua modi-
 ca inobedientium coërcitione, hujus coërcitionis varii sunt modi.

Primò enim occurrit missio in bonorum possessionem, veluti si ad- 77
 versarius jussus cavere non caveat, aut debitor vocatus non compareat,
 mittitur actor in bonorum possessionem, ut sic contumax ad cavendum
 & creditoribus respondendum compellatur *l. 4. ff. de jurisd. l. ea que. 26. ff.*
ad municip. secundò captio pignorum *§. pen. Inst. de satisf. tut.* ubi tutores,
 & curatores, nisi caveant, captis pignoribus coërcendi sunt. Tertio
 mulctæ indictio *l. aliud frans. 131. §. 1. ff. de V. S.* ubi mulctam is dicere po-
 test, cui jurisdictionis data est *l. 2. §. 1. ff. si quis in jus vocat. non ierit. l. 2. in fin.*
ff. de jud. ubi in jus vocatus si non comparuerit, ex causa à competenti
 Judice mulctâ pro jurisdictione judicis damnatur. Quarto conjectio in 78
 carcerem & retentio inobedientis *Govean. de jurisd. lib. 1. n. 33.* vocatur

autem mixtum imperium, quia ex utroque nimirum imperio & jurisdictione conflatum est & participat, seu potius, quia vix se solo consistit, nam quandoque jurisdictioni tanquam inseparabile adjunctum cohaeret, dum nimirum contumaces modicè coërcet, quandoque autem jurisdictione mixto imperio annexa est, adeoque habens mixtum impetium jurisdictionem etiam habet, & contra habens jurisdictionem etiam mixto imperio pollet; ratio primi est, quia jurisdictione sine coërcitione adeoque sine mixto imperio explicari non potest *l. fin. ff. de off. ejus cui mand. est jurisd.* ratio secundi est, quod nimirum exercens mixtum imperium etiam habeat jurisdictionem, quia vis mixti imperii consistit in exequendo imperando & jubendo *l. 3. l. 4. ff. de jurisd.* at Magistratus nihil jubet aut fieri præcipit sine causæ cognitione, quæ est jurisdictionis *l. nec quicquam. §. ubi decretum. ff. de off. proconsul. & legat.* ergo imperium mixtum cohaeret jurisdictioni contentiosæ, eamque tuetur, & vicissim hæc mixto imperio, quod non in sola coërcitione, sed etiam in aliis, ut infra dicetur, consistit, accedit.

79 Exempla mixti imperii sunt sequentia: 1. Dare bonorum possessionem ex quacunque causa, mittere in bonorum possessionem v. g. ejus, qui cavere jussus non cavit, qui item latitat & à nullo defenditur *l. 1. l. 4. ff. de jurisd. l. cognitio. 4. ff. de off. ejus cui mand. jurisd. l. prætor ait. 7. ff. de dam. infect. l. 2. ff. ex quib. caus. in pos. eat.* 2. Restituere in integrum *l. ea quæ. 26. ff. ad municip.* ubi restitutio in integrum apud Magistratus municipales tractari non potest, quia illius cognitio potius ad imperium, quàm ad jurisdictionem quamcunque pertinet, prout etiam in *l. 3. c. ubi & apud quem cognitio in integ. restit.* declaratum extat restitutionis in integrum examen non competere Judicibus quibuscunque, sed jurisdictionem, cui scilicet imperium mixtum cohaeret, propriam habentibus. 3. Jubere caveri prætoriâ stipulatione v. g. rei servandæ aut legatorum servandorum causâ *l. cognitio. 4. ff. de off. ejus, cui mand. est jurisd.* 4. Sententias latas executioni mandare *Glos. in l. 2. ff. de rejud.* 5. Modicè coërcere contumaces & decreto Judicis non obtemperantes *l. 1. in fin. l. ult. ff. de off. ejus, cui mand. l. Magistratibus. 12. ff. de jurisd.* sicut etiam coërcitiones, quibus Prætor cogit arbitram judicare, ad mixtum imperium refert *Duar. ff. de recept. qui arbit. in princip.* 6. Cognoscere de suspectis tutoribus *l. cognitio. 4. ff. de off. ejus, cui mand.*

80 Quoniam verò adhuc plura mixti imperii sunt v. g. interponere auctoritatem in alienandis minorum prædiis, in alimentorum transactione, & mixtum imperium non tantum in Magistratûs jussu & coërcitione refractariorum, sed etiam vi jurisdictionis annexæ in quorundam majorum negotiorum causæ cognitione consistat, idè pro clariori declaratione nonnulli imperium mixtum in sex gradus ut *Bartol. in l. 3. ff. de jurisd. n. 17.* in maximum, majus, magnum, parvum, minus & minimum mixtum imperium dividit, *Zaf. in d. l. 3.* tres mixti imperii gradus facit, magnum scilicet, mediocre & parvum *Obrecht. in tract. de jurisd. & imperio. c. 12. n. 24. & 27.* duos tantum gradus constituit, unum in his, quæ magis sunt imperii quàm jurisdictionis, alterum in his, quæ magis sunt jurisdictionis quàm

quàm imperii, quæ opinio & partitio etiam fundata est in *l. 4. ff. de jurisd. & l. ea que. 26. ff. ad Municip.* ubi aliqua magis imperii quàm jurisdictionis esse dicuntur, & hõc ipso denotatur actus aliquos esse, qui mixto imperio, alios, qui jurisdictione expediuntur, particula enim magis positivè non comparativè accipitur *arg. l. 1. ff. commun. divid.* ubi actio pro socio magis & personales præstationes, quàm ad comunium rerum divisionem pertinet, actio siquidem pro socio cum sit ex contractu, nullò modò ad distractum & rerum comunium divisionem pertinet, sed quia hæc partitione non fit mixti imperii in suos gradus divisio, sed potius distinguuntur negotia jurisdictionis à negotiis & causis mixti imperii, eam non approbat *Bocer. tr. de jurisd. c. 4. n. 32.*

Et hinc cum *cit. Bocer. d. c. 4. n. 33.* judico gradus imperii mixti potius à personarum & judicum, quibus competit mixtum imperium, varietate & præcellentia petendos esse, adeoque inspecta Magistratum qualitate divido mixtum imperium in duos gradus, & dico aliquod imperium mixtum esse, quod tantum exercetur à majoribus Magistratibus v. g. præsidibus provinciarum, Prætoribus, aliquod verò esse, quod etiam Judices inferiores & minores v. g. Magistratus municipales exercent. Ad mixtum primæ classis imperium refero jussum de cavendo Prætoriæ stipulatione, missionem in bonorum possessionem, restitutionem in integrum & similia. Fundamentum est in *l. dies. 4. in princip. & §. duas ergò. ff. de dam. infect.* ubi si cautio juxta Præsidis aut Prætoris jussum præfixo die præstita non fuerit, Præses aut Prætor longiorem terminum potest constituere, municipali autem Magistratui injungit localem causæ inquisitionem, item cautionis præstationem & possessionem, cætera autem suæ jurisdictioni reservat, sic etiam in *l. 1. ff. de dam. infect.* Magistratus municipalis cautionem damni infecti nomine imponere non potest, nisi hæc potestas à Prætoribus sibi delegata sit, quia hic mixti imperii actus majori Judici proprius est, sic etiam majores magistratus v. g. præfectus urbi, Prætor, vel in provinciis Præses, quibus jus dandi tutores concessum est *§. sed hoc jure. 4. & seq. Inst. de Attil. tut.* de exigenda à tutoribus & curatoribus cautione rem pupilli salvam fore, curam gerere debent *pr. Inst. de satisd. tut.* ubi Prætor curare debet, ut tutores & curatores satisdant, sic etiam Magistratus municipales nolentes cavere dotis aut legatorum servandorum causâ non coërcet, nec actorem in bonorum possessionem mittit, sed omnia ista Magistratibus majoribus majori potestate præditis reservata sunt in *cit. l. ea que. 26. ff. ad municip.*

Inter ea, quæ majores Magistratus imperio mixto expediunt, referatur etiam venditio prædiorum ad minores 25. annis pertinentium, quæ non nisi auctoritate prætoris, aut provinciæ Præsidis fieri potest *l. 1. l. 5. l. 6. c. de prædiis & aliis reb. min. sine decret. non alien.* approbatio transactionis quo ad alimenta ultimâ voluntate relicta *l. cum bi. 8. ff. de transact.* coërcitio, quâ tutores & curatores compelluntur ad suscipiendam tutelam aut curatellam *§. sed ex his legibus. 3. Inst. de Attil. tut.* jussus, quò Prætor præcipit novum opus demoliri & in pristinum statum restitui *l. Præ-*

tor ait. 20. §. ait Prætor. ff. de nov. op. num. potestas concedendi auctoritatem dominis 20. annis minoribus servos manumittere volentibus §. *eadem lege. Inst. quib. ex caus. manumit. non lic.* potestas impertiendi auctoritatem adoptare volentibus *l. 2. §. 1. & l. seq. ff. de off. proconsul.* quæ omnia per se considerata v. g. dare consensum alienandi prædia minorum, transigendi de alimentis, ut opus factum demoliatur, ut fiat manumissio & adoptio, mixti imperii sunt & in jussu ac præcepto consistunt, quamvis in omnibus istis etiam jurisdictio intercedat, seu potius præcedat, cum sine præcedente cognitione concessio aut jussus in dictis casibus non fiat.

82 Ad Magistratus majores & minores pertinet omne mixtum imperium, quod jurisdictioni cohæret, sive id habeant & exercent majores sive minores Magistratus, quia jurisdictio absque hoc mixto imperio consistere & explicari non potest *l. fin. ff. de off. ejus, cui mand. est jurisd.* ad hoc mixtum imperium spectat potissimum coërcitio non parentum Judici, quæ etiam Magistratibus inferioribus tuendæ jurisdictiois suæ causâ tribuitur, cum sine hac coërcendi potestate inanis & delusoria esset jurisdictio *cit. l. fin.* hinc quamvis Judicum plebejorum jurisdictio terminos cognitionis non excedat & tantummodo in levioribus causis occupata sit, nihilominus etiam illis facultas aliqua coërcendi indulgetur, prout experientia monstrat, daß nemlich auch die Richter auff denen Dörffern Stoc und Kotter zu Bestrafung des Ungehorsams haben/ ut proinde optimè huc conferat id, quod docet *Matthias Stephani de off. Jud. l. 1. c. 7. n. 3.* scilicet quod jurisdictio aliquid saltem mixti imperii annexum habeat, & secundum actum cognoscendi & pronuntiandi dicatur jurisdictio, secundum actum verò coërcendi dicatur mixtum imperium, ad hoc mixtum imperium Judicibus inferioribus competens etiam refertur sententiæ executio, quæ aliquando etiam ad Judices interiores pertinet, ita ut non tantum sint Judices cognitionis, sed etiam executionis, ratio omnium prædictorum est, quia ubi majus periculum, ibi majore cautione opus est *l. 1. §. 5. ff. de carbon. Edict. c. ubi majus. 3. de elect. in 6.* ergò majora mixti imperii capita, majores etiam requirunt Judices

83 Quæres quod ergò pertineat facultas dandi Judicem? Prætores olim & alii Magistratus in causis privatis & pecuniariis (paucis in *l. cognitionem. 5. ff. de extra ord. cognit.* exceptis casibus) non ipsi cognoscebant, sed ad cognoscendam causam constituiebant Judices, qui non jurisditionem propriè dictam, sed tantum notionem & cognitionem habebant, & vocabantur Judices pedanei *l. 2. & tot. tit. cod. de Judic. pedan.* his præmissis re. Judicis dandi facultatem pertinere ad jurisditionem, adeoque esse actum & effectum jurisditionis *l. imperium. 3. in fin. ff. de jurisd.* ubi dicitur, quod jurisdictio etiam sit Judicis dandi potestas, ergò Judices dare possunt non tantum habentes imperium mixtum, & majori in judicando potestate gaudentes, sed etiam qui jurisditione, cui quo ad coërcitionem mixtum imperium cohæret, præditi sunt; hinc Judices etiam dare possunt illi, quibus mandata est jurisdictio, quamvis jurisditionem mandare nequeant; ratio, quia Judicis datio est jurisditionis, sed mandataris

rius

rius habet jurisdictionem *l. 1. §. qui mandatam. ff. de off. ejus, cui mand.* ubi mandatarius dicitur uti jurisdictione. Accedit *l. ult. cod. ubi & apud quem cog. in integ. restit.* ubi mentio fit de dato Judice ab illis, qui propriam jurisdictionem non habent, quorum nomine non alius, quam cui jurisdic-tio mandata est, venit *cit. §. qui mandatam* quo dicitur, mandatarium non habere propriam jurisdictionem, non verò similiter Judices dati seu pedanei alios Judices dare possunt *l. à Judice. s. c. de Judic.* ratio, quia pe-daneus & datus Judex non habet jurisdictionem, sed simplicem facti no-tionem *l. ait Prætor. s. ff. de re jud.*

Et quamvis istud Judicum datorum genus à foro recesserit saltem 84 quo ad veterem apud hos receptum in procedendo morem, cum Impe-ratores sustulerint formulas & illas antiquas impetrationes, secundum quarum præscriptum Judices dati procedere debebant *l. 1. l. 2. de formul. & impetrat. sublat.* inutilis tamen non est præmissa quæstio, quia relucet adhuc hodiernis moribus Judicum datorum imago, quam *Frid. Hiltropf. in proces. Judic. p. 1. de jurisd. tit. 1. n. 11.* ponit in auditoribus, quos passim Principes & majora tribunalia habere videntur, illi enim causam audiunt, sed jus non dicunt, reservatâ Principi sententiâ, nisi à Summo Pontifice auditores constituti sint, qui judicant & sententias exequuntur *Clem. au-ditor. 3. de rescript.* deinde in Referentibus, quibus à Judice acta tradun-tur, ut quid juris in proposita controversia sit, facta diligenti omnium acto-rum relatione & enarratione, quasi consulendo aperiant, imò Judicum datorum species relucet in Judicum commissariis, quibus præsertim ordi-narii Judices vel propter occupationes publicas vel causarum multitudi-nem impediti causarum examen reservata sibi decisione committunt; ra-tio, nè intervenientibus hujusmodi impedimentis lites protrahantur & in-decisæ maneat *l. placuit. 4. cod. de Judic. pedan.*

Quæstio alia hîc ventilanda est, an nimirum imperium mixtum aliis 8 mandari possit? non est hîc quæstio de imperio mixto, quod jurisdic-tioni cohæret, nam hoc in illum cui mandatur jurisdic-tio, indubitatè unâ cum jurisdictione transit *l. 1. in fin. ff. de off. ejus, cui mand.* ratio, quia im-perium mixtum jurisdictioni cohærens consistit in coërcitione, quâ con-tra inobedientes jurisdic-tio defenditur, & contumaces decretô Judicis pa-rere compelluntur *l. fin. ff. de off. ejus, cui mand.* ergò dubium non est im-perium mixtum ità consideratum mandari posse, cui enim jurisdic-tio man-data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus jurisdic-tio expli-cari & autoritas jus dicentis salva manere non potest *l. 2. ff. de jurisdic-t.* sed totum dubium tantum in eo versatur, an illud imperium mixtum, quod jurisdictionem & causæ cognitionem in se complectitur, & juxta superius dicta Magistratibus majoribus competit, mandari aliis possit?

Hoc imperium mixtum mandari non posse, sed ab illo ipso cui com-petit expediri debere, dicendum videtur. Primò, quia quæ non com-petunt Magistratibus municipalibus, sed majoribus tantum Judicibus, ea mandari aut delegari non possunt *l. 1. in princ. ff. de off. ejus, cui mand.* mix-tum autem imperium modò prædictô acceptum quo ad actus supra re-

centos Magistratui municipali non competit *l. ea quæ. 26. ff. ad municip.* ergò id mandari non potest. Secundò cautio damni infecti & missio in possessionem est mixti imperii *l. 4. ff. de jurisdict.* & Magistratui municipali non competit, sed quia res hæc celeritatem desiderat, & dilatio cautionis de damno infecto periculosa est *l. 1. ff. de dam. infec.* idem specialiter constitutum est, prædictæ cautionis exactionem posse mandari *l. 4. §. duas ergò res. ff. de dam. infec.* ergò in cæteris mixtum imperium mandari non potest, quæ enim singulariter in uno casu ordinata sunt, in consequentiam trahi non possunt, cùm exceptio firmet regulam in casibus non exceptis, & quæ decretum aut causæ cognitionem desiderant, per libellum, id est, per delegationem expediri non possunt *l. nec quicquam. 9. §. ubi decretum. ff. de off. proconsul. Cagnol. ibid. Bartol. in l. 1. ff. de off. ejus, cui mand. n. 3.*

86 Verior tamen est opinio altera, scilicet etiam illa, quæ mixti imperii sunt, & majoribus Magistratibus competunt, mandari posse. Fundamentum est hoc: certum est, quòd jus bonorum possessionem dandi, jubere cæveri, & similia sint mixti imperii *l. 3. §. mixtum. ff. de jurisd. l. 4. ff. eod.* & quidem ità, ut ista Magistratus municipalis tractare & expedire non possit *l. ea quæ. 26. ff. ad municip.* sed ut bonorum possessio detur, ut ventris nomine mulier in possessionem, vel is, cui legatum relictum est, legatorum servandorum causà in possessionem mittatur, alteri mandari potest per textum expressum in *l. cognitio. 4. §. ut possessio. 1. ff. de off. ejus cui mand.* ergò, his accedit quòd in integrum restitutio apud Magistratus municipales non petatur, & sic referatur ad actus mixti imperii majoribus Judicibus competentes *cit. l. ea quæ. 26.* & tamen mandari possit *l. ult. cod. ubi & apud quem restit.* ubi non tantùm à Principe, sed etiam illis, qui Reipub. administratores sunt, & propriam jurisdictionem habent, causa restitutionis in integrum aliis mandari potest, ergò mixtum imperium mandari potest & locus est regulæ, quod aliquis potest per se ipsum, id etiam potest per alium *Muscor. tr. de jurisd. n. 172. Scipio gentil. de jurisdict. l. 2. c. 24.*

87 Nihil roboris est in contrariæ sententiæ argumentis, nam primi argumenti major à veritate aliena est, siquidem tametsi aliqua municipalibus Magistratibus non competentia ex speciali ratione mandari non posse concedam, tamen ex supradictis eruitur causam restitutionis in integrum, missionem in bonorum possessionem, jus exigendi cautionem & damno infecto, quamvis hæc & plura alia mixto imperio cum municipalium Magistratuum exclusionem accepto ferantur, mandari posse. Nec obstat *l. 1. ff. de off. ejus, cui mand.* quia in illa de mixto imperio in specie nihil disponitur, sed tantùm dux generales regulæ proponuntur, quarum prima adfertur de illis, quæ mandari aliis non possunt, & confirmatur exemplis non de mixto, sed mero imperio illatis, ut dehinc solida ratione primi argumenti major negari, & quia restitutio in integrum, missio in bonorum possessionem & plures alii mixti imperii actus municipalis magistratûs potestatem transcendentem mandari possunt, inferri potuerit, mixtum imperium simpliciter delegari posse.

Minus

Minus obstat secundum argumentum, nam in objecta *l. 1. §. 1. 4. §. duas. ff. de dam. infec.* Juris-Consultus nihil de speciali ratione allegat, ob quam exactio cautionis de damno infecto municipali Magistratui demandari possit, nec asserit horum tantum actuum ad mixtum imperium pertinentium delegationem procedere in cæteris autem permissam non esse, hoc enim repugnaret apertissimis textibus in confirmationem meæ sententiæ allatis & enumeratis mixti imperii actibus delegabilibus, sed hoc tantummodo ibi deciditur, licet cautio damni infecti ob præsens scæpe periculum celeriter expedienda sit, tamen Magistratus municipalis per se absque Prætoris speciali mandato talem causam tractare, sed ejus delegationem à Prætore expectare debeat, quam etiam Prætor aliis causis occupatus eò libentiùs & promptiùs Magistratui municipali committet, ut citiùs damnum avertatur, & impedimenta Prætori occurrentia, ob quæ is ipse causam hanc suæ jurisdictioni reservatam tractare non potuit, cautionem petenti non sint nociva.

Nec quidquam contrariæ sententiæ patrocinator allegata *l. nec. quicquam. 8. §. ubi decretum*, nam sensus ejus est iste; cum in causa quadam plena cognitio desideratur & deinde decretum Prætoris subsequitur, non sufficit, ut pars isti Magistratui supplicem libellum offerat, & in eo Summariam facti narrationem faciat, nec fieri potest, ut Judex summariter procedat, & supplicationi subscribat, sed necesse est, ut causæ plena cognitio instituat, & deinde decretum expediatur, adeoque per libellum in d. textu non significatur, nec inhibetur in causis cognitionem requirantibus delegatio, prout hoc etiam constat ex *l. excusare. ff. de excus. tut.* in qua Ulpianus scribit, tutores non excusari per libellos, id est, non sufficere, propositam esse excusationem per libellum, sed eam probandam esse *l. scire oportet. §. sufficit. ff. de excusat. tut. l. minorum. c. de prædiis & aliis reb. min. proinde d. textus nihil obstat Muscorn. tr. de jurisd. n. 174.*

Merum imperium inspectâ majori suâ parte definitur ab Ulpiano in *88 l. 3. ff. de jurisd.* quoddam sit potestas & jus gladii ad animadvertendum in facinorosos, quia verò merum imperium non tantum in potestate gladii, sed & in alia coërcitione & pœnarum inflictione consistit, quantumcunque enim jus facinorosos puniendi sit, non civili jurisdictioni, sed mero imperio cohæret, nisi pœna & mulctatio ad tuendam jurisdictionem necessaria sit, ided merum imperium sic definiendum esse puto: Merum imperium est potestas animadvertendi in eos, qui criminis dicuntur rei, vel ipsos publicæ vindictæ causâ coërcendo & condignis pœnis afficiendo, si rei inveniuntur, vel absolvendo, si insontes deprehendantur, id est, das Recht und die Macht in denen peynlichen Sachen über Leib und Blut des Menschen zu richten. Vel das Land-Gericht / peynliche Gericht / malefiz-Recht / Hoch- oder Ober-Gericht. Usus autem sum verbo *animadvertendi* in genere, quia licet per animadversionem videatur denotari ultimum supplicium, tamen pertinet etiam ad alias animadversiones mero imperio inclusas, quæ vel capitis vel non capitis, majores vel minores esse possunt, adeoque sive rei criminum capite plectendi & summò sup-

pliciô afficiendi, five aliâ coërcitione è numero civium tollendi v. g. deportatione, exilio & relegatione, vel fustigandi sint, hoc totum ad merum imperium spectat, *l. 2. §. exactis. 16. & §. populo. ff. de off. proconsul.* dixi etiam vel *absolvendo*, nam sicut condemnatio mero imperio attribuitur, sic etiam innocentis absolutio ex eodem promanat *l. solent. in princip. 6. ff. d. t.* ubi sicut gladii potestas seu merum imperium, ità etiam jus accusatum absolvendi in alios transferri non potest, dixi *vindictæ publicæ* delicta enim puniri publicè interest, quia terrore pœnæ alii à delinquendo avertuntur, & sic Respub. tuta & quieta manet *l. congruit. 13. ff. de off. Præsid. Tuscb. pract. conclus. tom. 2. lit. D. conclus. 157.*

89 Vocatur autem merum imperium, quasi solum & purum sit nullam alterius rei mixturam habens, sicut vinum dicitur merum & purum, quod aquâ dilutum non est, jus gentium dicitur merum, quod non est mixtum præceptis civilibus *l. bona fides. 31. ff. de pos.* merum enim imperium jurisdictioni non cohæret, sicuti mixtum, nec qui jurisdictionem habet, is etiam habet imperium merum, sicuti mixtum sed hoc imperium merum disjunctum & à jurisdictione separatum est, quæ omnia magis elucescunt ex *l. ult. ff. de off. ejus, cui mand. est jurisd.* in qua J. C. ait mandata jurisdictione in mandatarium simul transire imperium mixtum & coërcendi potestatem, non autem imperium merum, ex quo patet merum imperium jurisdictioni non cohærere aut deservire, sed solum & ab ea separatum esse.

Inde tamen inferri nequitiam potest, merò imperiô nullam contineri jurisdictionem, nam merum imperium habens jurisdictione criminali omnino præditus est, quæ sententia validissimis nititur fundamentis, nam *primò* merum imperium continet in se cognitionem de crimine, sine qua in facinorosos animadverti, sententia ferri aut pœna executioni mandari non potest, sed cognitio hæc est actus jurisdictionis criminalis, ergò. *Secundò* inspectâ nominis notatione jus dicere & jurisdictione conjugata sunt *Bocer. de jurisd. c. 2. n. 6.* qui autem facinorosum hominem pro sua publica potestate condemnat, jus dicit & jurisdictionem exercet, siquidem jus constitutum causæ applicat, & factò, ad quod pertinet, accommodat, & quamvis delinquentis condemnatione merum imperium exerceri videatur *l. 3. ff. de jurisd.* tamen negari non potest, eum, qui reum condemnat, simul jurisdictionem exequi, publici enim judicii exercitium jurisdictionis esse dicitur in *l. 1. ff. de off. ejus, cui mand. est jurisd.* *Tertiò* merum imperium consistit in animadvertendo contra facinorosos homines, & jurisdictione consistit in dicendo & reddendo jure animadvertendo contra facinorosos homines, & jurisdictione consistit in dicendo & reddendo jure, animadvertere autem & jus dicere de capite hominis facinorosi pro eodem accipiuntur in *l. 2. §. exactis deinde regibus conles. 16. & §. quia, ut diximus. 23. ff. de orig. jur.* ubi dicitur, quòd consilibus permissum non fuerit sine jussu populi in caput civis animadvertere, & jus dicere, ergò dubium nullum est, quin ei, qui merum imperium habet, etiam cognitio criminis, juris redditio, seu pronuntiatio sententiæ com-

competat; in quem finem etiam *quarto* in *l. si in aliam. 7. §. ult. l. 8. l. 9. l. si quid erit. 11. ff. de off. proconsul.* J. C. ait proconsulem plenissimam jurisdictionem habere, quia merum imperium & animadversio etiam major ei tributa est.

Non obstat, quod merum imperium dicatur ad differentiam mixti imperii, quod idem dicitur mixtum, quia jurisdictioni cohaeret, ergo merum idem dici debet, quia jurisdictioni immixtum non est, sed ab ea separatum, non obstat inquam, nam quicumque Magistratus de crimine commisso cognoscit, & juxta jus constitutum condemnando vel absolvendo pronuntiat, is jus dicit, reddit & decernit, ergo hoc ipso jurisdictionem criminalem exercet, & exequitur, & sic licet imperium merum a jurisdictione separatum sit, id est, ei non competat, qui jurisdictionem in causis civilibus & pecuniariis habet, negandum tamen non est, quod imperium merum ab omni jurisdictione separatum sit, sic licet arrogatio ab adoptione in specie distincta sit, nihilominus adoptionis generalis species est *Bocer. de jurisd. c. 2. n. 26.*

Quamvis vero imperium merum consistat in animadversione in facinorosos, & sic qui in facinorosos animadvertere potest, debeat etiam posse de crimine cognoscere, & contra reum sententiam proferre, haec enim antecedentia animadversionis, quatenus haec pro irrogatione poenae accipitur, sunt, & concessio consequenti nimirum animadversione, etiam concessa esse intelliguntur; tamen dubium non est multis competere jurisdictionem criminalem, id est, cognitionem criminis absque executione, ita, ut sententiae criminalis prolatio, sententiae exequendae & poenae irrogandae jussus alteri reservetur, sic legatus ex mandato proconsulis de causis criminalibus cognoscit, quod est extraordinarium mandati genus, proconsul autem ipse & non legatus sententiam contra criminis reos proferat *l. unica. c. de off. proconsul. & legat.* sic etiam praefectus vigilum de incendiariis, raptoribus, effractoribus cognoscendi potestatem habet auctoritate tamen sua contra eos statuere non potest, sed eos puniendos ad praefectum urbis remittere debet *l. 3. §. 1. ff. de off. praefecti vigil. l. unica. c. eodem.* quamvis insularios & eos, qui ignes negligenter apud se habuerunt, coercere possit *l. ult. ff. eod.*

Imò insolitum non est, quibusdam Magistratibus eatenus merum imperium competere, ut facultatem persequendi & capiendi delinquentes, processum formandi habeant, acta vero legitime instructa proferenda sententia criminali alteri Judici transmittere debeant, ita, ut merum imperium inter hos divisum, & illud una pars uni, alteri altera pars competere videatur *Stryk. in usu mod. ff. de Jurisd. §. 10.* cujus rei speciem exhibet in Austria *tract. de jurib. in corp. tit. 3. von der Dorff-Obrigleit §. 3. und die Land-Gerichts-Ordnung 22. tit. 4. p. 1. §. 1.* Wann aber der Grund-Dorff-oder Vogt-Herr den öffentlichen Thäter auff seinen Grund ehender erfahren und bekommen kan/soll er ihn alsobald gefangen nehmen/ doch hernach dem Land-Gericht solches ankünden und längst inner 3. Tagen mit allen habenden Anzeigen liffen an Orth und End / wie es zwischen Theilen son-

sten herkommen ist/ videtur etiam *art. 5. p. 1.* von Einziehung der Thäter / die nicht auff offener That ergriffen werden/ sic etiam, quamvis vi meri imperii poenæ reis imponantur, & omnes graviores animadversiones ad merum imperium pertineant, & ab eo, qui jus publici Judicii habet, exerceri valeant *l. ordo. 8. ff. de publ. jud. Hiltropf. in proces. jud. p. 1. tit. 1. demer. imper. n. 10.* tamen certæ poenæ sunt exceptæ, quas in criminis reos decernere non potest omnis judex, qui de causa criminali cognovit, ut est poena deportationis, quam præses in reum non potest convertere, quamvis de causa criminali cognovit *l. 2. §. 1. ff. de poen. l. 1. §. deportatos. l. 6. ff. interdict. & releg.* idem est in procuratore Cæsaris *l. ult. ff. de off. procur. Cas.*

93 Merum imperium nonnulli distinguunt in sex gradus *Bartol. in l. 3. ff. de jurisd.* nimirum in maximum, majus, magnum, parvum, minus, minimum. Sed quia multa horum graduum exempla v. g. condendæ legis potestas, natalium & famæ restitutio, creatio tabellionum, concessio veniæ ætatis, potiùs ad Regalia & supremi Principis potestatem seu Majestatis exercitium, quàm ad merum imperium, quod in coërcitione facinorosorum, vel absolute infontium consistit, referenda sunt, idèd nonnulli hos tantùm meri imperii gradus constituunt, scilicèt magnum medium, sive mediocre & parum *Zaf. in d. l. 3.* sed quia per has & similes alias distinctiones tantùm fit poenarum aliquis gradus, non verò omnium actuum ad merum imperium pertinentium gradus constituuntur, cùm præsertim merum imperium non tantùm in poenis imponendis, sed etiam aliis actibus consistat, placet præ omnibus sententia *Boceri de jurisd. c. 5. n. 12.* dicentis, merum imperium vel concernere præparatoria judicii criminalis vel ipsam criminis judicationem, vel rei condemnati coërcitionem.

94 Ad præparatoria refertur inquisitio in authorem criminis, apprehensio rei, & ejusdem incarcerationio. Et quòd hæc omnia sint meri imperii, si fiant in causa criminali, evincitur ex eo, quòd actus isti præcedentes ordinentur ad causam criminalem & merum imperium, & sic etiam æstimari debent ex qualitate causæ principalis adquam tanquam accessorium diriguntur, cùm accessorium sequatur naturam & conditionem principalis quòd verò inquisitio ordinetur ad causas criminales, patet tum *ex l. Congruit. 13. ff. de off. præsid.* quâ conquisitio reorum præsi jubetur, tum *ex c. inquisitionis 21. & c. qualiter 24. X. de accusat:* ubi inquisitio contra criminosos instituenda esse dicitur, ut deinde confessi vel convicti debitis poenis afficiantur: quòd apprehensio & incarcerationio in causa criminis meri sit imperii, negari non potest, quia hæc omnia sunt necessaria exequendi imperii & poenæ media, cùm apprehensio & incarcerationio in eum finem fiat, ut reus deinde castigationi subjici possit *c. clericos. 15. de sent. ex com. in 6.* ergò judicari debent secundùm causæ principalis & finis qualitatem. Dixi *in causa criminali*, nam si missio in carcerem fiat, in causa civili contra contumaces jurisdictionis tuendæ causâ, eam mixti imperii esse dico, quia similiter juxta causæ principalis, quæ civilis est, qualitatem æstimari debet.

95 Ad criminis judicationem quod attinet, consistit illa tum in cognitione

tione criminis, tùm etiam in sententia absolutoria & condemnatoria. Quod cognitio criminis sit meri imperii, ex eo constat, quia merum imperium est potestas gladii ad animadvertendum in facinorosos, ly autem animadvertere non tantùm coërcitionem delinquentis, sed etiam cognitionem de aliqua re significat *l. 15. §. quod ait prætor. 28. ff. de injur.* ubi prætor ait, quis injuriam fecerit, & quanta sit injuria, animadvertam, id est, cognoscam. Deinde proconsul, licèt gladii potestatem non mandet, extraordinariò tamen modò solet custodiarum cognitione: a legatis comittere, ità ut hòc ipsò dicatur mandare merum imperium *l. solent. 6. ff. de off. proconsul.* quod evidens argumentum præbet, cognitionem criminis meri imperii partem esse: accedit, quòd in *l. 1. ff. de off. ejus, cui est jurisd.* cognitio contra familiam occisi domini mandari nequeat, non alia ratione, quàm quia meri imperii, quod mandari non potest, pars est. Ed magis, quia neque ad jurisdictionem simplicem, neque ad imperium invitum, uti ex definitionibus adverti potest, cognitio criminis reduci valet. Pronunciationem sententiæ criminalis meri imperii esse, planè non dubito *l. solent in fin. ff. de off. proconsul.* quia pronunciare in causâ criminis est Jus dicere de capite hominis facinorosi, Jus autem dicere seu animadvertere hòc modò est meri imperii, cùm animadvertere proprium sit meri imperii, *l. 3. ff. de jurisd.* & jus dicere ac animadvertere idem sit *l. 2. §. ex actis deinde Regibus 26. §. & quia ut diximus 23. ff. de orig. jur.* ergò dubium non est, quòd condemnatio aut absolutio ità accepta sit meri imperii. Præterea constituere pœnam criminis est meri imperii, pœna autem per Judicis pronunciationem constituitur, ergò *Bald. in l. si quis filio §. irritum ff. de injust. rupt. & irrit. test.*

Nunc ad criminis coërcitionem, & hanc meri imperii esse apertè ⁹⁶ docet *l. solent. 6. ff. de off. proconsul.* ubi facinorosi hominis coërcitio ad gladii potestatem, quæ utique meri imperii est *3. ff. de jurisd.* refertur, quamvis negandum non sit, judicationem de crimine & ipsam executionem, quæ sub Coërcitione continetur, quandoque non ad eosdem judices pertinere, sicut in *l. solent. 6. ff. de off. proconsul* constituitur, quòd legatus habitâ de custoditis delinquentibus cognitione causam ad proconsulem remittat, ut ipse custoditos innocentes liberet, vel reos coërceat, & de Camera Imperiali attestatur *Deinaius in disput. de mer. Imp.* quòd scilicèt Camera Imperialis merum imperium in subditos suos delinquentes tum cognoscendo de crimine, tum condemnando reos exerceat, ipsa verò Civitas spirensis sententiam exequatur. Coërcitio autem nomen generale est, & hinc tam corporalis, quàm pecuniaria esse potest, corporalis est, quâ corpus delinquentis punitur: Et hæc vel capitalis vel non capitalis est, capitalem dico esse coërcitionem, quâ delinquenti caput naturale id est vita adimitur ultimò suppliciò *l. Capitalium 28. ff. de pœn. l. ultimum 21. ff. eodem,* cujus varia sunt genera, ut pœna furcæ id est suspendii, *l. si quis aliquid 38. §. 1. ff. de pœna.* damnatio ad bestias, quam tamen ab usu fori recessisse, & in locum illius pœnam gladii successisse docet *Angel. in l. 3. §. legis Corneliæ ff. ad leg. Cornel. de sicar.* Supplicium rotæ, ignis, disse-

dissectio corporis in partes & alia similia. Vel quâ non vita naturalis, sed libertas vel civitas delinquenti adimitur, capite enim minui dicitur, qui libertatem vel civitatem perdit §. 1. *Instit. de capit. diminut. l. ult. ff. de cap. minut.* quod fit per damnationem in metallum, deportationem, & alia, quibus vita civilis adimitur & restringitur.

97 Non capitalis coërcitio est, vel quâ in corpus delinquentis, vel extra corpus in bona fit animadversio, coërcitio non capitalis, corporalis tamen est, quâ salvo rei capite naturali & civili in ejus animadvertitur, vel cum sanguinis effusione; vel sinè sanguine *l. si quis. 6. fm. l. 7. l. 8. capitalium 28. §. cæteræ pœnæ & sequent. ff. de pœnis.* ad coërcitionem cum sanguinis effusione redigitur amputatio manus, digiti, aurium, linguæ: sicuti exactori tributorum, falsario apocham more legali non conficienti manus abscindenda esse dicitur, uti & scriptori hæreticorum librorum, *Nov. 17. c. 8. nov. 42. c. 1. §. sit itaque:* & digiti amputatio fit perjuro, linguæ aut labiorum amputatio vel perforatio locum habet in blasphemis *Bocer. decis. 301.* quibus aliqualiter accedit gravis flagellatio & virgis cæsis, quamvis hæc non semper cum sanguinis effusione notabili exercentur. Ad coërcitionem sinè sanguine refertur animadversio per relegationem, scilicet reo certis locis, vel omnibus locis præter unum interdicitur, vel is à provincia aut Civitate in alium locum mittitur. Per confinementem cum quis à loco non telegatur, sed certi fines, quibus non excedat, assignantur, per exhibitionem ad publicam infamem Columnam, wann einer an den Pranger gestellet wird / carceratio perpetua, vel temporalis saltem jure canonico & usu hodierno *c. quamvis de pœnis. in 6.* nam jure civili, quamvis in publica vincula coniectio sit pœna & coërcitio *l. 28. §. ad statuas 7. ff. de pœn.* tamen carcer non est pœna, sed custodia *l. 1. eod. de custod. reor.*

Extra corpus in bonis fit coërcitio, cum reus criminis vel certâ numerorum summâ, vel universis bonis, aut certâ bonorum parte ob crimen commissum mulctatur §. *Publicorum 2. vers. cætera. Inst. de publ. Jud. dixi ob crimen commissum,* nam si levior mulcta pecuniaria in causa civili dicitur, per id non exercetur merum imperium *Muscor. tr. de jurisd. n. 213.* omnibus autem hucusque recensitis criminis coërcitionibus mero imperio statuendis commune est, quod judiciô publicô damnatus simul fiat infamis *l. infamem 7. ff. de public. jud. §. publicorum 2. vers. cætera Inst. de public. jud.* Similiter

98 Sciendum est, si in quadam sanctione vel communi, vel municipali simpliciter pœna capitalis crimini præscripta legatur, non facta ulteriori capitalis pœnæ declaratione, per hanc capitalis pœnam non intelligi debere ultimum supplicium, sed deportationem, aut aliam ei similem pœnam, si aliunde ex criminis atrocitate, personæ puniendæ qualitate aliud non constet; ratio quia legum interpretatione pœnæ potius molliendæ quàm exasperandæ sunt *l. interpretatione 42. ff. de pœnis.* benignior enim interpretatio in causis pœnalibus fieri debet *l. factum. 155. §. ult. ff. de reg. jur. l. si præter 32. §. ult. ff. ad leg. Jul. de vi publ.*

Dixi

Dixi, si aliunde ex criminis atrocitate &c. sic licet in *l. 3. §. Si is qui. 99* §. in bello. §. qui seditionem. item in *l. 6. §. 1. 2. 3. 4. §. 7. ff. de re milit.* dicatur, quod volens transfugere, sed deprehensus, quod rem à duce prohibitam faciens, & mandata non servans capite puniendus sit, tamen hæc pœna capitis significat ultimum supplicium, quia rigidior solet esse disciplina militaris propter aliorum exempla, sic etiam doctores pœnam capitis contra transcendentem & violantem muros urbis Romanæ dictatam interpretantur de ultimo supplicio propter criminis atrocitatem, cum abominandum & hostile sit violare muros Civitatis, & Romuli frater Remus ob id occisus fuisse tradatur *l. ult. ff. de divis. rer.* Sic etiam pœna capitalis de servo simpliciter prolata non denotat deportationem *l. cum autem. 23. §. excipitur etiam. ff. de adilit. Ed.* quia servus caput civile non habet, & sic etiam illud per deportationem amittere non potest *l. bos accusare. 12. §. omnibus. ff. de accusat.* Sic etiam in *l. raptores 41. in prin. c. de Episcop. & Cler.* per Capitis simpliciter positi supplicium denotatur mors naturalis, tum quia verbum *supplicii* regulariter significat pœnam mortis *l. 2. c. de comert. c. & mercat.* tum quia finis *d. l. raptores.* quo consciis & ministris in raptu virginum Deo dicatarum pœna capitalis præscribitur, declarat initium legis & supplicium capitis ibidem de morte naturali intelligendum esse.

Quæres qualis pœna intelligatur, si in lege aut statuto simpliciter inveniat crimini dictata pœna sanguinis? R. declarationem quidem à legislatore petendam esse, in dubio autem non intelligi pœnam mortis, sed pro qualitate criminis, manûs, digiti, aurium amputationem, item castigationem virgis inferendam, ratio quia juxta prius dicta non tantum pœnæ potius interpretando molliendæ, quàm exasperandæ sunt; sed etiam juxta proprietatem verborum procedendum est, sanguinis autem pœnam per amputationem manûs aut alterius membri, vel per graviolem virgarum castigationem verificari palam est, cum harum pœnarum irrogatione sanguis eliciatur, ergo, nisi tamen adjuncta & criminis circumstantiæ aliud suadeant, quo casu omnino ad graviolem pœnam deveniendum est *l. perspicuum 11. ff. de pœn.* exemplum est *l. ult. in fin. cod. de Judæis.* ubi Judæi contra legis prohibitionem novam synagogam extruentes pœnâ sanguinis afficiendi sunt, & hæc pœna sanguinis de morte naturali capitur, ratio, quia Judæi plures synagogas contra legis prohibitionem fabricantes graviter delinquent, cum perversâ suâ doctrinâ Christianam fidem expugnare conentur, ad quod ipsum, nisi graviter in Judæos animadverteretur, occasio daretur. Alciat in *l. licet capitalis ff. de V. S. Menoch. de præsumpt. lib. 5. præsumpt. 44. n. 19.* sic etiam *l. ult. ff. de prævaricat.* dum dicit, quod corruptens delatorem pro victo habendus sit, exceptâ causâ sanguinis, capienda est juxta *l. transigere 18. c. de transact.* Ex criminibus pœnam sanguinis, id est, mortem ingentibus, de quibus transigere licitum est.

Merum autem imperium is ipse, cui competit, exercere debet, nec alteri demandare potest *l. solent. 6. ff. de off. proconsul.* ubi dicitur, quod nemo possit gladii potestatem, aut alterius coërcitionis genus in alterum transferre, quod ipsum etiam iisdem verbis repetitur in *l. nemo potest. 70.*

ff. de reg. jur. in quem finem etiam *in l. ult. ff. de off. ejus, cui mand. est jurisd.* J.C. affirmat, mandata alicujus jurisdictione comprehendi quidem & transferri mixtum imperium, non verò merum, ratio, quia quod alicui non jure proprio Magistratûs, sed ex speciali legis aut alterius concessione competit, id alteri mandari nequit *l. 5. ff. de jurisd.* hõc enim ipsõ videtur, quasi personæ industria & singularis habilitas electa esse, merum autem imperium Magistratibus ex speciali legis concessione indulta est *l. 1. ff. de off. ejus, cui mandat. est jurisd.* ergò id quasi alienõ beneficiõ competens jus aliis demandari non potest. Nisi fortè delegationem meri imperii exigat absentia, mala valetudo, vel alia justa causa, ob quam is, cui merum imperium obtigit, de crimine cognoscere, & quod justum est statuere, impediat *l. 1. §. 1. ff. de off. ei. cui mand. est jurisd.* convenientius enim est tali casu delegationem admittere, quàm criminis cognitionem & reliqua magna reorum incommoda differre, & diuturnõ carceris squallore reos afflictos detinere. Hodie tamen merum imperium indistinctè delegari ait *Rosbach. proces. Judic. tit. 2. n. 33.* sicut etiam passim omnem jurisdictionem Dominos Castrorum præfectis suis mandare videmus, ratio, quia hodie merum imperium jure propriõ habetur, & Magistratûs officio annexum est. *Cabor lib. 2. disput. 7.*

102 Experientia tamen testis est, quòd præfecti aliisque in delegato sibi mero imperio Jurisconsultorum operâ & consiliõ plerumque utantur, imò etiam processum ritè instructum cum omnibus actis pro ferenda sententia dictis Jurisconsultis, quàm etiam pro investiganda & examinanda processûs criminalis forma transmittere soleant, sicut etiam in Austria ejusmodi meri imperii delegationem fieri posse constat ex ordinatione criminali *Land:Gerichts:Ordnung p. 1. art. 41.* in verbis auff dem Land aber stehet dem Land:Gerichts Herrn für sich selbst / oder durch seinen Verwalter bevor. Interim tamen etiam in *eodem art. §. 7.* mandatum est, ut Juris-Consulti ad Judicia criminalia adhibeantur in formalibus. Unser allhiesiges Stadt:Gericht aber / auch sonst alle unsere Städt und Märckt / die seynd in all und jeden Fällen ohne einigen Ausnahm sowohl die bey als End:Urthl vorher unseren bestelten Rechts:Gelehrten (hoc est in civitate syndicis, in criminalibus causis autem in provincia emergentibus aliis ad beneplacitum sex dominis Doctoribus Juris requisitis) zu ordentlicher Einrichtung des Proceßs und Formlichstellung der Urthl umb ihr Information und Gutbeduncken zu zuschicken / und so dann Unserer N. De. Regierung zu fernerer Erkannnuß zu übergeben in allweg schuldig. Quid autem aliorum Judiciorum criminalium domini in casu dubio, aut pro suæ conscientiæ exoneratione, cùm non agatur in mero imperio delegenda glande, sed de vita, corpore, honore & bonis delinquentium, & in quibusdam criminibus exceptis observare possint vel debeant, ibidem plura videri possunt.

