







Et altera pauperum inter conjuges est vetita: Quorum mixtum ut
Conjug^{em} Donatarium fructus Naturalis ex re donata non efficitur?
Quid ergo mixtum ut Bone fidei Emptor percipiens fructus etiam
ex re aliena reos interum faciat n̄ tantum opera eius acquisita,
sed et Naturalis? Hec ergo Responsa hinc ream experientiam relin-
quet ut de fructibus facilius decedat: Hæc Cavillationes ad conciliandas
reversitas leges excogitatas, vana q̄. sophismata, ut Sol tenebras exci-
pellit: Conciliat hæc Nexas, namut hæc contentiones, Hæc efficit ut si
de fructibus discutitur, Unum utique quod suum est Santum Rectum
Conservetur. Haecenus & conciliandas reversitas legib. egimus,
et de fructibus extantibus exuiffimus! Quid ergo de fructibus
ante liti Contestationem consumptis dicemus? Poterit es
Bone fidei Possessor irrevocabiler idos facere? Quod d affirmas
iram Decisionem, aut nullus est, aut pauci erunt, qui
utentant: Sed am Bone fidei & Hæc est vnde contumacia
inter d. d. quæstio, no. 100.

dicemus
sententia
conjugem
sententia
conjugem
sententia
conjugem

Audivisti jam, Vixi paucissimi, testis tua fronte opposita
a variis variis discussis, a plurimis solute exagitate, et a paucis
aliquantisper
oblitis: Nos autem in tanta legum varietate reconcita, quid sta-
tuemus? fatebimur has leges esse sibi contrarias? Absit. Respon-
sa dabimus legem fructuum interpretando in bonae fidei possessi-
one ex titulo lucrativo, legem autem Bonae fidei emptorum in pos-
sessore ex titulo oneroso? Hec licet Responsus rationi mole non
coneat, plurimus nostris testibus non haud infimae Notae Expositioni-
bus inveniri displicuisse: Responsa jactabimus inam legem
exponenda in Possessore bonae fidei justo titulo munito, Nam
autem in Possessore justo titulo restituta? Hec non paucis
audiet, mihi tamen etiam alludescit, Certissime namque
iuris est, ut donatio ex qua una pars sit locupletior,





100

01

100

100

[Scribble]

an Carlos ...

San Carlos Borromeo, y para q comete lo

fiamo, el S. B. D. Ph. Mariano de Ace

Arauco. Arauco Arauco. P. B. Luis

Am. y v. or. mio.

SAN CARLOS

borromeo.



San Carlos Borromeo

San Carlos Borromeo

San Carlos Borromeo

2/10/18

COMMENTARIUS

A D

D. JUSTINIANI INSTITUTIONUM

IMPERIALIUM

IV. LIBROS,

A

JOAN. GEORGIO KEES

J. U. D. AULÆ, ET JUDICIORUM ADVOCATO,
Reverendissimi & Celsissimi D. D. S. R. I. Principis & Episcopi VIENNENSIS Consiliario Consistoriali, nec non incliti Reverendissimorum & Amplissimorum Inferioris Austriae D. D. Pralatorum statûs S. S. Canonum Professore, compositus:

ET IN ANTIQUISSIMA AC CELEBERRIMA

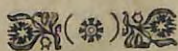
Universitate VIENNENSI studiosæ Legum Juventuti in
Privatis Collegiis expositus.

EDITIO SEPTIMA,

MULTIS A MENDIS REPURGATA, ET IN QUÆ
omnia, quæ in prioribus germanice scripta occurrebant, continuo
latinae orationis stilo, in gratiam exterorum adornata sunt.

CUM APPENDICE

Continente modum legendi & scribendi citationes utriusque Juris.



LUGDUNI,

Sumptibus SOCIETATIS.

M D C C X L I X

INSTITUTIONUM

IMPERIALIUM

IN DISCIPLINA

A

JOANN. GEORGIO KEES

ET ALIUM. ET JUDICIORUM

REPUBLICAE

ET ALIUM. ET JUDICIORUM

REPUBLICAE

ET ALIUM. ET JUDICIORUM

REPUBLICAE

ET ALIUM. ET JUDICIORUM

REPUBLICAE

ET ALIUM. ET JUDICIORUM

REPUBLICAE

ET ALIUM. ET JUDICIORUM

REPUBLICAE

ET ALIUM. ET JUDICIORUM

REPUBLICAE

ET ALIUM. ET JUDICIORUM

REPUBLICAE

ET ALIUM. ET JUDICIORUM

REPUBLICAE



PROOEMIUM INSTITUTIONUM IMPERIALIUM.



Riusquam ad Prooemii explanationem tran-
seamus, ejus inscriptionem rubricam, seu
titulum examinabimus, qui ita sonat: *Im-
perator, Cæsar, Flavius, Justinianus &c.*
Quare meritò horum prædicatorum in-
lectum investigemus. *Imperator*: Imperato-
ris nomen olim, Imperio etiam penes Rem-
publicam residente, tribuebatur iis exerci-
tuum militarium Ducibus, qui victoriosi exi-
tissent, ut hoc nomine eorum honor au-
geretur: Neque denotabat Regiam potestatem, sed explicabat extraordi-
nariam armorum auctoritatem. Hinc & Julius Cæsar, & Augustus Regis
titulum recusarunt, ne Regiam potestatem denuò se velle inducere, vi-
derentur? Contentique fuere Imperatoris auctoritate: Toties verò Belli-
duces proclamabantur *Imperatores*, quoties rem militarem feliciter gessissent.
Hinc de Cæsare legimus, eum fuisse ter, quater, quinquies *Imperatorem*
renuntiatum. Gravin. *de Rom. Imp. num. 5.*

Hodie Imperator est *persona habilis ad capeffenda Imperii Regimenta*,
*ex illustri Germanorum Familia, ab Electoribus secundum leges funda-
mentales electa, ut Reipublicæ Romano Germanicæ, tanquam caput, &
administrator legitime præst.* Ita Lymn. *L. 2. c. 2. jur. publ.* Dicitur

persona,

persona, in singulari; quia unus tantum in Imperii Romano-Germanici caput eligi solet, & debet. Constat tamen om̄i duos veros Imperatores simul regnasse; ubi Imperium erat Diarchicum; sic testatur Julius Capitolinus, Marcum Antoninum, Philosophum, & Verum Antoninum pari majestate imperasse. Schamb. *Inst. Proem. pag. 3.* Sic Marcus Aurelius, & Ælius Verus duo Imperatores, Augusti nomine insigniti, imperium habuerunt commune. Petav. *Rationar. temp. part. 1. lib. 5. cap. 8.*

- 3 Dicitur *habilis*: Consistit verò illaabilitas primo *in natura*; ut videlicet sit mas & mentis compos, non monstrosus, non languidus: Quo ad ætatem, nulla est determinata; sic uti meminerunt Historiæ, Otto III. ætatis anno undecimo; Henricus III. duodecimo; Henricus IV. octavo; Carolus V. decimo nono: sic & Carolus VI. victoriosus Augustissimus nunc imperans Dominus, Dominus noster Clementissimus, natus An. 1684. Kalend. Octobr. Qui post obitum Josephi I. Augustissimi sui Germani in hæreditarias provincias Barcinone ex Hispanis evocatus, illa ipsa die, qua 1711. Iduum Octobr. Mediolani advenit: fuit à congregatis Imperii Electoribus, eorumque Legatis Francofordiæ Rex Romanorum electus, ibidemque Prid. Iduum Decemb. ejusdem autumnii Romanorum Imperator, dum annum ageret septimum, & vicesimum, coronatus est.
- 4 Secundò *in genere*: Ut nempe sit legitimo thoro genitus illustris, Germanus. Et quamvis Bodinus *lib. 1. de Republ. cap. 9.* mordicus defendat: Imperium Romanum traslatum in Gallos ex Caroli Magni persona, qui ex Carolo Martello, Francorum, seu Gallorum Principe natus erat; vel saltem Gallos non esse exclusos dignitate hac Imperiali, nec activè, nec passivè. Verior tamen est sententia, quam cum omnibus Jctis Germanis tenet vir celeberrimus Arth. Duck. *de Author. jur. civil. Rom. lib. 2. cap. 2. n. 2.* ubi ait ita: Imperii Occidentalis jus relictum est Germanis, inter quos septem viri Imperatores electionis jure constituerunt, quod continuo usu, & consuetudine inductum, per auream Caroli Quarti Bullam postea confirmatum est, & ex eo jure Imperatores Romano-Germanici hodie designantur. Qui *num. 3. & seqq.* testem allegat Pontificem Innocentium III. cujus verba ita sonant: Romanum Imperium in persona Caroli Magnifici à Græcis in Germanos fuit traslatum. *Cap. Venerabilem. 34. de Elect. & Elect.* Item Clementis V. Constitutionem *un. de jurejur. in prin.* Pro qua sententia facit, quæ habentur *cap. Ne pro defectu 41. in fin. de elect.* nimirum Ecclesiæ vacanti providendum in electione de persona idonea ex ejus gremio. Unde fit, quòd in recessibus passim

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM.

passim nuncupetur *das Heilige Römische Reich Teutscher Nation*. Habetur autem Germanus tantum is, qui ex sanguine immediatè Germano est ortus, etsi non sit natus in Germania. *Arg. L. 6. §. 1. ff. ad Municip. & L. 7. Cod. de Incol. lib. 10.* Sic Fridericus Secundus in Sicilia quidem lucem aspexit, & tamen quia patrem habuit Henricum Sextum Imperatorem Germanum, ad Imperium fuit evocatus.

Tertiò *in professione* fit fidelis, id est fit Religionis Catholicæ Romanæ; quod ipsum fatetur Justinianus *L. Inter claros. Cod. de SS. Trinit. cit. cap. Venerabilem.* Facit, quòd electus in Regem Romanorum præter cætera capitula, quæ juratò promittit, primò juret, se utpote primum advocatum velle defendere Sedem Apostolicam Romanam: uti videre est in Capitulatione electi Augustissimi Caroli VI. *in prin.* Et id ipsum virtualiter exigit Aurea Bulla *cap. 2. §. 3.* ubi continetur formula juramenti præstandi ab Electoribus, ejusque Nuntiis in Electione Regis Romanorum: Carolus Quartus enim, constituendo communem hanc juramenti formulam, abundè innuit, eligendum in Regem Romanorum debere esse fidei Catholicæ Romanæ. Siquidem Electores Ecclesiastici nullum judicabunt idoneum, nisi simul sit Ecclesiæ Romanæ fautor. Item jubet, Missam priùs decantari, eum in finem, ut ipse Sanctus Spiritus corda Electorum illustret, & eorum sensibus lumen suæ virtutis infundat, quatenus ipsi tanto fulti præsidio eligere valeant hominem justum &c. *d. cap. 2. §. 1.* Jam nequaquam id evenire potest, ut Sanctus Spiritus sensibus Electorum infundat, ut eligant in Regem Romanorum, futurumque Imperatorem, virum à fide Apostolica Romana alienum. Facit & juramenti formula, quam & Vitriarius *lib. 1. Inst. Jur. Publ. tit. 8. n. 2. vers. Ante,* recitat.

Quartò, *in Virtute* fit pius, justus, bonus, utilis *d. §. 1.* habeatque 6 cæteras ad tam Augustum Regimen virtutes. Schamb. *Proëm. Inst. pag. 4.* Dixi in definitione: *secundùm leges fundamentales*: id est, conformiter Imperii Romano-Germanici Constitutionibus hac super materia latis; qualis est Aurea Bulla. Dixi *ab Electoribus*, seu à Collegio Electorum; quod roboratum, & confirmatum est per Auream Bullam *cap. 4.*

Quis autem hos Romano-Germanici Imperii Electores & Proceres instituerit, variant authores. Nam ut dictum *num. 4.* Arth. Duck. vult Imperium Romano-Germanicum esse electivum, usu & consuetudine. Besoldus *de jur. publ. p. 1. c. 6.* dicit, illud esse factum electivum ab Ottonne III. liberis carente; quod tamen sub Ottonibus erat successorium.

Schamb. *cit. pag. 4.* Qui plura scire cupit, consulat Struvium *Histor. jur. cap. 10. §. 13. & seqq.* Certum est Collegium hoc Electorale esse perantiquum. Nam & de eo Innocentius III. S. P. jam fecit mentionem A. Christi 1208. *Cap. Venerabilem* ✕ *de Elect.* &c.

- 8 Initio erant septem, creati ex potentioribus Germaniæ Principibus; tres Ecclesiastici, nimirum Archiepiscopus Moguntinus: Trevirensis, & Coloniensis: Et quatuor laici, nempe Rex Bohemiæ, qui utpote Regia Majestate insignitus, meritò inter Electores laicos obtinet primatum; palatinus Rheni, in cujus locum successus est Dux Baviariæ; Dux Saxoniæ, & Marchio Brandenburgensis. Aurea Bulla *cap. 4. §. 4.* Electorum singuli habent certa sibi designata Imperii Archi-Officia: Sic primus est Archi-Cancellarius per Universam Germaniam; Secundus Archi-Cancellarius per Galliam, & Regnum Arelatense; Tertius Archi-Cancellarius per Italiam; Quartus est Archi-Pincerna; Quintus Archi-Dapifer; Sextus Archi-Marescallus; Septimus Archi-Camerarius. Quo autem tempore hæc Archi-Officia coeperint, incertum est. Cæterum quatuor Electores laici suos habent subofficiarios: Sic Dux Bohemiæ subofficiarium habet de Limburg, qua familia jam extincta, hodie Comitem ab Altann: Secundus habet hodie Dominum de Waldburg, extincta familia Nortenbergiana; Tertius Comitem de Pappenheim; Quartus Comitem de Falkenstein; Hodie Comitem de Hohenzollern. A. B. *Cap. 26. §. 6.* Quòd si verò Electores sint præsentés in Curia Imperiali, ipsi ministrare debent. *d. §. 6.* Electorum numerus, eorùmq; Archi-officiorum sequentibus versibus comprehendit Martinus Polonus:

Moguntinus, Treverensis, Coloniensis,
 Quilibet Imperii sit Cancellarius horum
 Et Palatinus Dapifer, Dux portitor ensis,
 Marchio Præpositus Cameræ, Pincerna Bohemus.

Hi statuunt Dominum, cunctis per sæcula summum.

- 9 Septemvirale hoc Collegium duravit usque ad An. 1648. Quo regnante Augustissimo Ferdinando III. Electoralem dignitatem recuperavit Palatinus Rheni, in cujus locum successus erat Dux Baviariæ uti *supr. n. 8.*
 Non tamen propterea Dux Baviariæ dignitate hac Electorali excidit: Ecce octavum Imperii Romano-Germanici Electoratum, in persona Domini Caroli Ludovici, Palatini Rheni, dicto anno, die 24. Octobr. instrumento Pacis Osnabrugensis, renovatum; Estque Imperii Archi-Thesaurarius; subofficiarium habet Comitem de Sinzendorff. Tandem anno

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM.

1692. 19. Decembr. in persona Ernesti I. Ducis Hannover. creatus fuit nonus Electoratus; cujus filius Georg. Ludov. 7. Sept. 1708. in Collegium Electorum, extincto patre, fuit introductus, imperante Augustissimo Josepho I.

Electus ad Imperium Romano-Germanicum coronabatur olim triplici corona. Primò ferreà, ut ostenderetur fortitudo; Hanc ipsi imponebat Aquisgrani Archi-Episcopus Coloniensis. Secundò argenteà, ad ostendendum animi candorem, in Principibus requisitum: Eam ingressus Italiam recipiebat ex manibus Archi-Episcopi Mediolanensis. Tertiò aureà, ad denotandam Imperii excellentiam: Namque sicut aurum præstat cæteris metallis; ita Imperialis splendor omnes reliquos & Principes antecellit: Hac Romæ coronabatur à Papa. Hodie verò unâ tantum eaque clausâ coronatur, & quidem olim à Moguntino: Quod jus Coloniensis Archi-Episcopus, eo quòd Aquisgranum, Coronationis locus, in Coloniensi Ditione situs esset, sibi dein attribuit; & per A. B. quoque ipsi fuit confirmatum. Utroque Archi-Episcopo de hoc jure multùm disceptante; lis sequenti transactione fuit sopita: ut, si Imperator sit in Ditione Coloniensi coronandus, coronationem peragat Coloniensis; si in Moguntina, Moguntinus; si in neutrius, alternare debeant. Vitriarius, *Inst. jur. publ. lib. 1. tit. 8. n. 2. vers. Tandem*. Rotunda & clausa est corona illa, in summitate gerens mundi figuram, ut denotetur Imperium esse præcipuum totius orbis regnum. Schamb. *Inst. Proæm. pag. 5.*

Redeamus jam ad nostram Procemii epigraphen, quæ ultro habet, *11* *Cæsar*: Nomen hoc mutuavit Justinianus à Julio Cæsare, qui ita appellatus ob oculos cæcios, quos habuit, vel à cæsarie, cum qua natus: vel ex eo, quòd cæso matris utero natus sit; Quæ postrema ratio à pluribus approbatur. Post Julium Cæsarem nomen hoc primò transit in Octavianum unâ cum Julii Cæsaris hæreditate; dein designare coepit spem & sponsonem Imperii: Sic legimus Titum, & Domitianum Vespasiani filios fuisse in ipsa patris creatione *Cæsares* à Senatu compellatos; cum nomen hoc à Senatu nullus obtineret, nisi Imperatoris filius esset naturalis, aut adoptivus; ut sic nactus favorem Prætorianorum, utpote ex Augusti familia, faciliùs post patris obitum nomen Augusti fortiretur, quo plena & perfecta dignitas, & potestas Imperatoria intelligebatur. Hæc Cæsaris dignitas etiam ab aliquibus Imperatoribus filiis tributa fuit. Gravin. *de Rom. Imp. num. 33.* Ad horum exemplum, & hodiernis moribus *Cæsarem* nominamus eum Principis filium, qui designatus est Majestatis fuc-

cessor,

cessor, qualem in Germania vocamus *Regem Romanorum*, in Gallia *Delphinum*, in Hispaniis *Asturiarum principem* &c. vid. Hop. *Proem. Inst.* pag. 4.

12 *Flavius*: Et in hoc dissident authores; Nam aliqui volunt, eum fuisse ortum ex nobili familia Flaviorum: Ast his contrariatur *Ægidius Perinus* qui scribit, *Justinianum* fuisse natum ignotis & obscuris parentibus. Alii credunt eo, quòd *Flavios* devicerit; Sed historià id non docemur. Probabilior est *Mynsing.* doctrina, qui ait, Imperatores Orientis solitos esse, nomen sibi hoc præponere ob *Constantini Magni*, nomine *Flavii*, memoriam. *Schamb. loc. cit. pag. 6.*

13 *Alemanicus, Gothicus, Franciscus, Anticus, Vandalicus*: Agnomina hæc sibi adscivit à devictis hostibus; permulta enim habuit bella. *Pius*: Nomen hoc Imperatores participarunt ab *Antonino Pio*, uti testatur *Justinianus*, cujus verba sunt: *Antoninus, Pius cognominatus*, quo etiam ad nos appellatio hæc pervenit. *Novel. Ut Libert. de cætero aureo non indig. annul. 78. cap. 5.*

14 *Felix*; Quia non tantum in coërcendis hostibus; sed etiam in firmando legibus Imperio felicem vidit successum. *Inchytus*, id est, rebus gestis *Clarus*, & *Magnificus*. *Victor*, ac *Triumphator*; nimirum ob plures victorias, & triumphos reportatos, de quibus videri potest *Mynsing. Inst. Proem. Augustus* ab *Octaviano*: Hic enim rebus *Populi Romani* prospere gestis Imperatoris nomen ab initio assumpsit; ut verò tot nationum victor ab aliis mortalibus fecerneretur, nolens Rex appellari, ne Regum memoria ipsi obesset, *Augustus* fuit à *Senatu* renuntiatus, quod vocabulum rebus sacris ac divinis usitatum erat; ut se *Deorum* quodammodo nomine tueretur. Tribus istis appellationibus nempe *Imperatoris, Augusti, & Cesaris* exprimebatur in *Octaviano* rei militaris arbitrium, splendor dignitatis, & successio. *Gravin. de Ort. & Progress. jur. civil. n. 105.*

15 Vocabulum *Augustus* præcedit adverbium *semper*, quod non *Justinianum*, sed *Fridericum I.* præmississe volunt authores. In Imperatoribus Romano-Germanicis appellatio hæc *Augustus*, derivatur ab augendo: Nam vi *Capitulationum*, quæ cum ipsis ineuntur, obligantur ad augendum Imperium, & ad revocandas partes alienatas. Hop. *Proem. Inst.* pag. 4. Hinc se scribunt. *Allezeit mehrere des Reichs.*

16 Tandem concludit inscriptionem ita: *Cupida legum juventuti S. D.* Ecce benevolo animo, & per modum *Epistolæ familiaris*, *Justinianus* tradidit suas *Institutiones Imperiales cupidæ legum juventuti*. Ex his verbis colligitur,

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM.

colligitur, duo in studioſo juris requiri; Primò, ut ſit cupidus, & ſedulus, non ſegnus, non laborum impatiens; ſunt enim jura vigilantibus ſcripta *L. Pupillus 24. in ſin. ff. Quæ in fraud. cred.* Secundò ut ſit juvenis, quia juvenis eſt plerùmque ſenibus docilior; difficile enim eſt veterem hominem informare. *arg. L. Præcipiunt 37. ff. de Ædilit. Edict.* Non tamen propterea repellendi ſunt ſenes à ſtudio juris; pulchrè enim Julianus *L. Apud Julianum 20. ff. de fidei-commiſ. Libert.* inquit: Eſſi alterum pedem in ſepulchro haberem ſeptuagenarius, non tamen addiſcere me pigeret. Sic Accuſius jam quadragenarius ſe ad ſtudium juris contulit, ſuòque labore, & induſtria effecit, ut advocatorum idolum appelletur. *Gravin. loc. cit. n. 155.*

Absoluta inſcriptione tranſeamus ad ipſum Proœmium, ſeu præſationem 17
Inſtitutionum; ſolent enim præſationes nos libentiùs ad lectionem propoſitæ materiæ perducere, & cùm ibi venerimus; evidentiore præſtant intellectum, *L. 1. in ſin. ff. de Orig. Jur.* Hoc præmiſſo Proœmii principium ità ſonat: *Imperatoriam Majeſtatem non ſolum armis decoratam, ſed etiam legibus oportet eſſe armatam.* Dum Imperator epitheton legibus conveniens attribuit armis, oſtendere voluit, alterum alterius auxilio ſemper egere; ſiquidem tam militaris res Legibus in tuto collocata eſt, quàm ipſæ leges armorum præſidio ſervatæ ſunt. *Præf. de Juſtin. Cod. confir. in princ.* Hinc Imperator Conſtantine ait, jura ultore gladio armari. *L. Cùm vir. 31. Cod. ad leg. jul. de adult.* Eſt & elegans textus in *L. Advocati 14. Cod. de Advocat. diverſ. judicior.* Inde arma & leges fraternizare dicuntur apud Beſold. In duobus enim Principis inſtitutum conſiſtit maximè, in jure dicendo, & in populo ad bellum educendo, reducendòque, ut quem cives antea viderent juſtiſſimum, eundem in frangendis hoſtium auſibus experirentur potentiffimum. Quæ: An ex eò, quòd Imperator arma præmittat legibus, voluerit militibus aliquam dare prærogativam præ litteratis? vid. *Hop. Inſt. Proœm. pag. 5.*

Proponitur & ſequens quæſtio: An igitur Juſtinianus officio ſuo rectè 18
ſit functus; *R.* Affirmativè: Probatur hoc ſyllogiſmo: Imperator armis decoratus, & legibus armatus rectè fungitur ſuo officio; Atqui utrumque reſidebat in Juſtiniano; Ergò rectè functus eſt ſuo officio. Major deſumpta eſt ex Proœmii initio, Minor probabitur *ſeqq. S. S. Schamb. Proœm. Inſt. pag. 8.*

Quare verò hæc duo conjunctim habere debeat Imperatoria Majeſtas: 19
Rationes tres aſſignantur in textu; Prima, ut utroque tempore, tum
Kees ad Inſtituta. † † † pacis.

P R O O E M I U M

pacis, tum belli, rectè possit Respublica gubernari. Secunda, ut Romanus Imperator non solùm in hostilibus præliis victor existat, sed etiam per legitimos tramites calumniantium, seu delinquentium iniquitates expellat, & quivis sciret, qualiter jus suum, non propria autoritate, persequi debeat. Tertia, ut non solùm lætetur victis hostibus, magnificisque triumphis, sed & nomen mereatur Principis jurium religiosissimi. *vid. text, in prin.*

- 20 Observa, per Imperatoriam Majestatem intelligi posse quamvis Rempubli-
cã: Est autem Respublica, *Civium multitudo, rerumque inter eos communium, summa potestate, rectaque ratione, gubernata.* Ubi vides, materiam Reipublicæ esse homines cives, formam verò administrationem; finem, publicam felicitatem. Respublica triplex est Monarchia, dum suprema Majestas penes unum solum residet. Aristocratica, dum Reipublicæ gubernandæ clavum tenent plures; quos optimates, seu Ephoros vocare consuevimus. Democratica, seu Poliarchica, seu Anarchica, dum suprema illa potestas est penes totum Populum. Potestas illa suprema solum quærat publicam utilitatem; Cæteròquin, si primariò respiciat commodum privatum, tum Monarchia deflectet in Tyrannidem; Aristocratiã transibit in Oligarchiam; & Democratia vertetur in Ochlocratiam. Schamb. *Proem. Insf. pag. 9.*

§. Q U O R U M I.

- 21 Probatur jam minor syllogismi n. 16. positi, cujus prima pars ostenditur à devictis hostibus, & subjugatis rebellibus, Dictionique Romanæ adjectis. Secunda eruitur ex verbis finalibus §. Quæ sunt: Omnes verò populi (intellige à Justiniano devicti, & qui priùs Romano Imperio jam erant subjecti) legibus tam à Nobis promulgatis quàm compositis reguntur. Per leges *promulgatas*, intellige leges à Justiniano conditas, & editas, ab ipso verò Justiniano in ordinem redactas; Etenim teste Pomponio L. 2. §. 2. *in. fin. ff. de Orig. jur.* Alias leges componimus; ergò proprias promulgamus. Verùm propositio hæc minor cum sua conclusione posset videri arrogans. Quapropter volunt Authores, eam non fuisse Justiniani mentem; quippe qui simili argumento id primariò quæsit, ut *vis studiosis*, quibus absoluto legali studio promittit provincias gubernandas §. *fin. Proem.* ostenderet, quid Principi tunc suggerere debeant.

Continuatur probatio secundæ partis assumpta; dicitque, quòd sacra-²²
tissimas Constitutiones ante confusas, & immensa veteris Jurisprudentiæ
volumina in luculentam erexerit consonantiam; Ast de his tractat juris
Historia. Ex qua juris Tyroni duo notanda occurrunt. Primum: Quòd
Imperator Justinianus, culmen Imperii Romani annò Christi 527. adeptus,
gravissima etiam inter bella, miro ardore studuerit, jus Civile Romanorum
in faciliorem, & breviorum ordinem redigere; atque id ipsum
perfecerit. Secundum: Quòd jus Civile Romanorum, auctore eodem.
Justiniano, quatuor voluminibus, seu partibus (Digestis, Institutionibus,
Codice Repetitæ Prælectionis, & Novellis) jam comprehendatur, quæ
collectivè acceptæ, *Corpus Juris Civilis* appellari vulgò solent.

Occasione §. hujus quæritur: An in nostro corpore juris invenire sit²³
antinomiam, seu textus formamiter, & directè sibi contrarios? Non dif-
fietur quidem ipse Imperator, nonnulla videri apparenter contraria. Nam
postquam dixisset, se jus collegisse ex tantis myriadibus, subjungit: *In
nullo aberare Divine utique solius, non mortalis est constantiæ* L. 1. §.
4. L. 2. §. 14. 26. L. 3. §. 13. *Cod. de Veter. jur. enucl.* voluntque non
parvi nominis authores, in eo dari formales antinomias, Struv. *Hist. jur.*
pag. 267.

Verùm his obitat Justiniani autoritas, qui §. isto ait, à se omnia²⁴
fuisse redactam in luculentam consonantiam. Quo facit L. 1. §. 8. L. 2.
§. 15. *Cod. de tit.* Quod ipsum & vult Udalricus Zasius *Epist. ad Clau-
dium Cantianculum*, his verbis: Non nego, complura in legibus offen-
di posse, quæ pugnantiâ primis oculis apparent, si tamen introspexeris,
si ad medullam manus moliaris, jam propemodùm omnia tibi consonantia,
concordi, & junctissimè amica esse comprobantur: Et quæso, nonne in
ipsis Evangeliiis, & textibus sacrae Scripturæ, dari apparentes contrarietates
experimur?

Non tamen erit abs re nitiantibus proponere aliquot modos, quibus²⁵
textus apparenter contrarii reconciliari valent. Igitur primò, uterque tex-
tus est perlegendus, totus, uti vult *l. Incivile. 24. ff. de LL.* & viden-
dum, an non ex uno alteròque verbo erui possit resolutio. Tali modo
conciliatur L. 14. & L. 41. *in fin. ff. de contrah. empt.* Distinguendo vi-
delicet inter auratum, & auro coopertum. Secundò juvabit conferre præ-
cedentem & subsequenter legem, siue sint diversorum ictorum, siue ejus-

dem; Etenim compilatores Corporis juris non rarò brevitatis causâ, utràmque respexerunt: tali modo explicatur *L. 6. in fin. & L. 7. de serv. export.* Tertio perquirendum est subtili animo an non inter textus apparenter contrarios sit diversa, ut specialis quædam decidendi ratio, prout anxie hortatur Justinianus *L. 2. §. 15. Cod. de Veter. jur.*

Quarto recurrendum est ad Ictorum loquendi morem. Sic Scævola locutus est pressius; id est, non ultrò, quàm rogatus fuit, dum *L. Qui Romæ 122. §. fin. ff. de V. O.* ait in casu ibidem proposito poenam esse ipso jure commissam; Paulus verò locutus est, plenius, seu abundantius, dum in simili casu distinctione utitur *L. 12. §. 2. ff. de Pact. dotal.*

Quinto inspiciendum est, an fortè textus unus loquatur de juris rigore, alter de æquitate. Exempla sunt *Rogasti 11. L. singularia 15. ff. de Reb. cred. & L. Qui negotia 34. in prin. ff. Mandat.* Prioribus enim leges loquuntur de juris rigore, posteriores de æquitate, seu benignitate. Sextò, videndum, an textus discrepantes non allegent diversorum Ictorum sectas; & tunc sectæ illius responso standum est, quod appobatum invenitur; vel si distinctione quædam combinantur, eandem acceptamus. Exemplum est *§. 25. Inst. de Rev. Divis.* Septimò, juvabit distinctio inter licitum, & honestum. Sic combinari debet *L. Qui jurisdictioni 10. ff. de jurisdict. & L. in privatis 77. ff. de Judic.* Octavò, facienda est distinctio inter lucrum, & damnum; quæ distinctio maximè deservit materiæ de juris & facti ignorantia. Nonò, considerari potest, an unus textus fundetur in jure ordinario, alter in jure speciali. Exempla habentur *Inst. lib. 2. tit. 1. §. 32. 33. & 34.*

Decimò discernendum est jus Civile, à jure Prætorio; jus enim Civile nonnihil denegat, quod concedit jus Prætorium. Sic filius emancipatus, à patre præteritus in testamento, nullum de jure Civili contra illud habet remedium, secus de jure Prætorio. Undecimò, explorandum, an in unam eandemque personam non cadat diversus respectus: adeò ut uno respectu sit ad aliquem actum habilis, altero inhabilis. Sic *L. 3. & fin. Cod. Qui legit. person. stand.* Statuitur, quòd minor viginti quinque annis non possit stare in judicio; verum reperitur diversum *L. 23. ff. de Minor.* Dic, prioribus textus intelligendos esse in propria causa, alterum verò in negotio alieno: sic dantur textus, qui dicunt, filium-familias non esse habilem ad faciendum testamentum; alii hanc facultatem illi concedunt; dic textus afferentes intelligi debere de filiofamilias, volente testamentum

mentum facere, de peculio castrensi, aut quasi castrensi; negantes verò de peculio adventitio.

Duodecimò, quærendum, an unus textus loquatur generaliter, alter specialiter; & tunc generalis restringetur per specialem; regula enim juris est: species derogat generi. Non enim potest species sub genere comprehendi ob sui particularem rationem. Sic *L. 1. ff. de Eo, quod certi. loc.* Dicitur: is qui certe loco promisit debitum solvere, si illuc non perveniat, poterit, in alio loco conveniri; verba tamen hæc *in alio loco* accipienda sunt in sensu accomodo, si videlicet sit locus talis, in quo debitor contraxit, aut habet domicilium. *L. Heres. absens. 19. §. fin. ff. de Judic.*

Decimo tertio indaganda est propria terminorum, quibus lex utitur, significatio; sunt enim termini ad res & loquentium mentem denotandam introducti; hinc tam in jure Civili, quam Canonico extat integer titulus de Verborum Significationibus. Qua observatione facile compones. *L. Naturalis. 5. §. 1. in prin. ff. de præscript. verb.* cum *L. fin. in prin. ff. de Condition. caus. dat.* In priori lege dicitur: si tibi pecunias dedi, ut rem acciperem, est emptio, & venditio; Econtra in posteriore habetur: si tibi pecuniam dedi, ut mihi Stichum dares, non est emptio & venditio. Ecce in utroque casu datur pecunia pro re; & tamen in uno casu est emptio & venditio, in altero non est. Unde pro solutione termini cujusque legis attendi debent. Sic lex quinta ponit casum, ubi tibi pecunias dedi, ut rem acciperem; quare merito dicitur esse emptio, & venditio; hujus enim contractus natura est, ut emptor pecuniam det pro re sibi vendita trahenda. Econtra *L. fin.* continet casum, quo tibi pecuniam dedi, ut mihi stichum dares, quæ mutua datio propria est contractus inno-

minati, *do, ut des.*

Decimo quarto Examinandum, an textus quidem non loquatur dispositive, requirens aliquid de forma; alter verò tantum narrative, seu enuntiative, quo posteriore casu actus omne habebit robur, licet non fuerit observatum id, de quo lex facit mentionem. Sic ex *L. Divus. 24. ff. de test. milit.* non bene infertur, ad militis testamentum requiri, ut ad illud convocentur testes. Decimo quinto: scrutari oportet, an materia aliqua in textu quodam proponatur, tantum incidenter, an verò ex professo, tanquam ad proprium locum, ut sedem suam ordinariam. Nam si Ictus materiam aliquam proferat in certa quadam lege incidenter tantum, sufficit, si materia illa cum lege continente conveniat in aliquo

tertio; unde non erit licitum ab illo argumentari ad sedem ordinariam: Hinc, est, quòd leges illæ, quæ solum incidenter de quadam materia meminerunt, dicantur *fugitivæ*. Sic *L. fin. §. ff. de Bon. eor. qui ante senient. mort. sibi consciv.* ex professo docet, puniendum esse eum, qui sibi impias manus intulit: Econtra *L. 9. §. 7. ff. de Pecul.* dicit: licet servis naturaliter in se sævire; Ergo, qui sibi manus impias intulit, non est puniendus; cùm poenam non mereatur, qui lege permittente agit. Verùm argumentum hoc ad sedem ordinariam, qualis hic est *L. fin.* non procedit; In hac enim Ictus ex professo docet, quid cum illis faciendum, qui in se sæviunt.

Plures modos solvendi antynomias apparentes suppeditabit tempus, & sedulum studium. Quòd si nulla supersit ratio conciliandi textus se collidentes, postremò recurrendum est ad juris correctionem, in qua sequens regula servanda est: Posteriores leges derogant prioribus, est enim voluntas posterior magis deliberata, quàm prior: dummodo in lege posteriore fiat aperta correctionis mentio. Nisi textus prior & posterior de eadem re prorsus contrarium statuatur, tunc posteriori erit standum, etsi in illo nulla fiat correctionis mentio Exemplum est in *Cap. 1. de Cognat. Spirit.* Ratio est, quia cùm Legislatores omnia jura habeat in scrinio pectoris, *Cap. 1. de Const. in 6.* ideo condendo legem posteriorem contrariam priori, hanc videtur tollere voluisse. Valens. *§. 2. n. 4. de Const.* Ne legislator contraria jura admittere videatur.

Not. Dum Imperator hic immensa illa veteris Jurisprudentiæ volumina vocat opus desperatum, dicere vult, quòd ante ipsum multi jam tantaverint eam in unum corpus contrahere, sed illum non impleverint; quos videre est. *Can. fin. Dist. 7.*

§. C U M Q U E 3.

26 Postquam Digesta essent composita, convocavit Justinianus primores Jurisconsultos, quos inter præcipui fuere Illustres, Tribonianus, Theophilus, & Dorotheus; Horum enim virorum solertiam, legum scientiam, & circa Imperialium jussionum executionem, promptitudinem; Justinianus multifariam sibi perspectam habuit; iisdemque specialiter mandavit, ut suasi autoritate Imperiali Institutiones componerent.

27 Finem autem Justinianus habuit sequentem: ut juris Auditores primam legum canabula non ab antiquis fabulis, sed ab Imperiali splendore appeterent. Multa enim antiqui fabulosa, ænigmatica, & superstitiosa docebant,

bant, quibus animi juvenum, qui ad primam venerunt legum audientiam perterrebantur, aut superflua, & inutilia docebantur. *L. un. Cod. de Nud. jur. Quirit.* Alii per verba illa, *ab antiquis fabulis*, intelligunt librum à Sexto Ælio compositum, qui liber inscribebatur *Tripertita*; siquidem in eo tria continebantur; Nimirum leges XII. Tabb. earum interpretatio, dein subtextæ erant earum legum actiones. Pomp. *L. 2. §. 38. ff. de Orig. jur.* Qui liber *Tripertita* jurium cunabula comprehendens, inchoantibus tradebatur; Verùm Justinianus studentium animos tanto honore, & felicitate dignatus est, ut voluerit eos studiis Legalis, initium, & finem fatiùs à voce Principali haurire. *t. h.*

Sed & perutiles profectò studiosæ juventuti sunt hæ Institutiones ex ra-28
tione; quia ante Justinianum studiosis jurium non priùs explicabantur Constitutiones Imperatorum, nisi emensi essent quadriennium, uti dicitur *in fin. Proem.* Nunc autem Legale studium ordiuntur ab illis Constitutionibus; siquidem negari nequit, Institutiones has esse opus novum à Justiniano constitutum: præterea multi in iis inveniuntur paragraphi desumpti ex aliis novis Constitutionibus Justinianeis.

Illustres igitur erant tres illi Institutionum Compositores; solertià, le-29
gum scientià, & fide. Sed & *Antecessores* nominantur: quò vocabulo intelligimus Magistros seu Professores juris, quales illi erant; ita dicti, quòd doctrinà antecedendo, discipulos in jurisprudentiæ penetrabilia deducerent: Ji verò jurisconsulti, qui forum sequebantur, *Togati* appellari solebant. Tribonianus, qui cæteris erat dignitate superior, dicitur Magnus, eò quòd initio fuerit Quæstor Sacri Palatii; erant autem Quæstores, penes quos legum, & juris cura residebat. *Tot. tit. Cod. de Quæstor.* Dicebanturque *Custodes justitiæ*. Item dictabant leges, preces, & responsa, subnotabant. Schamb. *h. ex L. in Cod. de divers. rescrip.* Exquæstoris nomen retinuit, ad instar Consulum, qui officio extincto dicuntur Exconsules; nostra ætate Quæstorum vocabulo mutato eos vocamus *Cancellarios*.

§. I G I T U R 4.

Traditur hic Institutionum definitio, quæ ità sonat: *sunt totius Legitime scientiæ prima elementa*: id est, sunt scientiæ juridicæ prima principia. Convertibilem hanc definitionem esse cum suo definito, minimè dubitatur; nam instituere in genere dicit aliquem rudimentis, regulis, & præceptis in aliqua scientia, vel arte erudire: quòd ipsum faciunt
Institutio-

Institutiones Justiniani in studio juris. Parum autem refert, five opus hoc voces Institutiones, licet iste terminus sit nitidior, five Instituta; quamvis Instituta, proprie loquendo significant mores. §. & non *Inst. de jur. N. G. & C.* Schamb. *h.*

§. I N Q U I B U S 5.

- 31 Non solum continent breviter, quod ante obtinebat, id est principia juris, & Constitutionum promulgatarum ante institutiones compositas verum etiam in iis nonnullae inveniuntur Imperiali remedio illuminata. Quapropter scrupulositates, ambages, & superstitiones, inceperant aboleri. Exemplum est. *Inst. de succession. subl.*
- 32 Comprehenduntur quatuor libris, quae divisio sane est arbitraria, vel metaphorica, ad exemplum quatuor elementorum naturalium; ars enim imitatur naturam. *Arg. §. 4. de Adopt. Cui simile quid invenitur Cap. 8. de Consang.* Considerata tamen triplici juris materia, de qua *Instit. iij. 2. §. fin.* commodius egisset Lribonianus, si Institutiones has tribus solum libris constrinxisset, uti opinatur Hop. *h.* Ratio vero, cur Justinianus eas componi mandaverit, est sequens: Ut juvenes hoc beneficio colorati, hisce quasi primitiis omnis legalis materiae imbuti, possint ad penetralia ejus intrare, & formam legum pulcherrimam, non conniventibus oculis accipere; & ita suffulti possint graviora & perfectiora legum scita sustentare: secus evenire opus foret, ut ab portae tam tantae sapientiae molem inidonei juvenes, vacillantes in ipsis legum vestibulis concidant. *Prasat. 2. ff. §. II.*

§. Q U A S 6.

- 33 Quatuor hi Institutionum Imperialium libri compositi fuere ex commentariis omnium Jurisconsultorum, qui ante Justinianum prima legum rudimenta induxerant, quos libros ipsi quoque Institutiones vocabant. *d. §. II.* in verbis: *Mandavimus, quatenus libris, quos veteres composuerunt, qui prima legum argumenta continebant, & Institutiones vocabantur &c.* Praecipue vero decerptae sunt ex commentariis Institutionum Caji Icti, & rerum quotidianarum, id est ab experientia rerum magis vulgatarum, & practicarum: Qui floruit sub Hadriano uti eruitur *L. utrum 7. ff. de Reb. dub.* Schamb. Hop. *h.*

Dices : Sub Hardriano vixit Cajus ; ergo non potest Justinianus in hoc §. 34 & §. 5. *Inst. de Publ. jud.* dicere *Caji nostri* ; siquidem Justiniani temporibus Cajus jam erat mortuus. R. Id fieri benevolentiae causa, eò quòd Justiniani Institutiones præcipuè ex commentariis Caji sint compositæ.

Eas autem ipse Justinianus, sibi à tribus iis Compositoribus oblatas legit, recognovit, & plenissimum suarum Constitutionum robur eis accommodavit, dicit, se eas legisse, & recognovisse : Unde errare videtur Suida, qui Justinianum dicit, nec elementarium, sed analphabetum fuisse : Nonnulli scribunt eum ideò analphabetum fuisse dictum ; Quia nimium volens sapere, desipuit. Etenim postquam Calcedonense Concilium approbasset, in quo hæresis Eutychniana, quæ verbi Dei & carnis unam esse naturam, docebat, damnata fuit, in eam tamen lapsus, & instigante præsertim Theodora sua Augusta & Triboniano An. Ch. 563. Imperii sui 37. relapsus est. Schamb. *hic*.

Dices : Institutiones has composuerunt tres illi viri Illustres : ergo non possunt dici Institutiones Imperiales. R. Composuerunt autoritate privata, nego : Autoritate publica, concedo antecedens. Adeoque idem est, ac si ipse Justinianus eas composuisset ; *Omnia enim Princeps facit sua, quibus auctoritatem suam impertitur. Pref. 1. ff. §. 6.*

§. F I N.

§. 1. & 2. probavit Justinianus propositionem minorem, videlicet, se esse & legibus armatum, & armis condecoratum : ideoque inferre ita deberet : Ergo ego Justinianus rectè fungor meo officio. Verùm illatio hæc videretur arrogans : Quare pro Coronide Procemii potiùs hortatur studiosos, ut alacri animo ad Jura incumbant ; seque dignos faciant, ut perfecto Juris cursu, mereantur, Reipublicæ partes, sibi credendas, gubernare ; *text. h.* Ut sic eos maximum decus in omne sæculum sequatur. *Pref. 1. ff. §. fin.* Ultima verba, litteris tantùm initialibus expressa, plenè hæc denotant : Data Constantinopoli, IX. Kalendas Decembris, Domino Justiniano Perpetuo Augusto, tertium Consule,

Occasione procemii lubet, sequentes ponere quæstiones : Prima : cùm Imperator Justinianus suis Institutionibus, & aliis nonnullis Constitutionibus præmittat Nominis Divini invocationem ; an ea sit de substantia alicujus instrumenti ? Prænot. Instrumentum esse *scripturam, qua negotium aliquod gestum* v. g. Testamentum contractus &c. *facilioris probationis causa, continetur.* Aliud est publicum, confectum nimirum autoritate publica. Aliud

privatum, quod autoritate privatorum est compositum. *Et* Invocationem Nominis Divini non esse de validitate instrumenti tum publici, tum privati. Probatur: Erubescit Jurisconsultus absque lege expressa, aut bona ratione loqui; atqui nulla est expressa lex, nec quæ ad instrumentorum validitatem requirat hanc invocationem; ergo neque nos eam exigere debemus; Etenim si solemnitas hæc instrumentis foret necessaria, extaret præceptum; sicut extant præcepta circa alias instrumentorum solemnitates.

37 *Obji: Novell. 47. cap. 1. quæ habet: Instrumentum inchoetur auctore Deo; ergo datur tale præceptum. Et con. ant. ne. conf. Etenim Justinianus loquitur tantum enuntiativè: ut ostenderet, invocationem esse actum pium, decentem, religiosum; Non vero verba illa profert dispositivè, seu præceptivè; quod ipsum ex eo patet; quia dum Imperator Instrumenti formulam ibi subnectit, ipse invocationis hujus non meminit.*

38 *Obji: 2. de validitate instrumentorum est, ut apponatur nomen Imperatoris regnantis, Consulis, annus, & dies; Ergo à fortiore debet iis præmitti invocatio nominis Divini. Et con. ant. dist. conf. idque de honestate, decentia, & pietate, con. Idque de instrumenti solemnitate, ne. conf. Diversitatis ratio inter hunc & priorem casum est, ut facilius per appositionem nominis Principis regnantis, Consulis, anni, diei, facta temporis combinatione, eruantur fraudes, quæ in instrumentis persæpè intervenire solent; ubi econtra his omiſſis, ex sola nominis Divini imploratione, eæ non detegerentur commode; est enim Deus ab æterno.*

39 *Atque ad Justiniani imitationem Carolus M. quem omnes Christiani Principes sequuntur, saltem per modum gratiarum actionum, præmittit suis Constitutionibus invocationem Divinam hac v. g. formulâ: Carolus Dei gratia, aut Divina favente Clementia, Romanorum Imperator. Solent autem verba illa Dei gratiâ, aliquando præponi nomini Principis v. g. Dei gratia Carolus Romanorum Imperator, prout moribus in hoc, aut illo loco est receptum.*

40 *Quæst. 2. Cùm, uti liquet, corpus Juris constet quatuor partibus: Digestis, Institutionibus, Codice Repetitæ Prælectionis, & Novellis, in concursum horum jurium, quale derogabit alteri? Et I. certum est, Novellas præferri cæteris juris partibus, eò quòd sint jus postremum; ut meritò subintret regula: posteriora derogant prioribus; Est enim posterior voluntas deliberata & enixa magis: sic *Novell. 18. quæ de augmento legitimæ agitur, derogat Digestis, Institutionibus, & Codici Repetitæ Prælectionis. Modo uti notavi supra n. 25. in fin. pateat de voluntate Legislatoris, quòd corrigere priora posterioribus voluerit,**

℞. Secundò : Idem esse observandum circa Digesta, & Codicem Repeti-41
tæ Prælectionis. Nam Constitutiones omnino novæ, & quinquaginta De-
cisiones Justinianæ derogant Digestis.

℞. Tertiò; Etsi Institutiones, compositione sint posteriores, non tamen 42
derogant digestis. Ratio est, quia Digesta, & Institutiones una die vim &
robur obligandi acceperunt. ergò inter hæc duo jura non datur prius, nec
posterius; Præterea ad hoc, ut jus posterius deroget priori, requiritur,
ut jus posterius sit priori contrarium; Atque nec dici potest, quòd hæc
duo jura sibi sint contraria; siquidem Institutiones, utpote pleraque sui
parte, desumptæ ex Digestis, sunt quidem Digestorum elenchus: ergo non
possunt esse Digestis contrariæ; etsi Institutionum paragraphi, utpote suc-
cincti, sui interpretationem ex Digestis non rarò exigant. Exemplum oc-
curret de *Rer. Div.* Qui profecto supplendus est. *L. 7. §. 7. ff. de Acquir.*
Rer. Dom.

Limitatur conclusio, nisi ad Institutiones aliquid esset relatum ex nova 43
Justiniani Constitutione, aut quinquaginta Decisionibus: tunc enim, quem-
admodum illæ Constitutiones, & Decisiones derogant Digestis, ita Insti-
tutionum paragraphi Digestis præferendi sunt. Sic §. 2. *Inst. de Adopt.* de-
sumptus ex *L. pen. Cod. eod.* derogat legibus Digestorum in materia adop-
tionis. Cæterum facilè est distinguere, quando paragraphus Institutionum
desumptus est ex nova quadam Constitutione, aut Decisione; Etenim ip-
se paragraphus novæ Constitutionis, aut Decisionis meminit. Dari autem
tales paragrahos in Institutionibus, colligitur *Præf. 2. ff. §. 11. vers. Ad-*
monuimus.

Not. I. Digesta continent titulos, leges, paragraphos, & versiculos; 44
allegantur verò per litteram D. P. aut per Græcum π. ð. aut per ff. quod
postremum signum usitatum est. Institutiones continent titulos, paragraphos,
& versiculos, allegantur simplici I. aut *Inst.* Codex repetitæ prælectionis
habet titulos, Leges, paragraphos, & versiculos; allegatur simplici C. aut
Cod. Novellæ continent capita, paragraphos, & versiculos, Prævio earum
numero allegantur simplici N. vel *Nov.* vel *Novel.* Interdum allegantur
textus; nulla facta mentione Digestorum, aut Codicis, v. g. *L. sed. si 24.*
de Part. Et tunc subintelligenda sunt Digesta utpote pars Corporis Juris uber-
rima. Authenticæ verò, quæ, in recensioribus juris editionibus immixtæ
sunt Legibus Codicis Repetitæ Prælectionis, diversis tamen litteris expressæ;
allegari solent per sua verba initialia, & tituli rubricam, v. g. *Auth. Habi-*
ta. Cod. Ne filius pro patre.

45 Not. 2. olim studioso juris fuisse præscriptum quadriennium: Justinianus quinquennium requisivit. *Præf. 1. ff. ad Theophilum, Dorotheum &c. Omnem §. 2. & seq.* Et quidem olim primi anni juris studiosi vocabantur *Dupondii*, hodie *Justinianei*, *Novi*: secundo anno admittuntur ad secundam, & tertiam partem Digestorum addiscendam; & tunc studiosi ab Edicto vocantur *Edictales*. Tertio anno absolvant quartam partem Digestorum, & acutissimi Papiniani libros; & dicentur *Papinianistæ*. Quarto anno absolvant cæteras Digestorum partes, & tunc appellabuntur *Lytæ*; quod habiles habebantur ad solvendas juris controversias. Quinto anno studeant Codici: & tunc dicentur *Prolytæ*, siquidem tunc soluti erunt legibus studiorum. Cæterum nota: Tertio sæculo à Christo nato tres florere scholæ juridicæ, Romæ, Constantinopoli, & Berythi, hoc privilegio munitæ, ut non liceret, alibi jus docere. *Præf. 1. ff. ad Theoph. Dorotheum, Theodorum. §. 2. 3. 4. 5. Heines. Antiq. Rom. Lib. 1. tit. 25. n. 20. & seqq.*



BIBLIOPOLA LECTORI.

HEic prodit è prælo nostro JOHANNIS GEORGII KEES *Commentarius ad Institutiones Justinianæas*. Liber jam multoties typis mandatus, facili expeditaque venditione in Portugallia, Hispania aliisque regionibus distractus est. Quod autem hanc editionem attinet, eam nulli priorum imparem esse dicimus citrà arrogantiam. Quòd mendis est repurgata, quòd typis nitidis chartâque purâ præstat, certior quisque visu fiet. Sunt quædam, nec inconsultò, leviter mutata: nimirum quæ germanico idiomate interspersa erant, ea latinæ orationi sunt adæquata; ne lectori germanicæ linguæ ignaro molestum contingat illorum desiderium. Ad calcem porrò libri, habes appendicem, de modo legendi & scribendi citationes utriusque juris.

INDEX TITULORUM

LIBRI PRIMI.

I. De <i>Justitia</i> & <i>Jure</i>	pag. I	XV. De <i>Legitima agnatorum Tutela</i> ,	129
II. De <i>Jure Naturali</i> , <i>Gensium</i> , & <i>Civili</i> ,	11	XVI. De <i>Capitis diminutione</i> ,	131
III. De <i>Jure Personarum</i> ,	37	XVII. <i>Legitima Patronorum Tutela</i> ,	133
IV. De <i>Ingenuis</i> ,	39	XVIII. De <i>Legitima Parentum Tutela</i> ,	134
V. De <i>Libertinis</i> ,	40	XIX. De <i>Fiduciaria Tutela</i> ,	<i>ibid.</i>
VI. <i>Quibus ex causis manumittere non licet</i> ,	42	XX. De <i>Attiliano Tutore</i> , & <i>eo, qui ex lege Julia</i> , & <i>Titia dabatur</i> ,	<i>ibid.</i>
VII. De <i>Lege Fusca Caninia tollenda</i>	48	XXI. De <i>Authoritate Tutorum</i> ,	137
VIII. De <i>His, qui sui, vel alieni Juris sunt</i> ,	<i>ibid.</i>	XXII. <i>Quibus modis Tutela finitur</i> ,	143
IX. De <i>Patria Potestate</i> ,	52	XXIII. De <i>Curatoribus</i> ,	146
X. De <i>Nuptiis</i> ,	54	XXIV. De <i>Satisfactione Tutorum</i> , & <i>Curatorum</i> ,	148
XI. De <i>Adoptionibus</i> ,	106	XXV. De <i>Excusationibus Tutorum</i> & <i>Curatorum</i> ,	150
XII. <i>Quibus modis Jus patrie potestatis solvitur</i> ,	115	XXVI. De <i>suspectis Tutoribus vel Curatoribus</i> .	161
XIII. De <i>Tutelis</i> ,	118		
XIV. <i>Qui Testamento Tutores dari possunt</i> ,	125		

INDEX TITULORUM

LIBRI II.

I. De <i>Rerum divisione</i> , & <i>acquirendo ipsarum Dominio</i> ,	171	IX. <i>Per quas Personas cuique acquiruntur?</i>	291
II. De <i>Rebus corporalibus</i> , & <i>incorporalibus</i> ,	225	X. De <i>Testamentis ordinandis</i> ,	295
III. De <i>Servitutibus Rusticorum</i> , & <i>Urbanorum praediorum</i> ,	227	XI. De <i>Testamento militari</i> ,	308
IV. De <i>Usu - fructu</i> .	238	XII. <i>Quibus non est permissum facere testamentum?</i>	311
V. De <i>Usu</i> & <i>Habitatione</i> ,	248	XIII. De <i>Exheredatione liberorum</i> ,	314
VI. De <i>Usucapionibus</i> , & <i>longi temporis Praescriptionibus</i> ,	250	XIV. De <i>Hereditibus instituendis</i> ,	323
VII. De <i>Donationibus</i> ,	273	XV. De <i>Vulgari substitutione</i> ,	328
VIII. <i>Quibus alienare licet? vel non?</i>	286	XVI. De <i>Pupillari substitutione</i> ,	336
		XVII. <i>Quibus modis Testamenta infirmantur</i> ,	346
		XVIII.	

INDEX TITULORUM XXVI

XVIII. De Inoficioso Testamento, 351	XXII. De Lege Falcidia, 389
XIX. De Heredum Qualitate & differentia, 361	XXIII. De Fidei-commissariis Hereditatibus, & ad Senatus-Consultum Trebellianum, 394
XX. De Legatis, 365	XXIV. De singulis rebus per fidei-commissum relictis, 399
XXI. De Ademptione, & Translatione Legatorum, 388	XXV. De Codicillis, 401

INDEX TITULORUM

LIBRI III.

I. Cum XIII. seqq. De Hereditatibus quae ab intestato deferuntur, 406	XXIII. De obligationibus, ex consensu, 496
XIV. De obligationibus, 430	XXIV. De Emptione & Venditione, 497
XV. Quibus modis Re contrahitur obligatio, 442	XXV. De Locatione, & Conductione, 508
XVI. De Verborum obligationibus, 463	XXVI. De Societate, 521
XVII. De duobus Rebus stipulandi, & promittendi, 471	XXVII. De Mandato, 526
XVIII. De stipulatione Servorum, 473	XXVIII. De obligationibus, quae ex Quasi Contractu nascuntur, 534
XIX. De Divisione Stipulationum, 475	XXIX. Per quas Personas nobis obligatio asquiritur, 540
XX. De Inutilibus Stipulationibus, 476	XXX. Quibus modis tollitur obligatio, 541
XXI. De Fide-Jussoribus, 485	
XXII. De Litterarum obligationibus, 493	

INDEX TITULORUM

LIBRI IV.

I. De obligationibus, quae ex delicto nascuntur, 549	X. De iis, per quos agere possumus, 689
II. De Vi bonorum raptorum, 560	XI. De Satisfactionibus, 690
III. De Lege Aquilia, 563	XII. De Perpetuis, & temporalibus actionibus, & quae ad haeredes, & in haeredes transeant, 693
IV. De Injuriis, 570	XIII. De Exceptionibus, 696
V. De Obligationibus, quae ex quasi delicto nascuntur, 580	XIV. De Replitionibus, 700
VI. De Actionibus, 584	XV. De Interdictis, 701
VII. Quod cum eo, qui in aliena Potestate est, negotium gestum esse, dicitur, 672	XVI. De Pena temere litigantium, 731
VIII. De Noxalibus Actionibus, 684	XVII. De Officio Judicis, 733
IX. Si Quadrupes pauperiem fecisse dicitur,	XVIII. De Publicis Judiciis, 735

INDEX TITULORUM

XXVI De ...	327
XXVII De ...	328
XXVIII De ...	329
XXIX De ...	330
XXX De ...	331
XXXI De ...	332
XXXII De ...	333
XXXIII De ...	334
XXXIV De ...	335
XXXV De ...	336

INDEX TITULORUM

LIBRI III

XXIII De ...	400
XXIV De ...	401
XXV De ...	402
XXVI De ...	403
XXVII De ...	404
XXVIII De ...	405
XXIX De ...	406
XXX De ...	407
XXXI De ...	408
XXXII De ...	409
XXXIII De ...	410
XXXIV De ...	411
XXXV De ...	412
XXXVI De ...	413
XXXVII De ...	414
XXXVIII De ...	415
XXXIX De ...	416
XL De ...	417
XLI De ...	418
XLII De ...	419
XLIII De ...	420
XLIV De ...	421
XLV De ...	422
XLVI De ...	423
XLVII De ...	424
XLVIII De ...	425
XLIX De ...	426
L De ...	427

INDEX TITULORUM

LIBRI IV

LI De ...	428
LII De ...	429
LIII De ...	430
LIV De ...	431
LIV De ...	432
LVI De ...	433
LVI De ...	434
LVI De ...	435
LVI De ...	436
LVI De ...	437
LVI De ...	438
LVI De ...	439
LVI De ...	440
LVI De ...	441
LVI De ...	442
LVI De ...	443
LVI De ...	444
LVI De ...	445
LVI De ...	446
LVI De ...	447
LVI De ...	448
LVI De ...	449
LVI De ...	450
LVI De ...	451
LVI De ...	452
LVI De ...	453
LVI De ...	454
LVI De ...	455
LVI De ...	456
LVI De ...	457
LVI De ...	458
LVI De ...	459
LVI De ...	460
LVI De ...	461
LVI De ...	462
LVI De ...	463
LVI De ...	464
LVI De ...	465
LVI De ...	466
LVI De ...	467
LVI De ...	468
LVI De ...	469
LVI De ...	470
LVI De ...	471
LVI De ...	472
LVI De ...	473
LVI De ...	474
LVI De ...	475
LVI De ...	476
LVI De ...	477
LVI De ...	478
LVI De ...	479
LVI De ...	480
LVI De ...	481
LVI De ...	482
LVI De ...	483
LVI De ...	484
LVI De ...	485
LVI De ...	486
LVI De ...	487
LVI De ...	488
LVI De ...	489
LVI De ...	490
LVI De ...	491
LVI De ...	492
LVI De ...	493
LVI De ...	494
LVI De ...	495
LVI De ...	496
LVI De ...	497
LVI De ...	498
LVI De ...	499
LVI De ...	500



INSTITUTIONUM DIVI JUSTINIANI

LIBER PRIMUS.

TITULUS PRIMUS DE JUSTITIA ET JURE.

SUMMARIA.

- 1 Rubrica de Justitia & Jure bene concepta est.
- 2 Diliuntur argumenta contraria.
- 3 Quid sit Justitia?
- 4 Qualis definita sit, Divina, an humana?
- 5 Quotuplex sit?
- 6 Particularis dicitur esse definita, non Universalis.
- 7 Solvuntur objectiones.
- 8 Quid sit Justitia commutative?
- 9 An observetur in illa proportio Geometrica, an Arithmetica?
- 10 In impositione penarum observatur proportio Arithmetica.

Kees ad Instituta.

- 11 Definitur Jurisprudencia.
- 12 Quot sint precepta Juris?
- 13 In suum corpus non licet servire.
- 14 Solvuntur argumenta contraria.
- 15 Jus aliud publicum, aliud privatum.
- 16 Quid publicum?
- 17 Quid privatum?



Olerter & congruenter titulum primum de Justitia inscribi dixeris; quia hæc est finis intrinsecus nostræ artis, qui finis in quavis disciplina & arte recte perfecteque tradenda primum exquirendus est, ad quem omnis actio, mentis contemplatio dirigitur.

A

Dixi

Dixi *finis intrinsecus*; extrinsecus enim est tranquillitas publica, civiumque subditorum salus juxta vulgatum illud: Salus Reipublicæ suprema lex esto. *Marz. hic. n. 3. § 4.*

Quæres primò, an rubrica hæc bene concepta sit? Sunt, qui negent, atque doceant, quod concinnius rubrica inscriberetur de Jure & Justitia, quemadmodum Theologi id faciunt. Moventur, quia Jus est objectum Justitiæ, sed objectum prius est illo, cujus est objectum: ergò jus est prius Justitia; *minor patet*, quia utique objectum debet prius existere, quàm illud, cujus est objectum, quia ab hoc primò in objectum debet eligi.

1 Verùm hoc non obstant teneo, rubricam rectè & bene conceptam esse. *Ita Harp. hic. n. 5. Schamb. hic pag. 23. Humm. Var. resol. pag. 25. q. 8.*

Probatur ex *l. 1. de J. § J.* ubi dicitur, *Jus à Justitia appellari*. Si itaque Jus descendat à Justitia, sequitur, quòd Justitia prior sit Jure, sicuti mater, ex qua descendit filius, debet prior esse filio.

2 Pro solutione rationis dubitandi sciendum est, vocabulum *Juris* dupliciter sumi: primò pro Justo, & æquo, & secundò pro arte Juris. Primo sensu acceptum, Jus est prius Justitia; quia Justitia est habitus inclinans voluntatem ad id agendum, quod justum & æquum est; ergò Justitia posterior est Jure; quia ratio dicitur, id prius esse, quod est objectum, & ad quod inclinatur, quàm id, cujus est objectum, & quod inclinatur.

Jus acceptum in secundo sensu, posterior est Justitiæ; qui omnis ars posterior est illà re, quæ docetur; eùm ergò Jus sit ars boni & æqui,

L. 1. ff. b. t. id est modus demonstrativus, quomodo justitia tractari debeat, igitur sequitur, quod sit justitia posterior, utpote quæ docetur, id enim, quod ostenditur, prius est quàm id, quod ostendit, *Zoëf. ff. b. t. n. 3.* adeoque Jus pro arte Juris acceptum habet pro objecto Justitiæ; atqui objectum est prius eo, cujus est objectum: ergò Justitia est prior Jure. *Hertogh. b. t. n. 9.*

AD PRINCIPIMUM.

Definitur Justitia, quòd sit constantis & perpetuæ voluntatis Jus suum cuique tribuendi, *text. hic, § l. 10. ff. b. t.* *Ly voluntas* ponitur loco generis, ut denotetur, actus Justitiæ debere esse voluntarios; quia is non dicitur justus esse, qui casu juste facit, vel metu pœnæ coactus. Deinde *ly voluntas* non accipitur pro ipsa potentia volitiva, sed habitu voluntatis: Non enim justus est, qui vult justè agere, sed qui & vult justè agere, & simul justè agit, nec unquam aliter vult agere. Sic licet fur centies istum actum voluntatis eliciat: restituam oblatos centum; si eisdem non restituat, actu justus non est.

Non adversatur primò: Male Justitia dicitur esse voluntas: quia Justitia est ad aliud; actumque denotat; ergo genus Justitiæ laborat vitio. Respondetur enim, distinguendo antecedens: male dicitur Justitia esse voluntas, si *ly voluntas* accipiatur pro ipsa potentia volitiva, concedo? si intelligatur pro habitu voluntatis, quatenus aliquis vult justè agere, justè agit, nec unquam aliter vult agere, nego antecedens, & consequentiam.

Non

Non adversatur secundò, malè definitur Justitia, quòd sit constans & perpetua voluntas, cum solius DEI voluntas sit constans & perpetua; homo autem propter lubricos affectus facile à justì ratione traduci possit, cum nihil in homine stabile sit, *Nov. 7. cap. 2.* Respondetur enim ex eo, quòd actu ipso justus non semper Justitiam exerceat, sed quandoque ob carnis imbecillitatem atque humanæ naturæ fragilitatem in devia labatur, non sequi malè Justitiam definiri: sufficit enim Justum aliquem esse habitu & voluntate, quatenus scilicet firmo & constanti animo agit, & nunquam aliter vult agere. *Manz. hic. n. 15.* Ubi dicit, perpetuum dici non tantum id, quod re ipsa tale est, sed quod ex mente hominis; quemadmodum in principio proœmii diximus, Imperatorem semper esse augustum, non quòd semper augeat imperium actu ipso, sed quòd debeat esse ejus voluntas & propositum augendi perpetuum. Sic matrimonium dicitur individua vitæ consuetudo, licet aliquando fiat divortium; sufficit enim mentem contrahentium talem fuisse, ut perpetuò convivere, & nunquam velint ab invicem discedere.

Dividitur primò Justitia in *Divinam* & *humanam*. Illa est, quæ in Divina mente residet. Hæc inter homines invenitur.

4 Quæres secundò: an definitio Justitiæ concernat divinam, an verò humanam? Dixeris prima fronte, divinam. Primò, quia constans & perpetua voluntas est in solo Deo, non etiam in homine; ergò Justitia Divina definita est.

Secundò. DEUS dixit per os Sa-

lomonis: *Meum est opus, quod reges regnent, & legum conditores justa decernant*; ergò definitur justitia divina.

Tertiò. Juris consulti dicuntur esse Sacerdotes *l. 1. ff. h. t.* Nemo autem Sacerdos esse dicitur, nisi rei Divinæ: ergo loquitur de Justitia Divina.

His in contrarium nihil remorantibus tenendum est, definitam esse justitiam humanam. Ita *Hum. Var. resol. q. 2. in princ. Zoës. ff. h. t. n. 11. Harp. hic n. 40. Cbling. q. 2. h. t. Schamb. hic.*

Ratio prima, quia Justitiam in *l. 10. ff. h. t.* definit Ulpianus homo gentilis & Ethnicus, qui divinam Justitiam ignoravit, ac proinde eam definire non potuit.

Secundò, quia illa Justitia definita est, quæ informat homines, quomodo se in republica pro conservanda quiete gerere debeant; sed DEUS informatione non indiget, ergò.

Tertiò Ulpianus in *d. l. 10.* illam justitiam definit, quam homines assequi possunt; ergò humanam definit, cum divinam homo assequi non possit.

Ad primam dubitandi rationem patet solutio ex dictis; quia non desideramus pro justitia voluntatem constantem & perpetuam physice, sed moraliter & in sensu accommodo. Quamvis proinde homo à via Justitiæ deflectat, & suum cuique non tribuat, id tamen non sit vitio Justitiæ, sed ex perversa hominis natura. Idèò lapsus hominis non imputandus est virtuti Justitiæ, sed perversæ hominis naturæ, quam justitia ad suum cuique tribuendum semper inclinat.

Secundum argumentum plus non probat, quam quòd justitia quo ad originem divina sit: sicut enim omne

bonum à DEO est, ita etiam justitia. Deinde sequeretur, nullam dari Justitiam humanam, sed omnem justitiam divinam esse, cum omnis Justitia à DEO sit.

Tertium exinde ruit, quia Juris Consulti tantum per similitudinem quandam appellantur Sacerdotes: sicut enim Sacerdotes sunt Interpretes religionis, Dei que cultus, ita Juris-consulti dicuntur interpretes boni & æqui.

Dividitur secundò Justitia in *universalem* & *particularem*: Universalis est complexus omnium virtutum pertinens ad ea omnia, circa quæ vir bonus versari debet. Et hæc Justitia cum omni alia virtute concurrat, & accipitur pro obedientia universali erga omnes leges, divinas & humanas, naturales & civiles, quo sensu.

Justitia in sese virtutes continet omnes.