103 Cùm verò habenti merum imperium etiam ea concessa esse debeant, quæ eidem cohærent, & sine quibus merum imperium exerceri nequit, idem merõ imperiõ præditus non tantùm reos inquirere & arrestare, sed etiam eum in finem custodias habere, furcam & patibulum erigere, locum

cum supplicii & exequendæ sententiæ in suo territorio constituere licet; dixi autem notanter in suo territorio, quia in alieno territorio ista permiffa non sunt, ratio, quia Jurisdictio Judicis extra territorium se se non extendit, & ultrà jus dicenti impunè non paretur *l. fin. ff. de jurisd.* deinde si in alieno solo in vito domino ædificium ponere permiffum non est, §. *ex diverso 30. Inst. de rer. div.* multò minùs licitum esse debet in alieno territorio furcas, patibula, & alia meri imperii & jurisdictioni indicia, usum loci graviter impediencia collocare. Hinc etiam in *ordinatione criminali Austriaca p. 1. Art. 1.* sancitum legitur, daß ein jeder Land- & Gerichts-Herr in seinem Land- & Gerichts-Bezirk Pranger und Galgen an geziemenden Orthen / jedoch auff seinen Grund und Boden haben und erheben könne / er wäre dann von Alters her besreyet und berechtiget dergleichen auff frembden Grund zu setzen.

Sed quid si merum imperium habens malefactorem vinculis con-104 strictum in aliqua sui territorii parte captum, vel ad custodiam destinatum, vel ad locum supplicii finitò processu criminali & latâ sententiâ per alterius territorium ducere velit, an hoc ei liceat? quod omnino licitum esse videtur etiam irrequisitò alterius territorii dominò. Primò, quia per alienum agrum ire jure divino permiffum est? *can. omnes leges. dist. 1. & viæ publicæ usus nemini absque manifesta injuria inhiberi potest l. injuriarum 13. §. si quis me probibeat ff. de injur.* ità ut transitum innoxium denegans hostis esse videatur *c. ult. caus. 23. q. 2.* deindè licitum est delinquentem in suo territorio capere, & adversus eum alia statuere, ergò etiam, eò perducere, ubi commodè executio aut alius actus fieri potest, concessâ enim jurisdictione omnia ad eam necessaria media concessâ intelliguntur *l. 2. ff. de jurisd.* hinc ergò etiam sequitur alterius territorii, per quod delinquens ducendus est, jurisdictionem per talem ductionem non turbari *Besold. de Jurisd. Imp. Tom. fol. 100. §. noch weniger Capol. de servit. rust. præd. c. 3. de Servit. viæ n. 17, 19, n. 22. §. 71.* Contrarium tamen, scilicet alterius territorii dominum irrequisitum & sinè antigrapho seu literis, reversalibus hanc maleficorum ductionem per suum territorium admittere non teneri, usui quotidiano magis congruit, ità, ut Dominus territorii Maleficos se irrequisito ductos usque ad reversalium traditionem detinere, & sumptus causatos repetere possit, ratio, quia capere in alieno territorio maleficum non licet, ergò nec captivum per id ducere, quia hæc duo tanquàm connexa primordium nimirum & medium separari non debent. *Reinching de Regim. sæcul. l. 2. clas. 2. cap. 17. n. 94.* ductio enim capti est quasi capturæ & carceris continuatio, carcerem autem in alieno territorio habere, aut maleficum capere permiffum non est.

Ex his nunc colligitur, si aliquis in suo territorio jurisdictione cri-105 minali quidem gaudet, sed locò executionis criminalis v. g. patibulò destitutus sit, in alio loco & territorio invitò dominò executionem instituere nequeat, sed alterius territorii dominum requirere teneatur, quatenùs is executionem sententiæ in suo territorio fieri patiat, daß nemlich/wann einer in peynlichen Gericht keinen Locum Supplicii hat/der benach-

barte Gerichts-Herr ersuchet werde / die Execution in seinem Gericht vollziehen zu lassen / cui petitioni etiam promptè deferendum esse ratio juris suadet, quia aliàs jus meri imperii, & sententia contra facinorosum lata sine effectu manere & elusoria esse deberet. Licitum tamen non est merum imperium habenti in loco aliquo, ubi nunquam furca, patibulum & alia jurisdictionis criminalis indicia steterunt, sine territorialis Domini assensu erigere *Decian. tr. crim. l. 1. v. 7. c. 9. n. 6.* quia horum signorum erectio pertinet ad superioritatem territorialem *Knichen. de jure territ. cap. 3. n. 488.* & *seqq.* per hoc autem, quod signa jurisdictionis diutissimè destructa jacuerint, & v. g. suspensio etiam spatii centum annorum non occurrerit, merum imperium non amittitur, daß ein Land-Gerichts-Herr derentwegen das Land-Gericht nicht verwürct / daß der Galgen eingefallen / und von langer Zeit her / weilen sich kein Fall zugetragen / da man denselben bedürfft hätte / nicht erhebet worden ist. Oesterreicherische Land-Gerichts-Ordnung *p. 1. art. 58. §. 1.* ratio, quia tametsi signa imperii ita destructa manserint, & casus exercendi meri imperii non occurrerit, tamen constitutus in possessione retinet possessionem & proprietatem *Knich. cit. loc. n. 448.* sicut habens servitutem aquæ ex alieno fonte hauriendæ eam retinet, licet fons exaruerit, & servitus exerceri non potuerit.

106 Dices merum imperium & superioritas territorialis unum & idem sunt. *Meichsn. Tom. 2. lib. 1. decis. 8. n. 2.* ita ut per exercitium meri imperii dicatur probari superioritas territorialis *Rob. à valle. 2. consil. 42. n. 7* quam sententiam etiam votis Camerae Assessorum superioritatem territorialem cum mero imperio æquiparantiū approbatam tradit *Meichs. tom. 1. l. 1. decis. 6. n. 70.* & *lib. 2. decis. 3. n. 6.* ergo habens merum imperium propria auctoritate erigere potest furcas & patibulum in loco, in quo nunquam fuerunt, nec pro isto actu alium requirere opus habet, cum sub suo mero imperio jam inclusa sit superioritas territorialis. R. Negandum antecedens, nam sive ex principiis juris civilis, sive ex consuetudine hæc duo examinentur, magna inter ea intercedit differentia, merum enim imperium nihil aliud est, quam potestas gladii ad animadvertendum in facinorosos, das hohe Gericht / superioritas autem territorialis jure civili, quasi incognita ex consuetudine consistit in dominio terræ, Regalibus majoribus & minoribus v. g. in protectione & defensione subditorum, collectarum impositione, Homagii præstatione territorii regimine, & judiciorum ordinatione aliisque similibus, ita ut à mero imperio talem territorialem die Lands-Fürstliche Obrigkeit non procedat, nec habens jurisdictionem criminalem dici possit dominus terræ. Der Landsfürst *Webner* von Landsfürstl. Obrigkeit. Videatur etiam *Ertl* in Schau-Platz der Landsfürstl. Obrigkeit in der anderten Vorstellung in 7. ten Grundsatz / ubi scribit, das hohe Gericht involviret kein Territorial-Recht / dann jenes ist nur ein Species der Lands Superiorität / wosern aber die hohe Obrigkeit nicht vor das Malefiz-Recht / wie vor Zeiten / sondern generalius vor alle Regierung-Gewalt genohmen wird / inmassen solches manchmahl geschicht / so lauffet es mit der Lands-Obrigkeit auff eines hinaus.

Diffi-

Difficultas adhuc una superest, an habens in suo territorio merum¹⁰⁷ imperium, sed carens locô supplicii, latâ criminali sententiâ maleficum extra territorium ad vicinam provinciam, in qua dominium, in eo merum imperium & locum supplicii habet, ducere possit, an verò teneatur alterius territorii dominum pro executione sententiæ in ejusdem supplicii loco peragendæ requirere, ob ein Landgerichts-Herr / welcher keine Gerichts-Statt hat / den Maleficanten in das benachbarte Fürstenthumb / allwo er auch das Hoch-Gericht und Gerichts-Statt stehen hat / ausser Land führen / und in dem andern Land an seiner Gerichts-Statt justificiren lassen kan?

Hoc affirmandum esse videtur, quia qui utitur jure suo, nemini facit injuriam, sed in prædicta hypothefi habens merum imperium habet jus in vicina Provincia in suo loco supplicii sententiam criminalem exequendi, ergò ei liberum debet esse arbitrium maleficum in proprio loco meritâ pœnâ afficiendi, vel alterius territorii dominum implorandi. Verius tamen est, si delictum in territorio commissum est, in quo præditus merò imperiò non habet locum supplicii, permissum non esse delinquentem extra territorium ad infligendum supplicium duci. Ratio, quia utilitas publica exigit, ut ibi sumatur supplicium, ubi delictum est commissum. *l. capitalium 25. §. famosos. 15. ff. de pœnis.* ubi J. C. ait latrones in illis locis, ubi grassati sunt, puniendos esse, ut & conspectu deterreantur alii ab iisdem facinoribus, & solatio sit cognatis interemptorum eòdem locô pœna reddita, in quo latrones homicidia fecissent. Ad idem etiam facit *l. 7. §. pen. ff. de accusat.* ubi statuitur, servos ibi puniendos esse, ubi deliquisse arguuntur, dominumque eorum, si velit eos defendere, non posse revocare in provinciam suam, sed ibi oportere defendere, ubi deliquerunt, in quem finem etiam remissiones delinquentium ad locum delicti commissi faciendas esse præcipit *Novel. 134. c. 5. l. solent. 7. l. non est dubium. 11. ff. de custod. & exhibit. reor.* ergò ut taceam, quòd absque permisso domini territorialis hujusmodi delinquentium aductio non procedat, daß der Lands-Fürst nicht duldet / daß ein Delinquent, so in dero Landen die Ubelthat begangen / auch daselbst ergriffen worden / auß dem Land und Territorio in ein anders Land ad supplicium geführet werden solte / ubi enim judicium cœptum, causæ cognitio habita, & sententia lata, ibi etiam finiendum est. Accedit, quòd ex consuetudine Germaniæ captus in alieno territorio absque reversalibus, non sit remittendus ad locum delicti, & ex loco capturæ dimitendus, daß die Überscheidung der Ubelthäter nicht statt habe. *Gail. lib. 1. de pac. publ. c. 116. n. 30.* ergò etiam sinè licentia principis terræ delinquens ad aliam provinciam ducendus non est. Nec obstat ratio adducta, quia verificatur & procedit in illis, qui in illo territorio & provincia, ubi locus supplicii constitutus habetur, deliquerunt.

Inter Jurisdictionis divisiones ponenda etiam est Jurisdictio fore-¹⁰⁸ stalis, das Forst- oder Jag-Gericht / quæ jure communi quidem incognita est, cum eodem ferarum venatio omnibus aded permiffa sit, ut feram etiam in alieno fundo prohibente etiam domino occupans tamen suam faciat *§. feræ igitur 12. Inst. de rer. divis.* ut proinde nullus jurisdictionis fo-

forestalis usus contra delinquentes in materia venationis & eò pertinentium esse potuerit, moribus tamen, quibus jus venandi principi reservatum, subditis ablatum, & saltè quandoque nobilibus communicatum introducta est. Et describi potest ità, quòd sit facultas cognoscendi negotia forestalia & vindicandi delicta contra præscriptas venationis, sylvarumque regulas & ordinationes commissa v. g. puniendi subditos contra prohibitionem cum bombardis in sylva deprehensos, item extirpatores arborum, ità, ut contra prohibitionem venantes. *Die Wiloprät: Schüsßen* etiam criminaliter puniri possint. *Harprecht. Inst. de rer. divis. §. feræ. n. 268.* dixi autem contra præscriptas venationis regulas &c. quia alia delicta extra venationem admissa v. g. homicidium in sylva commissum ad Jurisdictionem & imperium forestale non pertinent. *vid. Knipschild. de Civit. Imp. l. 2. c. 7. n. 45.*

109 Cùm autem jus foresti, bannum ferinum, & jurisdictio forestalis quandoque conjuncta, quandoque separata sint, quoniam aliquis potest in sylva solum bannum ferinum sine aliis habere, ideo videndum est, quid hæc omnia sint. Jus igitur foresti ex recepta Germaniæ consuetudine non tantum ferarum sectationem & occupationem, sed etiam jus præcipiendi & prohibendi de rebus ad venationem pertinentibus in se complectitur *Harprecht. d. loc. n. 262.* hinc vñ juris foresti ordinantur & publicantur mandata forestalia *Holz, Wald, und Forst, Ordnung* constituuntur & destituuntur saltuarii, *Forst, Meister / Forst, Knecht* / sit venationis prohibitio, inhibetur arborum extirpatio, prohibetur in sylvas missio ovium & copiosi gregis venationi nocentis. Ad jus foresti etiam pertinet prohibitio, nè subditi nimis acutos palos in sepibus ponant, quibus feræ transcendentis facile transfigi possent, *die Verbiethung der spißigen Zaunen* / prohibitio bombardarum & canum nocivorum venationi & multa alia, de quibus latè tractat *Knipschild. cit. loc. n. 44. & seqq.* bannum ferinum ein *Wild, Bann* & jus investigandi, persequendi & capiendi feras juxta modum vel pacto speciali, consuetudine aut præscriptione introductum, & altiora jura in se non comprehendit vulgò das *Gejád / das Recht zu jagen / heßen und fällen* / & concernit tantummodo actum venationis & ad eam necessaria jurisdictio forestalis autem consistit in cognitione negotiorum sylvas & venationes concernentium, & punitione excessuum in ista materia commissorum: hinc dubium non est, hæc tria conjunctim apud territoriorum dominos ob superioritatem territorialem esse, apud alios autem inferiores communiter tantum unam vel alteram speciem existere v. g. venationem, ità tamen, ut nobilis v. g. venationem in sylva ad castrum suum pertinens & alia necessaria ad venationem exercere v. g. suos privatos saltuarios constituere, & etiam subditos contra prohibitionem suam venantes coercere possit, quæ tamen omnia cùm sæpe ex consuetudine, qualitate rerum, personarum, ac circumstantiarum variant, & præsertim jus ordinationes forestales saltè generales condendi, transgressores criminaliter puniendi tantum apud supremos territoriorum dominos sit, certis regulis concludi non possunt, sed cujusque

que regionis mos & nobilium in regione dominia sua habentium prærogativæ inspiciendæ sunt *Gail. 2. obs. 68. n. 2.*

Quæres, ad quem in dubio, quando scilicet nec de pacto & præscrip-¹¹⁰ tione constat, pertineat jus glandis legendæ aliorumque fructuum sylvestrium percipiendorum v. g. *Haslnuß zu brechen / Eichen und anders wildes Obst zu lesen* / an ad dominum & proprietatem sylvæ, an verò ad eum, qui in aliena sylva bannum ferinum & jus venandi habet? dicendum videtur, hæc omnia pertinere ad dominum sylvæ, ratio, quia facultas venandi in alieno fundo competens est species servitutis, sed servitutes tanquam odiosæ & fundi libertatem gravantes sunt, stricti juris, ergò in præjudicium proprietarii non extendendæ sunt *Knipschild. d. loc. n. 22.* accedit, quòd ad dominum & proprietarium fundi pertineant fructus, nisi constet usum fructum à proprietate separatum esse. Verius tamen est dictorum fructuum sylvestrium perceptionem pertinerere ad illum, cujus est jus venandi, & quidem pro alimentis ferarum, ratio, quia concessio unò regulariter & illa concessa esse intelliguntur, sine quibus illud commodè explicari non potest *l. 1. §. qui habet. ff. de servit. rust. præd. l. 1. §. 1. ff. si usus f. pet.* ergò concessa venatione competere etiam debent necessaria ad eam, ademptis enim alimentis feras perire aut aliò migrare magno domini venationis jure præditi damno necesse foret, hinc etiam fit, quòd habens venationem possit sylvam sepibus & succis lignis cingere. *Gail. d. loc. n. 4. & seqq.*

Dixi autem supra transgressores ordinationum venatoriarum, adeo-¹¹¹ que etiam feripetas contra prohibitionem venantes criminaliter puniri posse, nam utcùnque aliqui iniquum esse judicent hominem propter feram occidi, vel membro mutilari, cum in extraordinariis criminibus iudex capitalem pœnam imponere non possit, nisi ex gravissima causa, justè tamen feripetis etiam mortis pœnam irrogari, si diffamati officialium venatoriorum vitæ infidientur, vel quando de feriis minis vitæ illis auferendæ convicti vel confessi in corrigibiles, principis & legum publicarum manifesti contemptores sunt, tradit post alios *Dominic. Bassus controuv. 5. n. 8.* quamvis addat, plerumque hujusmodi incorrigibiles homines mitti ad triremes vel ad certos annos, vel in perpetuum pro qualitate & frequentia delictorum. Docet tamen præfatus author *controuv. 6. n. 7.* feripetas secundum ordinationes Bavaricas, si de crimine diffamati sint, & tamen in pertinaci negatione persistant, non obstante, quòd tortura locum non habeat, nisi in atroci & gravi delicto, ex quo venit imponenda pœna mortis vel Corporalis *l. Edictum 8. ff. de quest.* torqueri saltè levitè, si non primâ, saltem secundâ aut tertiâ vice posse, ratio, quia plerumque sunt homines viles & sordidæ conditionis, quæ otid, rixis, computationibus, & aliis vitiis deditæ sunt, quæ & plura alia contra feripetas pœnaliter sancita faciliùs admitto procedere respectu supremi principis, tam graves autem coërcitiones & subditorum, qui contra prohibitionem domini feras sectari ausi sunt, animadversiones inferioribus dominis v. g. nobilibus jus venandi habentibus vix attribuere possem, longè enim gravius delictum censendum est, quò feripetæ contra prohibitionem supremi prin-

cipis in ejus nemoribus & sylvis in dem Landsfürstl. Wild-Bann venantur, & ejusdem leges temerariè transgrediuntur, quàm in inferioribus, inspectâ enim dignitate, qualitate & aliis circumstantiis gravior vel minor existimatur injuria §. *pœna autem. 7. Inst. de injur.* ergò etiam in pœna irroganda per supremum principem jus vitæ & necis habentem, & inter inferiores differentia intercedere debet.

112 Quæres, an principes teneantur ea damna subditis resarcire, quæ in venationibus & aucupiis in agris & segetibus per canes, equos & currus venaticos, per extensionem retium & plagarum inferunt, nec non an etiam ea damna refundere debeant, quæ ab ipsis feris suffodiendo agros, depascendo segetes & præta causantur? Et principem ad resarcienda damna obstrictum non esse dicendum videtur, ratio, quia concessâ venatione omnia ea competunt, quæ ad eam sunt accessoria & necessaria, ergò cum principale sit licitum, scilicet venatio ad damna, quæ venando rusticis illata sunt, respiciendum non est, unicuique enim permissum est in suo facere, quid velit, etsi per hoc alteri noceat *l. fluminum 24. §. ult. l. procius 26. ff. de damn. infect.* Sic rustici cogi possunt, ut erigendo sepes quædam spatia aperta permittant, ut feræ excurrere possint pascuæ habendæ causâ, item ut nocturnos agrorum custodes ad certum tempus amoveant, nè suis clamoribus & comploribus feras in aliena territoria abigant, & institutam certo tempore venationem inutilem reddant, sic etiam si venatio in quadam sylva exerceri non possit, nisi retia & plagæ in vicini rustici prædiis extendantur, id fieri posse, haud negari licet. Certissimum tamen esse iudico bono principi incumbere quoad utramque quæstionis præpositæ partem damna subditis illata resarcire. Fundamentum constituo hoc: princeps supremus licet legibus vi coactivâ solutus sit, legibus tamen communibus vivere cupit §. *ult. Inst. quib. mod. test. infirmest.* præsertim si leges illæ fundatæ sint in ratione & æquitate naturali, indubitatum autem est, non tantum quemcumque à vicino suo damnum timentem posse exigere de damno resarciendo cautionem *l. eorum. 19. §. ult. ff. de damno infer. humanæ enim societatis vinculum non permittit, ut alteri simus damno. Gail. 2. obs. 69. n. 29.* sed etiam damni culpâ levissimâ illati resarcitionem petere posse actione legis aquilæ, in quacunque culpa alterius damnum causatum fuerit. §. *at nè is quidem 3. Inst. de leg. aquil.* aut alia quodam juris remedio ob illata injustè damna sibi consulere posse, quem in finem proditæ sunt actiones de pauperie & noxales, si ab alienis animalibus damnum datum est contra animalis naturam, vel actio de pastu pecoris, si animal secundum naturam generis sui nocuit *l. 14. §. ult. ff. de præscript. verb.* tametsi actiones istæ saltè directæ ad damna à feris animalibus in nullo dominio existentibus illata applicari non posse videantur §. *1. Inst. si quadrup. paup. fecis. dic.* nam nihilominus ob damnum à fera bestia datum actioni legis aquilæ locum esse deceditur in *l. 1. §. in bestiis. 10. ff. si quadrupes.* ergò ambigendum non est, quin bonus princeps juri communi quoad utramque quæstionis partem sese conformare censeatur, & damnum miseris rusticis suâ venatione, vel à feris sui causâ habitis illatum resarcire omninò obligatus sit. Hinc

Hinc etiam principes curâ summâ ducuntur, nè feræ nimium multiplicentur, sed ut numerus diminui & periculum maturè averti possit, ac rusticis conquerendi non sit occasio, passim leges extant præcipientes, ut saltuarii & venatores denunciationes faciant, quibus factis ad conservandos fructus remedium adhibeatur, & damna ferina præcaveantur, quò ipsò principes ostendunt, se cum gravi subditorum damno jura venationum exercere non posse, quamvis autem nonnihil sæpius hoc in genere negligatur, & subditi per feras & venationes enormiter damnificentur nullâ damni reparatione obtentâ, hoc tamen non principi, sed constitutorum ad venationem ministrorum vitio imputandum est, qui, ut adulentur, & ut vulgò asseri solet, ad gratiam loquantur, illatorum damnorum veritatem occultant, & sinistrâ suâ informatione sinceros subditos damnificatos relinquunt. Non obstat ratio suprâ allata, quia tametsi concesserim necessaria ad venationem accessoria impediri non posse, tamen dico remanere obligationem damna illata resarciendi, quia quivis itâ suo jure uti debet, nè vicino noceat, præsertim si in alienum quid imittit, quò casu cavendum est, ut nihil ex re vicini perniciosè tangatur *l. 8. §. Aristo. 5. ff. si servit. vind. l. si quando 17. in fin. ff. eod.* sicuti in utraque quæstionis parte in alieno, id est subditorum fundis quid exercetur, adeoque benigna interpretatio eatenus facienda est, ut quemadmodum subditi inviti omnia similiter accessoria ad venationis promotionem conducentia perpeti debent, itâ etiam illis damno effectis in solatium refusio non denegetur, præsertim si venatio alio tempore, apertis scilicet agris & fructibus non amplius pendentibus institui, & feris aliter de sua sustentatione, quam cum excursionem ad subditorum prædia provideri posset. Huc referri potest *Georg. Mor. Tract. de venat. p. 1. q. 9. n. 20.* ubi admonet principes & alios dominos jus venandi tam in publicis, quam privatis vel etiam propriis subditorum locis exercentes, ut innoxios saltus habeant, nè feræ in alienos agros excurrant, & fata pauperum magno dolore & damno depascantur, nam si aliter sit, tenentur allatum damnum plenè resarcire, nisi cum divite Evangelico perire velint.

Nunc ad alias adhuc reliquas jurisdictionis species transeundo, dividitur jurisdictio in personalem & patrimoniam, in particularem & universalem, personalis est, quæ alicui quidem ratione officii v. g. Magistratus, quem gerit, vel autoritate specialis legis aut constitutionis competit, sed tantum personæ cohæret, & extinctò vel finitò officio finitur, & ad personæ hæredes non transit, instar servitutis, privilegii aut alterius juris personalis hanc *Bekers. in synopsi jur. publ. lib. 3. c. 4. n. 8.* vocat administratorem, ex eaque infert, hodiernorum Imperii statuum longè meliorem esse conditionem, quam olim apud Romanos fuerit, quandotiones suas non ut proprias, sed ut publicas regni provincias administrabant, jurisdictionem & imperium non ut suum, sed ut precarium habebant, itâ ut functio & potestas momentanea esset, & in Regum ac Imperatorum arbitrio staret, erant enim Romani Magistratus meri officiales Imperatorii, & quidquid unquam potestatis habebant, non suo, sed

Imperatoris nomine exercebant, & propterea vel annua tantum erat potestas, vel pro lubitu Imperatoris revocabatur, nec quidquam devolvebatur ad liberos, nisi casu quo Imperator filium paterno honore dignum æstimasset, & novo indultu ejusdem successorem constituisset. Patrimonialis seu realis est, quæ in alicujus patrimonio & bonis existit, nec ad nutum superioris revocari potest, quin imò tanquam jus fundo, feudo aut castro cohærens ad quoscunque successores tam particulares v. g. emptores, donatarios, legatarios, quàm universales, id est hæredes transit. Hanc jurisdictionis divisionem usus quidem probat, jus autem commune haud agnoscit, quia vigore hujus jurisdictionis non territorio, non alicujus prædiis, pago aut Castro sed personæ cohæret, tum quia jurisdictionis est, consistit in jure dicendo, jus autem non prædia, sed personæ dicant, tum quia provinciæ & territoria, in quibus jurisdictionis circa res & personas olim exercebatur, non erant propria Magistratum ibidem constitutorum, tum quod concedentes jurisdictionem potius ad personas & earundem qualitates respexisse censeantur, nisi etiam olim realem jurisdictionem fuisse ex eo arguere aliquis vellet, quod officio & Magistratui annexa fuerit, & unò remotò non exspiraverit, sed in alterum surrogatum officii successorem transfuerit.

114 Universalis Jurisdictionis hòc locò est, quam Magistratus aliquis in toto districtu, in omnibus locis absque aliqua restitutione habet, ità ut hæc etiam extendatur ad incolas novos & augmentum v. g. ædes noviter constructas, quod ipsi districtui postmodum accessit, tum quia ea ædificia in districtu esse videntur, quæ in continentibus districtibus ponuntur *l. ædificia 139. ff. de V. S.* tum quia additamenti idem jus est, quod rei principalis, cui accessit, sic enim grege legatò ad legatarium etiam pertinent ea, quæ postea accedunt. *l. grege. 21. § l. seq. ff. de leg. 1.* adèd, ut *Bald. in l. cum fundus. 10. ff. de leg. 2.* docuerit, si Imperator exemit à Jurisdictione Castrum, idque postea ità crescat, ut civitas efficiatur, quòd hoc totum sit exemptum: particularis vocatur, quæ ad certa loca, prædia, vel etiam personas est restricta, & quasi limitibus clausa, ità ut ultra eos fines ædificia construentes huic jurisdictioni non obsint. His divisionibus etiam accedere potest jurisdictionis *feudalis*, quæ lege feudali concessa ad causas & controversias feudales v. g. feudi amissione, evictione, commodò spectat, & juxta consuetudines feudales cujusque loci vel paribus Curia, vel domino feudi, vel Judicibus loci ordinariis competit *Bocer. de jurisd. c. 3. n. 54. § seq.* Item *allodialis*, quæ spectat ad bona allodialia & eorundem causas. *Academica* quæ fundata est in *autb. habita. C. nè filius pro pat.* sed non omnibus Academiis æquali prærogativa & gradu competit.

115 Has puto esse præcipuas nostri temporis divisiones jurisdictionis, addòque paucissima de jure nostro scripta hodierno statui applicari, & materiam jurisdictionis non secundum varias juris veteris species tractari posse *Matth. Steph. de jurisd. lib. 2. c. 7. memb. 2. n. 30. Bekers. d. loc.* quod non tantum ex eo probatur, quòd hodierna Judicum & Magistratum forma

ma & constitutio longè diversa sit ab antiquitate , atque multa nomina & antiquorum Magistratum officia usû sublata sint , sic enim vix umbra præfecti, prætorio, aut proconsulis adest, nullus reperitur præfectus Augustalis , Ægypto scilicèt non ampliùs apud Imperium existente vix ullum Juridicum Alexandria cernimus , sed etiam planè aliqua, quæ non erant, nisi specialis concessionis, hodie in vim & potestatem jurisdictionis transiverunt , Exemplum est in tutoris datione, quæ nullatenus ad ordinariam jurisdictionem pertinuit *l. 6. §. 2. ff. de tut.* hodie autem ità jurisdictionis propria facta est , ut unusquisque Judex pupillis in suo territorio constitutis tutorem dare possit , ità ut ad hanc tutoris dationem etiam inferiorem Jurisdictionem sufficere docuerit *Franzkius lib. 1. resol. 17. n. 7.*

C A P U T III.

De Judicibus præcipuis in specie.

S U M M A R I U M.

1. *In ordine ad Jurisdictionis divisionem varii Judices recensentur.*
2. *Tractatur de Consulibus.*
3. *De Præfectis prætorio.*
4. *Præfectis prætorio non possunt comparari Electores Imperii.*
5. *Agitur de Præfectis Urbi & iis, qui præfectis urbi hodie similes sunt.*
6. *De quæstoribus & modernis Cancellariis Principum.*
7. *De Prætoribus.*
8. *Edicta prætorum non desiêrunt esse in usu.*
9. *Applicatio l. Barbarius. 3. ad moderna tempora.*
10. *Error non facit jus.*
11. *Agitur de Præfectis Vigillum & bodierna eorundem potestate.*
12. *De Proconsulibus & de Commissariis Principum in Provincias missis.*
13. *Tractatur de Præsidibus Provinciarum antiquis & bodiernis.*
14. *De Procuratore Cæsaris & bodierno Camera Præsidente.*
15. *De advocato fisci & moderno causarum fiscalium Judicio ac foro.*
16. *In quibus omnes Judices conveniant?*
17. *Agitur de esculentis & poculentis Judici spontè oblatis.*

PRæmissæ jurisdictionis divisiones nunc etiam varias Judicum species declarant , scilicet alios esse ordinarios, alios delegatos, universales, particulares, sæculares, Ecclesiasticos, alios in Civilibus, alios in Causis criminalibus, contentiosis & voluntariis , alios esse allodiales , feudales, forestales, academicos, alios competentes , alios incompetentes , sed prorogatos , quorum potestas & functiones in quibusdam consistant , præmissæ præcedenti capite divisiones

abundè ostendunt, hoc autem adhuc superest, ut quorundam Judicum in specie ex jure communi enumeratio petatur, & quantum eorundem usus hodierno tempore adhuc conveniat, sinè ulla circumscriptione discutatur.

2 Primò locò occurrunt consules hodiernum in civitatibus præcipuis frequentes ex eo dicti, quòd Reipublicæ utilitatibus consulere debeant *l. 2. §. ex actis. 16. ff. de orig. jur.* quorum duo Romæ pro uno Rege creabantur, ut si unus perversus esse voluisset, alter consimilem potestatem habens eum observaret & coërceret. Consulum hodiernorum officium describit *Knipschild. de civitat. Imp. lib. 5. c. 1. n. 14.* hòc modò: officium consulis est literas ad civitatem suam missas aperire, & legere, supplices libellos accipere, partium querelas audire, senatum convocare, proponenda & tractanda exponere, vota & suffragia senatorum colligere, conclusa & sententiam publicare, eamque executioni mandare: hujus vices, si morbo vel absentia impediatur, supplere solet vel antecessor, vel senior senator. Certum proinde est consules quoad omnes in sua civitate emergentes causas, & ad altius forum non pertinentes jurisdictione & judicandi facultate gaudere, respiciendum tamen quo ad singularum civitatum mores est, quoniam in plerisque civitatibus causarum discrimen observatur, ità ut certæ in territorio civitatis emergentes causæ consulis denen *Burgermeistern* / aliæ Civitatum Judicibus denen *Stadt-Richtern* competant, imò etiam in separatis locis sessiones suas exercent, quod civitatis Viennensis usus ostendit, Judicem scilicet civitatis cum assessoribus suis in prætorio auff der *Schronen* / consulem tum senatoribus in curia civitatis in dem *Rath-Haus* confessum solennem habere, & causas vel in pleno confesso, vel per deputatos Commissarios audire & expedire. De consulibus videri potest *lib. 1. ff. tit. 10. cod. lib. 12. tit. 3. Nov. 105.*

3 Secundò locò occurrunt præfecti prætorio, de quibus tractatur *ff. lib. 1. tit. 11. & cod. lib. 1. tit. 26. & tit. 27. lib. 7. tit. 42. lib. 12. tit. 4.* hi ab Augusto & successoribus Imp. constituti primitus fuerunt, ut præessent cohortibus Aulæ, scilicet militibus, quos in sui custodiam alebant principes, adeoque idem hi præfecti prætorio præstiterunt Imperatoribus, quod olim Regibus Tribuni celerum *l. 2. §. 15. §. 19. ff. de orig. jur.* & quod in libera Republica Magistri equitum præstiterunt dictatoribus *l. un. ff. b. t.* ità ut initio præfecti prætorio res tantum militares & bellicas, nullas autem alias causas tractarent *Panciroi. in notit. Imp. oriental. c. 5.* præfectis istis, quatenus præfuerunt omnibus militaribus cohortibus & exercitui, non absimiles esse videntur Præsidentes consilio Aulico bellico die *Kriegs-Præsidenten* / quibus totius rei bellicæ cura cum Inclyto consilio domini residentia supremi principis tractanda incumbit, vel Dux Exercitus si verò præfecti prætorio accipiuntur, quatenus præfunt solummodo cohorti Aulicæ id est satellitibus & satrapis, illis similes esse videntur *des Hartschiern* oder *Trabanten* / *Hauptmann* citra tamen jurisdictionem fori contentiosi quæ tantum Aulæ Mareschallo competit, verum deinde præfectorum prætorio authoritas crevit aded, ut non tantum in causis civilibus

libus jurisdictionem, sed etiam in criminalibus merum imperium habuerint, iudices constituere potuerint. *l. un. ff. b. t. l. 3. 4. 5. c. de præfect. prætor. orient. & Illyr.* & sententiis eorundem appellatio non fuerit admittenda *l. un. ff. b. t.* propter singularem industriam & exploratam fidem, quæ præsumebantur non aliter esse iudicaturi, ac ipsi principes, nec non militibus, quibus antea imperabant, alii Magistri militum præpositi fuerint *Panciroli. d. c. 5.* & quatuor præfecti prætorio ob Imperii Romani amplitudinem fuerint constituti, nimirum orientis, Illyrici Africæ & Italiæ, idem videtur huius officii forma tota mutata, & locum rerum militarium præfectis prætorio Civilium negotiorum tractatio & maxima cura esse commissa. *Siruv. ff. de præfect. prætor. §. 14.*

Sunt quidam, qui his præfectis prætorio modernos Imperii Electores comparare gestiunt, sed hos non nisi magnis parva componere ait *Myler ab Ebrenb. Archolog. Princip. Imp. c. 23. §. 3. & seq.* quamvis enim præfectis prætorio nulla olim dignitas fuerit æqualis, tamen præfectorum prætorio aliorumque officialium creatio & abdicatio à nutu Imperatoris pendebat, ubi longè major prærogativa apud Imperii Electores residet, utpote qui suo nomine Provinciis præsunt & titulo Nos DEI GRATIA præditi sunt, imò principatus & dominia Electoris annexa Electore mortuo non ad libitum aliis conferuntur, sed primogenito Electoris filio quasi præcipua deputata sunt *Pet. Heig. part. prior. q. 4. n. 19. & 49.* ubi plura legi possunt. Rectius tamen sentire videntur illi, qui his præfectis prætorio assimilant antiquos illos duces & Marchiones, quibus instar præfecti prætorio officium & cura erat militaris, præerant enim Duces exercitui, unde dicebantur Duces *Herzog* oder *Herren des Zugs* / quales hodie sunt *die Feld-Obriste Vultej. de feud. lib. 1. c. 4. n. 14.* quibus adjuncti erant majoris authoritatis gratiâ Comites Palatii seu Palatini *die Pfalz-Graffen.* Marchiones similiter præfecti erant tuendis Imperii finibus *Reinck. de Regim. secul. c. 1. clas. 4. c. 13. n. 5.* & deinde illis certæ provinciæ administrandæ concreditæ fuerunt. Non tamen spernenda est opinio eorum, qui præfectis prætorio similes Palatinos Pannoniæ, id est Hungariæ & Croatiæ, vel in urbe & residentia Principum supremorum Mareschallos esse tradunt *Myler ab Ebrenb. cit. loc. c. 2. §. 10. c. 23. §. 8. & seq. Arnise de jur. Majest. l. 2. c. 4. n. 13.*

Tertiò se se exhibent præfecti urbis, quorum officium consistebat in procuranda & defendenda quiete publica tum in urbe, tum extra eam usque ad centesimum lapidem *l. 1. §. 3. 4. & 12. ff. de off. præf. urb.* in quem finem habebat auxilii gratiâ milites stationarios, id est in vigiliis constitutos *l. 1. ff. b. t. l. ult. c. eodem.* in cognoscendis & expediendis causis civilibus & criminalibus intra urbem & extra eam usque ad centesimum lapidem seu milliare Italicum *d. l. 1. §. 6. & 8. & l. 2. ff. bt.* in cura annonæ & carnis, ut omnia justò pretiò venderentur *d. l. 1. §. 11. l. 1. c. eod.* his adæquari possunt præfecti civitatum Imperialium quondam usitati *die Reichs-Bögten* / ponebant enim Imperatores civitatibus Iudices & præfectos, qui Imperii nomine Iudiciis præessent, quibus jurisdictionis criminalis potestas, civita-

tum Inspectio, & justitiæ administratio, & quasi Regimen urbis committabatur, & salarii locò pars aliqua reddituum, præsertim mulctarum assignabatur, quodque etiam collectarum, vectigalium, aliorumque reddituum fiscalium ad ministratio concedebatur. *Knipscbild. de civit. Imp. l. 5. c. 3. n. 20. § seqq.* ubi etiam videre est, quòd ab hujusmodi præfecturis sibi valde onerosis partim ob reddituum defectus, partim ob alias causas quodque clementiâ & liberalitate Imperatorum, quodque etiam aliis mediis præcipuè Civitates Imperiales non aliter quàm Duces Comitum Palatinorum jurisdictione se se liberaverint, & non tantum liberæ administrationis jure, sed etiam superioritate territoriali & Regalibus per immemorabile tempus gaudere inceperint, & ità dici potest, quòd hodie dictarum civitatum consulibus in cujusque civitatis territorio permissum sit id, quod olim præfecto urbi licitum fuisse legitur.

6 Quartum locum occupant quæstores, de quibus tractatur *ff. lib. 1. tit. 13.* & inter reliqua de officio quæstoris habetur in *auth. gloriosissimi c. de divers. rescript.* quod libellorum supplicum cura & Rescriptorum principalium subnotatio illis incumbat, quam quæstorii officii partem si perpendo, quæstoribus non sinè ratione modernos Augustissimorum Principum Cancellarios potero comparare, penes hos enim libellorum curam esse, nemo ambigit, quoniam oblatos à supplicantibus libellos, aliàque acta diei & anni annotatione signant, Referendariis diligenti curâ & fide integrâ examinandos & in publico consilio denud referendos & producendos tribuunt, Rescriptorum Imperialium in consuetam formam redactionem & descriptionem Cancellariæ injungunt, Rescriptorum subscriptionem in Aulis Principum promovent, & Rescriptis à supremo Principe rescriptis paulò inferius nomen suum addunt, quibus peractis in fine rescripti Referentis nomen subjicitur, hæc Cancellarii subscriptio aded necessaria est, ut absque ea rescriptum tanquam sub & obreptitium subsistere non possit. *Novel. 114. cap. 1. Stryk. in us. mod. ff. de constitut. Princip. in fin.* hoc ipsum etiam usu servatur in Excelsis supremorum Principum Regiminibus, in quibus curam libellorum Domini Cancellarii gerunt, & locum tenentium subscriptioni in sententiis publicatis, aliisque Edictis etiam sui nominis & aliorum ad id negotium adhibitorum Consiliariorum annotationem adjungunt.

7 Quintò sese sistunt Prætores, de quibus varia traduntur *ff. lib. 1. tit. 14. cod. lib. 1. tit. 39. Novel. 13. 25. 26. 29. § 104.* Prætores Consulibus bello advocatis creati fuerunt, & quidem alius erat urbanus, quia in urbe inter & contra cives jus dicebat, alius peregrinus, quia ob multam exterorum hominum turbam Romam convolantium constitutus inter peregrinos judicavit, quos deinde totidem prætores, quot Provinciæ in ditionem Romanam redactæ fuerunt, secuti sunt, & dehinc prætores Lycaoniæ, Thraciæ, Siciliæ, quibus regendis præpositi fuerunt, dicuntur *l. 2. §. 27. 28. § 32. ff. de orig. jur.* Officium prætorio consistebat in jure reddendo de causis civilibus & privatis *tot. tit. hoc ff. appellari tamen à prætore ad præfectum urbi poterat l. Æmilius Larianus 38. ff. de minorib. animadver-*
sio

sio facinorosorum ei non permittebatur, sed puniendi debebant ad præfectum urbi remitti *l. 1. §. ult. l. 2. ff. de suspect. tutor.* nec non in Edictis jurisdictionis causâ proponendis, in causis autem omnibus non ipse judicabat, sed tantum in extraordinariis & moram non ferentibus, in aliis autem Judices pedaneos constituebat, & idem cum Judices hodie in omnibus causis ipsi adeantur, & sine pedaneis Judicibus cognoscant, nisi quod unam alteramve causam aliquando aliis committere soleant, imò etiam Judices subordinati plerumque sint Dicasteriis majoribus, à quibus edicta & observanda in processibus forma præscribitur, nullum prætorum usum superesse dico.

Quamvis autem Prætores in usu esse desiêrint, prætorum tamen Edicta jam in perpetui Edicti ordinem collecta & translata (de quibus in parte tertia agetur) æquitatis summæ ratio in illis relucens desuetudine tolli non admisit, imò etiam usum famosæ *l. Barbarius. 3. ff. de off. prætor.* inviolabiliter retinuit, quamvis servorum usum Christiani mores jamjam respuerint, quanta autem ratio pro *cit. l. 3.* constanti usu pugnet, breviter expono: Constitutum legitur in *cit. l. 3.* Barbarium servum non cognitum Romæ prætoriam dignitatem obtinuisse, & exigente prætoris munere multas sententias tulisse, aliâque gessisse, tandem ejusdem reticentiam hæcenus servitutem & ad prætoris officium inhabilitatem fuisse detectam, quò factò dubitabatur, an sententiæ ab eo latæ, an ea, quæ edixerat, aut decreverat, valida an verò irrita haberi debeant? Multis in utramque partem agitatis prævaluit sententia, humanius esse, nihil eorum, quæ à Barbario vel coram eo gesta sunt, reprobari, ratio, ne cum summo damno litigantium omnia, aliàs bene gesta solummodò ob incognitam & latentem inhabilitatem irrita fiant. Altera ratio est, quia ob commune bonum & titulum publicâ authoritate collatum omnia à Barbario gesta perinde habentur, quasi à libero homine gesta fuissent, adeoque defectus Barbarii publicâ authoritate suppletur, licet enim in persona adfuerit error, quia tamen sufficit publica electio & functio præturæ, in quam utique consensum fuit, & in ea minimè erratum, unde omnino actus à Barbario gesti servari debent.

Hæc æquissima *citata l. 3.* decisio & sententia ad alia multa porrigi potest, ita ut gesta per Judicem inhabilem vel putativum, Notarium, vel tabellionem putativum acta nihilominus subsistant, & dicta locum habeant, quoad omnes vel in Ecclesiastica vel sæculari dignitate constitutos, qui latenti aliqua in habilitate v. g. excommunicatione, simoniâ laborantes officium suum executi sunt, hoc tamen non aliter intelligendum est, quàm si publicâ authoritate ad id munus per errorem vocati & in eo instituti sunt, secus autem est in illis, qui per se ipsos factò privatò munus aliquod sibi assumpserunt, vel ad dignitatem aliquam intrusi sunt *l. si constet. 12. ff. de appel.* ubi non valet creatio dum viri facta sine legitimo actu, inde tamen inferri non debet, quod error communis jus faciat, nam ad jurisconstitutionem requiritur consensus, huic autem error maximè contrarius est, sed gesta per Barbarium idem valent, quia hanc

gestorum validitatem requirit publica & solennis creatio & commune bonum, cum valde durum sit omnia de novo agi debere, & sic publicam auctoritatem tam multis, qui coram inhabili prætore aliquid egerunt, esse nocivam.

- 11** Præfecti vigilum, de quibus tractatur in *ff. lib. 1. tit. 15. cod. lib. 1. tit. 43. & Nov. 13.* hodie inter Judices & Magistratus poni non possunt, quia non amplius de criminibus noctu commissis v. g. effractionibus, rapinis, furtis & invasionibus cognoscit, nec ei ullum amplius jus castigandi, de quo in *l. 3. §. 1. & l. 4. ff. b. t. l. 1. l. 4. c. eod.* agitur, competit, sed solummodò incendia & tumultus nocturnos arcere, delinquentes de prehenso in custodia ducere solet, de quorum excessibus alterâ die Judex cognoscit, & pro modo commissi delicti eos suæ jurisdictioni subjectos punit, vel comperto, quod alienæ jurisdictionis sint, eorundem capturam & faciendam repetitionem Judici competenti insinuat, veluti si ob concitatas nocturno tempore rixas studiosus, vel in aulico servitio constitutus, vel miles apprehensus fuisset, detectam personæ arrestatæ conditionem Judex civitatis mox insinuato Reçtori Magnifico, Aulæ Mareschallo & Judici Bellico. Ratio autem ablata Præfecto vigilum Jurisdictionis videtur in eo consistere posse, quia successu temporis officium hoc etiam vilioribus personis dari cœpit, unde quasi despectui habitus & jam ab ipso Imp. Justiniano in locum ejus in urbe Constantinopolitana prætor plebis creatus, illique majus jus contra nocturnos delinquentes attributum est. *Novel. 13. novel. 79. c. 2.* Præfecto tamen vigilum dem *Wachtmeister* excubias vigilum perlustrandi & non vigilantes modicè corrigendi jus esse, dubitandum non est.
- 12** Sextò de proconsulibus agendum est, hi ad regendas provincias missi plenissimam tam ordinariam, quàm extraordinariam, voluntariam & contentiosam Jurisdictionem habebant, & in provinciis sibi commissis tam amplâ gaudebant potestate, quàm prætores in urbe, unde etiam Edicta jus Provinciale nuncupata promulgabant *Struv. ff. bt. §. 29.* de his proconsulibus tractatur *ff. lib. 1. tit. 16. cod. lib. 1. tit. 35. novel. 30. & 103.* sed horum proconsulum vix hodie aliquod vestigium superest, nam administratio Provinciarum apud Præsides existit, qui aliquando etiam simul circa casus singulares & partem administrationis rerum provinciæ aliis commissam Commissarii Principis terræ sunt, & jus inspectionis, relationis ad supremum principem faciendæ, & provincias in meliorem statum redigendi, visitandi, & abusus circa erogationem & redituum dispensationem repertos corrigendi, & multas alias prærogativas habent singulares. Cæterum si quis à principe supremo Commissarius quorundam negotiorum causâ ad provinciam mittitur, is proconsuli adæquari non potest, nec in provincia, ad quam missus est, ordinariorum Magistratum jurisdictioni derogat, sed juxta tenorem mandati & instructionis suæ tantummodò in causis sibi concreditis procedit.
- 13** Septimò de Præsilibus provinciarum, de quibus *ff. lib. 1. tit. 18. cod. lib. 1. tit. 40. & 50. novel. 24. & novel. 161.* agitur, dispiciendum est, præses in *l. 1.*

l. 1. ff. de vocatur Rector ad provinciam missus, qui in provincia ea majus omnibus aliis imperium habet *l. 4. ff. de* post principem enim supremam potestate gaudet, provincialia negotia ad eum pertinent. jurisdictione tam voluntaria, quam contentiosa præditus est, jus gladii animadvertendum infacinosos, potestatem exigendi tributa à provincialibus habet, aliisque supremi Principis juribus conservandis invigilat *l. 8. l. 10. c. de off. Rect. pro l. 6. §. 8. ff. de off. præsid.* His omnino similes sunt moderni Provinciarum præsides, quos pro diversitate provinciarum vocamus *Lands-Haupt Leuth*/ id est capitaneos provinciarum *die Land-Marschallen*/ provinciarum Marschallus. His in provincia post principem summa competit potestas, omnem jurisdictionem præsertim in ditionibus principi propriis in *denen Landsfürsil. Städten/ Märkten/ Dörffern und anderen Nemb-tern* exercent, adjunctos habent in tribunali suo, provinciarum Consiliarios, *die Land-Rechtens Besißer*/ quibus adhibitis de causis controversis cognoscunt, & sententias latas pronunciant, vulgò *die Publicirung deren Lands-Rechten*/ quin imò etiam in provinciis extra residentiam Principis constituti nomine principis ad status provinciales collectos perorant, statum Reipublicæ & emergentium sumptuum ac circumstantias publicarum necessitatum describunt, & pro instante anno certam contributionem quantitatem sibi Decretò principis intimatum postulant, vulgò *die Lands-Haupt-Leuth tragen im Nahmen des Lands-Fürsten die Land Tags Proposition vor*/ quæ peractâ status ad congressus provinciales & comitia convocantur. Plura ex cujusque Provinciarum moribus petenda sunt.

Octavo inter Magistratûs jurisdictione præditos etiam collocatur ¹⁴ procurator Cæsaris seu rationalis, *de quo ff. tit. 19. lib. 1. cod. lib. 1. tit. 31. §. 36.* tractatur, hic differt à præfecto ærario, quoniam præfectus ærario in urbe existeret, & instar antiquitus habitorum quæstorum conquirendæ, asservendæ, atquè expendendæ pecuniæ publicæ præerat, *Govean. lib. 2. de Jurisd.* cui hodiernò tempore non dissimilis est Camera Aulicæ præses, *Hof-Cammer-Præsident*, qui pecunias ex tributis, redditibus & aliis publicis proventibus receptas administrat, jura Cameralia principis v. g. vectigalia, res salinarias, auri & argenti ac metalli fodinas sub sua cura habet, salaria officialibus principis distribuit, & plura alia agit. Procurator Cæsaris est, qui olim ad provincias mitti solebat, ut ea, quæ ad fiscum principis pertinent, exigeret & administraret, expensas necessarias faceret, accepta & impena in rationes publicas inferret, qui etiam vocatur rationalis, quia principis rationes tractabat & curabat *Wesenbec. ff. de* præcipuum procuratoris hujus officium consistebat in conquirenda principis pecunia, sive ea ex hæreditate, debito, delicto, conductione & aliunde proveniret, ac proinde etiam si circa has causas inter Cæsarem & privatum in provincia lis exorta fuit, procurator Cæsaris cognitionem & jurisdictionem habebat *l. 4. l. 5. §. tot. tit. c. ubi caus. fiscal. vel divin. dom.*

Procuratori autem ad defendenda & conservanda jura Principis ad- ¹⁵ junctus erat advocatus fisci, ut procuratori consiliò & auxiliò assisteret, qui communiter advocatus fisci vel receptò vocabulò *Cammer-procurator*

tor nuncupatur. Gesta autem per procuratorem Cæsarem ita à Cæsare comprobari dicuntur in *l. 1. ff. bi.* ac si ab ipso Cæsare gesta fuissent, in causis criminalibus procurator Cæsaris vi sui officii nullam habebat cognitionem aut jurisdictionem *l. 3. ff. b. t. dixi vi officii.* nam vice Præsidis in causa sibi commissa fungi, & delinquenti poenam dictare, eamque exigere potest *l. 3. c. ubi caus. fiscal.* hujusmodi Cæsaris procuratores vulgò die Fiscalen passim quidem in omnibus subordinatis provinciis adhuc hodie habentur subordinationem singularem ad Cameram Aulicam Viennæ consistentem agnoscentes, in litibus tamen inter privatum & Cæsarem exortis haud amplius Judex est Cæsaris procurator, sed in Austria hujusmodi lites aguntur coram Excelso Regimine & Camera, hoc enim in causis fiscalibus est iudicium competens, id est die Regierung und Cammer / quibus causis tractandis etiam dies Lunæ & Veneris præfixus est, & tam in Commissionibus ac Deputationibus Bancalibus coram adhibitis ad eas Consiliariis Excelsi Regiminis & Cameræ Aulicæ, quàm processibus scripto tenus deducendis jura fisci defendit Cameræ procurator.

16 Varias atque alias Magistratum species praxis ipsa & locorum diversitas exhibet, secundum quam præter recensitos supra Judices post supremi principis tribunal dantur Judices dicti locumtenentes austregarii, Judices appellationis, vice domini Judices metalli fodinarum die Bergs Richter / Capitanei Circulorum die Graiß, Haupt, Leuth & alii quorum functiones ac prærogativæ majores vel minores quidem sunt, in eo tamen omnes conveniunt, quod in *l. observandum. 19. ff. de off. præsid.* habetur: Judicem scilicet in adeundo se præbere, sed contemptum pati non debere, nec litigantes in ulteriorem familiaritatem esse admittendos, ex ea enim contemptus nascitur dignitatis, in cognoscendo adversus eos, quos malos esse putant, non excandescere, nec precibus calamitosorum moveri oportere, & summatim à Judicibus ita jus reddendum esse, ut auctoritatem dignitatis ingenio suo augeant. Nec non mente tenendum est, quod Judicibus dona & munera capere interdictum sit *l. plebiscito 18. ff. de off. præsid.* ad Justitiæ enim defensionem non præmii amor Judicem provocare debet, hoc enim semel admissò, si spes nummi subtrahitur Judici, confestim à Justitiæ defensione recedet, & numorum acceptionem veritatis prævaricationem esse comprobabit. *Eberhard. 3. Dux. Wirtenb. dum largitiones Judicibus oblatas vocavit diabolicas corruptiones, die teuflische Schmiralien / Lauterb. ff. de off. proconsul. §. 3. in fin.*

17 Verum cum esculenta & poculenta proconsulibus & præsidibus dari possint, quæ intra 30. dies prodigantur *l. 6. §. 3. ff. de off. proconsul. l. 18. ff. de off. præsid.* hæc quidem ad proconsules & præsides, quæ noviter advenientes & quasi hospites necessariis ad rem familiarem nondum instructos restringunt Doctores *Lauterb. ff. cit. loc.* Judicibus verò denegant, usus tamen hanc restrictionem rigorosam & invidam in sponte oblati vix admittit, inhumanum enim reputatur esse à nemine aliquid accipere, & omnia accipere avaritiæ genus dicitur in *cit. leg. 6. §. 3.* hinc etiam adverti potest, quanti valeat illorum censoria opinio, qui spontaneam liberalitatem limitibus parsimonie constringere & esculenta ac poculenta ad certam mensuram v. g. ad unum leporem, perdicem, phasianum, Murenam, salmonem unam vel alteram vini amphoram contraregulam, quæ quisque rei suæ moderator & arbiter pronunciat, reducere conantur sed de his & totâ parte secundâ satis sit.



PARS TERTIA.

DE PRÆTORUM EDICTIS.

SUMMARIUM.

1. *Continuatio & prætorum erigo.*
2. *Agitur de perpetuis Edictis.*
3. *De Edictis temporalibus.*
4. *Edicta prætorum sunt in unum perpetuum Edicta translata.*
5. *In Edictis prætorum est summa æquitas, & quomodo ea consideretur?*



EVocatis belli causâ Consulibus singulare in jure i dicendo in privatis causis imperium adepti fuerunt olim prætores *l. 7. §. 1. l. 8. ff. de just. & jure. l. 2. §. 10. §. 27. ff. de orig. jur.* quò effectum est, ut per prætorum Edicta magnum etiam juri accesserit incrementum, prout etiam magna parte prætorum Edicta Pandectis inserta cernuntur. Edicta autem prætorum alia erant perpetua, alia temporalia.

Perpetua erant, per quæ prætor generaliter aliquid edicebat toti populo, quibus scilicet de rebus, personis, & causis, & qualiter durante suo Magistratû jus esset dicturus, quæ Edicta etiam in publicis locis affigebantur, ut Civibus possint constare, nè ex ignorantia aliquam possent prætereendere excusationem *l. 2. §. eodem tempore. ff. de orig. jur.* Hinc Edictum perpetuum non aliò sensû hõc locò accipi potest, quàm quoddam sit id, quoddam prætor constanter & ordinario officii sui tempore, quod erat annus, in omnibus causis observabit, sicut etiam hodie in tribunalibus publicè affigi solent Edicta certam & constantem in modo procedendi & reliquis formam præscribentia.

Edicta temporalia erant, particularia, quæ non ligabant universum ³ populum, sed tantum prout res inciderat, singulis causis & personis jus constituebant, quoties litigatores tantum, in ea impetrarunt, concernebant, sicuti hodierno usu se habet Convocatio Creditorum facta per Edictum, citatio reo absenti per Edictum intimata, aliæque similia: Quamvis verò temporis successu Prætoribus edicendi facultas, præsertim cum ⁴ in momentaneis & arbitrariis hujusmodi Edictis ambitiosorum Prætorum, quorum pauci antecessorum Edicta sequi, sed illis spretis propria

proponere, & sic non nisi ambitiosè Edicta Edictis cumulare volebant; gratiæ nimis multùm liceret, sublata, & jussu Hadriani Imp. à Sylvio Juliano omnia Edicta conscripta & in Edictum perpetuum translata fuerint, remansit tamen ob summam in illis reluctentem æquitatem, secundùm quam jus civile vel adjuvant, vel suppleant, vel emendant *l. 7. §. 1. ff. de Just. & jur.* eorundem aded frequens usus, ut magna parte in Pandectas translata non minorem obligandi potestatem consecuta fuerint, ac aliæ juris Civilis partes.

5 Dixi ob summam in illis reluctentem æquitatem sic enim in *l. 1. ff. de constit. pec.* dicitur, quod prætor naturali æquitati faveat, sic etiam in *l. 1. ff. de minorib.* dicitur de prætore, quod naturalem æquitatem secutus sit, & quidem prætor aded æquitatis studiosus fuit, ut ob eam etiam à solennitatibus juris recedere, & suo auxilio egentibus subvenire voluerit *l. divus. 7. ff. de integ. restit.* Præmonitio autem hinc facienda est, æquitatem non semper unò & eodem modò, & ea significatione, quæ in parte prima adducta fuit, sed multis aliis sensibus in prætorum Edictis occurrere, nam quandoque accipitur pro rectitudine Judicii naturalem rationem sequente, & est ipsa quasi justitia naturalis, sic enim passim dicitur non esse major æquitas, quàm ut res domino suo restituatur, ita etiam exceptio in summa æquitate fundata esse dicitur, quia pertinet ad defensionem reo contra actoris libellum & injustè petita indulgentiam, quæ utique juris naturalis est: sic etiam æquitas quandoque accipitur pro benigna interpretatione, de qua *pet. Heig. part. 1. q. 26. n. 46.* ait: talem in dubio interpretationem faciendam, quæ æquitatem & benignitatem sapiat, & à sapientibus reprehendi non possit, per quam etiam utriusque casui consulitur, & pars altera non defraudatur: accipitur etiam quandoque pro parium personarum & rerum parificatione juris, sic æquitas requirit, ut bona parentum inter liberos æqualiter dividantur, pares enim causæ & personæ paria jura desiderant *l. fm. c. ad leg. falcid.* Nunc ergò discutiendum superest, an prætores & quomodo in suis Edictis æquitatem coluerint, & Judices illius, quod psalmista ait: *de vultu tuo Domine judicium meum prodeat, & oculi tui videant æquitatem* quasi monuerint, & ad imitationem provocaverint? Edicta autem tantummodo præcipua eo ordine quo in Pandectis reperiuntur, examinabo, unde sit

CAPUT I.

Quod quisque juris in alium statuerit,
ut ipse eodem utatur.

SUMMARIUM.

1. Quid sit jus novum, exponitur.
2. Quilibet novum jus impetrans eodem in suis etiam causis uti debet.
3. Edictum declaratur exemplis.

4. Pri-

4. Prima Edicti pars constringit Judices novum jus statuentes.
5. In Judicibus autem requiritur dolus.
6. Cur Judex assessores habens non teneatur de imperitia?
7. Resolvitur objectio arguens, Judicem de imperitia teneri.
8. Quid si jus novum non habuerit effectum?
9. Deciditur judicem non incidere in Edictum jure novo non habente effectum?
10. Secunda Edicti pars tenet privatos jus novum impetrantes.
11. Quid si impetrans jus novum eo non est usus?
12. Adferuntur argumenta sententiae negantis talem incidere in Edictum.
13. Deciditur questio affirmativè.
14. Resolvuntur argumenta contraria.
15. Solvitur l. 1. §. hac verba ff. quod quisq; jur.
16. Novum jus impetratur vel per se vel per alios.
17. Ad impetrandum jus novum non sufficit mandatum generale.
18. Tutor & curator novum jus impetrans in Edictum incidit.
19. Resolvitur objectio.
20. Conditio nihil ponit in esse.
21. Procurator à pœna impetrati novi juris est exceptus.
22. Delinquens & mandans delictum puniuntur.
23. An jus novum impetrans retorsionem illius à quocunque alio patiatur?
24. Deciditur questio affirmativè.
25. Resolvuntur argumenta negantis sententiae.
26. Retorsionem novi juris etiam patiuntur impetratoris heredes.
27. Redditur hujus extensionis ratio.
28. Novum jus à principe aut civitate statutum nocet subditis & civibus.
29. Gallis justè opponitur in germania jus albinatis.
30. An ex hoc Edicto prætoris repressalæ defendi possint?
31. In privatis causis non sunt licitæ repressalæ.
32. Nec debet princeps repressalæ concedere.
33. Nisi cumulata ab exteris damna in publicum detrimentum cedant.
34. Tractantur aliqua de privilegiis mundinarum lycensium.
35. Causam repressalium qui dedit, tenetur leso omnia damna resarcire.

Titulus iste tractat de statuto per Magistratum & ad i postulationem litigantis obtento novo jure. Est autem jus novum insultum & insolitum contra usitatas regulas impetratum adeoque iniquum & suspectum v. g. nè opponatur exceptio præscriptionis, aut alia, quod si igitur Magistratus in jure dicendo petente adversario novum jus præter morem statuerit, prætor hoc Edicto decrevit, ut Magistratus & adversarius impetrans quandoque similem causam habentes eodem jure utantur, & sic dolus cum dolo compensatur, & malum, quod aliquis paraverat alteri, in propriam perniciem cedit, ratio hujus edicti in æquitate summa consistit, quia cum lex divina & naturalis dicet, nè quis alteri faciat, quod sibi fieri nolit, quisque etiam pa-

ti debet id, quod in aliis statuit, quis enim aspernabitur id jus sibi dici, quod aliis dixit, aut dici effecit, *l. 1. ff. b. t.* quasi prætor diceret, hanc esse legem talionis justissimam, quâ amici amicis, urbes urbibus, summi denique cum infimis sinè cujusquam justa indignatione pari jure conjunguntur.

3 Exemplo hæc omnia declaranda sunt: pone enim, quoddam aliquis actor adversus reum obtinuerit, ut reus in causa civili personaliter in judicio compareat, quod est contra *l. fin. c. de procurat. § c. 1. X. de jud.* quibus textibus permittitur unicuique causam civilem vel per se ipsum, vel per proprium procuratorem tractare, hujus novi juris effectus est, quod reus non teneatur prius comparere personaliter, quam actor comparuerit: pone iterum, quod actor ad suam Instantiam impetraverit judicium delegatum *appellatione remotâ*, instituta à reo reconventionem, vel etiam in causa conventionis contra actorem latâ sententiâ, nec actor ad appellationis remedium confugere potest, non tantum quia actor & reus ad imparia obligari non debent, *c. 2. X. de mutuis petit.* Sed etiam quia actori volenti appellari objici potest hoc æquissimum Edictum, & eidem dici, patere legem, quam ipse tulisti *c. cum omnes. c. X. de constitut.* pone tandem, quod actor impetraverit, ut causa sua naturâ ordinariâ tractetur de plano & summariter, certè reconventus pati debebit causam reconventionis simili processu expediri debere, quia quod quisque in alterius persona æquum esse credidit, id in sua quoque persona valere patitur. *l. 1. §. 1. ff. b. t. Hiltrops. proces. Judic. p. 1. tit. 1. n. 97.* par enim pari refertur, & hõc modõ iniquitas corrigitur, ac inæqualitas ad æqualitatem & paritatem reducitur, quod etiam facit *c. justum. 2. dist. 9.* ubi principes dicuntur teneri legibus quas subditis constituerunt, justa est enim vocis eorum auctoritas, si quod populo prohibent, sibi non licere patiantur.

4 Est autem hõc Edictum bimbrem, respicit enim primò Magistratum & Judicem, deinde etiam privatos. Primo igitur hujus Edicti capite statuitur, Judices, qui per decretum, sententiam definitivam, vel interlocutoriam novum jus præter morem dixerunt, eodem jure in propriis causis uti debere, semper enim naturalis ratio dicit, Judicem illud oportere pati, quod in causa coram se agitata in alio statuit, visum enim prætori fuit, ita Magistratus, nè potestate sibi concessa abuterentur, & quid durius contra jus & morem statuerent, coerceri & intra septa justitiæ contineri posse.

5 Judices autem non aliter juris novi & iniqui à se statuti retorsionem patiuntur, quam si id dolõ fecerunt *l. 2. ff. quod quisque jur.* hinc si assessorum imprudentiâ aliter jus dictum est, quam oportuit, hoc judici non debet nocere *cit. l. 2.* & Judex satisfacit exhibendo assessores, quorum suggestionem ita judicavit, ratio autem, quare Judex in hoc Edicto non nisi obdolum incidat, assessor verò ob imperitiam, consistit in eo, quia Judex potest esse illiteratus, dummodò aliàs sit idoneus & in negotiis versatus, præsertim si judicandi munus invito injungitur, assessor autem hõc ipso, quo se eligi patitur & ad id officium assumi, tacitè videtur asseverare, se esse idoneum & peritum, meritò igitur assessori imperitia, quam dissimulavit

lavit, imputatur instar medici, quem imperitia non excusat *l. illicitas §. sicut. ff. præsid. Zas. ad cit. l. 2. n. 6.*

Dices Judex per imperitiam malè judicans facit litem suam, hoc est, locum ejus subit, quem malè judicando absolvit, & propterea actor contra Judicem agere, & ab eo interesse suum petere potest, propterea, quòd malè pronuncians alterum absolverit, & tenetur ex quasi delicto, quantum æquum visum fuerit religioni judicantis *l. ult. ff. de var. & extraord. cog.* ergò etiam Judex in hoc Edictum incidit, & si per suam imprudentiam sententiam iniquam & jus novum statuerit, & à tali sententia jure novò appellari potuerit. *Re. cit. l. ult.* non esse intelligendam, si Judex ex consilio assessorum vel aliorum sapientum male judicavit, ità enim judicans excusaretur, sed intelligenda est de Judice perito, qui sine assessorum opera adhibita judicat, hunc enim ex quasi delicto teneri, quia ingessit se rei, quam non intelligit, certum est *pr. Inst. de oblig. quæ quas. ex delict. nas. Stryk. ff. usumod. de var. & extraord. cog. §. 2.* nullam enim sufficientem disparitatis rationem deprehendo, ob quam Judex ex assessorum consilio novum jus statuens de imperitia teneatur, litem autem suam facere debeat, si ex consilio assessorum judicaverit, nullo enim casu sententiæ rationem reddere obligatus est, cum neutro casu scientiæ professionem faciat, sed in utroque casu assessoribus confidat.

Quæres, an nihilominus Magistratus juris novi à se statuti retorsio-⁸ nem patiatur, tametsi illud jus novum non habuerit effectum, fortè quia juris novi executio ad instantiam illius, contra quem statutum est, per superiorem inhibita, aut aliter impedita fuerit? v. g. Judex non admissâ præscriptionis exceptione possessorem ad rem restituendam, vel debitorem ad solvendum debitum condemnavit, condemnatus in Judicio appellationis sententiæ emendationem obtinuit, ità ut rem non debuerit restituere, nec prætensum debitum solvere, quæritur, si Judex ad rem à se possessam restituendam conventus objicit exceptionem præscriptionis, an audiendus. an verò non obstante prolata præscriptione ad rem restituendam condemnandus sit, sicuti alium coram se litigantem quondam condemnavit & jus novum statuit? Et videtur sufficere, quòd Judex jus novum dixerit, licèt jus novum & sententia effectum non fuerit sortita *l. is qui cum telo 7. c. ad leg. Cornel. de sicar.* ubi ambulans cum telo & deprehensus eòdem modò punitur, sicut, qui occidit, quia judex jus novum proferendo jam deliquit, cum sciat, se non nisi jus usitatum reddere debere.

Verius tamen est, si jus novum non est consecutum effectum, & sen-⁹ tentia nec de jure nec de facto executioni mandata, Judici quandòque similem litem habenti jus novum, quò nullus fuit læsus, objici & nocere non posse, fundamentum est in *l. 1. §. ult. ff. quod quisque jur.* ubi J. C. dicit, cessare hoc Edictum, si decretum à Judice prolatum non habuerit effectum, hinc ergò etiam juris novi talionem Judex non patitur, si inter illos, qui suæ jurisdictioni non subsunt, jus novum edixit, sic etiam in Edictum, *nè quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat*, non indicit ille, qui in jus vocatum quidem exemit, & ad Judicium venire impedit, si vi de-

tentus nihilominus in iudicio productus est *l. pen. §. docere. ff. nè quis eum, qui in ius vocab. vi exim.* ratio, quia verba cum effectu accipi debent, rebus enim non verbis lex scripta est, & prætor in Edicto suo jus retorquendi inducens ad læsionem respexit, quæ per constitutionem novi juris infertur, sed læsio per solam constitutionem non fuit allata, ergo cum constitutio non habuerit effectum, Judex talione puniendus non est, cum affectus & conatus sine effectu non puniatur, nisi in atrocibus delictis *l. 1. ff. de extraord. crim. l. 5. c. de Episc. & Cler. & quemadmodum specul. in tit. de accus. §. 1.* dicit: ob solum conatum in toto orbe neminem amplius puniri.

10 Secunda hujus Edicti parte coercetur audacia & impudentia privatorum injustis suis postulationibus jus novum à Magistratu impetrantium *l. 3. ff. b. t.* ad hoc autem, ut jus novum impetrans eodem uti contra se debeat, requiritur, præcedens postulatio illius, cui jus novum & iniquum indultum fuit, in dubio autem alio non apparente præsumitur ad postulationem jus novum impetratum fuisse *Zaf. ad l. 3. n. 2. ff. b. t.* hinc sine sua postulatione jus novum obtinens hoc Edicto non coercetur. Ratio, quia hoc Edictum in summa æquitate fundatum est, æquum autem non est, ut ob solum factum jus novum concedentis aliquis puniatur, multò minùs igitur in hoc Edictum incidunt, quibus princeps motu proprio sine aliqua postulatione Rescriptum contra Jus indulsit, quia prætor iniquas postulationes coercere voluit, non autem inhibere potuit, nè principes nova indulta subditis concedant.

11 Quæres, an jus novum impetrans ex sola impetratione Edictum offendat, & in pœnam retorsionis incidat, etsi impetrato novo jure contra adversariam non fuerit usus, v. g. impetravit aliquis à Judice, quoddam hæredem durante inventarii confectioe, vel juxta judiciorum stylum, ante triginta dies à morte testatoris lapsos ad solvendum debitum convenire & adstringere potuerit, quod est contra *l. fin. §. dona. c. de jure delib.* qua creditoribus durante inventarii confectioe non permittitur hæredes molestare, ut scilicet eò quietius & meliori ordine inventarium confici valeat, pone autem, quoddam impetrans pœnitentiâ ductus hoc jure non fuerit usus, & debitorem hæredem non convenerit, quæritur an non obstante isto non usu ipse impetrans hæres effectus & confectioe inventarii occupatus à creditoribus hæreditariis & legatariis conveniri possit? dicendum videtur, non sufficere solam impetrationem, sed parcendum esse illi, qui impetrato novo jure animò suò mutatò abstinuit, & adversario nullum damnum intulit.

12 Fundamentum sat urgens desumitur ex *l. qui falsam 19. ff. ad leg. cor. de fals.* ubi non obstante, quoddam falsare monetas gravissimum sit crimen, tamen deceditur, quoddam falsam monetam cudentes, si id totum efformare noluerunt, suffragio justæ pœnitentiæ absolvendi sint. Secundum fundamentum suggerit *l. 3. & 4. c. de apostat.* ubi, quamvis à fide Christiana deficientes perdant omnia beneficia à jure communi Christianis indulta, tamen lapsis & errantibus subveniendum esse statuitur, ratio, quia facultas

tas arbitrium suum in melius commutandi nemini aufertur, nec justæ pœnitudo humanitas ulli denegatur *l. quis libellos. 28. c. de appell.* Ergo si novi juris impetrator jure suo usus non est, & nullum ex impetratione sua commodum reportavit, ei ignoscendum, & retorsio similem aliquando causam habenti objicienda non est.

Contraria tamen sententia tenenda est per textum apertum in *l. 3. ff. 13 b. t.* sed impetravit, sive usus est jure aliquo, sive impetravit, ut uteretur, id est eò animò jus novum postulaverit, ut eò contra adversarium uteretur, licet usus non sit, hoc Edictò punitur, ratio videtur esse, quia in privatis prætor magis fraudulentam impetrationem, per quam Judices seducuntur, ad novi juris concessionem malitiosè persuadentur, quàm ipsum novi juris usum attendere voluit, quod vel ex eò maximè patet, quod solus novi juris usus sine aliqua impetratione neminem utentem huic Edictò obnoxium reddat, veluti si Magistratus alicui sine petitione novum jus concedit, hoc casu utens novo jure absque sua petitione impetrato in Edicti pœnam non incidit *l. 3. in princip. ff. b. t.* Et hanc sententiam eò magis puto procedere, quando impetrans non utitur jure novo, quia occasionem eò utendi non habet, uti tamen se velle datà occasione proponit, quia tali casu non dicitur non usus esse, quasi non voluisset adversarium novi juris Usu lædere & offendere, sed tantum, quia non potuit ma levolum suum propositum effectui dare v. g. à superiore prohibitus, vel aliter impeditus.

Non obstant partis adversæ argumenta, nam in hujus Edicti secunda parte prætor pro delicto reputat petitionem & impetrationem novi juris, quia ergo petitio facta, & impetratio cum animò utendi novo jure secuta est, delictum dicitur esse perfectum & consummatum, adeoque culpabile & pœnâ dignum, licet impetrans impetrato jure usus non fuerit, quod autem *cit. l. qui falsam.* attinet, falsæ monetæ inchoatæ tantum, sed non affirmatæ, multò minùs adhuc expositæ fuerunt, & sic non tantum malus aliquis ex delicto effectus non fuit subsequutus, sed etiam delictum adhuc non fuit perfectum; Nec obstant textus secundò locò adducti, nam favore amplectendæ denuò fidei veræ faciliùs pœnitentiæ locus datur, & errantibus subvenitur. Minùs refragatur allegata *l. si quis libellos.* in qua permittitur appellationis interpositæ vocatio, nam appellatio est licitum juris remedium, eaque utens nulli pœnæ fit obnoxius, impetratio verò novi juris est illicita, ob quam semel contracta pœna non evitatur superveniente animi mutatione & solo non usu novi juris, qui novi juris usus per se nihil aliud est, quàm delicti perfecti continuatio.

Objicies jus novum statuens non tenetur hoc Edictò, si is, pro quo jus novum statutum est, eò non utitur *l. 1. §. hæc verba. ff. quod quisque jur.* & sic in Magistratum requiritur realis alterius læsio, ergo etiam impetrantem novi juris non usus à retorsionis pœna liberabit. *re.* Concessio antecedente nego consequentiam, ratio, quia impetrans novum jus jam est potitus desiderio suò, quod postulatio sibi successerit, & sic ad impetrantem ex suo delicto & fraudulenta postulatione jam aliquid pervenit,

ad Judicem autem ex constitutione nihil pervenit, hinc mirum non est; quod in Judice per solam novi juris constitutionem non dicatur res esse perfecta & delictum consummatum, nisi etiam statuti juris usus secutus fuerit. *cit. l. 1. §. hæc verba.* accedit, quod Judex dolo novum jus statuens & malè judicans dolo per adversarium, contra quem jus novum statutum est detecto & probato aliis periculis se se exponat, v. g. amotionis ab officio, diffidentie & suspicionis, litis suæ faciendæ, ergo in ordine ad hoc Edictum non secuto novi juris effectu cum eo mitius procedendum est: puto tamen, si certò constet impetrantem novo jure non esse usurum, commodò & opportuno tempore, benignius esse, ut poenitentiae ejus re integra locus detur.

16 Dicta procedunt, siue aliquis per se ipsum, siue per alium jus novum impetraverit *l. 3. §. 1. ff. b. t.* quia in delictis etiam ex mandato aliquis obligatur ad poenam aut damni restitutionem tertio læso præstandam *l. 11. §. 3. ff. de injur. l. 15. §. 1. ff. ad leg. Cor. de sic. l. 5. c. de accus.* hinc ob jus novum à prætore impetratum mandans duobus casibus tenetur, primò, si procuratori juris novi impetrationem specialiter mandavit. Secundò, si impetrationem suo nomine postulatam ratam habuit *l. 3. §. si procurator. ff. quod quisque jur.* Ratio primi casus est, quia quod quis per alium facit, id ipse fecisse censetur & sic interpretatione juris idem censetur quasi mandans ipsemet præfens jus novum postulasset & impetrasset. Ratio secundi casus est, quia ratihabitio retro trahitur & mandato comparatur, quasi habens jam ab initio juris novi impetrationem procuratori commisisset. *c. ratihabitioem de reg. jur. in 6.*

17 Ex his casibus à J. C. ità decisis sequitur, quod procurator simpliciter constitutus, aut cum mandato generali etiam cum libera novum jus postulans principalem Edicto non faciat obnoxium, ratio, quia in *cit. l. 3. §. si procurator.* requiritur ratihabitio, aut præcedens mandatum speciale, ergò à contrario infertur, quod aliud quameunque generale & liberum ac plenum mandatum non sufficiat, affirmatio enim unius est aliorum exclusio & negatio, accedit, quod in generalissimo etiam mandato non contineantur illicita, & quæ se habent extra administrationem rerum ad mandantem pertinentium *l. creditor. 60. §. Lucius. 4. ff. mandat.* his duobus casibus addi potest tertius, si scilicet procurator præfente & non contradicente principali suo jus novum postulavit & impetravit, quia hoc ipso, quod sciens nomine meo jus novum postulari non prohibeam, censeor mandasse impetrationem, sicut si sciens patior meo nomine aliquem causam tractare, hoc ipso, quia ei non contradico, dico mandasse & eum constituisse procuratorem *Zaf. ad l. 3. §. si procurator. n. 14. ff. quod quisque.*

18 Tutores & Curatores novum jus impetrantes pro personis tutelæ aut curatelæ suæ subjectis ipsi tenentur, quamvis nomine proprio nihil impetraverint, adeoque impetratio ista pupillis aut adolescentibus non officit *cit. l. 3.* ratio, quia hoc Edictum habet maximam æquitatem in se, contra æquitatem autem est, ut alteri per alterum iniqua conditio inferatur *c. non debet. de reg. jur. in 6.* ergò cum pupillorum & adolescentum

CON-

consensus hinc novi juris impetrationi nullus accesserit, impetrantes tantum tutores & Curatores novi juris retorsionem patiantur, nè aliàs novi juris impetratio planè impunita evadat. Putant tamen Doctores, quòd hujusmodi personæ pupillares novi juris impetratione & usu locupletiores factæ quòdque in simili casu idem jus contra se admittere debeant, sic enim pupillos locupletiores factos etiam doli actione teneri respondit J. C. in l. sed si ex dolo. ff. de dol. mal.

Dices, si procurator jus novum impetravit, etsi principalis deinde ¹⁹ impetrationem rati habeat, procurator non tenetur, imò nunquam tenetur procurator cit. l. 3. §. si procurator. ubi dicitur, procuratore novum jus impetrante solum principalem eodem jure uti, quamvis deinde J. C. hanc sententiam respectu mandantis, ut scilicet is ex facto procuratoris teneatur, ad prædictos duos casus restringat, ergò etiam tutores & curatores in hoc Edictum non incident; quia sicut tutores & curatores non pro se & suo commodo jus novum impetrant, ità neque procuratores vel saltem admitti debent procuratores, extra dictos duos casus debere teneri, quia in regula certum est, quòd novum jus impetrans eodem utatur, nisi doceatur esse exceptus, procurator autem novam jus impetrans non est exceptus, imò cum in duobus casibus prædictis in Edictum incidat mandans, dicendum erit extra illos casus procuratorem Edicto obnoxium fieri, quia exceptio firmat regulam in casibus non exceptis, quam sententiam etiam tenaciter propugnat *Lauterboeb. ff. quod quisque jur. §.*

²⁰ B. Concesso antecedente nego consequentiam, ratio & disparitas utriusque casus in eo consistit, quia procurator pro impetrando novo jure mandatum non habens, si illud postulat, non videtur aliter, quàm sub conditione postulare, nimirum si principali hoc novum jus & ejus usus non displicuerit, cum enim ad id impetrandum mandato instructus non sit, non est verosimile eum aliter, quàm sub conditione futuræ rati habitationis id postulare, quia pro se non postulat, aut aliquid agit, certum autem est: Quòd conditio nihil ponat in esse, & actus conditionalis conditione non existente non valeat l. cedere. 213. ff. de V. S. l. si quis fundum. 37. ff. de contrab. empt. & hic non est dabilis casus, quòd procurator teneatur, vel enim principalis impetrationem rati habet, & hòc modò omne periculum in se transfert, & procuratorem liberat, vel non rati habet, & sic conditione non eveniente impetratio non valet, & idem est, quasi nulla postulatio facta aut impetratio secuta fuerit l. 8. ff. si quis omis. caus. test. ubi legatarius conditionalis conditione deficiente nec legatarius dicitur esse, longè aliter se res habet in tutoribus aut curatoribus, hic enim cum instar dominorum sint, non postulant jus novum dependenter à voluntate pupillorum & adolescentum, nec cum spe futuræ rati habitationis, sed purè & simpliciter, ergò, cum hi soli novi juris impetrati causa sint, meritò etiam illis novi juris impetratio, licèt ex hac nullum commodum acciperint, obesse debet, præsertim si novo jure etiam pro pupillis aut adolescentibus effectu ipso usi sunt.

Nec obstat alterum, nam negatur procuratorem novum jus impe- ²¹

trantem Edictò non esse exceptum, nam *l. 3. §. si procurator. ff. quod quisque jur.* Pomponius generalem regulam statuit: scilicet procuratore novum jus impetrante solum principalem teneri, per hanc regulam & ei annexam particulam taxativam *solum* jam declaravit J. C. procuratorem exceptum esse, multò magis, quia deinde per modum exceptionis dicit ibidem procuratorem in rem suam eodem jure, quod impetravit, uti debere, regulam supra positam restrinxit quidem J. C. Ulpianus ad duos casus, dicens principalem teneri, si specialiter mandavit, aut ratum habuit, neutiquam autem à prædicta regula recessit, quòd ad procuratorem quasi nimirum iste impetrato novo jure uti debeat, si nullo speciali mandato instructus fuerit, aut principalis impetrationem non habuerit ratam, nulla est enim impetratio, & nihil proinde subest, ob quod Edictò obnoxius esse deberet, eò magis, quia tempore impetrationis non potuit procurator cogitare de usu juris novi & illo utendi animum habere, cùm hoc totum dependeat à voluntate principalis, tutor autem & curator omnino utendi impetraverint jus novum.

22 Dices saltem procurator teneri debet in casu habiti specialis mandati, quia tam mandatarius, quàm mandans in malefactis tenentur *l. 1. §. quoties. ff. de vi & vi armat.* ubi tam procurator nomine alieno me ex possessione dejiciens, quàm ejus principalis obligatus est, donec litis æstimatio fuerit mihi præstita & omnimodè satis factum, quia jussus alterius non excusat procuratorem, ergò procurator æquè ac principalis ipse novi juris retorsionem pati debet. R. Regulam præfatam, mandantem & mandatarium teneri, procedere in delictis, in quibus mandanti non est obediendum, inòd etiam susceptum mandatum negli potest, impetratio autem novi juris non est delictum, quia habet juris effectum, id est, impetrans jure novo autoritate Judicis indulto potest uti, in quo si versaretur delictum, novi juris usus omnino deberet esse prohibitus, & sic negatur consequentia.

23 Quæres, an jus novum impetrans retorsionem novi juris non tantùm pati debeat ab illo, contra quem id novum jus impetravit, sed etiam ab aliis? dicendum videtur eum tantum pati debere retorsionem ab eo, contra quem jus novum impetratum est, ratio, quia in *l. 1. ff. quod quisque jur.* dicitur, quòd impetrans eodem jure uti debeat adversario postulante, hic est numerus singularis, ergò quia non dicitur adversariis postulantibus, impetrans jus novum non debet metuere alios, cùm delictum tantùm sit contra unam personam. Secundò adduci potest *l. sancimus. 22. c. de penis* ubi habetur, quòd pœna non progrediatur ultra, quàm delictum est, ergò quia adversus unum tantùm jus novum obtentum est, obtinens retorsionem ab illo tantum & non etiam ab aliis patiat. Tertid, res inter alios acta aliis non prodest, nec nocet, ergò si debitor v. g. contra creditorem suum obtinuit jus novum, nè teneatur in solidum is, tantùm creditor, si simul in alia causa jus novum impetrantis debitor sit, eodem jure uti poterit, non verò alii debitores, inter quos & jus novum impetrantem priùs actum non est.

R. Ni

24. Nihilominus eum, qui jus novum contra unum creditorem impetravit, pati retorsionem tam ab eo, contra quem jus novum obtinuit, quàm ab aliis debitoribus suis. Fundamentum est in *l. 3. §. hæc pœna. ff. quod quisque.* ubi statuitur, quòd hæc pœna retorsionis novi juris locum habeat non tantùm postulante eo, qui læsus est, sed omni, id est quocunque alio, qui quandoque experietur. Secundum fundamentum est in *l. ratas. 7. c. de rescind. ven.* ubi quidam miles ab Imperatore petiit, quatenus sibi liceret oblato pretio rescindere venditionem fundi, quem vendiderat, respondit Imperator, etsi hoc concederetur, non tamen utile, sed potius noivum fore militi, ratio ibidem optimè ad præsentem quaestionem conducens subjungitur ista: quia omnes alii, cum quibus miles quandoque contracturus est, poterunt simile rescriptum obtinere. Ecce miles tantùm voluit impetrare rescriptum novi juris contra unum, & tamen, si id impetrasset, debuisset retorsionem ab omnibus, cum quibus deinde contracturus est, pati. Ratio ulterior assignari potest ista, ponamus, quòd creditor, contra quem in casu posito impetrabatur jus novum, non sit vicissim impetrantis debitor, tali casu ab isto non posset novi juris retorsio fieri, jam, si retorsionem novi juris debitores alii facere non possent, Edictum non sortietur effectum, quia impetrans jus novum maneret impunitus, ergò novi juris retorsionem impetrans non tantùm patietur ab eo, cum quo egit, qui vicissim ipsius impetrantis debitor fuit, sed ab omnibus aliis suis debitoribus, & dixi *ab omnibus aliis &c.* quia non est major ratio, cur unus potius & non alius ad novi juris retorsionem admitti debeat, cum omnes debitores pari jure sint, & incertitudo, an scilicet hic vel alius jus novum retorquere volens audiendus sit vel non, evitari debeat.

Non obstat primum alterius opinionis motivum, nam etsi cit. tex. 25
 tus proferatur in numero singulari, tamen intellectum numeri pluralis habet, sicut ex *l. 3. §. hæc pœna. ff. quod quisque.* in verbo *omni* colligitur, per quem §. etiam Edictum declaratur, & fit apertius, sicut hoc infrequens in jure non est, quòd nimirum unus textus explicetur per alium, ratio autem est, quia quilibet, qui retorsionem novi juris vult facere, est ad versarius, ergò verba *postulante adversario* latius accipi, non verò restringi debent ad illum adversarium, contra quem jus novum impetratum est. Non obstat alterum, nam sæpe amplior est pœna, quàm delictum *l. si vindicari. 20. c. de pœn. l. quid ergò. 13. §. pœna gravior. ff. de bis. qui not. infam.* ubi de irrogatione pœnæ gravioris, quàm per legem statuta est, fit mentio, ergò mirum non est, quòd retorsio novi juris etiam ab aliis fieri possit, & quidem eò magis, quia fundata est in æquitate & ratione naturali. Minimè obest tertia ratio, nam cum retorsio novi juris sit fundata in æquitate, facile illius productio etiam ad alios debitores quasi per consequentiam fieri potest, nè aliàs pœna videatur esse levis, vel planè sine effectu, si fortè creditor, contra quem jus novum impetratum est, non sit vicissim debitor. *Oldendorff action forens. clas. 1. act. 1.*

Est autem impetrati novi juris retorsio aded ampla, ut si contra im-

petratorem vivum exercita non fuerit, eidem planè locus sit contra hæredes, non obstante, quod videatur esse pœna *l. 3. §. quod autem. ff. quod quisque jur.* Ratio hujus prima est, quia retorsio novi juris plerùmque exponitur per modum exceptionis v. g. debitor contra creditorem obtinuit, nè ante certum tempus ad solvendum debitum urgeri possit, is mortuus est relictis suis debitoribus, à quibus deinde hæres petit solutionem, Ecce hoc casu hi debitores opponere possunt retorsionem, se ante certum tempus etiam non teneri solvere, ratio, quia hæc retorsio proponitur instar exceptionis, exceptiones autem sunt perpetuæ, quia in potestate excipientis non est excipere, quando velit, sed is expectat, donec conveniatur *l. purè s. §. fin. ff. de doli mal. except.* ergo si debitores non fuerunt conventi à creditore novum jus impetrante adhuc vivo, retorsionem omnino possunt hæredi illius nunc agendi opponere, altera generalior ratio 27 est, quia ex impetratione novi juris non tantùm ad impetrantem, sed etiam in bona illius redundavit utilitas, per id enim impetrantis patrimonium melioratur, cùm melius sit tardius solvere, quàm statim solvere, adeoque ex impetratione novi juris unà cum hæreditate etiam ad hæredem aliquid pervenit, ergo etiam ex facto defuncti teneri debent hæredes pœnâ retorsionis, quasi ipso jure inflicta, præsertim, cùm noti juris sit hæredem ex delicto defuncti conveniri posse, si ad eum aliquid pervenit, nè alieno scelere locupletentur *l. unica, c. ex delict. defunct. in quant. hered. conv.*

28 Hæc quod ad Edicti hujus interpretationem sufficiant, sciendum tamen est, hujus Edicti æquitatem jamjam eò protensam esse, ut novi juris retorsio non tantùm contra Judicem statuentem & privatum impetrantem locum habeat, sed etiam contra omnes subditos, quorum commodo princeps supremus novam legem vel Magistratus aut civitas statutum sine ullo dolo condidit, obtrudi possit, pone enim, quod civitas à mundinis excludat alterius civitatis Mercatores, quod ab emendis immobilibus sui territorii aliarum civitatum cives repellat, certè eodem jure & altera civitas utetur, ac à suis mundinis & immobilium emptione alienos mercatores ac cives arcebit, sic etiam si in provincia aliqua statutum est, quod v. g. ad vena pecuniam ex rebus suis distractis acceptam ex provincia exportare nequeat, rectè etiam tali provinciali alibi hoc non permittetur 29 *Habn ad Wesenbec. ff. b. t. in fin.* hinc etiam fit, quod ob notissimum jus Albinatûs in Gallia receptum, vî cujus Rex hæreditates Germanorum aliorumque alibi natorum, sed in Gallia mortuorum sive ad sit testamentum, sive non, sibi appropriat, & exteros à successione Gallorum repellit, Galli in Germania defuncti hæreditas extra Germaniam & locum mortis etiam dimitti non debeat, sed lege retorsionis principes Germani contra Galli defuncti cognatos hæreditatem sibi vindicare possint, nec pecuniæ extra Germaniam auferantur, damit das Geld in dem Land verbleiben sollte / præsertim si ibidem etiam acquisita fuerit, quæ enim invidia est, res eò reverti, vel ibi relinqui, unde profectæ sunt? *§. si Inst. per quas person. nob. acquirit, Stryk. ff. b. t. §. 2.*

Sed

Sed an ex hoc Edicto & prius adductis repressaliæ defendi possint, 30
queritur? Repressaliæ nihil aliud sunt quàm pignorationes rerum & per-
sonarum, quando scilicet unus pro alio, res unius pro re alterius appre-
henditur *c. unico de injur. in 6.* Causæ repressaliarum videntur quasi ex-
dem esse, quæ indicendi belli v. g. denegatio Justitiæ, illatæ injuriæ, non
refarcitio damnorum injustè illatorum. R. Igitur repressalias in homi- 31
num privatorum causis esse illicitas, & concedi non posse; textus est
apertus *in c. unico de injur. in 6.* ubi Gregorius Decimus ait, pignora-
tiones seu repressalias, in quibus alius pro alio gravatur, esse naturali æqui-
tati & juri contrarias; ratio, quia nemo alterius odio est prægravandus,
sic enim filius obligationibus ac debitis paternis non oneratur, si ejus hæ-
res non extitit, sic uxor citra successionis vinculum debitis maritalibus
non tenetur, imò jura conjunctos absolvunt, ergò injustitiæ plenæ sunt
repressaliæ & non admittendæ, hinc civi Viennensi, si solutionem à de-
bitore cive pragensi consequi non potuit, permillum non est, alterius
Civis Pragensis Viennæ morantis personam aut res apprehendere, hinc
etiam docet *Gail. de pignorat. lib. sing. c. 2. n. 3.* principem, si repressaliæ ad
privatam utilitatem petantur, non debere eas concedere, quia multa post 32
se trahunt incommoda, & viam publicis scandalis aperiunt, & non sta-
tim ad repressalias, si quis se per injustitiam aut injuriam alicubi offen-
sum esse conqueritur, descendendum esse docet *Vasq. in l. si quis in suo §.*
legis. n. 13. 14. c. de in off. testam. igitur si nostro Civi ab extero aliquid de-
betur denegata justitia, aut debito non soluto, alteri innocenti securitas
per nostra loca transeundi & negociandi denegari non potest, cum jam
aliunde arresta, sequestrationes, & alia his similia violenta remedia sub-
lata sint, *tot. tit. c. de probib. sequest.*

Et procedunt repressaliarum concessionem privatæ utilitatis causâ
ed minùs, si adversus debitorem adhuc judicio actum non est, nec dici
potest justitiam fuisse denegatam, ratio desumitur ex *l. equissimum. ff. de*
usu fruct. ubi J. C. ait, cur ad arma procedere præter eos patiatur, quos
potest jurisdictione sua compescere? sic enim ob unius civis nostri læ-
sionem rursus plurimi alii cives prædæ aliorum vicissim exponerentur,
unâ enim vice admissis repressaliis mox ira sternitur secundis, hæ secun-
dæ iterum excitant tertias, & sic malum malo cumulatur. Hinc etiam
inter Germanos non posse à principibus repressalias decerni tradit *Pet. Heig.*
part. 1. quæst. 12. n. 17. & inter Regni Galliæ subditos repressalias esse abro-
gatas docuit *Cujac. in l. unica. c. ut nullus ex vicinis lib. 1.* ratio, quia jure
judiciòque experiri licet.