Particularis est, quæ hominem primariò inclinât ad perpetuò suum cuique tribuendum. Dicitur cuique, id est, alteri à se in individuo; proprium enim Justitiæ particularis munus & officium est extra se agere, & suum cuique, id est, alteri à se debitum tribuere. Quare in hoc differt à Justitia universali, quæ est virtus, quæ principaliter ad intra agit, & seipsam respicit non tertium v. g. prudentia in prudente.

Quæres tertio, quæ Justitia an universalis, an particularis hic definita sit?

Sunt, qui universalem definitam statuunt, quibus se adjungit *Hum. var. resol. in princ. q. 3.*

Movetur primò: quia in Jure nostro non tantum præcipitur, ut Jus suum cuique tribuatur, sed etiam

præcipitur, ut quis temperantiæ studeat, non committat adulterium, nec utatur libidine sine recta ratione, ut patet ex *tit. de adult.* deinde insuper in Jure præcipitur id, quod est mansuetudinis, ut non pulsare, non convicia dicere *tot. tit. de injur.* ergò non est definita Justitia particularis, sed universalis.

Secundò: finis Justitiæ est salus & tranquillitas reipublicæ; sed salus & tranquillitas reipublicæ ex eo solo, quòd jus suum cuique tribuat, exoriri non potest, nisi simul prohibeantur adulteria, stupra &c. ergò Imperator, qui salutem & tranquillitatem reipublicæ promovere voluit, non videtur voluisse definire Justitiam particularem, sed universalem.

His non adversantibus verius est Justitiam particularem hic definitam esse. *Schamb. hic, Zoëf. ff. b. t. n. 16. clariff. DD. Franz. Inst. b. t. n. 11.*

Ratio sola & unica, quia dicitur in definitione: *Jus suum tribuendi cuique*, id est alteri à se. Jam hoc est soli Justitiæ particulari proprium; reliquæ enim virtutes principaliter ad intra sunt, & se ipsas respiciunt, atque hominem perficiunt in se, sicut prudentia in prudente: non verò respiciunt tertium, & non perficiunt hominem ad jus suum cuique tribuendum. Quare Aristoteles rectè dixit: *Alienum bonum ipsa Justitia sola ex omnibus virtutibus & habetur & est: cum sit ad alium; agit enim ad ea, quæ alii, vel Principi, vel reipublicæ conferunt*, ac si vellet dicere, cæteras virtutes utentes proprias esse, Justitiam autem communem & publicam. Pro fundamento ergò capesse, soli Justitiæ proprium esse, ut extra se agat, & suum cuique, id est, alteri à se debitum tribuat.

tribuat. Hoc cum aliis virtutibus proprium non sit, idem signum est, quod Justinianus, dum ait: *jus suum cuique tribuendi*, Justitiam particularem definire voluerit.

Ad primum Respondetur, actus adulterii, stupri &c. & alios ejusmodi etiam in Jure nostro prohiberi, non autem sub hoc respectu, quatenus læditur castitas, vel virginitas; sed quia etiam per adulterium uxori injuria inferitur. Sic actus mansuetudinis & fortitudinis etiam in jure præcipiuntur, sed non præcipiuntur, quia perficiunt hominem in se, hoc est, faciunt hominem fortem aut mansuetum, & ad intra agunt, sed quia sunt juris & justitiæ; quia aliàs pulsato inferretur injuria, & miles, qui locum in acie deserit, arma abjicit, & fugit, patriæ jus suum non tribueret. Respondetur secundo, præcipi in Jure nostro etiam alias virtutes, non quidem per se primario, sed secundario, ut facilius obtineamus finem justitiæ particularis, idemque inde etiam actus aliarum virtutum imperantur, ne iis contemptis Justitiæ particularis finis impediatur.

Ad secundum eadem est solutio, quia adulteria prohibentur etiam in jure nostro, sed non quatenus læditur castitas, & homo per hanc perficitur in se incastus, sed quia uxori Jus suum non tribuitur.

Dices, Ergo neque particularis Justitia est definita; quia etiam hæc non est semper ad alios, sed etiam ad se: si enim quis sibi manum amputet, non alteri sed sibi facit injuriam, ergo justitia particularis est etiam ad se. Respondetur, falsum esse, amputando sibi manum, alteri non fieri injuriam, quia vel uxori, vel liberis,

vel reipublicæ, vel DEO fit injuria, cum nemo sit membrorum suorum Dominus. *Schamb. loc. cit.*

Dividitur tertio Justitia in *commutativam, distributivam, & vindicativam.*

Commutativa est, quæ in commerciis, & rerum privatarum permutatione versatur, servata proportione arithmetica. Distributiva est, quæ præmiis & officiis pro cuiusque merito distribuendis versatur, servata proportione geometrica.

Servari dicitur proportio arithmetica, si habetur respectus rei ad rem, sive quantitatis ad quantitatem, v. g. si equum emi 20. fl. totidem ex justitia commutativa teneor solvere, si 10. fl. furatus sum, teneor decem restituere, si centum promisi, teneor centum solvere.

Proportio Geometrica servari dicitur, quando habetur respectus rei ad personam v. g. miles gregarius, & belli dux simul occuparunt urbis mænia: hoc in casu majori præmio afficitur belli dux, quam miles gregarius *Cbling. q. 5.* sic quoque in distribuendis officiis geometrica servatur proportio, majora enim nobili, doctoque viro committenda sunt munia, quam ignavo inertique.

Sanè Justitia distributiva in sensu stricto & rigoro non est Justitia; quia subditi nullum habent jus ad officium, honorem, vel dignitatem; dixi: *nullum habent jus*, puta, quæstum. Hinc licet Princeps officium minus digno contulerit, præterito magis digno, non tamen tenetur ad restitutionem. Justitia vindicativa est, quæ in puniendis delictis locum habet.

Clariff. D. Franz. b. 1. n. 29.

Quæres quarto, observeturne in

impositione pœnarum proportio geometrica, an arithmetica? Respondetur, observari proportionem arithmetica.

- IO Ratio: quia tunc observatur proportio Arithmetica, si in singulis servatur æqualitas; sed in impositione pœnarum in singulis servatur æqualitas; ergò observatur proportio arithmetica. *Minor patet*, quia pœna debet commensurari delicto, & nec major nec minor imponi.

Confirmatur; Ideò in emptione & venditione observatur proportio arithmetica, quia pretium respondet meriti; ergò etiam ideò in impositione pœnarum observatur proportio arithmetica, quia pœna respondet culpæ.

Objicitur: In impositione pœnarum habetur respectus personarum quia gravius puniuntur servi, quam liberi, plebei, quam nobiles &c. ergò observatur proportio geometrica. Respondetur distinguendo, gravius puniuntur servi quàm liberi gravitate materiali, concedo; formali; nego. Cuilibet pœna secundum qualitatem delicti imponitur, ita ut tanta sit pœna, quanta est culpa. Quòd autem videatur inter pœnam & culpam esse improportio, conditio personæ facit. Unde v. g. si rusticus & nobilis viro honesto verbera impingant, utique gravior culpa est in rustico, quàm nobili.

S. JURIS PRUDENTIA I.

- XI **P**ost Justitiæ definitionem Imperator Justinianus definit Jurisprudentiam, atque, quòd sit divinarum, atque humanarum rerum notitia, justitiam & injustitiam scientia. Hoc est, Jurisprudentia est habitus intellectus,

quo quis cognoscit res divinas & humanas, non quidem eas in suis essentiis (hoc enim Theologis & Philosophis relinquimus) contemplando, sed justitiam circa eas administrando, atque ostendo, quid justum quidve injustum sit, illud ut faciamus, hoc ut fugiamus. *Zoëf. ff. b. t. 5.* Adeoque Jurisprudentia talis est notitia, quæ tradit, quid in rebus Divinis v. g. rebus sacris, religiosis, sanctis, & humanis justum sit, atque injustum. *Manz. n. 2.*

Objicitur primò. Logica sive Philosophia est etiam rerum humanarum, & Theologia divinarum scientia, ergò malè definitur Jurisprudentia. Respondetur, Philosophiam & Theologiam res humanas ac divinas non examinare ex regulis justitiam, & injustitiam, æquum ab iniquo separando, aut licitum ab illicito secernendo, sed in suis essentiis ac proprietatibus contemplando, adeoque diversus est Philosophiæ & Jurisprudentiæ finis, hæc enim non intendit essentias rerum cognoscere, sed justitiam de iis administrare.

Objicitur secundò: Nulla definitio potest constare duplici genere; sed jurisprudentia modò ars, modò notitia, modò scientia, appellatur, ergò non videtur concinnè definita. Respondetur, artem, notitiam, & scientiam invicem in Jure confundi, & promiscuè usurpari.

§. HIS IGITUR 2.

Traditâ jurisprudentiæ definitione, Justinianus nunc declarat, quâ docendi vel discendi ratione ejus cognitio comparari possit, atque, ut ii, qui legitimæ scientiæ cognitionem

docent,

docent, & jura populi Romani seire affectant, à primis principiis exordium capiant & primò quidem levi, ac simplici viâ, post deinde diligentissimâ atque exactissimâ interpretatione exquisitè singula tradant. Ratio est in ipso textu; quia aliàs infirmi adolescentum, juvenumque animi multitudine ac varietate rerum onerati, vel ex diffidentia quadam studium Juris penitus deserunt, vel propter difficultatem tardius, & cum magno labore ad cognitionem ejus pertingunt. Proinde non est vasto illi Juris Oceano temerè se committendum, sed à facilioribus & minimis incipiendum, ut ad majora perveniamus; nemo enim repente fit summus, & qui vadit planè, vadit sanè. *Schneid. hic.*

§. JURIS 3.

P Ræcepta Juris tria sunt: Honestè vivere, alterum non lædere, Jus suum cuique tribuere.

Primum itaque præceptum juris est *honestè vivere*, atque hoc præceptum ad uniuscujusque personam propriam pertinet, & præcipit, ut honestè, id est, temperatè, verecundè, ac probè & cum virtute vivamus, omnesque nostras actiones, sermones, & cogitationes ita instituamus, quemadmodum lex & recta ratio suadet: ne quid contra honestatem inconsultè, negligenter, aut temerè cogitemus, dicamus, vel agamus, sed in omni bus vitæ actionibus non solum id, quod licet, sed id, quod honestum est, spectemus. *Schneid. & Manz. hic.*

Secundum præceptum est: *alterum non lædere*. Hoc præceptum pertinet ad injurias vel delicta, ut videlicet aliquis ab illis absteineat, neminem in

corpore, rebus, vel famâ suâ offendat. *Manz. hic. n. 12.* Ex hoc præcepto non alterius duntaxat, sed etiam sui ipsius offensio prohibita est, ita, is, qui ex proposito vel metu criminis perpetrati se ipsum graviter lædit, vel, vulnerat, capite puniatur. *L. 6. §. qui se vulneraverit ff. de re milit. ratio, quia nemo est suorum membrorum dominus. L. 13. ff. ad L. Aqu.*

Quæres quintò, an jure nostro civili homini libero liceat in suum corpus sævire, sibi violentas manus vel vulnera inferendo?

Dixeris primâ fronte, quòd sic: Primò, quia præceptum Juris est, *alterum non lædere*, ergò argumentò à contrario deductò (quod in jure est fortissimum & frequentissimum: *L. 1. §. 1. ff. de off. ejus, cui est mand. Jurisdic.*) se ipsum lædere licebit: Ad quid enim aliàs diceret, alterum, si etiam seipsum lædere prohibitum esset;

Secundò, volenti non fit injuria: ergò licebit in suum corpus sævire? quoniam in corpus alterius idèd sævire prohibetur, ne alteri fiat injuria.

Tertiò, per *L. 9. §. si ipse servus 7. ff. de poculo*: ubi expressè dicitur, *licere etiam servis naturaliter in suum corpus sævire*. Ex quibus verbis colligitur, idem licere homini libero, ex duplici argumento: primò, quia dicitur *Juriconsultus etiam hoc licere servis*, quæ verba implicativa sunt, atque innuunt, præter servos alios esse, quibus hoc idem permittatur. Secundò textus ait, *naturaliter hoc servis licere*, hoc est, Jure naturæ. Jus autem naturæ omnibus peræquè convenit, & hominibus liberis commune est cum servis *L. 32. ff. de R. J.* ergò si servo in corpus suum licet sævire,

servire, multò magis licebit libero, quia servus minùs est membrorum suorum Dominus quàm liber.

13 His non obstantibus, probo sententiam, quæ docet, non licere in suum corpus servare. Ita *Harp. n. 10. hic. Hum. var. res. pag. 15. q. 17.*

Primò, quia præceptum divinum generale est; *ne occides*, id est, neque te, neque alium, ergò, cum præceptum non distinguat, nec nos distinguere debemus.

Secundò, quia ob charitatem & justitiam prohibetur homicidium: atqui contra istam charitatem, vel maximè ille peccaret, qui se ipsum occideret, imò gravius peccaret aliquis, se ipsum occidendo, quàm alterum, quia quisque sibi proximus est, & amor incipit à se ipso, ergò &c.

Tertiò, quia gravissima pœna in illos constituta est de jure civili, qui se ipsos vulnerant, aut mortem sibi conciscunt *l. 6. §. 7. ff. de re milit.* quomodò ergò adversarii audent asserere, jure civili permissum esse, in corpus suum servare; cum jus civile servienti gravissimam pœnam dicat?

Quartò, quia nullus est suorum membrorum Dominus, auctore Ulpiano in *l. 3. ff. ad leg. Aquil.* Unde & passim Theologi docent, hominem non esse Dominum, sed solum Custodem vitæ suæ & membrorum suorum, Dominium autem horum esse apud solum Deum. *Harp. n. 12.*

14 Ad primum respondeo, argumentum à contrario nunquam procedere, quando expressa legis dispositio resistit in contrarium, aut aliquod absurdum sequitur, quod utrumque hoc in loco accidit, uti ex argumentis pro nostra sententia adductis patet. *Harp. n. 17.*

Ad secundum respondeo, hoc axio-

ma: *Volenti non fit injuria.* Non esse generaliter & absolute, sed secundum quid accipiendum; quòd videlicet volenti non fiat injuria ad hoc, ut actio injuriarum competat.

Deinde negatur suppositum, quòd in injuriam sibi ipsi inferendam quis consentire possit: voluntas enim per legem sublata est, atque adeò licet sibi vulnerando, v. g. corpus, vel se interficiendo non faciat injuriam, facit tamen civitati, vel magistratui injuriam, qui membro atque cive spoliatur. *Hum. var. resol. loc. cit.*

Ad tertium respondeo, particulam etiam non esse implicativam, si ex implicatione hac aliquid absurdi sequeretur.

Deinde servo licet naturaliter in suum corpus servare, ita, ut Dominus damnum sibi inflictum propter hoc non possit deducere de peculio: non autem sic servo licet in corpus suum servare, ac si illud simpliciter de jure naturali & civili permitteretur: adeoque sensus est talis: naturaliter servo licet in corpus suum servare ita, ut in inspecto jure naturæ damnum sibi inflictum non possit deduci à Domino. Accedit secundò, quod in *cit. l. 9. §. 7. naturaliter* non jus significet, ut sensus sit, Jure naturæ servo licere in corpus suum servare; sed significat idem, quòd ipso facto, & verè sive reverè liceat servo in corpus suum servare quemadmodum ly naturaliter verè & cum effectu significat in *l. solut.* Ubi dicitur pecuniam solvi naturaliter, id est verè & cum effectu: Adeoque sensus legis est, servo licet verè, & cum effectu in corpus suum servare, ita, ut damnum sibi inflictum Dominus de peculio deducere non possit. *Harp. & Hum. loc. cit.*

Tertium

Tertium præceptum est, *suum cuique tribuere*, hoc præceptum res & facultates concernit, ne quis alterum vel contrahendo, vel permutando decipiat, sed suum cuique tribuat, sive poena aliquis sit afficiendus, sive præmiò remunerandus.

Objicitur primò: Jure nostro permissæ sunt concubinæ. *L. 3. l. ult. ff. de concub.* Ergò primum præceptum Juris cespitat. Respondetur: Jure nostro permissæ sunt concubinæ ex justa causa, puta, majoris mali evitandi gratiâ: concedo *antecedens*. Contra justam causam: nego *antecedens* & *consequentiam*; Jus nostrum non præcipit concubinatum, sed solum non prohibet, & tolerat, longè majoribus malis & delictis obviam ire cupiens, & inter duo mala minus eligens, scilicet permittendo stupra, ne committantur adulteria aut incestus.

Urget: Non licet malum committere majoris mali vitandi causa: ergò neque licet malum permittere evitandi majoris mali causa: Respondetur; concedo *antecedens*, nego *consequentiam*. Disparitas est, quia nefas, vel delictum de se committere est intrinsecè malum, adeoque in nullis circumstantiis potest inducere normam & rationem boni. At permittere nefas de se non est malum, adeoque potest in circumstantiis quibusdam inducere rationem boni, puta, si conditio fragilitatis humanæ & mortale periculum majoris mali ita exigat.

Objicitur secundò. In jure nostro permissum est alterum in contrahendo circumvenire. *L. 16. §. 4. ff. de minor.* Ergò tria juris præcepta non subsistunt. Respondetur, distinguendo *antecedens*: In jure nostro permis-

sum est alterum circumvenire intra latitudinem justî pretii, hoc est, summi, mediî, & infimî, concedo *antecedens*; extra hanc latitudinem, nego *antecedens* & *consequentiam*.

Instas: jus nostrum permittit, ut, quod minoris est, vendatur pluris. *L. 22. §. 3. ff. locati*: Ergò permittit circumventiones injustas. Respondetur, distinguendo *antecedens*: permittit intra terminos justî pretii: concedo; extra terminos justî pretii: nego *antecedens* & *consequentiam*.

§. H U J U S S T U D I I. 4.

VISÒ, quid sit jus, Justitia, & jurisprudentia; superest, ut expendamus, quotuplex sit jus: Et ait Imperator hic, duas ejus esse positiones.

Aliud scilicet esse jus publicum, ¹⁵ aliud privatum. Jus publicum est, quod ad statum rei Romanae pertinet, sive, ut accuratius loquar: Jus publicum est, quod pro fine suo proximo habet bonum commune totius reipublicæ. Huc pertinent sacra, Sacerdotes & Magistratus. *L. 1. §. 2. ff. h. t.* Item conventiones publicæ, pax, fœdera, legationes &c. *Harp. n. 4.*

Privatum est, quod pro fine suo ¹⁶ proximo habet bonum & utilitatem singulorum ac privatorum.

Dixi: *pro fine suo proximo*. Nam tam jus publicum, quàm privatum secundariò etiam redundat in alterius utilitatem. Sic etiam omnium privatorum interest, habere Ecclesias *Nov. 17. cap. 4.* habere Sacerdotes, qui sacra ministrent, habere Magistratus, qui jura reddant.

Item mulieres esse dotatas reipublicæ interest, id tamen non est juris publici,

publici, sed privati tantum; quia dotatas esse, primario mulieris vel mariti, secundario autem reipublicæ interest. *Scham. hic Harp. n. 7.*

Privati Juris dicuntur dominica & patria potestas, tutelæ, dominia rerum privatarum, ultimæ voluntates, & hæreditates, contractus, servitutes, dotes, actiones &c. ratio, quia hæc omnia proximè respiciunt utilitatem privatorum. Dico *proximè*, quia secundario, & in consequentiam etiam respiciunt utilitatem publicam. Sic licet divitiæ proximè respiciant utilitatem subditorum, tamen etiam secundario interest reipublicæ subditos esse locupletes, ut tributa & pensiones ritè solvi, & in casu necessitatis reipublicæ auxilium præstari possit. *Manz. n. 9.*

17 Dices: omnia jura sunt publica; ergò malè distinguitur jus in publicum & privatum. Respondetur, distinguendo antecedens. Sunt publica quoad causam efficientem, quia jura non nisi ab eo, qui publicam potestatem habet & auctoritatem, constituuntur: concedo antecedens; sunt publica quoad materiam, finem & utilitatem, nego antecedens & consequentiam. *Manz. num. 10.*

AD VERS. DICENDUM.

Relicto jure publico, ait imperator, quòd de jure privato agere velit. Ratio esse videtur, tum quia, non cognitò prius jure privato, Jus publicum difficulter capi potest, tum quia Juris Studiosi raro interrogantur de jure publico, cum potius ad illos pertinere videatur, qui excelsas in aulis dignitates possident, *Harp. n. 10. Manz. n. 19.*

Dices: Tutela est juris publici. *L.*

9. ff. de his, qui sui vel alieni Juris. Testamenti factio est Juris publici. *l. 3. ff. de his, qui testam. fac. poss.* atqui Imperator agit ad Institutiones de tutela & testamento: ergò agit de jure publico. Pro solutione hujus objectionis sciendum est duplici respectu aliquid dici esse juris publici. Primò: quatenus aliquid spectat ad statum rei Romanæ. Sic Magistratus, Sacerdotes & sacra dicuntur esse Juris publici. *L. 1. §. 2. ff. h. t.* Secundò: quatenus aliquid ita dependet à jure publico, ut in privatorum potestate non sit. Et in hoc sensu tutela & testamentum dicitur esse juris publici, quia tutorem dandi, & testamentum faciendi potestas non tribuitur privatorum voluntate, aut conventionione, sed cuique hæc potestas à jure publico, & legibus conceditur. Et exinde enata est parœmia, quòd ea, quæ sunt juris publici, privatorum conventionione mutari nequeant. *L. 27. ff. de R. J.* His observatis levi brachio argumentum nobis objectum eluferis. *Manz. n. 24.*

AD VERS. COLLECTUM. EST.

Jus privatum tripartitum est, & collectum ex præceptis, aut naturalibus, aut gentium, aut civilibus. Ratio hujus tripartitæ divisionis est, quia jura hominis causâ sunt constituta, Homo autem considerari potest, vel ut animal; & eo respectu subest juri naturæ: vel ut homo, à cæteris animalibus usu rationis distinctus; & sic agnoscit jus gentium: vel ut civis; & hac consideratione subjacet Juri civili. *Manz. hic. num. 27.*

TITULUS SECUNDUS.

DE JURE NATURALI, GENTIUM, ET CIVILI.

SUMMARI A.

- | | | | |
|----|--|----|--|
| 1 | Definitur Jus naturale. | 34 | An vim juris universalis habeat? |
| 2 | Brutis non inest formaliter. | 35 | Edictum quid sit? |
| 3 | Resolvuntur objectiones. | 36 | Quid privilegium; |
| 4 | Quid sint actus Juris naturalis. | 37 | Aliud reale, aliud personale. |
| 5 | Quid naturales tantum? | 38 | Privilegia Doctoratus qualia sint? |
| 6 | Edere, bibere, dormire sunt actus naturales. | 39 | Divisiones privilegii. |
| 7 | Definitur Jus gentium. | 40 | Quando sortiatur effectum? |
| 8 | Quomodo differat à Jure naturali. | 41 | Privilegiatus contra Privilegiatum quando suo privilegio utatur. |
| 9 | Recensentur exempla Juris gentium. | 42 | Privilegia quomodo amittantur? |
| 10 | Divisio Juris gentium. | 43 | Edicta Praetorum definiuntur. |
| 11 | Quae non admittitur. | 44 | Item responsa prudentum. |
| 12 | Proferuntur argumenta contraria. | 45 | Quem effectum habent? |
| 13 | Definitur Jus civile. | 46 | Consuetudo definitur. |
| 14 | Traditur ejus divisio. | 47 | Divisio ejus. |
| 15 | Quid sit lex relatè spectata? | 48 | Requisita ejusdem. |
| 16 | Monarchia reliquis reipublicæ Statibus praefertur. | 49 | Per unum actum successivum intro-
duci potest. |
| 17 | Lex penalis quid sit? | 50 | Resolvuntur objectiones. |
| 18 | Requisita legis adstruuntur. | 51 | Per actus metu extortos. |
| 19 | Debet esse justa. | 52 | Item merae facultatis. |
| 20 | Stabilis. | 53 | Aut erroneos non inducitur. |
| 21 | Publice promulgata. | 54 | Bene verò per actus judiciales & ex-
trajudiciales. |
| 22 | Non obligat ante promulgationem. | 55 | An per actus peccaminosos? |
| 23 | Acceptatio subditorum non requiritur. | 56 | Scientia Principis ad illam non requi-
ritur. |
| 24 | Diluuntur objectiones. | 57 | An jus naturale sit immutabile? |
| 25 | Neque scriptura. | 58 | Respondetur ad objectiones. |
| 26 | Solvuntur argumenta contraria. | 59 | Jus civile mutabile est. |
| 27 | Effectus legis qualis sit? | 60 | Objectum juris triplex est. |
| 28 | Lex penalis non obligat ante sententiam. | | |
| 29 | Definitur Plebiscitum. | | |
| 30 | Item Senatus Consultum. | | |
| 31 | Constitutio Principis, alia generalis, alia specialis. | | |
| 32 | Quid sit Rescriptum? | | |
| 33 | Quid Decretum? | | |

CONNEXIO.

Dictum est in fine præcedentis tituli, Jus privatum Romanorum collectum esse ex præceptis naturalibus, gentium, & civilibus; superest, ut inquiramus, quid horum quodlibet sit.

AD PRINCIPIUM.

1 **Q**Uæritur hic, quid sit Jus naturale? Respondet Imperator, esse illud *quod natura omnia animalia docuit*, hoc est, Jus naturale illud dicitur, quod non tantum in homines cadit, sed etiam in bruta, & ut ait Imperator, non humani duntaxat generis proprium est, sed omnium animalium, quæ in cælo, hoc est, in aère, veluti aves, quæ in terra, veluti feræ bestiæ, quæ in mari, id est in aquis, veluti pisces nascuntur. Videmus enim multos actus, quos non homines tantum sed & bruta faciunt, ut & his Jus naturæ quodammodo inesse videatur. Dico *quodammodo*, hoc est improprie, anaphoricè, & similitudine quâdam, quia videlicet bruta ad similitudinem hominum idem subinde faciunt, quod homines. Hujus rei exempla hic in principio tria profert, puta, maris & foeminae conjunctio, liberorum procreatio, & educatio. Non enim homines solummodo, sed & bruta ex instinctu quodam naturali inter se conjunguntur, progenerant, & educant. Alio tamen modo id faciunt homines, aliò bruta. Illi cum temperamento & ductu rationis; Hæc ex solo impulsu & instinctu naturali, ut brutis Jus naturale materialiter, hominibus formaliter inesse dicatur. Quod ut reddatur luculentius,

2 **O**bserva, *Materialiter* Jus naturale illis dici inesse, qui ex mero impulsu atque impetu naturæ aliquid agunt: *Formaliter* verò jus naturale illis inesse, qui jure, & recta ratione aliquid faciunt, sic, quia bruta solo & mero impetu naturæ promiscuè commiscuntur, jus naturale dicitur il-

lis inesse materialiter. Homines verò, quia conjunguntur cum ductu rationis, quæ dicitur etiam in maris, & foeminae conjunctione honestatem observandam esse juxta illud: *Nolite fieri sicut equus & mulus, quibus non est intellectus.* Psalm. 21. vers. 9. idè jus naturale in homines dicitur formaliter cadere. Hinc,

Non obstat primò, si dicas. Solus 3 homo particeps est rationis, in brutis verò nulla est ratio. L. 1. §. ait *Prætor.* 3. ff. si quadrup. paup. fec. dicat. Ergò jus naturale non cadit in bruta. Siquidem, Respondetur distinguendo consequens. Ergò jus naturale non cadit in bruta formaliter, concedo, materialiter, nego consequentiam.

Non adverstatur secundò *text. Insistit. hic*, ubi dicitur: *Cætera quoque animalia istius Juris peritia*, sive ut alii rectius legunt, *perita censeari*, quia sensus est, ut materialiter, non formaliter perita censeantur. *Clarissimus D. Doctor. Franz. Insist. h. t. n. 6. Schambog. Insist. hic vers. Dices. n. 6. Vimm. Insist. hic.*

Non refragatur tertio quod ex dictis sequeretur, bibere, edere, dormire, vigilare, currere, quiescere esse actus Juris naturalis, sed hoc est absurdum dicere, ergò. Enim verò Respondetur negando sequelam majoris, quæ negatio ut verificetur,

Nota, Actus Juris naturalis illos di 4 ci, quos homo exercet ex instinctu naturæ & simul cum ductu rationis, brutum verò ex solo impulsu naturæ. Contrà autem actus illos nuncu 5 pari naturales tantum, quos homo ex solo naturæ impulsu facit, & sine ductu rationis, quæ dicitur etiam in maris & foeminae conjunctione honestatis observantiam, idè maris & foeminae

6 minæ conjunctio dicitur actus juris naturalis. Contrà verò edere, bibere, vigilare, currere, & quiescere sunt actus duntaxat naturales, quia homo & brutum istos actus ex solo naturæ impulsu exercet. In summa (ut multa paucis concludam) & tu intelligas, an actus dicatur naturalis tantum, an verò juris naturalis, hoc tibi principium cape. Si homo aliquid facit ex instinctu naturæ, & simul cum ductu rationis, & idem facit brutum ex sola naturali incitatione, tunc id erit juris naturalis. Quòd si verò homo aliquid non jure faciat, & idem faciat brutum ex impetu naturæ, non erit actus Juris naturalis, sed erit actus naturalis tantum. *Harp. n. 2. hic Hum. var. resolut. lib. 1. tract. 1. q. 19. & 20. Manz. n. 14. hic.*

Unde Zoëf. ad ff. b. t. n. 25. more suo solidè asserit, quòd definitio Juris naturalis hunc quasi sensum recipiat: *Jus naturale est, quod versatur circa ea, que bruta appetunt solo instinctu, & inclinatione naturæ, homines autem Jure & ductu rationis.* Advertis modò edere, bibere, dormire, vigilare, & id genus actus esse tantum naturales: contrà verò v. g. defensionem sui esse actum Juris naturalis, quoniam homo & brutum adversus vim illatam se defendit, vim vique repellit. Brutum ex solo impetu naturæ, homo ex instinctu naturæ, & cum temperamento rationis, quia videlicet servat moderamen inculpatæ tutelæ, & vim vi repellit, si aliter se defendere nequeat juxta *L. scientiam 45. §. qui cum aliter. 4. ff. ad leg. Aquil.*

Non obstat quartò, quòd in princip. *Inst. de nupt.* matrimonium dicatur esse Juris civilis, & apud nos Catholicos sit

unum ex septem Sacramentis, ut proinde malè dicatur omnium animalium proprium esse. Respondetur enim, matrimonium diversi Juris esse. Nam consideratum ut maris & foeminae conjunctio, ex solo instinctu naturali, quò moventur homines pro suscipienda prole, proveniens, erit Juris naturalis; consideratum verò quoad animorum consensum, erit juris gentium, sicuti ceteri contractus, qui consensu perficiuntur, Juris gentium esse dicuntur. Quoad formam verò à lege præscriptam, quatenus scilicet inter certas personas, & certo tempore est prohibitum, erit Juris civilis. Quoad Institutionem in paradiso Juris Divini, quoad gratiam denique Sacramentum est. *Mynsing. n. 15. hic.* Alii non nihil aliter respondent, & dicunt matrimonium quoad ortum, & originem censerì Juris naturæ, quoad formam & effectum partim Juris gentium, partim Juris civilis. *Manz. Inst. hic n. 27.*

§. JUS AUTEM CIVILE I. CUM §. SEQUENT.

Dispeximus, quid sit Jus naturale, sequitur: quid sit Jus gentium, & civile: cum verò Jus gentium antiquitate præcedat civile, ideo ab illo meritò exordium duxi; & quidem,

Quæritur hic, quid sit Jus gentium? Respondet Imperator hic, Jus gentium illud esse, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, & apud omnes populos peræquè custoditur. Differt à Jure naturali, quòd 8 illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit. *L. 1. §. fin. ff. de J. & J.* Unde si quid videas apud omnes gentes & populos pro Jure usurpatum, ita tamen, ut

ejus simulacra, & aliqualem observantiam etiam apud cætera animalia reperias, tunc illud judicabis esse juris naturæ, si verò animadvertas, aliquid passim observari apud omnes homines, nihil tamen simile apud cæteras animantes, tunc dices esse Juris gentium, *Manz. Instit. hic. n. 6.*

9 Exempla Juris gentium varia videas à Doctoribus poni.

Primum est Religio erga Deum. *L. 2. ff. de J. & J.* ratio, quia Deum aliquem esse, qui religiosè nobis colendus & metuendus sit, ratio naturalis omnibus gentibus dictavit. Unde eleganter *Cicero lib. 2. de nat. Deor. omnibus*, inquit, innatum est, & in animo quasi insculptum, esse Deos; quales sunt, varium est, esse nemo negat.

Secundum exemplum est pietas & observantia in patriam, & parentes *d. l. 2. ff. de J. & J.* ipsa enim ratio naturalis præcipit, ut parentibus & patriæ pareamus, reverentiam exhibeamus, atque pietatem *d. l. 2.* Ita tamen ut patriæ potiùs, quàm parentibus parendum sit. *L. 19. § filius 7. ff. de captiv. & possim. revers. & l. minime 35. ff. de religiof. & sumpt. fin.* Ubi dicitur, quod filius impunè patrem, qui ad delendam patriam venit, occidere possit, imò ea propter præmiis afficiendus sit. *Schneid. n. 8. hic. Brunnem. in. d. l. 35.* Rationem hujus ut intelligas, illud tibi nota generale principium, & memorià tenaci serva: si emergat casu, in quo duo præcepta naturalia conveniunt, & invicem colliduntur, ita ut ambo servari nequeant, tunc præceptum inferius cedit præcepto naturæ superiori. Sic cum in casu *d. l. 35.* concurrat unum præceptum naturæ, ne occidas: & alterum, ut patria fervetur: ut illud autem præceptum, quod salutem patriæ intendit, sit superioris, ideo præceptum, non occides, ut.

potè inferius, eidem cedit. Huc respexisse videtur *Clariff. D. P. Konig ad Decret. de præscript. n. 4.* ubi ait, quotiescunque concurrunt duæ rationes naturales, illa vincit aliam, quæ fortior est, quæque majori nititur fundamentò ob publicam reipublicæ utilitatem. *Concordat Clariff. D. Franz. Instit. h. t. n. 28.*

Dices. Non tantùm homines, sed cæteræ quoque animantes habent aliquem affectum, amorem & reverentiam in parentes, sic, ut taceam, quod de ciconia referunt, upupa dicitur alere suos parentes; ergò pietas in parentes non erit actus Juris gentium, sed juris naturalis. Respondetur, id non esse regulà in cæteris animantibus, neque eâ ratione ab iis fieri, ut pietatem, reverentiam, & obedientiam præstent. *Manz. Instit. hic n. 9. Schamb. Inst. h. t. q. 6. vers. dices.*

Jus gentium passim dividitur in *primævum*, & *secundævum*. Primævum vocant, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, sive (ut clariùs loquar) quod nullà utilitatis, vel necessitatis causâ urgente, à merâ naturali ratione ortum habet, & ab omnibus gentibus propter vim naturalis æquitatis receptum & approbatum est.

Huc spectat Religio in Deum, pietas in patriam, reverentia in parentes. Item vulgares illæ regulæ, quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris: nihil magis fidei humanæ congruit, quàm ea, quæ placuerunt, custodire: beneficienti naturale est, ut beneficiamus. Hæc & id genus alia principia dicuntur esse Juris gentium primævi, quia primò ævò, hoc est ab initio statim creationis nostræ animis nostris divinâ quadam vi insita sunt, & insculpta. *Myrsing. n. 8. hic. Schneid. n. 4. Manz. n. 14.*

Jus gentium secundævum appellant, 10 quod usu, & humanis necessitatibus exigent-

exigentibus introductum est. Huc revocant distinctiones dominiorum, bella, captivitates, servitutes &c. Ab initio enim & primordio mundi omnia fuerunt communia: cum verò postea ratione dominiorum exoriantur magnæ lites, discordiæ & rixæ ideò naturalis ratio dictavit, ut pro conservanda reipublicâ tranquillitate fieret distinctio dominii, & cuique aliquid proprium assignaretur. Hinc dominia rerum fuerunt distincta, regna condita, agri terminis separati, ædificia posita &c.

Bella autem introducta sunt, ut fontes punirentur, personæ & res nostræ defenderentur. Ex bellis deinde secutæ sunt captivitates, & servitutes, de quibus suò locò.

Spectant quoque ad jus gentium secundævum (si tamen detur) ferè omnes contractus, quia ad commodam rerum & officiorum in civili societate communicationem necessarij & idonei visi sunt. Tales sunt emptio, venditio, locatio, conductio, societas, depositum, commodatum, mutuum, &c. Hi enim contractus apud omnes peræquè gentes communes sunt, ut proinde quoad originem Juri gentium rectè accenseantur. Dixi ferè omnes, reperiuntur enim aliqui, qui à jure civili fuerunt introducti, veluti stipulatio, literarum obligatio, sponsalitia largitas, & ut aliqui volunt, contractus emphyteuticus, de quibus in decursu suò locò agemus.

Controversia non levis est, an divisio Juri gentium in primævum & secundævum admitenda sit?

Affirmativam utrâque manu propugnat Bachov. atque judicio carere, qui distinctionem hanc non ferunt, eidem suffragantur. *Treuil. vol. 1. disp. 1. th. 4. lit. D. Schneid. n. 6. Manz. n. 10. §. n. 15. Arume. exercit. 1. th. 14. Vinn.*

Inst. hic num. 4. Hertog. Inst. h. t. n. 6.

Moventur primò, quia unius ejusdemque rei non potest dari duplex & diversa definitio, sed si memorata distinctio non admitteretur, daretur unius ejusdemque rei, videlicet Juri gentium, duplex & diversa definitio, ergò. *Minor ostenditur. In §. 1. hic dicitur Jus gentium illud esse, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit. Et in §. 2. Illud Jus gentium esse dicitur, quod usu exigente, & humanis necessitatibus constitutum est.*

Moventur secundò per *L. 1. ff. de. A. R. D.* ubi dicitur antiquius Jus gentium; ergò debet dari minùs antiquum, quod est secundævum.

Moventur tertio per *d. §. 2. h. t.* ubi dicitur: *usu exigente & humanis necessitatibus gentes sibi Jura constituerunt.* Atqui constituere est aliquid novi statuere; ergò datur Jus gentium secundævum.

Moventur quãrtò, bella, captivitates, servitutes dicuntur esse contra naturam *§. 2. Inst. hic. art. 5. tr. de jure pers.* ergò Juri gentium non possunt attribui, nisi dicatur dari duplex Jus gentium; aliàs sequeretur, quòd idem Jus dictaret contraria.

Moventur quintò per *§. 11. Inst. de R. D.* ubi Jus gentium illud dicitur, quod rerum natura cum ipso humano genere prodidit; ergò datur Jus gentium, aliàs bella, captivitates, dominiorum distinctiones Juri gentium accenseari non possent.

Negativæ subscribunt *Schamb. Inst. h. t. quest. 4 Ludwel. Inst. h. t. n. 3. Zoës. ad ff. de J. & J. num. 33. Harp. num. 7. Covarruv. in cap. peccatum p. 2. §. 11. num. 3. Clariff. DD. Franc. Inst. h. t. p. 2. num. 5.* pro hac sententia.

Facit primò. Quòd in Jure nostro non nisi unius Juri gentium fiat men-

tio §. I. & 2. *hic. l. I. §. 4. ff. de J. & J. l. 6. ff. eod.* ergo propria autoritate nova divisio statuenda non est, præcipuè quia entia non sunt multiplicanda sine necessitate.

Facit secundò. Quòd aliàs Jus naturale & gentium perperam confunderentur, ut consideranti patet.

Facit tertio. Quòd ratio naturalis, quæ constituit Jus gentium, tempore variari non possit; ergò datur unum duntaxat Jus gentium, quia ratio naturalis semper manet eadem. Et hoc ipsum fundamentum est, quod me in negativam trahit.

Argumenta contraria nullo labore diluuntur. Et

12. Primum quidem adminiculò distinctionis eliditur, daretur unius ejusdemque rei videlicet Juris gentium duplex & diversa definitio re ipsa, *nego minorem*, verbis, *concedo minorem*, & *nego consequentiam*. *In cit. §. 2.* Non nova proponitur definitio, sed Juris gentium in §. I. definiti origo subjicitur, & effectus, five exempla proponuntur, quomodo videlicet id, quod naturalis ratio dictavit, in effectum deductum, & executioni mandatum sit.

Secundum exinde ruit, quòd Jus gentium ibi antiquius dicatur non ad differentiam alterius Juris gentium minus antiqui, sed respectu Juris civilis, quòd Jus gentium antiquius esse palam est ex §. II. *Inst. de R. D.*

Tertium prosternitur ex responsione ad primum, sensus enim est, usu exigente, & necessitatibus humanis gentes sibi jura constituerunt, id est in effectum, in praxim redegerunt, quod naturalis ratio prius à primo ævo dictavit. Jus gentium extitit antequàm bella, captivitates, & distinctiones rerum introductæ fuerunt; sed effectus Juris gentium

nondum erat, quia circumstantiæ temporum non exigebant bella moveri, captivitates fieri, & rerum distinctiones statui. Sanè si primordiali mundi tempore ob rerum dominia reipublicæ tranquillitas per rixas & discordias periclitata fuisset, prout ex post facto contigit, Jus gentium jam tunc extitisset. Rem ab instantia solidè declarat *Schamb. loc. cit.* ponamus, inquit, legem latam, ne quis evehat frumentum sub pœna 100. fac quòd nullus per centum annos in legem impingat, sequiturne exinde legem pœnalem latam non fuisse? Ita quoque in primordio mundi bella non erant necessaria, sequiturne exinde Jus gentium tunc temporis non fuisse? Sanè fuit, puta, in actu primo.

Ad quartum Respondetur, tunc temporis, puta, quando nondum exoriebantur discordiæ, bella, & captivitates fuisse contra rationem naturalem. Ex post facto autem, ubi tranquillitas reipublicæ exigebat moveri bella, & induci captivitates, non tam fuerunt contra naturalem rationem, quàm ex ratione naturali, quæ in necessariis nunquam deficit. Diversus rerum status, & circumstantiæ temporum quandoque faciunt, ut, quod prius rationi videbatur contrarium, ex post facto conforme censeatur.

Ad quintum Respondetur, non nunquam Jus gentium ratione appellationis cum naturali quodammodo confundi, prout in *d. §. II.* contingit, quod nos parum angit: §. I. enim hic, & *fin. de J. & J.* nec non *L. I. ff. eod.* diligentissimè separantur.

AD VERS. NAM QUOD QUISQUE.

Quæritur hic, quid sit jus civile? Respondetur, esse illud, quod quisque populus sibi ipsi constituit, vel quod

quod quævis civitas sibi proprium fecit. Sic jus, quò cives Romani utuntur, Jus civile Romanum: Jus, quò Athenienses utuntur, Jus civile Atheniense: quò populus Austriacus utitur, Jus civile Austriacum vocatur. Illud verò quod una quæque civitas sibi proprium constituit, nomine magis proprio statutum seu jus municipale nuncupatur. *Cblingensf. Inst. b. t. g. 5.* Quoties autem simpliciter sine aliquo adjuncto Jus civile pronuntiatur, toties per aliquam præ eminentiã & antonomasiam intelligitur *Jus civile Romanum*; nomen enim æquivocum semper capitur in partem digniorem, & intelligitur in dubio id, quod est præcipuum, sicuti generali Poëtæ pronuntiatione apud Græcos intelligitur Homerus: apud Latinos Virgilius, *text. hic.*

§. CONSTAT AUTEM. 3.

14 **D**ividitur Jus civile in *scriptum & non scriptum*. Illud est, quod expressò summæ potestatis consensu in utilitatem subditorum constitutum est. Hoc est, quod tacitò summæ potestatis consensu approbatum est, & aliò nomine vocatur consuetudo.

Species Juris scripti sex occurrunt, puta, lex, plebiscitum, Senatûs Consultum, constitutio Principum, edicta Magistratuum, responsa prudentum, *text. hic.*

§. LEX EST 4.

15 **L**ex relatè spectata, hoc est cum respectu ad statum popularem reipublicæ Romanæ dicitur esse id, quod populus Romanus Senatorio Magistratu interrogante, veluti consule, constituit; erat enim tunc temporis summa potestas penes populum, qui in comitia vocatus interrogabatur à Magistratu: *velitis, jubetis Quirites*; & si antiquare legem volebant, respondebant per literam A. si verò legem probabant, per literam V. R.

Kees ad Instituta.

id est, uti rogas. *Vimm. Inst. hic Zoëf. ff. de leg. n. 3.*

Observa hic, statum Reipublicæ triplicem esse, videlicet Monarchiæ, Aristocratix, & Democratix. Status Monarchiæ est, quando Jura Majestatis, & potestatis resident penes unum & solum. Ut fit in Romano Imperio, Gallia, Hispania, &c. Status Aristocratix, quando jura Majestatis & potestatis resident penes optimates, uti apud Venetos, &c. Status Democratix est, quando tota Majestas & potestas residet apud populû, prout olim apud Romanos contigit, quando nimirum Reges fuere expulsi. Qui duo posteriores status statui Monarchico longè posthabendi sunt, plures enim imperare malum est, regnumque non capit duos,

Et summo dulcius unum

Stare loco, sociisque comes discordia regnis.

Hinc cum Darius Alexandrum ad divisionem Asiæ sollicitasset, illud in responsum tulit; *nec mundum duos reges tolerare, duo enim si essent soles, incendiò omnia perderentur*. Præterea decantatum factis est, quòd communio soleat excitare discordias *l. 77. §. 20. ff. de Leg. art. 2. §.*

Segnius expediunt commissa negotia plures.

Taceo, quòd status Monarchicus naturam ipsam vel maximè imitetur; videmus enim ab ipso naturæ ortu apibus unum duntaxat Regem, diei unum solem, & unam nocti lunam præesse.

Itaque tradita legis definitio non statui Monarchico, qui hodie in Imperio Romano viget, sed democratico, qui tunc temporis erat, consentanea est. Ut moderno tempore, postea quam à populo Romano per legem Regiam, de qua vide *Manz. Inst. b. t. §. 6. n. 8.* omnis Majestas, potestasve in Octavianum Augustum translata fuit, lex concinnè definiti possit, quòd

quòd sit commune præceptum in bonum publicum ab habente potestatem ordinatum.

- 17 Dividitur lex in *præceptivam* & *pœnalem*. Præceptiva est, quâ aliquid absolute & simpliciter præcipitur, vel prohibetur. Pœnalis, quâ transgressori Pœna aut multa injungitur. Hæc subdividitur in *mere pœnalem* & *mixtam*. Merè pœnalis appellatur, quæ solius pœnæ mentionem injicit, absque hoc, quòd præcipiat aliquid aut prohibeat, veluti si dicat legislator: *qui exportaverit frumentum, sex aureis multabitur*. Mixtam voco, quæ duo membra continet, in quorum uno præcipitur aliquid aut vetatur, in altero pœna præfigitur transgressoribus veluti si dicat legislator: *Nemo deinceps frumentum evehat; qui evexerit, sex aureis multabitur*.

- 18 Ut lex officium suû sortiatur, desideratur primò, ut feratur ab eo, qui vim cogendi habet, cum enim lex sit præceptum, vana foret legis ira sine coactis jure & potestate. Unde superior sit ille, qui præcipit, quàm, cui præcipitur, necesse est, par enim in parem non habet imperium *cap. 20. §. de elect. l. 3. §. ult. & l. 4. ff. de recept. qui arbit. Barbos. Axiomat. l. 14. cap. 5. axiom. 6.*

Sic in Monarchia summus Princeps veluti in Romano nostro Imperio Imperator, in Aristocratia optimates, in Democratia universus populus legis condendæ habet potestatem. Imò & Electores, Principes, atque cæteri Imperii status tam Ecclesiastici quàm sæculares potestatem habent condendi leges locales, seu provinciales, licet juri communi contrarias, siquidem vulgata regula est, quòd quilibet Princeps in suo territorio tantum possit, quantum Imperator in imperio *Bart. in L. infamem ff. de publ. jud. Gail. lib. 1. cap. 6. n. 10. de pace publ. cla-*

riff. D. P. Robert. Konig. tit. 1. de constitut. n. 9. Cæteri dynastæ, collegia, communitates, seu universitates condere jura non possunt, nisi ex principis concessione expressa vel tacita ferendæ legis potestatem habeant, *Clariff. D. Franz. Inst. b. t. p. 3. n. 3.*

Secundò requiritur, ut lex sit justa, hoc est, sit lata in commune bonum. Unde non illa duntaxat lex justa erit, quæ versatur circa materiam honestam, verum etiam inhonestam, dummodo legislator intendat commune bonum: sic lupanaria sive usus Scortotum permixtus, usurarum exercitium licitum, cædes uxoris in adulterio deprehensæ concessa. Tametsi enim ista in se mala sint, lex tamen justa est, quæ illa permittit, eò quòd perinde intendat commune bonum, scilicet ut evitentur mala &c. siquidem lupanaria permittit, ut evitentur adulteria, incestus, &c. Usuræ licitæ, ut indigentibus succurratur, cædes adulteræ conjugis concessa, ut metu mortis concussa sacrum matrimonii vinculum inviolabiliter custodiat, nec facile in alterius vota libidini habenas licentius dispenset. Vides proinde, quòd isti actus à lege non foveantur quâ illiciti, nec ab ea præcipiantur, sed tantum non puniantur, & castigentur ad evitanda majora mala. *cap. 1. dist. 13. Zoëf. ff. de leg. n. 7. Clariff. D. Franz. loc. cit. n. 8.*

Tertiò requiritur, ut lex sit stabilis, & perpetua, *cap. fin. de offic. legat.* unde statuta temporalia legis naturam non obtinent, *Zoëf. ff. de leg. n. 8. Schamb. Inst. b. t. §. 4. vers. requisita.*

Dices, Viennæ frequenter abrogantur leges latæ; ergò non est necesse, ut lex sit stabilis, & perpetua. Respondetur, non hoc sensu legem debere esse stabilem, & perpetuam, æternum duret, sed

sed tam diu, donec reipublicæ utilis est; & proficua, si talis esse desinat, rectè mutatur.

- 21 Quartò ad legem requiritur publica & solennis promulgatio sive per præconem, sive aliò modò idoneò facta *l. 9. eod. de leg. nov. 66. cap. 1. ratio*, quia lex est regula humanorum actuum, quæ non dirigit, nisi applicetur, applicatur autem per promulgationem, ut obligare nequeat, nisi iis sufficienter propòsita, quibus fertur, cùm ad incognitum nemo teneatur, *Zoëf. loc. cit. n. 10. & tametsi promulgatio solenniter facta sit, lex tamen ante lapsum duorum mensium à facta publicatione, nisi aliter à principe determinetur, non obligat de nov. cap. 1. his verbis: ut autem apertius adhuc causa declaratur, sancimus, si scripta fuerit, hujusmodi lex, hanc post duos menses dati ei temporis valere. Suarez. lib. 3. de ll. cap. 16. num. 10. Haumold. d. J. & J. tr. 1. cap. 1. cont. 2. n. 14. P. Engl. ad tit. conslit. §. 4. num. 64. Clariss. D. P. König. h. t. §. 9. num. 20. Menoch. lib. 2. arbitr. cas. 185. n. 7.*

- 22 Quæres primò, an lex ante promulgationem obliget eum, qui scit eam esse conceptam? Respondetur negative. *Zoëf. ff. 65. loc. cit. n. 11. P. Engl. n. 16. Menoch. loc. cit. num. 20.*

Ratio prima, quia de substantia legis est, ut promulgetur; ergò ante promulgationem vim & effectum legis non habet, adeòque non obligat. *Argum. d. l. 9. cod. de ll.*

Ratio secunda, quia lex est præceptum commune; ergò non debet unum obligare præ cæteris, eique libertatem aliis concessam auferre.

Non obstat, *cap. 1. de postulat. Prælat.* ubi in hæc verba rescribitur: *Sufficit, ut ad constitutionis observantiam teneatur, qui noverit eam solenniter editam, aut*

publicè promulgatam. Ergò obligat ante promulgationem; sufficit enim quòd edita, hoc est concepta sit. Respondetur, sensum legis esse, quòd sufficiat, si legem esse editam vel promulgatam noverit, & non requiratur ad hoc, ut obliget, ut singulis per mandatum speciale infinuetur.

Possis etiam dicere, *ly aut* sumentum esse pro *seu*, ut sensus sit, cùm constitutio solenniter editur, seu publicè promulgatur. Ex dictis,

Colliges, quòd is, qui ex privata notitia pretium tritici paulo post minuendum, aut valorem monetæ scit decreturum, ante promulgationem legis triticum currenti pretiò vendere, aut monetam eò valore, quò defecto currit, expendere possit, talis enim non agit contra novam legem, utpote quæ necdum nova dici potest, quia nondum promulgata, nec etiam agit contra Justitiam, aut æquitatem. Non contra justitiam, quia utitur jure suo nec alterum lædit, quia emptor non habet jus, vi cujus venditori dari posset minus pretium. Non contra æquitatem, quia servatur æqualitas inter mercem, & pretium, nam, uti suppono, rem vendidit eò pretiò, quo vendi solet. *Confer. Menoch. de arbitr. lib. 2. cas. 185. n. 20. & seq.*

Dices, qui scit privatim & solus, vinum, quod vendit, non diu mansurum in suo vigore, non potest currenti pretiò vendere: *L. 13. ff. de act. empt.* ergò etiam qui scit monetam non diu mansuram in suo valore, non poterit eam præfenti valore expendere. Respondetur concedendo antecedens, negando consequentiam. Disparitas est, quòd in priori casu subsit vitium internum, ad quò indicandum venditor tenetur, in posteriori verò casu subsit tantum vitium externum scilicet æstimationis, quæ de-

pendet à taxatione Principis.

Quæres 2. An acceptatio subditorum ad valorem legis requiratur.

Dixeris primâ fronte requiri. Ita re ipsa docent *Clariff. D. P. Konig. ad tit. de constit. §. 9. n. 11. Navar. de constit. confil. I. quæst. 1. à Sometting. Inst. b. tit. num. 76.*

Moventur primò, per *can. 3. §. leges. distinct. 4.* ubi in hæc verba rescribitur: *leges firmantur, cum moribus utentium approbantur.*

Secundò: per *l. 32. §. 1. ff. de LL.* ubi dicitur: *leges nullâ aliâ ratione nos tenent, quàm quòd iudiciò populi receptæ sunt.*

Tertiò, Quia quotidie auribus nostris percipimus, quòd nonnullæ leges etiam Ecclesiasticæ non sint receptæ, v. g. hæc Bulla non est recepta, hæc etiam non, item Concilium quoque Tridentinum non est receptum in Gallia, neque in Hungaria; ergò patet, quòd lex non obliget, nisi acceptetur.

Verùm his argumentis ita non moveor, quin potius statuam, acceptationem subditorum ad valorem legis nequaquam requiri; ita docent, *Molina de J. & J. disp. 23. Laym. Theol. Mor. lib. 1. tr. 4. cap. 3. n. 1. Glettle Jurispr. fundam. lib. 1. tit. 2. cap. 4. §. 7. num. 16. Engl. loc. cit. §. 4. n. 68. Zoëf. de lo. n. 13.*

Ratio sola, sed solida est, quòd Princeps habeat potestatem obligandi, quâ utique careret, si subditorum acceptatio ad efficaciam legis requireretur.

23 Ad primum respondetur, primò quòd adductus textus §. *leges* sit Gratiani, cuius autoritas non habet vigorem legis. Respondetur secundò, leges firmantur: cum moribus utentium comprobantur, firmitate accidentali extrinsecâ, conceditur, substantiali & intrinsecâ, negatur,

Id saltem mores utentium operantur, ne lex desuetudine & consuetudine contraria evertatur.

Ad secundum respondetur, illam legem intelligendam esse de statu democratico, quando scilicet potestas leges ferendi penes populum Romanum fuit.

Non obstat, quod reponunt antagonistæ videlicet *d. l. 32.* de eo tempore loqui, quòd vixit Ictus Julianus author *d. l. 32.* atqui Ictus vixit tempore Monarchiæ Antonini Pii, & Adriani *l. 2. ff. de orig. Jur.* ergò. &c. Siquidem retorquetur argumentum, etiam tempore Monarchiæ Justiniani Tribonianus in *§. 4. hic.* legem definivit, *quam populus Romanus Senatorio Magistratu interrogante constituit*, non tamen hæc definitio Monarchiæ convenit, sed qualis in Democratia lex fuerit, insinuare voluit, ergò etiam Julianus significare voluit, qualis lex tempore præterito valida fuerit.

Ad tertium respondetur, non hoc sensu Concilium Tridentinum dicitur non esse receptum, quòd acceptatio populi intervenerit, sed quia gravamen obtinet, nec S. Pontifex acceptationem urget, quam si urgeret, etiam si populus recusaret, tamen lex obligaret, cum verò illam non urgeat, dicitur suspensa.

Quæres tertiò, an ad substantiam legis sive Juris scripti, requiratur scriptura?

Pro affirmativa stant hæc fundamenta.

Primò, quia lex à legendo deducitur, ergò debet in scripturam redigi, aliàs legi non potest.

Secundò in *§. singulorum 11. Inst. de R. D.* dicitur *Civilia jura tunc esse caperunt, cum civitates condi, & leges scribi ceperunt.* Ly. scribi aperte denotat ad legis substantiam requiri scripturam.

Tertiò.

Tertiò. In *l. humanum* 8. *Cod. de LL.* dicitur, legem dictari debere; ergò debet etiam scribi, quia dictatura est præambula ad scripturam, dictare enim nihil est aliud, quàm tractim aliquid pronuntiare, ut calamò excipi possit.

Quartò. Sententia judicis non valet, nisi scripta. *L. 2. Cod. de sent. ex peric. recit.* Ergò etiam legis promulgatio non valet, nisi scripta.

Quintò. Albedo est de essentia muri albi; ergò etiam scriptura est de essentia Juris scripti.

25 His nihil moventibus negativæ subscritto, quam tuentur, *Harp. §. 6. Inst. h. t. n. 34. Hum. var. resol. lib. 1. tr. 1. q. 22. Zoëf. ff. de LL. n. 14. Bachov. Inst. hic.*

Primò, quia Jus scriptum illud est, quod expressò summæ potestatis consensu in utilitatem subditorum constitutum est; ergò scriptura non est de essentia Juris scripti, cum ille consensus sine scriptura etiam vivâ voce promulgari possit.

Secundò, quia Lacedemonii leges nunquam in scripturam redelegerunt, sed memoriæ mandarunt, *§. 10. Inst. h. t. imò teste Plutarchò in vita Licurgi in aliqua lege disertè cautum fuit, ne leges in scripturam redigerentur, & tamen Lacedemonii Jure scriptò utebantur, quia sine expressò Spartanorum consensu, quos de singulis legibus rogârunt, non valebant; ergò Jus scriptum sine scriptura datur.*

Non dicas Lacedemoniorum leges tantùm consuetudines fuisse? quia ad consuetudinem requiritur (ut alia requisita sileam, ex quibus luculentum fieret consuetudines non fuisse) tacitus populi consensus, atqui diximus, expressum Spartanorum consensum necessarium fuisse; Ergò &c.

Tertiò, quia Jus scriptum extitit,

antequàm scripturæ, & litterarum peritia adinventâ fuit, quoniam cum ipsis civitatibus cœpit *§. 11. Inst. de R. D.* sed nemo negat litterarum inventionem origine civitatum esse juniorem, ergò.

Argumenta contraria Cleantis ad Lucernam composita non sunt, & quidem.

Primum exinde convellitur, quòd²⁶ etymon legis non à legendo, sed ligando descendat. Et datò, non concessò, legem à legendo deduci, non tamen sequitur necesse esse, ut legatur, & sic adminiculò scripturæ promulgetur, quia legere etiam seligere significat, ut lex plurimis regulis quasi selecta esse dicatur.

Ad secundum Respondetur, ly, scribi sumendum esse pro sanciri, implicat enim in memorato textu pro ratione scripturæ sumi posse, cum tunc temporis ars scribendi nondum extiterit. Accedit, quòd verbum *Graphèin* non semper scribere significet, sed discernere, sancire, statuere.

Ad tertium Respondetur *d. l. 8.* non esse necessitatis, sed voluntatis, si scilicet placuerit, leges dictare & in scripturam redigere. Sanè videas hodie plerumque adminiculò scripturæ leges promulgari, non tamen scitè dixeris, id fieri ex necessitate.

Ad quartum Respondetur concedendo antecedens, negando consequentiam. Differentiæ ratio est, quia scripturâ in sententia judicis non interveniente Judici daretur occasio sententiam, quam tulit, mutandi, aut corrigendi, utpotè quòd in publicatione sententiæ subinde contingat, non adesse frequentiam hominum. Secus est in lege, ubi mutatio facilè metuenda non est, cum leges publicè ferantur & universo populo intimantur, ut nullum sublit periculum,

fore, ut mutetur, emendetur, aut corrigatur.

Quintum argumentum philosophorum responsum meretur, enim verò ut lex concretivè scripta dicatur, utique opus est scripturà, sed negatur suppositum, illud Jus scriptum appellati, quod in scriptura, sed quod expressò consensu summæ potestatis consistit.

27 Effectus legis est obligatio ad ejus observantiam *l. 2. ff. 3. Cod. de LL.* Et quidem de facto lex omnis propriè dicta obligat etiam in foro conscientie, ita ut hoc aliquibus videatur esse de fide. *Suarez. lib. 3. de LL. cap. 22. num. 9. Clariss. D. P. König. lib. 1. tit. 2. num. 33.* Ratio est, quia subditi tenentur etiam in conscientia obedire suis superioribus justa præcipientibus, idque ex præcepto divino, & naturali, nam ut ait *Apost. ad Rom. 13. qui potestati* (intellige humanæ) *resistit, DEI ordinationi resistit qui autem resistunt, ipsi sibi damnationem acquirunt.*

28 Excipitur lex purè pœnalis, & mixta, in quantum pœnalis est, hæ enim leges non obligant ad pœnam ante sententiam Judicis declaratoriam. *L. 29. in ff. de Jure Fisci. c. 19. §. fin. de Heret. in 6.* Ratio, quia non videtur rationi consentaneum, ut reus sit sui ipsius accusator, & pœnæ suæ proprius ultor & executor. *Covar. in Epitom. p. 2. c. 6. 8. n. 10. P. Engl. §. 3. ad tit. de constit. num. 42.* Confer. *Glettle p. 1. select. quest. 3. §. 4.* Ubi solidè discurret, quæ lex & qualiter in foro conscientie obligationem ponat.

29 Secunda juris scripti species est plebiscitum, quod illud esse dicitur, quod plebs plebejo Magistratu interrogante constituebat. Quemadmodum enim Senatorius Magistratus à populo universo legem: ita Magistratus plebejus veluti

Tribunus à plebe plebiscitum rogabat. His fortè verbis. *Quid fieri velitis vos Quirites rogo, & plebs respondebat, sic volumus, jubemusque.* Differt plebs à populo sicuti pars à toto: appellatione populi siquidem universi cives, & simul etiam patricii designantur: vocabulo plebis verò cives reliqui sine patriciis designantur, *text. hic.*

§. SENATUS CONSULTUM 5.

Tertia Juris Civilis Romani species³⁰ est Senatus Consultum, diciturque illud, quod Senatus jubet, atque constituit. Causa quòd introductum fuerit, & ratio est, quòd difficile esset populum Romanum, qui vehementer auctus fuerat, in unum convocare, ut proinde Senatus locò populi consuli inceperit. *text. hic.*

§. SED ET QUOD. 6.

Quarta Juris scripti species est principis placitum, seu constitutio principis; quod enim Principi placet animò condendi legem, legis habet vigorem.

Constitutio Principis alia est generalis, alia specialis. Constitutio generalis est, quæ omnes Principis subditos ligat. Hujus constitutionis tres occurrunt species, rescriptum, decretum, edictum.

Rescriptum est responsum, quod Princeps ad supplicationem vel epistolam consulentium emittit. Exempla rescriptorum reperire est in *§. ult. de his, qui sui vel alieni Juris sunt. §. 4. Inst. de fidejuss. Harp. n. 25. hic. Manz. n. 17.*

Decretum est sententia, qua Princeps causam inter subditos controversam determinat.

Dubitatur, an vim Juris universalis³³ habeat? Respondetur, interesse, an sit sententia definitiva, an interlocutoria.

Definitiva vim legis universalis habet. *34 l. fin.*

l. fin. in pr. Cod. de LL. § l. 1. §. 1. ff. de constit. Princip. Hæc enim est instar regulæ, & libræ Architectonicæ, quam Judices inferiores sequantur. *Manz. n. 21. hic Clariff. D. Franz. p. 3. Inst. b. t. §. 10. num. 35.* Interlocutoria vim Juris universalis non aliter obtinet, quam si Princeps specialiter expresserit, se animò condendæ legis interlocutum esse, alias enim de mente legislatoris per solam interlocutionem constare non possè. Et sic in concordiam reducuntur text. *in l. 1. §. 1. ff. de const. princ. § l. 3. Cod. de LL. à Clariff. D. Franz. loc. cit. n. 36. Habn. ad Wesenb. ff. de constit. princ. num. 1. Confer. Harp. hic n. 5.*

35 Edictum est illud, quod princeps motu proprio ad bonum & felicitatem rei publicæ constituit. Dico *motu proprio*, hoc est, nemine petente, solâ utilitate publicâ id suadente. Principis enim officium exigit, ut omni tempore subditorum commoda investiget, *l. 23. in pr. Cod. de nupt.* Hinc Imperator noster laudatissimus *Nov. 8. in pres.* ipse de se proficitur, quòd multas noctes insomnes ducat, ut subditis paret tranquillitatem.

36 Constitutio particularis vocatur alio nomine privilegium, & definitur, quòd sit lex privata speciale quid concedens. *Zoës. ad Jus canon. de Privileg. § Excess. Privileg. num. 1. Clariff. D. P. König. b. t. n. 3.*

Dices, Privilegiū non est lex, sed exemptio à lege; ergò minùs rectè dicitur lex esse. Respondetur distinguendo antecedens, privilegium non est lex respectu ejus, cui concessum est, concedo antecedens, respectu aliorum, nego antecedens, & consequentiam. Tametsi privilegium non sit lex respectu illius, cui competit, hunc enim regulariter excusat ab obligatione legis, est tamen respectu aliorum, quos obligat, ne privilegiari-

um impediunt ab usu sui privilegii.

Instabis. Si privilegium omnes obligat extra privilegiatum, non est lex privata sed communis, ergò malè definitur, quòd sit privata. Respondetur distinguendo antecedens, non est lex privata, sed communis, si commune omnium bonum proximè concernat, esto, si pro fine suo proximo habeat bonū privatū, nego antecedens, & consequentiam. Lex communis illa dicitur, quæ pro fine suo proximo habet bonum commune; hunc finem cum privilegium non intendat, dicitur lex privata. *Clariff. D. Franz. Inst. b. t. p. 3. §. 10. num. 37.*

Dividitur privilegium in reale, & per-37 sonale, *l. 196. ff. de R. J. ubi in hæc verba rescribitur: Privilegia quedam cause sunt, quedam persone, & ideo quedam ad hæredes transmittuntur, que cause sunt, que persone sunt, ad hæredes non transeunt.*

Reale vocatur, quod proximè inhæret rei, vel personæ competit, ob causam realem primariò concessum est. Personale est, quod proximè inhæret personæ, ita ut eum ea extinguatur.

Sanè ut intelligas, an privilegium reale sit, an personale, res magnæ utilitatis, sed difficultatis est non exiguæ. Tu sic collige. Vel privilegium proximè affigitur rei à personis distinctæ, vel tribuitur personis quâ talibus. Privilegium prioris generis reale est, adeòque si Ecclesiæ, monasterio, fundo, universitati concedatur privilegium, id reale dicitur, quia ipsi rei proximè inhæret. Sic quoque privilegium, vigore cujus domus aliqua eximitur à quarteriis, à tributis vel stauris, reale est, consequenter ad hæredes, & successores transit, *d. l. 196.*

Privilegium posterioris generis quandoque reale, quandoque personale est. Reale est, quando ob causam realem tri-

buitur. Personale est, quando personis tribuitur ob causam aliquam personalem. Ut ecce! Clerici, Senatores, Decuriones, item Doctores legum sunt immunes à fordidis muneribus. Hoc privilegiū erit personale, atque aded non transitoriū ad hæredes, competit enim hoc privilegium ob qualitatem personalem, puta clericatum, dignitatem Senatoriam, professuram &c. quæ sunt qualitates personales, atque personis ita inhærent, ut inde avelli nequeant. Contrà privilegium, quod gaudet minor, ita ut lubrico ætatis læsus restituatur in integrum, dicitur reale, quia ob causam realem, puta ob læsionem, & ut damnum avertatur à patrimonio, tribuitur, & hinc privilegium restitutionis in integrum concessum minori transit ad hæredes. *L. 6. ff. de integr. restit.* Item privilegium S^Ci Vellejani reale est, quia causa privilegii immediatè non est persona mulieris, sed ipsa deceptio, vel læsio, unde hoc privilegium & hæredi prodest.

38 *L. 20. Cod. ad S^Ctum. Vell. Zoësf. cod. n. 5. Menoch. de præf. lib. 3. præf. 104. n. 17.*

Dices, privilegium Doctoratūs, Clericatūs, Senatoriatūs, &c. est reale, quia ad omnes Senatores, Doctores & Clericos transmittitur, ergo falsum est, quod, ut dictum, sit personale. Respondetur privilegium Doctoratūs, Clericatūs &c. posse dupliciter considerari, primò quatenus dignitati annexum est, & sic reale erit. Secundò quatenus personæ habenti dignitatem doctorem annexum est, & hoc respectu erit personale, nec transmissibile ad hæredes. Confer. *Zoësf. ad decretul. de privileg. & excess. privilegiat. n. 5.*

Sin ex dictis dignoscere nequeas, privilegium personale, an reale sit, formam verborum spectare necesse est. An videlicet verba in rem, an in personam directa sint. Si verba in rem directa sint: v. g. si Cisterciensibus, si Episcopis Vien-

nensibus privilegium, ne solvant decimas concessum sit, reale erit: quia censetur loco, vel sedi concessum. Si verba dirigantur in personam, refert, an nomen dignitatis, an nomen propriū sit præmissum. Si nomen dignitatis v. g. si tibi Episcopo Salisburgenfi Cajo privilegium datū sit, reale erit; censetur enim dignitati concessum. Si nomen propriū sit præfixum v. g. si tibi Cajo Episcopo Salisburgenfi concessum sit privilegium, personale erit, quia censetur personæ tributum. Sic quoque privilegium alicui ratione eminentis doctrinæ concessū, personale erit, eò quod ob qualitatem personalem concessum sit. Item privilegium competentæ, quod habet maritus, patronus, socius, donator, &c. Personale erit, quia proximè respicit personam *Zoësf. ff. de constit. n. 17. Menoch. loc. cit. præsumpt. 104. per tot.*

Quod si denique his omnibus consideratis adhuc dubius hæres, suspensio similis, videndum est, an sit odiosam v. g. contra jus commune, aut tendat in alterius præjudicium, an verò sit favorable continens meram gratiam, citra alterius præjudicium. Priori casu censetur personale, quoniam odia restringenda sunt, & quæ à Jure exorbitant, non debent trahi in consequentiam, *cap. odia 15. & cap. que à Jure 28. de R. J. in 6.*

Posteriori verò casu reale dicendum 39 est, beneficia enim principum latissimè interpretanda sunt, *L. 3. ff. de constit. princip. Engl. ad tit. de privileg. & excess. privileg. n. 4.*

Dividitur secundò in privilegium gratiosum, remuneratorium, & conventionale. Gratiosum est, quod gratis tribuitur nullà habità ratione meritorum, vel obligatione reciproca privilegiati. Remuneratorium est, quod alicui propter benè merita datur. Conventionale, quod conceditur interveniente pactò vel conventionem. Dividi-

Dividitur tertio privilegium in favorabile & odiosum. Favorabile est, quod merissimum favorem ipsius privilegiarii respicit, nullique parit incommodum aut præjudicium. Tale est privilegium dispensandi, celebrandi ante auroram, vescendi carnibus tempore quadragesimæ, portandi catenam auream, &c. odiosum dicitur, quod quidem privilegiarii favorem respicit, sed tamen redundat in aliorum gravamen, v. g. si cuidam concedatur licentia exigendi decimas, aut collectas extraordinarias.

Glette select. quest. p. I. q. 5. n. I.

40 Quæstio prima. An privilegium statim à tempore collationis, sive (ut ajunt) à die datæ effectum suum habeat, an à die demùm, quando privilegiarius concessi privilegii notitiam acquirat, illudque acceptat? Respondetur privilegia motu proprio, & voluntate liberâ principis concessa secernenda esse ab iis, quæ conceduntur ad instantiam partis. Privilegia prioris generis non sortiuntur effectum, antequàm de iis constet privilegiario, quia donationis naturam sapiunt, quæ ante notitiam & consensum donatarii completa non censetur. *L. qui absenti 38. ff. de acq. poss. & l. absent. ff. de donat.* Equidem potest princeps de absoluta potestate privilegium concedere etiam invito; quia cum ex gravi & justa causa invito auferre Jus quæsitum possit, non apparet, quare conferre invito privilegium non possit?

Privilegia posterioris generis quandoque valent, antequam privilegiario de iisdem constet, quandoque non valent. Vel enim privilegium potest esse utile privilegiario, esto ejus notitiam non habeat, vel non potest esse utile. Si potest, statim, quando concessum est, valet, licet de concessione privilegiario nondum constet, quia hoc ipso, quòd per nuntium

aut procuratorem privilegium urgeat, antecedenter censetur id acceptare, adeoque sicut donatio per acceptationem antecedentem completur, ita & tale privilegium. Sin utile esse non potest, ante vim non obtinet, quàm privilegiarius ejus acceperit notitiam, cum princeps non sciat, utrum acceptare velit, nec ne. Ut ecce! Urges per procuratorem & nuntium licentiam contrahendi matrimonium cum Berta consanguinea tua, privilegio hoc juvaris, esto nescias, tibi concessum esse; adeoque si ante notitiam ejus contrahas cum Berta, peccas quidem, matrimonium tamen tenet.

E contra impetras per nuntium exemptionem à lege jejunii, privilegio hoc non ante juvaris, quàm de eo tibi constet, quia non antè tibi potest esse proficuum, cum ante notitiam ejus omittere jejunium absque peccato nequeas. Confer. *Zoëf ad decret. tit. de privileg. n. 26. Clariff. D. P. Konig. ibid. num. 23. Pater Engl. eod. tit. num. 12. Menoch. de arbit. cas. 185. num. 46.*

Quæstio secunda. An privilegiatus utatur suo privilegio contra privilegium? Tamen si difficilis sit & ardua isthæc quæstio, Jurisque Tyronibus non videatur explicanda, attingenda tamen est, quæ in ipsis institutionum principiis frequenter occurrit. Itaque si duo privilegiati simul concurrant, referre existimo, an paria sint utriusque privilegia an diversa?

Si paria sunt utriusque privilegia, tunc 41 privilegiatus gaudet suo privilegio contra æquè privilegiatum. Ut ecce! Absens reipublicæ causa v. g. Legatus, Ambasciator, &c. hoc habet privilegium, ut restituatur in integrum, si ex absentia sua læsus sit. *L. 1. § 4. ff. ex quib. caus. major.* Jam fac, quòd absens reipublicæ causa ab æquè reipublicæ

blicæ causâ absente læsus sit. Hoc in casu privilegiatus gaudet suo privilegio, & restituitur contra pariter absentem reipublicæ causâ. *L. fin. ff. eod. & ibi Brunem.* Ex eodem fonte sua sponte fluit, quòd Ecclesia, quæ gaudet privilegio non solvendi decimas, eòdem privilegio utatur contra aliam Ecclesiam pari privilegio munitam. Item quòd Ecclesia non præscribat contra Ecclesiam nisi spatium quodraginta annorum. Et denique quòd nobilis (si v. g. statutum vigeat, ne nobiles propter debita in carcerem conjiciantur) gaudeat suo privilegio, & ab altero nobili in carcerem detrudi nequeat. *Zoëf. ad decret. tit. de privil. num. 27. Covarr. ad cap. possess. p. 2. num. 4.*

Dices: Si minor dederit minori pecunias, mutuas, easque accipiens dissipaverit, tunc dans non gaudet beneficio restitutionis in integrum. *L. 11. §. pen. ff. de minor. 25. annis Zoëf. ff. ad Scit. Vell. n. 25. Brunem. in d. l. 11. §. pen. n. 12.* Ergò falsum est, quòd privilegiatus gaudeat suo privilegio contra pariter privilegiatum, si paria sunt utriusque privilegia. Respondetur, nostram decisionem tunc demùm procedere, si ille qui vult uti privilegio, certet de damno vitando, & alter de lucro captando. Secus verò, si ille, qui vult uti privilegio, certet de lucro captando, & alter de damno vitando: hoc enim casu privilegiatus non utitur suo privilegio contra æquè privilegiatum. *Zoëf. & Brunemann. loc. cit.*

Si privilegia sint diversa, ut unum alteri resistat, & unus privilegiatus concurrat cum suo privilegio cum privilegiato ex alio privilegio, tunc privilegiatus contra privilegiatum non utitur suo privilegio. Ut ecce! Filius familias habet privilegium S^Ci Macedoniani, & minor habet beneficium restitutionis in inte-

grum. Jam fac, filius familias à minore acceperit mutuum, & pecunias dissipaverit. Hoc in casu filius familias non gaudet suo privilegio. *d. l. 11. §. fin. ff. de min.* Item mulier gaudet privilegio Senatusconsulti Vellejani, & minor, ut dictum, beneficium restitutionis in integrum. Jam fac, quòd mulier apud minorem fidejusserit. Hoc in casu mulier non gaudet beneficio S^Ci Vellejani, *L. 12. ff. eod. Zoëf. ff. b. t. num. 52. Manz. de fidejuss. cap. 3. num. 25.*

Dices, si minor filiosam, majori dederit mutuum, tunc gaudet beneficio restitutionis in integrum, *d. l. 11. §. fin.* ergò privilegiatus gaudet suo privilegio contra privilegiatum, etiam si diversa sunt privilegia. Respondetur concedendo antecedens, distinguendo consequens; ergo privilegiatus gaudet suo privilegio contra privilegiatum, etiam si diversa sunt privilegia, casu quo unum privilegium alterò non est fortius, & potentius, nego, in casu quo unum privilegium alterò est fortius & potentius, concedo consequentiam. Privilegium restitutionis in integrum est potentius, quàm beneficium Senatusconsulti Vellejani, major enim habetur ratio ætatis, *d. l. 11. §. fin. Zoëf. loc. cit. num. 25. Brunemann. in d. l. 11.* atqui quando concurrunt duo privilegiati, is præfertur, qui privilegium potentius habet. *Mench. de præsumpt. p. 72. l. 2. n. 21.*

Quæstio tertia, quibus modis amittantur privilegia? Respondetur variis modis amitti.

Primo amittitur privilegium per interitum personæ, si personale, aut rei, si reale sit, adeoque si persona moriatur, aut res pereat, puta, si dignitas, ac officium pereat, cessat privilegium, *cap. 7. de R. l. in 6. cap. 25. de V. S. ratio corrueute principali, corrui accessorium.*

rium. Cæterùm si sit spes rei, quæ fortè per ruinam, bellum, vel alium casum perit, refectionis, tunc si res reficiatur, conservantur privilegia, & reviviscunt, *L. adæ sacra 73. ff. de contrab. empt.* ubi æde hac sacrâ terræmotu dirutâ, locus ædificii non fit profanus. *P. Engel. loc. cit. num. 14. Pirrhing ad Jus Canon. tit. de privileg. sect. 6. §. 6. D.P. Konig. loc. cit. n. 26.*

Quæstio quarta. An per mortem concedentis amittatur privilegium? Resolutive dicendum, quòd non, gratiæ enim semel concessæ etiam re integrâ morte concedentis non expirant, *cap. si super 9. de off. deleg. in 6. cap. si cui nulli 36. de præbend. in 6.* Accedit, quòd privilegium sit species donationis, quæ non finitur morte donantis. *Zoës. ad Jus Canon. loc. cit. num. 30.* Unde habens privilegium à S. Pontifice, vel Episcopo absolvendi à reservatis, dispensandi in certis casibus, eodem fruitur etiam post mortem S. Pontificis & Episcopi.

Secundò amittitur privilegium per temporis lapsum, ad quod privilegium est restrictum *cap. 4. de off. deleg.* Nam ad tempus concessa, post tempus censentur negata. *L. Thais 41. §. 1. de fidei commiss. libert.*

Tertiò amittitur privilegium cessante causa finali, ob quam datum est, juxta decantatam regulam, quòd cessante causa, cesset effectus, *cap. 40. de appellat.*

Illud notandum ad hoc, ut causa finali cessante, etiam esset privilegium, requiri, ut causa finalis non cesset negativè, sed contrariè. Negativè cessare dicitur causa finalis, quando illa causa non amplius existit, usus tamen privilegii non est injustus, aut redundans in præjudicium privilegiati. Contrariè cessare dicitur causa finalis, quando circumstantiæ ita mutantur, ut usus privilegii evadat iniquus, aut cedat in detrimentum ipsius privilegiati.

Casus, in quo causa finalis privilegii cessat negativè, talis figurari potest: alicui monasterio concessum est privilegium non solvendi decimas, & quidem propter inopiam, quâ tunc temporis laborabat. Postea monasterium factum est dives, & abundè habere cæpit; quæritur an cesset privilegium? Respondetur negativè, nam licet causa cessaverit, ut hoc statu idem privilegium non concederetur, concessum tamen rectè conservatur citrà injustitiam, quia factum semel legitimè non debet retractari licèt ad casum devenerit, à quo inchoari nequit, *cap. 74. de R. I. in 6.*

Casus, in quo causa finalis privilegii cessat contrariè, talis est: alicui Ecclesiæ debentur certæ decimæ, istæ remittuntur, quia Ecclesia tempore remissionis dives erat, postea mutato rerum statu Ecclesia eò paupertatis delabitur, ut alimentis deficiat, hoc in casu cessat causa finalis contrariè; quia usus privilegii redditur iniquus, & redundans in detrimentum ecclesiæ. Pariter ex eadem ratione privilegium comedendi carnes cessat, ubi causa privilegii, puta, ægrotudo corporis recessit. *Zoës. ad Jus Canon. num. 33. Engl. loc. cit. num. 20. Gonzalez. in cap. 9. de decimis §. cap. 16. de cleric. non resident.*

Quartò expirat privilegium per revocationem privilegium concedentis, qui enim gratiam fecit, gratiam revocare potest. *Panormit. in cap. novit. n. 25. §. num. 28. de judiciis. Gail. l. 2. observ. 60. n. fin.* Hoc tamen suas patitur limitationes.

Primò enim revocari potest privilegium, si sit subdito concessum, non verò si non subdito concessum sit privilegium, & ab illo acceptatum, hoc enim casu revocari non potest; ratio, quia transit in contractum, & jus privilegiario

quæsitum est, quò non potest privari per alienum principem, cui non est jus privandi rebus suis legitime acquisitis sibi non subjectum. *Zoesl. loc. cit. num. 39. Clariff. D. P. Kouig. ad tit. de Privil. num. 28.* ubi infert, privilegium à principe laico concessum ecclesiis, & piis causis, non amplius posse revocari.

Secundò procedit quartus modus amittendi privilegium, si id sit gratis concessum, & maneat in pura ratione privilegii, tunc enim à concedente revocari potest; ratio, quia privilegium, ut vocant, merè gratiosum, quod videlicet manet in pura ratione privilegii, non transit in dominium subditi, atque ita semper pendet ex voluntate principis, qui proinde id pro libitu & arbitrio revocare poterit, tametsi decenter id fieri non posse, doceat, *Pirrh. in compend. iur. can. ad tit. de privileg. sect. 6. §. 4.* eò quoniam quod semel placuit, displicere amplius non debet. *cap. 21. de R. I. in 6.*

Quòd si privilegium transeat in pactum vel contractum, uti privilegium conventionale & remuneratorium, à principe sine urgentissima causa revocari non potest, eò quòd princeps nemini debeat sine iusta causa Jus quæsitum tollere. *P. Engl. loc. cit. n. 9. Zoesl. loc. cit. n. 30.*

Quintò extinguitur privilegium per renuntiationem, id est voluntariam abdicationem Juris sibi concessi; ratio, quia invita non datur beneficium, & favori, pro se introducto, quilibet potest renuntiare. *L. pen. Cod. de pact.*

Sextò expirat privilegium per non Usus. Non usus verò duplex est, negativus, & omissivus. Negativus vocatur, cum quis ideò privilegio non utitur, quia occasio utendi se non offert. Omissivus, cum quis privilegio non utitur tempore habili, & opportuno. Non usus negati-

vus nunquam sufficit ad amissionem privilegii. *Arg. l. 34. §. 1. & l. 45. ff. de S. R. P.* ubi dicitur quòd ille, qui ideò aquam non duxit longo tempore, quia fons exaruit, non amittat Jus aquæ ducendæ; ergò etiam, qui ideò privilegio non utitur, quia occasio utendi se non offert, privilegium non amittet. Necessè proinde est ad amissionem privilegii, ut non usus omissivus concurrat, hic enim solus ponit voluntatem internam carendi privilegio, *Argum. l. 10. §. 1. l. 19. ff. quemadmodum servit. amitt.* Confer. *Glettele select. quest. part. I. quest. 5. per tot.* ubi more suo solidè hanc materiam discutit.

§. PRÆTORUM 7.

QUinta species Juris civilis scripti sunt edicta Prætorum, quæ definiti possunt, quòd sint jus adjuvandi, supplendi, aut corrigendi Juris civilis gratià à Prætoribus propositum. *Text. hic & in l. 7. §. 1. ff. del. & l. Hodie Juris civilis aut nulla, aut exigua differentia est; vide tamen latà manu hac de re differentem Manz. Instit. hic Bachov. & Ludw. ibidem.*

§. RESPONSA, 8.

SExta juris civilis scripti species sunt Responsa Prudentum, quæ nihil aliud esse dicuntur, quam sententiæ & opiniones eorum, quibus permissum erat de jure respondere. *Text. hic.* Antiquitas enim quibusdam à sacratissimis Principibus data potestas erat, interpretandi jura & leges, idque, quod responderunt, tantam vim habuit, atque auctoritatem, ut Judici recedere à responsis prudentum non liceret. *Manz. n. 11. hic.* Hodie Responsa Jctorum non vim legis, sed nudam habent probabilitatem, ut proinde cuique eorum tantum credendum, quantum

quantum quisque probat, *Mysing. Inst. hic num. 5.*

§. SINE SCRIPTO 9.

45 **H** Actenus de jure scripto, sequitur de non scripto quod nomine magis proprio consuetudo appellatur.

Quæ concinnè definitur, quòd sit Jus moribus introductum, & tacitò summæ potestatis consensu approbatum.

46 Dividitur in eam, quæ est contra legem, & quæ præter legem, & quæ juxta legem.

Consuetudo contra legem est, quæ legem præexistentem tollit, & abrogat. Juxta legem, quæ legem scriptam supponit, ac observando confirmat, ne in desuetudinem abeat. Præter legem, quæ versatur circa materiam lege non præceptam: ac novam obligationem inducit.

Objicitur primò, *l. 2. Cod. que sit longa consuetudo.* Ubi dicitur consuetudinem tam validam non esse, ut legem vincere possit. Respondetur primò verum esse, quòd consuetudo non sit validior lege, sed tam valida tamen sit, ut legem tollere & abrogare possit. Ad victoriam majores vires requiruntur, ad abrogationem pares. *Clariff. D. Franz. Inst. h. t. p. 4. n. 19.*

Respondetur secundò textum *d. l. 2.* intelligendum esse de consuetudine irrationabili, & invalida. *Zoëf. ff. h. t. 96. Clariff. D. P. Konig. ad Ius Canon. num. 19. Confer. Gonzalez. in cap. ult. §. de consuetud. & Menoch. lib. I. de arbitr. quest. 71.*

Objicitur secundò. Consuetudo contra legem est contra rationem, scilicet ipsius legis; ergò est irrationabilis, & consequenter invalida. Respondetur distinguendo antecedens, consuetudo contra legem est contra rationem aliquam; concedo: omnem, nego antecedens &

consequentiam. Lex quandoque fundatur in unica ratione, quandoque verò in pluribus, si lex fundata sit in unica ratione, & consuetudo contra illam pugnet, erit invalida. Si verò lex plures rationes habeat, tametsi deinde consuetudo contra aliquam pugnet, non tamen ea propter rationabilis esse desinit. Ut ecce! Jus commune disponit, ne Episcopus causas graviores & majoris momenti sine consensu capituli solus expediat, ex ratione, ne fortè quid temerè fiat ab Episcopo. Contra talem legem seu statutum consuetudo introduci potest, ut scilicet Episcopus solus etiam causas majoris momenti expediat, & hæc forsitan ratione, ut lites citius expediantur. Advertis, hanc consuetudinem esse quidem contra aliquam rationem, nempe illam, ob quam prior lex introducta est, non tamen esse contra omnem rationem quia alià ratione fundatur.

Objicitur tertiò. *L. 3. §. 5. ff. de sepulch. viol.* Ubi aperte dicitur statutum non valere contra legem; ergò neque consuetudo contra legem valebit. Respondetur concedendo antecedens, nego consequentiam. Differentiæ ratio est, quòd per statutum expressè derogetur legi, per consuetudinem verò tacitè, sæpè autem expressa nocent, quæ non expressa non nocent. *L. 52. ff. de condit. & demonstr. ita Schamb. Inst. hic vers. ob. 4.* Ego puto id addi posse, quòd in consuetudine introducenda præsumatur concurrere tacitus consensus principis, ut proinde lex præexistens ex consensu principis abrogetur. Contra vero in statuto non adest, neque adeste præsumitur consensus principis in abrogationem legis. Non mirum proinde, quòd Dux Bavaricæ per statutum legi civili derogare nequeat, saltem ut extra ejus territorium vigorem habeat, quia statuta contra legem non valent.

Requisita consuetudinis quinque absolvunt.

Primo requiritur pluralitas actuum, hoc est ut actus, ex quibus inducitur consuetudo, sæpius fuerint exercitati & frequentati, ita, ut sufficienter constare possit detacito populi consensu ad inducendam consuetudinem. *L. 1. Cod. que sit long. consuet. L. 3. cod. de edific. priv.* Quot verò precise actus ad consuetudinem introducendam requirantur, in univèrsum determinari non potest, sed rectius discreti Judicis arbitrio determinandum relinquatur, qui ex qualitate actuum judicet, arbitreturvè, an ita notorii, & frequentes sint ut exinde sufficienter tacitus populi consensus colligi possit, ita *Gail. lib. 2. obs. 31. n. 7. Mascard. de probat. conclus. 24. n. 14. & 15. Menoch. de arbitr. Jud. l. 2. cas. 81. n. 4.* rectè profectò quoties enim aliquid Jure nostro non factis reperitur definitum, toties recurritur ad judicantis arbitrium. *Manz. Inst. hic n. 16. n. 31. hic Schneid. num. 6.*

Non adversatur, *l. nemo 3. Cod. de Episc. cop. aud. & c. 25. caus. 25. q. 2.* ubi geminatio ejusdem criminis consuetudo dicitur, ut proinde duo actus sufficere videantur. Enim verò allegati textus de consuetudine facti sive de assuefactione, non verò de consuetudine Juris inducente, vel abrogante legem loquuntur, ut sensus sit per geminationem criminis jam quis esse dicitur habituatus quasi, & consuetudinarius, ut proinde acrius in talem animadverti possit. *Clariff. D. P. Konig. loc. cit. num. 7. Harp. loc. cit. Scambog. hic.*

Quæstio quarta, an per unum actum consuetudo introduci possit?

Dixeris quòd non. Primo, quia ad consuetudinem requiritur actuum frequentia *l. Cod. que sit long. consuet.* sed per unum actum non habetur frequentia actuum; ergò unus actus non sufficit.

Secundò, quod semel factum est, frequenter factum dici non potest; ergò per unicum actum consuetudo nequit introduci, ita *Schn. n. 6. Myns. n. 6. hic Manz. n. 12. Harp. n. 30. Menoch. loc. cit. cas. 81. n. 2.*

Verum his non attentis referre existimo, an actus ille sit momentaneus, an successivus. Si actus sit momentaneus, qui breviter perficitur, consuetudinem non fundat. Si actus sit successivus, qui ad suam perfectionem, & consummationem requirit tractum longioris temporis, consuetudinem fundat. Ut ecce! in loco aliquo, ubi pons non fuit, populus ædificavit pontem, & eum constanter transit, v. g. per quadraginta annos, si in beneficio secularis institutus fuerit, in istis casibus, quin consuetudo introducatur, non insanæ mentis dubitat. Ratio quia actus, qui in se habent factum aliquod successivum, continent in se virtualiter plures; ergò si plures actus momentanei ad inducendam consuetudinem sufficiunt, unicus quoque actus successivus sufficiat, necesse est, sic in adducto exemplo utique idem est, si pons continuò frequentatus fuerit à populo: ac si bis, ter, quater, vel frequentius per violentiam fluminis fuisset abreptus, & iterum noviter restauratus.

Confirmatur. Ideò plures actus requiruntur ad consuetudinem, ut inde sufficienter colligi possit populi consensus, sed iste consensus potest etiam colligi ex actu planè notorio & successivo, licet unico; ergò unicus actus successivus sufficit. *Clariff. D. Franz. Inst. t. p. 4. n. 8. Faber Inst. hic n. 8. Pirrh. de consuet. Sect. 1. §. 4. num. 20.*

Ad primum Respondetur distinguendo majorem, ad consuetudinem requiritur actuum frequentia momentaneorum concedo, successivorum nego majorem, &

& sic distinctâ minore nego consequentiam, non enim ideò actuum frequentia requiritur, quasi de forma esset, & ut plures numeri actuum confurgant, sed ut ex iis populi consensus in consuetudinem colligi possit.

Ad secundum eadem est solutio. Quod semel factum est, frequenter factum dici non potest frequentia materiali, quæ plures numeros producit concedo, frequentia formali, quæ plures actus in se continet, nego antecedens & consequentiam.

Secundò requiritur, ut actus sint liberi, & cum animo se obligandi gesti, neque erronei. Unde

51 Colliges primò per actus metu extortos non induci consuetudinem; quia non censentur facti animò inducendi consuetudinem, sed potiùs animò evitandi malum, quod intentatur. *Clariff. D. P. Konig ad Jus Canon. tit. de consuet. n. 5.*

52 Colliges secundò, ex actibus meræ facultatis citra animum se obligandi gestis non induci consuetudinem, actus enim agentium non operantur ultra intentionem eorum. *L. 19. ff. de reb. credit.* Hinc recitatio certarum precum ad pulsum angelicum, sumptio aquæ benedictæ in ingressu Ecclesiæ, licet per quinquaginta annorum seriem factæ, consuetudinem non ponunt, quia non censentur, tales actus animò se obligandi gesti. *P. Engl. tit. de consuet. n. 9. Suarez. lib. 7. d. LL. cap. 14. num. 6.*

53 Colliges tertio, per actus ex ignorantia vel errore factos non induci consuetudinem, error enim excludit consensum. *Zoëf. ff. de LL. n. 74.* Hinc licet subditi aliquod festum per centum annos celebrarint, rati, ad hoc se obligari, consuetudo tamen non introducit. *Hartold. de J. & J. tit. I. proem. cap.*

3. *controv. 3. num. 140. Clariff. D. P. Konig. loc. cit. n. 5.*

Quæstio quinta. An actus, per quos consuetudo introducitur, debeant esse judiciales, & in iudicio contradictorio obtenti! 54

Respondetur primò altâ pace inter DD. obtineri per actus judiciales, & in iudicio contradictorio obtentos consuetudinem introduci. Ita DD. *in l. 32. ff. de LL. § cap. fin. § de consuet.* Fac proinde in civitate ter, quater, vel sæpius iudicatum esse, quòd filii masculi in successione paterna excludant filiam dotatam, & lapsum esse legitimum tempus (de quo paulò post) nec non in maiorem populi notitiam id pervenisse, & non contradixisse, dubium sanè nullum est, quin consuetudo taliter introducatur. *Schneid. Inst. hic num. 7.*

Respondetur secundò, etiam per actus extrajudiciales consuetudinem introduci posse. Ita *Gail. lib. 2. observ. 31. n. 8. Harp. Instit. hic n. 34. Hum. var. resol. lib. 1. tract. 1. q. 26. Zoëf. ff. de LL. num. 75.*

Probatur per *l. 38. de LL.* ubi dicitur *Consuetudinem aut rerum perpetuò similiter iudicatarum auctoritatem, & vim legis obtinere.* Certè Ictus non tam clarè res iudicatas à consuetudine distinxisset, si ex rebus iudicatis consuetudo deduci deberet; sufficit ergò vel consuetudo, vel res perpetuò similiter iudicata, ut obligatio legis confurgat. *Cbllingenst. Inst. h. r. q. 17.*

Accedit aperta ratio; quoniam consuetudo ex tacito consensu populi vim & robur suum recipit, sed iste consensus colligi potest ex actibus etiam extrajudicialibus, ergò.

Non obstat, *lib. 34. ff. de LL.* ubi in hæc verba rescribitur: *Cum de consuetudine considerare quis videtur, illud explorandum arbitror, an contradictorio aliquando*

quando iudicio firmata sit. Ergo ad consuetudinem requiruntur actus judiciales. Respondetur enim distinguendo consequens, ergo ad consuetudinem requiruntur actus judiciales, de necessitate, nego, de utilitate & in ordine ad facilitatem probationem, concedo consequentiam. Ecce! Si dubitetur de consuetudine, num introducta sit, nec ne, tunc qui illam probare intendit, attendere, & inquirere debet, an in iudicio contradictorio non ita semel iudicatum fuerit, sic enim in faciliorem ejus probationem devenire poterit.

Tertio requiritur ad consuetudinem, ut sit rationalis, hoc est, non adverteatur juri naturali aut divino, neque vergat in præjudicium utilitatis publicæ. *cap. 2. dist. 4. cap. 5. dist. 1. cap. 3. 5. § 8. dist. 8.* Unde non valet consuetudo, quæ parentes alimentis privat, aut foenerandi præbet licentiam, ratio, quia consuetudo imitatur legem *arg. cap. 9. § ult. § de consuetud.* lex autem debet esse rationalis *l. 39. ff. de LL.* ergo & consuetudo sit rationalis necesse est, alias non consuetudo, sed corruptela futura esset, *cap. 7. § ult. § de consuet. Gail. 2. observ. 11. num. 11. Gonzalez. in cap. 1. d. t. Harp. Inst. hic num. 12.*

Dices: Consuetudo, quæ introducitur per actus illicitos, & formaliter peccaminosos, non est rationalis, sed consuetudo contra legem introducitur per actus illicitos & formaliter peccaminosos, quoniam actus contra legem gesti sunt formaliter peccaminosi, & illiciti; ergo consuetudo contra legem non est rationalis.

Respondetur distinguendo majorem; consuetudo, quæ introducitur per actus illicitos & formaliter peccaminosos, non est rationalis, si actus illi concurrant ut causa, concedo majorem, si actus illi concurrant ut indicium populi voluntatis ob-

ligationem legis excutere volentis, nego majorem, sed consuetudo contra legem introducitur per actus illicitos & formaliter peccaminosos, ita tamen ut isti actus concurrant, ut conditio sine qua non, sive ut indicium populicæ voluntatis obligationem legis excutere volentis, concedo minorem, ut isti actus concurrant, ut causa formalis, nego minorem & consequentiam. Actus illiciti & peccaminosi non concurrunt ad consuetudinem tanquam causa, quia subditi obligationem legis de se neque inducere possunt, neque tollere, sed habent se præcisè tanquam conditio sine qua non, sive ut clarius loquar, sunt nudum indicium, ex quo colligit superior, quòd populus, quantum est in se, excutere nitatur obligationem legis. Confer. *Glette select. quest. p. 1. q. 6. per tot. ubi hac de re disertè & solidè discurret.*

Quarto ad consuetudinem requiritur diuturnitas temporis quò aliquid observatum sit, atque practicatum. Quantum verò temporis ad consuetudinem requiratur, non una omnium est sententia. Sunt, qui tempus desiderant, ejus initii memoria non extat, & hi fundantur in *l. 3. §. 4. ff. de aqua quotid. & estiv.* Sunt alii, qui tempus centum annorum requirant, & hi moventur per *l. 2. Cod. que sit long. consuet.* his verbis: *Consuetudinis, ususve longævi non vilis auctoritas est.* Longævum autem tempus centum annos denotat. *L. 23. Cod. de Sacratiss. Eccles. § l. 56. de usufruct.* Sunt denique, qui decennium sufficere autument, nulla facta differentia inter præsentés & absentes, & hi fundamentum ponunt in rubrica *tit. Cod. que sit long. consuet.* longum autem tempus esse decennium, in confesso est *arg. rub. tit. Cod. de long. temp. prescript.* Rationem verò, quòd nulla inter absentes, & præsentés differentia faciendâ sit, adducunt

adducunt itam, quoniam populus, & civitas abesse non dicitur. Mihi ut verum fatear, in hac opinionum altercatione videtur rem Judicis arbitrio determinandam relinqui debere, qui secundum levitatem & gravitatem materiæ tempus ad consuetudinem sufficiens determinet, ita ut exinde populi consensus in consuetudinem sufficiens colligi possit; ratio, quia quæ certâ lege definita non sunt Judicis arbitrio determinanda relinquuntur: ita re ipsa docent. *Menoch. lib. 2. de arbitr. cas. 83. n. 6. Hunn. var. re. tract. 1. q. 24. Clariss. D. Franz. Instit. h. t. p. 4. num. 13. & 14. Clariss. D. P. König. ad Jus Canon. tit. de consuet. num. 9. P. Engl. d. tit. num. 19. confert. Gail. 2. ob. 31. num. 3. Mynsing. cent. 6. obs. 41. n. 9. Schneid. num. 5. hic.*

Dices: Consuetudo debet esse legitime præscripta *cap. fin. de consuet.* ergo sicuti ad præscriptionem requiritur modò longum, modò longissimum, modò immemorabile tempus, ita etiam ad consuetudinem. Respondetur primò, consuetudo debet esse legitime præscripta, hoc est, debet aliqua requisita habere, quæ habet præscriptio concedo, debet habere omnia nego antecedens, & consequentiam. Ecce! ad consuetudinem requiritur aliquod tempus, sed negatur idem requiri, quod ad præscriptionem. Deinde consuetudo ad instar præscriptionis requirit tempus continuum, ita, ut si ante contrarius actus intercurrat, quam sit perfecta, ad similitudinem præscriptionis interrumpatur, licet proinde aliqua requirantur ad consuetudinem, quæ etiam desiderantur ad præscriptionem, malè tamen & perperam infertur, omnia requiri ad consuetudinem, quæ ad præscriptionem. *Zoëf. ff. de LL. n. 79. Chlengersp. Inst. h. t. q. 18.*

Kees ad Instituta.

Respondetur secundò, à præscriptione ad consuetudinem legitimum argumentum non duci, cum toto cœlo inter se differant. Enim verò primò præscriptio à privato, consuetudo introducitur à communitate. Secundò præscriptio requirit titulum, & bonam fidem, consuetudo non etiam. Tertio, consuetudo requirit pluralitatem actuum, puta, momentaneorum, præscriptio unico actu contenta est.

Quintò, ad consuetudinem requiritur tacitus consensus superioris, qui in statu Monarchico est consensus Principis; ratio, quia consuetudo est lex, vim autem legis non nisi ab autoritate principis, qui habet potestatem legis ferendæ, accipere potest. Dixi *tacitus*, expressus enim consensus legem scriptam poneret. *arg. §. 6. Instit. h. t. sed*

An ad consuetudinem requiratur scientia principis? Respondetur, non requiri, sed sufficere, quòd non contradicat. *Arg. cap. 1. de constit. in 6. ubi dicitur, quòd S. Pontifex plerumque ignoret statuta & consuetudines locorum. Zoëf. loc. cit. num. 84. Schambog. Inst. h. t. vers. 5. Clariss. D. P. König. loc. cit. num. 17. Suarez. l. 7. de LL. cap. 13. Sanchez de matrim. lib. 7. disp. 82. num. 20. Clariss. D. D. Franz. loc. cit. n. 17.*

§. ET NON INELEGANTER IO.

Redit hic Imperator rationem, quare Jus civile Romanorum in scriptum & non scriptum diviserit, atque adeò contigisse, quia origo Juris Romani ab institutis duarum civitatum græcarum, puta, Athenarum, & Lacedæmoniorum profluxit, quarum secunda leges memoriæ mandabat, prima verò leges scribere solebat. *Mantz. & Schambog. hic.*

§. SED NATURALIA II.

57 **Q**Uæritur in hoc paragrapho, an Jus naturale mutari possit? Magnæ huic difficultati enodandæ impigram manum adhibuerunt, Suarez lib. 2. cap. 8. num. 7. de LL. Hug. Grot. de Jure belli & pacis lib. 1. cap. 1. n. 5. & 6. Clariss. D. D. Franz. Inst. b. t. p. 1. num. 19. & seq. Glettle assert. 1. in suis. assert. Jurid.

Ego distinguendum esse existimo inter jus naturale positivum, & permissivum.

Jus naturale positivum est, quod ex decreto quodam naturæ bona præcipit, & mala prohibet, sic præcipit DEUM colere, parentes venerari, &c. prohibet verò furari. Deum blasphemare, &c.

Jus naturale negativum est, quod non præcipit vel prohibet aliquid, sed habet se tanquam negativè & permissivè, ut scilicet necessitate ita exigente humana potestas actum prohibere, vel præcipere possit.

Assertio prima. Jus naturale positivum immutabile est, *text. Instit. hic. sed naturalia quidem jura semper firma, atque immutabilia permanent.* Ratio additur, quia jura naturalia divinâ quâdam providentiâ sunt constituta, sicut ergò Deus, Author Juris naturæ, non mutatur, ita nec Jus naturale. Ratio alia, quia impossibile est, ut, quod intrinsecè bonum & honestum est, v. g. Deum colere; vel malum est, v. g. Deum blasphemare, tale esse desinat, nisi velis essentias rerum mutari possè.

Assertio secunda, Jus naturale negativum sive permissivum mutationem non respuit, ratio, quia non præcipit vel prohibet aliquid, sed relinquit dispositioni humani arbitrii, ut necessitate vel commoditate exigente id mutet, præcipuè si salus & tranquillitas reipublicæ id exigat, Deus enim, & natura

in necessariis nunquam deficiunt, & Principi omnis illa potestas concessa est, quæ ad conservationem reipublicæ necessaria est. *Zoëf. ff. de J. & J. num. 51. & seqq. Schamb. Instit. hic Glettle assert. Jurid. 1. Chlingenf. Instit. b. tit. quest. 5. ob. 2. solide Clariss. D. Franz. Inst. b. t. part. 1. num. 19. & seqq.*

Objicitur primò, libertas Jure naturæ competit, sed in servis sublata est libertas; ergò jus naturæ potest mutari. Respondetur distinguendo majorem, libertas Jure naturæ competit permissivo, concedo, positivo præceptivo, nego majorem, & concessâ minore, distingo consequens; ergò Jus naturæ potest mutari permissivum, concedo, positivum, nego consequentiam. Jus naturale non præcipit positivè in homine libertatem, sed pro circumstantiarum qualitate, nisi aliud exigat necessitas & commoditas reipublicæ.

Objicitur secundò: Juri naturæ rerum communio refertur in acceptis, sed hæc communio per Jus gentium est immutata; ergò Jus naturæ mutationi subjacet. Respondetur sub data distinctione: Juri naturæ rerum communio refertur in acceptis permissivo seu negativo, concedo majorem, positivo seu præceptivo, nego majorem, concessâ minore distingo consequens; ergò Jus naturæ mutationi subjacet permissivum concedo, positivum, nego consequentiam. Jus naturæ non vult positivè seu præceptivè, ut omnes res sint communes, sed permissivè, nisi aliud utilitatis reipublicæ vel rationabilis causa exigat, quemadmodum Reipublicæ salus & magna ratio svasit, quòd facta fuerit rerum divisio, nimirum, ut è reipublica tollerentur rixæ, & discordiæ, quas parit communio.

Objicitur tertio, lex non occides est Ju-

Juris naturæ positivi, & tamen jura permittunt alterum defensionis causâ occidere *L. 3. ff. de J. & J.* Deinde furari jure naturæ præceptivo prohibitum est *l. 14. de condit. indeb.* & tamen licet furari in extrema necessitate, *cap. 3. de furt.* ergò Jus naturæ etiam positivum seu præceptivum mutari potest. Hoc argumentum à variis variè solvitur, prout videre est ad *Manz. Inst. hic num. 5.* Mihi salvò aliorum judiciò videtur adminiculò distinctionis responderi posse: ergò jus naturæ etiam positivum mutari potest, si in casu mutationis gravis concurrat, justa & fortior causa, quàm illa, in qua jus naturale fundamentum est, concedo; si hæc non concurrat, nego consequentiam. Ut istam solutionem facilius intelligas, ea in memoriam velim revoces, quæ suprà *Inst. h. t. §. 1. vers. secundum dicta sunt*, ubi pro regula tenendum duxi: quòd in casu, quo concurrunt duæ rationes naturales, illa vincat aliam, quæ fortior est, quæque majori nititur fundamentato. Ut ecce! lex naturæ præcipit, ne quis alterum occidat, ex ratione, quòd alteri per alterum non debeat inferri injuria. Jam fac, quòd emergat casus, quòd si alterum non occidas, tu ipse occidendus sis. Hoc in casu possis alterum licitè mactare, gravior enim & fortior est ratio, quæ vult ne quis patiatur se occidi, quàm illa, quæ vult, ne quis patiatur se occidi, quàm illa, quæ vult, ne alterum quis occidat, quilibet enim vitam suam propriam alienæ præferre tenetur juxta vulgatum illud: *prima charitas incipit à se ipsa.* Pariter lex naturæ vult, ne alteri inferatur furtum, ex ratione ne quis locupletetur cum jactura alterius. Jam fac, quòd fame periturus esses, nisi fureris. Hoc in casu quin furari possis, non nisi insanus negat,

fortior enim est ratio, quæ pro vitæ conservatione militat, quàm ne alteri inferatur damnum. Ita respondet *Wesemb. Instit. hic num. 2. & in paratit. num. 15. ff. de Just. & Jure.* Paulò aliter respondet *Harp. Inst. hic num. 4.* Ubi ait, Jus naturale esse quidem immutabile, sed cæteris paribus, si scilicet eadem maneant causæ & circumstantiæ, quibus illud fundamentum, & ob quas constitutum fuit. At his causis, circumstantiisque mutatis, & ipsum jus quodammodo mutari vel certè declarari, vel temperari, neque ampliùs per omnia observari convenit.

Objicitur quartò. Matrimonium est Jus naturalis præceptivi, ne humanum genus pereat, atqui hoc est mutatum, clericis enim & religiosis est prohibitum, ergò. Respondetur, matrimonium esse quidem juris naturalis præceptivi, ita tamen, ut non singula generum, id est singulos homines in specie, sed genera singulorum, id est rempublicam in communi obliget; Ratio, quia præceptum naturale non obligat singulos, nisi quatenus id necessarium est ad perfectionem singulorum, sed matrimonium tantum est necessarium ad conservationem communitatis; ergò communitatem obligat, non singulos sicuti v. g. agricultura.

Urget. Antea obligabat singula generum, ergò adhuc hodie. Respondetur, nego consequentiam, quia multiplicatis hominibus non sunt eadem circumstantiæ & causæ, puta, ne genus humanum pereat, qui defectus circumstantiarum non facit mutari, sed tantum, ut Jus naturæ cesset obligare, sicut ante obligabat. Facit præterea, quòd positis his circumstantiis, quibus homines satis & abundè multiplicati sunt, fortior sit ratio, quæ pro religione & vitæ contentia militat, quàm illa, quæ pro ma-

jori hominum multiplicatione facit; si verò concurrant duæ rationes naturales, illa vincit illam, quæ est fortior, quæque majori nititur fundamento.

Inſtas. Jus naturale præcipit religionem in Deum, & obligat ſingula genera, ſive quemlibet in ſpecie; ergò etiam matrimonium obligat quemlibet in ſpecie. Reſpondetur, concedo antecedens, nego conſequentiam. Diſparitas eſt, quia ratio, propter quam Deus piè colendus eſt, nunquam ceſſat; ſecus verò ratio, propter quam matrimonium inſtitutum eſt, quia tametiſi ego, tu & Petrus à matrimonio abſtineamus, & Æteonei Juvenis inſtar amandæ continentæ vigilemus, non tamen eapropter periclitabitur genus humanum.

AD VERS. EA VERO.

Hucusque determinavimus, qualiter jus naturale, ſequitur, quomodò

jus civile mutetur. Mutantur autem jura civilia duplici modò, puta, vel lege poſteà latà, id eſt expreſſo conſenſu, vel deſuetudine, id eſt conſenſu tacito. Ratio prioris, quia poſteriora derogant prioribus *l. ſin. ff. de conſtit. princ.* ratio poſterioris, quia conſuetudo fori derogat Juri ſcripto *l. 3. §. ſin. ff. de teſt. Manz. hic num. 22. §. 23.*

§. FINAL.

Objectum Juris triplex eſt, perſonæ, res, & actio, omne enim Jus, inquit Imperator, quo utimur, vel ad perſonas, vel ad res, vel ad actiones pertinet. Perſonæ ſunt, quibus & à quibus jus redditur. Res de quibus jus dicitur. Actiones, per quas Jus redditur. *Perez. Inſtit. hic.* Cùm verò parum ſit jus nôſſe, ſi perſonæ, quarum cauſa conſtitutum eſt, ignorentur, ideò prius de perſonis videamus.

TITULUS III.

DE JURE PERSONARUM.

SUMMARIÀ.

- 1 Perſonarum diviſio.
- 2 Fœmina in uſu Juris eſt homo.
- 3 Hermaphroditus quo revocandus?
- 4 Deſinitur libertas.
- 5 Servitus quid ſit?
- 6 Servi quò jure tales ſiant?

Perſona nihil aliud ſignificat, quàm hominem, *arg. rub. tit. ff. de ſtatu homin.* ſumma autem & prima perſonarum diviſio eſt, quòd omnes homines, aut ſint liberi, aut ſervi.

Dices: Malè dividitur homo primaria diviſione in liberum & ſervum, debe-

ret enim potius in marem & fœminam dividi. Reſpondetur, ſi naturam ſpectes, homines debere diſcerni primaria diviſione in marem & fœminam, non verò ſi ſtatum perſonarum reſpicias, qui hominem conſiderat primariò vel ut liberum, vel ut ſervum.

Quæres primò, an fœmina in uſu Juris appellatione hominis veniat?

Dixeris, quòd non, quia fœmina eſt monſtrum, ergò non continetur appellatione hominis *l. 14. ff. de ſtatu homin.* antecedens probatur. Monſtrum eſt effectus à ſolita & intenta naturæ operatione degenerans, ſed talis effectus eſt fœ-

foemina, quia natura intentione primaria vult masculinum, tanquam optimum, ergò. Secundò per *l. 38. §. 5. ff. de pen.* ubi foemina homini opponitur, his verbis, *quòd si eò mulier, aut homo perierit, summò supplicio afficiuntur.* Ecce! mulier expressè homini opponitur, ac si homo non esset.

Ast contraria sententia vera est, eamque suo assensu dignantur *Humm. ad Treutl. vol. 1. disp. 2. q. 5. Clariff. D. D. Franz. Inst. h. t. n. II.*

Probatur per apert. *text. l. 152. ff. de V. S.* his verbis: *hominis appellatione tam foeminam, quam masculinum contineri non dubitatur.*

Ad primum respondetur distinguendo antecedens. Foemina est monstrum philosophicum, transeat antecedens; Juridicum, nego antecedens, & consequentiam. In usu Juris monstrum dicitur, quod contra formam humani generis inverso more procreatur. *d. l. 14.* Deinde monstrum illud propriè dicitur, quod rarò nascitur, at foeminarum phalangem quis numerabit?

Ad secundum Respondetur, per hominem ibi intelligi foetum in utero existentem, ut sensus sit, si ex poculo abortitionis vel amatorio mulieri prægnavanti dato, vel ipsa mulier prægnavans vel homo, id est foetus in utero existens, perierit, is, qui poculum dedit, ultimò supplicio afficiendus est.

³ Quæres secundò, quòd revocandi sint hermaphroditi sive androgyni ex utroque participantibus sexu?

Respondetur, referendos esse ad illum sexum, qui iisdem prævalet. *L. 10. ff. de stat. homin.*

Quòd si utroque sexu valeant, jubentur unum eligere, qua electione facta, permutare deinceps non permittitur. *Schambog. Instit. hic Clariff. D. D. Franz. loc. cit. num. 13.*

Dices: Hermaphroditus, qui utroque sexu valet, non admittitur ad professionem religiosam; ergò neque admittendus est ad matrimonium. Respondetur concedo antecedens, nego consequentiam, quia indecens non videtur matrimonio jungi illum, qui habilis est ad perfectam copulam. At immanem sapit indecentiam, & summè videtur periculosum, foeminarum cœtui immisceri illum, qui agere virum potest, aut virorum cœnobio inferi illam, quæ pati vim viri potest.

§. ET LIBERTAS I.

L Iberi dicuntur, qui libertate gaudent, quæ definitur, quòd sit *naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibeatur.* 4

Dicitur primò, *naturalis facultas*, hoc est potestas ex ipso Jure naturæ permisso descendens, & homini competens, quia secundum naturam omnes homines nascuntur liberi. *Princ. Instit. de libert.*

Dicitur secundò, *quod cuique facere libet*, ut denotetur, quod ille propriè & verè liber dicatur, qui potest facere, quod lubet, & qui habet potestatem vivendi, ut velit. *Manz. hic num. 4.*

Dicitur tertio, *nisi, si quid vi*, intellige vim justam, v. g. bellum *arg. §. servi 3. h. t.* Vis enim injusta libertatem non tollit, quia facti, libertas verò juris est, ea autem, quæ sunt facti, non tollunt, quæ sunt Juris. Unde fluit, quòd is, qui in carcerem dejectus, aut à latronibus captus est, libertatem non amittat, aut duntaxat libertas quoad actum secundum seu exercitium tollatur. *Harp. num. 4. hic & Manz. num. 5.*

Dixi quartò, *aut Jure prohibeatur*, sic tametsi liber sis, non tamen facultatem habes furandi, mœchandî, occiden-

dendi, &c. ista enim de jure prohibentur fieri, nec quis talia unquam velle præsumitur, quoniam id duntaxat velle dicimur, quod jure possumus. *L. nepos 125. ff. de U. S.*

§. SERVITUS 2.

5 **S**ervi sunt, qui in servitute vivunt, quæ definitur, quòd sit *constitutio Juris gentium*, quæ quis dominio alieno contra naturam subjicitur.

Dicitur primò, *Constitutio Juris gentium*, hoc est, quiddam Jure gentium introductum, & constitutum, quoniam non potest esse Jure naturali, cum naturâ homines omnes liberi nascantur. *Princ. Instit. de libert.*

Dicitur secundò, quæ quis dominio alieno. Nemo enim sibi ipsi servire, aut proprius esse potest. *L. 26. ff. de servit. præd. rust. Harp. num. 4. §. 5. hic.*

Dicitur tertio, *Contra naturam*, id est, contra Jus naturale permissivum, quo ante introductas servitutes omnes nascebantur liberi. *d. princ. de libert. Schambog. hic.*

Differt quoque per ista verba: *Contra naturam*, patria potestas à potestate dominica, quoniam per illam liberi parentibus non contra, sed secundum naturam rectè subjiciuntur. *Manz. num. 6.*

§. SERVI AUTEM 3.

6 **S**ervi non à serviendo, sicuti mercenarii pro mercede serviunt, sed à servando etymologiam trahunt, eò quòd prohibitum, constitutumque fuerit, ut

servi vel venderentur, vel sibi potius fervarentur, quàm ut crudeliter & inhumaniter trucidarentur.

§. SERVI 4.

Servi vel nascuntur tales, vel fiunt tales. Nascuntur servi, qui ex ancillis nostris generantur, & hi propriè vernæ appellantur, eò quòd nascuntur vernò tempore, quod tempus anni maximè naturale fæturæ est *l. 36. ff. de legat. 2. Gloss. ibidem. ratio verò*, quare natus ex ancilla servus fiat, est, quia partus ventrem sequitur. *L. 7. Cod. de R. V.* Fiunt servi vel ex Jure gentium, vel ex Jure Civili. Ex Jure gentium per captivitatem, justò namque bello capti servi capientium efficiuntur §. 17. *Instit. de rer. divis. §. acquir. rer. domin.* ex jure civili per venditionem sui ipsius, qui scilicet pretii participandi causâ se venditari passus est, de jure civili efficiebatur servus. *Schamb. hic.* Quem fusè hac de materia differentem vide, ego non multùm attendenda duxi, quæ non ampliùs sunt in usu, quemadmodùm servitutes in usu esse desierunt.

§. FINALIS.

Inter servos nulla penitus est differentia, & una omnium servorum est conditio, omnes enim eandem serviunt servitutem. In liberis autem hominibus multùm interest, utrùm ita nati, an verò liberi facti sint. Priores vocantur ingenui, posteriores libertini, de quibus in ordine titulo sequenti.

T I T U L U S I V.
D E I N G E N U I S.

S U M M A R I A.

1 Et

2 *Ingenius quis dicatur?*

3 *Filiusfamilias à patre venditus ingenuus manet.*

1 **I**ngenius ille dicitur, qui statim, ut natus est, liber est, illud non refert, ut quis dicatur ingenuus, sive nascatur ex duobus ingenuis, sive ex duobus libertinis, sive ex uno ingenuo, & ex altero libertino *l. 5. §. 2. ff. de stat. homin.* Unde fuit differentia inter ingenuum & libertinum, nam libertinus liber fit, non nascitur. *L. 8. Cod. de ingen. manumiss.*

Dices, si quis in utero existens manumittitur, prout id fieri potest. *L. 14. Cod. de fideicom. libert.* talis statim nascitur liber, & tamen non est ingenuus, ergò. Respondetur, ad hoc, ut quis dicatur Ingenius, requiri, ut statim, quando nascitur, sit liber, *ratione ventris*, non verò ratione manumissionis, adeoque debet fuisse natus ex libera matre *L. 5. §. 2. ff. de stat. homin.* illud autem non refert, quo tempore ex tribus mater libera fuerit. *Scham. hic.*

AD VERS. SED ET QUIS.

2 **I**ngenius etiam dicitur, qui ex matre libera, patre verò servo, vel etiam incerto patre (quem vulgo quæsitum dicimus) natus est. Ratio, quia quantum attinet ad libertatem partus ventrem, seu matrem sequitur; ratio rationis, quia extra justas nuptias conceptus ventrem sequitur, conditionem enim patris sequi non potest, hunc enim habere non censetur, cum pater is dicatur, quem justæ nuptiæ demonstrant, atqui ut libero cum ancilla, sic liberæ cum servo non constat justum matrimonium. *L. 1. Cod.*

de incest. nupt. Manz. num. 8. hic. Rationem rationis aliam assignat *Schneid. hic n. 3.* quia libertas matris tribus temporibus prodest partui, scilicet tempore conceptionis, nativitatis, & medio tempore: cum ex adverso patris libertas uno duntaxat scilicet tempore generationis proficit. Unde sequitur, ut quis liber nascatur, sufficere liberam fuisse matrem, vel tempore partûs, sive editionis, vel conceptionis, vel etiam tempore intermedio. Quando enim agitur de commodo partûs, tunc, qui in utero est, pro nato habetur *l. 7. ff. de stat. homin.* & calamitas matris ei nocere non debet, qui est in utero. *text. hic.* Sicut etiam crimen paternum, vel poena paterna, nullam maculam filio infligere potest. *L. crimen 26. ff. de pen. excepto crimine læsæ Majestatis. L. quisquis §. 5. 1. Cod. ad L. Jul. Majestat. Schneid. num. 3.*

Ex illo principio, quòd calamitas matris ei nocere non debeat, qui est in utero, laudabilis ille mos, & usus fluxisse censetur, qui ubique in judiciis hodie observatur, ut videlicet fœmina prægnans, quæ ultimò supplicio damnata est, servari, & poena differri debeat, donec pariat, sicut nec interim quæstioni subijci, nec torture imponi potest *l. 3. ff. de pen. eademque causa est, cur mulier prægnans non debeat humari, antequam partus ei excidatur, alioquin spes animati cum gravida perempta videtur. L. 2. ff. de mortuo inferendo. Harp. hic. n. 16. Schneid. n. 4.*

§. CUM AUTEM I.

Quid si aliquis natus sit ingenuus, & per errorem fortè in servitutem conjectus, deinde post aliquod tempus veluti servus ex putatitia servitute manumiss.

numiffus fit, quæftionis eft, utrum hæc manumiffio ingenuitati officiat, ita ut libertinæ conditionis efficiatur? Ad hoc refpondet Imperator, non officere ei, in fervitute fuiſſe, fed nihilominus ingenuum eſſe. Ratio, quia errore veritas non immutatur. *L. 6. in pr. ff. ad municip.* Ratio alia, quia talis manumiffio tantum eſt facti, ingenuitas verò eſt Ju-

ris, atqui ea, quæ facti ſunt, non impediunt ea, quæ juris ſunt. *L. 27. §. pactus 2. ff. de pact. Schamb. hic.*

Ex quo illud notandum, quòd, ſi filius familias à patre ob egeſtatem nimiam venditus redimatur, ingenuus maneat. *L. 2. Cod. de patrib. qui filios diſtrax.* Ratio, quia tali cafu non tam ablata, quàm ſuſpenſa potiùs videtur ingenuitas.

TITULUS V.

DE LIBERTINIS.

SUMMARI A.

- 1 *Libertinus quis dicatur?*
- 2 *Modi manumiffionis recenſentur.*
- 3 *Juriſdictio alia voluntaria, alia contentioſa.*
- 4 *Manumiffio ubique locorum rectè fit.*
- 5 *Libertini quotuplices ſunt?*

I **L**ibertini ſunt, qui ex juſta, id eſt, vera & legitima ſervitute manumiffi ſunt. *Text. hic.*

Dices, quidam ad libertatem perveniunt, & ſunt libertini abſque manumiffione v. g. ſervus venditus, ut intra certum tempus manumittatur. *L. 1. l. 3. l. 4. ff. qui ſine manumiff. ad libert. perven.* Item derelictus ob gravem infirmitatem, *L. 2. d. 1.* Et qui detexit necem domini *l. 5. eod.* ergò definitio data non ſubſiſtit. Reſpondetur primò,

quòd Imperator ad initium libertinitatis reſpexerit, quæ univerſaliter primò ex manumiffione proceſſit. *Manz. num. 3.* Reſpondetur ſecundò: ſunt libertini abſque manumiffione hominis reali, concedo, abſque manumiffione legis interpretativa, nego. *Schamb. hic.*

Manumiffio eſt de manu datio, ſeu de poteſtate dominica liberatio, manus enim pro poteſtate accipitur, *hic. §. l. 4. ff. de J. & J.*

Iſta autem manumiffio non ex jure naturæ, ſed ex jure gentium eſt, ratio quia jure naturali omnes liberi naſcebantur, deinde privatio præſupponit habitum, manumiffio ſervitutem, ſed de jure naturæ ſervitus erat incognita, ergo nec nota erat manumiffio. Quare autem manumiffio Juriſgentium eſſe dicitur, ratio eſt, quia cujus Juris eſt actus, ejuſdem eſt diſtractus *L. 35. ff. de R. J.*

§. MULTIS I.

Enumerantur hic aliqui modi manumittendi, quos inter primus erat, qui publicè in Eccleſia fiebat, ubi Domini ſervis ſuis, coram Antiftite & plebis aſpectu, libertatem præſtabant. Et hujusmodi exemplum adhuc videre eſt Aureliis in Gallia ad dextram introitus Eccleſiæ Cathedralis à *Sainte Croix*, ſive ad ſanctam Crucem dictæ, ubi olim ſervos libertate donare conſuetum fuerat. *Manz. num. 2.*

Secundus modus manumittendi ſervos fiebat publicè apud Magiſtratum *per vindictam*, hòc modò Dominus duxit ſervum ad prætorem, & licetor Prætoris virgulà, quàm ei præferebat, præmiſſis ſolemnibus verbis ſervum tangebatur, dominus deinde ter illà virgà percutiebat manumittendum, & ter dicebat: *njo te eſſe*

esse liberum, postea ipsum in gyrum rotavit & sic circumactum dimittebat.

Schneid. hic, & Manz. num. 4.

Tertius modus manumittendi fiebat per testamentum, cum quis servum suum in testamento liberum esse iussisset, vel quavis alia ultimâ voluntate, puta, per codicillos, legatum, fideicommissum, &c. quod enim alicui permittendum inter vivos, multò magis permittendum est in ultimis voluntatibus. *Manz. n. 10.*

Quartus modus manumittendi fiebat extra iudicium inter amicos, quo in casu necessarii erant quinque testes, & interpositio scripturæ. *L. un. §. 2. Cod. de lat. libert. toll.*

Quintus modus fiebat per Epistolam, quando videlicet dominus servo absenti, & in aliis locis degenti literis permittebat, ut liber viveret. Talis autem epistola quinque testibus debuit esse subscripta. *d. l. un. §. 1. Schneid. loc. cit.*

§. S E R V I V E R O.

Pro pleniori hujus paragraphi intellectu notandû, quòd actus alius dicatur Jurisdictionis *voluntariae*, alius *contentiosæ*. Jurisdictio voluntaria est, quæ exercetur tunc, quando partes ita ad iudicium veniunt, ut utraque pars & omnes, quorum interest, consentiant, nec una pars alterius contradictione impeditur. Ejusmodi actus sunt manumissio, emancipatio, arrogatio, insinuatio donationis, testamenti factio apud acta iudicis &c. Vides proinde, quòd voluntaria jurisdictio non ex parte Magistratus, qui officium suum petenti impertiri semper debet, ac necessè habet: sed ex parte illius, qui adit Magistratum: *Harp. hic. num. 3.*

Jurisdictio contentiosa tunc exercetur, quando partes ita ad iudicium veniunt, ut inter se contendant, & una

Kees ad Instituta.

alteri contradicat, ac ea propter quæ non in volentem, sed in invitum, contententem, & reluctantem exercetur. *L. 83. §. 1. ff. de V. O. Manz. num. 4.* Porro sicut voluntaria, & contentiosa Jurisdictio: ita de plano, & pro tribunali cognoscere differunt. De plano cognoscit Magistratus, qui non nili voluntariam. *l. 9. §. de plano 3. ff. de off. proconsul. pro tribunali verò, qui contentiosam Jurisdictionem exercet. l. 13. §. 10. ff. de excusat. tut. Harp. num. 5. hic.* His prælibatis,

Quæritur, ubi & quando manumissio fieri possit? Et Respondet Imperator, quòd manumissio fieri possit quolibet tempore & locò honestò, non tantum tunc, cum Præses vel prætor pro tribunali sedet, sed etiam, quando Prætor aut Præses in balneum vel theatrum procedit. Illum etiam non refert, manumissio fiat die feriato, vel non feriato. Ratio horum est, quia actus Jurisdictionis voluntariæ ubique & omni tempore expediri possunt. *L. 2. ff. de off. proconsul. sed manumissio est actus voluntariæ Jurisdictionis.* Nam actus judicialis die feriato exerceri nequit. *L. dies festos 111. Cod. de feriis*, & non nisi in loco iudicii juxta regulam, quæ causæ cognitionem desiderant, expediri non possunt, nisi iudice pro tribunali sedente. *Manz. n. 6. ergò, &c. vide etiam Schneid. hic.*

§. F I N A L I S.

Quæritur in hoc paragrapho, quotuplices sint libertini? Respondetur in textu, olim triplices fuisse, alii erant cives Romani, alii Latini seu Juniani, alii dedititii.

Cives Romani erant, qui aut testamentò aut in Ecclesia, aut ante consulem, adeoque unò ex modis solennibus, erant manumissi. Et isti jus civi-

tatis confequebantur, poteratque de rebus suis non tantum inter vivos, sed etiam per ultimam voluntatem difponere. Latini dicebantur, qui aut per epiftoiam, aut inter amicos, adeoque modo minus folenni manumittebantur. Ifti erant deterioris conditionis, quam cives Romani, vivebant enim ut liberi, moriebantur ut fervi, nam eorum bona à manumifforibus poft mortem eorum, licet liberos habuiffent, occupabantur, non quidem jure hæreditatis, quoniam nulla eft fervi hæreditas, fed jure peculii, idque ex lege Junia, unde etiam Juniani appellabantur. Sic ergo neque teftamenta condere, nec fibi in aliorum teftamenti relicto poterant ullatenus vindicare. *L. 1. Cod. de latin. libert. tollend. Manz. num. 14 hic.* Dedititii vocabantur peregrini quidam populi, qui, cum fe in Romanorum fidem dediffent, & aliquamdiu vectigal folviffent, poftea rebelles facti funt, &

à Romanis defciverunt, & arma contra Romanos fumpferunt. At Romani collectis viribus eos impugnabant, qui cum fortitudine Romanorum fe inferiores fuerunt experti, abjectis armis fe dederunt. Romani autem eos hac ratione fuperatos aded humanè tractarunt, ut vitam illorum fervarent, fed infamiae notà afpersere, ita ut in veram libertatem, Romanæque civitatis Jura pervenire nunquam poffent, & quia fe dediffent, dedititii vocarentur. *Manz. num. 6.*

Dixi fuprà olim triplices fuiſſe libertinos, hæc autem à Juftiniano Imperatore immutata funt, ftatutumque eft, ut omnes libertini funt unius modi, id eft, peræquè cives Romani, fublatis latinis, & dedititiis *L. un. Cod. d. r.* Quin imò ex noviffima Juftiniani conftitutione omnimodò fublata libertinorum conditio videtur; omnes quippe manumiffi funt ingenui, nulli libertini, falvo tamen manumifforis patronatus Jure. *Nov. 78.*

T I T U L U S V I.

QUIBUS EX CAUSIS MANUMITTERE NON LICET.

S U M M A R I A.

- 1 *Manumittere quis poffit?*
- 2 *Debitor in fraudem Creditorum non poffit manumittere.*
- 3 *Imò manumiffio eft nulla.*
- 4 *Fraus quid fit?*
- 5 *Et quotuplex?*
- 6 *Utraque requiritur, ut manumiffio nulla fit.*
- 7 *Minor 25. annis procurator effe poffit.*
- 8 *Solvuntur objectiones.*

1 **V**ifò, quid fit manumiffio, quomodo, ubi, & quando fiat; quæritur, quis poffit manumittere? Ad quod respon-

detur, quòd regulariter quilibet Dominus habens liberam fuarum rerum administrationem manumittere poffit, quilibet enim eft rei fuæ moderator & arbiter *l. 21. Cod. mandati.* & nemo prohibetur uti Jure fuo vel aliis benefacere. *Scham. hic.*

A regula data duæ ponuntur hóc titulo exceptiones. Prima eft, quâ prohibetur debitor, qui non eft folvendo, in fraudem creditorum manumittere fervos, hóc fcilicet animò, ut Creditores defraudet. *text. hic & L. in fraudem 10. ff. qui & à quib. manumiff. &c.* licet enim libertas magnum favorem mereatur, aded

adeò tamen extendendus non est, ut in Creditorum redundet detrimentum, præcipuè quoniam favorabilior est causa creditorum, utpote, qui de damno vitando certant, quàm servorum, qui de lucro captando militant. *Manz. hic. num. 4.*

Dubitatur utrùm manumissio ipso jure non valeat, an veniat rescindenda;

Dubitandi ratio est prima, quia reliqua, quæ in fraudem creditorum alienata sunt, stricto quidem jure valent, actione tamen Pauliana revocantur. §. 6. *Instit. de act.* ergò etiam manumissio ipso jure valebit.

Secunda, quia in *l. 1. Cod. qui manumittit. non poss.* dicitur libertatem in fraudem Creditorum datam revocari, & in *l. 5. §. 2. vers. libertas ff. d. t. libertatem rescindi*; sed quod ipso jure nullum est, non dicitur rescindi, quia privatio supponit habitum, & non entis nullæ sunt qualitates, ergò &c.

3 Verùm hoc nihil remorante respondet Imperator: *is, qui in fraudem creditorum manumittit nihil agit*, hoc est, manumissio nullius momenti, ipsoque jure nulla est. *L. 28. ff. qui à quib. manumissi non sunt liberi.* Ratio est in textu, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem, quod autem contra legem fit, ipso jure nullum est. *L. 5. Cod. de LL.*

Ad primam rationem dubitandi. Respondetur primò concedendo antecedens, negando consequentiam, differentia ratio est, quia debitor nulla lege specialiter prohibetur res suas alienare, ac proinde tanquam quilibet alius rei suæ moderator & arbiter relinquitur. Quamvis interim non negetur illas res in fraudem creditorum alienatas, Pauliana actione revocari posse. §. 6. *Instit. de Act.* At verò lex Ælia Sentia vetat nominatim & discretè, ne debitor in fraudem Credi-

torum servis suis libertatem conferat. *L. 5. Cod. de leg. Harp. hic. num. 7.* Respondetur secundo, quòd ideò libertatis datio in fraudem facta ipso jure nulla sit; quia durum valde foret, libertatem, utpote rem inæstimabilem, quæ semel compe- terat, sine facto revocari. *Schamb. hic.*

Ad secundam Respondetur, quòd rescindere, revocare, &c. sæpè in jure nostro denotent ipso jure nullitatem. *l. 1. §. 1. in fine ff. de feriis.* Deinde rescindi libertas dicitur, non eò sensu, ac si semel substitisset, sed eò, quòd de facto rescindatur. *Harp. n. 5. hic.*

§. LICET I.

Quamvis obæratu debitor in fraudem Creditorum servos suos, & ne quidem unicum manumittere queat, nihilominus tamen lex Ælia Sentia concedit debitori obærato unum ex servis etiam instituere; ratio est in textu, quia valde prospiciendum erat, ut egentes homines, quibus alius hæres exiturus non esset, saltè servum suum necessarium hæredem haberent, qui satisfactorius esset Creditoribus, aut eò hoc non faciente Creditores res hæreditarias servi nomine vendant; ne injuria defunctus afficiatur? quàm ignominiosum enim voces duxerint, si bona defuncti, sub voce præconis veniant, *Cicero in oratione pro Publ. Quint.* demonstrat, *Hercle*, inquit, *cujus bona ex edito possidentur, hujus omnis funa & existimatio cum bonis simul possidetur*, & *Schneid. num. 8.*

Et hoc sanè Creditoribus non est detrimentosum, sed aliquando utile. Ratio, quia si nemo adiisset hæreditatem, ipsi ultra defuncti hæreditatem nihil consequi potuissent. Hoc autem casu ipsum præterea servum habent obligatum, ita ut successu temporis conveniri, & debitum defuncti ab eo exigi possit, si is ad meli-

rem fortunam devenerit, § *ult. Inst. de act. Manz. num. 6.*

Porro ut servi hæredis institutio in fraudem Creditorum facta subsistat, requiritur, ut unus dontaxat servus instituat. Ratio prima, ut eo minùs ex bonis decedat. Secunda, quia quod potest fieri paucioribus, non debet fieri pluribus *arg. l. 1. ff. quod met. caus.* atqui per institutionem unius servi ignominia defuncti potest evitari; ergò *Manz. num. 7.* Deinde requiritur, ut nullus ex eo testamento hæres exsisterit; secus enim servi hæredis institutio utpote non valida subsisteret, quia cessaret ratio legis, propter quam institutio valet, videlicet ignominia defuncti. *Manz. loc. cit. num. 13.*

§. IDEMQUE 2.