R. Secundo si multiplicata privatorum damna & læsiones ab exte- 33
ris illatæ sint talia, quæ in publicum detrimentum vergunt, vel alia Rei-
publicæ acciderit offensio, & monitiones ac minæ & omnia alia diligen-
tissimè tentata subsidium nullum refusionis aut satisfactionis superesse,
ostendunt, autoritate publica contra externos pro depellenda injuria &
reddenda satisfactione repressalias concedi posse, ratio, quia contra illam
gentem, quæ nobis negligit exhibere justitiam, bella geri possunt jure

divino c. *Dominus noster. caus. 23. q. 2.* ergo etiam subditi illius domini, qui justitiam administrare neglexit, capi & eorum bona auferri possunt, sunt enim repressalix quædam justii belli oblatio, quæ etiam aliter, quàm bellum justum decerni non solent *Gail. d. loc. n. 8. Pet. Heig. D. loc. n. 25. ubi etiam n. 23. & seq.* ait repressalias esse pugnx speciem, quæ insontes cum fontibus comprehendit, unde adversus quos bellum instituere licet, contra hos etiam repressaliis pugnare licet, sicut Fridericus Secundus adversus rebelles Anconitanos repressalias decrevisse dicitur.

34 In hoc repressaliarum puncto omittendum non est illud, quod in *Codice Austriaco sub Rubr. Linger-Marcchs-Freyheit* à Ferdinando Tertio constitutum esse legitur: wann ein Schuld in dem Linger-Marccht contractiret/ oder die Bezahlung einer anderen Schuld dahin/ nemlich auff den Linger-Marccht zu thun wäre versprochen worden/ der Schuldner selbst aber dahin nicht kommete/ weder die Bezahlung verschaffete/ weder allda genugsame Güter hätte/ weder auch besagter Schuldner über die recht intimirte Citations- oder Wahnungs-Schreiben nacher Lins von seinem Magistrat gestellet/ oder wegen der Flüchtigkeit und anderer Latitirung nicht können gestellet zu werden Bericht erstattet wurde/ daß nemlichen in solchem Fall ein anderer/ welcher des Haupt-Schuldner Magistrat an selbem Orth unterworffen ist/ zu Lins kan angehalten werden/ es wäre dann/ daß auch dieser Angehaltene zu Lins mit genugsamen Realibus versehen wäre/ oder aber eine angenehme Caution de Judicio listi & judicatum solvi præstiren kunte. Hæc videtur esse species repressaliarum, quia non debitor pro debitore citato & non comparente invitatus detinetur, aut saltem non debitoris res arresto afficiuntur, & quidem privatarum, cum tamen negotiationum favor, ac pecuniarum in promovendis nundinis necessariarum exsolvendarum causâ, sine quibus tanquam suo nervo nundinarum exiguus est usus, iisque autem mundinis ob loci commoditatem mercatores carere haud queant, & proinde hæc viâ debitores ad solutionem compelli possint, intercedat, & commercia vigore publicè interfit, ideo eas longissimo annorum usu inductas Principes supremi non abrogârunt nonnullas tamen illis moderationes addiderunt.

Cæterum aliud extat Ferd. II. generale *Codice Austriaco sub lit. R.* contentum, Krafft dessen in allen andern Städten/ Märkten und Dörffern allen und jeden Obrigkeiten in dem Erz-Herzogthumb Oesterreich die wider die natürliche Billigkeit lauffende Repressalien/ Anhaltungen umb willen frembde Schulden zu bezahlen gänglich abgestellet und anbefohlen worden/ die Kläger zu des selbst Schuldners Instanz, wie rechtens ist/ zu verweisen/ immassen es allen Rechten und gesunden Vernunft zugegen stehet/ daß einer für frembde Obrigkeit gezogen/ der Unschuldige für den Schuldigen bezahlen/ mit dem Seinigen auff frembden Orth solte auffgehalten/ und dardurch zu mercklichen Schaden eingeführet werden. Alia adhuc LEOPOLDI Primi generalia repressalias Lyncenses concernentia, inter quæ unum repressalias contra Bohemos in specie wider Budweisische Burger und Handels-Leuth exercitas confirmavit, alterum verò repressalias usque ad sex annos, exceptis Judæis prop-

propter difficilem eorum conventionem suspendit, ibidem videri & legi possunt.

Quæres ergo in ordine ad prædicta, quomodo illi consultum sit, 35 qui rigore repressaliarum fortè culpâ levissimâ principalis debitoris, qui statuto tempore, constituto loco ad esse & debitum solvere non potuit, læsus est? durum fortè videbitur, si debitorem obligatum esse statuero ad omnia repressalias passo resarcienda, sic enim conductor non tenetur resarcire damna injuriòse ab alio sinè sua culpa illata *l. sed de damno. 41. ff. locat. cond.* talia enim damna præcaveri non possunt *cit. l. 41.* sed verius, eum, cujus causâ repressalias passus damnum tulit, etiam si nulla alteri præter levissimam culpam imputari possit, teneri ad restitutionem totius damni, & consequenter etiam ad resarciendum omne id, quod in odium debitoris ablatum est, ratio, quia repressalias passus justissimè allegat, se aliàs hoc damnum non fuisse passurum, si debitor in tempore & convento loco solvisset *l. si servus communis. 41. §. quod verò. ff. de furt.* præsertim cum interpositis denunciationibus & protestationibus damno avertendo prospicere debuisset, accedit *l. si merces. 25. §. culpæ autem. ff. locat.* ubi traditum est, eum, à cujus inimicis alicui damnum illatum est, teneri illud resarcire, licèt ille inimicitia causam verè non dederit *Marscard. de probat. lib. 2. conclus. 892. n. 22. & seq. Vincentius Caroc. in tract. locat. cond. p. 4. tit. de casib. q. 11. n. 85.*

CAPUT II.

Si quis jus dicenti non obtemperaverit.

SUMMARIUM.

1. *Jussui Magistratus non obtemperans pœnâ afficiendus est.*
2. *Hoc pœnale Edictum summam æquitatem continet.*
3. *Recensentur varii modi coercendæ inobedientiæ.*
4. *In hoc Edictum incidit, qui extremum jurisdictionis non implet.*
5. *Extremum aliud absolutè, aliud respectivè tale est.*
6. *Hoc Edictum concernit extremum absolutè consideratum.*
7. *Adducuntur pro hac sententia fundamenta aliqua.*
8. *Pœna hoc Edicto statuta est, quanti ea res est, de qua agebatur.*
9. *Pœna ex hoc Edicto soluta infertur fisco.*
10. *Hodiè pœnæ istiusmodi applicantur ærario Magistratum.*

Est & Edictum à prætore propositum, quò litigatores admonentur, non ridiculam aut elusoriam esse judiciorum authoritatem, sed jussui judicis omninò morem esse gerendum, nè autem authoritas Magistratûs, si contemni permitteretur, vilesceret, visum fuit prætori Edicto proposito contumaciam illius pœnali

nali iudicio coercere, qui jus dicenti in eo, quod jurisdictionis extremum 2 est, non paruit *l. unica. ff. b. t.* Hujus Edicti æquitas seu naturalis Justitia satis manifesta est, ratio, quia Judex Dei minister est, vindex in iram illi, qui malè agit, cui nos necessitate subditos esse oportet, non solum propter iram, sed etiam propter Conscientiam *Paulus 12. v. 1.* ideo naturalis rationis principia dictarunt, ut Judici potestas & arma concederentur, quibus suæ Jurisdictionis violatores compesceret & ad obediendum adstringeret.

3 Quamvis verò complures sint modi tuendæ Jurisdictionis & inobedientiæ coercendæ, ut est captura, arrestatio & incarcerationio personæ inobedientis, denegatio audientiæ seu jurisdictionis in aliis, quæ inobediens à Judice petit, captura pignorum, missio in bonorum possessionem, sequestratio possessionis, donec pareatur, de quibus omnibus videri potest

4 *Wesenb. in parat. b. t. n. 6. in fine.* tamen causa hujus Edicti & pœnæ ibidem statutæ non est quælibet inobedientia & contumacia, sed illa tantum, quæ committitur circa extremum jurisdictionis, prout de extremo Jurisdictionis mentionem in *l. unica. ff. b. t.* refert Ulpianus J. C. Edicti prætorii interpres, hanc enim possumus vocare nimiam & singularem contumaciam, per quam maximè offenditur jurisdictio Judicis, dum inobediens efficere conatur, nè terminato toto processu effectus unice intentus, magnis sumptibus ac perpeffis litium molestiisquæ sitis obtineatur, & sic Judicis potestas sine effectu relicta ludibrio & derisioni exponatur, vel calumniosè divexetur.

5 Duobus autem modis extremum aliquid esse consideratur, vel enim dicitur extremum absolutè & ex ordine, vel respectivè. Extremum absolutè consideratum, dicitur illud, quod de sui natura ultimum est, & sic cum ordo Judicii certas & discretas partes habeat, extremum dicitur ea pars, quæ in ordine est ultima. Extremum respectivè dicitur, cum respicimus ad ea, quæ adhuc agenda & expedienda supersunt, & id, quod novissimè factum est, dicitur extremum, quia cum nihil amplius fieret, ultimè factum meretur dici extremum, licet fortè consideratò actûs ordine sit principium, veluti si imago pingitur, & pictor capite picto mortuus est, dicitur hoc in imagine esse extremum, quamvis caput sit.

6 Deveniendò nunc ad titulum & Edictum nostrum, dico in eo agi de extremo absolutè considerato, si scilicet reus vel citatus comparet & obedit in toto processu, in omnibus terminis, vel si aliquando contumax fuit, contumaciam purgavit, finito autem jam jam iudicio id, quod ultimum est, scilicet executionem fieri non permittit, executori volenti mittere in possessionem aut pignora capere resistit, wann einer nach gerichtliche, Erkandtnuß sich denen abgeordneten Commissariis widersetzet / und zu Verschimpfung des Richters die Execution verhindert.

7 Sententiam hanc confirmat textus & ratio, textus quidem, quia in *l. unica. ff. b. t.* ratione illius, qui extremo non obtemperat, adfertur exemplum his verbis: *veluti si quis rem mobilem à se vindicari passus non est, sed duci eam vel fieri passus est, cæterùm si sequentia recusavit, tunc*

non

non obtemperasse videtur, quorum verborum proprius iste est sensus, ille qui à petitore in jus vocatus non venit, existimans hac ratione condemnatoriam sententiam se evitaturum (in hoc versatur principium Judicii) non incidit in hoc Edictum, similiter qui rem duci & ferri passus est, seu Judici in contumaciam præcipienti, ut custodiæ causâ vel pignoris jure res capiatur, paruit, non incidit in Edictum, quasi non paruisset. *Duaren. lib. 1. disp. anniv. cap. 50.* cæterum si & sequentia, id est, si postquam non passus est rem à se vindicari, etiam passus non est post latam à Judice sententiam viâ executionis rem auferri, utpote non obtemperans in pœnam Edicti incidit, ergò hoc Edicto non vindicatur inobedientia quævis per decursum processûs commissa sed contumacia circa extremum, quò peractò & perfectò jurisdictio finem acceptura fuisset, perpetrata. Accedit etiam ratio, quia inspecta propria significatione, à qua aliunde non est recedendum, extremum non significat principium aut medium, sed ultimum, id est finem, sicuti passim dicitur concessio fine censetur etiam concessa esse media, & medio sublato, sinè quo ad extremum perveniri non potest, & ipsum extremum censetur esse sublato.

Est & alia sententiam hanc confirmans ex *l. unica. ff. b. t.* desumpta ratio, quòd scilicet non cujuslibet Magistratûs in exequendo contempta autoritas faciat reum incidere in hoc Edictum, proinde ad duumviros & Magistratus Municipales Edictum hoc non pertinet, non aliâ sanè ratione. quàm quia ea, per quæ expeditur extremum jurisdictionis, uti est executio, jubere possideri, abduci ad imperium mixtum referuntur, & Magistratibus Municipalibus non competunt *l. ea qua. ff. ad municipal.* ergò Edictò hòc illi coërcentur, qui executionem à Judice executionis & mixti imperii potestatem habente fieri impediunt.

Pœna autem non parentis executioni non est refusio illius, quod 8 litigantis ob impeditam executionem interest, nam litigans interesse suum recuperat per *l. qui restituere. 68. ff. de rei vindic. l. in actionibus 5. ff. de in lit. jurand.* sed quanti ea res est *cit. l. unica ff. b. t.* id est, quanti à Judice ista contumacia & offensio æstimata fuerit, ait enim J. C. in *l. unica b. t.* quòd hoc Judicio non respiciatur ad id, quod interest, & de quo litigatum fuit, sed ad id, *quanti ea res est*, de qua agitur, agitur autem hìc de contumacia punienda, ergò ejus æstimatio inspicienda est, & cùm hæc contumacia augeri & minui pro diversitate personarum, rerum & Magistratûs, cujus autoritas contempta est, possit, ob id prætor certam pœnam suò Edictò complexus, sed eam juxta æquitatis & justitiæ regulam omnibus probè consideratis circumstantiis terminandam prudentis Judicis arbitrio reliquit.

Pœna autem statuta à contumacibus exigenda non applicatur privatis v. g. actori, sed fisco inferitur, quod ipsa *cit. l. unica.* verba ostendunt, in qua J. C. ait: omnibus Magistratibus, exceptis duumviris secundum jus suæ potestatis concessum est jurisdictionem suam pœnali Judicio defendere, ergò si Magistratus suam jurisdictionem pœnali judicio defendit, aliis hoc denegandum est, & quidem hoc verum est, etsi aliàs 10

Magistratus jurisdictione Criminali non gaudeat, & vi illius multas propter delicta imponere nequeat, quia hoc Edicto tantum jurisdictionis defensionem prospectum est, & secundum *l. 2. ff. de jurisd.* concessa sunt media ad defendendam jurisdictionem & avertendam offensionem necessaria, quamvis hodie non amplius principis fisco, sed cuivis Magistratui jurisdictionem exercenti hujusmodi pœnæ inferantur, cum multæ pro fructibus jurisdictionis habeantur, & Judices iterum has pœnas pecuniaras in alios necessarios Judiciorum sumptus erogare, ac nonnullis in locis de acceptis & expositis multis superiori, cui subordinati sunt, annuas rationes reddere soleant, gleichwie es in dem Edict de Anno 1653. vom 24. Septembris allhier in Oesterreich vorgelesen ist/das die eincaßirt, und innerhalb 6. Wochen 3. Tagen nicht purgirte Pdenfall bey Hochlöbl. N. De. Regierung der Taxator verrechnen solte.

CAPUT TERTIUM.

De in jus vocando.

S U M M A R I U M.

1. *Olim sine præscitu Judicis rei in jus traherentur.*
2. *Exceptæ erant aliqua personæ v. g. parentes.*
3. *Citatio hodie sine jussu Judicis non valet.*
4. *Hujus tituli exiguus est usus.*
5. *Ideoque parentes frustra opponunt exceptionem non impetratæ veniæ.*

A Pud Romanos olim in jus vocatio, seu denuncia-
 tio, ut adversarius juris experiundi causâ se coram Magistratu
 sistat, autoritate privata sinè Judicis prædictu & mandato fie-
 bat, ita ut venire recusans realiter obtorto collo rari & ad comparendum
 urgeri potuerit *arg. l. plerique 18. & seqq. ff. b. t.* quod vero hujus tituli &
 Edicti æquitatem concernit, quamvis antiquis temporibus realis & in-
 2 injuriosa illa in jus vocatio usu obtinuerit, tamen prætor aliquas personas
 ab hac gravi & molesta citatione immunis fecit v. g. cum, qui funus du-
 cebat, aut alia justa obsequia mortuo exhibebat *l. 2. ff. b. t.* æquum enim
 & honestum non reputabatur esse, funere occupatum & ob id luctum
 agentem violenter in jus vocari, aut aliquem ab obsequio mortuis præ-
 stando avocari. Deinde parentes & his similes *l. 4. §. 1. ff. b. t.* quia realis
 illa citatio honori istis personis debito repugnat, & proinde ea inscio præ-
 tore sinè pœna quinquaginta aureorum jam olim ob summam æquitatis
 & humanitatis rationem, quam prætor præ oculis habebat, obtinere non
 poterat *l. 24. ff. b. t.*

3 Cum verò hodie minister judicialis neminem ad solam actoris pri-
 vatam instantiam sinè prævio Judicis decreto citare, multò minus actor
 reum

reum reali apprehensione in jus trahere possit, sed semper exposita & iustâ inventâ citationis causâ Judex citationem decernere solet, & sic veniæ impetratio quo ad dictas exceptas personas à prætore imploranda non amplius sit, cùm hodierno per apparitorem citandi more non tantùm patri petente filio citato nulla fiat injuria, sed etiam ex libelli requisitis & lectione mox Judex de citantis & citandi conditione, debet enim vel per libellum scriptum, vel per oretentis propositam propositionem exprimi utriusque nomen & qualitas, informetur, adeoque sciens citandum esse patrem, & tamen decernens citationem, hoc ipso censeatur filio dedisse veniam patrem judicialiter conveniendi, ideo videtur perexiguus hujus tituli usus esse.

Hinc sequitur usu judiciorum patri nihil profuturum esse, si à filio conventus excipere vellet, non exhibitiam sibi esse veniam filio à Judice indultam, & se prius filii petitioni responsurum non esse, antequam venia fuerit impetrata, quemadmodum etiam experientia fori Austriaci docet, non tantùm multos esse casus inter liberos & patrem controversos, qui non aliter quàm Judicis competentis autoritate invito etiam patre deciduntur, veluti si inter liberos impuberes & patrem de hæreditate materna & obveniente liberis congrua portione, lis exoritur, tutores sine ulla veniæ impetrandæ cogitatione aut mentione patrem judicialiter urgent ad constituendam congruam liberis portionem, eamque consueto more assecurandam, sed etiam alias causas esse, quæ inter domesticos parietes patrem inter & liberos amicabili interpositione componi non possunt, iudicio committi nullâ præmissâ speciali veniæ impetratione, nisi, quòd liberi filii alii obsequii memores sæpius parentes vel per se, vel per alios ad satisfaciendum interpellare, & avertendæ litis causâ leniter hortari, non secutâ verò satisfactione protestari soleant, nè sibi judicialis assistentiæ imploratio vitio vertatur. Hinc etiam apparet, quàm injusta & ridicula censeari debeat exhæreditationis comminatio à patre sine venia in jus vocato liberis facta.

CAPUT IV.

De tribus Edictis lib. 2. ff. sub tit. 5. 6. & 7. comprehensis.

SUMMARIUM.

1. Citati, tamen si putent se Judici citationem decernenti non esse subiectos, comparere debent.
2. Judex æstimat, an citatus sit de suâ jurisdictione vel non.
3. Rusticitas excusat citatum non comparentem.
4. Similiter parentes à liberis in jus vocati non comparentes excusantur.
5. Pena contumaciæ etiam cessat, si dies comparitionis fuit feriatus aut alia iusta causa emanationis.

Ddd

6. Ci.

6. Citati possunt cavere de se proximè sistendo.
7. Fidejussores autem per quos cavetur, debent idonei esse.
8. A necessitate satisfaciendi per fidejussores planè idoneos excusantur persone necessariae.
9. Pauperes admittuntur ad cautionem juratoriam.
10. Adducuntur hujus cautionis acquisita.
11. Citatus ad Judicium non potest vi eximi.
12. Violentus exemptor pro pœna solvit tantum id, quod ab exempto petitum fuit.
13. Et hoc verum est, licet id, quod petitur, non sit debitum.
14. Recensentur causæ, ob quas pœna exemptionis cessat.

IN primo hujus capituli Edicto constitutum, est quòd in Judicium citati, ex quacunque causa citentur, comparere & se sistere debeant, secus Judex in pœnam contemptæ Jurisdictionis contumaci & emanenti multam dictare possit *l. ex quacunque. 2. ff. si quis in jus voc. non iêrit.* & procedit hoc, tametsi citatus putat se non esse suppositum Jurisdictioni citantis, nam si Judicis in competentia notoria non est, veluti si Judex laicus citasset Clericum, citatus honoris causa comparere & suam exceptionem opponere & Judicis cognitioni submittere debet *l. 2. ff. si quis in jus voc. non iêrit.* Prætoris enim est æstimare, an citatus sit de sua jurisdictione vel non, citati autem est non contemnere auctoritatem citantis, sed venire & privilegia sua allegare, *l. si quis. 5. ff. de Judic.*

3 Sicut autem in multis aliis prætor æquitatis studiosus est, ita etiam ejusdem in hoc ipso Edicto recordari voluit, dum excusantes à pœna non comparitionis causas recenset, inter quas prima est rusticitas *cit. l. 2. circa fin.* sic enim etiam rusticitas excusat à pœna Albi corrupti *l. 7. ff. de jurisd.* & rusticos contraria testimonia dicentes non puniri de falso, nisi de malitia constet, decisum est in *novo de testib. 90. §. quamvis.* sic etiam ex rusticitate ommissa non obsunt *l. 1. §. ult. ff. de inspiciend. vent.* quia rusticitas imperitiæ annumeratur, & veniâ digna est *cit. l. 7. ff. de jurisd. nov. 154. c. 1.* quod tamen in rusticis sagacibus & versutis, qui plùs, quàm agros colere sciunt, & passim quadrati dicuntur, non puto procedere. Secunda est, si citati & non comparentes sunt tales, qui ob reverentiam sibi debitam citari non debuerunt v. g. parentes, patroni, ut notatur in finalibus verbis Edicti: *si quis in jus vocatus non iêrit &c.* Tertia causa est, si citati emansio actoris nullum damnum attulit, veluti, si reus pro tali die citatus fuit, qui feriatuſ erat, & quò non habetur judicium *cit. l. 2. in fine.* his casibus prætor pœnam non comparenti remittit, quamvis adhuc plures alie legales causæ à contumaciæ pœna excusantes assignari possint, v. g. morbus, ægritudo, locus non tutus, tempestas, vis fluminis, bellum, de quibus videatur *Carpzov. p. 1. Constit. 9. def. 7.*

6 Secundo hujus capituli Edicto cavetur, quòd citati à necessitate comparent-

parèndi ad tempus se liberare possint cavendo datis fidejussoribus de se
 iudicio sistendo, & quidem fidejussores debent esse idonei, id est, pro rei,
 de qua agitur, magnitudine locupletes l. 1. ff. in jus vocati ut eant aut satis-
 dent. & facilis conventionis, adeoque non sit potens, rixosus, conten- 7
 tionum & litium amans, contra quos difficile est agere, & hinc fidejussor
 debet esse subjectus jurisdictioni illius, ad quem reus citatus est, vel si ex
 aliena jurisdictione est, debet foro suo specialiter renunciare l. 1. ff. si quis
 in jus voc. non ierit. aliàs actor meritò potest recusare fidejussorem nolen-
 tem foro suo renunciare l. si fidejussor. 7. ff. qui satisd. cogant. Ab hac au-
 tem fidejussores idoneos dandi necessitate prætor æquissimâ iterùm ratio- 8
 ne exemit personas necessarias v. g. parentem, uxorem, nurum, patro-
 num l. 1. l. 2. ff. in jus vocat. ut eant. hæ enim personæ fidejussorem iudicio
 sistendi causâ omni ex parte idoneum dare non tenentur, sed sub quo-
 cunque fidejussore quò ad facultates non planè idoneo, dumodo quò ad
 conveniendi facultatem idoneus sit l. 2. §. 4. ff. qui satisd. cog. dimittendi
 sunt, id est ad comparandum urgeri non possunt.

Verùm quia sæpe accidit, quòd rei citati minùs locupletes cautio- 9
 nem iudicio sisti nec per pignora, nec inventos fidejussores idoneos ex-
 pedire queant, legitimis tamen impedimentis ad tempus non comparèn-
 di laborent, ideo æquitas suggerit, etiam huiusmodi homines ad cautio-
 nem juratoriam esse admittendos, daß sie sich vor Gericht stellen / und dem
 Recht auswarten wollen / ex ratione, nè aliàs fidejussoribus aut pignoribus
 destituti ob solam paupertatem jus suum consequi non possent, ne neg-
 lectis legitimis suis impedimentis, omnibùsque aliis negotiis dimissis ju-
 dicio ad stare cogantur. Cautione juratoris autem continentur sequen- 10
 tia, quòd adhibitâ diligentî operâ fidejussores in venire non potuerint,
 & iudicio ad futuri sint. In hac cautionis materia videntur hodierni mo-
 res se juri communi haud conformare, & in specie, quòd forum Austria-
 cum attinet, leguntur in der Gerichts-Ord. tit. von Bestand oder Caution
 zum Rechten §. aber solche Sequentia. daß der Beklagte kein Caution zu lei-
 sten schuldig ist / es wäre dann Sach / daß er in hangend- und unerörterten Recht
 seine Güter oder Obrigkeit veränderte / oder aber sonst nirgend angeessen und
 ein vagirende Person wäre / in solchem Fall mag der Kläger nach Gelegenheit
 der Sachen entweder Verbott auff die Güter legen / oder die Verhaftung des
 Beklagten bis zu Austrag der Sachen / und Erstattung genugsamer Caution
 begehren. Vid. Carpzov. p. 1. Constit. 5. definit. 11. § 30.

Tertid huius Capituli Edicto prohibitum est, nè aliquis præsumat in 11
 jus vocatum vi eximere, cripere, retinere, aut aliunde moram facere, nè
 vocatus in iudicio compareat, poenâ transgressoribus statutâ tali, ut tan-
 tum teneantur solvere, quanti æstimatur res, de qua controversia est l. 5. 12
 in eum. 1. ff. nè quis eum, qui in jus vocabitur vi eximat. & hanc æstimatio-
 nem exemptor præstare tenetur, et si appareat actorem fuisse calumnia-
 torem nullûinque vel ad rem vel in re, de qua litigabatur, jus habuisse, 13
 ratio, quia prætor voluit compescere audaciam illorum, qui in jus voca-
 tos eximunt & cripiunt, & sic non est ad jus & bonam causam actoris,

fed ad violatam Magistratûs auctoritatem respiciendum *l. 1. ff. d. 1.* Et habet locum ista pœna, quamvis in violento exemptore non adfuerit dolus malus *l. 3. l. 4. in fin. ff. eodem tit.* veluti si quis bono animo & propensione vocatum exemerit, nè v. g. per locum insidiosum iret, vel exemit talem, quem errore ductus putavit non posse in jus vocari, & sic attenditur in eximente sola vis adhibita, unde multum rigoris hoc Edicto prætor contra morem suum constituisse videtur.


14 Hunc necessarium contra violentos exemptores rigorem æquitate & benignitate nonnihil iterum temperavit prætor, constituit enim cessare pœnam, si exemptus nihilominus in iudicio comparuit, ratio, quia verba præsertim pœnalia cum effectu accipi debent, adeoque si eximens dimisit exemptum, pœnam evadit *l. 5. §. 2. ff. eodem tit.* Deinde etiam locum non habet pœna, si talis persona in jus vocata & exempta fuit, quæ in jus vocari non potuit v. g. parens, patronus, ratio, quia magis deliquit, qui in jus vocavit, quàm qui vocatum exemit *l. 1. in fin. l. 2. ff. eodem.* cum enim uterque tam vocans, quàm eximens contra Edictum aliquod egerit, in pari causa deterior est Conditio vocantis, & melior eximentis & quasi defendentis illum, qui contra Edictum in jus vocatus est. Eadem æquitate pœna condonatur illi, qui eum exemit, qui alium in locum, quàm debuerit, vocatus est *l. 2. ff. eodem.* finaliter sciendum est, exemptum per pœnæ præstationem ab exemptore violenta factam non liberari ab eo, quod à se petitum est, & propter quod in jus vocatus fuit, est enim hæc causa diversa ab obligatione pœnam solvendi, & ideo una alteram non tollit *l. fin. ff. b. t.*

CAPUT V.

Qui satisdare cogantur?

SUMMARIUM.

1. *Fidejussores, per quos satisdatur debent esse facilis conventionis & locupletes.*
2. *Conjunctæ personæ non tenentur dare fidejussores omni ex parte idoneos.*
3. *Ratio cautionis Judicio sisti.*
4. *Possidentes immobilia in territorio Judicantis non cavent.*
5. *Quis dicatur possidere immobilia.*
6. *Provinciales Austriaci cavendi necessitate immunes sunt.*
7. *Possessio immobilium adesse debet tempore petitæ cautionis.*
8. *Enumerantur causæ ob quas liberantur fidejussores iudicio sistendi causâ dati.*

1  Noniam in tit. ff. qui satisdare cogantur, nonnulla prætorum Edicta referuntur, præcipua quæ in illis tractantur, huc referre volui satisfactionis definitionem, divisionem & reliqua ad Instituta remissurus. Et quidem ex *l. 2. ff. qui satisd. cog.* patet,

patet, quod fidejussor promittens reum in iudicio sistere, debeat esse facilis conventionis, & locuplex, id est, tantum in bonis suis habens, quantum à reo convento petatum est, si tamen inter conjunctas personas lis esset, qualemcunque fidejussorem accipi debere constituit prætor *l. 2. §. prætor ait. ff. eodem.* Hoc tamen ita intelligendum est, quod, qualiumcunque sit bonorum, dummodò facile conveniri possit, acceptari & conjuncta persona dimitti debeat, aded ut etiam filius fidejussor pro patre suo possit fieri, & si in alterius potestate, & vel modica bona habeat, & planè eorundem fructus & commodum apud patrem resideat *cit. l. 2. §. quod ait prætor. & §. quod ait prætor. & §. quod ait prætor 4. ff. eod.* major enim prærogativa debetur sanguinis conjunctioni, ex qua dilectio summa descendit, quàm purè extraneo.

Causa introductæ cautionis iudicio sisti est, ut hòc modò reus assuret iudicium, quia aliàs fugere & iudicium eludere posset, cum reorum sit fugere & negare, & planè in iure fugientes dicantur *l. properandum. 13. §. si autem reus. c. de iudic.* igitur non possidens immobilia in territorio iudicantis, aut saltèm liti motæ non sufficientia de iudicio sisti satisfacere cogitur, possidens verò immobilia, satisfactionis onere liber est, ratio, quia in possidente immobilia cessat suspicio fugæ, ob quam satisfactiones recipiuntur, etsi reus se iudicio subtraheret, actor in contumaciam mitteretur in bona, quæ in territorio iudicantis sunt, eaque tam diu detineret, donec reus tædio affectus iudicio se sisteret, possidere autem immobilia dicitur non tantùm, qui habet utile & directum dominium simul in re, sed qui vel proprietatem tantùm, vel utile dominium tantùm habet, hinc etiam emphyteuticum fundum possidens propter utile dominium satisfacere non tenetur, secùs se habet in usufructuario rei immobilis, item in creditore jus pignoris habente, hos enim quò ad immunitatem satisfaciendi pro possessoribus non agnoscit *l. sciendum. 15. §. possessor. 1. ff. qui satisfacere cog.* pari modo nec possessio rei immobilis, super qua litigatur, sufficit ad evitandam satisfactionem, saltèm respectu petitoris & actoris *cit. l. sciendum §. si fundum.* nec filio prodest, quod pater ejus sit dives, & immobilia possideat, quia multa accidere possunt, ut bona patris ad filium non veniant *Bartol. in cit. l. sciendum. n. 12.*

Anecessitate præstandæ cautionis etiam sunt immunes provinciales Austriaci, non tantùm propter dignitatem, in qua sunt constituti, sed etiam quia quilibet ex statibus & aliis provincialibus *Herren und Land Leuth* immobilia non possidens ad minimum decem millia florenorum in Curia provinciali, *bey gemeiner Landschafft* collocata habere debet, cum quo Capitali unicuique satis cautum esse censetur. *Sutting. obser. 24. n. 7.* Cæterùm an aliquis immobilia, & quidem rei, de qua agitur, sufficientia possideat, & cautione liber sit, inspiciendum est tempus illud, quò cautio exigitur, proinde si hoc tempore sufficientia immobilia possedit, deinde verò ea vendidit, hoc non obest, sicut nec hoc prodest, si post cautionem præstitam immobilia possidere incepit, durat nihilominus cautio, & propter acceptam immobilium possessionem non tollitur *l. sciendum.*

Ecc

dum. 15. §. ult. ff. qui satisd. cog. effectus præstitæ cautionis est, quod fidejussor, qui aliquem iudicio sistere promisit, eum sistere teneatur, & eò non factò in omne id conveniri possit, quod actor petiit, supposito, quod de veritate debiti re illius, quod petiit, docuerit, sive deinde id sit simplum, duplum vel triplum, tanti enim condemnatur fidejussor, quantum à reo, pro quo cautum est, petitum fuit. *l. 2. in fin. l. 3. ff. qui satisd. cog.* nisi fortè fidejussor in casum non sistentiæ pro certa quantitate accessisset *cit. l. in fin.*

8 Liberantur autem fidejussores iudicio sistendi causâ dati primò lite per sententiam Judicis finitâ *l. græcè §. 5. & post litem. ff. de fidejus.* quia sententiâ latâ Judicium finem accepit, ergò cessat obligatio reum iudicio sistendi. *Secundò* transactione præsertim, si negotium transactione sopitum est, antequam dies, quò reus sisti debuit, elapsus fuit *l. 2. in princip. ff. si quis cautionib. Judic. sist.* *Tertiò* si reus sistendus ante terminum exhibitionis præfinitum decessit, ratio prima est, quia ante diem fidejussor non est in mora, ergò per interitum rei liberatur, altera ratio est, quia in iudicio comparere est factum cohærens personæ defuncti, ergò cum ea persona extinguitur, nec tenetur fidejussor hæredes, de quibus in cautione nihil dictum est, eodem modò sistere *l. si decesserit. 4. ff. qui satisd. cog.* Dixi ante terminum exhibitioni præfinitum, ratio, quia si die præfinito fidejussor reum non exhibuit, jam egit contra cautionem, & contraxit moram, ergò mora hæc ei nocere debet *cit. l. si decesserit. in fin.* tandem ob non factam exhibitionem fidejussor non tenetur, si dies faciendæ exhibitionis fuit feriatus, quò non habetur iudicium, vel si reus valetudine, tempestate, vi fluminis, vel aliâ gravi causâ impeditus fuit, nam hoc casu non comparitio nec ipsi reo obesse potest *l. 2. §. si quis municipalis. & seqq. ff. si quis caut. Jud. sist. caus. fact. non obtemp.* ergò nec fidejussori. Omissis nunc quibusdam minùs utilibus, & moderno tempori convenientibus Edictis devenio ad solennem instrumentorum edendorum materiam, & pono.

CAPUT SEXTUM.

De Edendo.

SUMMARIUM.

1. Quid sit edere libellum, aut instrumenta.
2. Cur actor reo actionem edere teneatur.
3. Non tamen est edendum nomen actionis.
4. Resolvuntur argumenta contraria de edendo actionis nomine.
5. Opinio aliquorum est, nomen actionis esse exprimendum, si causa libelli plures actiones producit.
6. Actor tenetur reo edere instrumenta ad fundandam exceptionem.
7. Reus non edit propria instrumenta ad fundandam petitionem.
8. Secùs se habet, si reus possidet instrumenta communia.
9. Editio necessariorum instrumentorum etiam à tertio facienda est.
10. Recensentur casus, in quibus reus actori contra se instrumenta edere tenetur.

II. An

11. *An reus sua instrumenta actori ad fundandam replicationem edere debeat?*
12. *Adferuntur affirmativæ opinionis argumenta.*
13. *Deciditur quæstio negativè.*
14. *Resolvuntur contraria.*
15. *Sunt tamen casus, in quibus reus ex æquitate tenetur dicta instrumenta edere.*
16. *Judex compellit reū edere instrumenta, si aliàs copia probandi actori perit.*
17. *Instrumentū iteratò edendū non est, nisi justa causa juramento asserta id exigat.*
19. *Recognitio tamen & inspectio originalis instrumenti permitti debet.*
20. *Ponitur forma recognoscendi instrumenti originalis.*
21. *Productio instrumenti, ad quod fit relatio, peti potest.*
22. *Nisi tale instrumentum, ad quod fit relatio, partium consensu cassatum sit.*
23. *Instrumentum recognitum sine vitio inventum probat.*
24. *Recognitio instrumentorum fit in Judicio vel coram commissario.*
25. *Necessaria instrumenti pars tantum edenda est.*
26. *Hoc demonstratur variis exemplis.*
27. *Tractatur de argentariis & eorum officio.*
28. *Argentarii tenentur edere rationes etiam contra se ipsos.*
29. *In hisce terris argentariorum non est usus.*
30. *Omnes ex officio publico rationes conficientes, eas edere tenentur.*
31. *Contra aliquas personas agitur actione civili pro rationibus edendis.*

DE actionis seu libelli Editione, nec non edendis instrumentis argentariorum rationibus hōc locō tractandum est. Edere hic & ordinatè ad modernum usum nihil aliud est, quàm libellum vel instrumentum aliquod adversario ità demonstrare, exhibere & communicare, ut illud inspiciendi & legendi copiam habere, & quæ desuper agenda sunt, peragere possit. Hoc præmissō ait Ulpianus J. C. in libro quarto ad Prætoris Edictum, æquissimum esse, ut quivis actor, quâ actione agere volet, eam reo edat *l. 1. ff. de edendo.* ratio æquitatis in eo consistit, ut ità futuræ litis species demonstraretur, & reus scire possit, utrū cedere, an ultrà contendere debeat, & si contendendum & actori contradicendum putaret, cognita jam actione, causâ agendi & repetita se se instruere, ac de necessariis contra actoris petitionem defensionibus prospicere possit.

Hoc tamen non est ità intelligendum, quasi actor nomen actionis exprimere v. g. rei vindicationem, petitionem hæreditatis, vel aliam nominare teneatur, sed satis est factum ità narratum & petitionem actoris formatam esse, ut tam judex advertere possit, quò actoris intentio respiciat, quam reus cognoscere valeat, quid & ex qua causa à se petatur *Gail. 1. obser. 61. n. 1.* hinc ad medium concludendi respiciendum semper est, ex eo enim propositæ actionis species dignosci potest, sic in actione reali medium concludendi est aliquod jus in re veluti, quia dominium rei ab adversario possessæ meum est, quia v. g. pignus in ea habes, in actione personali medium concludendi est jus ad rem, sive obligatio aliqua, quamvis actores in conficiendis libellis non solum facti narratione simplici contentos esse oporteat, sed præprimis etiam necessarium sit scire, quo ge-

nerè actionis experiantur, cognita enim actione, protinus actionis requisita comperta habent & advertunt, quæ juxta competentis actionis naturam libello exprimenda, contra quem actio instituenda, quæ probanda, quæ petenda sint, quomodo denique conclusio libelli concipienda sit. Libellus scriptus potissimum in judiciis ordinariis locum habet, & quidem unà cum decretatione annotata sumptibus actoris per ministrum Judiciale ad hoc deputatum reo vel in originali, vel in authentica & auctoritate judiciali vidimatâ copia reo communicatur.

4 Non obstat *l. fm. c. de interdict. l. Edicta. 3. c. de edendo.* quibus textibus actionis expressio præcipitur. Nam respondetur primò per actionem in dictis textibus non intelligi nomen, sed causam actionis, factum scilicet, quod inter partes intercessit, clarè & perspicuè esse narrandum & conforme medium concludendi esse adferendum. Respondetur secundò, utcunque admitteretur jure civili etiam nomen actionis exprimendum esse, tamen consuetudo & judiciorum usus potius amplexus est dispositionem juris Canonici in *c. dilecti. 6. X. de judic.* comprehensam ubi jubet Pontifex, nè quis tam nomen actionis sollicitè inquiret, quàm factum & rei veritatem, quæ proponitur, attendat. accedit *c. tue. ster. X. de dilat.* ubi pensio tribus & ultra annis non soluta fuit, petita non expresso actionis nomine & tamen libellus substitit.

5 Magni tamen nominis Doctores à *Gail. lib. 1. obs. 61. n. 21.* allegati docent, actionis nomen quidem in libello non esse exprimendum, si causa libello contenta unam tantum actionem producere possit, secus si apta sit plures producere actiones, veluti si Colonus ob arbores cæsas conveniatur, quo casu cum plures actiones proditæ sint, uti videre est in *l. 1. l. 2. l. pen. ff. arbor. furtim cæsar. l. in duobus 28. §. colonus. ff. de jure jur. necesse esset actionem exprimere, ut reus conventus certus esse possit de qualitate actionis propositæ, quod omninò procedere existimo, nisi & tali in casu per omnes facti circumstantias actio intentata ità esset descripta, ut adverti facillè queat, an colonus ex contractu, lege aquilia, vel ex legibus duodecim Tabularum, vel interdicto, quod vi aut clam, quæ actiones in casu arborum Cæsarum locum habere solent, conventus fuerit. His circa editionem actionis breviter præmissis ut deveniam ad instrumentorum editionem.*

6 Dico primò, actor tenetur reo sua propria instrumenta edere, quibus reus suam exceptionem fundare intendit, etsi actor hæc instrumenta in libello suo contra reum non allegaverit v. g. actor petit conditione certi ex mutuo à reo mille florenos allegatâ in libello obligatione manu rei scriptâ, reus communicatò sibi libellò cogitat oponere exceptionem solutionis jam verè factæ, nullam solutionis factæ apocham vel quietantiam habens advertit, actorem factam solutionem in suarum rationum domesticarum libro annotasse, hoc casu, ut reus exceptionem suam fundet, petere potest, sibi ab actore edi dictarum rationum librum, quæ editio etiam denegari nequit, fundamentum est in *l. non est novum. 5. c. de edendo.* ubi Imp. ait: non est novum, eum, à quo petitur pecunia, im-
plo-

plorare rationes creditoris, ut fides veri constare possit, juris enim & æquitatis rationi congruum dicitur esse rei desiderium, quod ad se instruendum hujusmodi instrumenta sibi edi petit *l. ult. c. de edend.* ratio, quia rei invitati & imparati ad iudicium trahuntur, nec sibi facile de instrumentis prospicere possunt, ergo favorabiles eorum partes, iisque necessaria defensionis media procuranda sunt.

Dico secundò. Reus contra auctori non tenetur propria instrumenta 7 edere ad fundandam ejus intentionem seu primam petitionem v. g. intendo petere à Titio fundum rei vindicatione, quem is etiam possidet, mihi restitui tanquam meum, sed quia adverto eum jam extra iudicium constanter negare hunc fundum meum esse, & tamen aliqua de eo fundo instrumenta habere, postulo ea instrumenta ad fundandam actionem meam mihi à Titio edi, certè huic meæ postulationi deferendum non est, ratio, quia nimis durum est, arma ex domo rei sumere, quibus ille ipse lædatur, auctor enim, antequam litem ingrediatur, & ad agendum profiliat, potest sibi de instrumentis & juribus ad causæ instructionem necessariis opportunè providere. Conclusio hæc fundatur in aperto textu *l. 1. l. qui accusare. 4. l. ult. c. de edend. l. nimis grave. 7. c. de testib.* ubi dicitur, qui accusare volunt, qui pecuniam depositam repetere volunt, non debent alienorum instrumentorum ad reum conventum pertinentium exhibitionem petere, hoc enim neque juris, neque æquitatis ratio permittit, auctore enim non probante reus absolvendus est, quia nimis grave est urgeri partem adversam ad exhibitionem eorum, per quæ sibi negotium fiat *cit. l. nimis grave. 7.*

Dixi autem *propria instrumenta*, nam si reus possidet instrumenta 8 communia, authenticam eorundem copiam auctori petenti edere, & cavere debet, se originalia exhibiturum esse, cum res exegerit, ratio, quia quod auctori & reo commune est, id non totum ad reum, sed etiam pro parte ad auctorem pertinet *l. jure communi. 26. ff. de servit. urb. præd.* sic enim licet testamentum manere debeat apud eum, qui pro majori parte hæres est, tamen hic hæres tenetur authenticas copias testamenti, nec non etiam aliorum instrumentorum hæreditariorum reliquis hæredibus exhibere *l. 4. in fin. l. 5. ff. famil. erciscund.* sic etiam in *l. procurator. 7. c. de ed.* decisum est, quod fiscus instrumentorum sibi & privato communium describendorum facultatem privato permittere, & si res exegerit, etiam originale ipsum apud se retentum producere debeat ei, à quo convenitur, & cum quo instrumentum commune est.