Nihil autem refert, an testator dixerit, servus Titius v. g. *liber & hæres*, vel simpliciter *hæres esto*; ratio est, quia uno concessò videtur id omne concessum, sine quo illud haberi non potest, *L. 2. ff. de Jurisdic.* atqui sine libertate hæres nemo esse potest, ergò concessa hæreditate videtur etiam tacitè concessa libertas; vel aliter, qui vult consequens, debet etiam vel omne necessarium antecedens, quale necessarium est libertas, ut hæres existere possit. *Manz. num. 3.*

Quæres, quid Juris, si dicat testator: sit hæres & non liber? Respondetur institutum & liberum & hæredem futurum. Ratio, quia in necessariò junctis inspiciatur principalis voluntas, quæ hic est, velle esse hæredem. Non secundaria, quæ hic est, nolo esse hæredem. Unde cum præsumatur talis testator, voluisse efficaciter, ut institutus sit hæres, non potuit non velle, eum etiam esse liberum, ut expressio voluntatis contrariæ non curetur. Dixi *cùm præsumatur*, quia in

dubio præsumendum non est testatorem voluisse ludere. §. *impossibilis. Inst. de hered. Inst. Schamb. hic.*

§. IN FRAUDEM 3.

In fraudem creditorum manumissio re censetur, is qui tempore, quo manumissio fit, jam solvendo non est (non solvendo autem esse dicitur, qui non potest solidum solvere, vel ex propria, vel ex fidejussoris substantia, *arg. l. 27. §. 2. ff. de fidejuss.*) vel qui per, sive propter manumissionem desinit esse solvendo *text. hic.*

Ut autem manumissio in fraudem Creditorum facta non subsistat, & libertas impediatur, animus fraudandi requiritur. Ubi.

Observa, quòd fraus sit fraudulenta ⁴ machinatio ad alterum circumveniendù ⁵ adhibita *l. 1. ff. de dolo malo*, quæ duplex: alia concilii, sive intentionis, sive (ut alii loquuntur) ex proposito, dum quis intendit alterum defraudare. Alia eventus, seu rei, dum quis à parte rei defraudat, & est non solvendo, citra ⁶ animum dolosum. Jam ut manumissio impediatur, requiritur utraque fraus, consilii & eventus. Et quidem fraus eventus requiritur, quia non obstat conatus solus *l. 1. ff. quod quisque Juris, &c.* nec creditores habent, quòd conquerantur. Fraus consilii requiritur, quia fraus non est sine machinatione, & crimen contrahitur, si voluntas nocendi intercedat. *L. 1. Cod. ad L. Cornel. de sicariis.* Nam: Actibus in cunctis dominatur sola voluntas. Accedit, quòd sæpè de facultatibus suis, amplius, quam in iis est, sperent homines *text. hic.* ut proinde bona fide dimittant servos, putantes, se satis adhuc habere, quò debita expungant. *Manz. num. 4.*

Illud adhuc circa hunc paragraphum notandum, quod in alia causa lucrativa ad revocationem sufficiat creditores fraudari eventu, etiam absque consilio l. 5. Cod. que in fraud. credit. ratio differentiae est in solo favore libertatis posita, cum hoc in libertate speciale sit, ut ejus donatio non revocetur, nisi fraus consilii & eventus concurrat. *Manz. n. 7.*

Item sola fraus eventus sufficit ad libertatem impediendam, si haec in testamento relicta sit. *L. fin. Cod. quib. ex caus. manumitt. non licet.*

§. E A D E M. 4.

MInori viginti annis ex lege Aelia Sentia non aliter, quam vindicta, & iusta manumissionis causa apud consilium (ad quod Romae quinque Senatores, totidemque equites, in provincia vero viginti recuperatores, id est iudices dati, cives Romani adhibeantur) approbata manumittere permittitur. *Schamb. hic.*

§. J U S T Æ 5.

MInor manumittere non potest, nisi ex iusta causa, uti paragrapho praecedenti dictum.

Quaeritur modo, quae sint iustae causae? Respondetur varias esse. Prima est, si quis velit manumittere patrem aut matrem. Ratio est, quia incongruens est, ut parentes sint in potestate liberorum suorum, & ut filii sint castigatores parentum, sic enim naturae ordo inverteretur. *Manz. n. 1. hic.* Continere autem potest, ut homo liber suos parentes habeat in potestate utpote servos v. g. si ambo pater & filius fuere in unius & ejusdem dominio, & filius a Domino moriente haeres institutus est, hoc enim casu filius dominium servorum

acquirat. *Manz. hic. num. 9.*

Reliquas, ut tempori parcatur, enumerare, & inutile foret & supervacaneum, cum in textu habeantur, quem lege, & *Manz.* interpretem adhibe. Ceterum inter reliquas causas & haec enumeratur, si servum manumittere velit procuratoris habendi gratia.

Ubi observa, quod Procurator is dicitur, qui mandato domini aliena negotia administrat. Hic est vel *judicialis* seu ad lites, qui judicialia, vel *extrajudicialis*, seu ad negotia, qui extrajudicialia administrat.

Controversia hic consurgit, an minor viginti quinque annis possit esse procurator judicialis?

Mirum in modum intricata, & in utramque partem agitata est haec quaestio, in qua ut clara ab obscuris fecerantur :

Respondeo 1. De Jure Canonico extra dubitationis aleam positum esse, minorem viginti quinque annis procuratorem ad lites constitui non posse. Ita *P. Engl. ad Decret. tit. de procurator. num. 8. Clariff. P. Konig. ad Jus Canon. de Procurat. n. 17. Pirrhing. ad Jus Canon. eod. tit. n. 21.*

Probat per *dissert. text. cap. 5. de procurat. in 6.* his verbis: *Licet autem quis post decimum septimum annum procurator ad negotia licite deputetur, ad judicia tamen, nisi major viginti quinque annorum fuerit, deputari nequibit.*

Respondetur 2. De jure civili veriorum esse sententiam, quae sustinet, eum qui decimum septimum annum complevit, idoneum procuratorem esse ad lites. Huic sententiae applaudunt *Zoës. ff. de procurat. num. 11. Humm. var. resolut. l. 1. tract. 2. quest. 12. Harp. Instit. de iis per quos agere possum. §. 1. num. 123. Sbam, Instit. b. t. §. 5. vers. quest. Cujac.*

lib. 22. obs. cap. 6. *Arume. disp.* I. th. 30.
Perez ad Cod. de procurat. num. 9.

Dissent. *Glettle Select quest. part.* I. q.
 28. *Bachov. ad Treutl. vol.* I. *disp.* 8. th.
 I. *Lit. E. Vant. de nullit. tit.* II. n. 133.
Sichard. in l. 12. *Cod. de procurat. n.* 19.

Prior sententia, quæ mihi magis ar-
 ridet

Probatur I. ex nostro §. 5. *hic*. ubi
 disertè dicitur, quòd servus procurato-
 ris habendi gratià manumitti possit,
 dummodò non sit septemdecim annis
 minor.

Dices: Textum intelligendum esse
 de procuratore ad negotia, sive extra-
 judiciali. Sed contra est I. quòd *in d.* §.
 5. agatur de servo manumittendo ad
 hoc, ut procurator fiat, atqui ad ne-
 gotia extrajudicialia non est opus, ut
 procurator manumittatur, cum servus
 etiam possit esse procurator extrajudi-
 cialis. *L.* 7. §. 1. *ff. de Inst. act.* Contra
 est secundò, quòd ad hoc, ut servus
 procuratoris habendi gratià manumitti
 possit, requiratur, ut non sit septem-
 decim annis minor, atqui ad extraju-
 dicialia procuratorem non requiritur,
 ut sit major septemdecim annis, sed
 puer etiam talis procurator esse potest *l.*
 7. §. 2. *ff. de Inst. act.* ergò §. 5. non est
 intelligendus de procuratore extrajudi-
 ciali, sed de judiciali.

Probatur secundò hóc validò argu-
 mentò. In illis casibus & causis mino-
 res possunt esse idonei procuratores, in
 quibus non gaudet beneficiò restitutio-
 nis in integrum. *Arg. L.* 51. *ff. de procu-
 rat.* Sed minor in casu, quo procurator
 judicialis constituitur, non gaudet be-
 neficiò restitutionis in integrum *l.* 23 *ff.*
de minor. in verbis: *Nam etsi alius man-
 dasset non ei succurreretur.* Ergò minor vi-
 ginti quinque, major tamen septemde-
 cim annis poterit esse procurator ad lites.

Probatur 3. ex *l.* 1. §. 2. *ff. de postulando.*
 Ubi asseritur, quòd is, qui septemde-
 cim annos complevit, postulare possit,
 ergò multò magis poterit esse procurator
 in judicio, advocati enim officium lon-
 gè gravius est, quàm procuratoris, prout
 exinde patet, quòd infames possint esse
 procuratores, non verò advocati. *d. l.*
 1. §. 5.

Ob. I. Minor viginti quinque annis 8
 non potest esse in judicio defensor. *l.* 51.
ff. de procurat. ergò neque procurator.
 Consequent. probat *Glettle loc. cit.* hoc
 modo: Ideò prohibetur esse defensor,
 quia restitutione in integrum impetratà,
 judicium redderetur elusorium; sed red-
 deretur quoque non rarò elusorium, si
 possit esse procurator, quia principali
 ad solvendum inidoneò, restitueretur
 in integrum *L.* 23. *ff. de minor.* ergò, &c.

ꝫ. Conc. ant. negando consequen-
 tiam & paritatem. Disparitas est, quòd
 defensor is dicatur, qui suà sponte sine
 mandato reum judicìo defendit: Procu-
 rator verò ille sit, qui ex mandato do-
 mini lites gerit. Non mirum proinde,
 quòd minor viginti quinque annis de-
 fensor esse nequeat, possit tamen esse pro-
 curator; in casu enim, quo defenso-
 rem agit, si sententiam defensoris præjudi-
 ciosam tulisset, restitutionem in integrum
 petere potest, atque taliter judicium red-
 detur elusorium. Secus est in casu, quo
 procuratorem agit, ubi licèt sententiam
 suo principali nocivam tulisset, & sic
 ipse principalis propter minorem ætatem
 sui procuratoris læsus esset, restitui ta-
 men minore principalis in cassum pe-
 teret; quoniam ipse suæ debet imputa-
 re facilitati, quòd procuratorem non
 magis idoneum constituerit, damnum
 proinde quod sentit, sentire non videtur.
Arg. l. 203. *ff. de R. I.*

Ob. 2. *L.* 1. §. 2. *Cod. de legitim. perf.*
stand.

stand. &c. Ubi dicitur, quòd minor viginti quinque annis non habeat legitimam personam standi in iudicio, ergò non poterit esse procurator. *R.* dist. ant. non habet legitimam personam standi in iudicio in causa propria, sive nomine proprio, conc. ant. nomine alieno, neg. ant. & conseq. Ratio differentia est, quòd in priori casu, quò nomine proprio ageret, si læderetur, gauderet beneficium restitutionis in integrum. Secus in posteriori, ubi minor nullum damnum, nullam læsionem patitur; si qua enim principali læsio emergat, debet sibi imputare, quòd talem dederit procuratorem, quem ætate minorem consilio infirmum, & iudicio fragilem novit, vel nòsse debuit.

Ob. 3. qui nondum complevit legitimam ætatem, procurator in iudicio non potest existere *L. 12. Cod. de procurat.* Sed legitima seu perfecta ætas compleri dicitur viginti quinque annorum curriculum *l. fin. Cod. de his, qui ven. ætat. impet. verb. perfecta ætatis illam ætatem esse volumus, quæ viginti quinque annorum curriculum completur.* Ergò, &c.

R. Quòd legitima ætas pro subjecta materia variè accipiatur, ita ut aliquando quatuordecim annos significet, quemadmodum hæc ætas legitima est ad matrimonium contrahendum, ad testamentum condendum, &c. Subinde legitima ætas etiam septem annis completur, prout in sponsalibus pangendis ista ætas desideratur. Quandoque legitima ætas triginta annorum, ut in Episcopo. Licet proinde viginti quinque annorum ætas legitima sit ad aliquos effectus, non tamen sequitur ad omnes tantam ætatem desiderari.

§. CAUSA 6.

Causus: Minor viginti annis manumisit servum, asserens & probans eum fuisse alumnus, v. g. qui tamen non fuit, hinc si hoc postea pateat, quaeritur, an manumissio retractaretur? Respondetur: manumissionem non retractari ob favorem libertatis, maxime cum id in solius manumittentis, non etiam tertii ullius præjudicium vergat.

§. CUM ERGO FIN.

Dictum supra, quòd viginti annis minor servum manumittere non possit, & quidem propter constitutionem legis Æliæ Sentia. Verùm Imperator huic legi derogavit, sic enim secum argumentabatur: Is qui quatuordecim annos complevit, potest testamentum facere, & de rebus omnibus disponere *l. 5. ff. q. testamentum facere poss.* ergò etiam debet posse dare libertatem in testamento, cui enim licet, quòd plus est, debet etiam licere, quòd minus est, *cap. cui licet 53. de R. J. in 6.*

Contrariabatur verò ratio, quòd reliquæ res sint pretio æstimabiles, sola verò libertas sit inæstimabilis *L. 176. §. infinita. ff. de R. I.* Hinc cum pro utraque parte essent rationes, Imperator medium elegit, & ut major septemdecim annis testamento libertatem dare posset, statuit; ratio est in textu, quia qui adeò sapit, ut pro aliis postulare, advocare, & suo patrocinio alium juvare possit, is haud dubiè sibi quoque rectè consulit: atqui is qui decimum septimum annum complevit, pro aliis in iudicio stare & postulare potest. *L. 1. §. 3. ff. de postulando, ergò, &c.* Jure novell. autem etiam quatuordecim annos habenti permittitur testamento dare libertatem. *Nov. 119. cap. 2.* Esto enim libertas res sit inæsti-

inæstimabilis, id tamen respectu servi est intelligendum, cui multum per eam accedit, domino autem nihil vel modicum decedit, nam ex l. 3. *Cod. comm. de legat.* constat, quòd servi & ancillæ majores decem annis, si sine arte sint, viginti solidis æstimentur, minores verò decem annis decem solidis. Si autem ar-

tifices sint, usque ad tringinta solidos eorum æstimatio procedat, sive masculi sive fœminæ sint. Exceptis Notariis & Medicis utriusque sexus. Notarios enim quinquaginta solidis æstimari, Medicos autem & obstetrices sexaginta voluerit Imperator Justinianus. L. 1. §. *Cod. de comm. serv. manumiss.*

T I T U L U S V I I.

DE LEGE FUSIA CANINIA TOLLENDÀ.

S U M M A R I A.

- 1 *Lex Fusia Caninia quid sanxerit?*
- 2 *Argumentum, à contractibus ad ultimas voluntates quando procedat?*

EX lege Fusia Caninia obtinebat, ut certus numerus manumittendorum servorum in ultimis voluntatibus fervaretur, & ita fuit restricta libertas manumittendi in testamento: Etenim si quis habuerit duos servos, ambos manumittere poterat in testamento; si plures habuerit, dimidiam eorum partem usque ad decem licebat manumittere; si ultra decem habuerit, tunc usque ad tringinta partem tertiam; à tringinta usque ad centum quartam partem; à centum usque ad 500. partem quintam poterat manu-

mittere, plures autem quam centum non licebat manumittere, ratio, ne libertis & fordidis hominibus repleretur civitas. Verùm Justinianus hanc legem tum libertatis, tum ultimæ voluntatis favore abrogavit, ex ratione, quòd, quidquid alicui conceditur inter vivos, multo magis id in ultimis voluntatibus concedendum sit, cum liberum esse debeat, id quod non amplius redit, arbitrium. L. 1. *Cod. de Sacros. Eccles. Schamb. hic.* Ex hoc paragrapho DD notant, argumentum à contractibus ad ultimas voluntates valere, quòd est verum affirmativè, tanquam à minori ad majus, veluti hoc licet in contractibus: ergò etiam in testamentis, non autem negativè, sicut nec argumentum à minori ad majus negativè valet. *Schneid. hic num. 6.*

T I T U L U S V I I I.

DE HIS, QUI SUI, VEL ALIENI JURIS SUNT.

S U M M A R I A.

- | | |
|---|-------------------------------------|
| 1 <i>Sui Juris quis dicatur?</i> | 5 <i>Asyli?</i> |
| 2 <i>Jus asyli.</i> | 5 <i>An polluta?</i> |
| 3 <i>Quo Jure competat?</i> | 6 <i>Quomodo polluantur?</i> |
| 4 <i>Ecclesie consecrata an gaudeant Jure</i> | 7 <i>An per actum conjugalem?</i> |
| | 8 <i>Quibus competat Jus asyli?</i> |

9 *Quibus non competat?*

10 *Fugiens ad Sacerdotem S. Eucharistiam portantem an Jure asyli gaudeat?*

EXposita primâ personarum divisione, quâ omnes homines, vel sunt liberi, vel servi, sequitur nunc altera, quâ hominum alii referuntur *sui Juris*, alii *Juris alieni*. Alieni Juris sunt, qui dominicâ vel patriâ potestate continentur. Sui contra Juris sunt, qui in neutra potestate existunt. Agit autem Imperator primò de iis personis, quæ sunt alieni Juris; ratio est in textu; nam si cognoverimus, quæ istæ personæ sint, simul intelligemus quæ sui Juris sint, quia contrariorum eadem est notitia, & eorum unò cognitò cognoscitur & alterum. *Manz. hic.*

§. IN POTESTATE I.

Explicat hic Imperator, qui sint in potestate dominica; atque, quòd servi. Et hæc potestas est juris gentium; constat enim eâ apud omnes gentes peræque receptam fuisse. Effectus hujus potestatis duplex erat. Primus, ut servus nihil proprii haberet, sed quidquid acquireret hoc omne Domino acquireret, non solum scienti, & ratihabenti, sed etiam ignoranti, & invito, §. 3. *Inst. per quas pers.* Secundus, ut Domini in servos Jus vitæ & necis haberent, adeòque impunè eos occidere liceret, quod ea ratione niti videbatur, quia quilibet est suarum rerum moderator, & arbiter. *Text. hic.*

§. SED HOC. 2.

Licet olim Domini in servos haberint Jus vitæ & necis, hæc tamen potestas ex constitutione Pii Antonini restricta, sancitumque est, ut non liceat servum sine justa causa legibus cognita

Kees ad Instituta.

occidere, sub pœna homicidii, & legis Cornelie, & ne quidem in eum intolerabiliter sævire; ratio, quia lex *non occides* est Juris naturalis, cujus ipsi quoque servi sunt capaces. Deinde reipublicæ interest locupletes habere & subditos. Porro occasione hujus paragraphi aliquid lubet de jure asyli discurrere, quod nihil est aliud, quàm privilegium, quò gaudent Ecclesiæ, ut confugiens ad illas, velut ad asylum per vim extrahi non possint. *Pirrhing. de immunit. Eccl. sect. 2. §. 1.*

Quæres primò, quò jure competat Jus asyli? Multum refert scire, num Jure naturali, num Divinò, num humanò positò Jus asyli competat; nam si Jure naturali, aut Divinò competere dicas, & affirmes, necesse est, talem immunitatem Jure positivò humanò per consuetudinem, aut legem contrariam tolli non posse. Respondeo, communiter obtinere Jus asyli, neque Jure naturali, neque divinò, sed humanò tantum canonico & civili introductum esse. Ratio, quia seclusa prohibitione non intrinsecè malum est, reos ex templis extrahere, si fiat hoc cum debita reverentia. Quòd intrinsecè malum non sit, patet ex eo, quia sunt casus excepti, quibus licet reos extrahere ex templis, qui casus excipi non possent, si intrinsecè malum foret ex templis extrahere reos; nam quòd intrinsecè malum est tale esse definire non potest, nisi essentias rerum mutari posse existimes. Verùm ergo manet, Jure naturali Jus asyli non competere. Neque etiam competit Jure Divinò; nam licet hoc Jus præcipiat, DEUM colendum, & locis sacris reverentiam exhibendam esse, non tamen inde rectè ad immunitatem reis præstandam inferitur, cum econtra etiam crimina coercenda esse, Jure naturali & Divinò statutum sit.

Deinde

Deinde ostendi non potest, Jus asyli in sacra Scriptura Ecclesiis datum esse, aut ab Apostolis traditum. *Zoëf. de immunit. Eccles. num. 6. Engl. eod. tit. n. 7. Gonzalez. in cap. 4. n. 8. eod.*

4. Quæres secundo, Utrum omnes omnino Ecclesiæ etiam necdum consecratæ, pollutæ, vel interdictæ hoc Jus Immunitatis habeant?

Quod attinet ad Ecclesias necdum consecratas, in quibus tamen cum licentia Episcopi missæ celebrantur, textus expressus habetur *in cap. 9. b. t.* quod immunitate gaudeant. De aliis verò Ecclesiis non consecratis, in quibus nullæ adhuc missæ lectæ sunt, textus quidem expressus non habetur, communi tamen opinione etiam iis hoc privilegium adscribitur; quia talis Ecclesia ex sola auctoritativa deputatione sacra censetur. *Arg. cap. ad hæc. de reliq. domib.* Ubi dicitur locum ad usum hospitalitatis destinatum, non esse mundanis usibus deputandum. *Zoëf. loc. cit. num. 8.*

5. Ad Ecclesias pollutas quod attinet, etiam iis Jus asyli competere verius est; ratio, quia effectus pollutionis eatenus tantum operatur, ut divina officia in Ecclesia celebrari nequeant, adeoque cum inter effectus pollutionis Jure expressos iste, ut scilicet Jus asyli amittatur, non reperiat, alii effectus propria autoritate statuendi non sunt, ne pœna sine textu augeatur, aut inducatur. *Zoëf. ad Decret. de immunit. Eccles. n. 9. Engl. n. 11.*

6. Sciendum Ecclesiam primò pollui per sepulturam infidelis vel etiam fidelis excommunicati aut hæretici. Secundò per homicidium aut sanguinis injuriosam effusionem. Tertiò per effusionem seminis humani *cap. fin. de consecrat. Eccles.* debet autem effusio seminis esse voluntaria, & publica: Nam involuntaria non polluit Ecclesiam. Et occulta

pollutio sive fornicatio Ecclesiam non polluit, quia Ecclesia de occultis non judicat, & *in cap. significasti 5. de adulteriis*, ideò reconciliatio necessaria esse videtur; quia publicè delictum detectum est. *Pirrh. de consecrat. Eccles. §. 3.* ubi ad hoc requirit, ut per effusionem seminis polluat Ecclesia, notorietatem delicti. *Zoëf. num. 9. eod.*

Per actum conjugalem Ecclesiam pollui communiter docent, licet enim talis actus in se non ponat peccatum, sit tamen effusio seminis sacrilega propter irreverentiam loco sacro exhibitam. Quòd si ratio necessitatis copulam conjugalem exigat, fortè, quia conjugati ab hostibus in templo obsessi, aut conclusi sunt, & locum exercendi copulam non habent, & sine periculo incontinentiæ abstinere non possint, tunc Ecclesiam non pollui communiter obtinet; necessitas enim non recipit legem, *Zoëf. n. 8. Engl. num. 12.*

Ad Ecclesias interdictas quod attinet, non obstante interdicto Jus asyli competit; cum inter effectus interdicti non ponatur privatio istius immunitatis, adeoque pœna sine expresso textu non extendenda est; cum odiosa restringenda sint. Accedit quòd Clericus, licet interdictus, suspensus, aut excommunicatus sit, tamen retineat privilegium Canonis, & fori: ergò etiam, licet Ecclesia interdicta sit, tamen retinebit Jus asyli; sicut enim in priori casu sine expresso textu pœna restringi debet, ita etiam in posteriori casu id observandum. *Engl. & Zoëf. dd. lo.*

Quæres tertio, quibus ergò competit Jus asyli? Respondetur cum distinctione: aut enim loquimur de servo, aut de libero homine. Primo casu, si servus propter nimiam sævitiam domini confugerit ad Ecclesiam, tunc habet locum dispo-

dispositio paragraphi nostri, ut dominus cogetur eum bonis conditionibus vendere. Si verò propter modicam sævitiam domini, vel leve aliquod delictum commissum erga dominum, servus timens puniri à domino ad Ecclesiam confugerit, restituendus est domino, præstita tamen cautione de vitæ & membrorum impunitate. *L. 6. §. si servus, Cod. de his qui ad Eccles.* Secundò casu subdistinguitur: aut liber homo proter debitorum oppressionem confugit ad Ecclesiam, aut propter delictum. Si prius, tunc quidem immunis erit, ut extrahi non possit, citatus tamen à iudice, comparebit aut per se, aut per procuratorem, & fit missio in bonorum possessionem. *d. l. 6. §. 1. Cod. de his qui ad Eccles.*

Si posterius, tunc vel commisit delictum atrox, cui venit imponenda corporalis, vel cui venit imponenda pœna pecuniaria. Si hoc, immunitate gaudet, ut invitus extrahi non possit, *l. 2. Cod. eod.*; ratio, ne turbentur ministeria divina, preces & vota, quæ cum pace & quiete fieri oportet. *L. 5. Cod. eod.* Si illud, de jure civili immunitate non gaudet, adeoque invitus extrahi potest. *Nov. 17. cap. 7. de mandat. princip.*

Dico de jure civili, secus est de jure Canonico, de quo immunitas tam in causa civili, quam criminali locum habet, & propter nullum crimen reus extrahi potest, nisi in casibus jure exceptis.

Excipiuntur autem sequentes. Primò occidentes vel mutilantes in Ecclesia, aut ejus cœmeterio; frustra enim legis auxilium implorant, qui delinquant in legem. *cap. 10. de immunit. Eccles. & nov. 117. cap. 15.* Secundò publicus latro, seu viarum grassator, & nocturnus agrorum depopulator. *cap. eod.* Tertiò, occidens proditoriè. Proditoriè occidens

dicitur, qui ex proposito & animo delibato occidit, sine rixa aut ira subito commota. *Zoëf. de immunit. Eccles. num. 28.* Quartò assassini dantes, vel accipientes pecuniam pro occisione. Quintò rei criminis læsæ Majestatis in personam Principis. *Clariff. D. P. Konig. ad Decret. d. t. n. 10.*

Quæres quartò, an gaudeat Immunitate confugiens ad sacerdotem portantem sacram Eucharistiam?

Dixeris quòd non, hòc inductus argumentò. Si Eucharistia ad incarcerationem defertur, talis non gaudet immunitate Ecclesiastica; ergò neque qui confugit ad sacerdotem portantem Eucharistiam.

Verùm communiter tuentur DD. contrarium, propter quod enim unumquodque tale est, illud magis est tale, sed propter Deum Ecclesiis est hæc immunitas concessa; ergò longè magis DEO. Confirmatur ex eo, quòd procul dubio quis non cum minori irreverentia per lictores à Venerabili, quam Ecclesia abstraheretur. *Zoëf loc. cit. num. 11. P. Engl. ibid. num. 17.* Dissentit *Covar. var. resolut. lib. 2. cap. 2. n. 6.* eò, quòd hæc immunitas locis tantùm sacris Jure Canonico concessa reperitur.

Ad rationem dubitandi Respondetur concedendo antecedens, negando consequentiam; differentiæ ratio est, quòd incarcerationatus non sit amplius liber. Immunitatis autem Ecclesiasticæ effectus est, ut existens in libertate in ea conservetur, non ut vincetus in libertatem afferatur, ut in captivo per Ecclesiam ducto patet, qui similiter hac Immunitate non gaudet; quia etiam liber non est. Secus est in casu confugiens ad Sacerdotem portantem Eucharistiam, hic enim liber est. *Zoëf. loc. cit. num. 35. & 36. Cblingenp. Inst. h. t. q. 8.*

T I T U L U S IX.
D E P A T R I A P O T E S T A T E.

S U M M A R I A.

- 1 *Patria potestas quid sit ?*
- 2 *Cujus Juris sit ?*
- 3 *Esse Jus patrie potestatis quales sint ?*

Diximus in principio præcedentis tituli, personarum, quæ alieno juri subjectæ sunt, quædam esse in potestate dominica, quædam in potestate patriæ. De potestate dominica actum est; superest, ut de patriæ agamus.

A D P R I N C I P I U M.

IU accuratius tractetur hoc principium, ponenda est definitio patriæ potestatis, statuendumque, quod sit jus, vi cuius descendentes ex masculis supremo ascendentium superstiti subjiciantur in ordine ad certos effectus Jure introductos. Ita more suo solidissimè *Clariff. DD. Franz. Inst. hic n. 2.*

Dicitur 1. *Supremo ascendentium superstiti*, quia pater cuius pater adhuc vivit, suum filium non habet in potestate patriæ; qui enim in potestate patriæ est, alium sub sua potestate habere non potest. *L. 21. ff. ad leg. Jul. de adult.*

Dicitur 2. *ex masculis supremo*, quia mater filium, sive liberos in potestate non habet §. *femine 10. Inst. de adopt.* Longè enim illustrior est patriæ potestas, quàm quæ imbecilli fœminarum sexui conceditur, & indecorum planè atque indignum fuisset, fœminis imperium in liberos tribuere, utpote quas subesse potestati, non præesse decet. *Harp. numero 8. § 9.*

Itaque liberi nostri (inquit Impera-

tor) in potestate nostra sunt, juxta antiquam Romuli legem: filius, quamdiu vixerit, in potestate patris maneto. *Mynsin. Inst. hic. n. 3.* Sed quales sunt illi liberi? R. Illos solummodò liberos in potestate nostra esse, quos ex iustis nuptiis procreavimus. *Text. hic.* Unde excluduntur naturales, spurii, incestuosi &c.; ratio exclusionis ultima à Manzio statuitur hæc esse, quia ex patriæ potestate accedit patri multiplex commodum, nemo autem ex suo delicto commodum, & præmium reportare debet.

§. N U P T I Æ I.

Traditur hic definitio nuptiarum quæ materia locò magis congruè infra. *tit. 10.* à nobis accuratè lance trutinabitur, quò interea remissus esto.

§. J U S A U T E M. 2.

Quæritur in hoc paragrapho, cuius juris sit patriæ potestas? Respondet Imperator, esse juris civilis, & addit rationem; quia nulli alii sunt homines, qui talem in liberos habent potestatem, qualem nos habemus. Accedit, quòd patriæ potestas civili modò tollatur, puta, deportatione, emancipatione, &c. ergò erit juris civilis ex vulgata juris regula *in l. nihil tam naturale 35. ff. de R. J. Hunn. var. resol. lib. 1. tract. 2. q. 17.*

Dices omnes gentes habent suos liberos in patriæ potestate; ergò patriæ potestas non erit juris civilis, sed Juris gentium. R. Dist. ant. Omnes gentes habent suos liberos in patriæ potestate qualicunque, conced. ant., tali, quali cives Roma-
ni

ni utuntur, neg ant. & conseq. Ultrò largior, apud omnes gentes reperiri patriam potestatem; vis enim, recte Plinio in panegy. *Lex natura semper in ditione parentum esse liberos iussit.* Sed illud nego, talem apud omnes gentes reperiri in liberos potestatem, qualem cives Romani habent, utpote qui varios effectus in suos liberos exercent, quos exercere aliis gentibus usitatum non est, prout ex paulò post dicendis, & toto Institutionum decursu luculentius fiet. Itaque tamen, si originem spectes, patria potestas Juri gentium sua cunabala referat in acceptis, Juris tamen civilis est, si formam ejus consideres. *Harp. n. 2. Vinn. Inst. hic. n. 1.*

Effectus patriæ potestatis multiplex est. Primus, quòd olim Pater Jus vitæ & necis in liberos habuerit. *l. ult. Cod. h. t. l. 11. ff. de lib. & posth.* Verùm cum patria potestas in pietate, non in atrocitate consistere debeat, *l. 5. ff. ad leg. Pomp. de parricid.* meritò jus istud tanquam nimis rigidum & acerbum sublatum est, & abolitum. *L. un. Cod. de his, qui parent. vel lib. occid.* Decens tamen & honesta quædam emendatio ac potestas corrigendi liberos parentibus relicta est, *L. 3. h. t.* Hinc pater filium degenerem carceribus mancipari rectè curat, aut Judicii puniendum offert, ita tamen, ut judex pœnam irroget, quam Pater dictavit. *d. l. 3. Cod. eod. Schneid. num. 27. hic Clariss. DD. Franz. Inst. h. t. §. 7. num. 9.*

Secundus effectus patriæ potestatis est, quòd pater propter nimiam atque extremam egestatem liberos, quos in potestate habet, vendere & pignori obligare possit, ita tamen, ut postea oblatò & refuso pretiò creditor filium pristinæ teneatur restituere libertati. *L. 2. Cod. de patrib. qui filios suos distr. Brunn. in d. l. 2. Schneid. hic num. 29.*

Hodie patri non amplius licet distrahere, aut nexu pignoris filios obstringe-

re, *Granewegen de legib. abrogat. ad d. l. 2.* atque adeò incallum laborarem, si me circa matrem, an eidem de jure communi idem jus competat, anxie detinerem. Interim consule *Arumæ. exercit. Just. 2. ib. 3. Harp. hic num. 23. Perez. in Cod. de patrib. qui filios suos distr. Schneid. num. 29. Hun. var. resol. l. 1. tract. 2. q. 16.*

Tertius effectus est, quòd pater filio impuberi in testamento possit tutorem dare *§. 3. Inst. de tutel.*

Quartus, quòd ei possit pupillariter substituere, *tot. tit. Inst. ff. & Cod. de pupill. subst.*

Quintus, quòd injuriam filio illatam possit remittere. *L. 17. §. filiosam. 11. ff. de. Injur.*

Sextus, quòd Pater bona adventitia filiorum iis etiam invitis administrare possit, *L. 1. Cod. de bon. mat. Schneid. num. 38. h. t.*

Septimus, quòd filius, quidquid acquirat, acquirat Patri, *tot. tit. infra per quas pers. cuique acquir.* ubi Deo dante, hunc septimum effectum latius explicabimus.

Octavus effectus patriæ potestatis est, quòd filius sine consensu patris contra alium stare in judicio nequeat. *L. fin. Cod. de bon. que lib. plures effectus pleno agmine producit Schneid. hic num. 24. usque ad num. 47.* quos suis propriis sedibus expendemus.

§. QUI IGITUR 3.

Uxiritur hic, quinquam liberi sint in potestate patriæ? R. Non tantum filios & filias, sed etiam nepotes, pronepotes atque cæteros ex linea masculina descendentes. Ita tamen ut nepos sit in potestate avi, & pronepos in potestate proavi &c.; ratio, cur nepos sit in potestate avi, & non in sui patris, est in aperto, quia pater ipse est in potestate avi; qui autem in potestate est, alium in potestate habere non potest. *L. 21. ad leg. Jul. de adul.*

Dixi, *ex linea masculina*, qui enim ex tua filia nascuntur, in potestate tua non sunt, sed patris eorum; quoniam ex legi-

timo thoro suscepti non matris, sed patris conditionem sequuntur. *L. 19. ff. de stat. homin. Harp. num. 11. hic.*

TITULUS X.

D E N U P T I S.

SUMMARI A.

- | | |
|--|--|
| <p>1 <i>Etymologia Sponsalium ponitur.</i>
 2 <i>Definiuntur Sponsalia.</i>
 3 <i>Divisio eorum.</i>
 4 <i>Quis possit contrahere Sponsalia?</i>
 5 <i>An inamortatus rectè contrahat?</i>
 6 <i>Minor septennio validè sponsalia contrahit, si malitia etatem suppleat.</i>
 7 <i>Parentes possunt nomine liberorum sponsalia contrahere.</i>
 8 <i>Procurator an sponsalia rectè pangat?</i>
 9 <i>Numerantur requisita sponsalium.</i>
 10 <i>Desponsans puellam sub spe matrimonii, an teneatur illam ducere?</i>
 11 <i>Sponsalia gratuita qualiter obligent.</i>
 12 <i>Taciturnitas non ponit sponsalia.</i>
 13 <i>Sponsalibus an pena conventionalis rectè adjiciatur?</i>
 14 <i>Resolvuntur objectiones.</i>
 15 <i>Quomodo sponsalia dissolvantur?</i>
 16 <i>An per nudum votum ingrediende religionis solvantur? an per votum castitatis?</i>
 17 <i>An matrimonii solutio reviviscant priora sponsalia?</i>
 18 <i>An sponsalia priora solvantur per posteriora juramento firmata?</i>
 19 <i>Quid si posterioribus accesserit copula?</i>
 20 <i>Ob fornicationem solvantur sponsalia.</i>
 21 <i>Quid si utraque pars fornicata fuerit?</i>
 22 <i>Gradu consanguinitatis novissè multum interest.</i>
 23 <i>Consanguinitas definitur.</i></p> | <p>24 <i>Linea quid sit & quotuplex?</i>
 25 <i>Quid stipes?</i>
 26. 27. & 28. <i>Traduntur regulae, ex quibus gradus Consanguinitatis cognoscuntur.</i>
 29 <i>Matrimonium in quarto gradu prohibetur.</i>
 30 <i>Affinitas definitur.</i>
 31. 32. 33. 34. 35. & 36. <i>Enumerantur regulae, ex quibus gradus affinitatis cognoscuntur.</i>
 37 <i>Dispensatio an in linea recta locum habeat?</i>
 38 <i>An in linea obliqua?</i>
 39 <i>Matrimonium in secundo gradu jure tantum humano prohibitum de jure nature.</i>
 41 <i>In linea collateralis affinitatis matrimonium tantum prohibetur de jure positivo humano.</i>
 42 <i>Dispensatio non habet locum in gradibus jure nature prohibitis.</i>
 43 <i>Nuptia unde dicantur?</i>
 44 <i>Quid sit matrimonium?</i>
 45 <i>Quomodo dividatur?</i>
 46 <i>Quis illud possit contrahere?</i>
 47 <i>Enumerantur requisita matrimonii.</i>
 48 <i>Consensus parentum an requiratur ad nuptias.</i>
 49 <i>Parochus proprius quis dicatur?</i>
 50 <i>Adulterium facit separari matrimonium quoad thorum & mensam.</i>
 51 <i>Non vero dissolvi quoad vinculum.</i>
 52 <i>Separatio quoad thorum & mensam, in quibus casibus non procedat?</i></p> |
|--|--|

- 53 *Impedimenta impedientia & dirimentia qualia & quot sint.*
 54 *Error substantialis est impedimentum dirimens.*
 55 *Non accidentalis.*
 56 *Nisi hic redundet in errorem persone.*
 57 *Conditio quando ponat impedimentum dirimens?*
 58 *Hec conditio, si mecum in perpetua castitate vixeris, an ponat impedimentum dirimens?*
 59 *Conditio quomodo differat à modo, à demonstratione, & causa.*
 60 *Votum, Item*
 61 *Cognatio spiritualis, vel*
 62 *Legalis quando ponat impedimentum dirimens.*
 63 *Adulterium & conjugicidium ut dirimant matrimonium, quid requiratur?*
 64 *Cultus disparitas dirimit matrimonium.*
 65 *Metus quid sit?*
 67 *Quando dirimat matrimonium?*
 68 *Ordo,*
 69 *Ligamen,*
 70 *Publica honestas, sunt impedimenta dirimentia.*
 71 *Impotentia quotuplex sit?*
 72 *Quæ dirimat matrimonium?*
 73 *Eunuchi seu castrati non possunt contrahere matrimonium.*
 74 *Bene verò Spadones.*
 75 *Raptus facit dirimi matrimonium.*
 76 *Legitimitas quid sit?*
 77 *Quotuplex sit?*
 78 *Quid ad legitimationem per subsequens matrimonium requiratur?*
 79 *An in articulo mortis procedat?*
 80 *Adulterini non possunt legitimari per subsequens matrimonium.*
 81 *Licet impedimentum tempore natiuitatis cessaverit?*
 82 *Resolvuntur argumenta contraria.*
 83 *Instrumenta dotalia an requirantur?*

84 *An consensus liberorum?*

85 *Legitimati per subsequens matrimonium succedunt in feudis.*

86 *An legitimitas tribuat jus primogenituræ.*

87 *Legitimitas per rescriptum quid sit?*

88 *Quis illam perficere possit?*

89 *Quid requiratur?*

90 *Quis ejus effectus?*

Egimus de potestate patriæ in genere; superest, ut dicamus de modis, quibus illa inducitur. Sunt autem tres causæ constitutiivæ patriæ potestatis, videlicet justæ nuptiæ, legitimitas, & adoptio. Cùm verò nuptiarum aurora sint sponsalia, idè primò locò de his, utpote materiâ utili & usitatâ agemus, ubi cùm ista materia dirigatur ex regulis Juris Canonici, non textus methodicum, utpote juris civilis formam explicantem, sequar, sed aliâ, & utiliori viâ incedam.

Sponsalia à spondendo dicta, L. i. ff. *de spons.* Quia olim moris erat stipulari, ac spondere uxores sibi futuras, unde & sponsi, sponsæque appellati nata est. Harp. num. 3. b. z.

Definiuntur quod sint mentio (hoc est *Stipulatio*), & repromissio, hoc est *reciproca promissio* futurarum nuptiarum. L. i. ff. *de Sponsal.*

Dividuntur sponsalia in sponsalia *de futuro*, & sponsalia *de presenti*. Sponsalia *de futuro* sunt promissio, & repromissio futuri matrimonii: v. g. ducam te in uxorem. Sponsalia *de presenti* sunt promissio & repromissio *de presenti* facta, v. g. accipio te in uxorem meam; & talia sponsalia *de Jure Canonico* olim pro rato matrimonio habebantur, ita ut mutuo dissenso amplius non potuerint dissolvi. *Hiam. ad Treutl. vol. 2. disp. 6. ib. 1. q. 9.*

Verùm hodie *post Concil. Trident. sess. 24. de reformat. cap. 1.* utpote de quo nullum matrimonium sine præsentia Parochi & testium contrahi potest, non dantur ampliùs Sponsalia de præsentia, nisi matrimonium ratum talia nuncupare velis, prout ita nuncupat *Chlinsp. q. 10. de pat. potest.* Unde suã sponte fluit, licet ante Concilium Tridentinum sponsalia clam contracta per secutam copulam in matrimonium transferunt. *Cap. 30. de sponsal.*, hodie tamen in locis, ubi Concilium Tridentinum receptum est, id non ampliùs obtinere, & talem copulam pro nuda fornicatione haberi, non inducente matrimonium *Pirrhing. §. 5. de sponsal. Engl. §. 1. num. 6. eod.*

- 4 Sponsalia contrahere possunt omnes, qui & nuptias. Contra, quibus nuptias contrahere prohibitum est, nec sponsalia contrahere possunt. *Cap. ult. de pact. l. 15. ff. de condit. Inst. L. 16. ff. de spons.*

Dices. Impubes non potest contrahere matrimonium, & tamen potest contrahere sponsalia; ergo falsum est, quod is sponsalia contrahere nequeat, qui ad contrahendas nuptias est inhabilis. Resp. Nos duntaxat illos excludere à licentia contrahendi sponsalia, qui absolute sunt inhabiles ad nuptias, non illos qui spem habilitatis habent.

In specie sponsalia contrahere prohibentur, 1. Furiosus, sive ille, qui cum rabie insanit, quia non intelligit, quod agit, *§. 8. de Instit. de Inut. stipulat. & omni consensu dicitur.* L. 2. *Cod. de Contrab. empt.*

Dubitat an libidinosi, & cæci amoris cæstrò perciti sponsalia validè contrahant?

Negativa rationis mole non caret, cum amens, & amans pari videantur

deambulare passu. *arg. Nov. 74. cap. 4. afferentis: nihil esse furore amoris vehementius.* Hinc scite sapientissimus Romanorum Seneca: *Amor, inquit, rationis oblivio est & insania proximus, sedum, minimeque conveniens vitium, turbat consilia, altos, & generosos spiritus frangit, à magnis cogitationibus ad humillimas detrahit, & teste Publio, amare, & sapere vix Jovi conceditur.*

At opposita sententia in praxi & curiis Germaniæ triumphat; enim vero ad sponsalia non alia animi deliberatio requiritur, quàm illa, quæ requiritur ad committendum peccatum mortale; atqui amoris cæstrò perciti tali gaudent animi deliberatione; ergo sponsalia validè pangunt.

Ad rationem dubitandi *ex Nov. 74. cap. 4. desumptam.* Resp. inamoratum furioso tantum improprie, & in aliquibus comparari. *Clariff. D. P. Konig. ad J. Can. lib. 4. tit. 1. p. 1. §. 7. num. 33.*

Secundo prohibentur sponsalia contrahere mente capti, sive ii, qui citra cæstrum furoris placidè delirant. Quia nesciunt, quod agunt.

Tertio ebrui ebrietate perfecta, sive tali, quæ inducit omnimodam alienationem mentis; quia stante tali ebrietate non potest deliberatè consentire.

Quarto infantes, sive ii, qui nondum compleverunt annum septimum. *L. 14. ff. de spons. cap. 4. §. 5. & 13. de despons. impub.*

Quæres 1. possitnè minor septenniò contrahere sponsalia, si præcocitas ingenii antevertat annos, & malitia ætatem suppleat?

Negativam propugnant *Clariff. D. P. Konig. lib. 2. tit. 2. §. 2. num. 5. Fachin. lib. 3. cap. 26 Harp Instit. de nupt. n. 10. Zriß. ad Decret. de spons. n. 5.*

Moventur 1. *per cap. 4. & 13. de despons.*

despons. impub. ubi expressè sancitur, sponsalia ante septennium contrahi non posse. Ergò.

Moventur 2. Jura de illis casibus constituuntur, qui frequenter accidunt. *L. 3. 4. 5. 6. & 10. ff. de LL.* ergo cum rarissimè accidat, quòd ante septennium sufficiens rationis usus ad sponsalia pangenda adsit, à regula generali non recedendum erit.

Moventur 3. ubi adest præsumptio juris & de jure, non admittitur probatio in contrarium. *Mench. l. 1. quest. 3. num. 17. & 20. de præsumpt.* sed in minore septenniò adest præsumptio juris & de jure; ergo non admittitur probatio in contrarium, puta, adesse sufficentem usum rationis. *Minor ostenditur.* Tunc adest præsumptio juris & de jure, si jus aliquid præsumit, & super præsumpto statuit, disponitque. *Zoes. ff. de probat. & præsumpt. n. 12.* Sed Jus Canonicum præsumit in minore septenniò non esse sufficientem usum rationis ad contrahenda sponsalia, & desuper statuit *d. cap. 4. 5. & 13.* ergò adest præsumptio juris & de jure.

Moventur 4., tempus, quod requiritur ad testamenti factionem, anteverti non potest præcocitate ingenii *l. 5. ff. qui testam. facere possunt.* Ergò neque tempus, quod requiritur ad contrahenda sponsalia.

His tamen argumentis non obstantibus affirmativè subscribo, cui quoque assensu suo patrocinantur *P. Wex. tract. de spons. p. 1. §. 3. num. 18. Sanchez. de matrim. lib. 1. disp. 16. num. 9. P. Engl. de desponsat. impub. num. 2. Glette de pact. & contract. cap. 4. §. 1. num. 8.*

Facit 1. *Cap. 3. de sponsal.* ubi juvenis quidam cum puella nondum septenni sponsalia contraxit, & deinde cum confobrina ejusdem puellæ, id est,

Kees ad Instituta.

mit des Magdels Schwester Tochter matrimonium iniit: Jussit in eo casu S. Pontifex propter impedimentum publicæ honestatis sequens matrimonium rescindi. Quæ ratio rescindendij inepta foret, si ante septennium non possent consistere sponsalia, quia ex sponsalibus ob defectum consensûs invalidis non consurgit impedimentum publicæ honestatis. *Cap. 4. de despons. impub.*

Non obstat: Si dicas cum antagonisticis, quòd copula in dicto casu cum priori intervenerit. Respondetur enim, si propter copulam matrimonium rescisum fuisset, malè S. Pontifex allegasset ob impedimentum publicæ honestatis matrimonium rescindi debere, quia copula ponit impedimentum affinitatis, prout de affinitate differemus.

Facit 2. Non obstante, quòd matrimonio contrahendo certa ætas, scilicet masculis quatuordecim, fœminis duodecim annorum definita sit, si tamen malitia ætatem suppleat, matrimonium ante tempus definitum contractum valet. *Cap. 9. de despons. impub.* ergò etiam, esto sponsalibus contrahendis certa ætas definita sit, si tamen malitia ætatem suppleat, valebunt sponsalia, cum à matrimonio ad sponsalia legitimum ducatur argumentum. *arg. L. 16. ff. de spons.*

Facit 3. stando in jure naturæ potest minor septem annis contrahere sponsalia, modò habeat sufficientem usum rationis, ergò idem dicendum de jure positivo: cum hoc in passu nullibi à jure naturali recesserit. Imò

Facit 4. *L. 14. ff. de sponsal.* ubi dicitur ætatem pro sponsalibus non ita esse definitam, sicut in matrimonio. Idem eodem textu dicitur à primordio ætatis sponsalia effici posse, si modò contrahentes intelligant, quid agant. Nec adversatur, quòd textus *d. l. 14.* sub-

H jungat

Jungat hæc verba: *Si non sint minores, quam septem annis*; enim verò hæc ultima verba recipiunt hunc sensum: si non sint minores illi, qui non habent sufficientem usum rationis. Lex enim hic supponit, ante septennium non adesse sufficientem usum rationis, adeoque ut brevis sim, textus sic debet intelligi: *Modo id fieri ab utraque persona intelligatur*; quod regulariter contingit, si non sint minores septenniò. Sanè si ex isto textu evincere velis, septennium requiri præcisè ad sponsalia, fatearis necesse est, intra paucas lineolas Juris consultus sibi contradixisse censeatur, quod absurdum foret. *Wex. loc. cit.*

Argumenta contraria nullo labore diluuntur, & quidem ad primum responderetur *distinguendo antecedens*. Sponsalia ante septennium contrahi non possunt, suppositò quòd sufficiens usus rationis non adsit; *concedo antecedens*, si adsit, *nego antecedens & consequentiam*. Capitula, in quibus dicitur, quòd ante septennium non valeant sponsalia, fundantur in præsumptione, quòd ante illud tempus nondum adsit sufficiens usus rationis, leges autem in præsumptione fundatæ non obligant, si præsumptio sit falsa.

Secundum ruit ab experientia, quã videmus præsertim in Austria, non rarò contingere, ut ante septennium multi satis intelligant, quis sit matrimonii finis. Deinde transeat rarò contingere, utique tamen oportet scire, quid Juris etiam in casibus rarò contingentibus.

Tertium, in quo Achillen ponunt, facili labore prosternitur. Respondetur enim, illam regulam, quòd præsumptio Juris & de jure non admittat probationem in contrarium, non procedere universaliter, sed limitationem reci-

pere in casu, quò contrarium notorium est, *Menoch. lib. 1. de præsump. quæst. 60. n. 8. eod. tit.* Sic jure antiquo dabatur etiam præsumptio juris & de jure, quòd sponsalia de futuro transierint in matrimonium per carnalem copulam cum sponsa subsecutam. *Cap. 30. de sponsal.* & tamen si constiterit, quòd copula non maritali affectu, sed tantùm fornicariò fuerit habita, non valebat matrimonium, & præsumptio debuit cedere veritati; ergò etiam si constet, notoriumque sit, adesse in minore septenniò sufficientem usum rationis, præsumptio locum non habebit.

Quartum pari modo haud difficulter convellitur. Respondetur enim concedendo antecedens, negando consequentiam. Quia in testamenti factione quatuordecim anni pro forma requiruntur, forma autem per æquipollens non impletur. *L. 3. §. fin. ff. de jurejur.* In nostro autem casu septem anni desiderantur, quia jura præsumunt, prius non adesse sufficientem usum rationis. Quæ præsumptio, si non verificetur, neque lex habebit locum.

Diximus, qui nomine proprio possint contrahere sponsalia, sequitur de iis, qui nomine alieno contrahunt. v. g. parentes, procuratores. Parentes enim liberos suos despondere, vel nomine illorum sponsalia contrahere posse certi & indubitati juris est, *C. un. de desponsat. impub. in 6.* Quod tamen cum distinctione procedit. Vel enim parentes contrahunt sponsalia pro filio adhuc infante, aut absente, vel pro eo, qui infantiam jam excessit, & præsens est. Si pro filio adhuc infante aut absente; non aliter tenent sponsalia, quàm si filius infantiam egressus aut reversus factum patris approbaverit. Si pro filio, qui infantiam jam excessit, & præ-

fens est, tenent sponsalia, quamvis filius expressè non consentiat; sufficit enim, quòd non contradicat *d. cap. un.* cum enim parentes plus filios, quàm se ipsos diligant. *l. 8. quod met. caus. præsumitur rectè eos filii consulere, & filios iis consentire; qui enim tacet, vel maximè in favorabilibus, videtur consentire. Sanchez lib. 1. disp. 23. n. 3.*

Dixi parentes, quia æque Matri ac Patri pro filio contrahere sponsalia concessum est, tum quòd *d. cap. un.* de parentibus loquatur, sub quo nomine uterque parens includitur: Tum quòd de cetero textus *d. cap. un.* non innitatur patriæ potestati, sed amori paterno, qui æquè in matre, quàm patre reperibilis est. *Engl. lib. 4. tit. 2. §. 2. num. 4.*

Procuratores sponsalia si contrahant, non aliter vim obtinent, quàm si mandatum speciale in ordine ad determinatam personam acceperint à persona principali, & hæc in voluntate sua perstitit. *Cap. ult. de procurat. in 6.* Unde sequitur, si principalem pœniteat, & mandatum in absentia procuratoris retractet, licèt procurator retractationis ignarus fuerit, & sponsalia contraxerit, sponsalia tamen non valere, *d. cap. ult.* ratio est in favore libertatis, qui in matrimonio singulariter desideratur, posita.

Non obstat, quòd, si procurator datus ad alia negotia, & ignarus pœnitentiæ dantis negotia gesserit, utiliter agat: *Cap. 13. de procurat. Clement. un. de renumt. l. 15. ff. mandati.* Nam ad sponsalia non sufficit consensus subtilitate fictus, sed requiritur verus & naturalis: quod secus est in aliis negotiis.

anz. ad Inst. lib. 1. tit. 10. §. 3. part. 1. Porro plura adhuc requiruntur, ut sponsalia suis conditionibus absolvantur; & quidem,

Primo requiritur promissio vera, non

simulata, hoc est sponsus debet habere serium animum se obligandi; verba enim non obligant citra consensum, sine quo nulla obligatio confurgit. Hinc sponsalia non sunt, si quis fictâ matrimonii promissione usum corporis à puella eblandiatur. *Sanchez. lib. 1. disp. 9. n. 5. Franz. ad Inst. ad loc. n. 12.*

Quæres secundo, an is teneatur puellam in uxorem ducere, si fictâ matrimonii promissione impetraverit ab eadem usum corporis?

Dixeris quòd non; si enim teneretur illam ducere, tunc vel teneretur ex obligatione sponsalium, vel ex damno illato; neutrum potest dici, ergo non tenetur. Non tenetur ex obligatione sponsalium, quia ad sponsalia requiritur verus consensus, & fictus non sufficit. Non ex damno illato, quia ratione damni illati tantùm tenetur ad compensationem, quæ utique aliter fieri poterit, quàm per nuptias. Sed verius est, quòd teneatur ad nuptias. 10

Ratio prima, quia iustitia commutativa, vi cuius seductor tenetur, non tantùm vult, ut æquale reddatur, sed ut idem reddatur; adeoque si quis equum furatus est, non sufficit pretium ejus præstare, sed tenetur equum restituere, quia aliud pro alio invito creditori reddi non potest. *L. 2. §. 1. ff. de reb. credit.*

Ratio secunda desumitur ex *cap. 1. de adult. & supra*, quod capitulum depromptum est ex *lib. exod. 22. vers. 16.* ubi dicitur: *si quis seduxerit virginem dormieritque cum ea, dotabit eam & habebit uxorem.*

Non obstat, quòd non verè, sed tantùm fictè consenserit. Quia contractuum innominatorum, do ut des, facio ut facias, ea est indoles, ut, si una pars conventioni satisfecerit, altera quoque teneatur satisfacere. *Tot. tit. ff.*

prescript. verb. etiam si tantum fictè confenserit; tenebatur enim ex iustitia verè consentire, & Condicio in mente retenta nihil operatur, *arg. l. 7. Cod. de condic. indeb.* Sic ponamus, fictè promissi Petro centum aureos, ut pro me eat Romam; si Petrus iyerit, teneor dare centum: ergo etiam cum hic contractus fuerit mutuus, licet vi sponsalium fortè non obligetur, tenebitur tamen vi contractus innominati, do ut des, puellam ducere, cum qui censetur contractum innominatum iniisse, putat taliter: *exhibeo tibi usum corporis mei, ut me ducas in uxorem.* Jam vero, ut diximus, si una pars contractum impleverit, tenetur & altera illum implere. Ita docent *Sanchez l. 1. disp. 10. num. 3. Zoëf. ad decret. de sponsal. num. 20. Engl. lib. 4. tit. 1. §. 2. num. 13. Franz. ad Inst. l. 1. tit. 10. part. 1. §. 5. n. 12.*

Dices: Si ex concessis in memorato casu contractus innominatus intervenit, non tenetur factus promissor præcisè ad promissum, quoniam in contractibus innominatis debitor interesse præstando liberatur. *L. 5. ff. prescript. verb.* Respondetur *d. l. 5.* procedere, si damnum solvendo interesse sit reparabile, quale non est hic. *Zoëf. l. cit.*

Urget: damnum, quod puella sentit, propria culpa sentit, adeoque non videtur sentire. *L. 203. ff. de R. J.* Ergo non debet resarciri. Respondetur, quòd damnum persuasione promissoris sentiat, qui non dolosè illam deflorare debuisset. Dixi *deflorare*: si enim puella virgo non fuerit, sed corrupta, ab illa ducenda liber erit, quia non tam decepta, quàm deceptus est, decipienti autem jura non patrocinantur. *Zoëf. loc. cit. Sanchez. n. 11. §. n. 21. d. loc.* ubi asserit si puella fraudem facile advertere potuerit, quòd promissor in

multo digniori, & altiori statu, atque conditione sit constitutus, quòd non teneatur illam ducere.

Secundò ad sponsalia requiritur promissio mutua, hoc est, ut pars utraque ad nuptias se obligare velit: promissio enim ex uno latere facta contractum sponsalium non inducit. Unde si virgini nuptias promittam, & ipsa non repromittat, ex neutra parte obligatio oritur. Non ex parte Virginis, quoniam animum contrahendi non habuit, actus enim agentium non operantur ultra intentionem eorum. *L. 19. ff. de R. G.* Non etiam ex mea, quia obligationem non aliam subire volui, quàm sponsalitiã, quæ ex natura sua est mutua & reciproca. *Franz. ad Inst. loc. cit. num. 13.*

Quæres tertio, an sponsalia ex mere gratuitã & liberali promissione non possint ita contrahi, ut una duntaxat pars esset obligata, altera non etiam? Respondetur posse quidem taliter contrahi à paritate emptionis, venditionis; tamen enim emptio, venditio essentialiter utrinque sit obligatorius contractus, nemo tamen dubitat, quin possim promissionem ita concipere, ut velim obligatus tibi esse ex stipulatione, ad eum tibi vendendum, si illum intra annum emere volueris, ergo etiam licet sponsalia sint contractus utrinque essentialiter obligatorius, non tamen video, quin taliter contrahi non possint, ut una saltem pars maneat obligata.

Dicitur taliter quidem posse contrahi sponsalia; sed talia sponsalia non producunt verum effectum sponsalium, puta publicæ honestatis impedimentum, adeoque vir mortuã foeminã, cui solus erat obligatus, ejus sororem recte in uxorem ducit. *Engl. §. 2. de spons. n. 3. Wex. part. 1. §. 2. n. 9.*

Tertiò desideratur ad sponsalia, promissio verbis vel signis exterioribus sufficienter manifestata. Consensus enim merè internus ad inducendam obligationem justitiæ est insufficientis; quia cum sit absolutè insensibilis, non potest producere sensibilem effectum in ordine ad commercium humanum. *Pirrhing. lib. 4. tit. 2. §. 1. n. 3.*

Planè verba non requiruntur præcisè ad Sponsalia, sed potest consensus in nuptias aliis quoque signis manifestari. Sic nullum est dubium, quin porrectione manuum, reciproca traditione, & insertione annulorum, &c. Sponsalia pangi possint. *Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 2. Sanchez. lib. 1. disp. 22.*

¹² Quæres quartò, an taciturnitas sit tale signum, ex quo colligere liceat consensum Sponsalium? Fac v. g. quòd puellæ præsentì nuptias promittam, illa vero rubicundo suffusa pudore verecundans taceat, non annuat, non renuat, an hoc in casu matrimonium repromississè censenda est? Ope distinctionis respondendum censeo. Vel enim de Sponsalibus pangendis præcessit tractatus aliquis, vel non præcessit. Si prius, fortè quòd actum fuerit de Sponsalibus hic & nunc contrahendis v. g. in præsentia amicorum, ad hunc finem convocatorum, Sponsalia contracta esse intelliguntur, quia sola verecundia videtur vocem sufflaminasse, *Engl. n. 2. § 8.* Si posterius, Sponsalia contracta non censentur, quia taciturnitas suapte vi nec consensum nec dissenfum importat, sed ad utrumque est indifferens, *c. 44. de R. J. in 6. & in dubio leges potius liberant, quam obligant. l. 47. ff. de oblig.*

Non refragatur. Qui tacet, consentire videtur *cap. 43. de R. J. in 6.* ergo dum puella tacet, censetur consentire.

Enim vero memorata regula tunc procedit, si de mero tacentis favore agatur, non etiam si de gravi præjudicio, quem admodum in sponsalibus. Deinde *d. cap. 44. de R. J. in 6.* contrarium videtur sancire his verbis: *Qui tacet, non utique fatetur, sed neque negare videtur: Engl. loc. cit. Franz. n. 15.*

Effectus sponsalium est obligatio ad contrahendas nuptias, quæ obligatio stringit sub culpa lethali. Nisi justam resiliendi quis causam habeat, de quibus paulo post. Sine justa causa si quis resiliere velit, monendus, si monitionem sperneret, censuris Ecclesiasticis compellendus erit. Sed caveat Judex à coactione tali, qualis induceret difficilem matrimonii exitum, *cap. 10. & 17. § de sponsal.*

Non obstat *L. 1. Cod. de sponsal.* ubi jam desponsatæ licentia datur alii nubendi, quia *d. l. 1.* procedit de jure civili; In materia autem sponsalium, utpote spirituali, standum est Juri Canonico.

Quæres quinto: Possitne pœna conventionalis sponsalibus adjici, solvenda in eventum, si pars alterutra sine justa causa à sponsalibus recesserit; sive valeatne tale pactum, si absque justa causa à sponsalibus resilieris, solvas pro pœna mille? ¹³

Prima sententia negat, ita *Sancl. lib. 1. disp. 30. n. 2. Pirrhing. lib. 4. sect. 1. §. 4. num. 22. Brumm. in l. 5. cod. de spons. n. 12. Perez. ibid. n. 101. Zoëf. ff. de spons. n. 10. Wex. de sponsal. p. 2. cont. n. 18. Schamb. ad princ. Inst. de pat. potest.*

Moventur primo *ex cap. gemma 29. de sponsal.* ubi Gregorius IX. disertis terminis rescribit, ejusmodi pœnam, tamquam adversam libertati matrimonii sponsalibus adjici non posse.

Moventur secundò *ex l. 134. ff. de V. O.* ubi dicitur inhonestum visum esse, vinculo pœnæ matrimonii obstringi, sive futura, sive jam contracta.

Moventur tertio *ex L. 5. Cod. de sponsal.* ubi in hæc verba rescribitur: *extra definitionem autem hujus legis, si cautio pœnam stipulationis continens fuerit interposita ex utraque parte nullas habebit vires, cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debeat.*

Verum hæc argumenta tanta non sunt, ut in sui ditionem me trahant. Itaque tenco prædictum pactum valere, & si alterutra pars NB. sine justa causa recesserit, teneri ad solutionem pœnæ conventionalis. Ita docent *Glettle assert. 56. Laymann. lib. 5. Theolog. moral. tom. 10. p. 1. cap. num. 8. Haunold. de J. & J. cap. 5. cont. 3. num. 364. Engl. ad Decret. lib. 4. tit. 1. §. 2. n. 7. Clariss. D. D. Franz. Inst. l. 1. tit. 10. p. 1. §. 7. num. 18.*

Probatur primò: Si pœna conventionalis non posset adjici sponsalibus, esset ista ratio, quia restringit libertatem contrahendi matrimonii; sed non restringit, ergò potest adjici. *Minor*; ostenditur: post inita sponsalia non adest amplius libertas illa, cui jura suffragantur; ergò pœna conventionalis non restringit libertatem matrimonii. *Antecedens probatur*: Libertas, cui jura suffragantur, est illa, quâ liberum est contrahere, vel non contrahere; sed post inita sponsalia non est amplius liberum contrahere, vel non contrahere, quia vi sponsalium jam tenetur contrahere; ergò non adest amplius libertas, cui jura suffragantur, sive illa, quam jura non volunt restringi.

Dices, verum quidem esse, post contracta sponsalia non amplius adest libertatem moralem, sive illam cui jura

patrocinantur; adest tamen libertatem physicam, sive naturalem, ut ecce! post contracta semel sponsalia etiam recessus à sponsalibus sine justa causa permittitur, si timeatur malus exitus matrimonii. *Cap. 17. §. de sponsal.* Jam fac, quòd hoc sciat pars, quæ pœnam promisit, & ita secum perpendat: possem adhuc resilire à sponsalibus, licet causam justam non haberem; sed si de factò resilirem, incurrerem pœnam sponsalibus adjectam, quam ne incurram, contraham matrimonium. Ecce! hoc in casu restringitur libertas physica & naturalis.

Respondetur primò: Quòd ille, qui sine justa causa à sponsalibus resilire cupit, actum exerceat formaliter peccaminosum, adeòque favorem juris non mereatur.

Respondetur secundò: Quòd talis, qui sine justa causa implementum sponsaliorum retractet, etiam censurâ Ecclesiasticâ imò ipsâ excommunicatione coercerit possit. *Cap. 10. d. t.*; sicut ergò non attenditur, quòd metu incurrendæ censuræ Ecclesiasticæ contrahat, ita non attendendum, quòd metu pœnæ incurrendæ potiùs contrahat, quam sine justa causa à sponsalibus resiliat.

Probatur secundò: potest arrha sponsalibus adjici, ergò etiam pœna. Probatur consequentia. Si ab arrha non licet argumentum ducere ad pœnam, tunc vel ideò, quia 1. quantitas illius solet esse modesta & parva, pœna verò magna; vel ideò quia 2. arrha statim traditur, pœna verò promittitur, solemus verò proniores esse ad promittendum, quam ad dandum. *Leg. sed s. ego 4. ff. ad SCtum Velejan.* vel quia 3. arrha dicitur tanquam tessera initorum sponsalium; pœna adicitur, ut cogat ad matrimonium; sed nulla ex his ratio obstat, ergò argumentum ab arrha ad pœnam

pœnam procedit. Non prima, quia in arbitrio stat contrahentium, quantum nomine dare velint. *L. 5. Cod. de spons.* Non secunda, quia non debet homo iustus facilius esse ad promittendum, quàm ad dandum, sed id solvat, necesse est, quod promisit juxta illud :

Verba ligant homines, taurorum cornua fumes.

Cornu bos capitur, voce ligatur homo.

Non tertia, quia si pœna cogit ad matrimonium, cogit etiam arrha. Ideò enim illa cogit ad matrimonium; quia facit, ut metu ejus incurrendæ quis contrahat matrimonium; ergò etiam ista cogit, quia facit, ut metu ejus amittendæ, vel duplicatas solvendi quis contrahat matrimonium. Ita more solidè *Glette loc. cit.*

Ad primum sententiæ negativæ argumentum respondetur, quòd *d. cap. gemma 29.* de eo casu intelligendum sit, quo iusta causa subest resiliendi à sponsalibus. Sanè ego ipse ultrò largior, tale pactum sponsalibus adjectum non valere, *Si alterutra pars, quæ etiam iustam resiliendi causam habuerit, à sponsalibus recesserit, solvat in pœnam mille,* quia sic restringeretur libertas matrimonii, & id genus pactum diametraliter contra dispositionem legis apponeretur, quæ vult & disponit, quòd cum iusta causa à sponsalibus resilire liceat: Proinde nostra decisio in eo duntaxat casu procedit, quò quis sine iusta causa à sponsalibus resilire præsumeret.

Ad secundum respondetur, textum audiendum esse de casu, quò parentes liberorum ignorantium nomine contrahunt sponsalia, tunc enim honestas non patitur, ut metu pœnæ liberi cogantur ad matrimonium. Hæc ipsa solutio etiam primo argumento negativæ sen-

tentiæ applicari potest, uti legenti *d. cap. gemma* de se ipsò patebit.

Ad tertium respondetur in illa lege statui, quòd pœna conventionalis non possit quadruplum interesse transcendere. Vel dic *d. l. 5.* loqui de arrhis, atque statuere, non licere ultrà stipulari, quàm ut arrhæ quadruplicatæ restituantur, non verò aliquid sancire circa casum, quò pœna conventionalis sponsalibus adjecta fuit. *Franz. loc. cit.*

Dispeximus quomodo sponsalia contrahantur; superest, ut agamus de modis quibus dissolvuntur; & quidem

Primò solvuntur sponsalia mutuo 15 contrahentium dissensu *cap. 2. de sponsal.* Nihil enim tam naturale, quàm unumquodque eò modo dissolvi, quò colligatum est *cap. 1. de R. I. in 6. l. 35. ff. eod.* Cùm ergò sponsalia consociantur mutuo consensu, dissensu mutuo rursus dissociari possunt. Quod procedit, licèt sponsalia juramentò firmata fuerint, quoniam juramentum sequitur naturam actûs; adjicitur *c. 25. de Jur. jur.* cum ergò sponsalia mutuo dissensu solvantur, quidni & juramenti obligatio dissolvatur? Accedit quòd per tale juramentum non Deo, sed illi quæratum obligatio, in cujus favorem emissum est, nec aliter à Deo acceptetur, quàm quatenus ab homine, in cujus gratiam factum est; cùm ergò in favorem contrahentium adjectum fuerit, poterit mutuo dissensu iterum dissolvi; favori enim pro se inducto quisque rectè renunciat. *L. pen. Cod. de pact. ita Engl. §. 3. n. 2. loc. cit. Harp. rubr. Inst. h. t. n. 52.*

Secundò solvuntur sponsalia ingressu religionis *Concil. Trident. sess. 24. de Sacrament. Matrimon. cap. 6.* Habent enim sponsalia ex dispositione juris inbibitam ac tacitam conditionem: *Nisi placeat religionem ingredi:* Hæc conditio proinde

proinde si existat, perdunt vim obligandi, adeoque resolvuntur. Sanè licet sponsalia ingressu religionis illicò solvantur ex parte manentis in sæculo; ex parte illius tamen, qui religionem ingressus est, non aliter dissociantur, quam si actualis professio subsecuta fuerit. Ratio ex parte manentis in sæculo est, quia grave foret tanto tempore expectare, & deinde nubere ei, qui capam tulit, & notam levitatis atque inconstantiae de se præbuit.

Ratio ex parte ingredientis, quòd non nisi subsecuta professione solvantur, quia per suum factum, quod dolosum esse potuisset, jus alteri quæsitum auferre non potuit. Ita docent *Layman. tit. 10. p. 1. cap. 2. num. 3. Engl. §. 3. num. 7. loc. cit.* Ubi infert, quòd si pars ingressa iterum egredere-
 tur, & pars remanens ei nubere vellet, teneretur ingressus sponsalia implere, quoniam per factum suum non potuit jus alteri quæsitum tollere. Vide *Franz. loc. cit. n. 21. Zoes. ad decret. de spons. n. 28.*

16 Quæres sextò: An solvantur etiam per nudum votum ingrediendæ religionis? Respondetur, ex parte manentis in sæculo omninò dissolvi, non verò ex parte voventis.

Ratio Prioris est, quia censetur ex sua parte renuntiare sponsalibus vovendo religionem.

Ratio posterioris, quia sponsalia non solvantur nudo ingressu religionis, ergò neque nudò votò ingrediendæ religionis. Consequentiam probo: Idèò non solvantur nudo ingressu religionis, quia contingere potest, ut ingressus egrediat: at contingere etiam potest, ut is, qui religionem vovit, non suscipiatur aut susceptus non pe sevelet; ergò si sponsalia non solvantur nudo ingressu religionis, neque solvantur nudò votò in-

grediendæ religionis. *Wex. de sponsal. p. 1. §. 7. num. 17. Et seqq. confer. Sanchez lib. 1. disp. 46.*

Limitantur prædicta; ut videlicet neque religionem ingredi, neque eam vovere liceat, si fieret cum gravi, & irreparabili damno alterius partis, v. g. infamiam passuræ, eò quod spe matrimonii jam fuerit corrupta & imprægnata. *Layman. de sponsal. cap. 2. num. 4. Engl. loc. cit. n. 8. Sanchez. l. 1. disp. 43.*

Quæres septimò: An per simplex votum castitatis solvantur sponsalia ex parte votum emittentis? Respondetur negativè, quia votum vel juramentum in alterius præjudicium non obligat; sed tale votum est in alterius præjudicium; ergò non obligat. Voventem tamen in tantum obligat, ut contractò matrimonio debitum conjugale nunquam petere possit, vel audeat, sed tantum reddere, nisi legitimam dispensationem ab Episcopo obtinuerit, *Engl. l. cit. pulchrè Et fusè. Sanchez lib. 1. disp. 46. num. 10.* ubi dicit, indistinctè tamen tenendum ex parte alterius solvi sponsalia; quia vovens castitatem eo ipso sponsalibus renunciat; & deinde quia vovens tenetur à petendo debito conjugali abstinere, gravissimum onus alteri esset semper petere, maximè si esset femina verecundans.

Tertiò solvantur sponsalia de futuro etiam, quibus copula carnalis accessit per sponsalia de præsentis, sive per matrimonium cum alia persona contractum, utpote quod est vinculum fortius & habet rationem Sacramenti *cap. 20. de sponsal. cap. 22. eod. Et cap. 1. de sponsa duorum.* Ratio alia, quia jus in re est potentius jure ad rem *arg. l. 15. Cod. de R. V.* ergò cum matrimonium ponat jus in re, sponsalia verò tantum jus ad rem, fortius jus erit ex matrimonio resultans.

resultans. *Sanchez lib. 1. disp. 48. Engl. §. 3. n. 3. loc. cit.*

Quæres octavò : Quid juris, si ratione priorum sponsalium prohibitio Episcopi intervenerit, quâ tamen non obstante matrimonium contractum sit? Respondetur nihilominus valere matrimonium contractum, & priora sponsalia dissolvi. *Ita Engl. loc. cit. & Zoëf. ad decret. lib. 4. tit. 16.* Ratio: quia prohibitio Episcopi seu interdictum Ecclesiæ tantum ponit impedimentum impediens, quod nuptias facit quidem illicitas, non verò invalidas.

Non obstat cap. 2. de sponsa duorum his verbis: *Accepisti illam uxorem quam alter sibi desponsavit: dimitte illam, quia nunquam potest tibi fieri legitima.* Respondetur enim *d. cap. 2.* intelligendum de casu, quo quis duxit illam, quæ alteri jam de præsentibus desponsata erat, sive ut clariùs loquar; dico *cap. 2.* intelligendum esse de casu, quo priora sponsalia non fuerunt de futuro, sed de præsentibus. Nos autem ipsi concedimus per sponsalia de præsentibus, seu per matrimonium non solvi sponsalia de præsentibus.

Neque adversatur *cap. pen. eod. tit.* ubi Episcopo datur potestas irritandi atque annullandi matrimonium contra prohibitionem Ecclesiæ contractum. Enim verò respondetur in casu *d. cap. pen.* Episcopum accepisse illam potestatem irritandi ex speciali privilegio Pontificis, quæ potestas aliàs regulariter Episcopo non competit. Pontifex verò matrimonium ita prohibere potest, ut contra prohibitionem contractum ipso jure nullum sit, sed requiritur expressè clausula irritans, simplex enim prohibitio matrimonium subsecutum non ponit nullum, pulchrè *Engl. lib. 4. tit. 2. §. 3. n. 4. Zoëf. d. l. ulterius.*

Kees ad Injuncta.

Quæres nonò : An priora sponsalia de futuro per posteriora de præsentibus ita solvantur, ut omnis in perpetuum obligatio tollatur, an verò matrimonio fortè per aliquod impedimentum dirimens, vel mortem diremptò reviviscant? Respondetur in utramque partem magno DD. diffidiò agitatam esse hanc controversiam.

Prima sententia docet sponsalia totaliter soluta esse, nec ullo tempore, vel modo reviviscere. *Ita Sanchez. lib. disp. 48. n. 3. Pirring. de sponsal. sect. 2. §. 3. num. 59. Layman. tit. 10. p. 1. cap. 2. num. pen.*

Moventur primò, quia obligatio priorum sponsalium extincta est per matrimonium. Obligatio autem semel extincta non reviviscit sine utriusque consensu, ne quis invitus in obligationem trahatur. *L. 98. §. auream ff. de solut.*

Moventur secundò : Obligatio ex voto ingrediendi religionem strictiorem, totaliter extinguitur per professionem in religione minus stricta. *Cap. 5. de Regularib. in 6.* ergò etiam obligatio ex sponsalibus de futuro totaliter extinguetur per subsequens matrimonium. Consequentiam ostendo. Ideò obligatio ex voto ingrediendi religionem strictiorem totaliter extinguitur: quia obligatio ex professione, tanquam fortior, extinguit obligationem minus fortem ex voto simplici; ergò etiam obligatio ex sponsalibus de futuro totaliter extinguitur per subsequens matrimonium, quia obligatio ex matrimonio tanquam fortior extinguit obligationem minus fortem ex sponsalibus.

Verùm sententia contraria magis aridet, quæ docet, matrimonio per impedimentum dirimens, vel mortem solutò reviviscere sponsalia. *P. König. lib. 4.*

p. I. §. 10. n. 62. *Eberth. select. quest.*
 24. *Wex. de spons. p. I. §. 7. num. 13.*
Zoëf. ad Decret. de sponsal. n. 34. Franz.
loc. cit. num. 22.

Probatur hæc sententiâ primò, qui votum emisit ingrediendæ religionis non liberatur omninò per subsequens matrimonium, sed mortuâ uxore suâ tenetur obligationi suæ satisfacere, prout omnes, imò & ipsi adversarii admittunt; ergò etiam, qui contraxit sponsalia cum una non liberabitur ab obligatione sua per subsequens matrimonium cum alia contractum, sed tenebitur uxore mortua obligationi suæ satisfacere.

Secundò, qui rem duobus vendidit, & secundo tradidit, licèt non possit amplius primo tradere, non tamen liberatur venditor ab obligatione, quâ primo tenetur, sed si rem postea consequatur, compelli potest, ut Primo emptori tradat; ergò idem in nostro casu à paritate dicendum.

Tertiò: facit & ista ratio, quòd nemo ex delicto suo commodum sentire debeat, & alterum per factum suum jure quæsito privari, prout sequeretur, si prior sententiâ concederetur.

Ad primum respondetur, hoc ipsum in quæstione esse, utrùm in præfenti casu totaliter extincta sit prior obligatio sponsalium, an verò durante matrimonio suspensa maneat, quod ultimum nos asserimus.

Dices, si alienum servum promissi, & is à Domino manumissus est, liberor ab obligatione, etsi idem servus rursus servus effectus sit, *d. l. 98. §. 8. ff. de solut.*; ergò similiter, si post inita sponsalia contraham matrimonium, liberor à prior obligatione, etsi casu aliquo matrimonium dissolvatur. Ideò enim priori casu liberor ab obligatione tradendi vel

procurandi servi, quia obligatio semel extincta, semper extincta manet; ergò etiam in posteriori casu ideò liberabor ab obligatione priorum sponsalium, quia horum obligatio semel extincta manet extincta. Respondetur concedendo antecedens negando consequentiam, ad probationem iterum nego suppositum consequentiæ. Ratio verò quare per manumissionem omnis obligatio tollatur, non verò per matrimonium, disparitas est, quia obligatio tradendi libertati diametraliter resistit, & cum libertate non potest simul subsistere: contrà verò obligatio sponsalitia cum obligatione matrimoniali rectè consistit, non quidem ut durante matrimonio executioni mandetur, sed interim suspensa & sopita maneat. Deinde in casu priori quo servus alienus manumittitur, non concurrit factum promittentis: secus in casu quo cum posteriori sponsa matrimonium contrahitur.

Ad secundum respondetur, concessò antecedente negando consequentiam. Disparitas est, quia in priori casu unus tantum idemque est creditor, puta, Deus, qui majoris censetur æstimare obligationem, quæ confurgit ex actuali professione, quàm illam quæ nascitur ex nudo voto ingrediendæ religionis. In posteriori verò casu sunt duo & diversi planè creditores, quorum unus non censetur jure suo cadere propterea, quòd alteri sit factum satisfactum. Aliter respondet *Wex. loc. cit. num. 13. atque d. cap. 5.* contineri specialem dispositionem, quæ consulit paci monasteriorum, ne professi in religione laxiori cum tumultu extrahi debeant. Adhuc

Quæres decimo, an sponsalia priora solvantur per posteriora juramentò, vel copulâ carnali confirmata.

Respondetur

18 Respondetur primò, per posteriora jurata non solvi priora, quia juramentum, quod vergit in dispendium animæ & præjudicium tertii, non est obligatorium *cap. 18. de jurejur.* atqui id genus juramentum vergit in dispendium animæ, quia priora sponsalia sub mortali peccato obligant, & in præjudicium tertii, quia priori sponsæ competit jus quæsitum: ergò non est servandum. Ita *Engl. num. 5. Sanchez. lib. disp. 50.* ubi infert ex parte illius, cui prior fides data erat, solvi sponsalia, si velit, quoniam contrahens cum alia juratò prioribus sponsalibus renuntiâsse intelligitur.

19 Respondetur secundò: si ante decretum *Trident. Sess. 24. cap. 1. de matrim.* sermo institueretur, & copula cum posteriori affectu conjugali esset habita, dubium nullum esse priora sponsalia dissolvi, quia posteriora transibant in matrimonium. Cùm verò nunc cessaret matrimonium illud præsumptum, tenendum est non dirimi priora sponsalia, quia fides posterius data in præjudicium prioris ita est, & talis copula subsequens merè fornicaria est: sicuti autem copula merè fornicaria, & sine affectu conjugali habita etiam ante Tridentinum Concilium nihil operabatur, ita neque hodie quidquam operatur. *Sanchez. lib. 1. disput. 49. Zoëf. in jus Canon. de sponsal. num. 36.*

Objicies, si una eademque res duobus vendatur, is est potentior, cui prius tradita *l. 15. Cod. de R. V.* ergò etiam sponsalia, cui copula accessit, erunt potentiora, quia copula locò traditionis habetur. Respondetur negando consequentiam, quia in posteriori casu non introvenit traditio valida, sicuti in priori casu. Ad hoc ut acquiratur alicujus rei dominium vel jus in re, requiritur

valida causa translativa domini, qualis non est copula fornicaria in ordine ad matrimonium.

Sanè si posterior sponsa aliter indeminis servari nequeat, & insuper magnum damnum & honoris jacturam pateretur, ex æquitate illa ducenda foret, ne indulta tam benigniter prouendi in corpus licentia in grave ejus detrimentum retorqueatur. Deinde quando duæ obligationes concurrunt, quæ simul stare nequeunt, debilior perimitur per fortiorem, sed obligatio ex sponsalibus copula carnali roboratis resultans, videtur esse fortior ob damnum scilicet illatum. Ergò

Quartò solvuntur sponsalia lapsu temporis, si videlicet sponsalibus finientis certum tempus & terminus fuerit præfixus, eò elapsò, si matrimonium non sit contractum, solvuntur sponsalia *cap. 22. h. t. Engl. num. 9. Zoëf. num. Sanchez. lib. 1. disp. 53.*

Quintò solvuntur sponsalia ex causa absentix, puta, si alterutra pars non habitâ licentia, vel altera non consentiente, in longinquas terras abierit, & diurnam absentiam fecerit. Tunc liberum est parti, quæ non est profecta, ad alias nuptias transire, *cap. 5. de sponsal.*

Quantum autem temporis absentix requiritur, in jure Canonico determinatum non est. De jure civili talis solet adhiberi distinctio, ut si sponsus ex causa necessaria, fortè reipublicæ, absit, sponsa teneatur reditum expectare, ne officium absenti sit damnosum. Si verò ex causa voluntaria absit, sponsa teneatur per biennium, si simul sponsus moreretur intra provinciam, si extra provinciam, per triennium expectare. *L. 2. Cod. de sponsal.*

Sextò, solvuntur sponsalia ex causa 20

fornicationis, puta, si post contradicla sponsalia pars alterutra cum tertia persona se commisceat, tunc enim pars innocens resilire potest à sponsalibus, quia hanc conditionem in se continent: *Si fides data servata fuerit.* Si uterque sponsus fuerit fornicatus, tunc neuter à sponsalibus resilire potest, quia delicta mutuà compensatione tolluntur. Deinde licet matrimonium ob adulterium separari possit quoad thorum & mensam, si tamen uterque conjux pari crimine se contaminaverit, delicta mutuà compensatione tolluntur *cap. pen. & ult. de adult.* ergo etiam licet sponsalia solvi possint ob fornicationem, si tamen uterque sponsus pari crimine se contaminaverit, solvi non poterunt, quia delicta mutuà compensatione tolluntur.

21 Mihi, ut verum fatear, hæc doctrina non placet, sed teneo cum *Sanchez. lib. 1. disp. 55. num. ult. item cum Pirrhing. loc. cit. sect. 2. §. 3. num. 62.* quod sponsus non teneatur ducere sponsam, quæ fornicationem passa est, licet ipse sponsus etiam fornicatus sit. Ratio est, quia fornicatio multò fœdior, ipsique sponso detestabilior est in muliere, quam rotà versa, adeoque delicta pari turpitudine non censentur compensari.

Ad rationem à paritate adulterii deductam respondetur, non esse eandem rationem adulterii & fornicationis à sponso commissæ; in adulterio enim, si ob id divortium conceditur, spectatur fides conjugalis, quæ æquè à virò atque ab uxore violatur, cum uterque per matrimonium ad eam servandam æquè se adstrinxerit. E contra in fornicatione sponso in ordine ad dissolutionem sponsalium non solum attenditur fidei sponsalitiæ violatio, sed & infamia, aliæque damna, quæ ex ea sponsis resultant.

Brevius respondetur dicendo, longè difficilius permitti divortium seu separationem matrimonii quoad thorum, quam dissolutionem sponsalium, quæ ob quamvis notabilem rerum mutationem fieri potest. *Franz. Inst. loc. cit. n. 26.*

Septimò solvuntur sponsalia, si impedimentum aliquod dirimens, v. g. consanguinitatis vel affinitatis inter desponsatos detegatur, cum enim sponsalia tendant ad nuptias, non possunt non dissolvi, quia nuptiæ civiliter sunt impossibiles. Sed fac, quòd quis post contracta jam sponsalia cum sorore sponsæ fornicatus sit, & sic suâ culpâ impedimentum dirimens constituerit, teneturne dispensationem impetrare? Respondetur teneri, ne aliàs sponsus ex sua iniquitate lucrum ferat, & alteri sponsæ jus quæsitum tollat. Ita *Wex. p. 1. §. 7. n. 11. Sanchez. lib. 1. disp. 56.*

Illud altà mente repositum esto, in modo probandi tale impedimentum notabilem differentiam esse inter matrimonium & sponsalia. Nam matrimonium de facto contractum non dirimitur, nisi impedimentum penè probetur, & in dubio potius pro matrimonio judicatur, cujus separatio plerumque scandalosa est. *Cap. ult. de sent. & re jud.*

At verò in sponsalibus de futuro etiam sola fama, dictum unius testis, vel alia semiplena probatio de impedimento sufficit, ut sponsalia dissolvi possint & debeant; cum enim agatur de periculo peccati, tutior est sententia, quæ à matrimonio contrahendo coercet. *Engl. t. 1. §. 3. n. 6. Sanchez. lib. 1. disp. 71. per tot.*

Octavo & ultimò dissolvuntur sponsalia, si post illa contracta ob accidens non prævisum difficiliter reddatur matrimonium. Sponsalibus enim hæc inest conditio: *Si omnia naveant in eodem statu.*

tu. Ergò si status notabiliter mutetur; desinunt obligare sponsalia. Hinc suâ sponte sequitur, sponsum posse resilire à contractu sponsalicio, si sponsa ab alio etiam violenter fuerit cognita, tamen enim culpâ careat, difficiliter tamen redditur matrimonium.

Item si notabilis deformitas, aut morbus difficulter curabilis v. g. Epilepsia, Lues Venerea, Lepra, &c. sponsam invaserit, quia nemo cum hisce defectibus præsumitur se obligare voluisse ad nuptias.

Pariter si paupertas supervenerit, vel gravis infamia, vel morum asperitas, vel ebriositas, vel etiam gravis inimicitia inter consanguineos, qui se opponunt, à sponsalibus facilè quis resilire poterit. *Engl. d. loc. num. 11. König. de sponsal. p. 1 §. 10. num. 75. & seqq. Sanchez. lib. 1. disp. 57. 58. & 59.*

Hucusque discussimus sponsalia; sequitur de nuptiis: cum verò inter certas personas propter consanguinitatem & affinitatem nuptiæ prohibeantur, idèò cum primis agendum daxi de computatione graduum consanguinitatis, & affinitatis, quos novisse Juris consulti per quàm multùm interest.

22 Primò, quia matrimonium in certis gradibus est prohibitum *cap. 8. de Consang. & affinit.* idèò in quoto gradu prohibeatur, Jurisperitus scire debet. Secundò interest gradus novisse, quia per gradus deferuntur hæreditates, & proximior excludit remotiorem à successione defuncti, nisi jus representationis locum habeat. §. 5. *Instit. de legit. agnat. success.* Tertiò, quia secundùm gradus deferuntur tutelæ. Quartò denique interest Juris consulti novisse gradus propter testimonia. Inter ascendentes & descendentes enim regulariter non admittitur testimonium, *l. 6. Cod.*

de testib. & consanguinei collaterales inviti non coguntur ferre testimoniũ adversus cognatos. l. 4 ff. de testib. volentes tamen testes poterunt. cap. licet. de testib. hinc si tales personæ testimonium ferant, consultum est notare, volentes dixisse. *Schneid. de nupt. num. 1.*

Consanguinitas est vinculum personarum ab eodem stipite descendentium carnali propagatione contractum. 23

Constat hæc consanguinitas potissimum tribus, puta, linea, gradu & stipite.

Linea est series sive collectio personarum ab eodem propinquo stipite descendentium, posteriores ab anterioribus distinguens. 24

Dividitur linea in rectam & obliquam.

Recta iterum est, vel ascendentium vel descendentium. Linea recta ascendentium continet personas, quibus originem nostram debemus, v. g. pater, avus, proavus, atavus, &c. Linea recta descendentium continet personas à nobis genitas, ut est filius, nepos, pronepos, abnepos, &c.

Linea obliqua seu transversa dicitur, quæ complexitur illas personas, quarum una alteram non genuit, & tamen ab una stirpe, & sanguine propagatæ sunt, v. g. frater, soror, & eorum liberi. Item patruus, amita, avunculus, matertera, &c.

Dividitur linea obliqua in æqualem & inæqualem. Æqualis dicitur, quæ continet personas æqualiter à communi stipite distantes v. g. duo fratres; æqualiter enim distant à communi stipite, scilicet, uno gradu. Inæqualis illa dicitur, quæ continet personas, quarum una est remotior à communi stipite, quàm altera, uti v. g. frater & fratris filius.

Gradus est intervallum, quò agnoscitur, quæ persona stipiti sit propior, sive est distantia unius personæ ab alia. Dicitur autem gradus ad similitudinem scalarum, quas ita ingredimur ut à proximo in proximum transeamus.

25 Stipes & persona, à qua cæteræ personæ, de quarum conjunctione queritur, descendunt, & originem ducunt. Sic avus est stipes respectu nepotis. *Schneid. n. 4.*

Computatio graduum aliter constituitur de jure civili, aliter de Jure Canonico.

De Jure Canonico (cui in materia matrimoniali, utpotè spirituali standum.) triplex regula assignatur.

26 Prima locum fortitur in linea recta seu ascendentium & descendentium, & est hæc: *Tot sunt gradus, quot sunt personæ unâ demptâ; sive ut alii dicunt, tot sunt gradus, quot sunt generationes usque ad illam personam de cujus cognatione queritur.* Itaque si scire velim, quoto gradu nepos distet ab avo: tunc enumero istas duas, & omnes alias intermedias personas, atque tot erunt gradus, quot personæ, unâ demptâ. Sic dico: avus, filius, nepos, sunt tres personæ: unâ demptâ manent duæ; ergò nepos distat secundo gradu ab avo. Vel secundum alteram regulam dico: avus genuit filium, est una generatio, & unus gradus. Filius genuit nepotem, est secunda generatio, consequenter secundus gradus.

Item si scire velim, quoto gradu Josephus Primus Rex Romanorum distet à Ferdinando Secundo proavo suo: tunc enumero istas duas & intermedias personas, & erunt tot gradus, quot personæ, unâ demptâ: sic dico v.g. Ferdinandus Secundus, Ferdinandus Tertius, Leopoldus Primus, Josephus Pri-

mus, sunt quatuor personæ, unâ demptâ remanent tres, ergò Josephus Primus distat tertio gradu à Ferdinando Secundo proavo suo. Ut res fiat luculentior, figuram accipe, ex qua colligere possis, quoto gradu ego distem ab abavo meo.

Abavus.

Proavus.

Avus.

Pater meus.

Ego.

En quinque Personæ prodeunt; ut ergò intelligere possis, quoto gradu ego distem ab abavo meo, deme stipitem, sive unam personam, & remanebunt quatuor; ut proinde ab Abavo meo distem quatuor gradibus, quia tot sunt gradus, quot personæ, unâ demptâ.

Aliud exemplum, quò patebit, quoto gradu distem à patre meo. Pone.

Pater.

Ego.

Ecce! sunt duæ personæ, unâ demptâ, remanet una; ergò uno gradu disto à patre meo, quia tot sunt gradus, quot personæ, unâ demptâ.

Aliud exemplum, quo intelliges, quoto gradu distem ab Atavo meo. Pone.

Atavus.

Abavus.

Proavus.

Avus.

Pater meus.

Ego.

Ecce! prodeunt sex personæ, unâ demptâ, remanent quinque; ergò quinto gradu disto ab Atavo meo, quia tot sunt, sed unâ demptâ, gradus quot personæ unâ demptâ sunt quinque personæ; ergò quinto gradu disto ab Atavo meo.

Eadem regula, quæ pro linea recta ascen-

ascendentium tra'itur, locum habet in linea descendentium. Ut ecce! Quæritur quoto gradu à me distet abnepos? Pone.

Ego.
Filius meus.
Nepos.
Pronepos.
Abnepos.

Ecce! sistuntur quinque personæ, unâ demptâ remanent quatuor, ergò abnepos meus distat à me quarto gradu, quia tot sunt gradus, quot personæ, unâ demptâ.

Aliud exemplum, quò patebit quoto gradu meus pronepos distet ab Avo meo.

Avus meus.
Pater meus.
Ego.
Filius meus.
Nepos.
Pronepos.

En prostant sex personæ, unâ demptâ remanent quinque; ergò Avus meus distat à pronepote meo quinque gradibus, quia tot sunt gradus, quot personæ unâ demptâ.

27 Secunda regula in linea collateralium æquali est talis. *Quoto gradu distat uterque à stipite, eodem gradu distant inter se.* Sic quæritur, quoto gradu distent duo fratres? Ut hoc intelligas, oportet ab illis personis, de quarum cognatione quæritur, numerando ascendere usque ad illam personam, in qua conveniunt, sive usque ad stipitem; quod ut clariùs reddatur, Figuram cape.

Pater. Frater unus. Frater alter.

Ecce! stipes sive persona, in qua fratres conveniunt, est pater; ascende ergò à fratre usque ad stipitem, & reperies, quòd uterque frater uno gradu

à stipite communi distet, ergò etiam uno gradu ipsi fratres invicem distant; quoto enim gradu distat uterque à communi stipite, eodem gradu distant inter se.

Aliud exemplum, quò patebit quoto gradu distet filius meus à filia sororis meæ.

Ecce! stipes sive persona, in qua ego & soror mea convenimus, est pater noster; ascende ergò à filia sororis meæ, & reperies, quòd illa duobus gradibus, sicut filius meus à meo patre, distet; ergò distant invicem duobus gradibus.

Pater.

Ego. Soror.
Filius. Filia ejus.

Aliud exemplum, quod docebit, an duorum fratrum nepotes possint contrahere matrimonium; figura exempli talis est.

Pater.

Frater unus. Frater alter.
Filius ejus. Filius ejus.
Nepos, Neptis.

Ecce! in posita figura debeo primùm observare & inquirere, quis sit stipes, sive in quo ambo fratres conveniant, qui utique in patre, qui respectu nepotis est proavus, conveniunt. Hoc habito incipio à viro, de cuius nuptiis quæritur, uti in dicto exemplo est nepos, & ascendo sursum per singulos gradus, proximum semper numerando & notando, donec ad communem utriusque fratris patrem sive stipitem devenio. Postea verò descendendo deorsum, eodem profus modo, donec perveniam ad mulierem de cuius conjunctione quæritur. Hoc factò statim apparebit, utrum æqualiter à communi stipite distent, an inæqualiter; atque ita, cum in dato exemplo æqualiter distent à communi stipite tribus gradibus, idè etiam distant invi-

cem tribus gradibus; quoto enim gradu distat uterque à communi stipite, eodem gradu distant inter se.

Quæres: possumne ducere filiam amitæ meæ? R. negativè, quia mihi in secundo gradu juncta est. Ut ecce!

	Avus.
Pater meus.	Amita sive soror Patris.
Ego.	Filia ejus.

Quæres iterum. Neptis mea potestne nubere nepoti patruelis mei? Respondetur negativè, quia sunt sibi invicem in quarto gradu juncti. Ut ecce!

	Avus.
Pater.	Patruus.
Ego.	Patruelis.
Filius meus.	Filius ejus.
Neptis mea.	Nepos.

Casus positæ figuræ talis est: meus pater habet fratrem, qui est meus patruus. Ille habet filium, qui est meus patruelis; sumus enim duorum fratrum filii. Ille patruelis habet nepotem, & ego neptem. Hæc neptis non potest nubere patruelis mei nepoti, quia distant quartò; juxta regulam: quoto gradu distant ambo à communi stipite, eò gradu distant inter se.

Quæres denique, an Materteræ magnæ abneptis possit nubere nepoti meo? Respondetur affirmativè, quia quinto gradu invicem distant. Ut ecce!

	Proavus
Avia mea.	Soror ejus sive Matertera magna.
Mater mea.	Filius.
Ego.	Nepos.
Filius.	Pronepos.
Nepos.	Abneptis.

28 Tertia regula locum habet in linea inæquali collateralium, & est ista:

Quoto gradu distat remotior à communi stipite, eodem gradu distant inter se. Sic si scire velim, quoto gradu fratris mei filia distet à me, videre debeo, quoto gradu distet à stipite, sive ab illa persona, in qua ego & frater meus convenimus. Hoc habitò, incipio à remotiori persona numerando sursum ascendere, & gradus computare. Quotò deinde gradu distat à me. Ut ecce!

	Pater.
Ego.	Frater meus. Filia ejus.

Aliud exemplum, quod ostendet, an ego possim matrimonium contrahere cum nepte fratris mei? Et respondetur, quòd non: quia est mihi in tertio gradu juncta.

	Pater.
Ego.	Frater meus. Filius ejus. Neptis.

Ecce! Neptis à patre meo distat tertio gradu & est remotior, ergò distat tertio gradu à me.

Quæres, an ego possim ducere filiam patruelis mei? Respondetur negativè, quia est mihi in tertio gradu juncta. Ut ecce!

	Avus.
Pater	Patruus.
Ego.	Filius sive patruelis. Filia.

Ecce! pater meus & ejus frater, qui est meus patruus, conveniunt in meo avo. Filia verò mei patruelis distat ab avo, veluti stipite, tertio gradu, & est remotior; ergò distat etiam tertio gradu à me.

Quæres iterum: An possim promatertem ducere? sive an possim ducere meæ

Franz. Inst. de tutel.
d. l. 15. ubi datio tut
unus rei Africanæ, alt
vel Romanæ datus est.
Oe. Gerhabschffts-Ordnung. 1
Können ein &c. i.e. possunt
resve Tutores dari, prout
tia pupilli, vel res a se in
dissita, &c.

§. S I Q

9 Q. Quibus per
seatur tutor te
R. I. Si
tores de
humæ,
testam
fili

con eodem gradibus, quanto tempore ante
de antea utique à communi ligno,
eodem gradu distant inter se.

Quæritur: possimne dicere filiam
amitæ meæ? & negativè, non potest
in secundo gradu juncti. Ut ecce!

Pater meus.	Amitæ filius sive frater.
Ego.	Filius eius.

Quæritur iterum: Neptis mea potestne
nubere nepoti patrueli mei? Respondetur
negativè, quia sunt sibi invicem in
quinto gradu juncti. Ut ecce!

	Avis.	
Pater.	Paterus.	
Ego.	Patruelis.	
Filius meus.	Filius ejus.	
Neptis mea.	Nepos.	

Casus postea Epitima talis est: meus
pater in tertio gradu, qui est meus pa-
truelis, hinc habet fratrem, qui est meus
patruelis, hinc iterum fratrem fratrum
hinc. Hic patruelis habet neptem, &
ego nepotem. Hæc neptis sive nepotem
noverit patruelis mei nepotem, quia sunt
tantum quæriti; juxta copulam: quæriti
du distant ambo à communi ligno, et
gradu distant inter se.

Quæritur deinde, an Matertera mag-
nae obnuptæ possit nubere nepoti meo?
Respondetur affirmativè, quia quinto
gradu invicem distant. Ut ecce!

	Proavus.	
Avis mea.	Soror ejus sive Matertera magna.	
Mater mea.	Filius.	
Ego.	Nepos.	
Filius.	Pronepos.	
Nepos.	Abnepos.	

23 | Tertia regula locum habet in linea in-
æquali collateralium, & est ista:

Quæritur: An ego possim ducere filiam
patris mei? Respondetur negativè,
quod est in tertio gradu juncti. Ut ecce!

Quæritur iterum: An ego possim ducere
filiam fratris mei? Respondetur negativè,
quod est in tertio gradu juncti. Ut ecce!

Quæritur iterum: An ego possim ducere
filiam fratris mei? Respondetur negativè,
quod est in tertio gradu juncti. Ut ecce!

Quæritur iterum: An ego possim ducere
filiam fratris mei? Respondetur negativè,
quod est in tertio gradu juncti. Ut ecce!

Ego.	Frater meus.
	Filius ejus.
	Neptis.

Ecce! Neptis à patre meo distat ter-
tio gradu & est remotior, ergo distat
tertio gradu à me.

Quæritur: An ego possim ducere filiam
fratris mei? Respondetur negativè,
quod est in tertio gradu juncti. Ut ecce!

	Avis.	
Pater.	Paterus.	
Ego.	Filius sive pa- truelis.	
	Filia.	

Ecce! pater meus & eius frater, qui
est meus patruelis, conveniunt in uno
eivo. Fida vero mei patruelis distat ab
eivo, velut si ipse, tertio gradu, & est
remotior, ergo distat etiam tertio gra-
du à me.

Quæritur iterum: An possim pronu-
tiam ducere? sive an possim ducere
neptem?

l. 3. Cod. quand. mu.
D. D. Franz. Inst. h. t.
striaco ita obtinet. Ist de
Si liberorum mater natura.
tum ipsi tutelam liberorum
nec ulla suspicione gravata
consuetudine, tutela def
judice ipsam confirmante
gentur unus aut duo
contutores è cognat
ea tutelam admini
bunt. N. Oe. C
3. §. 2.

§. C

6 Q.
fiat
ti

diminutio est, quando
 retinet, civitatem verò
 mittit; quod contingit illi,
 si interdictum est, h. e.
 communione aquæ &
 a vix non eadem cum
 horum enim elemento-
 rum carere potest.

est, cum li- 5
 illia autem
 em, ubi
 o juri
 anci-

ult. ff. pro socio l. 20
n. 2. hic.

Non obstant *l. 8. ff.*
tur, jura sanguinis null
rimi aut immutari posse.
sanguinis cognationis de
Naturaliter, h. e. pro ec
lo sanguinis conjunctio
jure quod cognatis pro
re civili defertur. ¶
accipiat, nullo
mutari potest
cere non p
esse desin
ter; u
fratre
acce

TUTELA.

ipato agnatus esse deli-
atione per nimiam capi-
solatâ. *Harp. n.2. hic.*
ex mente Legis, quia
onem liberorum
mittebatur, si-
onem liberti.

patroni : 2

com-
i ser-
poteſt.

C O N N

¹ **P**ostquam lanci a
testamentariam &
tur tertia tutelæ species,
honoraria appellatur, e
possis, quod sit ea, q
tutore testamentario
ciente defert. à *Son*

A D P

Q. Hic, qu
pillo, si pat
mento tur
² ex conf
pupille
hic. c
O.

ET §. NOS AUTEM 5.

hodie tutoris datio 8
ordinariæ h. e. quilibet
orem dare potest & de
quòd Magistratus sit, *ord.*
7. *tit.* 32. Ideò operam
4 hos duos §. §. diu fe

R E S 6.

tionem; quare
mirum, quia
mens est,
nt, alte-
sponte
ginem
4.

DE AUTH
SUMMA

- 1 Tutor non debet
nem suscipere
tu decreta si
- 2 Inventarium
- 3 Idem idone
- 4 Nec non
gerer
- 5 Tuto
re
- 6 Ra
- 7 I
- 8

terioris generis tu-
l. l. 22. N. Oe. neve
tung. loc. cit §. 3. §. 4.
de officio tutoris: se-
atione autoritatis, quæ
approbatio ejus, quod
Perez Inst. hic: sive
us, quam tutores ha-
illi, ejusque rebus
ipillus nihil agere
e, sine quo nec
ur. L. 189. ff.

bus causis 7
ecessaria
quibus-
quibus-

tas

promittendo & solven
bet, quia nec natura

II. Depromitur ex a.
ff. eod. ubi dicitur, quod
habeat repetitionem; e
non obligatur, natura
si solvantur, repeti n
de O. & A. l. 16. §. 4. ff

III. Sic adorno. Cer
tum, jura voluisse
modo providere
consultere; at
modo contra
ter, parum
spexissent
in foro
scientia
tract
tur
se

... , è quòd pupillo
... ia fit, quoties pupil-
... onem redderet deterio-
... ando hæreditatem pupil-
... in conditionem deterio-
... dicitur reddere condi-
... tiorem, si de obligan-
... prout fit per aditio-
... §. 6. Ergò &c. Sanè
... lem esse, ut præ-
... mineat, nec ad-
... negotia, offen-
... ra, id totum
... hereditatem,
... esse solet,
...identi,

uto-
ura-
10

authoritas in causis,
suam causam facit d.
& l. 28. ff. de pact. ratio
si favor pupilli, & infir-
mitatis, cui jura omnia
vident, ne detrimentum
n. 1. Harp. n. 3. Det

conditionem pupillus
tius de eo obligando
nandis agitur. Sch

Colliges, pupi-

celebrare cont

dere, locare

aut alio qu

distrabere

quia tal

conditi

n. 8.

Auf

naturaliter obligetur.
io hujus potentiae est;
potestas Legislatori con-
negata is non posset fe-
sufficienter consulere, at-
ni bono multum ad-
vinare, sed negata po-
andi subditorum vo-
naturalis obligatio
eps non posset fe-
ter consulere; er-

duplicem o-
erari posse,
n. Vera
t ipsum
one ad
ac si
er-
ps
o

item ex intervallo au-

minùs rectè interponi;

ma desiderantur, per

adimplentur. l. 1. §. 1. ff.

n. 4. & §. Manz. n. 6.

Hodie hæc scrupulosè

tionem non trahitur, sicut

ante, & post negotium

sive per epistolam, in

autoritatem suam in

bic Struv. Exercit. de

de tutel. tit. 8. n.

§. S I

Ex isto §

si pupillus

1. 1. §. 1. ff.

de tutela perit, & quo-

tionem desinit esse sui

tem est jus in capite libe-

Minima capitis

tionis tutela non

est minus po-

ssibile publico filio-

statum. l. 9. ff. de his,

ubi pupilla

quo-

tionem desinit esse sui

tem est jus in capite libe-

Minima capitis

tionis tutela non

est minus po-

ssibile publico filio-

statum. l. 9. ff. de his,

ubi pupilla

quo-

tionem desinit esse sui

tem est jus in capite libe-

Minima capitis

tionis tutela non

est minus po-

ssibile publico filio-

statum. l. 9. ff. de his,

ubi pupilla

XI. Extinguitur tutela executione per-

XII. Explicat tutela per pupillam pupil-

XIII. Cassat tutela per veniam testi-

Notandum, quod...

Hæc ipsa tamen venia impetrata non

facit, quod minus minor teneatur adhi-

tempore delinuit, tunc quibus...

adimplerit, de...

quibus...

hujus dubii notandum
esse duplicem, *suspensi-*
am. Suspensiva dicitur
s concepta : *Si Imperator*
si navis ex Asia venerit,
meorum tutor esto.

ideò suspensiva dicitur,
ministracionem tutelæ
conditio eveniat; &

conditio verificati-
conditionalia ex e-
nt. Item sub con-

antè debentur

l. 213. ff.

conditio

8. §. quod

end.

talibus

tutor

do-

li-

s

§. S E D E C A P I T I S §.

VIII. Evanescit tutela capitis diminutione, & quidem maximâ & mediâ ex parte tutoris; ratio, quia amittit communionem juris civilis. Minima capitis diminutione ex parte tutoris tutela non expirat; quoniam tutela est munus publicum, in munere autem publico filiusfam. habetur pro patrefam. l. 9. ff. de his, qui sui vel alieni jur.

Secus est ex parte pupilli, ubi minima capitis diminutione tutela perit, quoniam per arrogationem desinit esse sui juris; tutela autem est jus in capite libero. *Manz. Harp. Schneid. hic.*

Dices: Minimâ capitis diminutione ex parte tutoris legitima tutela perit. *text. hic.* ergo malè indistinctè diximus: minimâ capitis diminutione ex parte tutoris tutela non expirat. R. idè de jure antiquo per arrogationem tutoris legitimam tutelam periisse, quia legitima tutela est fundata in jure agnationis, quod per arrogationem tollitur. Hodie verò postquam omnis differentia inter agnationem & cognationem sublata est, nulla amplius tutela minimâ tutoris capitis diminutione tollitur, *d. d. auth.*

§. P R E T E R E A §.

IX. Cessat tutela lapsu temporis; limitata enim causa limitatum producit effectum, & ad tempus permilla, post lapsum tempus censentur prohibita. *Harp. hic, concord. jus Austriac. loc. cit. §. 5.*

§. D E S I N U N T. F I N.

X. Finitur tutela per remotionem, quando videlicet à iudice tutor, ut suspectus, à tutela removetur.

XI. Extinguitur tutela excusatione perpetuâ. De his duobus posterioribus infrâ *tit. 25. & tit. 26.* Deò dante agemus.

XII. Exspirat tutela per nuptias pupilli, pupillave, vel etiam per professionem in religione aliqua emissam. *N. Oe. neue Gerhabschaffts - Ordnung. tit. 16. §. 4. Wann sich, &c. i.e. Si pupillus vel pupilla ante predictum tempus in matrimonium venerint, vel professionem in religione egerint, erunt eo pacto tutela Soluti.*

XIII. Cessat tutela per veniam ætatis impetratam à Principe. Ubi

Notandum, quòd masculus completò 5 annò. XX. foemina verò exactò annò XVIII. veniam ætatis ab ipso Principe petere, & sic à tutelæ jugo eximerè possunt. *tot. tit. Cod. de his, qui ven. atat.*

Hæc ipsa tamen veniæ impetratio non 6 facit, quòd minùs minor teneatur adhibere decretum Prætoris, si res immobiles alienare aut pignori subicere velit. *text. express. in l. 3. Cod. quand. decræ. non est opus Brunnem. in l. 3. Perez. ad Cod. n. 6. d. t. Concord. jus Austriac. loc. cit. §. 3. Wann wir &c. i.e. Ubi nos, interrogato iudice, veniam ætatis pupillo ante illud tempus dedimus, tunc quidem expirat tutela; nec tamen valet qui ante pupillus erat, donec cessantis tutela annum adimpleverit, de immobilibus bonis, aut de pecunia quâ maxime constarent facultates, de fortibus aliisve pretiosis mobilibus, quicquam majoris momenti, nisi prævia iudicis cognitione, nec sub pretextu remuneratoris donationis aliave ratione, quicquam alienare aut dispergere.*

T I T U L U S XXIII.
D E C U R A T O R I B U S .

S U M M A R I A .

- 1 Curatela definitur.
- 2 Quibus detur Curator?
- 3 Femina cur citius pubescat quam masculus?
- 4 Invitus curatorem nemo accipit.
- 5 Furiosus quis presumatur?
- 6 Enumerantur casus, quibus etiam pupillis curatores dantur.

T R A N S I T I O .

Imperator supra de tutelis dixit, quasdam personas, quæ sui juris sunt, aut esse sub tutela, aut sub curatela. Hactenus de iis, quæ sub tutela, sequitur de his, quæ sub curatela existunt.

A D P R I N C I P .

- 1 Cura seu curatela concinnè describitur, quòd sit potestas in capite libero ad tuenda bona ejus, qui ea per ætatem tueri nequit. Dicitur *ad tuenda bona*. Curator enim primariò datur rebus, tutor personæ, *Schneid. Inst. hic. n. 5.*
- 2 Q. Hic, quibus curatores dentur? R. quòd dentur adultis, seu puberibus, minoribus tamen 25. annis; licèt enim (inquit textus) puberes sint, adhuc tamen ejus ætatis sunt, ut sua negotia tueri nequeant.

Durat autem ista curatela tam in masculis, quàm in fœminis usque ad XXV. annum. *text. hic.*

- 3 Sed an, cur fœmina citius pubescat, quàm masculus, contrà verò non fiat Majorennis? Hujus rei à variis variis rationes adduci videas. Mihi placet illa, quòd in tutela maturitas corporis atten-

datur, quæ celerior est in fœminis quàm in masculis; imperfectiora enim citius crescunt. Contrà in curatela spectetur animi, judicive maturitas, quæ fœminis aut rarò aut certò non citius, quàm masculis, suboritur. *Manz. n. 3. Schamb. hic.*

§. D A N T U R . I .

Dantur curatores ab iisdem Magistratibus, à quibus tutores. Et sicuti hodie tutoris datio est jurisdictionis ordinariæ, ita quoque curatoris. *Schneid. n. 7.*

In testamento parentibus curatores effaciter dari non possunt, quia puberes, quibus solis curator datur, ipsi si velint, res suas administrare possunt, prout §. statim sequenti dicemus. Eadem ratio est, quare pater liberis suis puberibus substituere non possit, scilicet, quia ea ætate ipsi sibi testamentum facere possunt. *l. 2. ff. de vulg. & pup. subst. Vinn. Inst. hic.* Sanè si curator testamento datus sit, decretò Magistratùs confirmandus est. *text. hic. §. l. 2. §. 1. ff. de confir. tut. vel curat. Schamb. hic.*

§. I T E M I N V I T I 2 .

Adolescentes inviti curatores non accipiunt. *text. hic. §. l. 13. ff. de tut. & curat.* Turpe enim esse existimabatur puberem esse, & adhuc habere curatorem, quod erat furiosorum & prodigorum proprium. *Harp. n. 2.*

Hodie minores æquè ac pupilli, nolint, velint, curatores recipere tenentur. *Ord. polit. de anno 1577. tit. 32. Manz. hic. Brumm. l. 7. Cod. qui per tut. vel curat. n. 3. Concord. Jus Austriac. loc. cit. tit. 3.*

1. §. 2. ubi differtè cautum est, nullam in Austria inter pupillos & Minores, tutores & curatores amplius observari & fieri differentiam.

§. FURIOSI 3.

Non minorenes duntaxat, sed & Majorenes quandoque sub curatela sunt, ut *furiosus, prodigi* &c. Furiosus autem est, qui usu rationis destitutus, agit cum rabie. *Harp. n. 4.* Talis in dubio esse præsumitur, qui per vicos more insanorum loquitur, vel deridendo vadit. Item qui iussit cadaver suum in mare projici, vel qui perpetuo timore agitur, ne mundus corruat & in præceps feratur, & propterea semper meditatur fugam, vel qui tantâ ebrietate gravatur, ut existens in cubiculo credat se navi vehi, & periclitari naufragio, atque eapropter omnia ad levandam navim per fenestras projiciat, prout aliquibus ita contigisse ex Cælio recenset *Mench. de Præsumpt. lib. 45. n. 27. & seqq.*

Prodigus ab Ulpiano *l. 1. ff. de curat. furios.* ille dicitur, qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilapidando & dissipando profundit. Hic nos intelligimus prodigum, cui bonorum administratio à Magistratu interdicta est, ut huic non etiam ethicè tali curator dari debeat. *l. 10. ff. de curat. furios. Harp. n. 6. hic. à Something n. 7.*

§. SED ET 4.

Quamvis lex XII. tab. solummodò furiosis & prodigis curatores dederit, postea tamen propter similitudinem rationis placuit, ut à Magistratibus etiam nonnullis aliis v. g. *mentis captis*; Item *furdis*, & *mutis*, & *perpetuo valetudinariis*; (*denen die stâts liegerbafft seynd*;) curatores darentur: ratio, quia etiam hi rebus suis præesse non possunt. Concordat *N. Oe. Gerhabschafft. Ordnung. tit. 5. §. 1.*

§. INTERDUM 5.

Tametsi regulariter curatores non pupillis, sed minoribus assignentur, patitur tamen ista regula aliquas exceptiones, ita, ut etiam pupillis curatores dentur.

I. Est, si tutor legitimus, sive à testatore, sive à Magistratu datus vel propter valetudinem, vel propter ætatem, vel propter inopiam, vel propter imprudentiam, aut simplicitatem non sit idoneus ad tuendum pupillum, & ad facultates ejus probè administrandas, tunc tutor utpote dolò ad culpâ carens, ab officio tutelæ removendus non est, sed curator ei adjungendus erit. *text. hic. & l. 13. ff. de tut.* Sed cur non datur alius tutor? ratio est *in text.* quia tutorem habenti, tutor dari non potest. Ratio rationis à *Manz. hic. n. 6.* multiplex redditur; mihi illa placet, quia tutor vices genitoris agit: sicuti ergò pater patrem habenti non datur, ita neque tutorem habenti tutor datur. *Perez hic.*

II. Exceptio est, si tutor temporali impedimento laboret, ita, ut tutelæ præesse non possit, puta, si legationis causâ, vel aliâ justâ absentia absit, tunc intereâ pupillo curator datur.

Dixi *temporali impedimento*? nam si perpetuum esset, non curator sed tutor assignandus foret; qui enim in perpetuum ab onere tutelæ excusantur, tutores esse desinunt. *§. ult. Inst. de excusat. tut. Harp. n. 2.*

§. QUOD SI FINALIS.

Q. Hic quid agendum, si pupillo controversia, vel processus moveatur, tutor verò fortè propter dignitatem, quia persona illustris est, non possit honestè in judicio comparere? *R. Imperator cum distinctione, vel pupillus præsens est, vel absens est: si præsens, tunc*

vel est adhuc infans, vel infantia major. Si infantia major sit, & præsens; tunc potest cum autoritate tutoris procuratorem constituere, l. 21. *Cod. de procurat.* Si pupillus sit absens, vel adhuc infans; tunc tutor cum decreto Magistratus actorem, quem velit, rectè constituit, qui actor periculò tutoris causam peragat, *text. hic. & l. 11. Cod. d. t.* Sed cur non curator, sed actor assignandus? quia curator suo propriò periculò admi-

nistrat, non periculò tutoris. *Manz. n. 20.* Item cur tutor actorem non verò procuratorem potest ordinare? quia procurator non nisi à Domino constituitur. *Harp. n. 5. Schneid. n. 3.* De jure Austriaco ita se habet. *Wann ein Gerhab. &c. i. e. Si Tutor in litem difficilem Curatorem petat, dabitur ipsi mediante legitima mercede Curator in litem, cui eam proprio & cæterorum Tutorum periculo curare incumbet. N. Oe. Gerhabschaffts - Ordnung. tit. 21. §. 4.*

T I T U L U S XXIV.

DE SATISDATIONE TUTORUM VEL CURATORUM.

SUMMARI A.

- 1 Satisfactio definitur.
- 2 Tutor testamentarius.
- 3 Item ex inquisitione datus non tenetur satisfacere.
- 4 Nisi plures dati sint.
- 5 Pupillus quales actiones habeat, si ex administratione damnum passus sit?
- 6 Actio tutelæ subsidiaria quando locum habeat?
- 7 Quid obtineat de Jure Austriaco?

A D P R I N C I P.

ANtequam Tutores & Curatores administrationem tutelæ vel curatellæ suscipiant, imprimis satisfacere debent, rem pupilli vel minoris salvam fore.

- 1 Satisfactio autem nihil est aliud, quam cautio, quâ tutor promittit rem pupilli salvam fore, *Manz. n. 2. hic.* hanc tutores & curatores dare tenentur, ne pupillorum negotia ab iis consumantur vel diminuantur, *text. hic.*

A D V. SED HOC NON.

Q. Hic, an indistinctè omnes tutores satisfacere cogantur? *R.* quod non; enim verò

I. Ab onere satisfactionis liberantur tutores testamentarii, *text. hic. & l. 4. & 17. ff. de testam. tut.* ratio redditur in ipso textu; quoniam fides eorum & diligentia ab ipso testatore approbata est, qui optimum pro sua progenie consilium capere intelligitur. l. 3. §. 1. *ff. de administr. & pericul. tut.*

II. A satisfactionis gravamine eximuntur tutores ex inquisitione dati; quia fides inquisitionis loco satisfactionis est. *text. hic. & l. 13. §. ult. ff. de tut. & curat. dat.*

Ex dictis sequitur, quòd jure communi inspecto solummodò legitimi tutores, & curatores, item ii, qui à Magistratu sine inquisitione, nec non ii, qui ab extraneo in testamento dati, satisfacere teneantur. *Manz. hic.*

Hodie omnes indistinctè tutores & curatores cautionem præstare debent. *R. cess. Imp. 1548. Item 1577. tit. 32.*

De jure Austriaco provinciales, qui in Austria possessionati sunt, neque juratoriam, neque aliam cautionem præstant, sed tutela eorum fidei & conscientie committitur. *N. Oe. Gerhabschaffts-Ordnung. tit. 7. §. 3.* quo loco plura de cautione tutorum & curatorum possis recipere.

§. S E D S I I.

4 Dictum est inspecto jure communi, tutores testamentarios ab onere satisfactionis immunes esse. Hoc in §. exponitur casus, quo etiam tutores testamentarii, & ex inquisitione dati satisfactionis, & ex inquisitione dati sunt tutores, puta, si duo pluresque dati sunt tutores, aut curatores, & unus satisfactionem offerat; tunc enim contutor, cui offertur satisfactio vel satis accipere, & administrationem tutelæ curæve satisfactionem offerenti relinquere, vel ipse satisfacere, & solus administrationem subire cogitur. *l. 17. ff. de testament. tut. Carpzov. lib. 5. resp. 82. n. 20.* éstque ratio, quia consultius, utiliusque esse judicatur, ut tutela vel cura geratur per unum, quam per plures; quòd enim pluribus expediendum committitur, id plerumque segnius expeditur, juxta vulgare juris Brocardicon:

Segnius expediunt commissa negotia plures.

Q. Quid si nullus satisfactionem offerat? R. quòd tunc ei & quidem sine datione decernenda sit tutelæ administratio, quem major pars tutorum elegerit; major enim pars concludit. *cap. 1. §. cap. fin. de his, que fiunt à majore, &c. & quòd major pars facit, omnes facere videntur. l. 19. ff. ad Municipal. Carpz. loc. cit. n. 23. Schneid. hic n. 8.* Si verò & ipsi tutores inter se in eligendo dissentiant, Prætor suas partes interponat necesse est, & unam eligat cui administratio committatur. *l. 3. §. 7. Cod. de*

administ. §. pericul. tutor. Manz. n. 12. Harp. n. 5. Clariff. D. D. Franz. Inst. hic. n. 2.

§. S C I E N D U M 2.

Q. In hoc §. quem pupillus vel adultus convenire possit, si ex mala administratione damnus aliquod passus sit? R. Quòd primò loco conveniri possint ipsi tutores vel curatores, qui tutelam vel curatelam gesserunt.

II. Si illi non amplius vivant, tunc eorum nomine & loco conveniri possunt hæredes ipsorum. *l. fin. §. tot. tit. Cod. de hered. tut. §. curat.* quia omnis actio descendens ex contractu vel quasi contractu transit in hæredes. *l. 49. ff. de O. §. 1.* atqui actio tutelæ descendit ex quasi contractu; §. 2. *Inst. de obligat. que ex contract. nasc. ergò, &c.*

III. Contra fidejussores, per quos tutor satisdedit, & ipsorum hæredes. *l. 5. ff. de fidejuss. tut. §. curat. Schneid. n. 11. Manz. n. 7. §. 8.* Quòd si neque tutores, neque curatores, neque eorum fidejussores solvendo sint, tunc

Quarto loco datur actio subsidaria contra Magistratum, qui non exegit satisfactionem vel non recepit idoneam. *l. 6. ff. qui satisfacere cog.* Sanè si Magistratui nihil imputari possit, fortè quia idoneos tutores dedit, cessabit actio subsidaria. *Manz. n. 12.* casu enim imputandum videtur, quòd tutores à Magistratu dati idonei esse desierint; casum autem fortuitum Magistratus pupillo non præstat. *lib. 1 §. 11. ff. de Magist. conveniend. Schneid. n. 1. hic.* De Jure Austriaco vix idem, quòd de jure communi obtinet, prout videre possis *Gerhabschaffts-Ordnung tit. 18.* per tot. unde duo duxi adnotanda.

I. Est, quòd in casu, quò tutelæ administrationem unus solus gessit, alter

contutor non nisi in subsidium conveniri possit, puta, si administrans non sit solvendo d. loc. §. 4.

Wann ein Gerhab &c. i. e. Si Tutor, qui administrationem tutelæ absque judicis consensu alteri contutori commisit, judicio tutelæ conventus erit, ei licebit administrantem vocare; atque hic solus erit porro excutendus, nisi planè non, vel non satis solvendo sit: tunc enim contutor, qui non administravit, pulsari excutique poterit ad præstandum quicquid ab altero sarciri nequit.

II. Est, quòd actio tutelæ directa etiam contra illos competat, qui absque decreto judicis se tutelæ, bonorumque administrationi immiscuerunt. d. loc. §. 6. *Es haben &c. i. e. Etiam contra eos qui, cum nonessent a iudice tutores dati, nec ullo alio modo ad tutelam vocati, rem tamen pu-*

illi ac personam regendam susceperunt, habet pupillus actionem protutela, quæ actio ab ea differt quæ in veros tutores eorumve bona datur.

§. QUIBUS 3.

Diximus hucusque, quòd tutores & curatores debeant satisfacere, sed quid juris, si cavere nolint. R. quòd debeant captis pignoribus coerceri, h. e. possunt capi res eorum, & hoc modo ad satisfaciendum compelli, *text. hic.*

Q. Hic, in quos Magistratus actio subsidiaria detur? R. *textus*, in illos solos dari, qui satisfactionem solent exigere, quales sunt inferiores Magistratus, non verò in Magistratus majores. De jure Austriaco actio subsidiaria datur contra quemlibet indistinctè Magistratum, qui pupillo tutorem idoneum constituit. d. lib. §. 18.

TITULUS XXV.

DE EXCUSATIONIBUS TUTORUM ET CURATORUM.

SUMMARI A.

- 1 Excusatio tutelæ quid sit?
- 2 Polypedia est justa causa excusandi se à tutela.
- 3 Quales liberi profint ad excusationem?
- 4 An emancipati.
- 5 An adoptivi?
- 6 An nepotes?
- 7 An defuncti in bello?
- 8 An naturales & spurii?
- 9 Administratio rerum fisci.
- 10 Item absentia reipublica causà.
- 11 Pariter Magistratus.
- 12 Nec non lris cum Pupillo.
- 13 Aut multitudo tutelarum excusant à tutela.

- 14 Item paupertas.
- 15 Adversa valetudo.
- 16 Imperitia literarum.
- 17 Inimicitie capitales cum testatore.
- 18 Controversia status.
- 19 Ætas senilis.
- 20 Militia.
- 21 Professura à tutelæ onere liberant.
- 22 Excusatio per viam appellationis proponi debeat?
- 23 An tutor debeat esse curator.

CONNEXIO.

Suprà ad rubricam præced. tit. dictum est, Imperatorem in his tribus ultimis titulis communia quædam, quæ promiscuè tam in tutoribus quàm curatoribus

bus obtinent, tractare instituisse: ab-
solutò ergò I. capite, transvehimur ad
II. videl. ad excusationes, & quidem
rectò ordine; ratio, quia in regulam
quasi abiit, tutores & curatores etiam
invitos cogi subire onus tutelæ & curæ
L. I. ff. de administ. & peric. tut. est
enim tutela munus publicum (puta,
authoritate; utilitate enim privatam est)
lex autem neminem voluit esse immu-
nem à publicis muneribus, sed quilibet
ad munus publicum subeundum etiam
invitus cogi potest, l. 18. l. 19. Cod. de
Curatoribus. Schneid. hic num. I.

Limitatur tamen præfixa regula, ut
non procedat, quando quis habet ju-
stam causam excusationis, quarum ali-
quot in hujus tituli decursu enumera-
vimus.

A D P R I N C I P.

1 Excusatio autem est allegatio justæ
causæ, quæ quis tutelam curamve de-
precatur, seque hoc onere liberari petit.
Justæ autem causæ varîe sunt.

2 I. Est polypædia, seu certus libero-
rum numerus. Nam si quis tres liberos
Romæ habeat, vel in Italia quatuor,
vel in provinciis extraneis quinque, à
tutela vel cura potest excusari. Ratio
est, tum quia favore digni sunt illi, qui
liberis hominibus civitatem replent. l. 1.
ff. solut. matrim. tum quia naturale est
patrem à cura & solitudine priorum
liberorum non abstrahi, ordinata enim
charitas incipit à se ipso. l. 6. Cod. de
servit. & aquæ &c. & ut ait: Cyn. in l.
30. Cod. de fideicommiss. lupus mordet
carnes alienas, sed suas lambit. Schneid.
n. 6. Ratio est, quia numerus liberorum
excusatur à reliquis muneribus publicis. l.
3. §. 5. ff. de numer. tutela autem est
munus publicum, ergò. Manz. n. 7.

Cæterum ratio diversitatis, cur in

uno loco major, in alio minor nume-
rus liberorum requiratur, fortè est ista;
quia liberos habens Romæ proximiùs
prodest reipub. quàm habens in Italia
aut provinciis. Schamb. hic. Manz. num.
8. N. Oe. Gerhabshaffts-Ordnung. tit. 6.
§. 2. desiderat sex liberos. Wann einer, &c.
i. e. Qui sex pluresve liberos è corpore suo
procreatos habet in potestate & cura, is
nulli tutelam onerari debet.

A D V E R S. S I V E.

Quoniam liberi in multiplici differen- 3
tia sunt, aliqui in potestate constituti, alii
emancipati, alii naturales, alii adoptivi,
alii primi, alii ulterioris gradus, alii vivi,
alii mortui; Ideò

Q. I. An emancipati ad excusationem 4
tutelæ profunt? R. Imperator, quòd tam
sui, quàm emancipati profunt. Ratio:
quia hoc privilegium excusationis non
est effectus patriæ potestatis, sed præ-
mium & remuneratio procreationis libe-
rorum. Braun. tract. de tutel. ad lib. 27.
tit. I. num. 22.

Q. II. An adoptivi profunt? R. ado- 5
ptanti non prodesse? quia adoptans non
generat civem, nec auget numerum
civium. Harp. hic. n. 7. cessante ergò
causâ privilegii, cessat & ipsum privile-
gium. Manz. num. 13.

Dixi adoptanti non prodesse, profunt
enim patri naturali; quia causâ & ratio
privilegii in hoc militat, nimirum mul-
tiplicatio hominum & repletio civitatis,
Perez Inst. hic.

Q. III. An tantum illi profunt, qui in 6
primo gradu existunt? R. etiam in ul-
teriori gradu constitutos, v. g. nepotes ex
filio prodesse; ex filio, intellige, jam de-
functo: nam si pater adhuc superstes est,
liberi ipsi, utpote patri suo profunt,
non item avo: quia duobus simul pro-
desse non possunt. Quotquot autem
fuerint

fuert nepotes ex uno filio, omnes pro uno tantum reputantur, & in locum patris sui ingressi vicem ejus repræsentant. *Harp. hic n. 5.*

Dixi notanter, *nepotes ex filio*; nam ex filia nepotes non profunt avo materno, cum duobus simul prodesse nequeant; profunt autem vel patri suo, vel si is jam obiit, avo paterno. *text. hic. & in l. 2. §. 7. ff. b. t. Braun. loc. cit. Manz. n. 18.*

Q. IV. *An superstites tantum, an etiam defuncti profunt?* R. Defunctos non prodesse *text. hic. & in l. 2. §. 4. ff. b. t.* Ratio: quia cessat causa privilegii quoad ipsos; ergo & privilegium: liberi enim mortui nihil amplius reipub. profunt, porroque, atque si nunquam nati fuissent, cessant, deinde etiam onera quoad patrem, qui horum cura non amplius impeditur, quò minus tutelæ vacare posset. *Manz. n. 20. & Harp. n. 9. hic.*

7 Sed quid si bellò defuncti sint? Refert num in acie, num extra aciem amissi sint? si hoc, fortè quia in castris aut hybernis mortui sunt, tunc ad excusationem non profunt *l. 18. ff. b. t.* Si illud, fortè quia in ipsa acie & conflictu ceciderunt, tunc profunt ad excusationem? ratio est in *textu*; qui enim pro repub. ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur. *Harp. n. 9. hic.*

Q. V. An idem dicendum de illis, qui extra aciem quidem; sed tamen ex vulnere in acie accepto mortui sunt? R. *Affirmativè.* Ita *Harp. num. 10. Lud. vvell. hic. num. 1. Braun. tract. de tut. b. t. num. 21.* Ratio, quia tales non minus intelliguntur cecidisse pro repub. quam illi, qui in acie perierunt; cum paria sint saltem in favorabilibus, mortuum esse & lethaliter vulneratum esse,

Et quæ in continenti sunt, in esse videntur; dissent. *Schneid. hic. n. 7.*

Q. VI. quid tandem juris *de liberis naturalibus & spuris.* Annè illi profunt ad excusationem? R. non prodesse. Ratio: ne parentes ex suo delicto præmium habere videantur *l. 2. §. 3. b. t. Manz. hic. n. 22.*

Pariter etiam ad excusationem non profunt, qui adhuc in utero existunt, *l. 2. §. 6. ff. b. t.* quia nondum natus homo non rectè fuisse dicitur. *l. 9. ff. ad leg. falcid. Manz. hic. n. 23.*

Dices, *qui in utero est, habetur pro jam nato.* *l. pen. ff. de stat. hom.* ergò si nati liberi profunt ad excusationem, etiam posthumi proderunt; cum fictio tantum operetur in casu ficto, quantum veritas in casu vero. R. dist. ant. qui in utero est habetur pro jam nato, si de ipsius commodo quaeritur, *conc. si de commodo tertii, neg.* atqui in præsentem non quaeritur de commodo ipsius posthumi sed de commodo tertii, nempe patris volentis se excusare à tutela vel cura. *Braun. loc. cit. n. 19.*

§. I T E M D. M A R C U S.

II. Causa excusans à tutela est *administratio rerum fisci.* Qui enim res fisci administrat, à tutela & cura, quamdiu administrat, excusatur.

Idem est in illis, qui administrant rem privatam Principis, *l. 41. ff. b. t.* qui præfecturam annonæ gerunt, *l. 41. §. 1.* Item exactores tributorum, *l. 10. Cod. eod.* denique omnes, quibus Princeps curam alicujus rei injunxit, donec curam gerunt, excusantur. *l. 22. §. 1. b. t.* Ratio horum omnium est ista; quia publica utilitas præferenda est privatæ, *auth. res que Cod. commun. de legat.* Ratio alia, ne occasione negotiorum publicorum avocetur ab administratione causæ

causæ publicæ *Manz. num. 1.* Hodiernis moribus referri huc possunt, *die Rentmeister, Cammermeister, Steuer-Buchhalter, Steuer-Cassier, Steuer-Einnehmer, und andere Rent-Cammer-Bediente.* Illud certum est, quòd tutelam jam coeptam, licet postea administratio rerum filci ipsi deferatur, deferere non possunt, *l. 21. ff. b. t. Braun. loc. cit. n. 28.* vide quoque *N. Oe. Gerhabschfts-Ordnung. tit. 6. §. 2. vers. Vierdens,* ubi omnes ab onere tutelæ eximuntur, qui consiliarii sunt, aut alii laborioso muneri præfecti.

§. I T E M Q U I 2.

10 III. Causa excusationis est: *absentia reipub. causa.* Ratio eadem est, quæ supra, quia publica privatis sunt anteponenda. *Manz. 1. hic.* Reipub. autem causa abesse dicuntur, v. g. *milites, eorumque duces, tribuni, &c.* Item *legati, ambasciatores, &c.* Imo & horum *comites, & ministri. l. administrantes 41. §. eorum ff. b. t.* Sicut enim securitas, vel salvus conductus concessus alicui, intelligitur quoque datus comitibus, & ejus familiæ; ita & privilegium excusationis datum legato, censetur etiam ejus ministris datum, *Schneid. n. 3.*

Dicta adèd vera sunt, ut procedant non tantum de eo, qui jam defactò absens est, sed & de eo, qui propediem absuturus & profecturus est. *l. 41. §. 2. ff. eod.* Item de eo, qui se itineri præparat, *l. 5. ff. de legat.* Ratio: quia potentia propinqua actui pro actu habetur, & paria sunt, aliquid factum esse, vel de proximo faciendum. *Manz. n. 2. hic.*

Itaque is, qui reipub. causa abest, non à suscipienda tantum, sed & à suscepta tutela excusatur; hoc tamen discrimine, ut à suscipienda tutela, si reversus fuerit, anni adhuc vacationem habeat. *text. hic. & in l. 10. §. 2. Ludovell hic.*

Kees ad Instituta.

Sed quomodò interea consultum pupillo? *R.* quòd interea ei sit dandus curator, ne sit indefensus. Ratio, quare curator non tutor, est hæc: quia absens non definit esse tutor; ergò tutorem habenti tutor dari non potest. *Manz. n. 8.*

Non adversatur *L. 3. §. 10. ff. de suscipiend. tut.* ubi dicitur, in locum tutoris reipub. causâ absentis posse alium tutorem peti; & dari posse supponitur in *L. 12. ff. de tutel.* Non inquam, hoc adversatur, *R.* enim I. per vocem tutoris *dd. ll.* intelligi curatorem, ut proinde ex errore typi aut scripturæ tutor pro curatore scriptus sit: at suboleta mihi videtur hæc solutio; idèd *R.* II. regulariter quidem in locum ejus, qui reipub. causa abest, dari curatorem; interdum verò etiam tutorem, tunc nimirum, si tutor absens, vel abfuturus id desideravit, intelligens fortè, id magis futurum pupillo, cum sint aliqui actus, qui necessariò exigunt interventum tutoris, ut est aditio hæreditatis. *l. 17. §. 1. ff. de appellat. Harp. hic n. 7.*

De jure Austriaco ita sancitum est:

Achtens sollen &c. i. e. Ochard, Ministri nostri ac legati, quamdiu negotiorum nostrorum causa aberunt, non modo non tenebuntur novam tutelam testamentariam vel dativam suscipere; verum etiam à tutela jam suscepta, ut par est rogantes, mediante sc. debita rationum redditione, erunt liberandi, & alii tutores eis sufficientur.

§. E T Q U I 3.