Dubitatur, an editio instrumentorum vel aliarum literarum conce- 9 denda sit, si à tertia quadam persona petatur, v. g. ad fundandas officii à me gesti rationes egeo rationibus antecessoris mei, nec non instrumentis, quæ is in suis rationibus allegavit, his probare intendo dominum mihi ad aliqua refundenda teneri, antecessor rationes has labore suo confectas mihi edere recusat, quæritur, an eum ad editionem compellere possim? R. si mea intersit harum rationum & instrumentorum editionem fieri, & iudici meum interesse probatum est, editionem instrumentorum

decernendam esse, quamvis illæ rationes sint alienæ, & mandato meo non confectæ. probatur decisio hæc *argumento l. in hac actione. 3. §. sciendum est. ff. ad exhib.* ubi dicitur, quod exhibitionem non tantum ille petere possit, cujus res est, sed etiam ille, cujus interest, rem exhibere, & si Judex summatim cognoverit interesse, licet petenti exhibitionem vindicatio non competat, tamen jubebit exhibitionem fieri. Accedit in *cit. l. 3. §. interdum.* in quo Julianus ait, quod interdum æquitas efficiat, ut quamvis ad exhibendum agi nequeat, tamen actione in factum agi possit, ratio, quia tertius potest cogi pro tertio dicere testimonium *l. si quando. 15. c. de testib.* ergo etiam tertio, cujus interest, debet edere instrumentum præsertim si per hanc editionem tertio prodest, & sibi non nocet.

10 Sunt tamen nonnulli casus, in quibus reus actori instrumenta contra se edere tenetur. Primò enim fisco in causis civilibus non tantum tertius, sed etiam reus ipse instrumenta ad fundandam intentionem fisci edere tenetur, si constat, quod instrumenta petita ad præsentem causam pertineant *l. senatus. 3. ff. de edend. l. 2. §. 1. & 2. ff. de jure fisci.* Secundò reus usurarius tenetur actori ad fundandam suam intentionem contra se librum rationum suarum, in quo usurarum acceptio annotata habetur, vel instrumentum, quod usuræ illicitæ promissæ sunt, *Clement. unica. §. cæterum. de usuris.* quam decisionem *glos. ibid.* etiam ad Judæos usurariæ pravitati aliunde deditos extendit, nec non in aliis, qui fraudulentos & simulatos contractus exercere solent, procedere ait *Gail. lib. 1. obs. 106. n. 12. & 13.* Tertio debet reus actori ea instrumenta edere, quibus ipse in causa controversa usus est *l. 1. §. edenda. ff. de edendo.* ubi dicitur reum non teneri ea instrumenta actori edere, quibus ipse usus non est, ergo à contrario ea compellitur edere, quibus pro se uti, & actorem repellere conatur, ratio, quia ea, quibus reus in Judicio utitur, sunt pars actorum, sicut v. g. exceptio, ergo actori edenda sunt. Quartò tenetur reus actori edere instrumenta, quæ ordinata sunt ad ejus liberationem, v. g. debitor solvit, & creditor retinuit instrumentum *l. dissolutæ. 2. c. de condict. ex leg.* Quintò reus edere debet instrumenta, si ad eorum productionem aliunde ex contractu, vel alia causa v. g. ob ultimam voluntatem obligatus est, sic procurator tenetur edere rationes negotiorum administratorum *l. quedam. 9. ff. de edend.* sic hæres tenetur legatario vel fidei commissario proferre instrumenta, si iis opus fuerit, prædium legato aut fideicommissio relicto concernentia *l. instrumenta. 24. c. de fideicom. l. si prædiorum. 15. c. ad leg. falcid.*

11 Quæritur, an reus sua instrumenta teneatur edere actori ad fundandam replicationem v. g. actor porrexit libellum, hic communicatus est reo, & reus negavit non tantum in genere omnia libello contenta & narrata, sed etiam in specie negavit, se rem petitam debere, igitur actor contra rei exceptionem intendit replicationem formare, quæritur, an ad hanc replicationem instruendam, & destruendam rei conventi negationem à

12 reo instrumenta petere possit? hoc videtur dicendum primò, quia actor
reo

reo omnia instrumenta ad causam pertinentia edere tenetur, ut se informare valeat, an litigandum sit vel non, ergò etiam pro replicatione instrumenta sunt edenda, quia reus excipiendo fit actor *l. 1. ff. de except.* & actor replicando incipit esse reus. Secundò, si te convenio ex chirographo sigillò tuò confirmato, tu negas id à te scriptum, aut sigillò tuò munitum esse, rectè peto, ut sigillum tuum des, vel aliquid manu tua scribas, quæ conferatur cum Chirographo, malitiosis enim exceptionibus non est indulgendum, ergò si quæ instrumenta ad actoris replicationem adjuvanda reus habet, ea actori tenetur edere.

Quidquid autem hac in quæstione DD. sentiant, mihi verior vide-
 tur sententia contraria, reum scilicet actori non teneri edere instru-
 ta ad fundandam replicationem, nisi in uno alteròve singulari casu ex-
 cepto. Ratio, quia ex *l. 4. c. de edend.* & *l. nimis grave, 7. c. de testib.* ge-
 neralis Regula desumpta est, quòd reus actori non teneatur edere instru-
 menta & quasi gladium ad se jugulandum præbere, sed quòd actore non
 probante reus sit absolvendus, contra hanc regulam adferri non potest
 textus replicationem actoris excipiens, ergò à regula non est receden-
 dum. Accedit, quòd reus actorem suis instrumentis informare non te-
 neatur ad fundandam petitionem seu primum libellum *l. final. c. de edend.*
 ergò neque ad replicationem, quia omnes scripturæ & acta, quæ actor
 durante lite conficit, nihil aliud sunt, quàm primæ petitionis continua-
 tio & prosecutio, cùm actor semper ad petitionem & primi libelli con-
 clusionem respiciat, ergò non tenetur reus actorem suis instrumentis in
 replicatione munire, quia in effectu fundaret primam petitionem, & ju-
 varet actorem ad consequendum id, quod prima petitione intendit. *Matb.*
Wesemb. in paratit. ff. de edendo n. 12.

Non obstant alterius sententiæ fundamenta, quia quòd reus exci-
 piendo fiat actor, non est intelligendum, nisi quòd ad onus probationis,
 nimirum, quòd sicut actor suam intentionem, ita & reus exceptionem
 probare teneatur, cæterùm quòd ad ordinem processûs manet actor, qui
 reum ad Judicium provocavit, & semper illi objici potest, quòd debue-
 rit se ad litigandum antea præparare, & nullatenus per documenta rei
 causam suam instruere. Non obstat altera ratio, nam si profertur Chi-
 rographum nominis mei subscriptionem & sigillum continens, jam mi-
 litat præsumptio pro tali scriptura, & creduntur omnia intervenisse, quæ
 ibi continentur *§. ult. Inst. de fidejus.* ubi dicitur, si scriptum est, quòd fi-
 dejusserim, videntur omnia solenniter & rectè gesta esse, ergò mirum
 non est, quòd scripturam suam aut sigillum negans teneatur scripturam
 suam producere, nam hòc modò non edit reus instrumenta ad fundan-
 dam actoris replicationem, sed potius tenetur elidere præsumptionem,
 pro validitate Chirographi militantem, & contrarium suo favore proba-
 re, si enim manus alia, aliud sigillum est, quàm in Chirographo reperi-
 tur, negatio vim habebit, & reus absolvetur: si eadem manus & sigillum
 est, iniquum foret, reum negatione sua mox actoris justam petitionem
 evertere & malitiis uti posse.

- 15 Admitto tamen dari casus exceptos, in quibus æquitas exposcit, à reo edi actori instrumenta ad fundandam replicationem conducibilia. Talem casum exhibet *l. maritus. pen. §. fin. ff. ad leg. falcid.* ubi legatarii petiêrunt solutionem legatorum testamento relictorum & quidem integrorum, hæres excepit, se integra legata non posse solvere, quia testator gessit tutelam & mansit in multis pupilli debitor, item, quia reliqua hæreditaria nomina falcidiæ non sufficerent legatarii replicando volentes probare, quòd hæres opus non habeat ulteriori detractiõne petebant sibi edi omnes rationes defuncti Testatoris, omnia instrumenta hæreditaria & rationes pupillares, quærebatur, an Judex compellere debeat hæredem ad omnia instrumenta edenda, & responsum fuit affirmativè, dictante id ipsum æquitate & juris ratione, quia aliàs esset in potestate hæredis proferre, quid velit, & in fraudem inducerentur legatarii. Alter casus poni potest in *l. Titius. 48. ff. de actionib. empt.* ubi venditor tenetur ex instrumentis hæreditariis productis fines & amplitudinem fundi venditi ostendere emptori, ratio, quia venditor fundum vendidit cum omni Jure, quod defunctus in eo habuit, cum finibus & amplitudine, quæ in eo est, ergò contractus & scriptura exigit, ut instrumenta hæreditaria producat, ex quibus de fundi finibus & aliis juribus defuncto competentibus notitia desumi possit.
- 16 Hinc adductis sub n. 15. casibus, quibus reus tenetur actori edere instrumenta, quasi hæc regula generalis annecti potest: Judicem aliquando ex officio, si intelligit veritatem periclitaturam esse, nisi actori patrocinetur, compellere posse reum ad edenda actori instrumenta, quibus intentionem suam fundet, præsertim si actori copia probandi perit, fundamentum est in *l. i. c. de edendo.* ubi ait Imperator, qui pecunias quasi à se depositas vult repetere, is depositionem pecuniarum debet probare, non verò potest petere, ut adversarius suas rationes exhibeat, illisque ostendat pecunias apud adversarium esse depositas, in fine tamen subjungit, hanc quæstionem, an reus teneatur rationes suas exhibere, ad Judicis officium pertinere, qui ad diversas facti circumstantias reflectere & advertere debet, an non aliqua justa causa subsit, ob quam reus compellendus sit exhibere rationes v. g. fui cum Titio in societate, is redditus rationibus remansit debitor magnæ summæ, seque ejusdem debitorem esse professus est, & in fine rationum id ipsum annotavit, hanc debitam pecuniarum summam interim apud Titium depositam reliqui nullò aliò chirographò acceptò, peto hanc pecuniam mihi restitui allegando prædictas rationes in manibus Titii existentes, eo debitum negante certum æquissimum est mihi redditas rationes edi, quia si prævidissem Titium ita perfidum futurum esse, potuissem mihi ab initio de aliqua debiti probandi ratione prospicere v. g. Chirographum manu Titii scriptum petere, ergò cum bonâ fide & confidentiâ egerim, id mihi non debet nocere.
- 17 Sed an instrumentum jam semel editum adversario petenti iteratò sit edendum? R. non aliter iteratam instrumenti editionem imponi posse, quàm præstito ab eo, qui instrumenti repetitam productionem petit,
- jura-

juramento, se scilicet causam talem & talem justam habere, *l. fm. c. de fid. instrum.* ubi dicitur iteratam instrumenti editionem locum habere, si editionem petens juret, se instrumentum falsitatis redarguere posse, fortè quia scit instrumentum originale esse deperditum, concrematum vel alio casu perivisse, & antea tantum productum fuisse instrumentum simulatum. Accedit *l. si quis 6. in fm. ff. de edend.* ubi J. C. ait, quod prætor non cogat rationes iterum postulanti edi, nisi causa subsit, hoc ipsum etiam de praxi Austriaca testatur *Sutting. observat. 30.* dicit enim: **Wider den jenigen/welcher ein edirtes Instrument zum anderten mahl zu ediren begehrt/ ist die præsumptio, quod instrumentum denuò malitiosè sibi edi petat, daherò pfeget man die Edirung auffer gar erheblichen Ursachen/ als nemblich/ wann jemand casu fortuito darumb kommen/ und solches glaubwürdig zeigt/ zum andern mahl nicht auffzulegen.**

Cum verò instrumenta non originaliter, sed tantum in copia au- 18
thentica in vidimirter Abschrift edi soleant, ut patet ex descriptione editionis in *l. 1. §. 1. ff. de edendo.* ubi edere, est copiam describendi facere & ex *l. exemplum. 11. ff. eodem.* ubi exempla instrumentorum utentis apud edentem originalibus documentis edi possunt, idèd frequenter accidit, quod is, cui copia instrumenti edita est, originalis instrumenti produ- 19
ctionem, inspectionem & recognitionem postulet, ratio, quia aliquando de fide instrumenti, & maximè copiarum dubitatio oriri potest, ergò illius originalis recognitio permitti debet, hæc instrumentorum recognitio nec jure civili incognita est, nam in *l. 15. §. fm. ff. de reb. auctorit. Jud. possid.* cavetur, quod recognitio instrumenti & dispunctio non nisi semel concedenda sit. Accedit, *l. cognoscere, 56. ff. de V. S.* ubi exponitur, quid nam sit instrumenta cognoscere, nimirum relegere & recognoscere.

Fit autem recognitio instrumenti hæc formâ, ut recognoscens, seu 20
is, contra quem producitur instrumentum, non tantum manum suam, figillum & subscriptionem advertat, sed etiam alias circumstantias rime-
tur, & indaget, an non aliquæ falsitates notæ in instrumento appareant, potuit enim esse, quod instrumentum alterius dolò, errore, aut super charta blanca conscriptum, aut à tali subscriptum sit, qui scribendi imperitus fuit. Advertendum etiam est in recognitione instrumentorum ad vitia falsitatis tam intrinseca, quàm extrinseca: extrinseca est, quæ provenit ex vitio aliquo visibili, & adhæret instrumento, & ex inspectione redargui potest v. g. abrasio, cancellatio præsertim in parte substantiali, interlineatura, diversitas atramenti & similia, intrinseca est, quæ provenit ex aliquo vitio invisibili v. g. si de eodem facto alia instrumenta continent diversum tenorem, si sub notato anno, die & mense is, cujus nomen instrumento subscriptum est, non fuit ed loci, ubi instrumentum confectum est; de quibus videri potest pluribus *Josepb. Mascard. de probat. concl. 741. n. 3. & seq.*

Si instrumentum originaliter productum alterius etiam instrumenti 21
mentionem facit, ac se ad illud refert is, contra quem instrumentum productum est, non debet viso hoc contentus esse, sed potest etiam petere, ut

alterum relatum producat, wann sich ein edirtes Instrument auff ein anders beziehet/ ist solches auch zu ediren / referens enim sine relato non probare, decisum extat in *auth. si quis in aliquo. c. de edend.* sic etiam commemoratio debiti ex alia causa in Chirographo posita vim obligandi non habet, nisi illius causæ instrumentô inspectô & recognitô *l. ult. ff. de probat.* nisi fortè appareat referens instrumentum mutuo partium consensu ità confectum esse, ut relatum, de quo in referente narrative fit mentio. abolitum & cassatum sit, noviter verò confecto instrumento & referenti sua fides constet, quod frequenter fieri solet in instrumentis antiquitate jam quasi consumptis, in quorum locum alia per modum renovationis substituuntur, item in debitis plurium instrumentorum & causarum deinde mutua partium voluntate novatis & in unum instrumentum transcriptis, daß die vorige Obligationes, Instrumenta und Documenta solten auffgehbt und cassiret seyn / und das vorgezeigte Instrumentum allein gelten.

23 Facta recognitione si is, contra quem instrumentum productum est, manum suam, subscriptionem & sigillum probavit, & instrumentum impugnare non valet, mox instrumentum tale vim suam sortitur, & contra eum, contra quem productum est, plenè probat, si verò velit instrumenta contra se producta reprobare, faciet illud vel productis testibus omni exceptione majoribus, vel instrumenti subscriptionem à se factam negantibus, vel aliis in instrumento non descriptis, vel etiam per scripturam, quæ majoribus adminiculis nititur, quàm instrumentum, quod impugnatur, si reus manum suam in recognitione negavit, non est propter hoc absolvendus, cùm instrumento standum sit, donec contraria probatione eversum fuerit, cùm nec reo factâ recognitione manûs suæ, ejusque approbatione exceptiones, quas opponere potest, adimuntur, non est enim consequentia justa: Est manus mea ergo, mihi nulla datur exceptio, quia tametsi reo non comparente instrumentum in contumaciam prorecognito habeatur, tamen qui fuit contumax, deinde ad proponendas in meritis Causæ principalis exceptiones admittitur, quia recognitiones fieri solent salvis exceptionibus, quibus recognoscens non præsumitur renunciâsse *Brunem. in proces. Judic. cap. 19. n. 35.*

24 Porro instrumentorum productorum recognitio à parte adversa fieri solet in Judicio vel coràm Commissario *Mev. p. 4. decis. 391.* Tribunalium autem Austriacorum mos in recognoscendis instrumentis ità se habet, wann der jenige / wider welchen ein Brieffliches Instrumentum vorgebracht wird / dasselbe auß erheblichen Ursachen / nicht malitiosè oder zu Aufzug der Sachen zu ersehen und zu recognosciren begehrt / wird solches bewilliget / und dem Gegentheil auferlegt / daß er in der Cancley das Instrumentum ad recognoscendum vorzeige / worbey zugleich dem Expeditori die Benennung Tag und Stund auferleget wird / erscheinen nun an bestimbten Tag und Stund beyde Theil / und finden sich bey der Recognoscirung keine Mängel oder Bedencken / so notirt der Expeditor auff das Anbringen / allwo die Recognoscirungs-Tag Sagung gegeben worden / folgende Wort: Ohne Bedencken / oder ist ohne Bedencken abgelassen / finden sich aber bey dem Original-Instrument

Be

Bedenken und Mängel / so bringen beyde Theil ihre Nothdurffien pro und contra vor / welche der Expeditoꝛ auch annotiren und hierüber dem Eöbl. Gericht ein schriftliche Relation zu erstatten pfliget / emanente autem reo & statuto die ad recognoscendum non comparente instrumentum habetur pro recognito & confessato. Advertendum etiam est in hac recognitionis materia ad Edictum Excelſi Regimis nuper editum, quô malitiosis instrumentorum recognitionibus notanter via præclusa est.

Quæres, an ergo totum instrumentum, vel tantum pars instrumen-²⁵ ti ad causæ instructionem pertinens edi debeat? dicendum videtur, totum instrumentum edendum esse, ratio, quia præcedentia instrumenti declarant sequentia, & hæc declarant illa, videmus enim sæpe, quod in instrumentis sub finem apponatur clausula, quæ limitat, vel saltè omnia præcedentia declarat *l. si servus plurimum 50. §. ult. l. qui filiabus. 17. ff. delegat. 1.* ergo totum instrumentum edi debet. Verius tamen est non totum instrumentum, sed tantum partem illam, quæ ad causæ instructionem necessaria est, adversario edi debere. Fundamentum hujus conclusionis est primò in *c. contingit. X. de fid. instrument. & c. cum personæ de privileg. in 6.* ubi Romanus Pontifex respondit, quod quando super exhibendo privilegio seu alio instrumento quæstio inciderit, tunc illius tantum Capituli & articuli transcriptum adversario edendum esse, de quo controvertitur, Judici verò totum instrumentum exhibendum esse, ut is cognoscat, an totum ad causæ decisionem pertineat, an verò tantum pars. Secundò in *l. argentarius. 10. §. edi. ff. de edend.* ubi J. C. respondit, non integrum librum rationum, non totas membranas inspiciendi & describendi potestatem fieri debere, sed solummodo illam partem, quæ ad instruendum aliquem pertinet, edendum esse, sic etiam in *l. senatus. 3. ff. de ed.* dicitur, fisco non alia instrumenta esse edenda, quàm quæ ad præsentem causam pertinent, & sunt necessaria.

Hinc agens ex testamento & relictæ legati solutionem petens satis-²⁶ facit, si in libello eum testamenti §. allegat, & parti adversæ edit, in quo testator legatum reliquit, is, qui à Creditore pro exigendis à debitoribus pecuniis per epistolam requisitus & mandatarius constitutus est, non tenetur debitoribus legitimationem & mandatum exigendi petentibus integram epistolam edere, sed eas tantum lineas extractas & Judiciali auctoritate vidimadas edere, in quibus commissio pecunias exigendi continetur, & sic de multis aliis. Verum tamen est, adversario nonnunquam licentiam esse totum instrumentum inspiciendi & perveſtigandi, tempore scilicet eo, quô originale instrumentum ad recognoscendum produ- citur, sic enim licet juxta dicta tantum §. testamenti, quô legatum relictum est, descriptus edi debeat, tamen totius testamenti inspectio adver- sario permitti debet, ut advertere possit, an non vel in principio, vel fine testamenti vitium aliquod subsit, quod validitati testamenti & legati ob- stet, sic etiam wann ein Handelsmann einen über den auß seinem Handlungs- Buch gezogenen Extract gerichtlich klaget / muß der Handelsmann bey der Re- cognoscirung das ganze Handlungs-Buch produciren / und den Beflagten

- zugeben/ daß er das ganze Handlungs-Buch dursehen kan / ut scilicet adverti possint librorum mercatoriorum requisita, præsertim si eò deveniat, daß der Handelsmann auff sein Handlungs-Buch vermög Edict schwören solte.
- 27 Occasione prædictorum etiam hîc de argentariis breviter tractandum est, argentarii olim erant homines certi autoritate publica ad id constituti, ut in foro, vel tabernis non tantum propriam, sed etiam alienam pecuniam volentibus dominis fœnori exponant, & de acceptis his atque emutuatis pecuniis, ac actibus coram se gestis rationes conscribant, horum hominum officium erat publicum, tum quia autoritate publica constituebantur, tum quia cuivis petenti operam suam præbebant, pecunias scilicet receptas aliis sub fœnore mutuantes *l. argentarius. 10. ff. de edend.* Argentariis olim similes erant nummularii, qui erant quasi permutatores nummorum, & pro majori pecunia accepta ejusdem quantitatis reddebant monetam parvam, vel cum certæ Regionis pecunia permutabant alterius Regionis pecuniam, hi instar argentariorum rationes suas conficiebant, illisque acceptas & redditas pecunias in scribebant *l. 9. §. nummularii. ff. de edend.* his ita præmissis.
- 28 Dico, argentarii tenentur rationes suas edere illi, cujus editionem fieri interest, sive contra ipsum argentarium controversia sit, sive contra aliquem alium *l. argentarius. 10. ff. eodem.* rationem hujus conclusionis æquissimam esse dicit Prætor in *l. Prætor ait. 4. ff. de ed.* quia argentarii pro singulis rationes suas conficiunt, ergò quilibet petere potest instrumentum nomine & causâ confectum, quasi suum proprium sibi edi. Dixi autem, *sive contra ipsum argentarium* veluti: tradidi argentario mille florenos, ut eos alteri mutuos det sub usuris sex pro centum, ita tamen, ut mox annò finitò capitale istud unà cum usuris recipiam, totum hunc iter me & argentarium celebratum actum me præsentem argentarius Calendario suo seu rationum libro inseruit, annò finitò si pecuniam meam ab argentario repeto, is verò pecuniam acceptam negat, certè ad fundandam actionem meam contra se ipsum mihi tenetur librum edere, quò illum acceptæ à me, & à se annotatæ pecuniæ convincam, ratio ulterior est, quia aliàs argentariis obvia occasio daret bonâ confidentiâ secum contrahentes nullam traditæ pecuniæ recognitionem exigentes, sed argentarii libro confidentes decipiendi. Dixi deinde, *contra aliquem alium*, id est, inter quem & me apud argentarium actus gestus est, vel cui argentarius pecunias meas mutuavit.
- 29 Quamvis verò argentariorum usus adhuc in quibusdam locis vigeat, nam in Anglia Londini iis integram plateam assignatam esse, & in Gallia argentariorum tabernas Parisiis circa Regium palatium conspicuas videri post alios testatur *Stryck. in usu mod. mod. ff. b. t. §. 19.* tamen in hisce terris pristinam argentariorum consuetudinem extare non video, tametsi enim adhuc dentur homines v. g. die Sensalen / qui conquirendis pecuniis, iisque apud campsores sub certis usuris locandis præstantem operam nonnullo etiam proprio commodo navant, tamen hos argentariis assimilare nequeo, tum quia horum munus publicum non est, sicut olim erat

erat argentariorum publicum officium, tum quia pecuniæ iis non ea fide, quâ olim argentariis, conceduntur, quoniam illis, à quibus pecunias recipiunt, mox literas chambiales à debitore instar chirographi subscriptas extradunt, imò, si quos libros & rationes gerunt, tamen his libris contra tertium, cui pecunia per interpositam sensalis operam mutuata est, tanta fides, quanta argentariis, non tribuitur, quoniam hujusmodi domestica annotatio unius testis dictum superare censetur.

Ultimò sciendum est, omnes, qui ex officio publico rationes conficiunt, ad earundem editionem teneri *l. justum. 6. C. de edend.* hinc notarii & tabelliones, quorum opera itidem publica est, non secus, ac argentarii, petentibus iis, quorum nomine contractus subscripserunt, Protocolla sua exhibere tenentur *Bartol. in l. argentarius. 10. n. 1. ff. bt. præte-* 31
rea quasdam personas esse, contra quas ad instrumentorum editionem non agitur ex Edicto Prætoris, sed ordinaria & civili actione, sic enim Procuratores, tutores, Curatores, socii ad reddendas & exhibendas rationes actione mandati, tutelæ, pro socio compelluntur *l. quedam. 9. princip. ff. de edend.*

CAPUT SEPTIMUM.

De Pactis.

S U M M A R I U M.

1. Pactorum observantiam naturalis equitas precipit.
2. Sive sint redacta in scripturam sive non.
3. Ad pactorum observantiam vel actione vel exceptione pervenitur.
4. Ex pacto nudo non actio, sed alii effectus nascuntur.
5. Moribus tamen etiam pacta nuda actionem pariunt.
6. Quatenus tamen sunt seria & deliberata.
7. Pacta etiam hosti sunt servanda.
8. Adducitur M. Atilii facinus.
9. Etiam summus princeps exemplo Caroli V. pacta hosti servare debet.
10. Pacta principum etiam obligant successores.
11. Pacta autem non debent vergere contra bonum Reipubl.
12. Recensentur cause pacta hosti non servandi.
13. An possit princeps fidelis cum infidelibus inire fœdus contra fidelem principem.
14. Respondetur questioni negative.
15. Solvuntur argumenta contraria.
16. Omnia pacta tam expressa quam tacita, inter absentes & præsentés inita servanda sunt.
17. Creditor chirographum debitori reddens non petit amplius solutionem.
18. Respondetur argumentis contrariis.
19. An reddens pignus remittat jus pignoris, distinctio adhibenda est.

Hbb

20. Red-

20. *Redditio cbirographi tantum prodest illi, cui redditur, non aliis in eo scriptis.*
21. *Quid si creditor duo cbirographa habens unum debitori rediderit?*
22. *Hujusmodi cbirographi redditio non liberat debitorem.*
23. *Diluuntur contrarie opinionis fundamenta.*
24. *Pacta etiam servanda sunt paciscentium heredibus & quandoque fidejussoribus.*
25. *Pacta personalia ad heredes non transeunt.*
26. *Etiam aliquando pactum fidejussoris prodest reo & debitori principali.*
27. *Paciscendo nocere alteri nemo potest.*
28. *An remissio partis debiti facta à majori parte creditorum noceat aliis?*
29. *Respondetur questioni negative.*
30. *Solvuntur contraria.*
31. *Major numerus creditorum non à personis sed quantitate debiti sumitur.*
32. *Absentes creditores debent citari.*
33. *Citatis non comparentibus, modo non sint hypothecarii, major numerus expræsentibus sit.*
34. *Major numerus cbirographariorum nocet hypothecariis quo ad inducias.*
35. *Pacta improba prætor non tuetur.*

PRÆTOR in *l. jurisgentium. 7. §. ait prætor pacta. ff. de pact.* apertis verbis dicit, pacta conventa, quæ neque dolo malo, neque adversus leges, neque in fraudem alterius inita sunt, tenacissimè servanda esse, hoc Prætorum effatum quin summa & naturali æquitate polleat, nemo est, qui ignorat, imò aptissimam ejus rationem Ulpianus adfert in *l. 1. ff. de pact.* quia humanæ fidei nihil magis congruum est, quàm ea, quæ semel placuerunt, servari & custodiri, cui rationi adstipulatur *l. pacta. 12. c. de pactis.* ubi Imperator Alexander ait, pacta servari oportere tam juris, quàm ipsius rei æquitas postulat, ità quidem ut non sit differentia, an initum pactum in scripturam sit vel non, nam pactum bonâ fide interpositum, si aliis probationibus rei gestæ veritas comprobari potest, custodiendum est *l. pactum. 17. c. de pact.* In hujus autem Edicti lucubratione non nisi ad modum, quo pactorum observatio obtinetur, nec non ad præcipuas aliquas pactorum species respiciam, eaque an servanda sint, vel non, paucis quæstionibus discutiam.

3 Sunt autem duo præcipui modi, quibus ad pactorum implementum pervenitur, nimirum actio vel exceptio, per quàm enim nota est differentia illa, vigore cujus ex aliquibus pactis v. g. lege confirmatis, quæ adjectæ sunt Contractibus in continenti actio, ex reliquis autem tantum exceptio, retentio, compensatio & his similia juris remedia ob naturalis obligationis vim nascitur *l. 7. §. 4. l. 6. ff. de pact.* hinc ex pacto, quod etiam sine stipulatione promissa est; tam efficaciter agitur, ut promissor etiam in foro externo ad servandam promissionem adstringatur *l. 6. C. de dot. promis.* Econtra si parte debiti soluta creditor pactus est, se

refi.

residuum non petiturum esse, huic pacto jus prætorium in tantum adstat, ut debitor creditorem residuum denud petentem exceptione pacti de non petendo, aut etiam exceptione doli repellere, & pacti observationem, omnimodè obtinere possit *l. 5. c. de pactis*. hinc tamen ex pacto nudo actionem non dari in aperto sit, tamen Prætor alios induxit modos, quibus etiam nudi pacti fides observetur, pone enim, quòd Creditor debitori nudò pacto promiserit centum florenos, certè creditori solutionem debiti exigenti debitor compensationem objicere, & ità ad nudi pacti implementum pertingere poterit, & sic de aliis nudi pacti effectibus.

De hac autem pactorum nudorum vi ac natura jure Romano acceptà plura tractare non refert, quia moribus ferè omnium locorum pacto nudò deliberatè tamen inito jamjam actio tributa est, ità, ut hoc in passu ad germanam fidem reversum fuisse videatur, & non tantum pacto nudò separatim initò, sed etiam ex intervallo Contractibus quibuscunque adjecto, detrahenti aliquid obligationi, vel eam augenti sublatis inter pacta nuda, legitima & vestita differentiis efficacia agendi concessa sit, quia verò toties condictio ex lege instar actionis locum habet, quoties in aliquo casu per legem certam inducta est actio *tot. tit. l. de condict. ex lege*. sic enim ad consequendas res donatas agitur contra donantem condictione ex *l. si quis argentum. c. de donat.* idèd non dubito, quòd pro obtinendo pacti nudi implemento contra promittentem condictione ex consuetudine agi possit: notum enim est, consuetudinis inveteratæ non minorem esse auctoritatem ac legis *l. 32. ff. dell.* ergò sicut major & uberior effectus pactis nudis consuetudine assignatus est, ità & non minus ex hac consuetudine actio seu condictio promanavit.

Dixi *deliberatè tamen inito*, nam distinguendæ sunt promissiones seriatæ, meditatæ, constantes ac præsertim geminatæ ab inconsideratis, & ut *Vin. tract. de pact. c. 7. in fin.* ait, temerariis & Aulicis, cùm quis non serid, sed per jocum, aut aliud agens vel officiosè adulans aliquid promittit, nam ex his pactis efficacem obligationem aut moribus actionem nasci non admitto, quia naturæ humanæ aut juris gentium rectitudini, ad quam pacta nunc redacta sunt, non congruit, hujusmodi in consultis & in vero consensu non fundatis pactis effectum adstruere. Quoniam verò Prætoris Edictum de pactis servandis generaliter conceptum est, vix tamen sit, ut omnia pacta sinè discrimine observentur, idèd regula constitui potest ista: Omnia pacta, quæ bonis moribus juri divino, naturæ, & positivo & juri tertii non repugnant, & à talibus inita sunt, quibus facultas paciscendi & se obligandi adempta non est, observanda & implenda esse. Hinc

Quæres an pacta hosti servanda sint? pacta hosti servanda non esse, erui posse videtur ex *l. 1. §. 3. ff. de dol. mal.* ubi bonus dolus & solertia esse dicitur, si quis contra hostem aliquid machinatur, eumque fallit, ergò si iste dolus bonus est, illicitum non est hosti fidem datam non servare. Sed verius est etiam pacta hostibus servanda esse; Primò, quia pactorum observatio est juris gentium *l. cum amplius 84. §. 1. ff. de reg. jur.* sed hostis est particeps juris gentium, quod patet ex *l. ult. ff. de legationib.* ubi legato-

rum personæ ab omni offensione immunes esse jubentur, licet hosti, à quo missi sunt, bellum jam fuerit denunciatum, ita quidem, ut commissum contra personam legati dicatur esse contra jus gentium, ergo si legati ab hoste missi jure gentium fruuntur, omnino etiam hostes, qui eos miserunt, deterioris conditionis non debent esse. Secundò stabilitur hæc sententia per textum in *Can. noli. caus. 23. q. 2.* ubi S. August. ait, fides, quando promittitur, etiam hosti servanda est. Accedit tertio ratio in eo consistens, quod si fides hosti servanda non esset, nil aliud inde sequi posset, quam diffidentia perpetua, cædes & bellum perenne. Non obstat argumentum pro contraria opinione apparenter adductum, nam id procedere admitto, antequam cum hoste pactum initum est, postquam autem cum hoste conventio inita fuit, id nego, quia jus gentium, cujus usum hostis habet, jam jam monet pacti observationem, sicut jam per *Can. noli. caus. 23. q. 2.* monstravi, quam ob rem reprehensi semper fuerunt Thraces, qui olim aliquot dierum inducias pacti, nocturnas tamen excursions agebant, & malè pactum suum coluerunt. Romani, qui dimidiam navium partem Antiocho relinquere promisserunt, perfidiæ autem velamentum quærentes, naves dissecuerunt, dimidium Antiocho reliquerunt, alterum verò dimidium igne sustulerunt.

8 In nostræ sententiæ confirmationem adduci potest insigne M. Attilii facinus, cujus meminit jurisconsultus in *l. 5. §. captivus autem. ff. de captiv. & postlim. revers.* inquit, quod M. Attilius maluerit mortem appetere, quam fidem Carthaginensibus datam frangere, ad eosque redire pro subeunda morte, quam Romæ incolumis manere fracta fide. Ad idem etiam facit *l. nam & servius. 21. ff. de negot. gest.* ubi ex tribus apud Lusitanos captis unus dimissus erat, ut adferret pretium redemptionis pro se & duobus aliis, & nisi is rediret, reliqui duo pro eo solverent, dimisso non redeunte & fidem datam implente reliqui duo non tantum promissa Lusitanis solvere tenentur, sed etiam æquissima ratione eis actio tribuitur, quâ contra non redeuntem agere, & id, quod hosti pro eo solverunt, consequi possint, quod in tantum procedit, ut ab hostibus captus & redemptus pristinum statum non recipiat & homo liber efficiatur, antequam conventum redemptionis pretium hosti persolverit *l. liber captus. 17. c. de postlim. in. revers.*

9 Dicta locum habent non tantum in privatis sine reipublicæ damno paciscentibus, sed etiam in summo Principe, quem pacta inita hosti servari teneri indubium est, cum Princeps constantia & veritate nihil antiquius habere debeat, exemplo Caroli V. quem ad violandam Ecclesiæ hostibus datam fidem nullus inducere poterat, responsione persuasoribus frequenter reddita, etiam si fides in toto terrarum orbe exularet, tamen apud Imperatorem immaculatam mansuram esse *Otto in jur. publ. c. 8.* convenit namque Principi illud quod scripsi, scripsi, & quæ processerunt de facie meâ, non faciam irrita, hujus rei exemplum præbuit Josue, qui iussus gentes idolatras funditus delere, nihilominus Gibeonitis fidem datam sanctissimè servavit, nè fortè violatâ fide DEI præpotentis furorem in se &

& populum Israëliticum concitaret *Jos. c. 6. v. 20. & c. 8. v. 2.* Item *cap. 9. v. 3. & seqq.* Neque hoc ad Principem, qui cum hoste pactus est, restringi potest, sed etiam obtinet in successoribus, quia hujusmodi pacta ineuntur nomine Principatus & Reipublicæ, quam per obitum aut mutationem Principum non mutari argumento est *l. proponebatur. 76. ff. de Judic.* ubi semper idem Judicium manere dicitur, licet Judices mutati & alii in aliorum locum substituti fuerint.

Dixi autem *sinè Reipublicæ damno paciscentibus*, quia pacta in publico I I
 ci boni perniciem inita nec obligatoria sunt, nec paciscentes obligant, jus publicum enim privatorum pactis mutari non potest *l. Jus publicum. 38. ff. de pact.* & generaliter pactum à jure communi remotum servari non oportet *l. 7. §. & generaliter. ff. de pact.* sic in *l. inter debitorem. 42. ff. de pact.* dicitur, si inter debitorem & creditorem conventum est, ut creditor pro oppignorato sibi prædio tributum non solvat, sed hujus solvendi necessitas incumbat debitori, hoc pactum quod ad paciscentes subsistere, fisco autem, qui tributum à possessore rei exigit, non obesse, quia pactis privatorum forma juris fiscalis convelli non potest, hinc pactum minimè servandum est, quod quis hosti exercitum proferre, secreta revelare, prohibita ad hostem deferre, & similia promittit.

Esse tamen causas, pacta conventa hosti non servantia, non dubito, I 2
 veluti si captivò reditum ad hostem promittente improvisa antea pericula eveniant, v.g. probabilis metus mortis, tali enim casu captivus redire non tenebitur, ratio, quia juramentum in se habet conditionem, si res manserit in eodem statu, aliàs jurans non tenetur observare juramentum *c. quemadmodum. 25. X. de jure jur. c. 2. X. de renunciat.* Ergò etiam promissio simplex non obligat, si adeò notabilis status ac rei mutatio intervenierit, quia non potest promissio homini facta majoris efficaciam esse, & ad incogitata extendi, ac promissio Deo facta, accedit, quod nova emergentia novò etiam auxiliò indigeant, ut secururum aliàs enorme damnum evitari possit *l. 1. ff. de vent. insp. l. de ætate ti. §. ex causa ff. de interrogat. act.* talis etiam pacti hostibus non servandi causa est, si hostis fidem ex parte sua fregit, frangenti enim fidem non est fides servanda *l. qui fidem. 16. ff. de transact. l. quero. 54. §. inter locatorem. ff. locati.* hinc inter causas cederis cum hoste initi alterius non servandi poni potest, si hostis etiam mihi non directè sed indirectè fidem datam violat, v.g. cum invadit, quem patrocinio & clientelæ meæ subditum defendere teneor, nam sicut injuria illata liberis, vel aliis, qui nos attingunt, nobis illata censetur, ita & per eum, quem defendere teneor, invasus & offensus esse censeor, sic sopitò tantisper cum immanissimo Christianitatis hoste bellò arma Imperator apprehendere potest, licet hic non invaderetur, sed alia ex parte Christianitas periclitaretur v.g. fideli alteri Principi indictò bello magna fidelium captivorum abductio, terrarum à fidelibus possessarum accupatio fieret, ratio, quia Imperatores sunt Christianitatis & fidei Catholicæ defensores *Clem. Romani de jure jur.* nec permittendum est, ut constans jurati foederis observatio in tertii præjudicium cedat *Seraphin. de privileg. juram.*

juram. 151. n. 3. Idem esse potest, si inito foedere hostis vicinum adoritur, quo superato & ditionibus suis expulso prompta hosti via sterneretur secum paciscentis terras invadendi, nam cum melius sit jura in tacta servari, quam post vulneratam causam remedium querere, non attento foedere hostiles contra vicinum progressus impediri poterunt.

Nam tua res agitur, paries dum proximus ardet, pro exemplo adduci potest *l. si quis fumo. 49. ff. ad leg. aquil.* ubi culpa aut injuria illi imputari non potest, qui exortu incendio vicinas ædes intercidit, ne ignis ad se perveniret, in justo enim metu est, qui ædes vicini intercidit, sive ignis ad se pervenerit, sive antè extinctus fuerit.

13 Sed dubitabis, an Prætor ullus approbare possit foedus Christiani Principis, quò hic infidelium auxilium pro rerum suarum defensione contra alium fidelem & Christianum Principem imploravit, metuens se aliter res suas defendere non posse? partem affirmativam magni nominis Doctores tuentur, sequentibus moti argumentis: Primò, quia jure naturali unusquisque jure facere id existimatur, quod ad sui tutelam facit, præsertim si aliter tueri non posse timeat *l. ut vim. ff. de justit. & jur. l. scientia. §. quod cum aliter. ff. ad leg. aquil.* necessitas enim subjecta non est legi, & de illicito facit licitum. Secundò possumus insidiis & dolò hostem propulsare *C. utilem. caus. 22. q. 2. c. Dominus. caus. 23. q. 2. l. nec interest. ff. de Captiv. & postlimin. revers.* imò planè pro defensione fructuum, ne vento aut grandinibus quaterentur, arte magica uti permissum est *l. eorum. c. de Malefic. & mathemat.* ergò multò magis ad tutelam propriæ personæ & bonorum ab infidelibus auxilium implorare licitum esse videtur. Tertio Divus Paulus Apostolus timens, ne à Judæis in necem suam conjuratis occideretur, à Centurione & Tribuno gentilibus auxilium imploravit. *Act. Apost. c. 23.* sic etiam *lib. 1. Reg. c. 27. 28. & 29. ac paralip. lib. 1. c. 12.* legitur, quòd David timens, ne incidat in manus Saulis Regis Israël, confugit ad Achis Regem Palæstinarum Idolatram & voluit cum eo in bello contra Saul Regem Israël & Juda pergere, similiter *lib. 3. Reg. c. 15.* cum inter Assa Regem Juda & Bassa Regem Israël ejusdem legis bellum esset, Assam Regem Juda cum Benadab Rege Syriæ Idolatra foedus iniisse, & ab eo auxilium adversus Bassa Regem Israël implorasse, & Civitatem Rama destruxisse. *Oldia. consil. 71. Martin. laudens. de bello. q. 3. Alberic. in l. 1. n. 19. c. unde vi.*

14 In contrariam tamen sententiam utpote veram Prætores propensio-rem esse constanter existimo, nefas scilicet esse Christiano Principi foedere & amicitia jungi infidelibus contra Christianos pro sui, rerumque suarum defensione. Ad hujus sententiæ comprobationem nonnulla juris divini ex utroque testamento argumento adducam. Primò enim *Exod. c. 13.* in fine legitur, quòd Deus populo suo prohibuerit, ne cum infidelibus foedus paciscantur, dicendo, non inibis cum eis foedus, nec cum Diis eorum, non habitent in terra tua, ne fortè peccare te faciant in me, Secundò Dominus prohibens dicit *Deut. c. 7. v. 2.* non inibis cum eis foedus, nec misereberis earum, nec sociabis cum eis conjugia, filiam tuam

nor

non dabis filio ejus, nec filiam illius accipies filio tuo, quia seducet filium tuum, nè sequatur me. Tertio Josaphat Rex Juda corrigitur à Jehu Propheta ob præstitum infideli auxilium paralip. lib. 2. in princip. his verbis: Impio præbes auxilium, & his, qui oderunt Dominum, amicitia jungaris, & idcirco iram Domini merebaris.

Hoc idem in novo Testamento sancitum legitur, nam *Matthæi c. 10.* habetur, in viam gentium nè abieritis, & in Civitates Samaritanorum non intraveritis, non enim bene conveniunt Judæi Samaritanis, id est fideles infidelibus *Joann. c. 4.* huc facit, quod in *act. Apost. c. 10.* dicitur: Vos scitis, quomodo abominatum sit viro Judæo conjungi aut accedere ad alienigenas, hinc etiam Apostolus 2. *ad Corinth. c. 6.* nos admonet, nè jugum cum infidelibus ducamus, quæ enim participatio est Justitiæ cum iniquitate, quæ conventio Christi ad belial, aut quæ pars fidei cum infideli? his consequens est, cum, qui Christianæ fidei inimico jungitur, ejusdem Christianæ fidei inimicum censeris, sicut enim, qui adhæret Christo unus spiritus est cum eo. ita fidelis, si infideli adhæreat, unum Corpus cum eo constituitur, sicut *Psal. c. 17.* scriptum est, cum electo electus eris, & cum perverso perverteris. Accedit, quod Christianis prohibitum sit commercia & communio cum Judæis & infidelibus, ita ut ab eis nec cibum sumere, nec medicinam recipere liceat, *Can. sæpe & seqq. caus. 28. q. 1.* ergo multò minùs licebit ab inimicis Christianorum contra Christianos auxilium petere. *Octav. Cacheran. disput. an. princip. Christ. fas sit fœdus inire & amicitia jungi infidelib.*

Nunc superest, ut contrariæ sententiæ argumentis respondeatur, & ¹⁵ quidem non obstat primum, nam intelligi debet de defensione licito modo facta, quæ legi divinæ non repugnat, debet enim defensio esse legitima, quod autem Christiani Principis cum infidelibus confœderatio legi divinæ adversetur, suprâ monstratum est, quibus addi potest, quod aliqua delicta lege Civili quidem impunita sint (ut in *l. Græbus c. ad leg. Jul. de adult. l. unica. c. de Concub.*) ea tamen perpatrantes peccent & legi DEI contraveniant. Similiter non obstat secundum, nam dolus ille intelligi debet de solertia aliqua, quæ à jure non improbatur, sicut improbatum est, ab infidelibus contra fideles & Christianæ fidei jacturam auxilium implorare.