IV. Excusationis causa est: *Magistratus dignitas sive potestas,* cujus causæ eadem est ratio, quæ prioris, favor scilicet reipub. *Harp. hic.* Talem autem potestatem habent ii, qui sunt in Imperio Magistratus, & majorem honorem gerunt, qui quidem à suscipienda tutela se excusare possunt, susceptam tamen deferere

non possunt; ratio quia multa impediuntur ab initio, quæ postea firma sunt, & facta non tolluntur. *Schneid. h. t.*

§. ITEM PROPTER 4.

- 12 V. Excusationis causa est: *lis cum pupillo*; si enim tutor litem habeat cum pupillo, vel curator cum adulto, excusantur, modo lis sit de omnibus bonis, vel majore honorum parte, aut de hæreditate aliqua, *text. hic*. Ratio est: quia si quis litem habeat cum pupillo suo, vel adulto, necesse est, ut aut suum negotium gerens omittat pupilli causam, aut pupilli causam suscipiens omittat suam. Quod, ut est amor nostri erga nos, nemo sibi facile imperaverit. *Braun. loc. cit. n. 42.*

Hodie de jure Novel. quæstio hæc inutilis est, quia creditores & debitores pupilli, qui litem & controversiam cum ipso habent, ne volentes quidem admittuntur. *Nov. 72. c. 1. auth. Minoris Cod. qui dare tut.* Valdè enim periculosum est pupillo, vel minori, habere tutorem vel curatorem ex creditoribus vel debitoribus suis; ratio, quia, cum res eorum in sua potestate habeant, faciliè possent uti fraudibus, suppressere probationes, apochas, quibus jus suum vel prosequi, vel se defendere & agentem excludere possent. *Manz. n. 4. hic vide N. Oe. Gerhabschaffts-Ordnung. tit. 6. §. 2. vers. Sechstens.*

§. ITEM TRIA 5.

- 13 VI. Excusationis causa est: *multitudo tutelarum*; qui enim tres tutelas, curasve, vel duas tutelas & unam curam, vel duas curas, & unam tutelam, omnes diversi patrimonii, & non affectatè susceptas eodem tempore administrat, ad quartam vocatus excusatur. *text. hic & in l. §. ult. ff. h. t.* Ratio est, tum ne tutor alienis negotiis plus æquò gra-

vatus propria cogatur negligere; tum quia oneratus non est magis onerandus; tum & maximè ob favorem pupillorum, quorum imprimis interest, ne tutor obruatur multitudine tutelarum, hoc modo impediatur, ut nullam debitè possit administrare. *Braun. loc. cit. n. 23.*

Dixi I. qui tres tutelas curasve; ubi notandum, quòd sufficiat tres tutelas in una domo esse. Unam domum autem dicimus unam eandemque familiam, i. e. unum patrem familias, & qui ejus potestati subjecti sunt.

Hinc velut ex fonte fluit, si pater habeat tres tutelas, filiusfam. non vocabitur ad quartam: nam & tutela, quam gerit filiusfam. patrem onerat. *l. 7. ff. de tutel.* Et contrà si filiusfam. habeat tres tutelas, pater ejus non vocabitur ad quartam; nisi fortè tutelæ, quas filiusfam. administrat, non pertineant ad periculum patris: tunc enim numerus tutelarum, quas filiusfam. gerit, patri non prodest. *l. 5. ff. h. t.* Item si duo fratres in ejusdem patris potestate sint, & unus habeat tres tutelas, alter non vocabitur ad quartam. Denique ut multa paucis complectar, una & eadem domus, i. e. familia non potest plus, quam tribus tutelis onerari; nec refert, an tutelæ illæ penes unum sint an penes diversos; ut si pater unam gerat, filius duas, vel econtrà. *Cujac. in lib. 2. ff. h. t. Brunn. loc. cit. n. 24.*

Planè interdum neque tres tutelæ sufficiunt ad excusationem à quartà. Ut si una ex iis valde modici patrimonii sit, & inde nullius aut exigui oneris; talis enim in numerum tutelarum non cedit. *l. 155. §. 15. ff. h. t.* Ratio est: quia, ut Cujacius scribit, tres tutelæ, ex patrimonii & oneris qualitate æstimantur; & idè non tam tres tutelæ, quam potius tria onera tutelarum excusant. Idem dicitur.

dicendum, si una ex tribus tutelis jam propè finem sit, ut quia pupillus agit annum 14. vel tempus, ad quod tutor datus est, ferè elapsum est: nam neque talis tutela pro tutela cedit, consequenter nec à quarta excusationem præbet. l. 17. ff. eod.

Ratio est: quia onus, quod gerendum restat videtur exiguum ob brevitatem temporis, & quia mox finiendum habetur pro finito. *Manz. n. 7.*

Econtra interdum duæ tantùm tutelæ ad excusationem sufficiunt; si nempe una ex illis ita onerosa sit, ut duabus æquivalet.

Denique & una tutela ad excusationem potest sufficere; si nempe illa ita diffusa, molesta, & negotiosa sit, ut pro tribus cedat, l. 31. §. 4. ff. b. t. Ratio est, quia non præcisè numerus tutelarum, sed difficultas rationum conficiendarum, & reddendarum consideranda est, d. l. 31.

§. 4. in fin. Quando autem tutela talis censeri debeat, ut pro duabus aut pluribus valeat, iudicis arbitrio relinquitur, *Cujac. in d. l. 2. Bachov. & Vienn. Inst. b. t. Schneid. n. 2. bic. & n. 4. Concordat jus Austriac. loc. cit. Drittens &c. i. e. Tertio, si antea tribus rationum conficiendarum incommodo obnoxiiis tutelis, sive cognatorum sive extraneorum; vel si unâ saltè, est valdè diffusâ & negotiosâ tutela fuerit oneratus.*

Dixi II. Omnes diversi patrimonii, si enim unum patrimonium sit, licet plurimum pupillorum, una tantùm tutela est. Ratio: quia non pupillorum numerus, sed patrimoniorum diversitas plures tutelas facit. l. 3. ff. eod. quare, si tres fratres consortes sint, & vel omnibus tutor datus, vel omnibus curator, vel quibusdam tutor quibusdam curator, una tutela est, una cura est, unum onus est, Contra si tres fratres dissortes sint, tres

tutelæ, vel curæ sunt. d. l. 3. Fratres autem consortes dicimus, qui unum indivisum patrimonium habent; dissortes, qui divisum. *Braun. n. 27. Harp. n. 4. bic.*

Dixi III. Non affectate susceptas. Nam tutelæ affectatæ in numerum tutelarum non cedunt. l. 15. §. 15. ff. b. t. Affectatæ autem dicuntur, quæ studio quæsitæ vel ambitæ sunt. Ratio, cur non profint, est; quia affectatum non reputatur onerosum juxta vers.

Hoc portat leviter, quod portat quisque libenter.

Dixi IV. Eodem tempore administrat. Quia si unam jam deposuit, à noviter delatâ non excusatur; quia cessante causâ privilegii, scilicet onere administrationis, cessat privilegium. *Manz. n. 7.*

§. S E D E T 6.

VII. Causa excusationis est: *pauper-14. tas*; qui enim ita paupertate & egestate premitur, ut operi & oneri tutelæ impar sit, fortè quia vix sibi vitæ necessaria quærere valet, excusatur ab onere tutelæ. Ratio, quia oneratus non est magis onerandus; atqui pauper in eo sufficienter oneratus, & occupatus est, ut victum sibi quærat, *Manz. n. 1. bic.* Cùm autem divitiæ & paupertas, quia mera sunt accidentia, non præsumantur; idcirco, qui in paupertate se fundat, eam probare tenetur. *Harp. n. 3.* Quæ autem & quanta paupertas ad excusationem sufficiat, iudicis arbitrio determinandum relinquitur. *Harp. n. 2.*

Colligunt aliqui ex hoc subinde prodesse paupertatem. Sed ab hoc prodesse libera nos Domine. *Manz. n. 3.*

§. I T E M P R O P T E R 7.

VIII. Causa excusationis est: *adversarij valetudo, vel morbus*, dummodò talis sit, ut etiam quis propria negotia administrare

nistrare non possit; ratio, quia lex noluit aliquem obligare ad impossibilia, *l. 185. ff. de R. J.* imò & pupillo damnosum foret, si tutelæ munus valetudinario injungeretur. *l. penult. ff. h. t. Manz. hic.*

Quis autem valetudinarius dicendus sit, arbitrio judicis relinquitur. Illud certum est, huc pertinere *tabescentes, epilepticos, paralyticos, hydropicos, febricitantes, podagricos, &c. Braun. loc. cit. num. 35.*

§. SIMILITER 8.

16 IX. Causa excusans est: *Imperitia litterarum.* Qui enim rudis esse litterarum, ita, ut neque scribere, neque legere possit, & simul etiam negotiorum expers, ut rem domesticam non possit debite curare, excusatur tutela, & cura, *text. hic.* ergo sola imperitia litterarum non excusat, cum possit tutor in conferendis rationibus vicariâ operâ uti; sed imperitia litterarum conjuncta cum imperitia œconomica, vel cum stupiditate quadam excludente sagacitatem & prudentiam rei familiaris: qualis non raro reperitur in rusticis, & litterarum penitus ignavis. *Schneid. & Manz. hic.*

Planè si tutela valdè diffusa & negotiosa foret, puto omninò audiendam esse excusationem ejus, qui objicit imperitiam litterarum. Nam esto hic fortè ad alia gerenda idoneus sit, ut tamen omnia credat memoriæ, ab eo exigi non oportet: neque satis tutum, confectionem rationum per omnia alterius fidei committere. *Braun. tract. de tutel. h. t. num. 37.*

§. ITEM SI 9.

X. Excusationis causa est: *injuria, vexatio, & malevolentia ipsius testatoris.* Nam si quis propter inimicitias à patre

testamentò tutor datus est, fortè quia pater scivit, se magnum æs alienum & implicata negotia relicturum esse, & idèò tutorem scripsit, ut eum supponat magnis laboribus, molestiis, & periculis; hoc inquam, in casu excusatur tutor: ratio, quia tutelæ datio non debet procedere ex proposito nocendi tutori, sed ex benevolentia & amore utilitatis pupillaris. Aliud dicendum, si testator bonâ mente dederit tutorem, cui antea infensus fuit; nam hòc ipsò intelligitur posuisse iratum animum, & offensæ gratiam fecisse tutori. *Braun. n. 43.*

ADVERS. SICUT PER.

In hoc v. obiter & incidenter ab *Imperatore* generalis quædam omnium ferè causarum, quæ excusationem præstant, limitatio adducitur, nempe hæc; licèt quis alias habeat justam excusationis causam, nihilominùs si patri pupillorum promiserit, fortè in agonia, se fore tutorem liberorum, excusari ab hac tutela non possit, *text. hic. & in l. 5. §. 1. ff. h. t.* Ratio est, quia omne promissum cadit in debitum. Ratio alia, quia cuilibet permissum est favori pro se introducto renuntiare, *l. pen. Cod. de pact.* atqui per istam promissionem censetur tutor excusationibus suis renuntiâsse; ergo nisi nova excusatio supervenerit, administrationem suscipere debbit. *Manz. n. 6. hic.*

§. NON ESSE IO.

Qui se ignotum patri vel matri pupilli dicit, eapropter excusandus non est: ratio est, quia licèt aliquis sit ignotus de facie, potest tamen notus esse de fama, vel aliquâ virtute fortassis cognitus. *Manz. n. 3.*

§. INIMICITIÆ II.

XI. Excusationis causa sunt *inimicitie*

tie; qui enim inimicitias cum patre pupilli vel adulti exercuit, si capitales fuerint, nec reconciliatio intervenerit, à tutela vel cura excusatur. *text. hic.* Ratio: quia iratus nocere cupiet, vel læsus ulcisci se volet. Plerumque enim accidit, ut inimicitias sequatur nocendi voluntas. *Perez. Inst. hic.*

Dixi. I. *Cum patre pupilli vel adulti.* Idem est, si tutor ipsi pupillo, vel curator ipsi adulto inimicus sit. *l. 3. §. 12. ff. de suscept. tut.*

Dixi. II. *Si Capitales fuerint.* Non capitales non excusant. Capitales inimicitias dicimus, quæ vitam, libertatem vel existimationem petunt. *arg. l. 103. ff. de V. T.* vel potius quas iudex pro conditione personarum, & qualitate facti tales esse judicaverit. *Schneid. hic. n. 8.*

Dixi. III. *Nec reconciliatio intervenit:* solet autem intervenire dupliciter, *apertè & tacitè.* Apertè, ut si qui fuerint inimici mutuâ familiaritate redeant in gratiam. Tacitè ut si pater eum, cui hæcenus justè insensus fuit, testamentò tutorem scribat; nam si bona mente fecit, intelligitur hoc ipso injuriam remisisse. *d. l. 6. §. 17. ff. h. t. Braun. n. 45.*

§. ITEM IS 12.

18 XII. Excusationis causa est: *controversia status*, h. e. lis & questio super eo, an quis sit servus, vel liber, ingenuus vel libertus? Nam si pater pupilli movisset alicui quæstionem status, asserendo eum esse servum vel libertum, talis postea tutor datus se excusare possit. Ratio: quia ex tali controversia oriri solet gravis inimicitia, & animorum exacerbatio. Ratio ulterior: quia metuitur fore, ut injuriam à patre sibi factam in pupillo ulciscatur. *Manz. n. 2.*

Cæterum si quis calumniosè moveret quæstionem status pupillo, ut tutelæ

munus evitaret, nequaquam excusaretur. *l. 6. §. amplius ff. h. t.* Sicuti in simili, si quis volenti contra se testimonium ferre, impingeret alapam, ut eum tanquam inimicum à testimonii dictione repelleret, non juvaretur. *Harp. hic.*

§. ITEM MAJOR 13.

XIII. Excusationis causa est: *Ætas 19 senilis.* Qui enim major est LXX. annis ad tutelam, curamve vocatus, se potest excusare. Ratio est, partim honos & reverentia debita senectuti, quam convenit post emensos tot annos degere in quiete: partim quia tantæ ætatis homines incipiunt iterum puerascere, ut vix suis rebus commodè præesse possint. Partim etiam, quia, ut diximus, morbus à tutela excusat; ergo & senectus. Nam ut Aristoteles ait: *Morbus est senectus ascititia. Senectus autem est morbus naturalis.* *Braun. n. 13. loc. cit.*

Requiritur autem, ut is, qui ob majorem ætatem se vult excusare, LXX. annum compleverit. Nam in immunitatibus sive privilegiis, & excusationibus annus cœptus pro completo non habetur. *l. 3. ff. de jure immunitat.* aded ut is, qui agit supremum diem anni LXX. eò die ad tutelam vocatus non excusetur, cum major septuagenariò esse debeat. *Harp. n. 3.*

Obj. l. 3. Cod. qui ætate vel professione se excusant, ubi dicitur, *manifesti juris est, majores quinquaginta quinque annis invitos ad munera personalia vocari non posse.* Ergo etiam qui major est LV. annis, non potest invitus vocari ad tutelam, cum & hæc munus personale sit; ergo ad excusationem à tutela non requiruntur septuaginta anni completi.

¶ I. in *d. l. 3.* pro LV. legendum esse septuaginta; confirmatur hoc ex verbis statim subsequenibus: *Cum itaque septuagenario*

tuagenario majorem te esse profitearis, tueri te potes jure concessio. Harp. hic n. 3.

R. L. oppositam loqui de muneribus merè personalibus, quæ potissimum operâ & labore corporis expediuntur. Braun. n. 14. loc. cit. b. t. Manz. n. 5.

ADVERS. MINORES.

Olim & ille, qui minor erat XXV. annis, excusabatur à tutela legitima. Sed Justiniani constitutione prohibetur ad tutelam curamve aspirare adeò, ut nec opus sit excusatione §. 13. hic. ubi ratio additur: cum sit incivile eos qui alienò auxiliò in rebus suis administrandis egere noscuntur, & ab aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire. Ratio alia est: quia inutile est pupillo, ejusmodi habere tutorem, qui restitui possit interdum etiam contra pupillum. Hoc interim verum manet, quod supra §. 2. qui testam. tut. dar. post. dictum fuit, minorem in testamento tutorem dari posse; ita tamen ut usque ad ætatem legitimam administrationem non possit suscipere. Manz. n. 10.

ITEM ET IN MILITE 14.

20 XIV. Excusationis causa est: Militia. Nam & milites, sicuti minores, licèt volentes, ad tutelæ onus non admittuntur; idque adeò, ne à signis & castris avocentur, atque ita res publica detrimentum sentiat. Veterani verò, qui scilicet honeste missi sunt, & sacramento soluti, perpetuò excusantur à tutela paganorum, non verò à tutela una filiorum conveterani. Adversus commilitonum filios vacationem saltem per annum habent, & non diutius, l. 8. ff. b. t. ignominiosè missi perinde habentur, ac si nunquam milites fuissent, non ergò excusantur, licèt ab oneribus excludantur. Perez hic.

An idem de militibus cœlestis militiæ dicendum sit, vide Manz. hic. n. 7. De jure Austriac. ita se habet: Die Kriegs-Leuth, &c. i. e. Milites pariter, qui actu militaria servitia nobis præstant, a tutela excusari volumus. d. loc. §. 2.

§. ITEM ROMÆ 15.

XV. Excusationis causa est: professura²¹ artium liberalium. Etenim Romæ Grammatici, Rhetores, & Medici, & qui in patria sua has artes exercent, & intra numerum sunt, à tutela, & cura habent excusationem. l. 6. ff. b. t. Ratio, quia publicè juvenibus profunt, & reipub. interest habere viros doctos, per quorum scientiam totus illuminetur mundus, auth. habita, Cod. ne filius pro patre. nemo & abstrahendus est ab opere, à quo dependet reipub. utilitas. Manz. n. 2.

Ut autem professores hac immunitate gaudeant, III. conditiones requiruntur.

I. Est ut illas artes exercent, ac officio suo sedulò fungantur. text. hic. in verbo, exercent; neque circa operationem suam negligenter se habeant. Unde aliqui inferunt, quòd scholaris sive studiosus non gaudeat privilegiis scholarium, licèt sit inscriptus matricula, sive albo studiosorum, nisi lectiones frequenter & diligenter studeat. Schneid. n. 6. hic. Harp. n. 19. ubi prolixè hanc quæstionem discutit.

II. Condicio est, ut Romæ doceat, vel in sua patria, text. hic & in l. 6. §. 11. ff. b. t. Patria autem duplex est: propria sive originalis ubi quis natus est; & communis, veluti Roma, quæ dicitur omnium civium Romanorum patria. l. eos, qui 9. de vacat. & excusat. mun.

III. Condicio est: ut sint intra numerum. l. 6. §. 4. ff. b. t. quia supernumerarii non gaudent privilegiis numerariorum. Numerus autem pro diversitate

tate civitatum hic erat: Minores civitates habebant quinque medicos immunes, tres Rhetores, & totidem grammaticos; Majores, septem medicos, Rhetores quatuor, & tot grammaticos; Maximæ decem Medicos, quinque Rhetores, & totidem Grammaticos. *Braun. n. 41.*

Q. VII. *An Legum Doctores & Advocati etiam immunitate hac gaudeant?* R. *negative*; quia aptiores & rerum magis expertes sunt, ac proinde ad tutelam magis idonei: nam ipsorum prudentia pupillis utilissima est. *Manz. §. 14. n. 11. b. t.* Quod si legum Doctores aut Romæ doceant, *l. 6. §. 12. b. t.* vel in consilium principis assumpti sint, excusantur. *l. 3. ff. b. t. Manz. n. 1. & Schamb. hic.*

§. QUI AUTEM 16.

Q. Quid si aliquis proposuerit, & allegaverit unam excusationem, vel plures, & in illis probandis defecerit, an adhuc illis uti possit? R. *Imperator omnino posse*; ratio est, quia excusationes sunt quædam quasi exceptiones, *nemo autem pluribus exceptionibus uti prohibetur. l. nemo 8. ff. de except. l. 43. ff. de R. J.* Modò tamen intra tempora constituta proponantur; quia sunt paria, non fieri, aut post tempus constitutum fieri. *Manz. n. 1. & 2.*

AD VERS. QUI AUTEM.

22 Q. In hoc Ψ . quomodo excusatio proponenda: an per viam appellationis, ita, ut aliquis intra decem dies ad Superiorem appellare debeat?

Dixeris quòd sic: ratio, quia, si alicui per decretum aliquod munus imponatur, per quod se gravatum putat, ille debet statim ab ipso decreto appellare. *l. 1. ff. §. 1 de vacat. muner. ita ut si appellationis auxiliò non utatur, consensu suo nominationem confirmet. l. 7.*

Cod. de appell. ergò idem erit si per decretum alicui tutela imponitur.

Verùm hoc non obstante, R. *Imperator, quòd tutores dati à Decreto nominationis non appellent, text. hic & l. 1. §. 1. ff. quando appell.*

Quòd si tamen velint appellare puto prohiberi non posse. *l. 13. ff. & l. 18. Cod. b. t.* ubi dicitur *non habent necesse appellare.* Ex quo inferitur: ergò possunt appellare, si velint. *Manz. n. 6. Harp. num. 4.*

Ad rationem dubitandi conc. *antec. neg. conseq.* Ratio *differentie* est, quia tutela non est jurisdictionis, sed specialis concessionis. Non mirum ergò, quòd appellatio in cæteris muneribus locum habeat; quia illa munera à Præsidibus vel Decurionibus Jurisdictionem habentibus imponuntur: vide de his subtilitatibus antiquis *Manz. n. 5. & Schamb. hic.* ergo circa hujus §. fusioem explanationem me detinere non volui; cum nulla exinde utilitas sperari possit.

§. DATUS 17.

Quid si pupillus habeat bona in diversis locis diffusa, & ei tutor à testatore simpliciter datus sit, quæ bona debet administrare? R. *Universa.* Ratio, quia tutor simpliciter datus ad universum patrimonium datus esse creditur. *text. hic.* Ratio rationis, quia tutor principaliter datur personæ, quæ individua est; ideò & ipsa tutela individua censetur. *Manz. hic.*

§. QUI TUTELAM 18.

Si quis tutor alicujus fuerit, is curatur ejusdem invitus fieri non compellitur, tametsi id ipsum pater in testamento expressisset, ut non tantum tutor, sed Curator esset; ratio communiter datur, quia unà gratia sibi præstita contentus

tentus esse debet. Excipitur libertus sponte à defuncto manumissus, propter immensum eidem collatum libertatis beneficium. *l. 5. Cod. h. t. De praxi & consuetudine locorum idem est curator, qui fuit tutor; quod expedire videtur, quia jam antè notitiam rerum gerendarum habet, quam alter primò acquirere deberet. Possunt tamen tutores, hac consuetudine non obstante, finitâ pubertate, tutelæ rationibus redditis, administrationem deponere, & adulto curatorem dari petere; prout in Camera Spirenfi sæpè factum testatur Gail. lib. 3. observ. 67. n. 7.*

§. I D E M 19.

XVI. Excusationis causa est *matrimonium*. Maritus enim à patre uxoris suæ in testamento aut Magistratu errore juris, vel facti curator datus, à curatione se excusare potest. *text. hic.*

Dixi *errore juris vel facti*: quia de jure maritus uxori non potest dari tutor. *l. 2. Cod. qui dari tut. poss.* Ut proinde improprie se excusare dicatur, quia etsi velit curator uxoris suæ esse, non potest. Ratio à D. D. hæc assignatur; ne uxor propter nimiam affectionem jacturam bonorum suorum patiat: quia si maritus curam uxoris gereret, tunc illa per amorem, aut per metum ipsi remissionem faceret reddendarum rationum, quod si non faceret, tunc mutuus ille amor & conjugalis affectus facile exspiraret. *Manz. n. 4.*

Dicta autem procedunt *in bonis duntaxat receptitiis*. Pro hujus pleniori intellectu sciendum, quod uxor triplicia bona habere dicatur: *Bona dotalia*, quæ locò dotis marito affert: *Paraphernalia*, quæ ultra dotem ei affert, nimirum *hereditaria & adventitia*, quæ ipsi ex

successione cognatorum vel aliunde ex prospera fortuna advenerunt: denique *bona receptitia*, quæ uxor ad usum & dispositionem suam reservavit, nec mariti esse voluit. Et de his ultimis decisio nostri §. fortitur locum, non verò de prioribus: ratio, quia maritus bonorum dotalium quodammodo dominus est, *L. pen. Cod. de jure dot.* Bonorum autem paraphernalium legitimus administrator est. *arg. L. fin. Cod. de pact. convent.* ut ita frustra in his bonis de curatore prospiciatur. *Manz. n. 8. 9. & 10.*

Dices: Maritus potest esse procurator in omnibus receptitiis uxoris, *l. 21. Cod. de Procurat. ergò etiam curator. Re. neg.* paritatem: quia procurator ex merito & libero arbitrio domini revocari potest; curator verò à minorenni revocari, aut amoveri non potest. *Manz. n. 16. Schamb. hic & Harp. & n. 9.*

Hæc procedunt de jure communi; de consuetudine enim nostræ Germaniæ, uxores sunt in potestate vel saltem curâ suorum maritorum, qui nostro idiomate *die Ehe-Vogt* vocantur, & plerumque in judicio agunt nomine uxoriò vel curatorio. *Manz. n. 17.*

§. FINALIS.

Si quis per falsò allegatas causas excusationem à tutela prætentat, is audiendus non est, & si intra hoc tempus pupillo, vel rebus ejus damnnum aliquod illatum fuerit, de resarciendo tenetur: *Schneid & Schamb. hic.* Ratio est, tum quia decreta, aut sententiæ ex falsis instrumentis, attestationibus & allegationibus latæ ipso jure rescinduntur, *Harp. n. 3.* tum quia dolus suus nemini debet patrocinari, & nemo debet ex delicto suo præmium reportare. *Manz. n. 4.*

T I T U L U S X X V I.

DE SUSPECTIS TUTORIBUS VEL
CURATORIBUS.

S U M M A R I A.

- 1 Accusatio suspecti alia est civilis.
- 2 Alia criminalis.
- 3 Competit jure ordinario.
- 4 Quilibet tutor, ut suspectus, postulari potest.
- 5 Accusare tutorem ut suspectum quis possit?
- 6 An mulieres?
- 7 An impuberes?
- 8 Quis dicatur suspectus.
- 9 Tutor remotus ob dolum fit infamis.
- 10 Dolus quid sit?
- 11 Alius bonus.
- 12 Alius malus.
- 13 Culpa in genere definitur.
- 14 Dividitur in latam, levem & levissimam.
- 15 Culpa lata quid sit?
- 16 Quid levis?
- 17 Quid levissima?
- 18 Casus fortuitus describitur.
- 19 Quam culpam prestat tutor?
- 20 Que sint cause suspicionis?
- 21 Infamia quid sit?
- 22 Alia juris, alia facti.
- 23 Quis cujuslibet effectus?
- 24 An tutor ob latam culpam remotus fiat infamis?
- 25 An lite pendente tutor relinquatur in administratione?
- 26 Quomodo finiatur cognitio suspecti.
- 27 Pauper an ut suspectus tutor removens sit?

T R A N S I T I O.

Superiori tit. dictum est, quomodo tutores & curatores se à tutela & curatela excusare possint, si velint: jam verò, cum nonnunquam etiam inveniuntur removeantur, si nimirum suspecti fiant, fortè quia non ex fide administrant tutelam, ideò Imperator explicat, quanam removeantur ut suspecti.

Dices: quid prodest pupillo, quod tutor vel curator removeatur ut suspectus? nunquid eidem sufficienter actione tutelæ prospectum est? R. Propterea removeari posse tutores, si suspecti fiant; quia melius est, jura intacta servari ab initio, quam post vulneratam causam remedium quaerere. *L. ult. Cod. in quib. caus. integ. restit. Harp. n. 3.*

A D P R I N C I P.

Q. hic: Unde descendat suspecti crimen. R. illud descendere ex *L. XII. tab.* cum enim omnia alia quæ ad materiam tutelarum pertinent, ex ista lege dimanent; ergò etiam conveniens erat, ut ex eadem lege suspecti crimen vindicaretur. *Manz. n. 3. hic.*

Suspecti autem accusatio duplex est, **1** alia civilis, alia criminalis. Civilis est quando civiliter agitur, & petitur, ut tutor vel curator declaretur suspectus, atque ab administratione removeatur, rationem tutelæ reddat, ac reliqua restituat. Criminalis est, quando tutor vel **2** curator accusatur. *Chlingensf. h. t. I. Schneid. n. 4. Schamb. hic.*

§. DATUM. I.

Quemadmodum tutoris datio nec jurisdictionis, nec imperii, sed specialis tantummodo concessionis est, l. 6. §. 2. ff. de tutelis: Ita & facultas de suspecti tutoris crimine cognoscendi specialis concessionis est. Hinc Romæ Prætor, in Provinciis Præsides de suspectis tutoribus cognoscere possunt. *text. hic.*

- 3 Hodie de jure novo, quò inspectò datio tutoris est jurisdictionis ordinariæ, quilibet Magistratus de suspectis cognoscit; nihil enim tam naturale est, quàm unumquodque eò modo dissolvi, quò colligatur. *Harp. num. 3. Clariff. D. D. Franz. n. 14. in fine. Zoëf. ff. h. t. Schneid. num. 1.*

§. OSTENDIMUS. 3.

- 4 Traditur hic regula, quòd omnes indistinctè tutores tanquam suspecti postulari possint, & quidem imprimis testamentarius. *text. hic. §. l. 1. §. 5. ff. h. t. junctà. l. 4. Cod. eod.*

Non obstat, quòd fides & industria à testatore approbata sit. *princip. Inst. de satisfat.* quid enim tum? numquid fieri potest, ut qui primùm bonæ vitæ vel frugi videbatur postea malè conversari incipiat? nunquid fieri potest, ut morum improbitas antea palliata tandem detersa caligine in lucem fumeret? nunquid fieri potest, ut qui prius bonus, justus, parcus, & pupillo utilis fuit, deinde malus, iniquus, prodigus, pupillo noxius reddatur? tutius proinde est, & pupillo utilius, ut neque testamentario tutori accusatione suspecti pareatur. *Clariff. D. D. Franz. n. 10. Schneid. n. 2. Harp. n. 1. ibi.*

Deinde tanquam suspectus accusari potest tutor legitimus qui necessitudine vel affinitate pupillo conjungitur. Interim

verò cum suspecti postulatio quandoque infamiam irroget, §. 6. *Inst. h. t. l. 4. §. 1. ff. eod.*; Infamia autem uni ex familia illata, totam familiam perstringat, & sic in ipsum pupillum ejusmodi suspecti accusatio redundaret; Idcò cavendum est, ut postulatio suspecti moderatis verbis proponatur, mentio doli omittatur; aut potius pupillo curator adjungatur. *arg. l. 11. §. 1. ff. de dolo malo §. l. 5. §. 1. ff. de obsequiis parent. §. patron. praesand. Clariff. D. D. Franz. n. 10. Manz. n. 7. hic. Braum. tract. de tut. ad lib. 26. tit. 10. n. 16. Bruem. in l. 9. ff. h. tit. n. 2.*

De Attiliano tutore, maximè sine inquisitione dato, quin tanquam suspectus accusari, & removeri possit, nullus est, qui ambigat. *text. §. D. D. hic.*

§. CONSEQUENS. 3.

Q. Hic, quinam possint tutores vel curatores tanquam suspectos accusare: & R. accusationem quasi publicam esse, adeoque ad illam quemlibet de populo admitti, haud aliter ac in cæteris judiciis publicis. *text. hic. §. l. 1. §. 6. ff. h. t.*

AD V. QUINIMO.

Quamvis regulariter mulieribus, non nisi certis ex causis, permissum sit publicò judiciò quemquam facere reum, l. 1. §. 2. l. 8. ff. de accusat: singulari tamen pupillorum favore ad accusationem tutoris tanquam suspecti, Mater, Avia, soror & nutrix admittuntur. *text. hic. Harp. n. 5.*

Sed quid de cæteris mulieribus, quæ nullo vinculo necessitudinis pupillo junctæ sunt; admittentur ne & illæ ad accusationem suspecti? R. Imperator, si solà pietate in pupillum & injurià, quam eidem inferri cernunt, commotæ, ad accusandum profiliant, & sexus verecundiam non egrediantur, & omnino illas admit-

admittendas esse. *text. hic. §. l. 1. §. h. t.* Ratio non est alia, quam merus pupillorum favor. *Manz. n. 9. Mysing. in fin. §. Vinn. hic.*

§. IMPUBERES. 4.

7 Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare: *text. hic.* Ratio est: quia in postulandis tutoribus tanquam suspectis certo & maturo animi iudicio opus, ad perpendendum, an tutor quidem segniter aut fraudulenter gerat: tali autem iudicio impuberes carere, quis est, qui nescit, quod jugum ut excuterent, quæque fingerent, & causas suspicionis evitent; sunt enim impuberes ad metiendum faciles. *l. ff. de quæst. Vin. loc. cit.*

AD VERS. PUBERES.

Cæterum puberes curatores suos ut suspectos postulare possunt, non tamen per se soli, sed ex consilio necessario suorum; quod consilium idem requiritur, ne alias ætatis lubrico ducti temerè notent curatores. *Manz. n. 12.* Si necessarii consentire renuant, poterit implorare officium iudicis, ut hic ex officio inquireat. *l. 3. §. 1. ff. h. t.*

De jure Austriaco non pupilli duntaxat agnatis & cognatis, sed & contutoribus, nec non Magistratibus rigorosè impositum est, ut de administratione tutorum sedulam & sollicitam curam gerant. *N. Oe. Geyhalschaffs Ordnung tit. II. §. 2. und obwohnen &c. i. e. Et quantum cognatis & contutoribus impositum sit ut ei rei sollicitè invigilent, quò iudici denunciare queant; jubemus tamen iudices singulos administrationis Tutorum curam sollicitam ex officio gerere.*

§. SUSPECTUS. 5.

8 Suspectus ille dicitur, qui non ex fide tutelam vel curam gerit, h. e. qui

malè grassatur, vel fraudulenter in rebus pupilli, vel minoris versatur, bona dissipando, profundendo, aut in proprios usus res pupillares convertendo.

Quid si tutor tanquam suspectus accusatus regerat, se solvendo esse & finitâ tutelâ de malè gestis rationem reddere velle? Nihilominus tamen removendus erit; melius enim est pupillorum jura intacta servare, quam post vulneratam causam remedium quaerere. *text. hic.*

Quid si quis dicitur suspectus, priusquam tutelam gerere incipiat? Erit & talis ut quasi suspectus removendus. *text. hic. §. l. 3. §. fin. ff. h. t.* Dico quasi suspectus, proprie enim removeri non potest quia tutor non fuit, *Scham. §. Manz. hic.*

§. SUSPECTUS 6.

Effectus accusationis suspecti est remotio tutoris, quæ si fiat ob dolum administratione admissum, infamiam irrogat. Si verò tutor ob culpam solummodo removeatur ut suspectus, exiltimationem illæsam servat. *text. hic. §. l. 3. §. ult. ff. h. t.*

Illud tamen ad irrogandum tutori infamiam requiritur, ut iudex causam remotionis, intellige, dolum in decreto disertè expresserit. *l. 4. §. 1. ff. h. t.* Et in hunc fortè modum pronuntiaverit: *Weilen &c. i. e. Quoniam satis appareat Sempronium dolosè, in detrimentum pupilli, lucrique faciendi causâ, tutelam gessisse &c.* Sin iudex expressam doli mentionem in decreto non fecit, tutor remotus infamiam non redditur, fortè quia taliter pronuntiavit; &c. *Weil genugsam &c. i. e. Quoniam sufficienter probatum sit reum pupillo daninosum esse, nec administrationi idoneum &c. Brunnem. in d. l. 2. §. 1. §. 2.*

Porro cum occasione hujus §. vehementer

menter inter se colliduntur AA. atque expeditum non sit, de qua culpa illa verba, *ob culpam non aequè*, intelligenda sint. Ideo priusquam in hac obstante difficultate nostram mentem aperiamus, duxi, non abs re fore, si seqq. IV. discutiantur quaestiones.

I. Est, quid & quotuplex sit dolus & culpa? II. quam culpam praestet tutor? III. quæ sint causæ suspicionis & remotionis? IV. quid & quotuplex sit infamia? Itaque

IO Q. I. quid & quotuplex sit dolus & culpa? R. quod dolus in genere à variis variè difiniatur, placet, quod sit iuvandi nocendique causâ simulatio, *Bargal. de dolo & culpa lib. 1. cap. 1. Harp. Inst. §. 2. de obligat. n. 66.*

II Alius est bonus alius est malus. Dolus bonus est solertia & quædam astutia, quæ aliquid machinamur in hostem, aut latroem. *Can. Dominus caus. 23. q. 2.* si ve quæ fraudem alias nobis nocituram excludimus. *l. 1. §. 2. & 3. ff. de dolo malo. Schamb. Inst. hic.* Exempla doli boni plurima recenset *Bargal. loc. cit. cap. 2. n. 6. & seqq.* Mihi illud præ cæteris placet, quod scriptum legimus de B. Athanasio, qui cum à Juliani Apostatæ fatellitibus conquireretur ad necem, naviculam in contrariam fluminis partem convertit & insequentibus se, sponte, & ex industria occurrit, cumque interrogaretur, nunquid de Athanasio sciret? in responsum dedit, se haud procul hinc illum navi euntem vidisse, atque ita illos contrarium cursum tenentes sagaciter effugit, ac ita bono dolo imminuentem sibi mortem excludit. Hoc etiam sensu intelligendus est Pomponius in *l. 16. §. penult. ff. de minor.* ubi ait, naturaliter licere contrahentibus se circumvenire ratione pretii & valoris, i. e. licere ex astutia & solertia suam conditionem meliorem fa-

cere, sine omni tamen malitia *Perez. in Cod. de dolo malo. n. 2.*

Dolus malus est omnis caliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita, *l. 1. §. 2. de dolo malo, Perez. loc. cit. n. 1. Manz. Inst. quib. mod. recontrah. oblig. §. 2. n. 2. Schamb. Inst. hic. Harp. Inst. §. 2. de obligat. n. 27.* Exemplum doli mali est, si tutor instigaret aliquem, ut rem pupillarem, apertâ huic in finem cistâ, surriperet, venderetque, & pretium exinde redactum secum participaret. Alia exempla doli mali enumerat *Bargal. loc. cit. lib. 2. cap. 3. n. 8.*

Culpa in genere definitur, quod sit imprudentia, quæ homines circa res alienas vel omittunt quod debent facere, vel faciunt, quod debent omittere. *Harp. loc. cit. n. 74. Clariff. D. P. König. ad decret. de pact. n. 55. Paulò aliter Clariff. D. D. Franz. Inst. quib. mod. recontrah. oblig. part. 2. §. 9. n. 15. Manz. loc. cit. n. 4. Solide Schamb. hic.*

Dicitur I. *imprudentia*, ut differat à dolo, qui à sciente & prudente, non ab improvido & inscio committitur, *l. 1. §. 2. ff. de dolo malo.*

Dicitur II. *circa res alienas*; in res enim proprias culpa propriè non cadit, *l. 18. §. 1. ff. solut. matr.*

Dicitur III. *vel omittunt, quod debent facere, vel faciunt, quod debent omittere*; quoniam culpa dupliciter fit, puta, committendo & omittendo. Illa tamen quæ in committendo consistit, major est, quàm quæ in omittendo, *arg. l. 91. §. 3. ff. de V. O. Bargal. tract. de dolo & culpa lib. 5. cap. n. 14.*

Dividitur culpa (quidquid alii contrahant dicant) in latam, levem, & levissimam. Ita *Clariff. D. D. Franz. loc. cit. n. 16. D. P. König. loc. cit. n. Manz. loc. cit. n. 6. Schneid. Inst. quib. mod. recontr. oblig. §. 1.*

n. 37. *Harp. loc. cit. n. 78. Bargall. loc. cit. n. 37.*

15 *Culpa lata* haud inconcinne describitur quod sit crassa ignavia, magna incuria lupina, inexcusabilis, & extremè reprehensibilis negligentia, cum videlicet quis non intelligit, quod omnes intelligunt, illud nescit, quod omnes scire debent, illud non facit, quod omnes facerent, vel omittit, quod nullus omitteret, l. 223. ff. de V. S. *Manz. hoc. tit. n. 6.* Exempla culpæ latæ sunt, v. g. si quis noctu ostia ædium, vel fenestras relinqueret apertas, & crederet, neminem intraturum. Item si quis ignorare se contenderet, quod publicè vulgatum. Item si quis equum conductum totâ die fatigaret ac impelleret, & noctu locò pabuli aquam & stramen porrigeret: vel si quis totò annò semel, aut numquam curaret caminum purgari.

Hæc culpa in jure dicitur dolo proxima, & dolo frequenter comparatur, l. 1. §. 1. ff. si mensor fals. mod. dixer. §. l. 32. depositi.

16 *Culpa levis* est non adhibere tantam curam, diligentiam, & custodiam, quantam adhibet diligens paterfam. in rebus propriis secundum communem hominum naturam. *Schneid. loc. cit. n. 39. Manz. n. 7.* Exempla hujus varia occurrunt, v. g. si tutor dimittit rem pupillarem in cubiculo, cistâ non occlusâ, vel clave non exemptâ. Item si quis non clausit altiores fenestras, per quas fures ad motis scalis intrare possunt. Item si quis adhibeat operarios inertes. Item si quis nescit qualitatem rei suæ, *Bargall. cit. lib. 5. cap. 3. n. 14. & 15. Clariff. D. P. Konig. de pact. n. 57.* Circa hanc culpam regula obtinet; quod toties illa intelligatur, quoties simpliciter in legibus sit mentio culpæ, §. *Inst. quib. mod. re contrab. oblig. l. §. 2. ff. commodati, Harp. Inst. de obli-*

g. l. §. 2. n. 83. Clariff. D. D. Franz. Inst. de susp. tut. n. 21. Bargal. loc. cit. n. 18.

Culpa levissima est, non adhibere tantam diligentiam in rebus alienis, quantum adhibet diligentissimus paterfam. in rebus suis, v. g. si depositarius vel tutor dimittit rem depositam vel pupillarem in cubiculo, occluditque diligenter januam, sed abiens non revolvit clavem, & tentat, clausa rectè sit janua, nec ne? *Schneid. §. quib. mod. re contrab. oblig. n. 4.* vel si quis fenestras versùs publicum remotiores à locis, in quibus dormit familia, non munivit clathris, aut ferreis perticis. *Clariff. P. Konig loc. cit. n. 56.*

Casus fortuitus est *inopinatus eventus*, 18 qui nullâ humanâ industriâ aut providentiâ caveri aut averti potest. l. 2. §. 7. de administr. rer. ad civit. pert. Exempla casus fortuiti in jure nostro permulta reperies, ut naufragia, inundationes, terræ motus, incendia ex fulmine orta, ruinas ædium, insultus hostium, prædonum impetus &c. l. 23. de R. J. quibus adnumera furtum domesticum: arg. l. 14. §. 6. ff. de furt. *Schneid. ad princip. quib. mod. de re contrab. oblig. 34. Harp. Inst. de oblig. §. 2. n. 85.*

Absolvimus primam quaestionem: Nunc

Q. II. quam culpam præset tutor, sive 19 (ut luculentior tibi loquendo siam) ex qua culpa teneatur tutor datum pupillo damnum resarcire? R. tutorem regulariter teneri de lata & levi culpa, ita *Clariff. D. D. Franz. Inst. de satisfdat. Tutor. n. 10. Himm. ad Treutl. vol. 2. disp. 9. thes. 5. Carpzov. hb. 5. Resp. 73. n. 1.*

Probatur (ut plura loco sileam) per rotundum text. l. 7. *Cod. arbitrium tutelæ*, his verbis: *Quidquid tutoris dolo vel lata culpa, levi seu curatoris minores amiserint vel cum possent, non acquisierint, hoc in tutela*

tutela seu negotiorum gestorum utile iudicium venire non est incerti juris.

Non obstat l. 5. §. 2. ff. commodati ubi si contractus planè non respicit utilitatem obligari, non præstatur nisi lata culpa. R. renim à communi regula hoc in passu favore pupillorum recessum esse. Franz. d. loc.

Dixi regulariter, in casu enim quo tutor spontè se administrationi obtulit, ad levissimam quoque culpam censetur obstrictus. §. 3. §. ff. de furt. & arg. l. 1. §. sepè. ff. depositi. Bargal. tract. de dolo & culpa. lib. 5. cap. 4. n. 32. ubi n. 22. ait, in officiis & muneribus publicis quale est tutela, §. 1. Inst. de Excusat. tut. quemquam non nisi ad levem culpam obligari.

20 Q. III. *Quæ sint cause suspicionis, & remotionis?* R. illas in univèrsum determinari non posse, adeoque hac in re, quàm plurimum boni iudicis arbitrio committendum esse, Schneid. tamen §. Inst. h. t. num. 6. earum VII. recenset: ubi vide.

De jure Austriaco res ita se habet. Wann man, &c. i. e. Si animadvertatur Tutorem muneribus, aliave ratione in tutelam irrepisse, nullum inventarium confecisse, pupillos male educare, in eorum bona dolosè agere, eave in lucrum sibi vertere; aut si, quando necessitas & consensus iudicis ad vendendum requiritur, citra necessitatem vel consensum vendiderit, alienaverit; si census tributove accumulari siverit: istis vel similibus de causis, poterit & debet Tutor, iudicis tamen arbitrio, removeri.

21 Q. IV. *Quid & quotuplex sit infamia?* infamia est nihil aliud, quàm diminutio famæ vel existimationis, quæ est dignitatis illæsiæ status legibus ac moribus comprobatus. l. 5. §. 1. ff. de extraord. cognit. Perez. n. 4. Cod. ex quibus caus. infam. irrog. Sebamb. §. 6. Inst. hic.

Infamia duplex est, alia juris, alia facti. Infamia facti est, quæ pudorem potius onerat, quàm ignominiam irroget, l. 20. ff. de his, qui notant. infamia: sive ut clariùs loquar, quando lex quidem aliquem non ait esse infamem, apud hominès tamen fortè propter dissolutos mores aut vitæ improbitatem non benè audit, v.g. si filius à patre in testamento graviter accusatus fuerit. l. 13. ff. eod. vel si quis à superiore vel à iudice publicè increpatus, & admittus fuerit, ut ad meliorem vitæ frugem se reformet. l. 19. ff. h. t.

Infamia juris est, quæ per legem alicui inuritur: talem infamiam incurrit, qui binas nuptias eodem tempore contrahit, l. 1. l. 13. ff. eod. Item qui in scenam aut arenam prodit, quæstus faciendi causâ d. l. 1. Item qui improbum fœnus exercet, & usuras usurarum exigit. l. 20. Cod. Ex quib. caus. infam. irrog. Denique qui dolosè tutelam gerit. text. hic. Perez. loc. cit. n. 4. Zoës. de his qui not. infam. num. 2.

Effectus alius est infamie Juris, alius facti. Illa repellit à dignitate, tam acquirendi, quàm acquisitâ lib. 2. Cod. de dignit. à munere testificandi. Zoës. numer. 15. Perez. num. 15. loc. cit. Brunnem. in d. lib. 2.

Infamia facti non quidem excludit à testimonio, sed vim testimonii vehementer minuit. l. 2. ff. de Senat. Zoës. d. l. ult. Brunnem. in d. l. 2. ff. de Senat. & l. 3. Cod. de dignit. ubi varias hominum conditiones à dignitatibus consequendis repellit, & mercaturam nobilitati vehementer ait officere. Cui suffragatur Mysf. cent. 6. obs. 54. n. 5. Ubi sub n. 9. Nobiles, inquit, qui se mercimoniis implicant, cogendos, tanquam plebeos & viles, contribuere solvendis collectis.

His in antecessum præmissis, tandem vix moræ non impatiens,

24 Q. V. An tutor remotus ob culpam latam fiat infamis?

In utramque partem præliò adeo anticipi agitata hæc est controversia, ut omninò dubitare possis, suspenso similis, cui sententiæ palma victoriæ decernenda sit.

In Negantium castris ad classica canunt. Clariff. D. D. Franz. *Inst. hic. n. 20. Harp. §. 6. hic. n. 2. Arumæ. exercit. Justin. 3. th. 33. Clariff. D. D. Obtingensp. Inst. h. t. q. 9. Braun. tract. de tutel. ad tit. de suspect. tutor. th. 27. Schneid. n. 2. Manz. hic.*

Pro qua negativa sententia argumenta stringunt validissima.

I. Desumitur ex hoc nostro §. 6. his verbis: *Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est: si ob culpam, non aequè.* En textus indistinctè & generaliter loquitur: ergò nos non oportet distinguere, præcipuè in lege pœnali, ubi semper interpretatio facienda est in mitiorem partem, *l. pen. ff. de pen. §. cap. 19. de R. J. in 6.* atqui benignior interpretatio est, si *d. §. 6.* intelligamus de culpa lata, ut sensus emergat iste: *Ob culpam latam non aequè.*

II. Taliter adornant: dictum de genere vel toto, censetur dictum de singulis speciebus & partibus, *arg. l. 68. ff. de legat. 3. l. pen. §. ult. ff. de jur. §. facti ignor. §. l. ult. Cod. de hered. vel act. vendit.* Sed Imperator generaliter & indefinitè negat, ob culpam remotum fieri infamem; ergò nulla culpa infamat remotum.

III. In hunc modum efformant: ob culpam latam nemo potest privari vitâ, *l. 7. ff. ad leg. Cornel. de Siccariis.* ergò etiam ob culpam latam nemo poterit

privari famâ; decantatum enim est, quòd vita & fama pari passu ambulent. *l. 9. ff. de munimiff. vindict. §. l. 8. §. pen. ff. quod metus causâ.*

IV. Depromunt, *ex l. 7. Cod. de suspect. tutor.* ubi in hæc verba disertè referibitur: *Suspectos tutores ex dolo, non etiam eos, que ob negligentiam remoti sunt infames fieri, manifestum est.*

V. Producent, *ex l. 3. §. fin. ff. h. t.* ubi tutor remotus ob segnitiam, rusticitatem, inertiam, simplicitatem in ea causa esse dicitur, ut integrâ existimatione à tutela abeat, quæ verba *collectivè* sumpta utique latam involvunt.

VI. Stringunt, *ex l. 7. §. 1. ff. h. t.* ubi remotus ob latam negligentiam dicitur solummodò quasi suspectus; ergò non est verè talis, consequenter non removendus.

VII. Sic effingunt: Ob quam culpam tutor non potest removeri tamquam suspectus, de illa culpa non potest intelligi noster §. 6. sed ob culpam levem tutor non potest removeri ut suspectus; ergò de culpa levi §. 6. non potest intelligi. Hòc argumentò utitur *Braun. loc. cit. n. 27. vers. probatur 2.*

Verùm his argumentis licèt valdè speciosus, in contrarium nihil relevantibus, non attentis, magis aridet sententia, quæ docet tutorem ob culpam latam remotum fieri infamem. Huic sententiæ applaudunt *Humm. ad Treutl. vol. 2. disp. 9. quest. 20. Bachov. ibid. lit. C. Zoës. ff. h. t. num. 9. Sebamb. Inst. hic. Vinn. hic.*

Pro qua stant hæc fundamenta.

Primum & præcipuum ponitur *in l. quod Nerva 32. ff. de positi.* ubi lata culpa æquiparatur dolo: imò in *226. ff. de V. S. lata culpa disertè dicitur esse dolo, §. in l. 7. §. 1. ff. h. t.* lata culpa dicitur propè fraudem esse.

Non movet, quòd in delictis lata culpa non æquiparetur dolo. *l. 7. ff. ad leg. Cornel. de Sicariis*: hic autem versetur in delictis. Enim verò id tunc demum procedit, si talia sint delicta, quæ pœnam corporalem ingerunt, *d. l. 7. secus est in delictis, quæ pœnam corporalem non ingerunt, in his enim lata culpa æquiparatur dolo. l. 1. §. 1. ff. Si mensor. fals. mod. dixerit.* ubi si mensor falsum modum renuntiat, lata culpa æquiparatur dolo; atqui mensor, falsum modum renuntians, delinquit, *tot. tit. ff. si mensor fals. mod.* Ergò in delictis, quæ pœnam sanguinis non ingerunt, lata culpa æquiparatur dolo. Accedit *l. 11. ff. de his, qui notant infam.* Ubi per ignorantiam juris ducens viduam intra tempora luctûs fit infamis: sed ignorantia juris non est dolus; ergò, &c.

II. Colligitur *l. 5. §. 2. ff. commodati, & l. 23. ff. de R. J. junctâ l. 3. §. 1. ff. Nautæ, caupones, stabularii.* Quibus locis pro regula traditur, quòd toties, quoties in jure simpliciter fit mentio culpæ, intelligatur culpa levis; atqui in nostro §. VI. fit simpliciter mentio culpæ, ergò, intelligi debet culpa levis.

Argumenta Contraria nullo labore profligantur.

I. Quidem ex paulò antè allegatâ regula prosterntur; quoties enim simpliciter fit mentio culpæ, intelligitur culpa levis. Nec movet, quòd in dubiis interpretatio fieri debeat in mitiorem partem; negatur enim suppositum, nos versari in dubiis: siquidem per textus adductos meridiana luce clariùs ostenditur, latam culpam excepto crimine pœnam corporalem ingerente, æquiparari dolo.

Deinde quando de sententia juris queritur, ulus præcipuè spectandus est. *l. 37. ff. de L. L. de usu autem verbi hic que-*

ritur, non de eo producendo per interpretationem. *Vinn. loc. cit.*

II. Procedit, si generis & speciei, item totius & partium sit eadem ratio, quæ nostro in casu diversa est; lata enim culpa æquiparatur dolo, idque ex auctoritate juris, prout abunde demonstratum.

Ad III. *Æ.* Vitam & famam non semper ambulari pari passu, sed eo fortè duntaxat casu quo militat favor libertatis, sicut in casu cit. *l. 9. Accedit l. 38. §. penult. ff. ad Leg. Jul. de adult.* Ubi dicitur, quòd cujus famæ parcendum est, multò magis parcendum vitæ, ut satis innuat vitam & famam non ubique pari deambulare passu.

IV. Nec hili, nec pili est; quis enim non intelligit, per negligentiam ibi designari duntaxat levem culpam?

V. Eadem responsione eliditur, quæ segnities, rusticitas, inertia, & simplicitas ibi levem tantum culpam denotant.

VI. Exinde nihil probat, quia potius con-quàm infirmam nostram sententiam. Quis enim adeò hospes est in jure, quin intelligat Particulam quasi idem designare, quod particula tanquam, utpote, veluti.

Ad VII. & ultimum. *Æ. conc. maj. nego min.* falsum enim est, tutorem ob levem culpam removeri non posse ut suspectum; enim verò omnis ille, qui tutelam non ex fide administrat, potest removeri ut suspectus; & licet remotus ob culpam levem non fiat infamis, non tamen sequitur, removeri non posse, si id pupilli utilitas exigat, aliud enim est, posse removeri tutorem, aliud fieri infamem, à *Someting. Inst. b. t. n. 8.*

Quibus omnibus pro & contra deductis, patet in rigore juris, tutorem ob latam culpam remotum, fieri infamem licet judicando contrarium servari posse, autu-

autumet *Brummem. in l. ult. Cod. h. t.*

§. S I Q U I S. 7.

25 Q. Hic, an lite pendente, sive an durante suspecti cognitione tutor in administratione relinquatur, nec ne?

Dixeris quòd sic, quia pendente lite nihil innovandum *Clement. 2. §. tot. tit. ut lite pendente.*

Verùm hoc non obstante *R. Imperator*, quòd interea tutori interdicator administratio, donec cognitio finiatur, & pupillo curator detur. *Manz. 3. Schneid. n. 5. Myns. num. 5.*

§. S E D S I. 8.

26 Q. Hic, an suspecti crimen aliquando finitur? *R.* si tutor vel curator moriatur, etiam finiri cognitionem suspecti, ita ut nihil ad hæredes eorum transeat. Ratio: quia per accusationem suspecti aliud nihil intenditur, quàm ut tutor removeatur, per mortem verò satis utique removeretur. *Clariff. DD. Franz. n. 22. h. t. ubi & hanc rationem addit, quòd crimina morte reorum generaliter omnia extinguantur. l. 2. l. Cod. si reus vel accusatus mortuus fuerit.*

§. S I Q U I S T U T O R. 9.

Q. In hoc, an tutor nullà alià penà afficiatur, quàm penà infamie? *R.* duos esse casus, quibus tutor non solùm removeatur ut suspectus, sed etiam gravius puniatur. I. Casus est, si tutor citatus apud Prætozem sui copiam non faciat, & sine justa causa pupilli, ut ex illis eidem alimenta pro dignitate statùs, & quantitate patrimonii decernerentur: indicare renuat; tunc enim *Kees ad Instituta.*

pupillus in possessionem bonorum tutoris immittitur. *text. hic.* Et si adhuc tutor, ista missione non obstante, pupillo alimenta non præstet, removendus est, ut suspectus. *Manz. n. 6. §. 7.*

§. S E D S I. 10.

II. Casus est, si tutor quidem sui copiam facit, sed per mendacium negat, pupillo alimenta decerni posse. Hoc enim casu non tantum removeatur, ut suspectus, sed etiam ad præfectum urbis puniendus remittitur. Sed quâ pœna? *Manzius* putat, arbitrariâ, quæ toties locum habet, quoties leges volunt, aliquem puniri. Speciem tamen pœnæ non exprimunt. *l. 1. §. 1. ff. de effract. Menoch. de arbit. Jud. quest. cas. 401. num. 18.*

§. L I B E R T U S I I.

Idem quod de tutore puniendo mox ante dictum est, extenditur ad libertum, qui fraudulenter tutelam filiorum vel nepotum patroni sui gessisse probatur. *text. hic. §. l. 2. ff. h. t.*

§. N O V I S S I M E F I N.

Quid si tutor suspectus satis offerat, & caveat se impostero fideliter administraturum tutelam; erit tamen removendus: satisfactio enim malevolum tutoris propositum non mutat. *text. hic.*

An laborans paupertate ut suspectus removendus: *R.* quòd non, quia suspectus ille dicitur, qui non ex fide tutelam gerit. *§. 5. h. t. qualis non est pauper.*

Dices: testis pauper. *l. 3. ff. de testib. pater adoptivus pauper. l. 17. §. 2. de adopt. accusator pauper. l. 10. ff. de accusat.*

fat. sunt suspecti; ergò etiam tutor. ꝛ. conc. ant. nego conseq. Tametsi enim in jure reperiantur casus, quibus pauper-

tas nocere solet, non est tamen facienda extensio ad casus diversos; odia enim restringi, & favores convenit ampliari.
Cap. odia de R. J. in 6. Manz.

F I N I S L I B R I P R I M I
I N S T I T U T I O N U M I M P E R I A L I U M .

Omnia ad Majorem DEI, Supremi Judicis Gloriam. Et Intaminatæ Virginis sine labe Originali Conceptæ MARIÆ Advocatæ Nostræ honorem.





INSTITUTIONUM IMPERIALIUM

LIBER II.

TITULUS I.

DE RERUM DIVISIONE, ET ACQUIRENDO IP SARUM DOMINIO.

SUMMARI A.

- | | | | |
|----|---|----|--|
| 1 | O bjectum Juris triplex est. | 13 | Res Universitatis que dicantur ? |
| 2 | Res alie sunt divini, alie hu-
mani Juris. | 14 | Item, que res dicantur nullius ? |
| 3 | An servitutes dicantur in bonis nostris
esse. | 15 | Res sacre que sint ? |
| 4 | Que res dicantur esse communes ? | 16 | Et, ut tales efficiantur quid requira-
tur ? |
| 5 | Publicum & commune in Jure quan-
doque confunduntur. | 17 | Res sacre alienari nequeunt. |
| 6 | An detur Dominium maris ? | 18 | Limitatur in tribus casibus. |
| 7 | Quenam res dicantur publice ? | 19 | Res Ecclesiastica commercio humano ob-
noxia sunt. |
| 8 | Flumen privatam in quo differat à pro-
prio ? | 20 | Res Religioſe que dicantur ? |
| 9 | Littus quid sit ? | 21 | Mortuum inferre an & quando liceat
in locum communem. |
| 10 | Quo modo differat à portu ? | 22 | Corpus hominis si dividatur, quis locus
sit religiosus ? |
| 11 | Ripa quid sit ? | 23 | Si cedes in confinibus commissa sit, quis
dicatur Judex competens delicti ? |
| 12 | Item, an publica sit? an privata ? | | |

- 24 Res sanctæ que dicantur ?
- 25 Qui delinquit in portas & muros civitatum, punitur capite.
- 26 Res singulorum que sint ?
- 27 Definitur Dominium.
- 28 Et traditur ejus divisio.
- 29 Princeps an possit subditos jure quesito privare ?
- 30 Occupatio quid sit ?
- 31 An princeps jus venandi subditis adimere possit ?
- 32 Feripeta an pœnâ mortis affici possit.
- 33 Apes an dicantur animalia mansueta, an fera ?
- 34 Columbas sine crimine furti non licet capere.
- 35 Occupata in bello cui cedant ?
- 36 Inventio quando dominium tribuat ?
- 37 Si duo simul gemmam videant an cedat videnti an occupanti.
- 38 Alluvio quid sit, & quando dominium operetur ?
- 39 Insula alia est naturalis, alia causalis.
- 40 Insula cui cedat ?
- 41 Alveus quid sit, & cujus fiat ?
- 42 Inundatio quid sit ?
- 43 Quid sit specificatio, & cujus fiat res specificata ?
- 44 Requisita specificationis enumerantur.
- 45 Intextura quid sit ?
- 46 Quid confusio ?
- 47 Quid commixtio ?
- 48 Inedificatio quando in solo ædificantis sit ex aliena materia, cui cedat ædificium ?
- 49 Actio dupli de tigno juncto datur etiam in bona fide jungentem.
- 50 Quid juris sit, si quis ex sua materia in alieno solo ædificaverit ?
- 51 Impensæ aliæ sunt necessariae, aliæ utiles, aliæ voluptariæ.
- 52 Quales impensæ bonæ & malæ fidei Possessor deducat, aut tollat.
- 53 Implantatio quid sit ?
- 54 Quomodo dominium tribuat ?
- 55 Satio quid sit.
- 56 Item, quid Scriptura ?
- 57 Item, quid Pictura ?
- 58 Perceptio fructuum ex re aliena, quam bona fide possidemus, qualis sit ?
- 59 Fructus quotuplices sint ?
- 60 Naturales, an bonæ fidei possessor suos faciat ?
- 61 An extantes teneatur restituere ?
- 62 Malæ fidei possessor quales fructus suos faciat ?
- 63 Colonus quales fructus acquirat,
- 64 Usufructuarius in locum demortuorum arborum an teneatur alias substituere ?
- 65 Thesaurus quid sit ?
- 66 Et an, & quando cedat inventori.
- 67 Item quid juris, si in loco publico, sacro, vel religioso repertus sit ?
- 68 Quid deinde, si in fundo feudali, vel Emphyteutico reperitur ?
- 69 Traditio, ut dominium in acceptantem transferat, que debeant concurrere ?
- 70 Error circa causam, an impediatur translationem dominii ?
- 71 Emptio venditio non transfert dominium, nisi pretium exsolutum, aut fides de pretio data sit ?
- 72 Traditio per brevem manum quomodo dicatur ?
- 73 Traditio ficta, quomodo fiat ?
- 74 Missilia cui cedant ?
- 75 Res derelictæ quando fiant occupantis ?

CONNEXIO.

DICTUM §. fin. de J. N. G. & C. 1
 omne Jus Romanum, quo nos utimur, vel ad Personas pertinere, vel ad Res, vel ad Actiones; ita ut tria sine partialia Juris objecta. Cum itaque in Libro I. actum sit de Personis, utpote primo objecto Juris, justo ordine sequitur, ut de Rebus, veluti altero Juris objecto,

objecto, agatur. Nos autem hic rem non consideramus physicè, contemplando ejus essentiam; sed juridicè, considerando jus, quod circa rem habemus, *Mars. prin. Inst. hic n. 5.*

A D P R I N C I P.

2 Res (inquit Imperator) vel sunt in patrimonio nostro, vel extra patrimonium nostrum; non verò satis declarat, quæ dicantur esse in patrimonio nostro, & quæ extra patrimonium: itaque nostrum est, id luculentius explicare; & tamen arctiori significatione res in patrimonio nostro illæ dicantur, quæ à Patre profectæ sunt & ex ejus hæreditate, adeoque quas certo & proprio dominio possidemus *l. 9. ff. rem pupill. salvum fore l. 8. ff. famil. hercis.* hoc tamen loco in patrimonio nostro esse, nihil est aliud, quam esse in bonis nostris *l. 1. ff. de D. R.* in bonis autem nostris id omne contineri dicitur, ad quod possidentes exceptionem, amittentes actionem ad recuperandum habemus, *l. 52. ff. de A. R. D.* Unde sua sponte fluit, in patrimonio nostro non illas duntaxat res existentes, in quibus verum, sed & illas, in quibus habemus quasi dominium. Sic non est dubium, tam res corporales, quam incorporales contineri in patrimonio nostro, v. g. Jura, servitutes, nomina debitorum &c. Ratio est, quia & harum respectu habemus exceptionem & actionem; *l. 4. ff. de V. S. Harp. Instit. hic. num. 163. Cbllingen. q. 3. b. t.* Extra patrimonium nostrum dicuntur esse res, quæ de facto in nullius privati sunt patrimonio vel dominio; v. g. res communes, publicæ, Universitatis, nullius &c. Sanè hæc divisio minùs videtur esse accurata, ut diutius eidem inhærendum non sit. Melius fortè fecisset Justin. si dixisset, res alias esse divini, alias humani

Juris. Divini Juris, quæ neque actu, neque potentia humano commercio sunt obnoxia. Res divini Juris sunt v. g. res Sacræ, Sanctæ, Religiosæ. Res humani Juris iterum vel sunt in patrimonio nostro vel extra patrimonium nostrum. Illæ sunt, quæ in Dominio privato singulorum existunt, v. gr. Dominus, ager, &c. quem quis, tamquam proprium possidet. Hæ dicuntur, quæ defacto in nullius dominium pervenerunt. Huc pertinent res communes, publicæ, Universitatis &c. de quibus omnibus in ordine.

Dices: supra assertum est, servitutes esse in bonis nostris; sed servitutes non sunt in bonis nostris, *l. 1. ff. de usu & usufr. per legat. dat.* ergò. Hæc ipsa lex quantopere torserit Doctorum ingenia, dici non potest, & sanè tot ferè sunt ejus interpretationes, quot interpretum capita. Mihi placet ista responsio quòd JConsultus non asserat, ipsam servitutem, in fundo alterius constitutam, non esse in bonis nostris, sed duntaxat usumfructum servitutis, v. g. itineris, in fundo alterius constitutæ non esse in bonis nostris, quia servitus servitutis constitui non potest. Itaque cum *in d. l. 1. ususfructus servitutis legatus esse proponatur, quæritur, an tale legatum valeat?* & deducitur, non valere, quia ille ususfructus neque in bonis, neque extra bona est, quia servitus servitutis constitui non potest; proinde in stricto Jure legatum tale corrui. Ex æquitate tamen legatario *in d. l. 1.* applicatur incerti actio, quæ petit ab hærede, ut liceat ipsi legatario, quamdiu vivit uti illa servitute itineris. *Hertogg. ad Instit. b. t. n. 2. Hum. var. resol. l. 2. tract. 1. q. 4.* vide aliter explicantem *Harp. hic. n. 168. Zoëf. lib. 44. d. A. R. D. n. 3.*

§. ET QUÆDEM I.

4. Quin hoc §. *quænam res dicantur esse communes?* Ad quod Imperator non ꝛ. definiendo, sed exempla tantum enumerando; & quidem ratio definitionis omissæ ista redditur, quia omnis definitio in Jure periculosa est, parùm enim est, quin subverti possit. *l. 202. ff. de R. J.* Præstat proinde, quòd exempla, recensent quia Senecà teste, *epist. 6. longum iter est per præcepta, breve, & efficax per exempla.* Puto *res communes* haud inconcinne definiri posse esse illas, *quarum usus omnibus hominibus vacat, proprietates autem actu nullius est.* Dicitur *actu*, quia per apprehensionem alicujus fieri possunt & ita differunt à rebus Divini Juris, quæ neque actu neque potentia in dominium alicujus pervenire possunt, *Schanb. hic.* In hanc classem pertinent aër, aqua profluens, mare, & per hoc littora maris, quia littora sunt veluti pars & accessorium maris; accessorium autem sequitur naturam sui principalis. *l. 178. ff. de R. J.*

5. Non obstat *l. 45. ff. de Usurp. & Usucap.* ubi littora maris dicuntur esse publica. ꝛ. enim, ibi publicum pro communi poni; hæc siquidem duo in Jure haud rarò *l. confunduntur. 2. §. 1. l. 12. ff. de D. R. l. 121. ff. de A. R. D. Harp. princip. Inst. h. t. num. 171.*

Non refragatur *II. l. 3. ff. ne quid in loco publico* ubi littora, in quæ populus Romanus Imperium habet, dicuntur esse populi Romani: ergò falsum est, littora maris populi Romani esse non quoad usum & proprietatem; sed quoad protectionem, Jurisdictionem & imperium. Ut sensus sit: sicuti princeps Jurisdictionem exercet in omnibus bonis suorum subditorum, licet bona neque quoad proprietatem, neque quoad usum

pertineant ad principem, ita quoque Romani Jurisdictionem in littora maris exercent tametsi littus maris ad ipsos non pertineat. Et sanè magna ratio suadet, ut etiam in littora maris Jurisdictio detur: ne aliàs contingat, ut crimina in mari commissa maneant impunita, contra *l. 70. §. 5. ff. de fidejuss. Schamb. hic, & Zoëf. de D. R. n. 5.*

Manet itaque indubitatum, quod aër, aqua profluens, & mare, item per hoc & littora maris communia sunt. Unde infero: quòd cuilibet liceat uti Aëre ad spirandum, aquâ profluente ad hauriendum, ad lavandum, ad aquandum pecora, Mari ad navigandum, ad piscandum, item littore maris ad retia illic siccanda, ad gemmas ibi colligendas, ad naves appellandas, ad casam extruendam, ita, ut casa vel ædificium ibi extructum, una eum solo, fiat ædificantis, *l. 6. ff. de D. R.*

Nec adversatur, quòd solo impositum solo cedat. *§. 29. Inst. h. t.* quia hoc procedit de solo privato non etiam de solo communi: quod enim commune est, cedit occupanti, *l. 14. ff. de A. R. D.* ita tamen, ut ædificiò sublatò, statim locus rursus fiat communis & ad suam naturam redeat; res enim communes in Dominio occupantium non manent diutius, quam ab iis possideantur. *Wesemb. Inst. h. t. §. 1. num. 7.* & res facile redit ad suam naturam, *l. 27. §. 2. ff. de pact. Manz. hic. n. 27.*

AD VERS. DUM TAMEN.

Tametsi in loco, jure naturæ communi, cuius ædificare liceat; id tamen non aliter procedit, quam si ædificium usui publico & aliis ædificiis, villis & monumentis non noceat, *text. hic. ratio:* quia non sunt Juris gentium, sed propria ædificantium, qui illa extruunt

runt & ædificarunt. l. 50. ff. de A. R. D. Harp. hic. n. 14.

Dices: si mare commune est, quò titulò ergò Rex Daniæ sibi vindicat dominium maris Balthici, Rex Angliæ dominium sinûs Britannici, Veneti dominium maris Adriatici, Rex Hispaniæ & Galliæ dominium maris Mediterranei? Quò titulò multi arcentur? Si denique mare commune est, & usus omnibus vacat, quò titulò gabellæ & vectigalia à navigantibus exiguntur? R. prædictos Reges iusta ex causa potuisse sibi appropriare dominium maris, & à navigantibus exigere gabellas & vectigalia. Fac enim, mare piratis esse infestum. Fac ad littora, & portus reparandos requiri magnos sumptus, ut naves ibi tutò liceat appellere. Fac, necesse esse, oras maritimas custodire, ne nimium excurrat unda maris. Nunquid causa satis iusta est exigendi gabellas & tributa, quibus mare à piratis purgetur, portus ad recipiendas naves accommodentur, & denique oræ maritimæ intra suos terminos conserventur? Hòc itaque titulò memorati principes gabellas exigunt, dominiumque maris sibi arrogant, Zoës. ff. de D. R. num. 9.

6 Sed quæres: An Mare sit capax domini humani? Dixeris primâ fronte, quòd non. I. Quia non potest dari dominium rei, quæ occupationem atque terminationem respuit; sed mare terminationem respuit, quia universus Oceanus non continetur, sed continet, cum (ut docent Geographi) major sit ipsâ terrâ; ergò non potest dari dominium maris. II. Mare Jure naturali omnium commune est, §. 1. hic. l. 2. §. 1. ff. de D. R. ergò non potest venire in dominium hominis, cum Jus naturæ sit immutabile, §. 11. Inst. de J. N. G. & C.

Verum lubeat in periculoso controversiæ hujus Oceano vela facere in eorum

sententiam, qui contendunt, mare capax esse domini humani, prout ita docent Franz. Inst. P. 1. §. 5. num. 17. b. t. Braun. tract. de dominio, cap. 6. §. 2. n. 2. Facit I. quòd ex natura rei non repugnet dominium maris; ergò datur dominium maris. Ant. probatur: Omnis illa res admittit dominium, de qua homo potest liberè disponere in ordine ad omnem usum, cujus res illa est capax; atqui hòc modò potest homo disponere de mari, potest enim quis sibi arrogare Jus navigandi, transeundi commerciorum causâ, piscandi, imponendi vectigalia, &c. ergò potest mare cadere sub dominium humanum. Facit II. quòd DEUS contulerit homini Jus in omnia inferiora. Genes. 1. v. 28. ergò, cum nullus Textus occurrat, in quo excipiat mare, rectè infertur, à DEO collatum quoque esse homini Jus in mare.

Ad I. R. Distinguendo min. sed mare terminationem respuit propriam, conc. impropriam. neg. min. & conseq. Tametsi mare terminari non possit terminò propriò, potest tamen terminari terminò alienò, sive improprio. Sic potest mare terminari & dividi Promontoriis, Insulis, eminentibus scopulis, vel etiam gradibus cœlestibus, ut intelligi, atque discerni possit latitudo & longitudo domini, quod quisque Principum sibi arrogat. Ad II. R. Disting. iterum antec. Mare jure naturali commune est, permissivò conc. positivò seu Præceptivo, neg. antec. & conseq. quòd autem Jus naturale permissivum mutabile sit, suppono ex dictis ad cit. §. 11. Inst. de J. N. G. & C.

§. FLUMINA. 2.

Q. quanam res dicantur publicæ? Ad 7 hoc iterum Imperator non R. definiendo, sed duntaxat exemplificando. Puto Respu-

Respublicas definiri posse esse *illas*, *quarum proprietates est alicujus populi, usus autem omnium hominum.* Perez. *Inst. hic.* In hunc censum pertinent, I. Flumina perennia, quæ semper fluunt, l. 1. §. 3. ff. de flumin. v. g. Albis, Danubius, Rhenus &c. Dico *perennia*, & *quæ semper fluunt*: illa enim flumina, quæ interdum aquis deficiunt, ita ut non sint apta ad publicum bonum, (puta navigationem) dicuntur flumina privata. Flumen autem privatum iterum differt à proprio; quòd proprium illud dicatur, cujus dominium privatus sibi arrogat, fortè quia illud in prædio alicujus privati oritur, & per illud discurret, ita *Schneid. n. 6.* Ego salvò judicìo *Schneidew.* puto, flumina publica illa dicenda esse, quæ quoad proprietatem sunt certi alicujus populi, quoad usum verò omnium hominum, sive deinde sint perennia, necne; privata verò, quæ sunt in dominio & usu privati, ita, ut nemo in iis piscari possit. Quo sensu etiam flumina publica possunt fieri privata, puta ex concessione Principis, vel, præscriptione, vel alio quocunque titulo. *Manz. Inst. hic. n. 53.* II. Huc pertinet Portus, qui est locus accommodatus ad naves recipiendas, ut tutò illic stare possint adversùs injuriam prædonum ac tempestatum, l. 3. §. 13. ff. de flumin. III. Huc pertinet Ripa, de qua & quomodo differat à Portu & à Littore, §. 4. b. t. differemus.

AD VERS. IDEOQUE.

8 Ex dictis, quòd flumina sint publica, infert Justinianus, quòd quilibet in publico flumine, & portu ejus piscari, navigare vel naves ibi appellere possit: *ratio* non est alia, quàm quòd res publicæ quoad usum omnium hominum sint communes; itaque nemo potest alterum prohibere, quominus in flumine publico

piscetur, adeò ut prohibens teneatur actione injuriarum, l. 13. §. ult. ff. de injur. Berlich. p. 5. conclus. §. 1. num. 2.

Hodie Jus piscandi in fluminibus publicis passim principes sibi arrogant, atque flumina publica hodie quoad proprietatem de regalibus principis, per cujus territorium discurrunt, esse dicuntur; ita, ut nulli liceat in fluminibus publicis piscari, nisi à Principe licentiam habeat, aut navigare, nisi certas gabellas & vectigalia persolvat. *Manz. n. 35. hic Fünsterwalder P. 2. obs. 58. n. 35.* Quò titulo autem Principes muniti sint, ut flumina publica quoad proprietatem sibi arrogent, tempus non patitur excutere.

Dices: Aqua profluens est res communis, ut dictum *R. 1. b. t.* Sed flumen est aqua profluens, ergò flumen non est publicum, sed commune. *R.* Flumen considerari posse dupliciter *formaliter & materialiter.* Formaliter spectatum, sive in quantum coercetur his ripis, ac in æstimatione morali semper idem manet, est juris publici, §. 2. b. t. Spectatum verò materialiter, sive secundum aquas, quas vehit, ac quæ motu continuo decurrunt, est res communis, §. 1. b. t. *Harp. numer. 5. §. 1. b. t. Manz. num. 24. hic & Franz. loc. cit. num. 20.*

§. EST AUTEM 3.

Littus est locus ille, quatenus hybernus fluctus à mari (puta nostrò non mediterraneo, hoc enim nimis exæstuat) maximus excurrit, *text. hic. & l. 96. ff. de V. S.* Ratio autem, quare dicatur, quousque hibernus fluctus excurrit, est, quia fluctus hybernus major est quam æstivus, & in hyeme mare ad ulterius, quàm in æstate, spatium excurrit,

Dices: subinde mare excurrit ad longinquas civitates, & agros; ergò nullè hic littus per exclusionem hyberni fluctus

tus definitur. R. Inspiciendum esse illud spatium, quousque communiter excurrere mare consuevit. *Manz. n. 4. hic.*

10 Differt littus à portu, quòd portus sit publicus, hoc est, quoad proprietatem sit certi cujusdam Populi, quoad usum verò communis: contra verò littus sit commune tam quoad proprietatem, quàm quoad usum. Ratio differentie est, quòd littus nullius populi expensas requirat, ac proinde à nullo occupetur. Econtra portus muniri debent, ac instrui ad naves recipiendas. Num igitur muniuntur ac intruantur, hoc ipsò à populo occupantur, fiuntque ejus proprii? *Franz. Inst. b. t. p. 1. §. 60. n. 20.*

S. R I P A R U M. 4.

11 Ripa nihil est aliud, quàm extremitas fluminis, sive illa terra, quæ flumen continet, naturalem rigorem cursus sui tenens, l. 1. §. 5. ff. de fluminib. publ. sive ripa est illa terra, quæ cursus fluminis continetur *Franz. loc. cit.* Jam quæritur: An Ripæ sint publicæ, an sint privatæ, an communes? Dixeris prima fronte ripas esse simpliciter publicas, I. Quia ripa est pars fluminis; atqui flumen est publicum, ergò etiam ripa, quia pars sequitur totum, & accessorium suum principale, *Cap. Accessorium, de R. J. in 6.* II. Idem est ripa in flumine, quod littus in mari: atqui littus est commune, sicuti mare; ergò etiam ripa quoad proprietatem erit publica, sicuti flumen.

12 Verùm, his non attentis. R. Imperator, ripas quoad usum, esse publicas, quoad proprietatem verò esse privatas, hoc est, quoad usum pertinere ad omnes sicuti ipsum flumen; quoad Proprietatem verò pertinere ad eos, quorum prædiis ripæ coherent: sive esse illorum, qui circa flumen prædia possident, *text. hic.* Ratio, quòd ripa quoad proprietatem

tem ad illos pertineat, qui prædia habent vicina, est, quia onus muniendi ripam illis incumbit, qui vicina prædia habent; ut poinde sic liceat arguere: commoda sequuntur eum quem sequuntur incommoda; sed riparum incommoda, si fortè ripæ morflu fluminis latiores fiant aut reparatione indigeant, pertinent ad eos, qui vicina prædia habent, ergò etiam commoda ripæ, id est, proprietates ad illos pertinebit, *arg. l. 10 ff. de R. J. Ita Perez. Inst. hic.* Ratio verò, quòd ripæ, quoad usum, publicæ sint, est quia sine usu riparum fluminis usus commodè retineri non posset, vel certè in commodior futurus esset. *Harp. n. 4. hic. Et Vinn. hic.*

Ad primam dubitandi rationem, R. neg. maj. tam parum enim est ripa pars fluminis, quam parum Schyphus est pars vini, quod continet, *Vinn. 4. b. t.* Ad alteram dubitandi rationem, R. neg. paritatem. Ratio differentie est, qui flumina censentur alveos suos & ripas ex privatorum agris adjacentibus detraxisse, adeò ut istæ non fluminum sed agrorum partes esse intelligantur. Id inde evidens est, quòd flumina sæpè alveos mutare, atque ex agris novos alveos, & ripas facere solent, mare verò eundem alveum cursum & littus ab initio acceptum retinet. Ideòque alveus, & littus maris non privatorum, sed propriæ vel ut partes ipsius maris esse censentur. *Harp. hic num. 5. Et 6.*

Ex dictis, quòd riparum usus publicus sit, hoc est, quoad usum omnibus vacet, infert Imperator I. Quòd cuilibet liberum sit naves ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in iis reponere, &c. nemo enim publico uti prohibendus est, *Manz. n. 10. hic.* Infert II. arbores in ripis natæ eorum sint, qui habent vicina prædia, *text. hic.*

*hic. § 1. ff. de D. R. Ratio quia subjec-
to solo cedit superficies. Manz. d. l. Sanè
tametsi riparum usus publicus sit, hoc
tamen cum grano salis intelligendum est,
ut eatenus duntaxat procedat, quatenus
ratio utendi fluminis exigit usum riparum.
Quare, quæ non sunt necessaria ad usum
fluminis, in ripis non licet facere. Sic
in ripa fluminis, invitò eò, cujus præ-
diis inhæret ripa, ædificare non licet; &
si quis de facto ædificium extruxerit,
potest dominus ripæ non duntaxat illud,
sed quodcumque aliud, quod dominio
ripæ præjudiciale est, propriâ autoritate
destruere, * l. quemadmodum §. 1. ff. ad
leg. Aquil. l. 16. ff. de S. P. R. Clariss. D.
Fensterwalder l. 3. obs. § 8. n. 4. Sicuti au-
tem quis extraneus nihil in ripa facere po-
test, quod præjudiciale est dominio ri-
pæ, ita neque dominus ripæ quoquo
modo usum fluminis impedire potest, l.
fin. ff. de usu & habit. Quò pertinet, ne
itineri pedestri juxta flumen protrahen-
dis sursum navibus necessario, vulgò de-
nen Hochenauen, impedimentum fiat,
l. 1. §. 14. ff. de S. P. R. D. Fensterw. loc.
cit. n. 6.*

§. LITTORUM. 5.

Hic iterum redit ad littora Imperator,
aitque illorum usum publicum esse, &
juris gentium, ut proinde cuilibet libe-
rum sit casam ibi ponere; dummodò ta-
men bonum publicum non impediatur.
Ratio quia nemo publicò uti prohiben-
dus est. Proprietas verò littorum [abstra-
hendo a consuetudine privata] sicuti pro-
prietatis maris, actu nullius, sive com-
munis est, *text. hic.* Littora enim imi-
tantur naturam maris, huic enim sub-
jiciuntur, & ab eò quotidianis accessibus
occupantur. *Vinn. Inst. hic.*

§. UNIVERSITATIS. 6.

Res Universitatis sunt quarum pro-

prietas ad certam civitatem, collegium,
communitatem, vel universitatem, id
est *einer Gemeine*, pertinet; usus verò
omnium de illa universitate communis
est: id genus res sunt *theatra, studium,
forum, curia, via publica, &c.* Hodie
res universitatis dicuntur, *curia, schola,
fora, balnea publica, campi Martii, pas-
cua, nemora, sylva cædue &c. die Ge-
meine Weyden, Schieß-Hütten, Hölzzer,
Tantz-Häuser, &c. Schamb. Inst. hic.* Un-
de suâ spontè fluit, quòd singuli de Uni-
versitate in balneo se laviare, in campo
ludere, in sylvis ligna cædere, in pas-
cuis sua pecora pascere possint: nemo
enim publicò uti prohibendus est,
quinimò prohibens teneretur actione
injuriarum, l. 13. §. ult. ff. de injur. Manz.
n. 7. *hic. & Harp. n. 6.*

Q. II. *An civis in causa Universitatis
possit esse testis? vide Schneid. num. 4.*

§. NULLIUS. 7.

Res nullius sunt, quæ sunt extra com-
mercium hominum, tam actu, quàm po-
tentiâ; seu, quæ in nullius bonis sunt,
vel esse possunt, neque quoad proprie-
tatem, neque quoad usum. Tales sunt
res Divini Juris, quæ scilicet cultui di-
vino consecratæ sunt, quales sunt, *res
sacre, religiose, & sanctæ.*

Dices: Res, pro derelicto habitæ,
thesaurus, item *feræ* sunt nullius & tamen
dominio humano subjici possunt, ergò
dominio est, res, quæ nullius sunt, do-
minio humano subjici non posse. Re-
illas duntaxat res propriè dici nullius esse,
quæ neque actu, neque potentiâ domi-
nio humano subjici possunt; atqui pro-
derelicto habitæ, item *thesaurus & feræ*,
sunt ita à natura comparatæ, ut saltem
potentiâ dominio humano subjici possint.
Manz. hic. n. 8.

§. SACRÆ 8.

15 Res sacræ sunt, que ritè, hoc est, solenniter secundùm ritum & morem Ecclesiæ DEO consecratæ, hoc est, ad cultum & ministerium DEI dedicatæ sunt, *text. hic.* in quam classem pertinent ædes sacræ, & donaria: Item calices, vasa, vestimenta, libri & id genus plura, *Manz. n. 1.*

16 Ut autem res sacra efficiatur, plura concurrant, necesse est. I. Ut res per illum divino cultui destinetur, qui Jus consecrandi habet, qualis est Episcopus, Antistites, & plures alii, quibus concessum est pontificalia exercere, *Nov. 67. cap. 1. §. 2.*

Hinc si pietate privatâ res divino cultui destinetur, v. g. si quis fortè sacellum domesticum ædificet, sacra non efficitur, sed profana manet, *l. 9. §. 3. ff. de D. R.* Item si quis rem aliquam voverit, sacra non efficitur, *l. 2. ff. de de pollicit.* Ratio non est alia, quàm quòd sacrum aliquid non fiat, nisi publicâ autoritate, quæ deficit in privato. II. Ut adhibeantur solennitates Jure definitæ, §. 8. *hic.* III. Ut proximè & immediatè ad cultum divinum destinetur. Unde sua sponte sequitur, vineas, prædia, agros, & fundos ecclesiasticos non esse sacros, quia non proximè deserviunt cultui divino, sed ad hoc habentur, ut necessitati ministrorum serviant & consalutur, *Manz. num. 11. §. seqq. hic*

17 *Schneid. num. 2. Franz. Inst. p. 1. §. 1. h. t.* Circa res sacras est regula, quòd non subsint commercio humano, ut paragrapho præcedenti diximus, adeòque neque alienari, neque obligari possunt, quia quòd semel DEO dicatum, non est amplius ad humanos usus transferendum, *cap. 3. de rev. permutat. Schamb. hic.* ista tamen regula tres patitur exceptiones.

I. Est si Ecclesia ære alieno oneretur, & facultates aliæ non suppetant, quibus æs alienum expugnatur, *Nov. 120. cap. 10. aurb. præterea Cod. de Sacrosf. Eccles.* 2. Si redimendi sint captivi, & nihil aliud suppetat ut redimantur, *text. hic.* Ratio, quia animæ hominum quibuscumque valis & vestimentis præferri debent, *l. 21. Cod. d. t. Manz. num. 8. 3.* Si pauperibus succurrendum, *d. l. 21.* Hoc est, si intoleranda fames ita premat pauperes, ut vitâ periclitentur; tunc enim eorum vitæ succurrendum: Ecclesia enim non habet aurum, ut servet, sed ut eroget, subveniatque in necessitate, *cap. 70. caus. 12. q. 2.*

Extra hos casus si res sacræ alienatæ vel obligatæ fuerint, poterunt ab ecclesia vindicari, ita ut emptoribus neque pretium restituatur, *d. l. 21. Schneid. num. 5. Franz. loc. cit.* Sanè si res sacræ subeant vicem accessorii, ut si quis vendat civitatem cum templis, arcem cum sacello, fundum cui annexum est jus patronatus, alienatio rei sacræ per modum accessorii facta valet, modò tamen ratione rei sacræ non augmentetur pretium, *c. 13. §. de Jure patronat. Hertogh. Inst. h. t. n. 4.*

Longè profectò judicium aliud est de ¹⁹ *rebus ecclesiasticis*, hæ enim commercio humano sunt obnoxie: ita ut vendi, alienari, & acquiri possint; dummodò solennitates requisitæ adhibeantur, hoc est, ut vendantur cum cognitione capite, decreto superioris & consensu capituli, de quibus vide *tot. tit. extra de reb. Eccles. alienan. Schneid. Inst. hic. num. 9. Engel. d. t.*

AD VERS. LOCUS.

Quæritur hic: an locus, in quo ædes sacrae sunt ædificatæ etiam dirutæ vel collapsæ ædificiò sacer maneat? R. Affirmative, *text.*

text. hic. & in l. 13. ff. de contrab. empt. Ratio, quia locus semel sacer, numquam talis esse definit, *Manz. n. 7.*

Non refragatur: ædificiò in littore maris positò, collapsò, vel terræ motu vel exundatione aquarum destructò, locus fit iterum communis & redit ad pristinam causam, *l. 6. ff. de D. R.* Ergò idem erit in nostro casu. Nam respondetur *con. ant. negando conseq.* quia consecratio non solùm fit ædificiù, sed etiam loci, & ipsum etiam afficit. *Harp. n. 11. hic.*

Dist. procedunt de Jure civili: de Jure Canonico si Ecclesiæ, ruinâ, terræ motu, aut incendio defsecratæ sint, omnia ex integro peragenda sunt, perinde ac si numquam consecratæ fuissent, *cap. 20. quest. 1. de consecrat.* Nisi tectum duntaxat corruisset, parietibus manentibus illæsis, *cap. 6. de consecrat.* Consecratio enim non fit in tectis, sed in parietibus, in quibus fiunt cruces & inunctiones; & Ecclesia semel consecrata non debet iterum consecrari, *Manz. hic. n. 9.*

§. RELIGIOSUM.

20 Quæritur in hoc Paragrapho: *quenam res dicantur religiose?* Et respondetur, illas res, sive illa loca dici religiosa, quæ cadaveribus sepeliendis destinata sunt, sive in quæ mortuus aliquis illatus, ibique sepultus & humatus est.

AD VERS. UNUSQUISQUE.

Ex hoc versiculo colliges, quòd de jure civili, quisque privatus suâ voluntate locum possit religiosum facere, dum mortuum inferat in locum suum. Et in hoc statuitur differentia inter res sacras & religiosas. Illæ enim publicâ Pontificis vel Episcopi autoritate per consecrationem; hæ verò privatâ voluntate per mortui illationem tales efficiuntur, *Manz. n. 12.*

Dixi de Jure Civili, aliud enim obtinet de Jure Canonico, ut videlicet privatâ autoritate, hoc Jure inspecto locus non fiat religiosus per illationem mortui, sed per solius Episcopi consecrationem. Unde videmus loca certa, quæ cœmeteria appellamus, sepeliendis mortuis destinata esse, & ab Episcopis consecrata. *cap. 3. caus. 13 q. 1. cap. 2. de sepult. cap. 4. de Religios. domib. Franz. Inst. p. 1. §. 3. b. t. Schneid. n. 8.*

AD VERS. COMMUNE M.

Quæritur hic, *an in locum commune, vel in alienum mortuum inferre & ibi sepelire liceat?* Respondetur I. In commune locum purum, id est, eum, in quem nullum hominis corpus illatum est, invitò sociò mortuum inferre non licet; ratio, quia in re pari potior habetur, & est conditio prohibentis, *l. 28. ff. commun. divid.* Excipe tamen, si quis ex sociis alibi sepeliri non possit, *l. 41. ff. b. t.*

Dixi in locum purum, secus est, si locus sit religiosus, hoc est, si socii commune sepulchrum habent, hoc enim in casu invitò sociò licet inferre quemlibet mortuum. *Ratio differentie est,* quia in re communi socius partem socii deteriorem facere non potest, *l. 68. ff. pro socio l. 46. ff. de S. P. R.* fit autem locus purus illatione mortui deterior, quia efficitur religiosus, hoc est, commercio humanò eximitur. *§. 8 b. t.* At cum locus jam est religiosus, id est, cum est sepulchrum commune, socius mortuum inferendo non nocet. Deinde socius etiam invitò sociò, re communi uti potest, modò ad eum utatur finem ad quem res destinata est, ut sepulchrum, *arg. l. 10. §. ff. commun. divid. Hum. ad Preutl. vol. post. diff. 18. th. 1. lit. D. q. 2.*

Respondetur II. Si unus in fundò habet proprietatem, & alter usumfructum,

tunc proprietarius non potest fundum religiosum facere, nisi consentiente usufructuario, & rotā versā. *text. hic. §. l. 2. §. 7. ff. de religios. §. sumpt.* Ratio est in aperto, quia proprietario causam sive conditionem fructuarii deteriorem facere non licet, l. 15. §. 6. ff. de usufr. Neque usufructarius proprietarii l. 13. §. 4. ff. de relig. §. sumpt. atqui per illationem mortui conditio fructuarii aut proprietarii redederetur deterior, *arg. §. 7. Inst. h. t.* Ergo.

Respondetur III. in locum prorsus alienum cadaver inferre non licet, & si quis defecto inferat, tenetur vel tollere, quod intulit, vel solvere loci pretium, l. 7. de religios. §. sumpt. *Franz. Inst. h. t. p. 1. §. 3. num. 6.* Sanè si Dominus consentiat, utique licebit mortuum inferre; volenti enim & consentienti non fit injuria, l. 1. §. 5. ff. de injur. *Harp. num. 10. hic.* Idem est si Dominus ab initio quidem non consenserit, postea tamen illationem ratihabuerit. *text. hic.* Ratio, quia ratihabitio retrotrahitur, & mandato æquiparatur. *cap. ratihabitionem de R. J. 6. Manz. num. 28.* Quod porro circa particulam non hic auctores dubii movent, dignum non est ut illi insudemus. Vide *Harp. loc. cit. n. 18.*

22 Quæres III. *Quid si corpus hominis dividatur, quis locus erit Religiosus?* R. in quo recubat membrum principale, puta caput, quia hoc imago est unde dignoscimur, l. 44 ff. de D. R. Quod si caput ipsum divi sum sit, ille locus Religiosus erit, ubi pars anterior jacet, quia & per hanc à reliquis animantibus dignoscimur. Si denique & ista pars divisa sit, sunt qui putent, utrumque fieri religiosum, eò quòd summa sit ratio quo pro religione facit, l. 43 ff. de D. R. Mihi tamen placet, neutrum fieri religiosum, *arg. l. 44 ff. d. r.* ubi aperte deciditur, quòd una sepultura plura sepulchra non possit efficere. *Schamb. hic.*

Quæres IV. *Si cædes in consubibus vicini, & sese quasi contingentibus commissa fuerit, qui erit Judex competens delicti?*

Varia sunt hujus questionis sententia, sunt, qui putent, illum esse judicem competentem, in cujus territorio caput jacet, quia hoc est principalior pars hominis, d. l. 44. ita *Zanger de excep. p. 2. cap. 1. num. 137. Harp. Inst. hic. num. 5.* Sed displicet hæc sententia; esto enim caput principale corporis humani membrum sit, tamen exinde non probatur, cædem ibi commissam esse, ubi jacet, cum facile ab uno loco in alium volvi potuerit, præsertim si à trunco avulsum fuerit.

Sunt alii, qui opinentur, illi judici competere cognitionem, in cujus territorio pedes jacet, eò quòd ibi vulnus inflictum videatur, ubi pedes terram premunt, ut proinde præsumatur per lapsum dumtaxat reliquum corpus in alterius territorium procidisse. Sed neque horum dogma arridet; quoties enim accidit, ut lethali vulnere affectus per aliquod itineris spatium procurrat? quoties fit ut cadaver ab uno loco rapiatur in alium? quoties contingit, ut morituri diu cum morte luctentur, ac dolorum impatientia ab uno loco, in alium seipfos volvant? & quid, si quis in fuga trajiciatur, & sic in alio loco trajectus concidat, humique procumbat, quam ubi stetit trajiciens? sanè ex eo, quòd pedes aliquo in loco jaceant, non inferitur, ibi delictum patratum esse.

Rectius meo judicio sentiunt, qui in casu, quo omnes conjecturae prorsus deficient, ad utriusque territorii Dominos simul pertinere docent cognitionem delicti. Ratio: quia in dubio illa opinio amplectenda est quæ magis studet disciplinæ publicæ, & discordias tollit; qualis videtur posterior. Ita *Bachov. ad*

Treutl. vol. 1. disp. 19. th. 4. Carpov. p. 3. q. 11. num. 34. ubi ait, si in uno tantum territorio sanguis appareat, magnam esse præsumptionem, ibi delictum commissum esse. Item si tale vulnus aut ictus fuerit, ut in omnium existimatione verò simile sit, quòd trucidatus de loco quo stetit pedem movere non valuerit, pariter præsumptionem esse sat violentam, ibi delictum consummatum esse. Vide quoque Bocer. de Jurisdic. cap. 9. num. 12. qui iterum alterius est opinionis, quam tamen resultat Carpov. loc. cit. num. 19.

§. S A N C T Æ. IO.

24 Res sanctæ dicuntur, quæ peculiari lege ab omni injuria & violatione hominum munitæ atque defensæ sunt. Unde advertit, denominationem rei sanctæ à forma extrinseca, puta, speciali sanctione qua res ab omni violatione defenditur, provenire. In hunc censum pertinent. I. DEUS T. O. M. Beatissima Virgo, & cœlites qui non tantum theologice, sed etiam civiliter sancti sunt, sanctionibus capitalibus constitutis in blasphemantes. Nov. 77. cap. 1. §. I. II. Imperator, l. ult. Cod. ll. ibi. quid enim majus; quid sanctius imperiali est majestate? III. Imperium Romanum, (das heilige Römische Reich.) IV. Porta & muri civitatum. Nam poena capitis statuta legitur in eos, qui aliquid in portas, & muros civitatis deliquerunt, text. hic. & l. ult. ff. de [D. R. Fr. m. z. Inst. h. z. §. 4. quod tamen cum grano salis intelligendum, videlicet, quòd ille demum poenâ capitis afficiatur, qui animo hostili aliquid in portas; & muros civitatis deliquit, fortè quia portas fregit, ut hostes intrmitteret, vel muros transcendit ut civitatem traderet,

Si verò quis non animo hostili muros civitatis transenderit, non poenâ ordi-

nariâ sed extraordinariâ afficiendus erit. Sic is, qui fugam arripuit, & adversarium persequentem aliter evitare non potuit, si exiit è muro, aut per funem se demisit, nequaquam poena capitali afficiendus est, quia ignoscendum ei qui sanguinem suum qualiter qualiter redemit, l. 1. ff. de bon. eor. qui ante sentent. Harp. n. 19. Manz. n. 10. Ubi refert Dolo in comitatu Burgundiæ se vidisse, quòd cum quis valium transcendisset, non hostili animo, neque contemptus aut ludibrii causâ veluti Remus Romæ fecit, propterea fuerit fustigatus. Simile exemplum recenset. Carpov. part. 1. q. 40. num. 11. quòd is qui animo non hostili muros civitatis transcendit, poenâ perpetuæ relegationis affectus fuerit. Verum enim verò, cum in l. ult. ff. de D. R. mentio duntaxat fiat de violatoribus urbis Romæ,

Q. V. An etiam poena capitalis locum habet in violatoribus murorum & portarum reliquarum civitatum, & municipiorum? Sunt, qui negativam fortiter propugnent, ita Schneid. n. 3. hic. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 20. th. 1. lit. C. Menoch. l. 2. arbit. jud. quest. cent. 5. c. 453. num. 2. Moventur I. quia d. l. 5. nominatim loquitur de civibus Romanis ut proinde, inclusio unius sit exclusio alterius. II. Quia in ead. l. fin. fit mentio exempli Romuli, & Remi, qui posterior, cum saltu muros Romæ insultaret, à Romulo, fratre suo dejectus esse perhibetur; ut proinde constitutio d. l. fin. de muris duntaxat Romæ procedere videatur. III. In violatores murorum municipiorum competit interdictum, sive actio extraordinaria, prout docet. l. pen. & l. ult. ff. ne quid in lo. publ. IV. quia odia restringenda sunt.

Verum, rejectis his argumentis, affirmativa præplacet, cui quoque applaudunt Hum. ad Treutl. loc. cit. q. 1. Harp. num.

num. 6. §. 7. Carpzov. loc. cit. num. 12. Franz. Inst. §. 4. num. 14. h. t. Ratio sola, sed solida est, quia is, qui res sanctas hostili animò violavit, capitali supplicio debet affici, *text. hic.* sed muri, & portæ municipiorum sunt res sanctæ l. 8. ff. de D. R. his verbis: *In municipio quoque muros esse sanctos, Sabinus rectè respondit.* Accedit, quòd ideò pœna capitalis in Violatores muri civitatis Romæ statuta sit, quia abominandum est aliâ, quàm per portas viâ è civitate egredi, quæ ratio in omnibus aliis muris militat, quam sententiam pariter solidissimè firmabat, Gloriosissimæ Memorix Augustissimus Imperator Leopoldus in *art. bell.* 29. ubi ex allegata ratione transgressoribus muros cujuscunque fortalitiij pœnam capitalem decernit; cui functioni, utpote subjectæ materiæ omninò naturali, & praxi firmatæ, standum erit. Ergò

Ad I. R. cives Romanos non dumtaxat illos dici, qui sunt incolæ urbis Romanæ; sed & omnes omninò, qui Imperio Romano subsunt, l. 17. ff. de stat. homin. II. exinde cadit, quòd exempla non restringant, sed regulam declarent, l. 1. §. 25. ff. de vi, & vi armata. III. Non tractat de casu, quo quis animò hostili, & ludibrii e usâ muros civitatis transcendit; sed de illo casu, quò quis inexcusavit muros civitatis. *Hunn. d. lo.*

IV. Facilis est *Solutio*, illa enim regula tunc demum procedit, nisi favor reipubl. cum odio privato concurrat, nam, si favor reipubl. simul concurrat cum odio privato, tunc odia extendi, & ampliari possunt, quia odium privatam cedit favori publico ac proinde odia non restringuntur; atqui in nostro casu concurrat odium privatam, & favor publicus, cum publicè interfit, muros civitatis non violari, pulchè *Harp. n. 26. hic.*

V. Res sanctæ etiam sunt *Leges*, l. 9.

§. 3. ff. de D. R. non tamen omnes; sed illæ in quarum transgressores gravior pœna legitur constituta. Sicuti enim muri civitatum dicuntur sancti, quia speciali jure ab omni violatione hominum sunt muniti; sic quoque leges dicuntur sanctæ, si speciali jure ab omni violatione hominum sunt munitæ. d. l. 9. §. 3. §. l. 41. de penis.

VI. Rebus sanctis annumerantur *termini lapidales*, vulgò *die Marck-Stein*, quos transferre non tantum lege divinâ prohibitum est, *Deuter.* 8. 18. 14. his verbis: *Non assumes, & transferes terminos proximi tui.* c. 27. v. 17. *Maledictus, qui transfert terminos proximi sui.* Sed etiam ab urbe condita recenset *Wesemb. in parat. fin. regund. num. 2.* & *Mynsin. §. quædam actiones. Inst. de actõ.* Numa Pompilius constituit pœnam capitalem in eum, qui lapides finibus movisset. VII. Res sancta dicitur *Domus propria*, quæ, teste *Cajo l. 17. ff. de in jus vocando*, totissimum sit refugium atque receptaculum. VIII. Res sanctæ dicuntur *Asyla, Legati, Ministri publici.* Item loca, quibus *salva Guardia* est præfixa, vulgò *der Burg-Fried*; ut, si quis ibi delinquat, mutilatione manûs puniatur. De quibus omnibus, & adhuc aliis rebus sanctis vide *Manz. Inst. à n. 14. usque ad n. 31.*

§. SINGULORUM. II

Res singulorum sunt *res privatae*, sive ²⁶ uniuscujuscunque propriæ, quæ scilicet sunt in privatorum, & singulorum Dominio; harum autem Dominium acquirendi modi duo sunt, *Naturalis & Civilis.* Naturalis acquirendi dominii modus est, qui inter homines peræquè servatur, ut *Occupatio, Traditio, &c.* Civilis, qui inter Cives Romanos lege quadam introductus est, v. g. *Usucapio, aditio hereditatis, &c.*

AD VERS. COMMODIUS.

Declarat hic *Imperator*, quòd priùs de modis naturalibus acquirendi agere velit, quia à vetustioribus incipiendum est; atqui palam est, vetustius esse Jus Naturale, quàm Jus Civile. Naturale enim cum ipso genere humano profodiit; Civile verò tunc effèt cœpit, cum civitates condi, Magistratus creari & leges scribi cœperunt. *text. hic.*

- 27 Diximus, duos esse acquirendi Domini. Jam verò priusquàm agamus de illis modis acquirendi Domini, juvabit in vestibulo nonnihîl trutinasse, *quid sit Dominium?* Dominium à variis variè definitur, prout videre est apud Glettle *part. I. select. quest. 13. n. 2. & Clariff. P. Ludovic. Pabenshuber, in tit. de J. & J. p. I. cap. I. §. 3. n. 13. Huuold. tit. 2. de J. & J. cap. I. controv. 2. §. 7. n. 62.* Mihi placet, quòd Dominium sit, *Jus, de re aliqua plene, ac liberè disponendi nisi id jure vel conventionione prohibetur.* Ita docet *Manz. ad rubric. h. t. n. 13. Schneid. §. 11. Inst. h. t. n. 2. Schamb. Inst. hic.*

Dicitur I. Jus, quæ vox locò generis posita est; multi enim præter Dominum sunt, qui habent jus: sic, qui *servitutum, pignus, vel hypothecam* habet, dicitur, habere Jus in re: item, qui *obligationem vel actionem* habet, debet habere jus ad rem, ut proinde latius pateat Jus, quàm Dominium. *Quid verò sit Jus in re, & Jus ad rem,* alibi dicemus; interea vide *Franz. Inst. h. t. p. 2. §. I. num. I.*

Dicitur II. *de re aliqua,* subintelligitur corporali, ad differentiam rerum incorporalium, in quas Dominium propriè non cadit; sed in illis dicimus habere jus, veluti si tibi competat *servitus pascendi in alterius fundo,* non diceris habe-

re Dominium istius servitutis, sed jus. *25. ff. de V. S.*

Non obstat *l. 3. ff. si usufr. petat.* ubi dicitur, Dominium usufructus dari; sed usufructus est res incorporalis: ergo etiam rei incorporalis datur Dominium. Enim verò *R.* in res incorporales Dominium cadere duntaxat impropiè. *Harp. prin. Inst. h. t. n. 13. Schneid. Inst. hic. n. 2.*

Dicitur III. *Perfèctè, & liberè disponendi,* ad differentiam possessionis, quæ est jus insistendi rei corporali, *l. 1. ff. de acq. vel amit. poss.* Et in hoc præcipuum domini officium est, quòd quis perfèctè, & pro libitu de re aliqua, cujus est dominus, disponere, atque aded non tantùm uti, & frui, sed & illà abuti possit. Quilibet enim est rei suæ moderatori & arbiter, *l. 21. Cod. mandati;* & abusus rei suæ cuilibet est concessus, *arg. l. 25. ff. de heredit. petit.* Ubi apparet differentia domini à Jure in re. Tametsi enim *vassallus, Emphyteuta, fructuarius* jus in re habeant; non tamen pleno jure disponere possunt. Item creditor, qui pignus, vel hypothecam habet, dicitur habere jus in re; & tamen non potest regulariter alienare pignus, aut illo abuti. *Manz. rubr. Inst. h. t. n. 16. Harp. princ. Inst. h. t. n. 30.*

Dicitur IV. *nisi lege, vel conventionione prohibeatur,* quia reperiuntur aliqui, qui licèt rerum suarum sint domini, tamen res suas alienare, vel liberè de iis disponere non possunt, fortè, quia lex ipsis administrationem ademit, vel, quia se ipsos pacto vel conventionione liberè disponendi facultate privarunt. Sic *maritus,* licèt sit dominus rei dotalis, *l. 9. Cod. de R. V.* lege tamen *Julia* prohibetur, consentiente uxore, illud alienare, cum reipublicæ intersit, dotes mulieribus conservari, *l. 1. ff. salut. matrim.*
Item

Item *pupillus*, & *minor*, licet sint domini rerum suarum, non tamen possunt sine tutore, vel curatore autore de rebus suis plene disponere, §. 2. *Inst. quib. alieni. licet*, *Schn. num. 3.* & *Manz. num. 19.* Sic quoque, tametsi quis rerum suarum dominus sit, pacto tamen liberam disponendi potestatem sibi potest restringere; pacta enim dant legem contractibus.

l. 23. ff. de R. J. ubi tamen tenaci memoriâ servandum, multum interesse an jure, seu lege, an conventionem tantum alienatio inhibita sit? priori enim casu alienatio, contra prohibitionem facta, ipso jure nulla est: posteriori verò adhuc tenet, *arg. l. 15. Cod. de R. V.* Ratio *differentiæ* est, quia pacta contrahentium non nisi personas contrahentes ligare, lex verò & ipsas res potest afficere. Unde contraveniens pacto, actum, quò alienat, non facit nullum, nisi lex specialiter concurrat, *l. 7. §. ff. de distract. pig.* sed tenetur duntaxat parti ad interesse, quanti scilicet pactum interest servatum non esse. Ita in terminis *Schamb. hic.*

Brumen., in d. quotiens. 15.
 28 *Dividitur* dominium in *plenum*, & *minus plenum*. Plenum est jus disponendi tam quoad proprietatem, quàm quoad usumfructum. Minus plenum est jus disponendi vel tantum de proprietate, vel tantum de usufructu.

Minus plenum dominium *subdividitur in directum*, & *utile*. Directum vocatur, quod penes eum est, qui tantum habet nudam proprietatem. Utile vocatur, & omnem utilitatem, ex proprietate provenientem. Directum dominium dicitur habere dominus directus in rebus feudilibus, & emphyteuticis. Utile verò habere dicitur Vassallus, Emphyteuta in bonis feudilibus, & emphyteuticis. Sunt, qui istam *divisionem* rejiciant, eò quòd
Kees ad Institut.

authoritate juris destituta, & in nullo textu juris fundata sit; atq; cum rem ipsam reperiamus in *lib. 2. Feud. tit. 8. cap. 1. §. rei*, in verbis *quasi dominus*, ista logomachia curanda non est, & malo, doctrinæ melioris causâ, id quod usu receptò invaluit sequi, quàm de lana caprina rixari: Plures domini divisiones tradit *Schamb. Inst. hic* & *Franz. p. 2. §. 2. Inst. h. t.* ergo illas alio loco, magis congruo, discutiam.

Dices: omnia inter homines sunt communia, ergò gratis forte disceptetur de rerum divisione aut distinctione domini. *ꝛ.* Verum esse quòd in Primordio mundi, & ab intio generis humani omnia fuerint communia. Verùm per peccatum originale natura humana adeò corrupta est, ut sæpè robustiores, & potentiores prohiberent alios à rerum usu & fructu, atque adeò ignavi semper alienò labore ali, & sustentari vellent, magis suarum virium præcellentiæ confisi, quàm laboris industriæ intenti: ideò ratio naturalis dictabat, iniquum esse, quòd ignavi, & desides alienò labore alerentur; & cum præterea appareret, sine rixis, atque discordiis, quas parit communio, *l. 77. §. 20. ff. de legat. 2.* communem rerum usum procedere non posse, facta est rerum divisio, earumque dominia distincta sunt. *Schneid. n. 9. hic. Mynsing. §. 1. Inst. de J. N. & C. n. 5.*

Jam verò, an dominiorum distinctio *recte rationi*, & *sacris litteris consentanea sit*, ac *conformis*, discutere longum foret. Quòd jure divino confirmata sit, docet sat fuculenter septimum præceptum decalogi: *Non furtum facies*. Deinde, filios Adami, protoplasti, & primi parentis nostri, habuisse distinctos & proprios greges, agrosve, patet ex *Gen. c. 4. v. 2. 3.* & *4.* ubi legitur, quòd Cain de fructibus terræ, Abel verò de

Primogenitis gregis sui munera DEO obtulerit. *Accedit* præterea, quòd frequenter in sacris paginis fiat pauperum & divitum mentio, atque inter eos distinctio, *Exod. c. 22. v. 25. c. 23. v. 2.6.* §

II. Quæ distinctio inepta foret, si rerum divisio Juri divino, aut sacris paginis adversaretur. *Harp. n. 55.* ubi prolixo calamo tuetur divisionem rerum, & illam dari plus quàm manifestum est, ut poinde, quàm quisque rem sibi propriam fecit, illà sine facto suo privari non debeat. *l. 11. ff. de R. J.* jus enim quæsitum nemini invito auferendum est, *l. fin. ff. de pact.* ubi tamen

- 29 Q. VI. *An Princeps subditos suos jure quæsitò privare possit?* R. Interesse, an justam causam, puta utilitatis publicæ, habeat, necne? Si Princeps causam justam non habeat, intrepidè tenendum subditos suos Jure quæsitò privare non posse. Ita unò ore docent *Harp. prin. Instit. h. t. n. 115. Covar. var. resol. lib. 3. cap. 6. num. 5. Mysing. centur. 5. obs. 93. Gail. 2. obs. 56. Bachov. ad Treutl. vol. 1. disp. 1. th. 6. lit. A. item. th. 5. lit. H.* Ratio I. desumitur ex *l. 11. ff. de R. J.* quæ docet, id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non posse. Quæ ipsa regula, cum fundata sit in ipso Jure naturali, etiam in persona Principis locum obtinet, utpote, qui legibus, & principiis naturalibus non est exemptus. *Zoëf. ad ff. de li. num. 24.* Ratio II. desumitur à notabili exemplo, quo DEUS Regem Achab graviter punivit, eò quòd vineam Nabothi vi atque injurià occupaverit. *3. Reg. 21.* ut exinde satis liqueat, non licere Principi sine justa causa subditos Jure quæsitò privare. *Hunn. var. resol. lib. 9. tract. 1. q. 2.*

Non obstat. *l. 1. ff. de const. princ. § 6. Inst. de J. N. G. § C.* ubi expressè rescribitur, id, quod principi placuit,

habere vigorem legis; atque adeò, si principi placuerit, alteri Jus quæsitum auferre, id pro lege observandum erit. Enimverò R. id demùm, quòd principi placuit, habere vim legis, quòd non repugnat Juri naturali, aut Juri divino; jam verò paulò antè demonstrevimus, repugnare Juri naturali, & divino sine justa causa alterum Jure quæsitò privare.

Non obstat. II. quòd Imperator sit dominus mundi, *l. 9. ad leg. Rhod. de jur. & omnia quæ in mundo sunt, Cæsaris esse intelligantur, L. ult. Cod. de quadri. præscript.* ergò princeps de omnibus rebus poterit pro libitu disponere; quilibet enim est rei suæ moderator, & arbiter, *L. 21. Cod. mandanti.* R. enim I. in *d. l. 9.* mundum non esse accipiendum pro universo terrarum orbe, sed duntaxat pro territorio Cæsaris. Deinde principem esse dominum territorii sui, quoad Jurisdictionem & protectionem; non etiam quoad proprietatem singularum rerum. R. II. *d. l. ult.* quòd illa tantummodò procedat de bonis patrimonialibus, & fiscalibus, de quibus ibidem agit Imperator; non verò de bonis subditorum.

Non obstat. III. Quòd sacrilegii instar sit, de potestate Summi Principis dubitare, aut disputare, *L. 3. Cod. de crimin. Sacrileg.* Siquidem R. *d. l. 3.* non procedere in iis, quæ tendunt in præjudicium, & detrimentum tertii: ut puta, si princeps in consiliarium, vel ad aliud officium elegisset talem, qui vel propter ætatem, vel propter rerum notitiam minus idoneus foret; hoc in casu dubitare, & disceptare, num dignus satis sit, necne, sacrilegii instar foret; Princeps enim, promovendo inhabilem, aut minus idoneum, censetur eundem habilitasse, ac defectum supplevisse. *l. 57. de Re jud.* Longè aliter se res habet in iis, quæ sine legitima causa ex plenitudine potestatis

potestatis per principem in grave præjudicium tertii fiunt: veluti si cui res suas, vel Jus quæsitum auferret; tunc enim quærentem, & investigantem, an Jure id fiat, sacrilegii arguere amentia foret. *Harp. loc. cit. num. 132.* Ubi adhuc 10, *argumenta contraria* resolvit.

Non *Obstat*. IV. Quòd in principe sit pro ratione voluntas, ut alia justa causa non desideretur ad Jus quæsitum alteri auferendum; sed sufficiat plena, & absoluta potestas, quâ princeps pollet. R. enim ex dictis voluntatem principis, sine justa causa alteri Jus quæsitum auferre volentis, non principis esse, sed tyranni. Nec agnoscimus in principe absolutam, & plenam potestatem; hæc enim tyrannica est, & princeps ex Jure gentium, & ab ipsis populis originariè, & immediatè constitutus est, ut populi utilitatem, & salutem reipublicæ procuraret. *Bachov. loc. cit. th. 5. lit. H. Humm. var. resol. loc. cit.*

Si princeps justam causam habeat, puta emolumentum, vel necessitatem reipublicæ, *Communi D. D.* calculò comprobata est sententia, posse subditis Jus quæsitum tollere, & eos rerum dominiò privare. *Gail. l. 2. obs. 56. Humm. var. resol. loc. cit. q. 3. Mynsing. loc. cit.* Ratio sola, sed solida est, quòd favor publicus privatæ utilitati præferendus sit, *l. 3. Cod. de principilo.* Hinc illud Ciceronis, *Salus Reipublicæ suprema Lex esto!* Et, publicæ utilitatis gratiâ, à regulis Juris communis frequenter receditur, multaque permittuntur, quæ aliàs sunt interdicta, & prohibita, *l. 51. in fine ff. ad leg. Aquil.*

Non *adversatur*, quòd naturali æquitati repugnet, cum alterius jacturâ locupletari, *l. 206. ff. de R. J.* aut alterum lædere, *l. 10. ff. de J. C. J. §. 3. Inst. eod.* R. enim dicta principia naturalia non

procedere in iis, ubi versatur justa causa, puta favor, & salus reipublicæ. Hoc enim in casu favor publicus utilitati privatæ præferendus est. Quotiescunque enim concurrunt duæ rationes naturales, illa vincit aliam, quæ fortior est, qualis est, quæ fundatur in utilitate publicâ. *Clariff. P. Konig. ad decret. lib. 2. tit. 29. n. 4.*

Ex *dictis* suâ spontè fluit, quòd princeps, utilitatis publicæ causa domum subditi sui demoliri, aut ejus fundum, urbi vicinum pro dilatandis fossis, vel extruendo propugnaculo occupare, aut suburbia destruere, vel incendio, ne hostes eò se recipiant, consumere possit; ita tamen, ut princeps pretium rei destructæ ex æratio publico teneatur refundere, vel, si ærarium non sufficiat, cives compellat contribuere, ut pretium refundi possit. *Gail. loc. cit. num. 8. & 9. Humm. var. resol. loc. cit. Vasq. lib. 1. illust. cont. c. 5. nisi ipsorum privatorum conjuncta cum principe inseparabilis utilitas rei talis everisionem exposcat.*

§. F E R R E. 12.

I. Et antiquissimus domini, Jure naturali acquirendi, modus est *Occupatio*, quæ nihil est aliud, quàm earum rerum, quæ nullius propriæ, sed Jure naturali omnium hominum communes sunt, apprehensio. Tales res sunt *feræ bestiæ, volucres, pisces, & omnia animalia*, quæ *mari, calo, & terrâ* nascuntur. Hæ simul, atque ab aliquo capta sunt, Jure gentium itatim fiunt capientis, *text. hic. C. l. 1. §. 1. ff. h. t.* Ratio, quia circa res, quæ nullius, & communes sunt, obtinet *regula*, quòd cedunt occupanti, *text. hic.* Sicuti autem triplicis generis sunt animalia, puta *terrestria, aquatilia, & volatilia*, ita quoque tres sunt species occupationis, puta *Venatio, Piscatio, &*

Aucupium. Per venationem occupantur animalia terreftria, per pifcationem aquatilia, per aucupium volatilia. *Schamb. Infl. hic. Gail. l. 2. obj. 66. 67. & 68.*

AD VERS. NEQUE INTEREST.

Diximus: *animalia ferri occupantis.* Hoc loco traditur ampliatio prædictæ conclusionis, ut videlicet nihil interfit, five quis capiat volucres, & feras in suo five in alieno fundo; *ratio*, quia ær communis est omnibus; in aère autem aves volant, & feræ bestiæ, ob instabilitatem, quâ hinc inde vagantur, magis aère quàm terrâ contineri videntur: sicuti ergò tam in meo, quàm in alterius fundo aërem possum capere, ita aucupari, aut venari possum tam in meo, quàm in alieno fundo. *Perez. Infl. hic.*

AD VERS. PLANE.

Si quis fundum alienum ingrediatur, venandi, aut aucupandi gratiâ, à domino fundi, si is præviderit, poterit prohiberi, ne ingrediatur; me enim invito, non licet vicino ire per agrum meum *l. 11. Cod. de servitut.* Quòd si, prohibitione non obstante, ingressus fuerit, actione injuriarum tenetur, *l. 13. §. fin. ff. de injur.* quia vim, & injuriam facere dicitur, qui, invito domino, in ejus fundo versatur. *Manz. n. 23.* fera tamen, contra prohibitionem capta, fit occupantis, nec tenetur domino fundi illam occupans restituere, ita *Harp. n. 19.* Ratio, quia prohibitio non facit, ut fera, in fundo alieno consistens, desinat esse communis; licet enim fundus sit privatus, feræ tamen bestiæ, quæ in eodem liberè vagantur, communes adhuc, & in nullius bonis sunt, ut proinde naturali ratione occupanti cedant. *Manz. 26. Perez. Inflit. hic.*

Dixi: *nec tenetur Domino fundi illam*

occupans restituere, quoniam tum demum quis obligatur ad restitutionem, quando alteri res sua ablata est: atqui fera, licet in fundo alicujus liberè vagetur, antequam vivario includatur, non est domini, *l. 1. & l. 3. ff. de D. R.* ergò illam non tenetur restituere. *Harp. n. 22. Schneid. n. 7. hic. Franz. p. 2. §. 3. n. 22. Infl. h. t.*

Non repugnat, quòd ex delicto suo nemo debeat reportare commodum. *l. 12. §. 1. ff. de furt.* atqui, domino prohibente, ingredi fundum ejus, feramque capere est delictum. *l. 16. ff. de S. P. R.* ergò. Enimverò. *R. disting. maj.* Ex delicto suo nemo debet reportare commodum, si delictum directè, & proximè concurrat ad commodum, *conc. maj. si remotè, & indirectè, neg. maj. & con. min. sic distincto conseq. con. & neg. conseq.* Commodum, quod reportat venator, reportat proximè ex captura, & occupatione feræ, existentis in naturali libertate; non verò ex ingressu, qui remotè tantum, & indirectè ad commodum concurrat, & magis nocet, quàm prodest ingredienti, utpote producens actionem injuriarum, *l. 13. §. fin. de injur.* Sanè, reportare commodum indirectè ex delicto in Jure non videtur paradoxum esse, prout patet in emptore secundo, qui in dominio rei traditæ prævalet primo; & ex nuptiis, contra priora sponsalia contradictis, utpote quæ ponunt legitimum matrimonium. *Franz. loc. cit. num. 23. & Harp. num. 30.* ubi plura argumenta contra resolvunt, quæ omnia allegare prohibet instituti ratio.

AD VERS. QUID QUID.

Q. hic, *quandiu fera maneat in dominio occupantis?* *R. Imperator eousque, donec occupantis custodia continetur, & coercetur, quam si evaserit, & in natura*

ralem libertatem se receperit, ipsius esse desinere, atque rursus communem, adeoque iterum occupantis fieri. In naturalem verò libertatem se recepisse tunc intelligitur, cum vel oculos nostros penitus effugerit, vel ita in conspectu nostro sit, ut difficilis sit ejus persecutio, l. 8. ff. h. t. quod prudentis viri arbitrio, ex circumstantiis dijudicandum relinquatur. Schamb. hic.

Dicta de Jure communi obtinent; aliud de consuetudine servatur, quâ inspectâ, principes hodie Jus venandi sibi arrogant. Imò Jus venandi hodiernis moribus Regalibus principis accenseri, & Investituris ab Imperatore principibus, & aliis nobilioribus vasallis specialiter conferri, pauci sunt, qui non acriter propugnent. Hermes ad Jus publ. c. 11. numero 164. Speidel. in suo specul. lit. J. verb. Jagen. Rosenthal. de feud. cap. 5. concl. 94. num. 6. Carpz. p. 3. const. 32. defn. 17. num. 10. ubi ait, nemini hodie, etiam in suo territorio, venari licere, nisi cui id nominatim est concessum. Quare ipsam sententiam in hoc Austriæ Archi-Ducatu servari, satis constat ex Mandato generali Ferdinandi I. de dato 21. Maii 1557. & Ferdin. II. de dato 8. April. 1631. Clariff. D. Funferw. lib. 3. obs. 145. n. 26.

Venatio secundum hodiernos mores vulgò dividitur in *altam* & *bassam*, sive in bannum ferarum superiorem, & inferiorem. (In nostra vernacula in *den hoch-und niederen Wild-Bahn*) In Primam classem revocantur *das roth-und schwarze Wildprät*, als *Hirsch*, *Wild*, *Bären*, *Schwein*. i. e. *rubentes* seu *fulvæ* & *nigritantes feræ*, quales sunt *Cervi*, *ursi*, *apri*. In secundam classem spectant, *Rebe*, *Füchs*, *Hafen*, *Mäder*, *Wild-Katzen*. Item *Hafel Hümer*, *Reb Hümer*, *Schnepffen*, *Crobet-Vogel*, *Wild-Enten*, &c. i. e. *Ca-*

preæ, *vulpes*, *lepores*, *feles sylvestres*, *attagenes*, *perdices*, *gallinagines*, *feri anseres* &c. De Jure Austriaco venatio alta; sive bannus ferinus superior germano idiomate vocatur *der Wild Bahn*. Venatio verò bassa, sive bannus ferinus inferior *das Reisz-Gejagt*. N. Oe. Ordn. de Jurib. incorpor. tit. 9. §. 1. Clariff. D. Funferw. l. 3. obs. 146. n. 7. ubi ait, vigore der N. Oe. Reisz Gejagts Ordn. illud, cui bannus ferinus superior, (*der Wild-Bahn*,) competit, nihil habere præcipuum, quam *Hirsch*, *Wild*, *Bären*, *und Schwein*, cætera verò, puta *capreas*, *capricorneos*, & *rupicapras*; item *phasianos*, *tardas*, *retraones*, *attagenes*, *perdices*, &c. *Rebe*, *Stein Bock*, *Gems*, *Fasanen*, *Trappen*, *Auerbahnen*, *Hafel-und Reb-Hümer*, &c. pertinere ad Venationem bassam, sive bannum ferinum inferiorem. Porro, cum Jus venandi subditis, uti ab experientia luculenter constat, per principes ademptum sit, idèd

Q. VII. An Principes Jus venandi subditis suis Jure potuerint adimere? Sunt qui negativam sustineant, quos recenset Didac. Covarruv. in c. peccatum de R. J. in 6. p. 2. §. 8. num. 1. & Fach. l. 1. c. 1. Moventur I. Princeps non potest tollere Jus naturale, atqui Jure naturali cuilibet licet venari, *text. hic Wesenb. parat. num. 7. de A. R. D. ergò. II. Per l. 13. §. ult. de injur.* ubi in hæc verba differtè rescribitur: *sapissimè rescriptum est non posse aliquem piscari prohiberi, vel aucupari.* Si principes Jus venandi subditis suis prohibere possent, vel maximè titulò immemorialis præscriptionis deberent se tueri; sed isto titulò non possunt se tueri, quia res merè facultatis, qualis est Venatio, non recipit præscriptionem, l. 2. ff. de via publ. ergò.

Verum, his in contrarium nihil remorantibus, vera est, & communi *D. D. suffragio* comprobata *Sententia*, principes potuisse subditis suis Jus venandi Jure adimere. Ita tenent *Fach. l. 1. cap. 1. Harp. Inst. h. t. §. 12. num. 93. Zoëf. ff. de A. R. D. n. 13. Manz. hic. num. 44. Schamb. hic. Glettle Jurisprud. terriv. tom. 1. part. 2. c. 2. 3. 6. num. 2. Carpzov. p. 2. de crimin. q. 88. num. 7. Ex Theologis Molin. tom. 1. de J. & J. tract. 2. disp. 41. Less. lib. 2. de J. & J. c. 2. dubit. 7. Haunold. tract. 5. de J. & J. cap. 1. controuv. 3. n. 74.*

Prob. I. Quia Jus naturale non vult positivè, & absolutè, ut feræ, volucres, pisces, & cætera animantia sint communia, sed tantum negativè & permisivè, quatenus nullius sunt, & naturali Jure vacantia; ergò Jus eorum adhuc est relictum dispositioni Principis, qui si illud subditis suis adimat, nullum privat proprietate aut Jure quæsito, sed tantummodò facit ne Jus venandi sit in incerto.

Prob. II. Princeps potest ex justa, & rationabili causa Jus, alteri quæsitum, auferre, uti patet ab exemplo præscriptionis, ergò multò magis subditis poterit venationem prohibere, tum, quòd faciliùs tollatur Jus quærendum, quàm quæsitum. Atqui justa ratio, & causa exegisse videtur, ut subditis Jus venandi adimeretur, ergò Jure ademptum est: *subsumptum* ostenditur, quia vaga, & promiscua venandi licentia reipublicæ summopere foret nociva. I. Quia subditi valdè avocarentur à cultura agrorum, vini, &c. aliisque laboribus necessariis, quibus civitates conservantur. II. Quia prætextu venationis subditi instruerentur armis, atque ita excitandis rixis, atque homicidiis, & latrociniiis committendis fenestra aperiretur. Quia promiscua ve-

nandi licentia ingentem ferarum sollicitudinem produceret, ut fortè celeritùs vulpanserem trajicere posses, quàm veram vulpem. IV. Quia conditioni Principis valde consentaneum est, ut recreationem habeat, quâ curas publicas soleatur. Cæterum, si tibi dentes in carnem ferinam pruriant, æquò pretiò eandem licebit emere. *Glettle loc. cit.*

Ad I. *R. disting. maj.* princeps non potest tollere Jus naturale, positivum, sive absolutum *conc. maj.* atqui Jus naturale vult commune esse Jus venandi negativum *con. positivum neg. min. & consequ.* Jus naturale non statuit positivè, ut animalia ita communia sint, ut in communi omnium dominio permaneant, sed potiùs ut nullius sint. Illa autem quæ nullius sunt, ex causa publicæ honestatis, certo hominum ordini, à principe alteri conferri, aut sibi arrogari possè, vix ullus est mentis tam insanæ, qui neget. Ad II. *R.* istam legem loqui de privato, venationem, vel piscationem prohibente sine justa causa. Ad III. *R. I.* Possè etiam principes se defendere titulo immemorialis præscriptionis, prout docet *Clariff. D. Funsterov. loc. cit. obs. 45. num. 4.* Res enim meræ facultatis etiam admittunt præscriptionem, dummodò ex parte unius interveniat prohibitio, & ex alterâ parte acquiescentia, *l. 10. ff. si servit. vind. l. 6. ff. de S. P. U. Harp. Inst. hic num. 118. Chlingen. Inst. h. t. q. 27. ob. 2.* atqui valde credibile est, Principes subinde subditis suis Jus venandi prohibuisse, ac prohibitioni subditos acquiescivisse. *R. II.* Principes, vi potestatis ordinariæ, suis subditis Jus venandi tollere potuisse: Princeps enim ea omnia facere potest, quæ justâ ratione fundantur, & in reipublicæ emolumentum redundant, prout redundare prohibitionem venandi, supra demonstratum est.

Cæterum

Ceterum tamen si Principes Jus vendendi sibi arrogent, non tamen possunt prohibere subditis, ne arceant, aut abigant feris à satis, aut fructibus depascendis, cum cuivis liceat sua defendere contra quemcumque privatum; consequenter à potiori contra bestias, quas utique subditi alere non tenentur cum gravi suo detrimento. *Hauholdt. loc. cit. num. 76. Franz. Inst. h. t. p. 2. §. 3. num. 12.* Sanè, Principes obligati, ad damna refarcienda, quæ per Venationem, aut nimiam ferarum multiplicationem consultè subditis intulerunt, nullus est, qui dubitet. *Molin. d. tit. 2. disp. 47. Zoef. ff. h. t. n. 14.*

32 Q. VIII. *An pœnâ capitali affici possint, qui contra prohibitionem venantur? Item, an tales teneantur ad restitutionem?* R. I. Non paucos velle, ad restitutionem in conscientia feripetas non teneri, quia furtum non committunt, occupando rem communem, & prohibitio Principis non facit, quò minùs feræ communes sint, utpote, quæ in nullius dominio sunt, & demum occupatione efficiuntur propriæ, *Seham. hic. §. Dices secundò.* R. II. Tutius esse, ad pœnam capitalem non decurrere contra feripetas; indignum enim, & homini inconueniens est, hominem ad Imaginem DEI creatum, & Christi membrum, propter feram bestiam mactari. *Bachov. vol. 2. disp. 20. th. 3. lit. A.* Accedit, quòd Carolus V. Imperator omnes fures in sua constitutione criminali puniverit; Feripetarum verò nullam mentionem fecerit: quare pœnæ graviores, à principibus feripetis passim injunctæ, non ex bestiarum intuitu, sed legis pœnalem talem comitantis transgressione, in quam delinquens tacitè consentire præsumitur, dimetiendæ sunt. Illud tamen faciliè concessero, feripetam, ter vel quater depre-

hensum, & correctum, si quintà vice revertatur, tanquam incorrigibilem, & contemptorem Majestatis humanæ, vitâ privari posse, juxta decantatum illud, *qui Principi non obedierit, morte moriatur!* vide *Gletle Jurisprud. terrib. tom. 1. p. 2. c. 2. §. 6. à n. 8. usque ad fin.*

§. ILLUD 13.

Q. hic, *an fera, ita vulnerata, ut capi possit, cedat vulneranti; an capienti?*

Trebatio, aliisque placuit eousque videri vulnerantis, donec eam persequatur; quasi licere non debeat, feram ab alio vulneratam, eidem eripere, & vulnerantem, dum eandem persequitur, insidiosò cursu antevertere. Deinde potentia, propinqua actui, pro actu habetur; ergo etiam fera bestia, ad mortem usque vulnerata, haberi debet pro mortua.

Hòc non obstante, contrarium statuit *Imperator*, aitque capientis esse, ex ratione, quia multa accidere possunt, ut is, qui lethaliter vulneravit, eam non capiat. Ex hac ratione infert *Sehamb.* Si hæc circumstantia, videlicet, quòd nihil accidere posset quòd impediret à capto, feram vulnerantis esse: sicuti, si in laqueum inciderit, ita, ut se extricare nequeat, cedit laqueum ponenti, *lib. 55. ff. h. t.* Ad rationem dubitandi R. quòd potentia, propinqua actui, pro actu habeatur. Si nihil possit intercurrere, quò actus impediatur, vel si potentia ita propinqua sit, ut actus necessariò sequatur; ex vulnere autem mors non necessariò sequitur.

§. APIUM 14.

In præmissis dictum est, quòd per occupationem ferarum animalium acquiratur eorum dominum. Verùm cum de quibus-

quibusdam animalibus dubium sit, num fera sint, num mansueta? Ideò hic Imperator tria genera animalium declarat; quædam enim prorsus fera ut cervi, ursi, apri, lepores &c. Et in his locum habet regula (puta de Jure communi) quòd cedant occupanti. Quædam naturaliter sunt fera, sed consuetudine cicurata, & hominum industria ita mansueta, ut à nobis abeant, redeantque, avolent, revolentque, veluti columbae, pavones, & quandoque cervi, &c. Quædam naturaliter mansueta sunt, veluti gallinae, anseres, domestici, &c. Manz. n. 2. hic.

33 Q. nunc, qualia animalia sint apes, ad quod R. Imperator: apium quoque feram esse naturam. Unde sequitur, & in his regulam locum habere; videlicet, quòd cedant occupanti. Sicuti autem volucres, quæ in arbore nostra confederunt, nidumque fecerunt, non prius nostræ efficiuntur, nisi occupantur; ita etiam apes quæ in arbore nostra confederunt, & mellificarunt, antequam alveo includantur, nostræ non sunt: ideò, si alius per occupationem, *text. hic.* poterit tamen volens ingredi fundum tuum, ad includendas apes, à te prohiberi, ne ingrediatur, & post prohibitionem ingrediens, & includens apes, licet earum dominus fiat, tamen actione injuriarum conveniri, sicuti supra diximus. Quòd si verò examen apium evolaverit ex alveo tuo, tam diu manet tuum, donec in conspectu tuo est, nec difficilis redditur ejus persecutio. *Schneidew. num. 5.*

Dicta procedunt de apibus sylvestribus, de quibus est *l. si apes 26. ff. de furt.* nam in iis, quæ cicures factæ sunt, de quibus *textus* extant in *l. 8. ff. famil. hercis.* & ex consuetudine, ac diurna assuetudine avolare & revolare solent, ea potius locum habent, quæ in sequenti

§. habentur. Manz. 13. *Wesenb. Inst. hic n. 2.* Quid jure Auftriaco circa apes obtineat, vide *die Satz- und Ordnung. de Jurib. incorp. tit. 9. §. 7. 8. 9. & 10.* ubi habentur ista verba: *Wann einent ein &c. i. e. Si examen apium evolaverit domino, idque trans viam (über einen gewandten weg) in alieno fundo vel arbore confederit, Dominus autem insequatur, ne sedem remotiorem petant, licet ei illud colligere; verum tamen non movebit, donec ei ad quem pertinet fundus vel arbor renunciatum sit; atque huic favoris unus erit tribuendus. Ubi autem examen, quod trans viam alieno fundo vel arbori insedit, nemo persequitur, tunc licet ejus fundi vel arboris possessori examen colligere & auferre; nec de eo quicquam impertiri Domino examinis tenetur. Si vero id tertius aliquis inveniet, is non poterit colligere vel auferre insalutato fundi possessore. Si tamen possessor fundi vel arboris cui insedit examen, post denuntiationem in mora sit, inventor autem interea id alveo incluserit, tunc licebit huic id capere. Qui autem id sibi habere volet, is pretium æquum pro parte dimidia examinis, mellis & alveorum altæ qui alveum attulit optio sit, pretium accipiendi, vel examen ipsum retinendi. Si porro examen in via ipsa (in einem gewandten weg) arbori insederit, tunc poterit qui insequitur illud colligere, nulla habita ratione possessoris fundi vel arboris.*

§. PAVONUM. 15.