Nec repugnat *l. eorum. c. de malefic. & Matbemat.* nam quod ibi de incantationibus pro fructibus conservandis dicitur, intelligi debet, si fiat virtute licita, secus si per incantationem dæmonum vel aliter, quia tunc omni jure sunt improbatæ, nec potuissent lege Civili concedi, sic enim *Regum 4. c. 1.* legitur, mortuum esse Ozochiam Regem Israël, ed quod pro infirmitate sua consuluerit Beelzebub. Solutionem hanc fundat ipsa *l. eorum* quæ duabus partibus constat, in prima reprehendit & puniendam esse dicit scientiam artibus magicis quæsitam, in secunda verò parte, quæ incipitibi: *nullis verò.* tractat de suffragiis in agrestibus locis pro fructuum conservatione innocenter adhibitis, & hæc permittit, ex quo fortissimum pro mea sententia depromitur argumentum, quod sicut pro recuperanda

da sanitate aut fructuum defensione arte magica uti non licet, multò minus pro defensione personæ aut bonorum licitum sit, uti auxilio infidelium aliis & præsertim fidelibus damno. Minus obstat tertio loco allegatum contrarium, quoniam quod ibidem legitur, Paulus fecit, quatenus Centurioni & Tribuno tanquam Præfidi & Ministro ratione jurisdictionis subjectus erat, & eorundem tanquam Judicum assistentiam contra persecutores suos imploravit, quæ imploratio eò minus culpari potest, quia nemini nociva fuit, & meram tuitionem sine ullo conjuratorum Phariseorum damno, aggressionem aut offensionem respexit. Non est etiam contrarium, quod *Reg. 1. c. 27.* de Davide scriptum legitur, nam licet David confugerit ad Achis Regem Philistinorum, non tamen pugnavit contra populum Israël, sed tantum contra Amalechitas infideles & vicinos egit, ab iisque multas prædas reportavit. Non impedit etiam, quod de Rege Assa allatum fuit, nam Rex Assa ob hujusmodi foedus coram Domino peccavit, quod ex eo constat, quia *2. paralip. c. 16.* Propheta eum acerbè redarguit. Textus hic apertus ostendit secundum sententiam meam fas non esse foedus inire cum infideli contra fidelem pro defensione personæ suæ & rerum.

- 16 Habet autem Edictum Prætoris de servandis pactis locum non tantum, si pacta expresso sermone & tractatu inter præsentem habito, aut per epistolam aut nuncium inter absentes, sed etiam, quæ tacitè inita sunt, æquitas enim generaliter præcipit, servanda & implenda esse ea, quæ semel placuerunt, hujus rei varia in jure reperiuntur exempla, sic enim in prædium urbanum ab inquilinis inducta & illata locator pro pignore retinet, donec sibi satisfactum sit, quamvis inquilini illata & in vecta expressè pro pignore non obligaverint, quia tacitè jam videtur esse conventum, ut locator illatis & in vectis jus pignoris habeat, *l. 4. ff. de pact. l. 2. l. 4. l. 6. ff. in quib. caus. pig. tacit. contrab.* sic qui in futurum tempus à debitore usuras accepit, intra id tempus, pro quo usuras accepit, sortem petere non potest, quia accipiendo dictas usuras tacitè pactus sum de non petenda intra id tempus, pro quo usuræ de pensæ sunt, sorte *l. qui in futurum. 57. ff. de pact.* sic etiam creditor, postquam chirographum debitori reddidit, solutionem debiti amplius petere non potest, quia reddendo chirographum debitum remisisse & de non petendo amplius debito pactus fuisse censetur *l. 2. §. 1. ff. de pact. l. 3. §. 1. ff. de liberat. leg. aded,* ut hæc tacita debiti remissio etiam vim suam ad pignus, si aliquod datum est, extendat, & illud liberet *l. 7. c. de remis. pig. l. si sibi. 17. §. 2. ff. de pact.* est enim pignus debiti principalis accessorium, ut eò sublatò subsistere non possit.
- 18 **Objicies.** Chirographum cancellatum vel apud creditorem vel apud debitorem inventum non est signum factæ solutionis *l. si chirographum. 24. ff. de prob.* ergò nec redditio chirographi inducit tacitam debiti remissionem. **R.** Ex cancellatione chirographi regulariter oriri præsumptionem solutionis, cum usus quotidianus doceat, facta solutione præsentibus debitore & creditore plerumque chirographa cancellari & dilacerari, contra hanc tamen præsumptionem creditorem posse alias manifestas probationes

bationes non factæ solutionis, aliâsque cancellationis causas adducere, quibus probationibus potius, quam præsumptioni solutionis standum erit, sicut etiam creditori chirographum reddenti inhibitum non est probare, se ob aliam quàm debiti remittendi causam chirographum reddidisse.

Objicies secundo, creditor reddens debitori pignus, non censetur remisisse debitum *l. 3. ff. de pacto.* ergò nec redditione chirographi censendum est pactum de non petendo debito tacitè initum esse. *¶.* Concesso antecedente nego consequentiam, ratio disparitatis est, quia in Chirographo continetur & descripta est obligatio principalis *arg. l. 1. c. de donat* ubi instrumento rem venditam continente tradito ipsa res tradita dicitur, obligatio verò principalis sub pignore non continetur, ergò reddito chirographo debitum censetur esse remissum, non verò idem dicendum de pignore reddito, quia hoc accessorium est, & id reddens non censetur de debito principali cogitasse. Alia disparitatis ratio est, quia redditio pignoris debitori utilitatem adfert aliam, nimirum vel usum pignoris, vel pignoris remissionem, ergò non est ratio, cur operetur debiti remissionem, econtrà nisi chirographi redditio involveret debiti remissionem, debitori nullam adferret utilitatem.

Quò ad redditionem pignoris tamen distinctè procedendum est, *19* nam vel debitori redditum est instrumentum, quò conscripta continetur obligatio pignoris, vel reddita est res ipsa oppignorata, quam creditor possidebat. Primo casu redditio instrumenti inducit pignoris remissionem & liberationem *l. creditricem. 7. c. de remis. pig.* ubi dicitur, si creditrix jussit chirographum, quò oppignoratio fundi continetur, debitori reddi, manifestum est, pignoris jus remissum esse. Secundo casu advertendum est, an creditor simpliciter rem oppignoratam debitori reddiderit, non dicendo, in quem finem, & hoc casu censetur etiam pignus esse remissum, ratio, quia reddere pignus est rem pignoratam retrodare, ut scilicet apud debitorem eò modò sit, quò prius fuerat, *l. verbum. 94. ff. de V. S.* ergò cum prius rem pignore liberam debitor habuerit, ità & eandem per redditionem censetur accepisse liberam, favendum enim est liberationi, præsertim cum creditor potuerit apertè dicere, quem in finem rem oppignoratam reddat, & hoc non faciendo interpretationem contra se mereatur, an verò creditor rem oppignoratam reddiderit debitori in certum casum & usum, & hoc casu non censetur vinculum pignoris dissolutum esse, ratio, quia potest pignus à creditore precario dari vel comodari debitori salvo manente jure pignoris *l. cum & sortis. 35. §. 1. ff. de pignorat. act.*

Cæterum, si in chirographo reddito uni debitori plures alii obligati sunt, v. g. Titius & Mævius subscripti promittunt eodem chirographo mille florenos debitos creditori solvere, redditio ista tantum proderit & exceptionem taciti pacti de non petendo adferet illi, cui chirographum redditum est, altero nihilominus obligato manente, ratio, quia actus agentium non operantur ultra eorundem intentionem, cum altero autem, qui in chirographo obligatus & subscriptus est, nihil actum fuit, imò nec is, cui chirographum redditum est, nomine alterius quidquam egit,

Kkk

nec

nec illi paciscendo expressè aliquid querere potuit, cum alteri per alterum non acquiratur *l. stipulatio. 38. §. alteri. 17. ff. de v. o.* ergò redditione Chirographi is tantum liberatur, cui chirographum redditum est, nisi aliæ circumstantiæ aliud suadeant.

- 21 Quæres, si apud Creditorem unius debiti duo extant chirographa, an unius redditione censeatur debitum esse remissum? quod debitum remissum sit, videtur esse dicendum. Primum, quia creditor dicere potuisset, quem in finem chirographum reddat, ergò contra eum facienda est interpretatio, quia apertius loqui potuisset *l. veteribus. 39. ff. de pact.* Secundò, quia humanior & benignior est hæc sententia, favet enim liberationi. Tertio, quia in *l. 2. §. 1. ff. de pact.* generaliter definitum est, quod redditione chirographi tacitum pactum de non petendo censeatur initum esse. Quarto quia si unum ex duobus Chirographis debitori donatum aut legatum est, exinde resultat debiti liberatio, ergò.
- 22 Contraria sententia, debitorem scilicet non obstante unius chirographi redditione adhuc obligatum esse, verior est, & fundamentum habet in *l. ult. ff. de bis, quæ in testam. delent.* ubi J.C. ait, quod si testator ultimam voluntatem in pluribus exemplaribus descriptam habuit, non fieri testamentum irritum per hoc, quod uno exemplari integro retento reliqua abstulerit & induxerit, quia res gesta probari potest per exemplar non deletum aut inductum, ergò idem in casu quæstionis propositæ, quia creditor retinens adhuc alterum chirographum censetur ideo animo retinuisse, ut debiti probationem habeat paratam. Accedit, quod si contraria sententia admitteretur, magna præberetur improbis hominibus occasio bonos creditores fallendi, quivis enim ejusdem tenoris duo Chirographa conscribere, unum creditori tradere, alterum retinere, & deinde ad solvendum debitum conventus retentum chirographum proferre, obtruderéque posset, id sibi à creditore esse redditum. *Duar. in l. 2. §. 1. ff. de pact.*
- 23 Non obstat primum alterius sententiæ argumentum, nam *l. veteribus 39.* intelligenda est de pacto ambiguo & obscuro, quod, in quem finem initum sit, & quid eò contineatur, dubium est, in nostro autem casu notus est redditi chirographi finis, quia creditor censetur alterum chirographum ideo debitori reddidisse, cum debitum satis unò Chirographo præbare possit, & alterum supervacuum sit, deinde censetur ideo alterum chirographum reddidisse, nè utròque retentò videatur aliquid malitiosum contra debitorem machinari, & quasi idem bis petere velle; cum igitur de isto chirographi redditi fine constet, non adverto, quò fundamentò ex hoc redditionis facto debiti remissio erui debeat, contra regulam, quod donatio non præsumatur, & nemo facile suum jactet & effundat *l. cum de indebito. in princip. ff. de probat.* nam si creditor animum remittendi debiti habuisset, utrumque chirographum restituisset, & alterum chirographum non retinisset.

Nullam difficultatem movet secundum argumentum, nam præcedente obligatione non possumus inducere liberationem, nisi is, qui dominus

minus obligationis est, voluerit liberationem indulgere, non voluisse autem in casu quæstionis propositæ creditorem redditione unius chirographi debitorem obligatione liberare, præmissæ ostendunt, ergò. Tertia ex l. 2. §. 1. desumpta ratio locum habet, si unum duntaxat chirographum est expositum, & illud etiam debitori redditum, nec extendi potest ad propositæ quæstionis casum. Minus obest id, quod adductum fuit quarto, nam proposita quæstio tractat de casu, quo simpliciter quis unum ex duobus chirographis reddidit debitori, aliud autem est, cum quis dicit se chirographum debitori donare, hæc enim dictio plus operari, & non restitutionem solius & inutilis chartæ importare debet, idem dicendum est de legato chirographo, quia etiam legatum est donatio quædam §. 1. *Inst. de legat.*

Sunt prætera pacta non tantum servanda fideliter illis, cum quibus 24 expressè inita sunt, sed etiam aliis nonnullis, veluti hæredibus, quia hi in jura testatorum succedunt, & illis, quibus ut serventur, interest ut illius, cum quo pactum initum est v. g. creditor generaliter sinè nominatione personæ debitori dixit, se non petiturum esse debitum, vi hujus pacti creditor nec ab ipso debitore, nec à fidejussore ipsius debitum petere potest l. §. *hæredi. 21. §. ult. ff. de pact.* ratio, quia nisi hoc pactum prodesset fidejussori, inutile foret ipsi debitori, fidejussor enim, qui non animo donandi intercessit, debitum solvens actione mandati solutionem iterum à debitore repetere posset §. *siquid autem. 6. Inst. de fidejuf.* qua ratione inspecta pactum de non petendo cum fidejussore generaliter initum non proficit reo & debitori principali, quia non interest fidejussoris, ut hoc pactum etiam juvet debitorem principalem, hic enim à creditore conventus si solvit, nullam actionem habet, quâ solutum à fidejussore recuperare valeat l. *fidejussoris. 23. ff. de pact.*

Quod autem pacta etiam ad hæredes & fidejussores porriguntur, fal. 25 lit, si concepta sunt in personam ejus, cui facta sunt, tunc enim hujusmodi pacta tanquam personalia non egrediuntur personam, veluti si debitor convenerit, nè à se petatur l. *idem in duobus. 25. §. 1. ff. de pact.* imò pactum debitoris nec prodest illi, qui pacto personali adjectus est, licet hic adjectus deinde ipsi debitori hæres existat v. g. debitor convenit, nè à se neve à Titio debitum petatur, hoc pactum Titio non adfert exceptionem pacti de non petendo, licet factus postea fuerit debitoris hæres l. *fitibi. 17. §. si pactus. 4. ff. de pact.* ratio, quia hoc pactum ab initio non substitit & Titio adjecto prodesse potuit, ergò neque ex postfacto confirmatur, contra regulam, quod ab initio non valet, tractu temporis non convalescit, quamvis aliud dicendum sit, si pactum ita conceptum fuisset, ut ab adjecto post debitoris mortem non peteretur, quia tunc adjectus jam quasi pro hærede haberetur, & idem esset, ac si testator pactus fuisset, nè à se, neve ab hærede futuro peteretur, uti casus est in l. *avus. 33. ff. de pact. & glos. ibid.*

Dixi supra, pactum cum fidejussore initum non prodesse reo & de- 26 bitori principali, hoc autem fallit, si fidejussor expressè convenerit, nè

à se, néve à reo petatur, nam hoc casu licet debitor non consequatur exceptionem pacti de non petendo, sicut fidejussor ipse, quia alteri pacisci non possumus, tamen hæc conventio debitori prodest ad subsidiariam nimirum doli exceptionem creditori petenti debitum opponendam *l. idem in duobus. 25. §. ult. l. seq. ff. de pact.* & hoc ex æquo & bono, est enim exceptio doli subsidiaria exceptionis pacti de non petendo *l. rescriptum. 10. §. 2. ff. de pact.* ratio autem, ob quam expressa fidejussoris conventio reo prodest saltè ad exceptionem doli, consistit in eo, quia fidejussoris & principalis debitoris obligatio inter se connexa est, fidejussor enim & reus unum & idem debent.

27 Inter reliqua circa pactorum materiam à Prætoribus æquissimè statuta occurrit etiam illud, quod nemo pactione sua alteri nocere possit *l. si unus. 27. §. 4. vers. ante omnia. ff. de pact.* æquitati enim naturali repugnat, alteri per alterum iniquam conditionem inferri, quò fit, ut pactum procuratoris v. g. nè dominus à debitore debitum petat, domino non noceat, nisi ei hoc mandatum, aut procurator in rem suam constitutus fuerit *l. nam & nocere. 12. ff. de pact.* procuratoris enim potestas ad utilem rerum administrationem, non verò ad profusionem & dissipationem rerum pertinet, sic etiam pactum tutoris aut Curatoris donationis causâ factum pupillo aut minori non obest *l. pactum 22. c. de pact.* nec administrator Rei publicæ aut Civitatis paciscendo Reipub. aut Civitati possunt *l. Imperatores. 37. de pact. l. præses. 12. c. de transact.* Occasione hujus

28 Quæres, an pactio majoris partis creditorum de remittenda debiti parte cum debitore inita noceat aliis creditoribus, qui pacisci noluerunt, in tantum, ut nec ipsi totum debitum petere possint? hoc affirmandum esse videtur *l. juris gentium. 7. in fin. ff. de pact.* ubi J. C. ad Prætoris Edictum scribens ait, pactiorem de remittenda parte creditoribus obesse, si in unum convenerint, & cõmuni consensu declaraverint, quotâ debiti parte contenti sint, cæterum, si creditores inter se dissentiant, id est aliqui partem remittere, aliqui verò nihil remittere, sed totum debitum consequi velint, majoris partis remittentis scilicet aliquam debiti partem, præferendam esse voluntatem, trahit enim major pars ad se minorem *l. quod major. 19. ff. ad municipal.* & benignior ac humanior est sententia debiti partem condonans, adeoque etiam hæc alteri tanquam duriori præponenda est.

29 Sed verius est debitoris pactiorem cum majori creditorum parte de remittendo initam cæteris creditoribus non nocere. Primò per *l. debitorum. 25. c. de pactis.* in qua Imperator ait, quod debitorum pactiorem creditorum petitio nec tolli, nec mutari possit, quia naturalis & Civilis ratio suadet meliorem alterius inviti conditionem per alios quidem fieri posse, non autem deteriores *l. solvendo. 39. ff. de negot. gest.* Secundò ponitur fundamentum in *l. ult. cod. qui bon. ced. pos.* ubi habetur, quod si inter creditores est discordia, an debitor bonis cedere debeat, an verò ei quinquenales induciæ & ad solvendum dilatio indulgenda sit, major pars creditorum dilationem concedens alteri cessionem requirenti minori par-

parti prævaleat, ergò cum de remittenda debiti parte hoc loco nihil statuatur, in ea idem obtinere non potest, firmat enim exceptio in hac lege comprehensa regulam, quod paciscendo alteri nocere non possimus in casibus non exceptis.

Non obstat allegata *l. 7. in fin. ff. de pact.* nam quod hic decisum reperitur, habet continuationem cum præcedentibus, & in ordine ad id, quod in præcedentibus tractatur, intelligendum est, inspectis autem præcedentibus occurrit *§. si ante.* (ubi hujus materiæ initium est) in quo singularis est casus, & quidem iste, quo hæres debitoris obæratu noluit adire hæreditatem, nisi à creditoribus hæreditariis sibi certa debiti pars remitteretur, hoc in casu per longum tractato tandem concludit JC. majorem partem creditorum aliquid de debito relaxantium minori parti nihil remittere volenti præferendam esse, & majorem partem nocere illis, qui pacti non sunt, ratio hujus decisionis est fundata in æquitate, quia omnium Creditorum interest hæreditatem adiri, ut saltèm aliquam debiti partem salvam habeant, cùm aliàs hæreditate non aditâ neminem haberent, quem convenire possent, & sic debitò suò periclitarentur, ergò quod in isto singulari casu singulariter decisum est, non debet reliquorum creditorum præjudicio extendi, aut in judicando in abusum trahi. *Bartol. Cast. ad l. 7. ff. de pact.* Idem tamen in debitore fugitivo observandum esse docet *Jason. ad l. 8. ff. de pact.* quia in eo obtinet eadem ratio, ut scilicet parte debiti à majore creditorum numero facta debitor videns se mole debiti notanter exoneratum esse, compareat, ut creditores habeant, quem convenire possint.

Majorem autem creditorum numerum non ex numero personarum remittentium, sed ex quantitate debiti tam in remissione debiti, quàm in concedendis induciis constituendum esse, docet *l. majorem. 8. ff. de pact. & l. ult. C. qui bon. ced. pos.* hinc si ex decem Creditoribus, sex partem debiti remittunt, aut inducias concedunt, reliqui quatuor negant, horum præsentio si constat v. g. in decem millibus, aliorum autem in sex, septem, vel octo millibus, negantes prævalebunt. Similiter omnes quidem Creditores citandi sunt, debet enim prætor decretò & sententiâ suâ inter majorem & minorem partem exortam discrepantiam dirimere, ergò contra non citatum sententia ferri, aut lata effectum sortiri non potest, si autem omnes citati non compareant, major pars inter præsentem computari debet *l. Rescriptum. 10. ff. de pact.*

Et hoc quò ad absentes in tantum procedit, etiamsi absentes creditores sint privilegiati, v. g. qui funerales expensas fecerunt, non autem præsentium chirographariorum creditorum pactio nocet absentibus, quibus expressa aut tacita hypothecà in bonis debitoris constituta est *l. Rescriptum. 10. ff. de pact.* ratio, quia Creditores hypothecarii jus in re obligata jam habent, & eandem propria actione persequi possunt, ergò creditorum chirographariorum pactio hypothecariis, quibus de integra solutione per hypothecam consultum est, nocere nequit, sicut etiam passim usus docet, quòd facta convocatione Creditorum & crida creditoribus

bus hypothecariis non obsit, quo casu in specie de illis, quibus pignus prætorium executione quæsitum est, asserit *Subting. obs. 150. in fine.* daß die Jenige / so Urlaub und Commission erlangt haben / in keine Cridam oder Convocation können gezogen werden / auch die Moratoria und Stillstand ihnen nicht hinderlich seyn. Idem sentiendum est de creditoribus fidejussorem habentibus *l. si precedente. 58. §. 1. ff. mand.* ratio, quia habent electionem conveniendi, vel debitorem, vel fidejussorem, ergo illis non præjudicatur.

34 Non obstat, quod major numerus chirographariorum Creditorum inducias quinquennales debitori indulgentium præjudicet etiam Creditoribus hypothecariis cessionem bonorum desiderantibus in minore tamen numero constitutis *l. ult. circa fin.* in verbis nulla quidem differentia inter hypothecarios & alios creditores *c. qui bon. ced. pos.* non obstat inquam, quia minus præjudicium vertitur in indulgendis debitori induciis, quam in remittenda debiti parte, unde mirum non est, quod in harum concessione etiam creditores hypothecarii exemplum creditorum Chirographariorum sequi teneantur, cum per has inducias præsertim debitoribus sublevatio & mora pingviorem fortunam obtinendi detur, quâ obtentâ etiam creditoribus consulitur.

35 Quemadmodum autem Prætor pacta justa & proba tuetur, ita patris improbis nullam tribuit assistentiam, sic nulla nascitur obligatio ex conventionione, quâ aliquis quid promisit, nè maleficium fiat, quia non amore lucri, sed virtutis à malis abstinendum, est *l. 7. §. si ob maleficium. ff. de patris.* sic etiam nulla pactio effici potest, nè quis de dolo futuro & committendo teneatur *l. si unius. 27. §. illud nulla pactio. ff. eodem.* quia hac pactio aliquis allicitur ad delinquendum, spes enim impunitatis est ansa delictorum, hinc etiam in eadem *l. si unius 27. §. pacta, quæ turpem.* dicitur, non observandum esse pactum, quo quis promisit, se obfurtum vel injuriam faciendam non esse acturum, expedit enim timere furti vel injuriarum pœnam, nec non inter pacta reprobata ponitur, si advocatus à Cliente quasi litem redimit, id est, convenit, ut mercedis nomine certam partem ejus pecuniæ aut rei, quæ adjudicabitur per sententiam, accipiat, quæ conventio vocatur de quota litis *l. sumptus. 53. ff. de pact. l. 7. ff. mand. l. 6. c. de postul.* nam ejusmodi pactio occasionem præbet calumniosè litigandi, & artibus improbis veritatem impugnandi, eodem modo tametsi medici pro obsequiis, quæ præstant, honoraria accipere possint, non tamen valent pacta, quibus ægroti salute periclitantes medicis aliquid promittunt, *l. 9. c. de professor. & medic. l. 3. ff. de extraord. cog.*



CAPUT OCTAVUM.

De Postulando.

SUMMARIUM.

1. Postulare quid sit, & quæ differentia interpostulantem & procuratorem?
2. Ratio Edicti de postulando.
3. Nec hodie aliquis ad postulandum admittitur, nisi adepto utriusque juris gradu.
4. Adducitur consuetudo viennensis circa advocandi licentiam.
5. Tria sunt genera eorum, qui nequeunt postulare.
6. Solvitur objectio quo ad infames nequeunt postulare.
7. Scripturæ in tribunalibus non recipiuntur nisi ab avvocato ibidem suscepto subscriptæ.
8. Illis, qui nec pro se nec pro aliis postulare possunt, prætor advocatum constituit.
9. Exponitur officium advocati.
10. Advocato salarium debetur, etiam à paupere, si causam obtinuit.

Postulare hoc loco est desiderium alicujus apud Magistratum exponere, vel desiderium proprium, aut amici sui apud eum, qui Jurisdictioni præest, exponere, aut alterius desiderio contradicere *l. 1. §. 2. ff. de postul.* ex quo inter procuratorem & postulantem differentia patet, quod nimirum postulans propria & aliena negotia tractet, procurator verò non nisi aliena, & quidem tam judicialia, quàm extrajudicialia, cui altera differentia accedit, quod procurator ad negotia administranda, postulans verò ad causam legitimè instruendam, ex jure & legibus deducendam, ac in judicio proponendam constituatur, hinc inter postulantes & advocatos vix aliquid interesse videtur, nisi quod postulare sit genus, advocare autem seu causam agere sit species *Lauterbach. ff. b. t. §. 4.*

Edictum de postulando cur prætor proposuerit, ratio consistit in eo, ut Judiciorum authoritati, & decori consulatur, nè scilicèt promiscuè & sinè delectu omnes coram prætore postulent & causas agant *l. 1. in princip. ff. de postul.* quemadmodum & hodie altiora fora non omnibus, qui juris peritiâ instructi sunt, patent, sed postulandi & advocandi licentia ad illos tantùm restricta est, qui post adeptum academicum in utroque jure gradum, nonnunquàm etiam prævio exantlato adhuc examine, vel dato practico ac theorico specimine advocatorum numero adscripti, & juramento speciali advocatis præscripto constricti, ac ad causas secundum justitiæ & praxeos regulas perorandas admissi sunt, sic in Camera Imperiali viginti quatuor, vel ad summum triginta advocati jurati constitui solent, nè passim imperiti & malitiosi rabulæ forum invadant

dant & causas turbent, si prius à Judice & Assessorebus de legitima natiuitate, vitæ integritate, eruditione & publico alicujus Academiæ testimonio examinari, imò etiam assignatum sibi juris thema sinè alieno subsidio deducere debent, quamvis præter hos ordinarios advocatos etiam alii juramento calumniæ obstricti tolerentur *Lauterbaeb. cit. loc. §. 7.*

4 Viennæ omnibus in hac celeberrima & antiquissima Universitate promotis Juridicæ facultatis Doctoribus jus est absque ulteriori imploratione in Judiciis inferioribus, v. g. curia civitatis, prætorio, Judiciis delegatis, libris fundorum, nec non in ipso Universitatis consistorio causas agendi, apud alia tamen Tribunalia supplici libello advocandi licentia requirenda est, & quidem in Excelso inferioris Austriæ Regimine libellus supplex spectabili Inclytæ Facultatis Juridicæ Decano pro reddenda de supplicantis habilitate & scientia informatione exhibetur, quâ secutâ & indultâ supplicanti advocandi licentiâ comparendum, & in pleno confesso assignato die & horâ solitum juramentum deponendum est, & eò depositò nomen admissi inseritur libro advocatorum. In Inclyto autem Judicio provinciæ Mareschallico in advocatorum receptione mos iste est, wann einer pro stallo advocandi einkommt / wird das Suppliciren dem Herrn Land-Schreiber umb Bericht und Gutachten zudecredirt, neben welchem Bescheid sich der Supplicant pro deducendis punctis practicis zu stellen hat / wird alsdann der Supplicant über einkommenden Bericht angenommen / so hat er zu Ablegung der Pflicht bey nächster Raths-Session zuerscheinen *videatur Sutting. obs. 20. n. 1. & seqq.* & sic de aliis.

5 Exponit autem Prætor Edictum de postulando per tria, primò quòd aliqui nullatenus postulare queant, secundò, quòd alii non in totum prohibeantur, sed tantum pro aliis non possint postulare, tertio, quòd aliqui pro se & quibusdam aliis, non verò pro omnibus postulare valeant. Ad primam classem referuntur illi, qui necdum annum 17. compleverunt *l. 1. §. pueritiam. ff. de postul. ætatem enim septendecim annorum completam prætor putavit esse moderatam ad procedendum in publicum, quoniam hac ætate, aut paulò majore etiam filius Nerva publicè de jure respondit.* Ad eandem classem referuntur surdi, qui prorsus non audiunt, quia decreta prætoris exaudire, & ea, quæ commodo sui clientis sunt, observare non potest, quo fieret, ut non exauditò decretò quasi non obtemperans in pœnam contumaciæ incideret *l. 1. §. propter casum.*

Ad secundam classem pertinent fœminæ, quæ pro aliis postulare nequeunt, ratio, quia contra pudicitiam sexui congruentem est alienis causis se immiscere & virilibus officiis fungi. Cœci utroque scilicet lumine orbati, quia insignia Magistratûs videre & revereri non possunt, insigni & magna turpitudine laborantes uti sunt capitali crimine, vel calumniæ judiciò publicò damnati *cit. l. 1. §. secundo loco & seqq.* advocandi enim & postulandi munus honorificum est, ergò ad id turpitudine laborantes admitti non debent, quia in famibus portæ honorum non patent. Tertix classi accensentur infames, quibus in causa propria postulare, nec non pro parente, patrono, liberis, uxore interdictum non est, tum propriæ

priae defensionis favore, tum ratione conjunctionis, quæ inter filium infamem & parentem, liberos ac uxorem intercedit *cit. l. 1. §. 11. & seqq.* usque ad finem.

Objicies, infames generaliter possunt postulare §. *præterea etiam. ult. 6 Inst. de except.* ubi dicitur, quod exceptiones, quæ olim propter infamiam opponebantur, conquiescere debeant, nè dum de his exceptionibus altercatur, ipsius principalis negotii disceptatio & cognitio proteletur, ergo infames non potuerunt ad tertiam classem referri. R. negando antecedens, nam §. *ult.* tantum agit de procuratore, quod scilicet procuratori dilatoria infamiae exceptio objici non possit, neutiquam autem tractat de postulante & avvocato, quasi infamis ad postulationis & avocationis officium pro omnibus admittatur, ratio disparitatis est, quia advocatum agere posse, est honor & laudabile *l. laudabile. l. sancimus. c. de advoc. divers. Judic.* procuratoris vero officium non habet honorem, sed onus, unde infamis propter delictum onere non est relevandus *glos. in cit. l. 1. §. 11. in v. 26. certis personis.*

Cæterum cum sæpe litigantes operâ talium advocatorum in conficiendis scriptis utantur, qui in Tribunali superiori in advocatorum numerum recepti non sunt, & sic fraudem prohibitioni inferant, saluberrimè in quibusdam locis ordinatum est, ut nulla scriptura in Judicio acceptetur, nisi à recepto ibidem avvocato subscripta sit, quod ipsum etiam in Dicasteriis Viennensibus altioribus frequenti usu observatur, *dann die Urbringen und Schrifften / welche von keinem bey dem Gericht angenommenen Advocaten unterschrieben seynd / werden widerumb mit der bloßen Verbscheidung : nach Ordnung zu unterschreiben / heraus gegeben / quamvis in hoc ipso genere nonnullæ subornationes committi soleant, dum habentes in Judicio stallum advocandi non receptis advocatis operam suam in subscribendis libellis & scripturis contra jam sæpius vulgatas prohibitiones turpiter elocant, & cum illis diversimodè colludunt.*

Porrò cum aliqui nec pro se ipsis, nec pro aliis postulare valeant, prætor his personis humanitatem exhibere, & advocatum dare solet, & hoc ipsum etiam observat prætor in illis, qui ob potentiam adversarii vel metum non possunt invenire advocatum, durum enim esset justam causam ob advocati carentiam perire *l. 1. §. ait prætor, si non habebunt. ff. de postul.* similiter pauperibus, vel aliis, qui advocati patrocinium invenire non possunt, non tantum Judex advocatos constituit *l. 9. §. 5. ff. de off. proconsul.* sed etiam deposito paupertatis juramento in Cancellaria gratis & ex officio omnia expediuntur, & executiones eodem modo fiunt, quod si tamen victores existant, factâ per Judicem moderatione, sumptus refundi & Cancellariæ præstari debent *Gail. lib. 1. obs. 43 n. 18.* tenentur autem advocati injunctum sibi ex officio patrocinium assumere *Gail. d. l.* nisi justam excusationem allegare possint ad similitudinem procuratorum, qui ob causas in *l. 8. in fin. & seqq. ff. de procurat.* recensitas Judicium accipere non tenentur.

- 9 Officium advocati in eo consistit, ut facti speciem à Cliente propositam cum omnibus circumstantiis probè ponderet, quæ actio ei conveniat, diligenter examinet, electâ actione libellum, prout jus & consuetudo fori exigit, formet, formatum in Judicio exhibeat, jura Clientis tueatur, & causam ità bonâ fide tractet, quasi sua propria esset, prætereà id tantùm, quod verum & justum est, proponat, à fallaciis & fraudibus absteineat, sinè convicio & maledicendi temeritate non ultra, quàm litium utilitas poscit, agat, nec allegationum multitudine litem protrahat *l. 6. c. de postul. l. 14. c. de Judic.* Singulariter etiam provisum est, nè proditis clientis sui secretis, vel dissimulatis probationibus adversarium juvet, aut cum eo colludat, hòc ipsò enim in prævaricationis crimen incidit *l. 4. §. 4. ff. de bis, qui not. infam.* nè etiam patrociniùm semel susceptum sinè justa causa deserat *l. 7. c. de postul. l. 13. §. 9. c. de Judic.* plura videri possunt apud *Valent. Wintber in Partben. litig.*
- 10 Pro hoc autem avocationis officio præstito salarium debetur vel à cliente promissum, die *Bestallung* / vel à Judice pro modo litis, advocati fæcundia & fori consuetudine determinandum *l. 13. §. 9. c. de Judic. l. 1. §. 10. ff. de extraordin. cognit.* non tantum si cliens locuples sit, sed etiam si pauper causam obtinuerit *Gail. lib. 1. obs. 43. n. 19.* quoad locupletem autem non interest, causæ victoria obtenta sit, nec ne, sic enim negotiorum gestor actionem habet, licèt id, quod gessit, effectum non habuerit, dummodò utiliter & rectè gestum sit *l. 10. §. 1. ff. de negot. gest.* sicut medico non imputatur eventus mortalitatis *l. 6. §. 7. ff. de off. præsid.* ità nec advocato imputandus est litis eventus maximè dubius. Hoc salarium advocato integrum debetur, & anticipatum non repetitur, licèt advocatus intra annum decesserit *l. 1. §. 13. ff. de extraordin. cognit.* quia per eum non stetit, quòd minùs integrò annò operam suam præstiterit *l. 38. §. 1. ff. locat.* quod etiam dicendum, si honorarium promissum sit in casum victoriæ, & deinde lis amicabili compositione sopiatur *Carpzov. 3. Resp. 1. n. 17.* habet prætereà advocatus pro salario jus retentionis in actis, quia opera illius meretur æquiparari impensis in rem factis *Mev. p. 3. decis. 332. n. 4.*

CAPUT NONUM.

De negotiis gestis.

SUMMARIUM.

1. Magna est bujus Edicti utilitas & æquitas.
 2. Quid sit negotiorum gestio.
 3. Agitur de directâ negotiorum gestorum actione.
 4. Negotiorum gestor regulariter tantùm tenetur de levi culpâ.
 5. Aliquando verò præstat culpam levissimam.
 6. Imò si deserta ab aliis negotia curavit tantùm tenetur de dolo & culpâ lata.
7. Sol.

7. Solvitur objectio à mandatario sumpta.
8. Agitur de contraria negotiorum gestorum actione.
9. Gestori sunt refundendæ expensæ, etsi negotium non habuerit bonum eventum.
10. An expensæ utiliter sint factæ, à rei exigentia æstimandum est.

Edicti de negotiorum alienorum gestione concepti æquitatem & utilitatem satis commendat Ulpianus in *l. 1. ff. de negot. gest.* dicens: Hoc Edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, nè indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur, vel pignoris distractionem pœnæ committendæ actionem, vel injuriâ rem suam amittant, & quamvis videatur perexiguus hujus Edicti usus esse, tum quod abfuturi tempestivè rerum & negotiorum suorum curam fideli amico mandare soleant, proinde locus mandato, tum quod non facilè quis non rogatus aliena negotia suscipiat, forsitan pro opera præstita ingratitude timens, nihilominus tituli hujus usus occurrere potest, quia quandoque repentinè profecturi moram exquirendi boni amici non habent, vel absentibus, qui reverti impediuntur, occasio non est mandatarium constituendi, aut mandati acceptationem expectandi.

Negotiorum gestio est quasi Contractus, quò quis aliena negotia 2 finè mandato Domini spontè gerit, & se ad rationes alteri reddendas obligat, alterum verò, id est, eum, cujus negotia geruntur, ad idemnitatem præstandam sibi adstringit §. 1. *Inst. de oblig. quæ ex quasi Cont.* Dixi & se ad rationes alteri reddendas, nam ex negotiorum alienorum gestione ultrò citròque nascitur obligatio, sicut enim æquum est à gestore actus sui rationes reddi, & eo nomine condemnari, quidquid vel non, ut oportuit, gessit, vel ex peractis negotiis retinet, ità ex diverso justum est, ut si negotia utiliter gesta sunt, gestori præstari, quidquid eo nomine gestori abest, vel abfuturum est, quia nemini officium amicitie alteri impensum damno esse debet *l. 2. ff. de negot. gest.* hinc sicut ob negotiorum gestionem ultrò citròque nascitur obligatio, sic etiam duplex ex ea provenit negotiorum gestorum actio, scilicet directæ & contraria.

Directa est actio personalis, quæ datur negotiorum Domino, vel 3 ad quem negotia pertinent, & illius hæredibus contra gestorem & hæredes illius, ad hoc ut negotiorum à se gestorum rationes reddat, ut ex his adverti possit, quâ diligentia negotia aliena gesta sint, deinde ut omnia, quæ ex negotio gesto ad se pervenerunt, v. g. fructus, usuras ex pecunia mutuo data perceptas, præstet, & damnum culpâ suâ datum resarciat & compenset *l. 2. ff. de negot. gest. §. 1. Inst. de oblig. quæ ex quas. cont. l. 19. §. 4. l. 31. §. 3. ff. de negot. gest.* Dixi usuras, scilicet, si negotiorum gestor pecunias Domini apud se otiosas mutuas dedit, quò casu sciendum est, si pecuniæ alienæ aliquis negotium gessit, eum præstare debere periculum etiam Capitalis seu nominum eorum, quæ contraxit, nisi

fortuito casu debitores fortunas suas amiserint & non solvendo facti fuissent *l. litis contestata. 37. §. 1. ff. de negot. gest.* similiter, qui sine usuris pecuniam debebat, si creditoris sui negotia gessit, & à se ipso pecuniam non exegit, die scilicet solutionis veniente, usuras præstare tenetur *l. 38. ff. eod.* quanquam enim gestori imputari non possit, cur alios debitores non convenit, quia mandatum eos conveniendi iudicio non habet, à semetipso tamen, cur debitum non exegerit, & creditoris rationibus intulerit, gestori imputandum est *l. 6. §. ult. ff. eodem.*

4 Regulariter autem negotiorum gestor aliud damnum refarcire non tenetur, quàm quod dolò, latâ aut levi culpâ negotiis alienis intulit *l. tutori. 20. C. de negot. gest.* & hoc favore illorum, quorum negotia gesta sunt, si enim exactissima diligentia à negotiorum alienorum gestoribus exigeretur, nemo alienis negotiis curam impenderet, proinde negotia
5 indefensa relinquenterentur, quandoque autem negotiorum gestor in negotiis alienis exactissimam diligentiam adhibere tenetur v. g. si aliquis diligentior intuitu ipsius gestoris, quem jam videt alienis negotiis se se imiscuisse, abstinuerit, & alterum diligentiorum vel actualiter vel saltem præsumptivè concurrentem prævenerit, obligatus enim est negotiorum gestor tantam impendere diligentiam, quantam hic diligentior impensurus fuisset *§. 1. in fin. Inst. de oblig. quæ ex quas. cont.* Imò gestor de damno per casum fortuitum dato tenetur, si in negotiis Domini aliquid novum & insolitum, quod casu non bene progressum est, incepit Domino id
6 non gesturo *l. 1. ff. eod.* interdum autem negotiorum gestor tantum tenetur de dolo & lata culpa, quæ dolo inest, veluti si negotia jamjam peritura ab omnibus aliis deserta affectione coactus gessit *l. 3. §. interdum in negotiorum. ff. de negot. gest.* ubi hæc sententia æquitatem in se habere dicitur.

7 Dices Mandatarius tenetur de levissima culpa *l. 21. c. mandat.* ergo etiam negotiorum gestor aliena negotia indistinctè exactissimâ diligentia administrare tenetur, quia uterque se se administrandis alienis negotiis offert. R. Concesso antecedente nego consequentiam, quia negotiorum gestorem summâ benevolentia, quâ aliena negotia accessit, excusat, præterea etiam relevat necessitas, nè scilicet aliena negotia magno Domini incommodo indefensa maneat, quæ ratio non est in mandatario, utpote qui rogatus aliena negotia suscipit, eoque abstinente vel recusante mandans vel ipse negotia sua perficere, vel alium, cui rerum suarum curam committeret, exquirere potuisset, quocirca æquum est, ut cum negotiorum gestore mitius, quàm cum mandatario, cujus industriam & electam fidem mandans sequitur, procedatur.

8 Contraria negotiorum gestorum actio datur ipsi gestori & hæredibus adversus principalem, cujus negotia gesta sunt, & hæredes, ad hoc, ut gestor indemnus servetur *l. 3. §. 7. ff. de negot. gest.* officium enim suum nemini debet esse nocivum *l. 7. ff. de testam. quemad. aperiant.* indemnitas autem consistit in refusione impensarum, quas negotiorum gestor pro alienis negotiis utiliter vel necessariò erogavit *l. quæ utiliter. 45. ff. de negat.*

Con-

Contra æquitatem naturalem enim esset, si principalis damno gestoris & sumptibus ab eo factis locupletari cuperet, imò negotiorum gestor non tantum recipit pecunias necessarij aut utiliter alienis negotiis impensas, sed etiam earum pecuniarum uturas, quas gestor consequi potuisset, si pecunias non impendisset alienis negotiis *l. 18. c. de negot. gest. l. 19. §. 4. ff. eodem.* quia gestori omnia refundenda sunt, quæ ei propter negotia gesta absunt vel absutura sunt *l. 2. in fin. ff. eod.*

Adeò autem expensæ supra dictæ gestori refundi debent, etsi negotium, ob quod factæ sunt, bonum eventum non fuerit fortitum, si modò utiliter & bene impensæ sint, veluti si pro servo alieno ægrotante, sumptus curationis facti sunt, & is nihilominus decesserit, si pro fulcienda domo ruinosa pecuniæ expositæ sunt, & domus tamen collapsa est *l. 10. §. 1. & seqq. ff. de negot. gest.* quia complementum seu effectum perseverantiæ negotiorum gestor non præstet, cum hic non sit in potestate nostra *l. servus si in rem. 17. ff. de in rem vers.* ubi dicitur, si procurator pecuniam in mea negotia impensurus mutuam acceperit, eam verò sine sua culpa perdidit, nihilominus à me repetere possit, an autem expensæ utiliter factæ sint, non juxta gestoris opinionem, sed causam probabilem & rei exigentiam, quod v. g. domino expediat, æstimandum est *l. 10. in fin. ff. 10 eod.* pro expensis autem voluptuariis, nec non eo, quod plusquam oportuit, impensum est v. g. debuissent 10. exponi, & expositi fuerunt 20. floreni, gestori nulla competit actio *l. 25. l. 27. in fin. princip. ff. de negot. gest.*

CAPUT X.

De in integrum restitutionibus.

SUMMARIUM.

1. *Edictum hoc se ipsum commendat.*
2. *Definitur in integrum restitutio.*
3. *Restitutio in integrum alia civilis, alia prætoria.*
4. *Jure comuni in integrum restituumt prætor & alii Magistratus majores.*
5. *Moribus, & etiam usu Austriæ tantum supremus princeps restitutionem concedit.*
6. *In restitutione postulata præmitti debet causæ cognitio.*
7. *Ad restitutionem non sufficit qualibet lesio.*
8. *Lesio non debet esse modica.*
9. *Quæ autem sit modica lesio, arbitrabitur Judex.*
10. *In cognitione causæ etiam attendendum, an læso non supersit alia actio.*
11. *Similiter videndum, an non culpâ læsi damnum acciderit, an tempus restitutionis non effluxerit?*
12. *Quadriennium incipit in minoribus à primo die anni 26.*
13. *In majoribus autem computatur à tempore lesionis.*

14. Hoc quadriennium non pertinet ad causas, quibus aliud tempus præfixum est.
 15. Contra parentes liberis non datur restitutio.
 16. Pendente causâ restitutionis sententia non potest executioni mandari.

Dictum hoc de restitutionibus tum ob manifestam utilitatem, tum etiam æquitatem se se ipsum commendat, læsis enim & metu, calliditate, aut ætate captis, ut succurratur, æquitas exposcit, iniquum enim foret, si metus aut dolus metum inferenti aut doloso prodesset, metu coacto autem obesset *l. 1. ff. de dol. mal.* utilitatem autem restitutionis quisque advertit, hujus enim ope illi, qui circumscripti aliquid amiserunt, denud recuperant amissum, & in priorem, quod ante circumscriptionem fuerunt, statum reponuntur *l. 1. ff. de in integ. restit.* Restitutio enim nihil aliud est, quàm in pristinum statum repositio & reductio, quæ tantum restituit, quantum fuit amissum, & quidem ex utraque parte, ita ut etiam tertius Jus suum recipiat, veluti si circumscriptus in venditione fundi restituitur, uterque pristinum jus emptor scilicet pretium, & venditor suum fundum recipit *l. 24. §. 4. l. 39. §. 1. ff. de minoribus.* respicit enim in integrum restitutio utrumque contrahentem, & indulgetur ita, ut eam petens sine damno alterius suum recuperet.

3 Reperitur autem in integrum restitutio duplex, una scilicet Civilis, & altera prætorica, civilis est, quæ ex ipsis legibus civilibus, aut alia juris civilis parte oritur, exemplum ejus poni potest *in l. 2. c. de rescind. vendit.* ubi læsus ultra dimidium in tantum restituitur, ut vel causa penitus in pristinum statum reducatur, vel pretium justò supplementò emendetur, similiter *in l. Divus Hadrianus 33. ff. de rejud.* in integrum restitutio conceditur illi, contra quem ex falsis instrumentis sententia lata est. Prætorica restitutio est remedium extraordinarium, quo prætor imploratus ex justa causa in pristinum statum reducit eos, qui sine sua culpa læsi sunt, & quibus jus civile auxilium non pollicetur. Differentia inter has duas restitutionis species ea esse videtur, quod restitutio civilis instar aliarum actionum civilium 30. annis duret, prætorica verò anno utili, seu moderno jure quadriennio concludatur. Verùm missa restitutione civili Edicto inhærendum & de prætorica restitutione tractandum est.

4 Restitutionem in integrum jure communi inspecto concedit & Prætor & alii Magistratus majores v. g. præfectus urbi, præfectus prætorio *l. 16. in fin. l. 17. ff. de minorib. 25. an.* non verò Judices pedanei, arbitri, aut compromissarii *l. fin. c. ubi & apud quem cognit.* moribus autem hæc res aliter se se habet: nam à solo supremo Principe restitutionem impetrari docet *Cyprian. Regner in Censur. Belgic. ad l. 3. ff. de in integ. restit.* quod ipsum etiam usu Austriæ compertum est, dann dem Lands-Brauch nach wird die Restitutio in integrum allein bey Hof angefocht/ und vermittelst der Hoche löbl. Regierung Bericht und Gutachten von selber Instanz abgefordert/allwo der

der Casus, in welchem die Restitution begehrt wird / außgeführt ist worden. *Sutting. observ. 102. n. 1.* ratio hujus sãt urgens est, quia vigore restitutionis in integrum rescinduntur contra juris communis regulas negotia aliãs valida, sicut ergo supra jus non est, nisi supremus, nec illud tollere, aut dispensando in parte minuere alius potest, itã nec alteri jus est restitutione in integrum negotia jure civili valida rescindendi.

Restitutio in integrum sine præmissa causã cognitione non conce- 6
ditur *l. 3. ff. de in integ. restit.* Cognitiono autem in eo versatur, an causa, ex qua læsus se restitui postulat, justa & vera sit, nam causa non tantum alleganda, sed etiam probanda est, quia non sufficit causam in jure fundatam esse, nisi & de facto vera esse probetur *l. nam posteaquam. q. §. 4. ff. de jurejur.* ubi non sufficit allegare minorennitatem & læsionem, quod scilicet hæ in jure reputentur justã causã restitutionis, sed probandum est postulantem ea ætate & revera læsum esse, hinc in concedenda in integrum restitutione requiritur etiam partis adversãe citatio *l. in caus. 13. §. causa enim. ff. de minorib.* ubi JC. ait: restitutiones in integrum causã cognitã & præsentibus adversariis perpendendas esse. In causã cognitionem etiam venit læsio, & non quælibet v. g. quæ facta casu fortuito *l. 11. §. 4. & 5. ff. de minorib.* sed causa læsionis debet esse talis, quæ restitutio- 7
nem meretur v. g. imbecillitas ætatis minorennis, justa & legitima absentia, metus gravis, proinde *Sutting. observ. 102. n. 4.* advocatos monet, ut læsionem opposcentes rem itã narrent atque deducant, ut apparere possit, quæ sit causa immediata & proxima restitutionis.

Attendi etiam debet qualitas læsionis, si enim omnino modica sit 8
læsio, restitutio locum non habet *l. scio. 4. ff. de in integ. restit.* ratio, quia in illis, quæ contra jus commune ex speciali indulgentia permittuntur, uti restitutio in integrum est remedium extraordinarium, modica non curantur, quemadmodum ad actionem de dolo, quæ etiam subsidiaria & initi Contractûs rescissoria est, modica læsio non sufficit *l. 9. §. ult. l. 10. ff. de dol. mal.* nè ex multitudine restitutionum Respublica detrimentum capiat, & in terminis docet *Carpzov. l. f. p. 1. const. 1. defin. 9.* propter rem minimam litigantes à Judicio repellendos esse propter publicam honestatem, quia non honorificum, nec utile, sed muliebre est de re minima litigare, sæpe enim sumptus transcendunt rem petitam, & hoc præsertim, si petita ob rem modicam restitutio præjudicaret rei majori, veluti, si pluribus rebus simul venditis in modica læsus peteret restitutionem, & ob id totus Contractus in aliis etiam rebus annullari deberet *Glos. in. cit. l. scio. 4.* quæ autem læsio modica censenda sit, arbitrio 9
Judicis relinquitur, nam aliquando læsio in se modica pro magna res petu personæ læsæ v. g. pauperis æstimatur.

Ad cognitionem causã etiam pertinet advertere, an non citra re- 10
stitutionem in integrum alia ordinaria actio læso supersit, quã suum recipere, aut in demnis servari possit, ob auffer der Restitution kein anderes ordinari- Mittel vorhanden seye / durch welches die Parthey ihr jus erhalten kan / ratio, quia restitutio est remedium extraordinarium, ad quod per-

- venire non debet, si quis auxiliò ordinariò tutus & munitus est *l. in causa 16. in pr. ff. de minorib.* hinc contra contractum cum pupillo sinè auctoritate tutoris initum, contra alienationem rei immobilis ad minorem 25. annis pertinentis sinè decreto Judicis factam, restitutio in integrum non obtinetur, quia hi actus & Contractus aliunde & ipso jure nulli sunt, si-
- 11** militer in cognitione attendendum est, an non læsio culpâ læsi contigerit, damnum enim, quod quis suâ culpa sentit, non habetur pro damno, & forsan tempus petendæ in integrum restitutioni præfixum, quale est, quadriennium *l. fin. c. de temp. in integ. restit. clem. unica. de in integ. restit.* præterlapsum sit, ob die Restitution zu rechter Zeit seye angemeldet worden.
- 12** Hoc autem quatuor annorum tempus minoribus 25. annis non prius computatur, quàm dies primus anni 26. illuxerit: adeòque restitutionem in integrum postulare possunt usque ad anni 29. finem, quò ad omnes illos actus & læsiones, quæ usque ad annum 25. completum
- 13** ipsis acciderunt, majoribus autem 25. annis hoc quadriennium à tempore læsionis, vel absentibus, qui absentia tempore læsi sunt, à reversione & reditu currit *l. fin. C. de temp. in integ. restit.* inspecta hac legen *fin.* restitutio non tantùm intra præfatos quatuor annos peti, sed etiam finiri deberet, ità ut regulæ, quòd per litis contestationem actiones perpetuentur, locus non detur, usu tamen pro parte ista prædictam legem non servari testatur *Mynsinger cent. 1. obs. 51.* sed restitutionis prosecutionem,
- 14** sicut alias actiones, etiam elapsò quadrienniò durare. Cæterùm hoc quadriennium ad illas restitutiones, quibus olim nominatum tempus præfixum erat, extendendum non est, quia *l. fin. C. de temp. in integ. restit.* est correctoria, ergò ad tempora nominatim præfixa, de quibus in *d. l. fin.* nulla mentio fit, extendi non potest, hinc actio de dolo adhuc duobus annis, & actio quod metûs causâ anno utili durat *l. 14. §. 1. ff. quod met. caus. l. fin. c. de dol. mal. Lauterbach. ff. de in integr. restit. §. 24.*
- 15** In cognitione autem causæ etiam illud versatur, contra quem restitutio in integrum postuletur, nam liberis non conceditur restitutio adversùs parentes utriusque sexûs, honor enim omnibus parentibus illibatus & intactus manere debet, nec credibile est, parentes, quorum consilium pro liberis optimum censetur, contra liberos suos & corandem res læsionem ullam admissores esse *l. 2. c. qui & advers. quos. in integ. restit.* porrò pendente in integrum restitutione non tantùm omnia in pristino statu relinquenda sunt, & nihil innovandum est *l. unica. l. in integ. restit.*
- 16** *postul. nè quid nov.* sed singulariter si contra sententiam Judicis petita est, executio sententiæ, donec causa finita fuerit, suspendenda est, ratio, quia restitutio æquiparatur appellationi *l. si causa 32. c. de transact. l. 42. ff. de minorib.* ergò sicut appellatio ità & restitutio in integrum executionem differt, nisi malitiosè & animo differendæ litis petatur *Sutting. obs. 102. in fin.*

CAPUT XI.

Quod metus causa gestum.

SUMMARIUM.

1. Metu gesta ipso jure civili subsistunt, sed à prætore rescinduntur.
2. Metum passis succurritur vel actione vel exceptione quod metus causa.
3. Spontanea solutio per metum promissi vitium metus purgat.
4. In Edicto prætoris requiritur primò metus.
5. Secundò metus cadens in constantem hominem.
6. Tertio metus præsens, non verò suspicio.
7. Proveniens ab extrinseca violentia.
8. Quinto requiritur metus injustè incussus.
9. Utrum minæ ponant justum metum.
10. Respondetur negativè.
11. Tria tamen sunt advertenda.
12. Solvuntur argumenta adversæ sententiæ.
13. Nec gesta per metum reverentialem ad hoc Edictum pertinent.
14. Quo ad hunc reverentialem metum locorum statuta intuenda sunt.
15. Utrum unius contrahentis dignitas ponat causam metus.
16. Contractus violentiâ officialium initi incidunt in l. pen. c. de his quæ vi met.
17. Deciditur proposita questio negativè.
18. An inflagranti crimine deprehenso metu aliquid danti hoc Edicto subveniatur?
19. Deciditur questio affirmativè.
20. Resolvuntur contraria argumenta.
21. Ad hoc Edictum non pertinent negocia ipso jure nulla.
22. Si ex metu ad primum heredem aliquid pervenit, datur actio quod metus causa contra hæredes.

His ità circa restitutionem præmissis de specialibus restituendi causis agendum est, & cum sæpe usu venire soleat; quod ij, qui potentiâ, viribus, favore & opibus prævalent, impotentiores & debiliores ad vendendum, promittendum adigant, quod si in sua libera potestate relictis fuissent, nunquam facturi fuissent, jure autem civili hujusmodi hominum avaritiæ & malis moribus non occurratur, per metum enim gesta ipso jure subsistunt, quoniam coacta voluntas nihilominus voluntas est l. 21. §. 5. ff. quod metus caus. c. Abbat. 2. X. eodem. metus enim non tollit consensum promittentis, cum metum passis salva fuerit electio, & ex duobus malis minus eligendo videatur illud sub ratione boni elegisse; Ideo prætor æquitate motus Edicto suo remedium introduxit, quod contractus metu initi rescindantur, & per vim ac metum repetantur, ratio, nè potentiores ex malis suis moribus lucrum ferrent, impotentes verò sinè merito & causa damnum sentirent.

- 2 Metum autem passis potissimum duobus juris remediis subvenitur, & per metum gesta rescinduntur, nam si id, quod metu extortum est, jam datum est, competit ad id repetendum actio, quod metus causâ, non tantum contra eum, qui vim intulit, sed etiam contra quemcunque possessorem, qui eam rem detinet *l. item. 14. §. in hac actione ff. quod met. caus.* ubi dicitur, quod ad hanc actionem sufficiat metum esse probatum, nec designandam esse personam, quæ metum intulit, ratio, quia actio quod metus causâ est actio in rem scripta, quæ instar actionis realis contra possessorem rei datur *l. metum. 9. §. cum autem. ff. eod.* vel si promissum quidem per metum, non autem datum sit, datur metum passio exceptio, quod metus causâ, nè petenti solvere teneatur promissum. *§. verbi gratiâ. 1. Inst. de except. cit. l. metum 9. §. sed quod prator.* & hæc exceptio fundata est in naturali æquitate, scilicet, nè quis per metum cum alterius jactura locupletetur. Exceptio ista similiter in rem scripta est, adeoque in ea non attenditur, an is, qui rem metu promissam petit, metum intulerit, sed tantum, an in hac re, quæ petitur, à quocunque alio metus adhibitus fuerit *l. apud Celsum. 4. §. metus causâ. 33. ff. de except. dol. mal.*
- 3 Hinc metum passus, si ab eo promissum metus author fortè exigere non erubesceret, cautus sit, & oppositâ motus exceptione solutionem recuset, nam si quod metu promissum, spontaneè solverit, hæc spontanea solutio vitium metus in promittendo admissum purgat, ita, ut spontaneè solutum deinde actione quod metus causâ repeti non possit, quia metus causa per spontaneam subsequutam solutionem sublata, & Contractus metu antea initus spontè & liberè ratificatus est *l. 2. c. de bis quæ vi met. caus. c. 1. in fin. X. quod met. caus.* ubi metu mortis coacta ingredi religionem, exire & matrimonium contrahere potest, nisi deinde cessante in totum metu in religione mansisset, & ingressum ratificasset.
- 4 Ut autem actus metu gesti vigore pratorii Edicti rescindantur, sequentia concurrere debent; Primò, quod quis metu compulsus quid promiserit, dederit, aut fecerit. Dixi autem *metu compulsus*, nam vera vis & coactio ad aliquid faciendum ad hoc Edictum haud pertinet, ut si alicui reluctanti res ablata esset per violentiam, nam tali casu nulla subest obligatio & voluntas, & vim passo succurritur per alia remedia v. g. ex titulo de vi bonorum raptorum, secundò metus non sit levis, vanus & inanís, sed vehemens, qui etiam constantissimum quemque virum percellere posset, vani enim timoris nulla habenda ratio *l. vani. 284. ff. de reg. jur.* vel etiam, qui in constantem mulierem cadere posset *c. cum locum. 14. & ibi glos. X. de sponsal. & matri.* nam ex affectu & qualitate patientis plerumque metus arbitrio Judicis æstimandus est *l. metus 3. ff. ex quib. caus. major.* talis metus est v. g. timor mortis, cruciatûs corporis, vinculo- rum *l. si per vim. 4. c. de bis quæ vi met. l. 3. in fin. l. 4. l. nec timorem. 7. §. 1. ff. eodem.* hæc enim & similia prudentem virum justè movent potius ad promittendum id, quod metu incusso petitur, quàm ad malum sustinendum. Hinc

Ter-

Tertio requiritur, ut metus sit præsens, actu & realiter ab aliquo⁶ illatus, non verò sufficit suspicio futuri mali *l. metum. 9. ff. quod. met. caus.* proinde si inani aliqua suspitione terrorem animo concepi, cum urgentia & probabilia violentiæ signa non adessent, & evitandi mali, quod mihi imaginabar, & eventurum putabam, causâ aliquid dederò, id ipsum ad præsens Edictum non pertinet, nec actione, quod metûs causâ repetitur, sic cum fundum meum dereliqui audito, quod quis cum armis veniret, qui fors aliud tendebat, Edicto locus non est, neque locum habet interdictum *unde vi* quoniam non possum dici vi dejectus esse, cum vim non expectaverim, sed antea profugerim *cit. l. metum 9. §. 1.* quod enim ego meticulosior sim propriam quasi umbram metuens & ex musca elephantem faciens, hoc ad alium non pertinet, si ejus factò causâ metûs subministrata non est.

Quarto metus iste debet ab extrinseca violentia provenire, & quidem ad extorquendum id, quod metum inferens intendit, hinc vota in extremo periculo emissa obligant, quia periculum passus ipsemet animo suo judicat votum evitandi mali remedium esse, hinc etiam in *l. si mulier. 21. ff. quod met. caus.* Jurisconsultus ait, quod mulier datum patrono non repetat, si ideo dedit, nè ob commissam ingratitude à patrono in pristinam servitutem reduceretur, quia hunc metum sibi ipsi incussit. Dixi ad extorquendum id unde si in periculo constitutum promisso aliquo liberavi, non tantum promissum petere possum, sed id etiam solvendum est, quia ego non sum causa periculi, in quo alter constitutus fuit, sed tantum peto promissum, quatenus hoc est compensatio operæ meæ in liberando adhibitæ *l. metum 9. §. sed licet vim. ff. quod met. caus.* Tandem quinto metus debet esse incussus injustè, hinc si Magistratus vi adhibita condemnatum debitorem executione urgeret, vel carceres comminaretur, carceris evitandi causâ datum repeti non potest *l. 3. §. 1. ff. eod. juris enim executio injuriam nemini infert l. injuriarum. 13. §. 1. ff. de injur.* aliud est, si ex injusta causa incarceratus quid dederit vel promiserit, quia nec Magistratus aliquid injuriosè facere potest *cit. l. 3. ff. b. t.*

Quæres, utrum minæ justum metum & gravem inducant, ob quem eo nomine datum actione quod metûs causâ repeti possit? hoc dicendum videtur *l. fin. §. 1. ff. quod met. caus.* ubi quis minabatur alterum vincum ad Judicem ducere, & si, nè id fieret, venditio rerum, minatori sit facta, jubentur vendita restitui. Sic etiam in *l. fin. c. de bis, quæ vi met.* præcipit Imperator, ut venditiones, donationes, & transactiones, permutationes per potentiam extortæ, id est, quod potens alteri malum fuerit minatus, infirmentur. Accedit, quod metus definitur in *l. 1. ff. quod met. caus.* esse instantis vel futuri mali causâ mentis trepidatio, ergo minæ justum metum inducunt, licet tantummodo futurum malum significant, metus enim animum hominis afficit non tantum propter malum præsens, sed etiam propter expectationem mali venturi.

Sed verius est solas minas non inducere metum hoc Edicto requisitum. Hæc conclusio probatur per textum *l. metum 9. c. de bis quæ vi*

met. ubi Imperator ait, quoddam metus non per jactationes & comminationes, sed per legitima indicia, id est, atrocitatem facti & violentiam realiter adhibitam probetur ratio, quia multi sunt, qui multa comminantur, quæ tamen exequi nec audent, nec possunt, nec cogitant, proinde diræ imprecationes, minacia verba & comminationes magnò animò contemni debent, & triti axiomatis recordandum est, canes multum latrantes minus esse mordaces. Putarem tamen tria esse observanda, primò qualitatem personæ, quæ minatur an nim. per potentiam & auctoritatem suam valeat minas exequi. Secundò, an soleat verba factis complere. Tertio an minæ sint atroces, tribus his concurrentibus minati mali effugiendi causa datum repeti posse censeo hòc Edictò, posset enim minator tali loco & tempore minas suas exequi & alterum comprehendere, ubi evadendi occasio non superesset.

12 Non obstant argumenta contraria, nam *cit. l. fin. §. 1. non est* intelligenda de simplicibus minis, sed de atrocibus factis illius, qui quod minabatur, poterat & solebat opere complere, quod ipsum colligitur expressis citati §. verbis: si justo metu perterritus, id est justam causam habens metuendi & cavendi minas, quo in sensu etiam accipienda est *l. si donationis. 7. c. de his quæ vi metus.* ubi pertimescens capitales minas datum repetere potest. Non obstat *l. fin. c. eodem.* nam ea non loquitur de venditione metu præcedentium minarum facta, sed loquitur de venditione per potentiam extorta, id est de venditione facta talibus, qui præterquam quod malum & quasi potentia suæ abusum actualiter minati sunt, etiam ita constituti sunt, ut statim nocere possint, ergo in *cit. l. venditio* non est facta timore minarum, sed potentia, quam emptor perverso prætextu contra nolentem vendere exercere poterat. Minus officit argumentum ex definitione metus desumptum, nam sensus ejus est, quoddam malum ita debeat esse præsens, ut nisi hoc vel illud fiat, malum statim è vestigio sit, id est, jam in conspectu sit, vel saltem instante metu illico futurum sit, licet nondum præ oculis versetur, non autem comprehendit dicta definitio minas mali *l. metum. 9. ff. quod met. caus.*

13 His consentaneum est, quoddam gesta per metum reverentialem qualis esse solet inter parentes & liberos, maritum & uxorem, dominum & vasallum, Episcopum & Clericum, actione quoddam metus causâ non rescindantur, nisi alia præcesserint, adeoque si uxor alienationi mariti & suo consensu factæ, filia renunciationi contravenire velit ex eo, quoddam dicant se ex metu reverentialem consensisse, se hoc honori & reverentiæ paternæ & maritali tribuisse, nec ausas fuisse reclamare non audientur, sed alia intervenire necesse est, sic enim metum reverentialem non esse causam matrimonii impugnandi, utcunque in contrahendis liberorum matrimoniis auctoritas & enixa parentum voluntas multum polleat, ut sæpe liberi matrimonium non inirent, si hoc parentes ita non promoverent, satis colligitur ex *l. si patre cogente 22. ff. de nuptiis. c. vienens. X. de spons. Gail. lib. 2. obs. 93. n. 22.*

14 In his tamen particularibus casibus probè etiam ad particularia locorum

corum statuta & consuetudines respiciendum est, sicut in Austria singularis quædam instructio quæ ad certiorationem mulierum in Archiducalibus Civitatibus pro maritis fidejudentium habetur, atque in ea dispositum reperitur, daß / wann ein Weib vor ihren Mann sich als ein Bürg und Zahlerin verbinden will / daß sie vorhero gerichtlich ihrer weiblichen Freyheiten / und zwar in Abwesenheit ihres Manns / für welchen sie sich obligiren will / erinnert und befraget solte werden / ob sie den Vorhalt ihrer weiblichen Rechten wohl verstanden habe / und in gegenwärtiger Sach für ihren Ehe-Mann sich gleichwohl verbinden / und ihr gethanes Versprechen vollziehen wolle / ratio, quia licet sola reverentia non sufficiat admetum, tamen liberius agunt mulieres remotis, quam præsentibus viris, & in plura inquirunt, de quibus præsentibus maritis, nè eorundem indignatio ob sollicitam in omnia indagacionem excitetur, etiã verbum movere pertimescunt. Occasione hucusque dictorum nunc

Dubitari posset, an sufficiens causa sit rescindendi Contractum, si 15 quis alleget se propter dignitatem adversarii territum contraxisse, atque ideo casus supponendus est, quo in dignitate constitutus contractum cum aliquo inferiore inite desideravit, & hic metu dignitatis contractum recusare ausus non est? si quæstio hæc non concernit metum potentia, quando nimirum subditi petenti domino rem v. g. vendunt, quæ venditio certè non est spontanea, cum rogare Ducum sit imperium & & jussus juxta vulgare illud, denen man nichts weigeren darff / die haben 16 gut zu bitten / imò hujusmodi Contractus cæteris concurrentibus incidunt in *l. pen. c. de his quæ vi met.* qua constitutum est, ut res officiali vel per se vel per alium vendita adhibitâ aliquali violentiâ & impressione etiam non restituto pretio restituatur *l. non licet. 46. ff. de contrab. empt.* Dixi cæteris concurrentibus, ut si v. g. officialis contrahere volens in casum contractûs non initi, officii sui non administrationem & debitam assistentiam se non præstiturum minaretur.

Cæterum manendo in terminis quæstionis propositæ dico solam 17 alterius contrahentis dignitatem non esse sufficientem metûs & contractûs rescindendi causa, sed insuper per legitima indicia violentiam probari debere, fundamentum hujus conclusionis est in textu *l. ad invidiam 6. c. de his quæ vi met.* ubi senatoris, cum quo contractum est, dignitas sola non dicitur esse idonea contractûs rescindendi causa, ratio, quia nemini dignitas sua debet esse nociva, aliàs enim esset res mali exempli, si cuivis à Contractu recedendi daretur potestas prætextu dignitatis, in qua alter contrahens positus est, plurimi enim præsertim de plebe invenirentur, qui ad invidiam digniorum se circumventos comminiscerentur, bonosque viros traducerent, & cum ignominia alterius propriis & privatis commodis studerent.

Unum adhuc inquirendum est, an si in flagitio v. g. flagranti furto 18 vel adulterio deprehensus armis mortem minantibus invasus quid promiserit, exceptione quod metûs causa uti, aut jam solutum actione quod metûs causa repetere possit? Et hoc negandum videtur *l. Idem. 4. ff. de*

condict. ob turp. caus. ubi deprehensus in adulterio, ut se redimeret, datum non repetit, nec fur datum, nè prodatur furti commissi, revocat, justus enim & gravis metus est in eo, qui mortis aut alterius magni mali evitandi gratiâ aliquid promittit, vel dat, verius tamen est, aut actioni quod metûs causâ, aut exceptioni in casu propositæ quæstionis locum esse. Fulcita est hæc sententia expresso textu *l. nec timorem. 7. §. 1. ff. quod met. caus.* ubi datum ab adultero vel fure in adulterio aut furto deprehenso repeti potest, ubi ratio redditur ista, quia deprehensus timuit mortem aut vincula, nec refert, an potuerit adulter vel fur de jure occidi vel non, ait enim textus, justum esse timorem, quo timetur, nè quis injustè & jure non permittente occidatur. Quod etiam procedit, si quid promissum aut datum est, nè deprehensus in flagitio prodatur, quia etiam timetur, nè proditus in periculum mortis vel aliud grave malum incidat *cit. l. nec timorem. 7. circa finem.*

20 Non obstat *l. Idem. 4. ff. de condict. ob turp. caus.* nam licèt in casu legis datum repeti non possit, conditione ob turpem causam, tamen repeti potest actione quod metûs causâ juxta *cit. l. nec timorem. 7. §. 1.* ratio disparitatis est, quia in conditione ob turpem causam agens conqueritur adversarium sibi oblatum & datum turpiter accepisse, & sic accipientem insimulat turpitudinis, æquè autem in turpitudine versatur agens hac conditione, fatetur siquidem se in turpi actu deprehensum esse, & proinde ipsemet turpiter agens non potest alteri turpitudinem opponere, sed in pari causa & turpitudine melior est conditio possidentis, in actione autem quod metûs causâ prætor tantum præsentem causam inspicit, scilicet, an aliquid gravi metu promissum & datum sit *glos. in cit. l. nec timorem. 7. §. 1.* ex quo advertitur, quantum intersit, competentem actionem institutam esse.

21 Ad hoc Edictum autem non pertinent negotia metu gesta, quæ tamen ex dispositione juris per se nulla & invalida sunt v. g. matrimonium metu contractum, manumissio à domino metu exorta, autoritatis tutoriæ interpositio, & dotis promissio coacta *l. 7. ff. de dol. mal. l. 9. l. 17. ff. qui & à quib. manum. l. 21. §. 3. ff. quod met. caus. l. 1. §. 1. ff. de auctorit. tut.* actio quod metûs causa contra contumacem rem metu extortam jussu Judicis non restituentem datur in quadruplum, annò autem elapsò est rei persecutoria, & tantum datur ad rem cum fructibus restituendam *l. 14. §.*

22 *1. & 2. ff. quod met. caus.* Cæterum licèt actiones ex delicto contra hæredes, ad quos ex delicto defuncti nil pervenit, non descendat, si tamen ad primum hæredem semel pervenit, licèt ad posteriores non transierit, sed consumptum sit, tamen actioni huic contra hæredum hæredes locus est *l. videamus. 17. ff. eodem.* quia si semel aliquid ad primum hæredem cum hæreditate pervenerit, hoc semper hæreditati in esse censetur, & obligatio restituendi ad primum hæredem translata ipsam hæreditatem afficit, & jam est facta perpetua.

CAPUT XII.

De dolo malo.

SUMMARIUM.

1. *Dolum prætor maximo odio habet.*
2. *Variè accipitur dolus.*
3. *Definitur dolus malus.*
4. *Dolus aliquando in contractibus, aliquando extra eos committitur.*
5. *Quid sit dolus re ipsa admissus, ut distinguatur à dolo incidente aut dante causam.*
6. *Inter dolum & metum est notabilis differentia.*
7. *Recensentur quatuor requisita actionis de dolo.*
8. *Pro actione doli olim dabatur annus.*
9. *Modiè biennium continuam.*
10. *Exceptio autem doli est perpetua.*
11. *Ex causa doli commissi agens debet nominare personam, quæ dolum admisit.*
12. *Resolvitur objectio à metu desumpta.*
13. *Quo ad dolum est ponenda differentia inter contractus b. f. & stricti juris.*
14. *ponitur dictæ differentia ratio.*
15. *Deceptus, si vult, potest stare contractui dolo inito.*
16. *Tam contractus b. f. quam stricti juris subsistunt dolo in contractum incidente.*
17. *Ex contractibus stricti juris dolo quocunque initis agitur actione de dolo.*
18. *Longè aliud est in contractibus b. f. ob quos dolo admissos etiam actio ex contractu locum habet.*
19. *Resolvitur prima objectio.*
20. *Respondetur secundæ objectioni.*
21. *Varii modi enumerantur, quibus dolus extra contractum admittitur.*

Discussâ restitutionis causâ, quæ à metu originem trahit, ad dolum malum progressus faciendus est. Cum autem prætori nihil videretur civili hominum societati tam contrarium & nihil à naturali æquitate tam alienum, quàm fallaciis, machinationibus & fraudibus alios nil simile cogitantes circumvenire, ideo boni viri officio functus est, dum de coercendo dolo ita Edictum suum concepit: quæ dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, & justa causa esse videbitur, iudicium dabo *l. 1. ff. de dol. mal.* ratio hujus est, nè dolosis malitia sua quæstiosa sit, simplicioribus autem & credulis facilitas sua damnosa *cit. l. 1. nè ex dolo. 12. ff. eodem.*

Doli acceptio varia est, nam in genere significat quamlibet improbitatem ac malitiam, nec non malum propositum, quod alterum scientes & volentes lædimus. Vel in specie denotat illam malitiam, quâ aliquis

- quis alterius calliditate in negotio, quod gerit, decipitur, quo in sensu dolus etiam metui conjunctus est, metum enim passus callidam machinatione inducitur ad aliquid agendum, quod alias non egisset *l. 14. §. 13. ff. quod met. caus. l. 1. §. 8. & 9. ff. vi bon. rapt.* ubi vis callidè & dolo fieri dicitur, quando quis metu callidè injecto alterum ad aliquid faciendum movet. **3** Strictius autem dolo consideratò, is nihil aliud est, quàm calliditas, quàm quis alterius persuasione, reticentiâ, simulatione, vel aliâ simili machinatione fraudulentâ in errorem inductus non advertens se lædi decipitur & fallitur, cum cognovisset secum fraudulenter agi, tale quid non egisset, eui descriptioni etiam proximè accedit definitio doli in *l. 1. §. 2. ff. de dol. mal.* adducta, quod scilicet dolus sit omnis calliditas, fallacia & machinatio ad circumveniendum & fallendum alterum adhibita, *Struv. ff. b. t.*
- 4** Committitur autem dolus in contractibus & negotiis civilibus, de quibus hîc tractatur in ipsis Contractibus, vel aliquando extra Contractus, in Contractibus vel dat causam Contractui, vel incidit in illum, vel committitur re ipsâ. Causam contractui dolus dare dicitur, quando quis, nisi dolus adversarii intervenisset, nullatenus contracturus fuisset, tunc quia dolus adversarii est causa, quod contractus initus fuerit, dicitur dare causam Contractui. Incidens dolus est, quando aliquis alterum volentem contrahere, non verò calliditate inductum in re, de qua contrahitur v. g. circa valorem aut qualitatem, adeoque in modo contrahendi decipit. **5** Dolus in re ipsa est, quando à contrahentibus omnino nullus dolus adhibetur, sed præter voluntatem & propositum ipsorum contrahentium, quod accidere potest in læsione enormi absque animo contrahentium causata, vel quando aliquis quid promittit, quod non debet *l. si quis cum aliter. 36. & glos. ibidem. ff. de V. O.* dolus iste improprius quidem est, proprius tamen fieri potest, si quis perseveret in eo petendo, quod se petere non posse agnoscit *l. 2. §. si quis sine causa. ff. de dol. mal. & metu. except.* Extra contractus dolus committitur in Judiciis, in testamentis circa hæreditates & legata & aliis variis modis, de quibus infra.
- 6** Notanda autem est inter dolum & metum differentia, quod nimirum dolus intellectum in errorem inducat, & eodem errore etiam voluntatem moveat, & sic deceptus perfectè non sciat, sed secundum voluntatem errore ductam agat, metus verò, licet intellectum ob mali præsentiam quodammodo turbet, non tamen in errorem inducat, cum metum passus sciat, quid agat, cur ita agat, & omnino minus malum eligendo id velit, quod agit.
- 7** Ex præsentis igitur Edicto prætor actionem de dolo rescissoriam concedit, sed primò non aliter, quàm si nulla alia actio, aut juris remedium super sit, quò deceptus possit servari indemnis, ratio, quia hæc actio utpote ad infamandum deceptorem tendens est subsidiaria cujus usus non est alio concurrente remedio *l. 1. §. 1. 4. 6. ff. de dolo malo.* nisi actio, quæ subesse posset, æquè famosa esset *l. 1. c. de dol. l. 59. §. 1. ff. mand.* tunc enim deceptoris famæ nihil consuleretur, sive actione de dolo, sive aliâ eundem

dem effectum operante conveniretur. Secundò ad restitutionem ex causa doli requiritur læsio, & quidem non minor, quàm ad duos aureos *l. 9. in fin. l. 10. ff. de dol. mal.* unde actor exprimere & dilucidè probare debet, in quanto læsus sit à deceptore, quia non decet ob rem modicam præcipuum hominis bonũ scilicet bonam famam vitiari. Tertid nulla alia iusta causa actionem de dolo excludens adesse debet, hinc liberis aut libertis adversus parentes aut patronos hæc actio denegatur *l. 11. §. 1. ff. eod.* repugnat enim reverentiæ à liberis & libertis debitæ parentum aut patronorum honorem in discrimen vocari, datur tamen liberis & libertis circumscriptis contra parentes aut patronos actio in factum, quâ temperatis verbis, nudâ facti narratione, omiſſa doli mentione petunt, ut prætor ex æquo & bono circa læsionis reſarcitionem arbitretur *d. l. 11. in fine. l. 12. ff. eod.* Quartò allegatus dolus perspicuis indiciis probandus est, qui enim dolo aliquid admissum esse dicit, dolum docere debet, cum quilibet præsumatur bonus, donec malus esse probetur *l. quoties. 18. §. 8. qui dolo. ff. de probat. & glos. ibid.*

Tempus autem, quod ad rescindendum contractum dolo gestum & decepto indulgetur, annus olim *l. 18. ff. de dolo mal.* hodie biennium continuum est *l. fin. c. de dol. mal.* actio autem in factum, quæ contra parentes & patronos datur, perpetuò durat, nec biennio conſtringitur *l. 28. l. 29. ff. eodem.* quia actio in factum honori & famæ non insidiatur, sicut ipsa actio de dolo, similiter si res adhuc est integra & dolosè perſuſus nihil adhuc præstitit, vel tradidit, exceptio doli perpetua est, & à decepto quodocunque conventus fuerit, opponi potest *l. 5. in fin. ff. de doli mal.* ¹⁰ *excepti.* quia quæ ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua, cum in potestate rei exceptionem habentis non sit, quando exceptionem suam objiciat, sed is expectare debeat, donec res à se iniquè petita fuerit, & defensione opus habuerit.

Cæterum, qui ex causa admissi doli se læsum conqueritur, & ad hoc ¹¹ prætoris Edictum provocat, is in libello, quò negotii dolo initi rescissionem postulat, lædentis personam designare & nominare debet, nam adversus tertium rei possessorem agi non potest, cum actio de dolo sit personalis & personam illius, qui dolum commisit, & hæredum, ad quos ex dolo aliquid pervenit, non egrediatur *l. 15. §. ult. ff. de dol. mal.* nec ob- ¹² stat, quòd in actione, quod metus causâ non sit designandus is, qui metu vel vî rem extorsit, sed satis sit docere, hanc rem, quæ nunc petitur, metu illato extortam fuisse, non attento, an iste, qui convenitur, vel alius metum intulerit, non obstat inquam, nam metus in se habet ignorantiam, id est metum passus ita in animo suo ob præsentis mali conspectum turbatur, ut metus authorem haud advertere & eum perfecte dignoscere possit, sed tantummodo in eo sollicitus & anxius sit, ut quòd citius fieri potest, eum, qui metum infert, amoveat, & se se præſenti vel imminenti malo liberet *l. item si cum. 14. §. in hac actione non queritur. ff. quod met. caus.* unde designatio & nominatio personæ metum passo non requiritur, præsertim si metus tempore nocturno illatus fuerit.

Qq q

Ex

- 13 Ex prædictis nunc colligitur differentia inter Contractus bonæ fidei & stricti juris, nam si Contractus bonæ fidei dolo dante causam initus est, Contractus ipso jure nullus est, & perinde habetur, ac si nunquam initus fuisset *l. 5. eleganter. 7. in pr. ff. de dol. mal.* ubi dicitur, quod venditio ab homine minore facta nulla sit, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus fuerit *l. 3. §. ult. ff. pro socio.* ubi Contractus societatis dolo initus similiter ipso jure nullius momenti esse dicitur, Contractus autem
- 14 stricti juris validus est & subsistit, etsi ei dolus causam dederit, ratio differentię est, quia in Contractibus bonæ fidei plena & exuberans bona fides requiritur, & quasi illis à lege ipsa inest hæc conditio, *si res ita se habeat*, ideóque cum dolus dans causam contractui cum ista exuberanti bona fide subsistere nequeat, illicò contractus bonæ fidei nullus & invallidus redditur, econtrà contractus stricti juris, cum strictam patiantur interpretationem, & alia non attendantur, quàm de quibus conventum est, non habetur doli ratio eatenus, ut Contractus nullus sit, sed ut dolosè ad contrahendum persuaso & inducto aliter consulatur.
- 15 Sed quid si deceptus & dolo ad contrahendum inductus malit contractum & valere & agere ad supplendum id, in quo deceptus est, an hoc ei permittatur reluctante eo, qui dolum admisit? R. affirmativè, ratio, quia ex parte decipientis consensus est verus & perfectus, adeóque deceptor ad damnum resarciendum firmiter obligatur ex contractu, & ratio ulterior est, quia decipiens nolens stare contractui non potest in sui favorem allegare proprium dolum, non potest dicere, decepi meum contrahentem, induxi illum ad contrahendum, proinde contractus nullus me non obligat, hoc enim dicendo propriam allegaret turpitudinem. *l. transactione finita. 30. c. de transact. l. 5. c. de servo pig. dat. manumis.* ubi volens rescindere transactionem vel alium actum audiendus non est, si allegat suam propriam vel quasi suam turpitudinem *Carpzov. p. 2. const. 34. definit. 9. n. 4. & seq. Struv. exercit. 8. dol. mal. Tbes. 28.*
- 16 Quod si verò dolus in Contractum inciderit, uterque id est tam Contractus bonæ fidei, quàm stricti juris subsistit, & ipso jure validus est; de contractibus stricti juris dicta non habent ullam dubitationem, eò quod initi dolo dante causam validi sint, ut à fortiori ipso jure subsistere debeant, si dolus in eos tantum inciderit, quò ad contractus bonæ fidei est textus in *l. Julianus. 13. §. 4. & 5. ff. de act. empt.* ubi si res per dolum adversarii pluri vel minoris vendita est, decepto datur actio ex contractu venditionis in tantum, ut illud, quanti minoris res vendita est, resarciatur, ratio, quia dolus incidens non impedit, quò minus consensus circa principalem Contractus materiam adsit.
- 17 Hinc, si in contractu stricti juris dolus dans causam, vel tantum incidens admissus fuerit, & deceptus contractum necdum impleverit, actione de dolo non eget, quia se exceptione doli tueri & contractus implementum recusare potest, agens enim ex tali contractu, in quo perfidiam commisit, nihil consequi debet *l. ult. ff. de dol. mal. l. 5. c. de in util. stipulat.* si verò contractum jam implevit, & deinde dolum admissum

missum esse cognoverit, actione de dolo contractum rescindere, & ad Edictum prætoris confugere debet *l. § eleganter. 7. §. 3. in fin. ff. de dol.* ubi ob rem dolo adversarii deterioratam, si de dolo ab futuro nulla stipulatio intervenit, actio de dolo necessaria est, ratio, quia actio ex contractu stricti juris ad illud datur, de quo conventum est, est enim strictæ interpretationis, ergo cum deceptus de dolo non convenerit, omnino actione ex contractu ob dolum, de quo nihil in contractu dictum fuit, agere nequit, & proinde quia alia actio deficit, actio de dolo subsidiaria necessaria est.

Longè aliud est in Contractibus bonæ fidei, nam in his deceptus ¹⁸ contra deceptorem semper actione ex illo contractu, qui initus, & intra contrahendum à decepto animadversus non est, agit, contractum rescindi, aliâque petit, ratio, quia in istis Contractibus alter alteri obligatur in id, quod ex bona fide, ex æquo & bono præstari oportet, & si de eo nihil conventum sit *§. in bonæ fidei. 30. Inst. de act.* ergo mirum non est, quod in Contractibus bonæ fidei commissus dolus vindicetur actione ex ipso contractu, quia in his contractibus ob bonæ fidei exuberantiam dolus plus operatur, & non conventa pro conventis habentur, quasi dictum fuisset, quod si res aliter se haberet, deceptor ipsi decepto quo ad contractum in omnibus satisfacere teneatur, & hoc si contractus bonæ fidei jam est impletus, nam si res integra sit, & deceptus ad contractum implendum conveniatur, deceptor exceptioni doli repellitur.

Nec obstat, si dixeris, contractus bonæ fidei dolo causam dante ini- ¹⁹ tus est ipso jure nullus, ergo ex contractu nullo non potest oriri actio, proinde etiam in tali Contractu deceptus opus habet actione de dolo subsidiaria, non obstat inquam, nam contractus bonæ fidei, cui dolus dedit causam, non parit actionem ad hoc, ut contrahens compelli possit ad contractum dolosè initum observandum & implendum, bene autem producit actionem ad hoc, ut deceptor conveniri possit ad refundendum id, quod decepti interest, dolum non fuisse admissum, ratio, quia cum in arbitrio decepti sit, an velit, ut contractus dolosè initus nihilominus teneat, sic etiam favore illius contractus eatenus pro valido reputari potest, ut eò magis in promptu habeat actionem ordinariam quàm ad actionem de dolo extraordinariam confugere debeat, in qua, an nimirum locum habeat, nec nè, causæ cognitio instituitur, & demum finita causæ cognitione ei locus aperitur, sic etiam licet emptio & venditio rei sacræ nulla profus sit, tamen emptori datur contra venditorem actio exempto ad id, quod interest, obtinendum *l. qui officii. 62. §. 1. ff. de contrab. empt. §. ult. Inst. de emptione & vendit.* Sed

Dices, saltem in contractibus bonæ fidei, si res jam est tradita & ²⁰ contractus impletus, non poterit actione ex contractu peti rescissio, aut res data repeti, cum regula sit, quod actiones ex contractibus descendentes non dentur ad eorundem distractum & dissolutionem *§. in contractibus bonæ fidei, quibus dolus dedit causam, actionem non da-*

ri ad rescissionem & annulationem contractûs, quia contractus aliunde est nullus & invalidus, ergò ulteriori rescissione opus non est, saltem de jure, sed tantùm agi ad hoc, ut quia res de facto tradita & contractus impletus est, pronuncietur nullus, & res de facto tradita restituatur, ergò potest dicta regula locum obtinere in contractibus de jure validis, non autem in invalidis, sic etiam *Gypan. ad. cit. §. ult. Inst. de empt. & vendit.* tradit tametsi venditio rei litigiosæ non valeat, quòd tamen emptor pretium solutum actione exempto ab ipso venditore repetere possit.

- 21 Hæc de dolo in contractibus admisso, nam variis modis dolus committi potest extra contractus, exemplum est in *l. rei quam. 33. ff. de dolo malo.* Ubi ponitur casus, quòd mihi rem venalem habenti malitiosè litem moveris, ut interim vendendi occasionem amitterem, hòc factò, si à lite destitisti, & idoneus emptor non ampliùs adest, sed mea interest, hoc factum non fuisse, actione de dolo, aut si parens vel patronus es, in factum actione te convenire possum, sic etiam is, qui mihi dolosè persuasit, ut damnosam hæreditatem adirem, & ego dolum non advertens adièrim, actione de dolo tenetur *l. ult. ff. eod.* Sic etiam is, qui dolo suò effecit, ut tempora actionis perirent, & pro re non ampliùs agere possim, utpotè actione jam per præscriptionem sublata, actione de dolo ad resarciendum damnum tenetur *l. arbitrio. 18. §. dolo. ff. eodem.* similiter, qui familiæ dolosè persuasit, ut absente domino de possessione decederet, quamvis hoc factò possessio non perdatur, tamen persuasor actione de dolo ad damnum, si quod inde causatum est, refundendum convenitur *l. cum quis. 31. ff. eodem.* & sic de multis aliis, de quibus videri potest *Frideric. Hiltropp. proces. Judic. p. 4. tit. 12. n. 24. & seqq.*

CAPUT XIII.

De minoribus 25. annis.

SUMMARIUM.

1. Urgens restitutionis causa est minor ætas.
2. Qui propriè quo ad hoc Edictum sint minores.
3. Pupillis etiam datur restitutio quo ad gesta cum auctoritate tutoris.
4. Petens ex capite minorennitatis restitutionem probare debet minorem ætatem.
5. Minorennitas juxta locorum consuetudines varia est.
6. Filii Electorum legitimam ætatem consequuntur anno 18. completo.
7. Gesta post impetratam ætatis veniam non rescinduntur per restitutionem.
8. Impetrans veniam ætatis immobilia alienare non potest.
9. Probatà ætate minore etiam probanda est læsio.
10. Attendendum, an læsio ex facilitate minoris aut malitia adversarii provenit?
11. Præterea, an læsio in rebus ad minorem pertinentibus contigerit?

21. Mi-

12. *Minori in omnibus secum gestis datur restitutio.*
13. *Nec obstat, quòd auctoritate curatoris aliquid gestum sit.*
14. *Jus petendi restitutionem in integrum etiam ad hæredes transit.*
15. *Respondetur objectioni.*
16. *An restitutio minoris pro fit fidejussori? respondetur sub distinctione.*
17. *Cessat restitutio si in minori ætate gestum major factus approbavit.*
18. *Si minor se simulavit majorem esse.*
19. *Si veniã ætatis impetratã aliquid gestum est.*
20. *Si denegata jam semel fuit restitutio.*
21. *Si persona adversarii æquè sit privilegiata.*

Inter causas restitutionis in integrum etiam ponit̃ur ¹ ætas minorennis, cujus favore prætor naturalem æquitatem secutus Edictum suum proposuit, & hujusmodi hominum læforum tutelam suscepit *l. 1. ff. de minorib. 25. annis.* Ratio consistit in eo, quia inter omnes constat, fragile esse & infirmum hujus ætatis consilium, multis captionibus & insidiis expositum, ut proinde jure æquissimo adversus istas captiones prætor opitulationem suam promiserit, atque itã Edixerit, quòd cum minore, quàm viginti quinque annis nato gestum esse dicetur, uti quæque res erit, animadvertam *cit. l. 1.* Minores autem ² quoad hoc Edictum propriè vocantur, qui potestatem tutorum jam sunt egressi, nam negotia impuberum, qui etiam infra annum vigesimum quintum, sinè tutoris auctoritate gesta sunt ipso jure nulla, cùm planè non obligentur *princip. Inst. de auct. tut.* & hinc nec restitutionis beneficio opus habeant *l. 16. ff. de minorib. 25. an.* puberes verò cùm jam aliqualem contrahendi facultatem habeant, & obligari possint *l. puberes. 101. ff. de V. O.* propriè ad hunc titulum pertinent, & prætoris auxiliò egent.

Dixi autem *sinè auctoritate tutoris gesta sunt* nam quin etiam pupilli ³ in integrum restituentur in negotiis à tutore bona fide, sed gravi suo damno gestis, dubitandum non est *l. tutor. 47. ff. de minoribus.* ubi pupillo restitutionis auxilium non denegatur, si tutor urgentibus creditoribus bona fide bona pupilli distraxit *l. pen. ff. eodem.* imò etiam illis, qui adhuc in utero sunt, contra completam præscriptionem succurritur restitutione in integrum *l. 54. ff. eodem.* Quoniam verò prætor non simpliciter minoribus ex causa ætatis restitutionem in integrum pollicetur, sed prout res quæque erit, animadversurum se esse dicat *l. 1. ff. eodem.* & sic cognitio causæ præmitti debeat, ideo hujus restitutionis requisita examinanda & repetenda sunt.

Primò autem prætor respicit ætatem viginti quinque annis mino- ⁴ rem, hæc enim multis captionibus subjecta commiserationem meretur, hæc autem ætas ab allegante probanda est, quia in factò consistit, & divinari non potest *l. cum te minorem. 9. c. de probat. l. si minorem. 4. c. de restitut. in integ. minor. 25. an.* & procedit hic annorum numerus tam in masculis, quia hac ætate completa virilis vigor adest, & finis etiam crescen-

di advenit *l. 1. §. 2. ff. de minorib.* quàm in fœminis, quia hæ licet corpore, non tamen perfectâ prudentiâ citius ad maturitatem perveniunt, quàm masculi, est verò prætor in subministrando hoc restitutionis auxilio aded largus & liberalis, ut si vel extremâ horâ anni vigesimi quinti aliquis se læsum docuerit, suum auxilium non deneget, computatur enim tempus hoc de momento in momentum *l. 3. §. minorem. ff. eodem.* neque dies inceptus pro completo habetur, prout in testamentis, usucapionibus *l. à qua etate 5. ff. de testam. l. in usucapionibus. 6. ff. de usucap.* & in multis aliis actibus, in quibus annum civiliter, id est, ad dies, non ad momenta temporum numeramus *l. anniculus. 134. ff. de V. S.* nam quando beneficium ab ætate sumitur, quod eam egresso non concederetur, tunc fit computatio de momento ad momentum, cùm favores profragili & imbecilli ætate inductos ampliari conveniat.

5 Verùm cùm juri communi quoddam hanc anni 25. ætatem non omnium locorum mores se se conforment, probè ad loci, in quo eum minorene quid gestum est, statuta & consuetudines respiciendum, & juxta hæc quò ad restitutionis beneficium pronunciatio facienda est, quemadmodum etiam observatio Austriæ fœminis annum vigesimum, masculis annum vigesimum secundum completum pro majorenni ætate assignans à lege communi recedit, nec non etiam in *Aurea Bulla tit. 7. de successione principum Electorum.* provisum est, quòd in iis, id est filiis Electorum legitimam ætatem efficiant anni octodecim completi jus, vocem & potestatem & omnia ab Electorali dignitate dependentia jura exercere possunt, sicut etiam per specialem dispensationem veniæ ætatis impetrationem scilicet à principe obtentam ob morum honestatem & edoctam in rebus agendis prudentiam illi, qui naturaliter infra annum vigesimum quintum existunt, ad statum majorennitatis transferri & elevari possunt *tot. tit. cod. de bis qui veniam ætat. impetrav.* Ratio omnium dictorum est, quia quandoque homines maturius sapiunt, ut ità etim ratio subsit, cur gratiam & donum prudentiæ citius assequentibus minorætas ad pauciores annos restringatur.

7 Occasione igitur impetratæ à principe veniæ ætatis sciendum, quòd eâ impetratâ quæcunque impetrans gesserit, firma ratæque maneat, non aliter, quam si à majore gesta fuissent, neque ulla ob facilitatem ætatis conceditur restitutio *l. 1. c. de bis, qui ven. ætat. impet.* ratio, quia principali authoritate nemo debet decipi, altera ratio est, quia concessio veniæ per fictionem juris impetrantem facit majorem, ergò sicut majoribus restitutio non indulgetur, ità nec impetrantibus veniam ætatis hæc intelligenda sunt, si indultum aut rescriptum, quo venia ætatis erat concessa, Judici competenti fuerit insinuatum, & rerum administratio per Judicem permessa, ante eam enim intimationem gesta licet post impetratam veniam rescindi possunt *l. ea que 5. c. de temp. in integ. restitut.* inest enim principalibus rescriptis hæc conditio, ut prius non habeant effectum, quàm Judici fuerint præsentata.

Cæterùm quamvis veniam ætatis impetrans post impetratam ve-⁸
niam & secutam intimationem autoritate & consilio Curatorum non
amplius regatur, sed liberam rerum suarum administrationem consequa-
tur, tamen bona immobilia neque abalienare, neque obligare sine spe-
ciali Judicis Decreto potest, nec venia ætatis eum ad hos actus habilem
efficit *l. 2. l. 3. c. de bis, qui ven. etat. impet.* ratio, quia alienatio rerum im-
mobiliùm plurimum præjudiciùm adferre solet, cùm in iis optima pa-
trimonii nostri pars consistat, ergò ubi majus est periculum, ibi cautius
etiam agendum, sicuti ex eadem ratione in alienationibus rerum immo-
biliùm sola tutoris autoritas non sufficit, sed speciali Judicis decreto
opus est *tot. tit. ff. c. de reb. eorum, qui sub tut. vel. cur.*

Secundò consideranda est læsio, & simul probanda à minore restitutio-⁹
nem in integrum petente, læsio enim in facto consistit, adeoque præsumi-
tur, sed ab allegante probari debet *l. nam posteaquàm. 9. §. si minor. ff. de
jurjur.* nam ex eo solo, quòd sit minor, non sequitur, quòd sit læsus aut
circumscriptus *l. verum. 11. §. 4. l. quod si minor. 24. §. 1. ff. de minorib.* præ-
terea in causæ cognitione etiam qualitas læsionis examinanda est, pro-
pter modicam enim læsionem restitutio denegatur *l. scio. 4. ff. de in integ.
restitut.* in iis enim, quæ contra jus commune ex speciali privilegio per-
mittuntur, ut est restitutio in integrum modica non curantur, quam-
vis in aliis ordinariis remediis juris etiam minima attendi possint *l. si pro-
prietarius. 22. vers. si eadem. ff. de dam. infect.* ubi in damno vicinis illato
etiam minimum resarciendum est, & hoc ipsum commodo minoreni-
um hominùm ità statutum est, magno enim incommodo hujusmodi
ætatis homines afficerentur, nemine cum illis propter metum restitutio-
nis contrahere volente *l. quod si minor. 24. §. non semper. 1. ff. de minorib. 25.
an.* quantitas autem læsionis cùm in jure determinata non sit, prudentis
Judicis arbitrio est relinquenda *arg. l. 1. §. 1. ff. de jure delib.* dubium tamen
non est, quædam esse negotia naturâ suâ damnosa, in quibus ulteriori
læsionis probatione opus vix est v. g. fidejussio, renunciatio minoris,
præscriptio contra minorem completa.

Tertid inquirendum est, an læsio ex inconsulta minoris facilitate,¹⁰
vel adversarii malitia provenerit *l. 24. §. 1. l. 44. ff. de minorib.* hinc si casu
fortuito, qui etiam prudentissimo accidere potest, in damnum incidit
v. g. rem sibi utilem & necessariam, quæ postea perit, emerit, si hære-
ditatem locupletem, quæ superveniente casu diminuta est adiêrit, non
potest petere restitutionem, quia non est attendendus, eventus damni,
qui prudentissimo patrifamilias contingere potest, sed facilitas ætatis *l. 11.
§. 4. & 5. ff. eodem.* Quartò advertendum est, an læsio in rebus ad mi-¹¹
norem pertinentibus contigerit, nam si v. g. mandata alterius negotia
gessit & circumscriptus fuerit, restitutionem non poterit obtinere, quia
potius dominus negotiorum læsus est, qui sibi imputare debet, cur ho-
mini deceptionibus obnoxio negotia sua commiserit *l. 23. ff. eod.* aliud es-
set, si tanquam negotiorum gestor aliena negotia malè administrasset,
hoc enim casu domino negotiorum nihil imputari potest *l. quod si minor.*

24. ff. eodem. reliqua restitutionis requisita possunt repeti Sup. ex capite de in integrum restitutione.

12 Restituitur autem minor quæcunque secum gesta, in quibus ob ætatis imbecillitatem læsus est, sive aliquid extra Judicium v. g. contrahendo, adeundo vel repudiando hæreditatem, ubi vel in judicio gestum fuerit, nam prætor generaliter ait: *quod cum minore gestum est.* Ergo hoc verbum generaliter positum ad quæcunque in detrimentum minoris gesta extenditur *l. ait prætor. 7. ff. de minorib.* sic minor restituitur in integrum contra probationes in Judicio omissas, ad hoc, ut eas denud allegare pro causa sua possit *l. 36. ff. eod.* sic etiam restituitur minor contra sententiam, quæ in lite curatoris interventu agitata contra se lata est, adversus intermissam appellationem *l. ait prætor. 7. §. sed & in Judiciis ff. eodem.* plura alia, contra quæ minor restituitur in integrum, videri possunt in particularibus titulis codicis librò secundò incipiendo *à tit. 27.* sic restituitur adversus rem judicatam, venditionem, donationem, transactionem, solutionem & similia. Nec refert, an minor negotium per se ipsum, an per alium v. g. Curatorem aut procuratorem gesserit *l. 2. c. si tutor vel curat. interven.* quia sufficit minores idèd, quòd ob ætatis lubricum sibi ipsis prospicere nequeant, læsos esse.

13 Nec obstat. si dixeris, quòd competente remedio ordinario restitutio tanquam subsidiaria locum non habeat, sed si minores authore curatore damnum incurrerunt contrahendo vel aliud negotium gerendo, hoc totum recuperare possint à Curatore actione tutelæ, ergò. Non obstat inquam, nam quamdiu minores interveniente curatore læsi intra minoris ætatis limites constituti sunt, iis tam ordinaria actio, quàm extraordinarium restitutionis subsidium accommodatur *l. etiam. 3. c. si tutor vel curat. interven.* ut eo, quod sibi utilius est, uti possint, secus est, si legitimam ætatem jam impleverunt, & tempus, quod restitutionis auxilio præfixum est, jam excesserit, tum enim secundum juris formam contra tutores vel curatores experiendum est *l. 1. c. si tut. vel curator interv.* quia cum tempus restitutionis jam exspiraverit, non potest ordinarium & extraordinarium scilicet restitutionis auxilium concurrere.

14 Porro si minor læsus, ipsique ob hanc læsionem semel acquisitum sit jus petendæ in integrum restitutionis, illud etiam ad hæredes sive ex testamento, sive suos, sive extraneos transmittit, licet hæredes isti jam in majorenitate positi sint *l. 18. in fin. ff. de minorib.* neque obstat, quòd prætor restitutionis auxilium tantum minoribus non verò majoribus promiserit *l. 3. §. 4. ff. eodem.* nam privilegium restitutionis in casu, quo hæres est majorennis, non datur ipsi majori, sed tantummodò restitutio minori vivo, jam jam quæsitæ ab hærede majore retinetur, & ex persona minoris defuncti postulatur, quia jura defunctorum quasi juncta ad hæredes descendunt & continuantur *l. cum miles. 30. ff. ex quib. caus. major.* Sed

15 Dices beneficium restitutionis in integrum est personale personis scilicet minorum concessum, ætas enim minor est causa privilegii, sed personalia ad hæredes non transeunt, ergò hæredibus minorum non potest

in

in integrum restitutio competere? R. quod ad hæredes non transmittatur ipsum privilegium, sed tantum effectus & jus ex privilegio quæsitum, hoc enim, quàm primùm minor læsus est, jam extitit in bonis illius, ergo unà cum reliquis bonis ad hæredes devolvitur, sicut in simili actio pro socio, tutelæ ad hæredes transit licet societas, & tutela singularem personæ industriam respiciens ad hæredes non transeat *Lauterbach. b. t. §. 18.* Alii aliter respondent, scilicet privilegium restitutionis non esse in totum personale, quia illius causa proxima non est persona minoris, sed læsio ob minorem ætatem causata, quoniam utrumque probandum est, ergo videtur hoc beneficium esse mixtum & hæredibus communicabile *Dynus in c. privilegia de reg. jur. in 6. Mynsing. cent. 4. obs. 18.*

Quæres, an restitutio à minore impetrata etiam illius fidejussori pro- 16
sit? R. sub distinctione: vel minor dolo adversarii, cum quo contraxit, læsus est, & proficit hoc casu restitutio etiam fidejussori *l. 2. c. de fidejuf. min.* ratio, quia causa hujus restitutionis est dolus, ob dolum autem non tantum restituuntur minores, sed etiam majores, adeoque causa hujus restitutionis non est propria personæ minoris. Accedit altera ratio, quia odium illorum, qui dolum admiserunt, hinc subest, proinde dolus largiore poenâ dignus est, & extendi potest ad fidejussorem, vel fidejussor citra dolum adversarii merâ ætatis imbecillitate læsus est, & regulariter restitutio minoris non prodest fidejussori *l. 13. in verbis non est æquum ff. de minorib. l. 1. l. 2. c. de fidejuf. min.* ratio, quia qui cum minore contrahit & ab eo fidejussorem accipit, is propter metum restitutionis potius fidejussoris, quàm minoris sequitur *cit. l. 13.* hinc etsi fidejussor ex causa fidejussionis aliquid solverit, tamen ei contra minorem non dabitur regressus *l. 1. c. de fidejuf. min.* nè aliàs restitutio minori inutilis fiat. Excepti casus videri possunt apud *Struv. b. t. tbes. 60. circa fin.*

Sunt autem certi casus, in quibus restitutio in integrum minoribus 17
non conceditur: primus est, si gesta in minori ætate minor jam effectus major rata habuerit *tot. tit. c. si major fact. bab.* ratio, quia per hujusmodi ratihabitionem non tantum inducitur renunciatio restitutionis, sed etiam ob supervenientem novum consensum præsumptio læsionis excludatur, & gesta habeantur, quasi à majore gesta fuissent. Et hoc sive ratihabitio expressè v. g. verbis aut scriptis, aut tacitè & factò ipsò contigerit, ut si ex contractu in minori ætate habito pecuniam exegerit, receperit, aut implementum contractûs sciens egerit *l. 3. §. sed utrum. 4. ff. de minorib.*

Secundus, si minor se simulet & dicat esse majorem eò animò, ut 18
alium ad secum contrahendum inducat, qui aliàs contracturus non erat *l. 2. l. 3. si minor se major. dix.* quia jura deceptis & non decipientibus subveniunt *d. l. 2. §. auxilium 37. ff. de minorib.* nisi is, contra quem petitur restitutio, contrarium sciverit *arg. l. de tutela. 7. c. de restitut. in integ.* scienti enim non fit injuria, aut minor per errorem sine juramento se se affirmaverit majorem esse *l. si alterius. 3. vers. si tamen. c. si minor se major. dix.*

Tertius casus est, si venia ætatis fuerit impetrata, quartus si minor 19
in petita semel restitutione succubuerit, iteratò ex iisdem probationi- 20


21 bus & causis eandem postulans non est audiendus *l. 1. 2. 3. c. si sep. restit. in integ. postul.* quintus, si persona, contra quam restitutio petitur, æquè sit privilegiata, & non agat de lucro captando, sic minor minori pecuniam credens non restituitur, si minor debitor pecuniam inutiliter consumpsit *l. verum. 11. §. fin. ff. de mino.* quia privilegiatus contra æquè privilegiatum non utitur privilegiò suò, & in pari causa melior est conditio possidentis, & favorabilior reus. Sextus casus est, cùm contractus cum minore celebratus interposito per minorem juramento fuerit confirmatus *autb. Sacramenta puberum. c. si advers. vend.* Septimus, in datione libertatis, contra quam minor non restituitur *tot. tit. c. si advers. lib.* in remissione poenarum *l. 37. ff. de minorib.* in contractibus & negotiis cum patre aut patrono initis *l. fin. c. qui & advers. quos.* hi doctores addunt casum octavum, scilicet minor certam artem profitens in illius negotiis se læsum dicat, sic Doctor juris circa ea, quæ juris sunt, mercator in negotiis mercaturam concernentibus non restituitur, turpe enim est allegare imperitiam artis, in quam quis diu edoctus publicè profitetur *Sfort. Odd. p. 1. q. 23. art. 7.*

CAPUT XIV.

Ex quibus causis majores 25. annis in integrum restituuntur.

SUMMARIUM.

1. Assignatur inter hoc & præcedens Edictum differentia.
2. Absentia vel est necessaria vel laudabilis vituperabilis vel indifferens.
3. Voluntaria absentia alia laudabilis, alia vituperabilis.
4. Præsenti contra absentem quomodocunque datur restitutio.
5. Præsentes contra absentes habent novum beneficium ex *l. 2. c. de anna. except.*
6. Hoc tamen non utens restituitur contra absentem in integrum.
7. Resolvitur objectio.
8. Absentes necessariò laudabiliter, vel probabiliter vel voluntariè sed favorabiliter restituuntur.
9. Absentes propter delictum v. g. condemnati quandoque etiam restituuntur.
10. Restitutio in integrum etiam datur ex generali clausula: *si quæ mihi iusta causa &c.*
11. Hæc clausula in variis classes & causas dividi potest.
12. Continuatio prædictæ causæ.

1  Ujus Edicti causam nemo non justissimam esse confitebitur, læso enim, qui reipublicæ operam dabat, vel adverso casu laborabat, succurrit, nè vel obsit vel profit, quod evenit *l. 1. ff. b. t.* Differt autem hoc Edictum ab eo, quod priori capite expo-

Cap. XIV. ex quibus causis majores 25. an. in integrum restit: 255

positum fuit, quod vigore prioris Edicti Prætor succurrat minoribus sua negligentia & facilitate læsis, hoc verò Edicto consultum sit majoribus damnum passis, vel lucrum amittentibus ob absentiam, vel aliud justum impedimentum, quod eis non accidisset, nisi absentia vel aliud justum impedimentum intervenisset. Cum autem præcipua majores in integrum restituendi causa ponatur in absentia, de qua etiam multis hujus Edicti loci agitur.

Idem præsciendum absentiam vel esse necessariam vel voluntariam, 2 & utramque vel esse laudabilem, vel vituperabilem, vel indifferentem. Necessaria laudabilis est in legatis & reliquis, qui Reipublicæ causam absunt v. g. qui mittuntur, ut milites ducerent vel reducerent, ut Principi gratulentur *l. qui mittantur. 35. ff. b. t.* quod etiam pertinent Militum Medici, quoniam officium, quod gerunt, & publicè prodest, & damnum eis adferre non debet *l. inter eos. 33. ff. eodem.* nec non milites ipsi *l. 7. ff. eod.* Necessaria vituperabilis occurrit in deportatis, relegatis, justè incarcerationis *l. 9. 26. l. 1. ff. eod.* His duabus necessariæ absentix speciebus adjungitur tertia, scilicet, necessaria indifferens, quæ etiam dici potest casualis, quam patiuntur illi, qui à latronibus capti vinculis detinentur, qui in infirmitate, hyemis aut navigationis casu inter continuare impediuntur, quibus succurrendum esse, humanitatis ratio docet *l. 38. in fin. ff. eodem.*

Voluntaria similiter alia laudabilis est, quæ etiam ex singulari causa favorem meretur, ut si quis studiorum causa absit *l. nec non. 28. ff. eod.* Alia vituperabilis & malitiosa, ut si quis consueto more citatus contumaciter abest, & latitat. Voluntaria indifferens est, quæ neque laudem neque vituperationem meretur, probabilem tamen causam habet, talis est mercatorum, qui sui lucri & commerciorum causam absunt, qui quidem privati sui commodi causam tractare videntur, interim nonnunquam etiam Reipublicæ bono, cum publicè intersit commercia vigere *l. 42. ff. b. t.* Nunc de restitutione ex absentix causa agendum restat, & quidem si præsens per absentiam tertii quamcunque læsus est v. g. si quis rem meam possideat, & absens sit, ut illam petere non possim, si res intra absentix tempus usu capta est, mihi contra reversum datur restitutio, quia sicut nemini justa sua absentia debet esse damnosa, ita nec cum detrimento tertii debet esse lucrosa *l. 22. l. 29. ff. b. t.* Sed hæc restitutio præsentis tum demum datur, si absens nullum rerum suarum procuratorem reliquerit, aut amici interrogati nomine absentis in Judicio comparere, & præsentis rem suam repetenti respondere noluerint *cit. l. 22. § l. 21. ff. b. t.* wann sich umb den Abwesenden niemand hat annehmen und denselben vertreten wollen.

Præsentibus contra absentes novum remedium indulsit Imperator Justinianus in *l. 2. c. de annal. except.* ut scilicet præsens, si absens nemini rerum & negotiorum suorum curam commisit, ante finitum præscriptionis tempus libellum protestatorium Judici loci, vel Episcopo, vel his absentibus, ad ædes adversarii absentis offerat, quò libellò per Notarium, aut idoneos tres subscripto contestetur, se interrumpere velle præ-

scriptionem, hęc namque factõ præscriptionis cursus sistitur, & præsen-
ti jus suum integrum conservatur, nam protestatio conservat ipsi
protestanti jus suum *l. etsi quis impediatur. 14. §. plerique ff. de religiof.
& sumptib. fun.* qua in re aliquorum DD. opinio est, præsentem,
si hoc *l. 2. c. de annal. except.* expedientissimõ remedio usus non
fuerit, sed ab absente præscriptionem compleri passus fuerit, contra re-
versum absentem non amplius in integrum restitui, ratio, quia majori-
bus culpã suã læsis restitutio non indulgetur, sed præsens non interrom-
pendo præscriptionem apertam negligentiam & culpam admisit, ergõ.
Bacbo. ff. b. t. c. 3. n. 1. Franzbius b. t. n. 20.

6 Sed probabilitate sua non caret altera sententia, scilicet, si præsens
expectare absentem, & ab eo potius rem recuperare, quàm circuitio-
ne uti voluerit, hoc illi non nocere, ratio, quia introductõ remedio &
beneficio novo non tollitur vetus, nisi in lege nova sublatis veteris bene-
ficii mentio fiat, at in *cit. l. 2.* nulla fit mentio, quod præscriptionem
contra absentem non interrumpens finita usucapione non restituatur in
integrum, ergõ: major hujus argumenti pars probatur sic, beneficium
faciendi inventarii est novo jure introductum, & tamen jus deliberandi
antiquis legibus competens non sublatum.

7 Ergõ idem in casu hoc statuendum est. Nec obstat, quod existen-
te aliquo, qui absentem defendere vellet, præsentis restitutio denegatur,
si contra defensorem non egerit, sed absentis reditum expectaverit,
quia ab ipso defensore præsens potuisset rem ipsam consequi, hęc reme-
dio cum præsens usus non fuerit, sed præscriptioni cursum reliquerit, me-
ritõ deinde non est audiendus, at utendo *d. l. 2.* beneficio protestans rem
ipsam non consequitur, ergõ ei vitio vertendum non est, quod potius
de restitutione tanquam pinguiori & utiliori beneficio cogitans absen-
tem expectaverit, ut ab illo rem ipsam obtinere possit *Lauterb. ff. b. t.
§. 12. & seqq.*

8 Absentes quandoquẽ simpliciter, quandoquẽ autem certis casibus
in integrum restituuntur, simpliciter, si absentia fuerit necessaria & lau-
dabilis, sic milites & uxores, quæ maritos ad bellum sequuntur bene-
ficio restitutionis gaudent *tot. tit. c. de restitut. milit. & de uxorib. milit.* vel
necessaria & probabilis, ut si quis testimonii dicendi causã evocatus, vel
appellationis causã abesse debuit *l. 26. §. ult. ff. ex quib. caus. maj.* vel volun-
taria, sed ob causam favorabilem v. g. studiorum ratione *l. 28. ff. eodem.*
vel causalis quia in *l. 26. in fm. ff. b. t.* dicitur, generaliter omnibus subve-
niendum esse, quos ex necessitate oportuit abesse, interim tamen si ab-
futuri constituerunt aliquem rerum suarum procuratorem, hic verõ ma-
lè res absentis curaverit, itã ut absens reversus se culpã & negligentiam
procuratoris læsum repererit, absenti restitutio non superest, sed ei con-
tra procuratorem, si solvendo est, ad læsionem reparationem ordinariã
actione experiendum est *l. is qui 39. ff. eodem.* ad amissam tamen à pro-
curatore appellationem absentem restitui ait *l. ult. ff. de restit. in integ.*

9 Absentes propter delictum necessariõ quidem absunt, quia illis ab-
sen-

tia per sententiam imposita est, si tamen procuratorem idoneum, cui rerum suarum curam tutò potuissent tradere, non invenerunt, eos in integrum restitui, habet *l. sed etsi. 26. §. 1. ff. ex quib. caus. major.* Commiserendum enim est eorum infelicitati, in quam humanâ fragilitate lapsi sunt; & non admittendum, ut cum absentium istorum læsione alii locupletentur. Similiter voluntaria indifferens absentia non operatur restitutionem indistinctè, sed Judex juxta circumstantias æstimabit, an ea absenti reverso concedenda sit *Franzkius. ff. h. t. n. 18.* voluntariè autem & vituperabiliter absentes planè nunquam restituuntur, cùm ità absens potius pœnâ, quàm beneficiò dignus sit. Et hæc de absentia restitutionem inducente.

Præter hanc autem restitutionis causam generalis adhuc & indeter- 10
minata majores in integrum restituendi causa in Edicto Prætoris continetur in illis verbis. Si qua alia mihi justa causa videbitur, in integrum restituiam *l. 1. §. 1. ff. ex quib. caus. major.* Cujus clausulæ æquitatem quilibet advertere potest, quia imputandum non est illi, qui impedimentum, quò læsus est, prævidere & avertere non potuit. Impedimenta autem hæc & justæ causæ legibus non improbatæ vix unâ certâ regulâ definiri possunt, ed, quodd in facto consistant, ac variis & innumeris modis homini accidere possint *Sfort. Oddus* tamen causas istas ad sequentia capita reducit *p. 1. de restit. in integ. q. 8. art. 7.* quodd vel ab ipso læso, aut ab adversario, aut à persona alicujus tertii, aut denique à casu fortuito proveniant.

Ad primam classem refertur error & ignorantia, ob hanc verò resti- 11
tutio vix obtinet, quia plerumque ordinaria juris remedia competunt; pone enim aliquid per justam ignorantiam indebitè solutum esse, hoc casu locum habet condictio in debiti *tot. tit. de condict. indebit.* quin tamen aliquando justus error restitutioni in integrum locum faciat, dubitandum non est, & constat ex *§. si quis agens. 33. Inst. de act.* quodd plus petens causâ olim ceciderit, nisi magna erroris causa intervenerit, veluti si totum legatum petens nescièrit partem legati codicillis ademptam esse: idem dicendum est de defectu corporis v. g. morbo, sic enim infirmitate impeditus restituitur ad jus amissum *l. 38. in fin. ff. ex quib. caus. major.* Ad secundam classem pertinet id, quod habetur in *l. divus. 7. §. 1. ff. de in integ. restitut.* ubi dicitur, si quis dolo adversarii in Judicio absuit, & contra eum tanquam contumacem pròlata sit sententia, restitutioni locum dari, cùm etiam actio de dolo competere possit, & ratio ibidem subjungitur, quia boni Prætoris est potius restituere litem, ut & ratio æquitas postulabit, quàm actionem famosam concedere, idem est, etsi quis non dolo adversarii absuerit, sed justa ratione v. g. dicendi testimonii causâ evocatus fuerit *l. 26. in fin. ff. ex quib. caus. major.*

Idem ferè calculus est de classe tertia, scilicet impedimento per ter- 12
tium procurato, nisi, quodd aliquando tertius ad resarciendum damnum suâ culpâ datum, si solvendo sit, ordinaria actione conveniri possit. Ad classem quartam applicari potest id, quod in *l. 2. §. quod diximus, succur-*

rendum. ff. si quis caut. Judic. sist. legitur, ubi excusandus est, quia tempestate ita impeditus fuerit, ut nec terrâ, nec mari proficisci, & in Judicio se sistere potuerit, & ulterius dicitur, an verò quis citius proficisci & efficere potuerit, nè in tempestatem incideret, causâ cognitâ discutiendum esse. Huc etiam refert *Sfortias Odd. q. 11. art. 9. n. 10.* casum, quo quis ob paupertatem ius suum persequi non potuit.

CAPUT XV.

Nautæ, caupones, stabularii ut recepta restituant.

SUMMARIUM.

1. *Nauta, caupones, stabularii recepta restituere tenentur hospitibus.*
2. *Obligatio recepta restituendi nascitur ex quasi contractu.*
3. *Hoc procedit, sive hospites cum rebus suis per ipsum cauponem & sive per alios recepti sint.*
4. *Nautæ, caupones & stabularii tenentur de levissima culpa.*
5. *Tenentur etiam ex quasi delicto ob malè factum à domesticis suis commissum.*
6. *Et quidem hoc casu debet jure communi duplum præstare.*

NAUTÆ, CAUPONES & STABULARII, ut recepta & in navim, cauponam & stabulum illata hospitibus ac viatoribus integra restituant, Prætor hoc Edicto præcepit, secus actionem contra dictos nautas, caupones & stabularios concedens, quàm magna autem sit hujus edicti utilitas, exponit J. C. in *l. 1. §. 1. ff. b. t.* dum dicit, maxima est hujus edicti utilitas, quia viatores longo itinere fessi necessè habent fidem ejusmodi hominum sequi, & rerum suarum custodiam eis committere, nec putet quis hoc graviter esse statutum, nam si hoc constitutum non esset, materia daretur cum furibus adversus illos, quos recipiunt, coeundi, cum nè quidem nunc, ubi hoc edicto pœna jam est constituta, ab hujusmodi fraudibus abstineant.

2. Obligantur itaque nautæ, caupones & stabularii ad res in navim, cauponam vel stabulum illatas hospitibus integrè restituendas, & quidem nascitur obligatio ista ex quasi contractu, eò ipsò, quo quis publicè & ex libero arbitrio navim, cauponam & stabulum quotidie obviente sibi lucro & quæstu exercet, hospites æquè ac eorundem res sive per se sive per alium recipit *l. 1. §. ult. ff. nautæ, caup. stabul. ut recept. restit.* hoc ipso enim quod hospites & viatores admittat, & res eorum importari sinat, tacitè fateri & promittere censetur, in navi, caupona & stabulo omnem esse securitatem, & nullius periculi metum. Nec opus est, ut res, quæ inferuntur, nautæ, cauponi stabulario speciatim ostendantur

tur, aut expressè illius custodiæ committantur, sed satis est dictas personas, vel eos, qui huic officio præsumunt, scire, res in navim, cauponam, aut stabulum esse illatas *d. l. 1. §. ult.*

Dixi autem *si per se, si per alium*, nam nautæ, caupones & stabularii ex receptione illorum, quibus hospites & viatores recipiendi potestas commissâ est, obligantur, quales sunt navium Magistri, cauponum institores *die Kellner* / nec non uxores & liberi cum marito & patre cauponam exercentes *l. 1. §. 2. §. 5. ff. b. t.* hinc ex receptione nautarum, remigum & similibus, *deren Schiff: oder Ruder: Knechten* / exercitor navis, ex receptione hospitem à *mediastino von dem Hauß: Knecht* / facta exercitor caupona non tenetur, quia horum officium non consistit in recipiendis hospitebus aut viatoribus, nisi forsân deinde exercitoris viatores & hospites in navi aut caupona advertentis consensus accesserit.

Tenentur proinde nautæ, caupones & stabularii hospiti & viatori, qui pro vectura navis, receptione ad cauponam & stabulum nihil debet, res suas repetenti eas illicd restituere, vel earundem æstimationem, si periêrint, licet levissimâ culpâ nautæ, cauponis & stabularii interitus aut aliud damnum contigerit, persolvere *l. 3. §. 1. ff. eodem.* ita ut recipientem non excusent casus, qui plerumque culpâ hominis præcedente accidunt, sed tantùm casus fatibilis, inevitabilis v. g. vis major, cui relinqui non potuit, à restitutione rerum liberet, ita tamen, ut nauta, caupo vel stabularius res tam infelici casu perivisse probare debeat *Struv. ff. b. t. tbes. III.* nisi aliunde prædictus casus satis notorius fuerit, obligantur autem res receptas vel earum pereuntium æstimationem restituere etiam nautarum, cauponum & stabulariorum hæredes *l. 3. §. 4. ff. b. t.* quia hæc actio est ex quasi contractu & rei persecutoria.

Præter dictam ex quasi contractu obligationem nautæ, caupones & stabularii tenentur etiam viatoribus & hospitebus ex quasi delicto, quando scilicet in caupona, navi vel stabulo ab aliquo eorum, quorum operâ caupo, nauta & stabularius utitur, damnum datum aut furtum factum est *§. ult. Inst. de oblig. quæ ex qu. delict. l. ult. ff. nautæ. caup. stab.* ratio hujus quasi delicti consistit in eo, quia boni & diligentis patris familias est explorare, cujus fidei & innocentie sint, quos ad operas sibi in navi, caupona aut stabulo præstandas recipit, hoc autem intermittens & operâ malorum ac infidelium hominum utens culpâ non caret, ergo *l. ult. in pr. ff. eod.* igitur hoc procedit primò, si damnum datum est ab illis, quorum operâ nauta, vel caupo aut stabularius utitur, secundò ut hujusmodi hominibus damnum datum sit in navi, caupona, aut stabulo, nam de damno extra navim, cauponam aut stabulum commisso nautas & caupones non teneri ex quasi delicto, decisum in *l. ult. pr. ff. eod.*

Debent autem juxta hanc Edicti partem nautæ, caupones aut stabularii pro damno à suis operariis & domesticis dato duplum refundere *cit. l. ult. §. 1.* quia Prætor hic etiam spectavit utilitatem publicam, vel voluit iter facientium securitati prospicere, cæterum hanc dupli pœnam, uti & alia similia exolevisse tradit *Vin. Inst. de oblig. quæ ex qu. delict. §. ult.* unde

fatis est, si damnum viatori aut hospiti datum, in simplo resarciatur. Potest tamen nauta, caupo & stabularius omne periculum à se avertere, si vel nimiam ignotorum hospitem & viatorum copiam in navi, aut caupona videns, vel de eorum, quorum operâ uti necessitate habet, animis & fidelitate non potuit se adhuc satis informare, prædixerit, ut quisque res suas servet & custodiat, nequè se damnum præstaturum esse *cit. l. ult. §. 1.* huic enim protestationi si viatores & hospites non contradixerint, sed ultro in navi aut caupona remanserint, censentur custodiam rerum suarum in se recepisse, quæ porro actiones cum his duabus concurrant, consuli possunt DD. tam *ff. ad b. t.* quàm *Inst. §. ult. de oblig. que exqu. delict.*

CAPUT XVI. De constituta pecunia.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit constituere & cur ex constituto detur actio.*
2. *Constitutum fieri potest per epistolam.*
3. *Constitui potest debitum proprium & alienum.*
4. *Debitum civile tantum constitui non potest.*
5. *Non valet constitutum ultra prioris debiti quantitatem.*
6. *Alterum soluturum esse, constitui non potest.*
7. *Se & alterum soluturum constituens saltem pro ratâ tenetur.*
8. *Cum actione de constituta pecunia concurrat etiam actio ex priori debito.*

Constituere hõc locõ est nudõ pactõ promittere illud, quod vel à constituyente ipso vel ab aliquo alio debebatur jam antea §. 9. *Inst. de act.* hujusmodi promissio olim non producebat effectum, nec constituentem obligabat, quia cum fiat sine præcedente stipulatione, reputabatur pro nudo pacto, quod actionem non tribuit, prætor tamen naturali æquitati favens hujusmodi constituta libero consensu facta custodire se ait, quoniam grave est fidem datam fallere *l. 1. in princip. ff. b. t.* ratio hujus ulterior in eo consistit, quia per constitutum id, quod jam ex aliqua causa præcedenti debetur, novâ conventionem stabilitur, atque cum debiti prioris reflexione confirmatur; Nec refert, quõ modõ constitutum factum sit, signis, verbis, per literas aut Nuncium inter præsentem vel absentem *l. 13. §. ult. ff. de Constit. pecun.*

2 Hinc in *l. quidam. 26. ff. eodem J. C.* ait, si aliquis ad creditorem ejusmodi literas fecit: decem, quæ Lucius Titius à te mutua acceperat, apud me salva habes, scribentem actione de constituta pecunia teneri, idem habetur in *l. Titius. 24. ff. eodem.* Prætor enim non inspicit solennitatem, sed animum constituentis se se obligare volentis, cum naturali æquitati nihil tam conveniens sit, quàm voluntatem domini rem suam in alium trans-

transferre, aut pro alio debitum solvere volentis ratam haberi §. per traditionem 40. *Inst. de rer. div.* Et in hoc constitutum pro alio factum differt à fidejussione, quæ non aliter, quàm stipulatione & verbis ore prolatis perficitur.

Constitui autem potest debitum proprium & alienum, nisi mulier 3 alienum debitum constituisset, debitum enim alienum constituere est fidejubere & intercedere pro alio, quod mulieribus interdictum est l. 1. §. 1. ff. b. t. nec refert, an debitum illud proveniat ex obligatione mixta, id est naturali & civili simul, an ex naturali tantum *cit. l. 1. §. debitum autem ex quacunque.* debitum enim naturaliter tantum verum debitum est, proinde id, quod civiliter tantum debetur, in constitutum deduci non potest, ratio quia ad valorem constituti requiritur, ut debitum subsit, pecunia autem civiliter tantum debita jure & vinculo æquitatis, non est debita l. 3. §. 1. ff. b. t. ergo. Non valet autem constitutum ultra præcedentis debiti quantitatem l. 11. §. 1. l. 12. ff. eod. quamvis pro alio constituens minus, quàm debetur, se soluturum esse promittere possit, etsi nulla quantitas in constituto reperitur expressa, præcedentis debiti quantitas constituta esse censeatur. l. 14. ff. eodem.

Deindè ut constitutum subsistat, debet aliquis promittere, se soluturum esse, non verò alium l. 5. §. 4. ff. b. t. quia alieni facti promissio inutilis est, cum aliena facta non sint in nostra potestate §. si quis alium 3. *Inst. de inutil. stip.* interim tamen, si quis dixit se & alium soluturum esse, 7 & ille alius, quem nominavit, non consentiat, nihilominus pro rata tenebitur *Autb. si quando c. de constit. pec.* est enim actus potius interpretandus, ut pro parte valeat, quàm totus pereat, tenetur porro non tantum constituens ipse, sed etiam hæredes illius l. 1. c. de constit. pec. & quidem post tempus constituto expressè adjectum, vel multo appposito tempore modicum tempus constituenti non tamen minus, quàm decem dierum indulgendum est l. 21. §. 1. ff. b. t. concurrit præterea cum hac actione, 8 etiam prior, quæ vel contra constituentem proprium vel alienum debitum competat, nam constitutum se se habet per modum accessorii, per quod principale non tollitur l. 28. ff. b. t. si tamen una actione conventus solutionem accepit, altera actio cessat l. 18. ff. eod. quia bona fides & æquitas non patitur, ut idem bis exigatur.

CAPUT XVII. ET ULTIMUM.

Quæ in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur.

SUMMARIUM.

1. Gesta à debitoribus in fraudem creditorum sunt revocanda.
2. Enumerantur requisita ad hanc revocationem necessaria.
3. Fraus consilii & eventus adesse debent.

VVV

4. Pro

4. *Probatio fraudis incumbit creditoribus eam allegantibus.*
5. *Creditoribus pro rebus revocatis non tenentur refundere pretium.*
6. *Moto creditorum concursu non potest debitor uni præ altero quidquam solvere.*
7. *Ponitur dissertationis conclusio.*

I Nsigne etiam æquitatis specimen suo edicto Prætor edidit, dum in eo edixit ita: quæ fraudationis causâ gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoravit, de his curator bonorum, vel ei cui ea de re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo; idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit servabo *l. 1. b. t.* ratio hujus Edicti ibidem redditur ista: Necessariò enim Prætor Edictum hoc proposuit, quo consuluit creditoribus revocando ea, quæcunque in fraudem eorum alienata sunt *cit. l. 1. §. 1.* itaque si malitiosi debitores ad defraudandos & eludendos creditores bona sua alienarunt, creditores discussis reliquis debitoris bonis advertentes eum factum esse non solvendo alienata revocare possunt, iniquum enim esset creditores fraudulento debitorum factò solutione debiti sui defraudari.

2 Requiritur autem primò, ut aliquid à debitore sit fraudulenter gestum, quod vocabulum hòc locò latè patet & denotat illos actus, quibus aliquid in bonis debitoris esse desinit, sive deinde id fiat per venditionem, pactum liberatorium, donationem, pro derelicto habitationem, & alius occupaverit *l. 1. §. 2. cum leg. seqq. ff. b. t.* secundò debet tale quid esse gestum quo ex bonis debitoris res exivit *l. 3. §. ult. ff. b. t.* hinc ad istud Edictum non pertinent omissiones aquirendi, & se locupletiolem reddendi, hinc hæreditatem in fraudem non aditam creditores vi hujus Edicti revocare non possunt, quia prætor tantum prohibet nè debitores patrimonia sua diminuunt, non verò præcipit hòc Edictò, ut ea auctiora reddant *l. 6. ff. eodem.* & non fraudantur creditores, dum debitor aliquid non acquirit, sed dum aquirit diminuit *l. 134. ff. de reg. jur.* excepto filco & favore pupillorum *l. in fraudem. 45. ff. de jure fis l. 5. §. 8. ff. de reb. eor. qui sub tut.* Tertio debet alienatio contingere infraudem creditorum *l. 1. p. ff. b. t.*

3 Non sufficit autem solus animus & propositum creditores fraudandi, sed insuper requiritur fraus eventus, ut in excussione bonorum debitoris debitor non solvendo esse reperiatur, nam licet de animo fraudulento debitoris constat, si tamen reliqua debitoris bona creditoribus sufficiant hi conquerendi occasionem nullam habent *l. 10. §. 1. ff. eodem.* & quidem in alienatione titulo oneroso facta requiritur fraus ex parte alienantis, & accipientis, in alienatione titulo lucrativo facta sufficit fraus ex parte alienantis *l. 6. §. 2. § 4. ff. b. t.*

4 Verum cum creditores asserant alienationem fraudulenter esse factam, probatio fraudis illis incumbit *l. 1. l. 2. c. b. t.* fraudis autem probatio est difficillima, quia consistit in animo, proinde non respicit conjecturas

Cap. XVII. Quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restit: 263.

Eturas praesumptiones, & indicia v. g. hi creditores contrahentibus cum debitore denuntiant ne res ab eodem accipiat *l. 10. §. 3. ff. b. t. si debitor.* nullam rationabili causam ductus universa bona vel majorem eorundem partem alienat clam, praesertim etiam levi pretio *l. 17. §. 1. ff. eodem.* videatur *Trentacinus. lib. 2. var. resol. de except. resol. 4.* ex eo solo autem, quod accipiens rem a debitore obarato sciverit eum habere creditores, fraus non eruitur *l. 10. §. quod ait Praetor sciente te. ff. b. t.* potuit enim accipiens sibi persuadere debitorem adhuc ex reliquis bonis creditoribus idonee satisfacturum esse.

Restituenda praetera sunt creditoribus omnia in fraudem alienata cum omni causa *cit. l. 10. §. 18.* ita ut omnia in pristinum statum revocentur, non aliter quam si alienatio nunquam fuisset facta *cit. l. 10. §. 22. §. l. 14. ff. b. t.* quo casu creditores pro rebus fraudulenter alienatis & nunc revocatis non tenentur emptoribus pretia refundere, sed si pecunia pro pretio data apud debitorem adhuc extat, ea restituenda est *l. si debitor. 67. l. ex bis. 8. ff. eod.* dicta aded procedunt, ut si possessis jam bonis id est moto creditorum concursu debitor uni praeter altero debitum solverit, etiam hoc solutum per reliquos creditores revocari possit, pendente enim dicto concursu, & bonorum discussione omnium creditorum par est conditio, & bona communia, ita, ut nec Judex uni gratificari possit *Mev. p. 3. decis. 141.* tempus pro hac alienatorum revocatione statutum est annus utilis, qui incipit a die excussorum bonorum, ab hoc enim tempore notitia aquiritur, an debitor solvendo sit, & creditores revocatione opus habeant vel non *l. 6. §. ult. ff. b. t.*

Plura quidem magnam aequitatis laude conspicua Praetorum edicta, v. g. in materia interdictorum bonorum possessionis extant, sed quia themati meo quo ostendere intendi, Praetores semper aequitatis neglecto juris rigore studiosos fuisse, suprarecensorum edictorum exemplis abunde satisfeci, & praetera dissertatio isthaec Clementissimum Augustissimi Maecenatis conspectum subire in dies ferventius ambit, longior de Praetorum edictis tractatus nunc relinquendus, mihi vero, ut optatam metam assequar, amplectendus fuit operis finis.

F I N I S.