Pavonum & Columbarum fera natura est; ratio, quia feræ naturæ dicitur omne id, quod pastoribus custodiri nequit. *Schneid. hic. n. 6.* Non obstat, quòd evolare & revolare soleant; hoc autem proprium sit animalium cicuratorum, quia id non ex sua natura, sed per accedens ex diurna consuetudine, & assuetudine,

udine, & assuefactione fit. Hinc supra §. 14. diximus quædam animalia esse naturaliter fera; consuetudine tamen cicurata, quem in censum pertinent *Pavones*, *Columbe*, imò etiam subinde *Cervi*, quorum naturam feram esse, nemo negat, ire, & redire solent. *Manz. n. 3.* Circa ista animalia obtinet *regula*, ut, consueque nostra esse, intelligantur, donec animum revertendi habent. Unde, quamdiu hunc animum retinent, qui ex redeundi consuetudine judicatur, ab alio occupari non possunt, *text. hic.* Adeò, ut, si intercepta ab aliquo fuerint; aut saltem à revertendi consuetudine per inescationes, artes, & fraudes averfa fuerint, in eum actio furti competat, cum non res communes, sed res alienas, invitò domino, contrectet. *Manz. n. 9. Harp. n. 9. bic.* Unde *Colliges* non licere alienas columbas sine furti crimine capere. *Schneid. n. 3. bic.* Cæterum vero, quando hæc animalia, consuetudinem redeundi abjecisse videantur, & censeri debeant, iudicis arbitriò relinquendum; quia, quæ facti sunt, certò definiri non possunt. *Manz. n. 4.* Putant tamen aliqui, si duabus, vel tribus vicibus horis consuetis non revertantur, animum revertendi deposuisse, quia consuetudinem inducit binus, vel trinus actus. *Schneid. bic n. 4. Franz. p. 2. §. 3. b. t. n. 17.*

§. GALLINARUM. 16.

Hactenus de animalibus, prorsus feris, & naturaliter feris, consuetudine tamen cicuratis. Sequitur de mansuetis, qualia sunt *Galline*, *Anseres*, *Oves*, *Porci*, &c. Circa hæc enunciat Imperator: si *anseris tui*, aut *galline tue*, aliquò modo turbati, turbatæ evolaverint, licet conspectum tuum effugerint; quocumque tamen loco sint, tui tue esse intelliguntur. *Kees ad Instituta.*

Unde sequitur, si quis lucrandi animò anserem & gallinam detineat, quòd furtum committat, *text. hic.* quia furtum etiam in minima re, & quantitate committitur, *c. ult. caus. 14. q. ult.* non enim id, quod furtò ablatum est, sed mens furantis attenditur: si ve non ex quantitate, sed affectu furandi delictum æstimatur; licet in puniendo quantitas consideretur. *Manz. n. 10.*

Dices: actio de dolo non datur ob rem minimam. *l. 10. §. 11. ff. de dolo;* ergò neque actio furti dabitur pro gallina, utpote re minima: quia actio furti æquè infamat, quàm actio de dolo. *R. conc. antec. neg. conseq.* disparitas est, quòd actio furti sit ordinaria; actio verò de dolo sit extraordinaria, prout *DE O dante, l. 4. tit. 6. Inst.* audiemus; facilius autem remedium ordinarium, quàm extraordinarium datur, & actiones ordinariæ etiam dantur pro re minima. *Mysf. Schneid. Manz. bic. Gail. 2. obs. 102. n. 4.* Sic ob rem minimam raptam datur actio vi bon. rapt. *prim. Inst. de vi. bon. rap.* ob cornua bovis conditio furtiva, *l. 14. §. 2. ff. de condict. furt. &c.* Intereà Judex vehementer caveat, ne, si quis litiget de re minima, summum Jus tranferat in summam injuriam.

In Archi-Ducatu inferioris Austriæ circa recensita animalia ita se habet, *die neue Satz und Ordnung, de Jurib. incorp. §. 3. §. 11. Wann einer &c. i. e. Qui feram vel avem ab alio nutritam & revertendi consuetudine cicuratum interceperit & scienter detinuerit, is non modo ad eam restituendam compellendus erit, verùm etiam, agente Domino animalis prebendus, ac decernente iudice puniendus erit. Cum ab aliquo columba, anseres, pavones, ejusque generis animalia aufugerint, quantum extra Domini conspectum pervenerint, nec facta sit ulla persecutio, tamen*

ea superveniēti Domino restituenda sunt ; ac tenetur is ad quem effugerunt, cum quem novit dominum certiores facere. Qui autem ex hisce unum alterumve non faciet, is a iudice ad id compellendus erit, ac insuper ob injustam detentionem penas dabit.

§. I T E M E A. 17.

- 35 II. Modus acquirendi de Jure gentium, est *Occupatio in bello*; nam ea, quæ ex hoste capimus, jure gentium statim nostræ sunt, *text hic. §. in l. 5. ff. h. t.* Ratio autem hujus non est illa, quòd tales res nullius sint, quoniam hostes reverà domini sunt; sed, quia pro derelictis habentur, res autem pro derelicto habitæ cedunt occupanti, §. *pen. b. t. Pomerck. Inst. hic.* vel idèò, ut homines scelerati, justò bellò victi coercerentur, &, ut milites spe prædæ alacriores reddantur. *Harp. num. 2. Perez. Inst. hic.* Dicta *conclusio* in tantum ampliatur, ut etiam liberi homines in bello capti, in servitutem nostram deducantur; *ratio est eadem, quæ supra.* Quòd si tamen taliter capti evaserint, sive vi, sive fallaciâ potestatem hostium, & ad suos reversi fuerint, postliminii jure libertatem pristinam recipiant, *text. hic.*

Hodie inter Christianos, propter charitatem Christianam, &, quos magis fratres invicem, quàm servos esse decet, jus captivitatis cessat; ac proinde, etiam justissimò bellò capti, de consuetudine generali, capientium servi non fiunt; certam tamen pecuniam, lytri nomine (id est: *die Rantzion*), debent persolvere, & sic redimuntur. *Harp. n. 10. hic. Manz. num. 8.* Si nempe capitulatio, vulgò *ein Cartel*, inter militantes erecta, & lytrum pro qualitate captivorum determinatum fuit; aliàs enim tantum permutatio personæ æqualis pro æquali locum habet. Ista autem *conclusio*

limitatur, ut tantum de rebus mobilibus, non etiam immobilibus procedat; hæ enim publicantur, hoc est, illius efficiuntur, cujus auspiciis bellum geritur: tales autem res immobiles sunt v. g. *agri, fundi, prædia, arces, urbes, &c.* quibus etiam tormenta, cæterique apparatus bellici, *annonæ, & pecunia publica*, immediatè que bellum gerenti propria numerantur. *Manz. n. 11. Schneid. hic.*

Dubitatur, an capta ab hostibus prioribus dominis veniant restituenda, si virtute bellicâ denuò hostibus auferantur? R. Certam esse *sententiam*, res immobiles, hostibus devictis, receptas, in præda non esse; sed postliminiò ad suos dominos reverti. Ita sancit apertè *text. in l. 20. §. ff. de captiv. & postlimin. revers.* Cæteras verbò res privatas, & mobiles in præda manere, verius est per *l. 28. ff. eod.* Ratio, quia per occupationem Jus quæsitum habent. *Harp. n. 21. Zoëf. ff. de A. R. D. n. 18.* Hodie acquisitio rerum hostilium in bello videtur pendere ex liberalitate bellum gerentis; proinde tantum cedit privato, quantum princeps volet. *Franz. Inst. h. t. p. 2. §. 3. n. 49.* in castris tamen Cæsaris indifferenter res mobiles occupantis manent, & à pluribus simul acceptæ, (id est: *auf einer Parthey*), intra officiales, & gregarios à proportionem ipsorum stipendiiorum dividuntur; *ita tamen ut ductor partem præcipiam honorarii loco*; res autem mobiles ab inimicis sociis abreptæ, & ab aliis recuperatæ ante 24. horas jure postliminii praxi bellicâ gaudent, iis elapsis, reoccupantis manent.

§. I T E M L A P I L L I 18.

III. Modus acquirendi de Jure gentium est *Inventio*. Nam, si quis *lapillos gemmas, margaritas, conchas*, vel alias res in mari, vel littore maris invenerit, & apprehenderit, is naturali ratione *statim*

statim dominus illarum efficitur; estque ratio, quia hujusmodi res sunt nullius, sive communes, ut ipsum littus, & ideò inveniendi, sive occupanti cedunt. Dicit autem Imperator in *littore maris*, nam quæ in privatis locis, vel viis & itineribus publicis reperiuntur, inventoris non sunt, sed pristini domini manent, & etiam per publicum præconium ei reddenda sunt; alioquin furtum committitur, c. 6. *caus.* 14. q. 5. Ratio, quia, quod tuum non est, scire debes, ad alium spectare, l. *fin. Cod. unde vi.* Dictum deinde, *invenerit & apprehenderit*; ratio, quia, ad acquirendum non sufficit hæc videre, & alio ostendere, sed necesse est apprehendere, & occupare: inventio enim non fit oculis, sed manu, non visione, sed apprehensione. *Perez. Inst. bic.*

37 Q. III. Si duo simul in littore maris ambulent, & unus prius gemmam videat; alius verò prius apprehendat, cujus erit gemma? Sunt, qui prius videnti consignent. *Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 20. th. 2. lit. H. Schamb. bic.* Prior ita scribit: fatendum est, aliam esse rationem animalium, quæ se ipsa movent, aliam rerum motibulum inanimatarum, suprâ terram apparentium; in quibus licet apprehensione opus sit, existimaverim tamen, quoniam istæ res de loco se movere non possunt, etiam aliquid aspectui tribuendum esse; veluti, si quis gemmam, primò à se visam, animò, eam apprehendendi demonstrat alteri, dicens: se gemmam ibi invenire, potiorem se esse debere neque alterum prævertendo, dominium sibi vindicare posse.

II. Ly invenire ex communi hominum acceptatione essentialiter apprehensionem non requirit, dum enim quis gemmam; ante se jacentem, videt, verè dicit, gemmam invenisse; ergò non requiritur apprehensio.

III. Dicitur in textu: *statim inventoris sunt*, id est, etiam ante apprehensionem.

IV. Potest alteri trahi fundus per solam visionem, l. 1. §. *pen. ff. de acq. vel amitt. poss.* ergò à fortiore etiam acquiri res, quæ antè adhuc nullius est.

His non obstantibus probabilior, & longè verior est *Sententia*, rem occupantis fieri. *Haunold. de J. & J. tit. 5. controv. 1. cap. 1. n. 2. Harp. Inst. bic. n. 5. Treutl. vol. 2. disp. 20. th. 2. lit. H. Manz. n. 6. & Schneid. n. 4.* Ratio I. quia occupatio, non visio est modus acquirendi, nullum enim textum ostendere possis, qui dicat, visionem esse modum acquirendi. Ratio II. desumitur ex particula *item*, quæ est repetitio præcedentium clausularum cum suis qualitatibus, atqui in *præced. §§.* dictum est, quod non sufficiat ad acquirendum rerum dominium *Visus*, sed *Occupatio* requiratur; idem ergò etiam de hoc modo inventionis dicendum erit. *Accedit*, quòd verba cum effectu accipienda sint. l. 1. §. *hec autem. ff. quod quisque juris &c.* Hinc fac! vigere statutum, ille, qui furem, vel latronem invenerit, habeat centum. Planè videnti solummodò isti centum non debentur; sed apprehendenti, & occupanti. *Schneid. loc. cit.* Ratio III. patet ex l. 3. §. 3. *ff. de acq. vel amitt. poss.* ubi dicitur, quòd solò animò non possimus acquirere possessionem; si non antecedit naturalis apprehensio. Huic l. 3. §. 3. adjungo l. 1. §. 1. d. t. ubi dicitur, quòd margaritæ, in littore maris inventæ, ejus fiant, qui primus earum possessionem nactus est. Jam sic arguo: Res communes, in littore maris inventæ, ejus fiunt, qui possessionem earum prius nactus est, d. l. 1. §. 1. Sed possessio solò animò, sive solà visione non acquiritur d. l. 3. §. 3. ergò ejus non fiunt, qui tantummodò vidit, & non apprehendit. Ratio IV. quia talis

gemma nullius est, atqui circa res, quæ nullius sunt, tradita est *regula*, quòd jure naturali primò *occupanti* NB. (non dicitur *videnti*) cedant.

Ad I. *Dico*: rationem differentiæ, quàm *Bachov.* inter res, quæ se movent, & quæ se movere non possunt, autoritate juris destitui; & contrarium involvi per particulam *item accedit*, quòd etiam thesaurus sit res, quæ se movere non potest, & tamen thesaurus non cedit *videnti*, sed *occupanti*. Ad II. *dico*: ly *invenire* apprehensionem requirere, verba enim cum effectu accipienda sunt. Diende inventio *definitur*, quòd sit occupatio rerum inanimatarum, quæ nullius sunt, *Franz. hist. b. t. p. 2. num. 30.* Non verò *definitur*, quòd sit visio, adeòque signum est, quòd apprehensio ad inventionem requiratur. Ad III. *℞.* statim inventoris fiunt, atque res inventas apprehenderit. Ad IV. *conc. ant. neg. conseq.* Traditio enim ad suam formam non requirit de manu ad manum rei translationem; cum etiam per fictam manum res tradi possit. *Accedit*, quòd, ad traditionem perficiendam plus non requiratur, quàm, ut alter jus, quod habet in re, in me transferat, sic enim jam acquiri ei dominium, quia omne jus, quod habuit, in me trahit. Contrà, ut rei communis, quæ nullius fuit, acquiram dominium, debet aliquid intercedere, quod dominium tribuat, ut res desinat esse communis: atqui nihil est, quod tribueret dominium, nisi occupatio; ergò.

§. I T E M E A. 19.

IV. Modus acquirendi est *Fœtura*, *nativitas*, seu *procreatio animalium*. Quid enim ex animalibus, dominio nostro subjectis, nascitur, Jure naturali, seu gentium nobis acquiritur, *text. hic.*

cujus hæc est *ratio*, quia fœtus, sive partus est veluti pars ventris. Non potest autem pars alio jure centeri, quam totum; ergò, cujus totum est, necessè est, & partem esse, quoniam pars toto continetur. *Harp. num. 2. hic.* Ratio alia, quia accessorium sequitur suum principale, & partus ventrem. *l. 7. Cod. de R. V.* cujus igitur est venter, ejus est & partus, *Manz. num. 3.* Unde sua sponte fuit, quòd, si equam meam equus tuus pregnantem fecerit, non sit tuus, sed meus equulus, qui natus est. *Hertog. §. fin. Inst. hic.*

§. P R Æ T E R E A. 20.

V. Modus acquirendi domini est *Alluvio*. Nam si flumen per alluvionem agro tuo aliquid adjecerit, jure gentium tibi acquiritur. Est autem alluvio incrementum latens, cum quid ita paulatim prædio nostro adjicitur motu fluminis, ut intelligi non possit, quantum quoque temporis momentò adjiciatur. *Ratio* hujus domini acquirendi à variis varia redditur. I. est hæc, quam allegat, *Schneid. hic num. 1.* quia nullus hic versatur possessoris animus, nullum ejus factum, quòd magis alieno fundo quidquam detrahatur, & suo adjiciatur, consequens est, ipsam naturam sua sponte per alluvionem id appropriare fundo, cui accedit, II. Ratio adornatur ab *Harp. hic.* quia accessorium sequitur suum principale, *l. 178. ff. de R. J.* & pars sequitur naturam totius, ita ut, cujus est totum, illius meritò sit & pars, quæ toti accessit. Æquitas verò hujus acquisitionis ex eo augetur, quòd, quæ alluvione accrescunt, ita latenter, & obscurè aliis locis detrahantur, ut non intelligatur, quorum prius fuerint, & quibus sint detracta; proindeque, licet quis maxima vellet prioribus dominis illa restituere, non

non tamen possit, cum, qui domini fuerint, ignoretur. III. Ratio assignatur à *Manz. hic. num. 4.* quia ista res, quam aqua vehit, censetur esse communis, ergò is sit dominus, cui adjicitur.

Sane fundus limitatus, puta, qui certis limitibus circumscriptus est, ac auctoritate publica signatus, jure alluvionis non gaudet, *l. 16. ff. de A. R. D.* Ratio, quia dum fundus factò publicò signatus est, satis declaravit res publica, quòd Jus alluvionis sibi velit reservare. Fundus illimitatus verò, sive cujus limen est ipsum flumen, gaudet jure alluvionis, *text. hic. & arg. l. 16. ff. de A. R. D. Fritschius de Jure alluv. lib. 2. cap. 1. & lib. 1. cap. 2. num. 7.* Quemadmodum verò fundus limitatus jure alluvionis non gaudet; ita quoque loca sacra, religionis & sancta jus alluvionis non recipiunt, eo quod talia loca nullius esse dicantur, *l. in tantum. §. sacra res. ff. de D. R.* quæ autem in nullius bonis sunt, non gaudent jure alluvionis. *Fritsch. loc. cit. num. 6. & l. 2. c. 1. num. 3.* Sed, cujus erit *Insula, nata inter agros limitatos, vel loca sacra?* Bartol. in eam descendit opinionem, ut illorum insulam fieri existimet, qui post agros limitatos habent vicina prædia. *Contra sentit Fritsch. loc. cit. cap. 2. num. 1. ubi vide.*

§. QUOD SI. 21.

Dictum fuit suprà, si latenter accreverit? hinc, si vis fluminis notabilem partem alterius agro adjiciat, ea adhuc prioris domini manet, ratio, quia pars, per fluminis impetum de tuo prædio detracta, quamvis ad alterius prædium delata sit, separata tamen manet, nec pars ejus esse intelligitur. Quare tu, utpote adhuc dominus, partem istam vindicare potes; dummodo caveas vicino de damno infecto, *l. 9. §. 2. ff. de damn. infect. Harp. hic.*

Planè si pars detracta diu adhæserit fundo vicini, arboreque, quas secum traxit, ibi radices egerint, tunc partim propter negligentiam non repentis, partim propter alimenta fundi alentis, alterius agri domino acquiritur, *text. hic.* Quando autem arbores in fundo alterius radices egisse censerì debeant, iudicio rusticorum standum est; ratio, quia cuique de his, quæ sunt artis suæ, vel professionis fides adhibetur, *l. 12. ff. de stat. homin. Manz. num. 12.* Non Obstat dictis *l. 5. §. 3. ff. de R. V.* ubi ita rescriptum est: *de arbore, quæ, in alienum agrum translata, coaluit, & radices inniisit. Varrus, & Nerva utilem in rem actionem dabant,* ergo, si prior dominus utilem in rem actionem habet, utique dominium ejus non amisit, sed retinuit, etenim actio in rem nemini, præterquam domino, competit. Non (inquam) *textus* iste refragatur, ad cujus solutionem, licet varii varia excogitaverint, placet tamen ista, quam *Harp. n. 7. bic. Ludwel. Inst. eod. Hum. ad Treutl. vol. 2. disp. 28. th. 5. q. 25. Manz. & Mynsing. hic.* in medium producant, dicentes: arbores, sive impetu fluminis, sive factò hominis ablatas, si alieno in fundo radices egerint, à priori domino amitti, atque ei, cujus in fundo positæ sunt, acquiri in tantum, ut is utilem actionem, si fortè alius istas occupaverit, habeat. Utilis autem actio ibi dicitur, non quæ directè opponitur; sed, quæ ad agendum utilis est, & efficax: cum enim fundi illius, quæ arbores sunt positæ, dominus plenum acquiserit dominium, necessariò sequitur, ut ei non utilis, sed directà actio (quæ utilis vocatur, quòd ad agendum efficax sit, nullaque exceptione removeri queat) accommodetur.

§. I N S U L A. 22.

39 VI. Modus acquirendi dominium est *Insula*, exinde sic dicta, quod in solo, sive mari sit; est autem nihil aliud, quam terra seu locus, undique aqua circumdatus. *Schneid. n. 2. hic.*

Insula alia est *naturalis*, quæ semper fuit, ut *Corfica*, *Creta* &c. Alia est *causalis* sive *accidentalis*, quæ in flumine sæpè & frequenter, in mari verò perrarò nascitur; & de posteriori loquitur §. iste, fancitque, si in mari (quod tamen rarò accidit) insula nascitur, occupanti cedit. *Ratio* est in *textu*, quia nullius esse creditur, quod autem nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur; *Ratio rationis*, quia unaquæque pars judicatur secundum suum totum, & quod juris est de toto quoad totum, idem est de parte quoad partem, *L. que de tota, ff. de R. V. atqui insula censetur pars maris*; ergò, sicut mare, & littora maris nullius sunt, ac proinde occupantis, ita quoque Insula, *Manz. n. 4.*

Dictum est: rarò accidere, ut in mari Insula nascatur. *Ratio*, quare id rarò contingat, est, quia altitudo, & profunditas maris ejusdemque fluxus, & refluxus nimis violentus, & magnæ undæ, atque procellæ vix patiuntur, terram coalescere, & in formam Insulæ exaggerari. Terræ motibus tamen quandoque id accidere, testatur *Plin. lib. 2. cap. 85. Manz. & Harp. n. 2.*

A D V E R S I N S U L A.

40 Si Insula nascatur in publico (quod frequenter accidit) tunc, si mediam partem fluminis teneat, id est, in medio fluat, sit eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam prædia possident, pro modo scilicet *latitudinis*, id est *frontis seu longitudinis*, agri cujusque juxta

ripam; hoc est, quantum unus quisque spatii, vel longitudinis habet juxta ripam, tantum quoque spatium habeat in ipsa Insula. *Ratio* hujus acquisitionis est, quia Insula illa videtur decerpta ex ripis, utrinque vicinis, & proinde ad agros proximos pertinet. *Harp. num. 5. & 6.*

A D V E R S Q U O D S I A L T E R I.

Quid? si Insula uni prædio sit proximior, & non in medio nascatur? *R. Imperator*: Insulam eorum tantum esse, qui ab ea parte prope ripam prædia possident. *Ratio*, quia ejus duntaxat fundi pars esse videtur, cui est proxima, & ab eo velut decerpta. *Perez. Inst. hic.*

Quod si verò flumen se dividat, & agrum alicujus cingat (quod *Hotomanus* circumluvionem vocat) Insula quidem fiet, manebit tamen ejus, cujus erat, *text. hic. & in l. 7. §. 4. ff. b. t.* *Ratio*, quia speciem agri non mutat, non enim fuit unquam facies soli mutata, & Insula non est recens nata, sed terra jam occupata, & ab alio possessa, cujus forma, facies & causa cum non mutetur, certè nec dominium mutari debet. *Manz. n. 28.*

Non obstat *L. pen. §. 1. & ult. ff. de A. D. R.* ubi Insula publica esse dicitur, *R.* enim, Insulam ibi publicam dici ratione usus, eamque non totam, sed quoad extremitatem, quæ extremitas sit locò & instar ripæ, & proinde usu publica, *Bachov. Inst. hic. & Ludwel. num. 9.* hic ait: Insulam inter duos agros limitatos natam fieri communem, atque ita occupantis. *L. 1. §. 6. ff. de fluminib. Fritsch. l. 2. de Jure alluv.*

§. Q U O D S I N A T U R A L I. 23.

Alveus est locus & fossa, per quam aqua fluit, alii *ventrem*, alii *lectum*, alii *cubile fluminis* appellant, estque Juris publi-

ci, quamdiu flumini servit, sicut ipsum flumen. *Schneid. num. 1.* Quòd si flumen naturalem suum alveum (hoc est fossam illam per quam labitur) in universum dereliquerit, & ad partem fluere coeperit; (*Wann das Wasser einen andern Rinn-Fall genommen*) Tunc prior alveus eorum erit, qui propè ripam ejus prædia possident, pro modo scilicet latitudinis ejusque agri, quæ propè ripam sit. *text. hic. Manz. n. 2.* Novus autem alveus sit ejus juris, cujus juris est flumen: cum ergò flumen sit publicum, & alveus erit publicus, ratio, quia pars sequitur conditionem totius, alveus autem quamdiu subest flumini, ejus pars est, & idcirco ejusdem juris cum flumine. *Harp. n. 4.* Quòd si verò novus alveus iterum mutetur, & ad priorum alveum revertatur flumen, rursus novus eorum fiet, qui proximos agros possident, non verò reddetur iis, quorum agros absumpserat, *text. hic.* Ratio est, quia mutatà formà rei substantia interire dicitur, at horum agri veterem formam & speciem mutaverant, ideoque ad pristinos dominos non revertuntur. *Harp. n. 5.*

§. ALIA SANE 24.

42 Si ager alicujus inundetur, id est aquis tegatur, tum possessio quidem interrumpitur, *l. 3. §. 17. ff. de acquir. poss.* dominium tamen non aufertur, *l. 7. §. 6. h. t.* nisi sit inundatio perpetua, ven talis, quæ speciem agri mutat. Non obstat *l. si ager 23. ff. quibus modis ususfructus amittatur*, ubi dicitur, inundatione amitti proprietatem, & ususfructum, ergo ipsum dominium. *¶ Manz. hic. n. 8.* quamdiu etiam amitti dominium, quamdiu durat inundatio, puta, quoad effectum, seu (ut *Schamb. ait*) amittitur dominium amissione facti non eà, quæ jure fit; unde in *d. l. 7. §. 6.* dicitur,

cùm recesserit aqua, palam est, ejusdem esse, cujus & fuit. Aliter *¶ Bachovius*; aitque, neque proprietatem, neque ususfructum propriè amitti, sed tantum impropiè, & apparenter; aliàs non restitueretur utrumque recessu fluminis.

§. CUM EX. 25.

VII. Modus acquirendi de Jure natu-43
ræ est *Specificatio*, sive (ut magis propriè loquar) *novæ speciei ex aliena materia conformatio*, & *effectio*, *Harp. n. 1. hic. in exemplo*, si quis alienis *uvis vinum, olivis oleum, spicis frumentum*; aut ex alieno auro vel argento, vel *ere vas* aliquod fecerit; vel denique ex alieno *melle, & vino mulsum* miscuerit. In his, & ejusmodi casibus

Q. quis novæ speciei dominus fiat, an is, qui fecit; an potius ille, qui materiam Dominus fuit? Circa hanc *Q.* vehementer altercabantur veteres *JConsulti*. *I. S. C. Sabinianorum* tenebat, eum esse dominum, cujus materia fuit, quia sine materia nulla species effici potest; ergò, qui materiam Dominus fuit, idem ejus quoque, quod ex materia factum est, Dominus erit *l. adeò 7. ff. h. t. II.* Quod nostrum est, sine factio nostro ad alium transferri non debet, *l. 11. ff. de R. J. III.* Quod ex re mea fit, meum est, *l. 42. §. denique ff. ad exhib. IV.* Quia nemo cum alterius jactura debet locupletari. *l. 296. ff. de R. J.*

Verùm hæc *ultima ratio* parùm ad rem facit: nam is, cui dominium adjudicabitur, alteri æstimationem materię, vel labori præstare, & resarcire tenetur, *l. 43. §. 4. ff. de R. V. Schamb. hic. SC. Proculianorum* è contrario putabat, eum esse dominum novæ speciei, qui speciem fecit. Movebantur *I.* quia, quod

quod factum est, antea nullius erat, l. 7. §. 5. b. t. ergo faciens censeri debet dominus. *Harp. num. 2.* II. Quia forma dat esse rei, ergo debet is esse dominus, qui rei esse dedit. *Schamb. hic. III.* Dignius trahit ad se minus dignum, *arg. §. 34. infra b. t.* dignior autem videtur esse forma, quæ dat esse rei, quàm materia. *Manz. num. 13.*

Neutram *Sententiam* comprobavit *Justinianus*, verum *distinctionis* adminiculo discordiam *JConsultorum* sustulit, sicque fanciit: aut enim ea species ad priorem & rudem materiam potest reduci, aut non potest reduci? Si potest reduci quemadmodum poculum conflatum reduci potest ad rudem materiam argenti, vel auri, tunc is erit Dominus novæ speciei, qui materiæ Dominus fuit; *ratio*, quia species non videtur novam formam suscepisse, quæ tam facile resolvi potest in pristinam, & rudem materiam. *Schneid. num. 4.* Ratio alia, quia paria sunt, esse tale, & ad tale posse reduci, *Manz. num. 15.* ubi infert, quod si poculum feceris ex meo argento, poculum meum fiet.

Si nova species reduci non potest ad pristinam materiam, tunc nova species cedit specificanti, v. g. vinum, vel oleum ad uvam, vel olivas, non potest reduci, ergo vinum, & oleum illius sunt, qui illa expressit. Item cerevisia ad lupulum, & hordeum redire non potest, ergo is dominus videtur, qui cerevisiam cogit, & braxavit; *ratio*, quia, quando species ad rudem materiam non potest amplius reduci, materia habetur pro deperditâ: materia autem deperditâ & extinctâ, dominium quoque ejus sublatum censetur, *Manz. num. 16.*

Non *obstat regula*, quod ex meo fit, meum est, nam ad veritatem istius regulæ requiritur aliqua istarum conditio-

num, scilicet quod egomet faciam, aut alius meo nomine, vel mandato meo, vel sine mandato, me tamen ratificante, vel denique quod alius faciat malâ fide. *Schneid. n. 4. hic.*

Porrò, ut specificans fiat Dominus novæ speciei, plura adhuc concurrant, necesse est, I. ut bona fide novam speciem confecerit, nam sciens malâ fide de aliena materia quid faciens, non fit ejus Dominus, & videtur operam suam Domino materiæ donare, l. *cujus per errorem §. 3. ff. de R. J. Schneid. num. 5.* II. ut species ad antiquam rudem materiam reverti non possit. *text. hic. III.* ut faciens suo nomine id fecerit; si enim alterius nomine id fecerit, ejus efficitur, cujus nomine facta est species, l. *adeo. 7. §. 7. ff. de A. R. D. Harp. num. 10.* III. *Schneid. hic. VI. & ultimo*, ut nova species constituitur, nam, veteri specie manente, & figurâ tantum externâ mutata, res non fit specificantis; sed prioris domini manet, licet ad rudem materiam reduci non possit.

Unde *infero*, si quis lanam alienam purpurâ, aliòve colore tingat, aut tingendam curet, quod nihil suum faciat, sed lana ejus maneat, cujus antè fuerat; quoniam novum duntaxat colorem, & non novam speciem huic lanæ inducit. l. 26. §. *ult. ff. de A. R. D.* pariter, si quis ex alienis speciebus frumentum excutiat, frumentum non excutienti acquiritur, sed manet illius, cujus & specie fuerant; quoniam excutiens non nova grana fecit, sed ea, quæ cortice occultabantur, & perfecta jam erant, detexit. Ita aperte *sancti l. 7. §. 7. ff. eod. Harp. n. 8. hic.*

Objic. §. 25. *hic.* ubi dicitur, quod frumentum ad species reverti non potest, ergo frumentum, bonâ fide excultum, fit excutientis; sed hoc repugnat memoratæ l. 7. §. 7. *R.* tantam esse inter illos duos

duos *textus* discordiam, ut ea propter aliqui aut apertam antinomiam statuant; aut erroris arguant juris compilatores, acriterque in eos invehantur. Ego sic puto rem comparari posse, si dicatur §. 25. *hic. ex d. l. 7. §. 7.* supplendum esse & in *d. §. 25.* tantum inadæquatè exemplum poni, non verò adæquatè, hoc est, ut frumentum fiat excipientis, sicut vinum expressum fiat exprimentis. Sensus ergò *textu §. 25.* est talis, si nova species non potest ad rudem materiam reduci, sicuti frumentum ad spicas reduci non potest, & simul fiat nova species, tunc ea res fit specificantis; jam frumentum habet quidem istam qualitatem, ut ad rudem materiam reducibile non sit, alteram verò qualitatem non habet, ut excussum novam speciem constituat. *Schamb. Instit. hic. Bachov. vol. 2. disp. 20. th. 1. lit. A. & B. Manz. n. 20. th. 1. lit. A. & B. Manz. n. 24. Harp. n. 10.*

AD VERS. QUOD SI PARTIM.

Hactenus vidimus, quid juris sit? si nova species fiat ex materia prorsus aliena. Nunc, quis dominus novæ speciei fiat, si quis eam, partim ex aliena, partim ex sua confecerit, v. g. ex suo vino, & alieno mulso vinum. *R. Imperator,* dubitandum non esse, illum fieri dominum, qui fecit; *ratio,* cum non solum operam suam, & formam dederit, sed & partem ejusdem materiæ præstiterit: naturalis enim ratio eum præfert, qui plus ad efficientiam rei contulit, & duplex causa vini præponderat. *Manz. n. 32.* Quod tamen ita demum verum est, si nova illa species, ad priorem materiam atque causam reduci non potest, & si specificans in bona fide fuerit. *Manz. n. 13. & Harp. n. 14.*

§. S I T A M E N. 26.

VIII. Modus acquirendi dominium⁴⁵ est *Accessio*, cujus etiam species *Intextura*; nam, si quis purpuram alienam vestimento suo intexuerit, licet pretiosior sit, tamen vestimento cedit, etenim de accessione hæc est regula juris: si res quædam sit confecta, ita, ut habeat propriam qualitatem & formam, tunc id quod ei tanquam pars accedit, toti cedit, sic v. g. si quis statue brachium, *sephy ansam, lecto fulcrum, domui cæmentum* adjecerit, id, quod additum est, toti cedit, *ratio,* quia accessorium sequitur naturam, & conditionem sui principalis. *Schneid. num. 2.* ubi tamen *Observa*: accessorium, & principale non considerari ex valore, & pretio rei, sed magis ex distinctione & voluntate patris familias; si iste aliquid, rei perficiendæ, vel ornandæ gratiâ adhibuerit, illud dicatur accessorium. *Schamb. hic.* Unde fluit, quod si aurum margaritarum, aut gemmarum causâ, adhibitum est, ut isti lapides eò commodius geri possint, tunc aurum margaritis cedat. Si vero e contra margaritæ, & gemmæ adhibitæ sint, ut aurum ornarent, tunc isti lapides auro cedunt, *text. hic.*

Non *Obstat*, quod dignius trahat ad se minus dignum, aliàs prævalentiæ ratio habeatur. Ista enim regula fallit, si dignius, & prævalens accessorie concurrat, tunc enim non pretium, & prævalentia spectatur, sed id quod accidit per modum accessorii, hoc sive sit pretiosius, sive non, accedit toti, & principali, nihil enim vetat, plus esse in accessione, quam in principali, semper enim accessorium sequitur suum principale. *Manz. n. 6.*

Q. *Quæ sit differentia inter accessionem, & specificationem?* *R. I.* Quòd in specificatione non consideretur unum per modum

modum accessorii, & alterum per modum principalis. R. II. quòd in specificatione necessarìò requiratur bona fides; in accessione non attendatur, an bona, an mala fide res accesserit: cum regula indistinctè habeat; accessorium sequitur suum principale: & quia res quæ accessit, pro extincta habetur, mirum non est, quod prior dominus dominium amittat, & rei vindicationem, quæ dominium ex parte agentis supponit, non habeat. *Manz. n. 13.*

Dices: ergò prior dominus dominio rei suæ sic defraudatur, ut nullam actionem habeat? R. tamen actionem habere; ubi tamen *Distinctio* adhibenda, an bona, an mala fide quis purpuram suo vestimento intexuerit? Si bona fide, habebit prior dominus Conditionem sine causa. *Harp. hic. num. 3. & Manz. n. 17.* quæ non ad rem ipsam, sed ad pretium rei amissæ agit. Datur autem communiter ista conditio sine causa, tunc, quando quis dominium sine factò suo amisit, & res ab altero sine iusta causa possideatur. *Manz. loc. cit.* Si verò mala fide, competit adversus ipsum actio furti ad pœnam, & conditio furtiva ad æstimationem. *Schamb. hic.*

Dices: intexens est factus Dominus; ergò non tenetur actione furti. R. quòd furtum commississe dicatur tunc, quam primùm purpuram accepit, adeòque, & tunc actio furti nata est, quæ semel nata, factò delinquentis extingui non potest: aliàs in ipsius voluntate, & potestate esset, utrùm obligatus esset, nec ne? *Manz. n. 21.*

Dices: si potest conditione furtivâ prior dominus agere, potest etiam rem vindicare. R. *neg. seq.* quia ad vindicationem requiritur, ut res adhuc existat; hic autem pro extincta habetur: unde, si prius ad exhibendum sit actum, & res

exhibita fuerit, cum tunc dominium prius reviviscat, tunc quoque vindicatio reviviscit. *l. 6. ff. ad exhib. Schamb. hic.*

§. SI DUORUM MATERIE. 27.

IX. Acquirendi dominium modus est *Confusio*, quando scilicet materię ejusdem, vel diversi generis voluntate duorum dominorum confunduntur, vel ex iis certa species facta est; nam tunc illud corpus, quòd ex confusione fit, est utriusque commune, naturali ratione propter voluntatem scilicet, & consensum dominorum: veluti si qui *vinis sua confuderint; aut massas auri, vel argenti conflaverint;* secus, si interveniat voluntas unius tantum: nam tunc species facta non fit communis; sed unius tantum, qui eam fecit. *Ampliatur hæc Conclusio*, procedere etiam tunc, si casu fortuitò, qui neutri imputari potest, materię confundantur, ut corpus inde factum fiat commune, ita, ut actio *communis dividundo* inter eos locum habeat. *Schneid. hic.*

§. QUOD SI 28.

X. Modus acquirendi est *commixtio*, veluti, si frumentum Titii tuo mixtum fuerit; differunt autem *Commixtio & Confusio*. Confundi enim ea censentur, quæ confusa patiunt novam speciem, ut *Vinum. & Mel* propriè confunduntur, & confusa generant aliam speciem, scilicet *Mulsam*. Item ex *Auro & Argento* fit *Electrum*. At commiscere dicimur, quando confundimus res, quæ non transeunt in aliam speciem, sed priorem retinent, & manent in eadem substantia. Mixtio tamen sæpè pro confusione ponitur, & econtra. *Schneid. n. 3.*

Dicta eatenus procedunt, si mixtio fiat voluntate dominorum; nam tunc pro indiviso res fiunt communes, ita ut

contra

contra illum, qui corpus mixtum in solidum possidet, alteri pro sua parte actio *communi dividundo*. Quòd si non voluntate dominorum, sed casu frumentum, vel aliud mixtum fuerit, non fit commune, nec actio communi dividundo, sed rei vindicatio locum habet; præsertim quando diversæ speciei materiæ commixtæ sunt. Nam, si ferè similia commixta sint, & dubium sit, quantum, & quale ad quemlibet pertineat; tunc Judex ex officio suo illud æstimabit. *Schneid. & Manz. hic.*

§. CUM IN SUO SOLO. 29.

XI. Acquirendi dominium modus est *Ædificatio*, quæ vel fit ex materia aliena in suo solo; vel ex sua materia in alieno solo: de priori casu agitur hòc §. Si quis ex aliena materia in suo solo ædificat, v. g. *domum, horreum, molendinum, &c.* fit ædificii dominus, quia omne, quod solo inædificatur, solo cedit, *text. hic.* Ratio rationis, quia accessio cedit principali, minus majori, pars toti. *Harp. num. 2.* & hoc procedit in solo privato; qui enim solo in publico ædificat, ædificium fit ædificantis, & non cedit solo. *l. 6. ff. de D. R.*

AD V. NEC TAMEN.

48 Q. *An ergò is, qui in suo solo ex aliena materia ædificat cum dominus fiat ædificati, etiam dominus fiat materiæ?* Dixeris quòd sic, quia duo non possunt unius, ejusdemque rei in solidum esse domini, *l. 5. §. 15. ff. commodati.* cum ergò is, qui ædificavit fiat dominus ædificati, dominus materiæ ejusdem domini esse non potest. At, hòc non obstante, Imperator *R. contrarium*, quòd non desinat materiæ dominus esse; ratio, quia nemo in vitus re suâ privandus est, *l. id quod nostrum ff. de R. J. Schamb. hic.* Ad ra-

tionem dabitandi, *R.* benè fieri posse, ut quis dominus sit totius, alter verò partium; aliud enim est ædificium, aliud materia. *Manz. n. 12.*

AD V. SED TANTIS PER.

Q. *An ergò dominus materiæ possit eam ab ædificante vindicare?* Dixeris, quòd sic, quia, ut rei vindicatio locum sortiatur, requiritur ex parte vindicantis dominium, & ex altera parte possessio; sed sic se habet, ergò. Hòc tamen non obstante, *R.* licèt ratio, in contrarium allata, regulariter vera sit; hic tamen casus exceptus est, propter *L. 12. Tabb.* quæ expressè prohibet, ne quis tignum alienum, ædibus suis junctum, eximere cogatur, *text. hic. & l. in rem. 23. §. 6. ff. de R. V.* Ratio est in *textu*, ne ædificia rescindi necesse sit, præsertim in civitate, ubi publicè interest, ne aspectus urbis deformetur, licèt proinde, inspectò rigore Juris, tignum (sub nomine tigni venit omnis materia ex qua ædificia fiunt, v. g. *lapides, trabes, calx, tegule*) alienis ædibus junctum, vindicari possit, tamen *l. 12. Tabb.* propter utilitatem publicam, id solvi prohibuit, adeòque rei vindicationem differri voluit. Quod adeo verum est, ut ne quidem adversùs malæ fidei possessorem qui scivit materiam alienam esse, rei vindicatio institui possit, *l. 1. ff. de tigno juncto*, quia ratio utilitatis publicæ generalis est, ergò & prohibita.

Objic. *l. in rem. 23. §. tignum. 6. ff. de R. V.* ubi expressè dicitur, adversus malæ fidei possessorem, id est, eum, qui sciens tignum alienum ædibus suis junxit, ad exhibendum agi posse, ergò falsum est, quod *textus* hic asserit, nimirum ad exhibendum agi non posse. *R.* ex *l. 1. §. ult. ff. de tigno juncto*. Ubi dicitur, contra malæ fidei possessorem ad

exhibendum dari actionem, non quasi possideat; sed quasi dolò malò fecerit, quo minus possideat, dum tignum alienum ædibus junxit; paria autem sunt dolò possidere, & dolò desuisse possidere. *l. 150. ff. de R. J.* Ex quo proinde infero, hanc actionem ad exhibendum concedi, non ad tignum, sive rem ipsam; sed ad æstimationem tigni ablati recipiendam: ratio, quia is, qui convenitur eò nomine, quòd dolò desierit possidere, non ad rem ipsam exhibendam vel restituendam, sed ad pretium, & æstimationem rei condemnatur. *Manz. n. 20.*

Porro, & alio remediò domino materiæ, sive tigni advesus jungentem consultum est, nimirum ex eadem *l. 22. Tabb.* actio ei data est de tigno juncto in duplum: ut si tignum, sive materia valeat 50., jungens condemnatur in 100. *text. bic. & l. 7. §. 10. ff. de A. R. D.* hujusque ratio est, ut domino compensetur id, quòd interest ipsius, quòd tignò, & materia suâ sine facto suo carere debeat; siquidem & aliàs id, quòd interest, duplo taxari solet, *l. 43. & 44. ff. de act. empti. l. 25. Cod. de evict. Harp. n. 11.*

Dices: si contra malæ fidei possessorem actio in duplum datur, frustra actio ad exhibendum, & rei vindicatio contra ipsum conceduntur; nullus enim ita hebes erit, ut simplicem persequatur, si duplum habeat persequendi potestatem. & si quis non pœnam, sed rei æstimationem velit consequi, hæcenus poterit ad exhibendum, & rei vindicatione agere; nemo enim prohibendus est, temperantius agere. *Manz. num. 29.*

49 Q. IX. An actione dupli, etiam bonâ fide jungens alienum tignum; vel tantum malâ fide jungens teneatur? Circa intricatam, ob diversos Juris textus, hanc

questionem solent DD. figurare casus. I. est, si quis furatus sit, vel sciens, tignum alienum esse, illud ædibus suis junxerit. II. si quis tignum furtivum, ignorans furtivum, & alienum esse, bonâ fide junxerit. III. si quis alienum, non furtivum bonâ fide junxerit. Quòd in I. & II. casu adversus jungentem actio in duplum competat, omnes admittunt.

Difficultatis cardo in III. duntaxat casu rotatur, in quo actionem solummodo in simplicem, non verò duplum dari existimant. Ita quoque sentit *Zoes. ff. b. t. num. 49. Moventur. I.* Juri non convenit, ut is, qui delictò caret, puniatur; sed bonâ fide jungens delictò caret; ergò puniri non debet. *Moventur II.* absurdum est, bonæ fidei ædificatorem non esse melioris conditionis, quàm malæ fidei ædificatorem: sed in nostra sententia bonæ fidei possessor, si ædificator non esset melioris conditionis, quàm malæ fidei talis, quia hic, & alter dupli actione impeteretur, ergò: *Moventur III.* per *l. qui res, 98. §. fin. ff. de solut. ubi in hæc referbitur: denique Lex. XII. Tabularum, tignum, adibus junctum, vindicari posse, si scit; sed interim id solvi, id est, destrui prohibuit, pretiumque ejus dari voluit, sed pretium simplex, & non duplum rei æstimationem significat. Moventur IV.* per *l. 153. ff. de donat. vir. & uxorem, ex cujus sine colligi posse videtur, neminem hac actione in duplum teneri, exceptò fure; nam JCtus in d. l. 63. ex eo, quòd tignum non fuerit furtivum, intulit, actionem in duplum locum non habere; adeoque ex isto textu evinci posse videtur, actionem de tigno juncto in duplum tantummodo dari adversus furem. Verba textus hæc sunt: sed in hoc. solum agi potest, ut vindicatio solutâ re, competat mulieri non in duplum, neque quoniam furtivum est, quòd sciente do-*

minid

dominò, inclusum est. Movetur V. ex l. I. ff. de tigno juncto. ubi dicitur ex *Leg. XII. Tabul.* constitutum esse, ut de tigno furtivo actio dupli in furem accommodetur; ergò si tignum non est furtivum, illa actio dupli accommodari non debet. Hoc argumentum à contrario sensu est desumptum, quod in Jure nostro frequentissimum, & fortissimum est, l. I. ff. de pact. dotal.

Quamvis hæc *Argumenta* speciosa esse videantur, suaque non destituta sint se videantur, verior tamen, Jurique conformior est *Sententia*, quæ docet, actionem dupli adversus quemque possessorem, sive bonâ sive malâ fide tignum alienum jungentem, dari. Ita docent *Harp. n. 13. Hum. ad Treutl. vol. 2. disp. 18. th. 16. q. 35. & ibi Bachov. Schamb. bic. Ludovell. n. 2. bic.* vide etiam *Glettle Jurisprud. terrib. tom. 1. p. 2. c. 2. §. 1.*

Pro hac *Sententiâ* facit I. quòd noster §. 29. generaliter, & indistinctè fanciat, tignum, durante ædificiò *Leg. XII. Tabul.* vindicari non posse, sed dari contra jungentem actionem in duplum; ergò cum noster §. 29. non distinguat inter bonæ, & malæ fidei ædificatorem, nos etiam distinguere non oportet. Facit II. idem §. 29. *sub finem.* his verbis: quòd si ædificium dirutum sit, poterit materia dominus si nondum fuerit duplum jam consecutus, tunc eam vindicare, & ad exhibendum agere; ergò à contrario, si duplum sit consecutus, actio cessat, quia tunc damnum datur, si duplum non est consecutus. Planè, ista verba de mala fide jungente intelligi non possunt, quia licèt dominus ab eo duplum acceperit, post dirutum tamen ædificium adhuc habet rei vindicationem, & ad exhibendum actionem, l. 1. §. 2. ff. de tign. juncto. *Ludw. d. loc. & Harp. num. 16.* Facit

III. l. in rem 23. §. 6. ff. de R. V. ubi dicitur, *Tignum alienum, ædibus junctum nec vindicari, nec eò nomine ad exhibendum agi posse* NB. *Nisi adversus eum, qui, sciens alienum junxit, sed datur actio de tigno juncto in duplum.* Ilte textus valdè robustus est; sic enim eundem explico: prima verba textus extra omne dubium sunt referenda ad bonæ fidei possessorem, quia alias exceptio, *nisi adversus eum, &c.* otiosa esset, si malâ fide jungens in prioribus verbis includeretur. Ultima vero verba iterum ad bonâ fide jungentem spectant, quia particula *sed* est adversativa; ergo debet ad illa verba referri, quibus adversatur, & opponitur: atqui adversatur, & opponitur primis verbis, quæ bonâ fide jungentem involvunt, ita, ut sensus sit, tignum alienum, ædibus junctum, nec vindicari, nec eò nomine ad exhibendum adversus bonâ fide jungentem agi potest; sed datur actio de tigno juncto in duplum. Aliter explicat *Harp. numero 14.* & ait, quod sit iste sensus legis: licèt adversus malæ fidei possessorem tantùm, non autem adversus bonæ fidei possessorem rei vindicationem, & ad exhibendum actionem intentare valeamus; dupli tamen actione contra hunc nos experiri posse.

Facit IV. l. gemma 6. ff. ad exhib. in qua habetur, quod de tigno juncto ad exhibendum agi non possit, sed detur actio in duplum. En rebellis! & inclina pertinax caput. Ilte textus de mala fide jungentes nequaquam potest intelligi; sed debet intelligi de bonâ fide jungente, quia adversus eum, qui sciens, id est malâ fide, junxit, ad exhibendum agi potest. d. l. 23. §. 6. *Schamb. loc. cit.*

Argumenta contraria nullo labore, diluuntur, ad I. enim *R. neg. suppos.* quod puniatur; mitius enim tractatur, quàm summo Juri convenit. Si enim rigor

juris in hoc casu observaretur, ad restituendum tignum conveniri posset, licet cum gravissimo, & fere intolerabili damno id faceret, cum scilicet domum rescindere, ac resolvere deberet: quando ergo, exolvendo duplum hoc damnum evitat, non tam mulctatur, quam beneficio afficitur. Aliter *R. Schamb.* & ait, quod alterum simplum non addatur per modum pœnæ, sed compensationis, à lege introductæ, eo quod alter dominus cogatur invitus re suâ carere. *Accedit*, quod licet quis bonâ fide jungat alienum tignum, non tamen videatur omni culpa vacare, cum quemlibet optimum deceat diligenter in rei conditionem inquirere. *Harp. n. 22.*

Ad II. *R.* malâ fide jungentem non esse ejusdem conditionis, sed deterioris; quia malâ fide jungens, præter actionem hanc in duplum, tenetur etiam actione ad exhibendum, *d. l. 23. §. 6.* Non quidem ut tignum exhibeatur, cum id *Lex XII. Tabul.* inhibeat, sed, ut æstimationo præstetur, & sic tenetur in triplum: quæ solutio confirmatur per *l. I. §. fin. & l. 2. ff. de tign. junct. Schamb. loc. cit.*

Ad III. & fortissimum *R. I.* quòd aliqui istam *l. 98. §. fin.* intelligant de eo casu, quo quis tignum alienum, non furtivum, ædibus junxit, adeoque actionem in duplum non dari tunc, si quis bona fide tignum alienum non tamen furtivum, ædibus junxit, sed actionem duntaxat simpli locum habere. Quòd si verò quis bonâ fide tignum furtivum ædibus junxerit, locum habere nostram sententiam, & per consequens actionem in duplum, & de isto casu nostra fundamenta facere. *Brunnem. in l. I. §. 2. ff. de tign. junct.* Verùm suprà jam me expediti, ac ostendi, *textus* generaliter & indistinctè loqui, nec fieri differentiam,

aut distinctionem in illa lege inter bonâ fide jungentem tignum furtivum, & tignum alienum non furtivum; proinde, rejectâ hâc responsione, utpote divinatoriâ, & juris autoritate penitus destitutâ, de alia prospiciendum est. Quare *R. II. d. l. 98. §. fin. ff. de solut.* in qua adversarij Achillem ponunt, loqui de malâ fide non autem bonâ fide jungente. Patet hoc exinde, quòd ibi dicitur ex *Leg. XII. Tabul.* vindicari posse. Jam verò *Leg. XII. Tab.* tignum à bona fide jungente non vindicatur, sed solum à mala fide jungente. *l. I. §. 2. l. 2. ff. de tign. junct.* Itaque sensus legis est, præter actionem dupli mala fide jungens rei vindicatione impeti potest, non quidem de solvendo tigno, sed de præstanda æstimatione; & hoc indicant illa verba: *pretiumque ejus dari voluit*; ut ostendatur, præter actionem dupli, quæ ex aliis legibus conceditur, dari actionem in simplum, ut sic triplum veniat. *Hun. ad Treutl. loc. cit. §. ad l. R. III.* Pretium ibi non simplam, sed duplam æstimationem designare; reperimus enim in jure nostro pretium, licet duplatum sit, adhuc pretium dici. *l. 50. ff. de furt. Schamb. loc. cit.*

Ad IV. *R. l. 63.* Non ob stare, quia maritus ex voluntate uxoris tignum suis ædibus junxit; eum verò, qui voluntate domini, tignum jungit, in duplum conveniri non posse, nos ipsi fatemur, quia, qui scit, & consentit, non videtur fraudari. Deinde, lex protius nostram *Sententiam* confirmat, quàm infirmat, nam in illa lege ille duntaxat à dupli præstatione liberatur, qui, sciente, & patiente dominò, ædificavit; ergò à contrario, qui non sciente dominò tignum junxit, in duplum tenetur. *Schamb. loc. cit. in fin.*

Ad V. *dico*: argumentum à contrario locum non habere, si sit contra expressos
Juris

Juris textus, *Harp. n. 19.* Aliter obtinet de Jure austriaco: *Neue Satz- und Ordnung, de Jurib. incorp. tit. 19. §. 3.* his verbis: *Wann einer, &c. i. e. Si quis in proprio solo ex aliena materia ædificaverit, sive id deliberato scienterque factum fuerit, sive non, is non tenetur ædificium diruere, quo materia à vero domino vindicari queat; verum, bonæ fidei ædificator materia estimationem præstabit, ac retinebit dominium ædificii. Sed contra eum qui sciens alienam materiam solo suo inædificaverit, poterit materia dominus agere ad præstationem estimationis & ejus quod interest ob violatum dominium, sed & cum materia furto aut vi erit ablata, dabitur conditio furtiva, nec non actio vi bonorum raptorum aut furti actio.*

S. E X D I V E R S O.

Hactenus de eo casu, quo quis in solo proprio ex aliena materia ædificavit. Nunc verò de eo casu, quo quis ex sua materia in alieno solo ædificavit: & iste casus quoad ædificium convenit cum priori; ædificium enim cedit tanquam accessorium loci domino: ratio est eadem, quia quidquid solo inædificatur, solo cedit. Hoc adeò verum est, ut ædificium solo cedat licet quis suprâ parietem alterius ædificaverit. *l. si suprâ 28. ff. de A. R. D. Manz. num. 3.*

Q. An in hoc casu, quo quis ex sua materia in alieno solo ædificat, materiae dominus dominium, & proprietatem materiae amittat? Dixeris, quòd non, quia in casu, quo quis in suo ex aliena materia ædificat, dominus materiae ejus dominium, & proprietatem non amittit, nullâ factâ distinctione, vel differentiâ inter scienter & ignoranter ædificantem; ergò idem in nostro casu statuendum. *R.* tamen, hoc non obstante, cum distinctione, an bonâ, an malâ fide in alieno solo

quis ædificaverit. Si bonâ fide, nesciens solum esse alienum, ædificet, tunc habet exceptionem doli mali adversus dominum, petentem ædificium, si materiae estimationem, & impensas factas solvere recuset. *Schneid. n. 8. Schamb. hic. concordat Const. Aust. loc. cit. §. 2. Wann aber einer &c. i. e. Ubi autem aliquis errore ædificavit in solo quod nesciebat esse alienum, aut quod bona fide possidebat: tunc quidem ædificii dominium competit domino soli; ædificanti tamen expensæ estimationeque materiae pro vacua possessione faciendâ, præstandæ sunt.*

Si malâ fide in alieno fundo quis ædificaverit, amittit dominium, & proprietatem materiae suæ: ratio, quia voluntate ejus materia intelligitur alienata, & domino soli donata. *arg. l. 2. Cod. de R. V. cujus enim per errorem dati repetitio est, ejus consultò dati, donatio est, l. 53 ff. de R. J. præsumptio autem donationis in eo fundatur, quia dominus materiae scire debuisset, quòd materia aliena, solo imposita, solo cedat; cum ergò materiam nihilominus alieno fundo conjungat, utique, donandi animo id facere judicatur. *Manz. num. 17.**

Hæc adeo vera sunt, ut malâ fide in alieno solo ædificans, neque dirutò, & collapsò ædificiò, materiam vindicare possit, §. 30. *Inst. hic. Non Obsist. l. 2. Cod. de R. V. ubi dicitur: Cum quid in alieno ædificatum est, si fuerit dissolutum, materiam ad pristinum dominum reverti, sive bonâ fide, sive malâ fide ædificaverit. Ecce! hæc lex è diametro adversatur nostro §. in quo dicitur, malâ fide ædificantem nec dissolutò ædificiò materiam vindicare posse. Varii variè istos duos Textus conciliant. *Harp. n. 4. hic sic scribit, quòd d. l. 2. loquatur de eo casu, quo quis ex aliena materia in alieno fundo ædificavit, ut tunc, dissolutò ædificiò, materia**

Porro, circa impensis voluptuarias rerum sequestrandarum possessor bonæ fidei à malæ fidei possessore. Bonæ fidei possessor impensis voluptuarias deducit, si res venalis profect, aut ipse dominus eas fecisset. Extra istos casus tollit, si separationem patiat. *Glette d. loc. Zoëf. n. 60.* Malæ fidei possessor impensas voluptuarias numquam deducit; si tamen abrâdi, ac tolli possunt absque rei læsione, atque detrimeto, eas ex æquitate tollit, præsertim, si conjectura quædam animum donandi reddat.

XII. *Domini accessio ad solo*
31 plantarum. Nam, si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit iure soli; & ex diverso, si Titius suam plantam in Mævii solo posuerit, Mævii planta erit. Quod est verum, si planta radices ibi egerit; antequàm enim radices ibi egerit, manet illius, cuius fuit. *text. hic. Schneid. numer. 1.* Unde versus antiqui:

Qui quid plantatur, scribitur vel in-

Omne solo cedit, radices si tamen egerit.

Ratio autem, quare planta solo cedat, est hæc: quia, si ædificia solo cedunt ex eo, quòd ab eo, tanquam suo subiecto, sustineantur; multo magis plantæ cedere debent solo, quæ non tantum à terra sustinentur, sed ex ea alimenta quoque accipiunt, & quasi vitam hauriunt, ut crescant. *Manz. n. 4.* Ratio deinde, cur radices debuerit egisse? est ista, quia antequàm radices egit, nondum pars soli facta est, cum quo nedum cohæsit, & coaluit. *Harp. n. 3. concordat N. Oe. neue Satz- und Ordnung de Jurib. incorp. tit. 13. §. 6. & 7.*

Disceptandam, sive quis bonâ, sive

malâ fide plantaverit in alieno solo, naturale enim est, ut accessorium sequatur suum principale. *Manz. n. 8.*

Dices: Iniquum est aliquem cum alterius jactura locupletari, præsertim malæ fidei possessorem, cum nemo ex sua improbitate lucrum sperare debeat; ergo debet domino plantæ concedi aliquid remedium, quæ suæ indemnitati possit consulere, &c. omnino ipsi concedi remedium, vel enim planta radices egit, vel non? si non, domino plantæ datur rei vindicatio, quâ plantam repetit. *§. 3. ff. de R. V.* Si radices egit, & coaluit, tunc habet actionem in factum, ut æstimationem, aut interesse consequatur. *Harp. & Manz. hic.*

Q. Si arbor, seu planta, radicibus seu mel actis, rursus eruatur, poteritne prior dominus eam vindicare? &c. quod non; ratio, quia per alimenta alia aliam quæ si vitam accepit, videtur, *l. 26. §. 2. ff. h. t. Non refragatur §. cum. in suo. 29. h. t. & l. 7. §. 10. ff. eod. ubi materia live tignum alienum, ex quo in solo alterius domus ædificata fuit, licet interim durante ædificio vindicari non possit, co-*
*tamen diruto, ad priorem dominum materia redit, ut is, eam vindicare possit. Idem habetur in l. 23. §. Item quecumque. ff. de R. V. ubi accessio, à re principali separata, ad priorem dominum revertitur. Non (inquam) adversatur; etenim accessio è materia, alieno ædificio juncta, licet diu cohæreat; à potiori tamen parte taliter trahitur, ut tamen eadem semper maneat, nec penitus extinguatur, quæ causa est, ut post separationem ad priorem dominum redeat. Arbor autem, vel planta, quæ alieno solo coaluit, non ea esse creditur, quæ prius erat; sed alia, & quidem propter alimenta, ex alieno solo attracta. *Harp. hic. num. 9. & 10. Manz. num. 9. & 10.**

AD VERS ADEO AUTEM

54 Ex hoc v. colliges, quòd si arbor, in meo solo posita, ita premat terram Titii, id est, ita adhæreat, immixtis radicibus, ut non aliunde alatur, nec alibi consistere videatur, tunc arbor ratione radicum, ex quibus vivit, Titii efficitur. *Schneid. num. 3.* Ratio est in *Textu*, quia ratio non permittit, ut alterius arbor esse intelligatur, quàm cujus in fundum radices egerit.

Non premit l. 6. §. 2. ff. *arbor. furtim casarum*, ubi habetur, arborem ejus esse, in cujus fundo origo nata est, & non ejus, in cujus fundum radices propagatæ sunt. Etenim *Textus* loquitur de eo casu, quo arbor, in fundo vicini posita, ita omnes radices in meum fundum egit, ut non aliunde ali, nec alibi consistere videatur.

Quòd si vero tantum aliquot radices in fundum meum porrigat, nihil Juris mihi acquiritur; sed ejus manet, in cujus fundo origo ejus nata est, d. l. 6. §. 2. *Ludov. Inst. hic. num. 6.*

Quod si denique arbor quædam in confinio duorum fundorum posita sit, & in utrumque fundum æqualiter radices agat, tunc communis fit, ita, ut fructus dividi debeant, *text. hic. Manz. n. 27.*

§. QU A R A T I O N E. 32.

55 XIII. Domini acquirendi modus est *Satio*. Unde, si agrum alienum meo semine conserverim, ejus est seges, cujus est ipsum solum, quia sata cedunt solo; sicut ædificium, & planta, juxta priori §. allegatos, versus: *quidquid plantatur &c. Schneid. hic.*

AD VERS. CÆTERUM.

Sed, numquid iniquitatem sapit, ut,

si mittam colonum meum ad excolendum, & conferendum agrum meum; ipse autem per errorem alienum colat & conferat, mei seminis & culturæ jacturam facere, ipsum autem cum meo damno locupletari?

Ad hoc *R. Imperator*, sicut is, qui in alieno solo ædificavit, si ab eo, in possessione constituto, dominus soli petat ædificium, eumque migrare jubeat, defendi potest per exceptionem doli mali. Ita ejusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is, qui alienum fundum suâ impensâ bonâ fide conservit, aut plantam, vel arborem plantavit: laboris, & seminis sui, vel etiam arboris æstimationem. *Manz. num. 6. N. Oe. Satz- und Ordnung. loc. cit. §. 8.*

§. L I T T E R Æ 33.

XIV. Modus acquirendi est *Scriptura*, §6 sicut enim inædificata, implantata, & sata solo; ita & litteræ chartæ membranæ cedunt. Hinc si scripsero in charta tua, hæc scriptura tua est; potero tamen te petentem, priusquam mihi de scriptura satisfacias, per exceptionem doli mali repellere, utique si bonâ fide scripsero: si vero malâ, de rigore Juris non; de æquitate tamen hac exceptione gaudeo. *Schamb. Ne scilicet alter cum mea jacturâ locupletetur.*

Observe autem! communiter D. D. velle, hujus §. decisionem per consuetudinem mutatam esse, secundum quam scriptura ordinariè multo pretiosior est chartâ; ut hodie potius dicendum sit, chartam scripturæ: quàm è contra scripturam chartæ cedere, quod vel maximè procedet, si opus aliquod egregium scriptum, aut etiam literis æneis expressum sit. *Harp. num. 6. Schamb. hic.*

§. S I Q U I S. 34.

57 XV. Acquirendi modus dominii est
Pictura. Ubi *Q. num pictura tabula: an
 e contra tabula pictura cedere debeat?*

Diverse olim erant. *Sententia*, alii enim picturam tabulae l. 23. §. 3. ff. de R. V. alii e contra tabulam picturae cedere, dicebant l. 9. §. 2. ff. b. t. *Justinianus* constituit, ut tabula picturae cedat; non tamen simpliciter, sed considerato cuiusque valore, quod patet ex verbis: *ridiculum enim esset, picturam Apellis, vel Parthasii in accessionem vilissimae tabulae cedere*; quod etiam in contrario casu ridiculum esset.

Dices: Cur non idem statuit *Justinianus* in scriptura; sed absolute dixit litteras cedere chartae? *R.* Disparitatem hanc esse, quia litterae tantum sunt accessiones operis, non ipsum opus, neque formam chartae mutant; Pictura vero non est simplex tabulae accessio, sed singulare aliquod opus, ut non amplius tabula, sed pictura, sive imago sit; ergo merito subjectum formae cedit. Verum, cum etiam pro dominio tabulae suae stent rationes, ideo & pictori, & tabulae domino vindicatio ad petendum imaginem competit; cum hoc tamen discrimine, quod pictori directa: tabulae vero domino non nisi utilis competat.

Quisquis ergo actor fuerit, is alteri, quoad aestimationem, seu picturae, seu tabulae tenetur. l. 9. §. litterae 1. ff. b. t. Quod si imago ista possideatur a tertio concurrente, utroque & vindicante, pictor tabulae domino praefereendus esse videtur. Si tabulae furto ablatae sint, palam est, utrique dari actionem furti, utpote quae datur ei, cuius interest rem per furtum subtractam non esse, §. 13. *Inst. de oblig. quae ex delict. nas. Schamb. & Manz. hic.*

Obstat l. 23. §. 3. ff. de R. V. ubi aperte scribitur, quod pictura indistincte cedat tabulae. Sed, licet aliqui hic vehementer ingenia sua torqueant, *R.* tamen procedere *Textum*, si tabula sit pretiosior, *Franz. Inst. b. t. num. 116.*

§. S I Q U I S A N O N D O M I N O 35.

XVI. Dominii acquirendi modus est
Perceptio fructuum ex re aliena, quam bona fide possidemus. Quae ipsa res ut luculentior reddatur familiare hoc exemplum esto: Ego bona fide fundum emi, vel ex donatione, aut alia qualibet iusta causa, vel titulo accepi ab aliquo, quem credebam dominum esse, qui tamen non fuit. Jam

Q. An ego istius fundi fuerim factus dominus? Certum est, quod non: licet enim venditio, & donatio sint tituli habiles ad transferendum dominium; tamen, quia nemo plus Juris in alium transferre potest, quam ipse habeat, l. 54. ff. de R. J. & quod quis non habet, alteri dare non potest, l. 120. ff. eod. ideo, cum venditor ille, vel donator dominium non habuerit; neque in me transferre potuit. Jam ulterius

Q. An verus dominus superveniens etiam fundum vindicare possit? *R.* posse, dummodo veniat ante completam usucapionem. Ratio non est alia, quam, quia dominium retinuit. *Manz. num. 2. §. 3.* His praemissis in ordine ad nostrum §.

Q. Si ex isto fundo fructus percepissim, utrum etiam verus dominus ad fructus possit agere, & ego illos teneam restituere? *R.* Imperator, quod non, additque istam rationem, quia naturali ratione placuit fructus, quos bonae fidei possessor percepit, ejus esse pro cultura, & cura. Deinde, bona fides tantum tribuit, quantum veritas, l. 136. ff. de R. J. Hinc & illud commune: *beati possidentes, qui*

miam fructus eorum. Manz. num. 7. hic. Verum, cum Decisio, circa fructus quam Imperator ponit in hoc §. plurimas adhuc distinctiones, & limitationes recipiat, & materia in se sit vehementer utilis, & quotidiana, idè exacteri calamo illam discussisse, non abs re fore constitui. Itaque

Fructus non à Frumine, quæ est eminentior gutturis pars, seu gutta, quæ vescitur, & quæ in alvum alimonia fertur, sed à Jereñad dicitur. Lagunez. tractat. de fruct. p. 1. cap. 1. num. 4. denotant omnem utilitatem, emolumentum, & inventionem quæ vel ex se, vel occasione rei recipitur. l. 29. ff. de petit. hereditat. l. 62. ff. de R. V. Clariss. D. Franz. Inst. h. t. p. 2. §. 15. num. 86. Sunt autem

Fructus alii civiles; alii naturales. Civiles sunt, qui ex corpore physice non proveniunt; sed occasione corporis, mediante nova obligatione, percipiuntur. Huc revoco usuras, mercedes, pensiones, redditus annuos, vecturas, &c. Hi iterum sunt vel spontanei, vel adscititii. Spontaneos appello, quos res suapte indole producit, ut pensio annua pro usu adium, equi, navis &c. Domus enim suapte indole est apta ad habitandum, equus ad equitandum, navis ad vehendum, adeoque pensio, quæ solvitur pro usu adium, navis, equi &c. dicitur fructus spontaneus ipsius rei. Adscitios nuncupo, quos res suapte indole non affert, sed ex spe. ali hominis industria, & provisione percipiuntur, ut usura, item lucra omnia, quæ ex negotiatione aliqua, ut olei, frumenti, &c. percipiuntur. Pecunia siquidem per se est sterilis planè, non infecunda, adeoque lucrum non parit; nisi ut substat industrie humanæ, quæ mediante, emolumentum, aliquod producit. Vinum quoque, frumentum, oleum ex sua natura lucrum non affe-

runt, nisi, accedente humana industria, per quam, veluti instrumentum, assumuntur ad parandum aliquod lucrum, Glettle select. quest. p. 2. q. 9. n. 2. Fructus naturales sunt vel naturales in specie; vel industriales. Naturales in specie dicuntur, qui absque notabili cura, & cultura hominis producuntur, sive, qui percipiuntur beneficio nature, operâ humanâ vel omninò nihil, vel certe parùm conferente. In hæc classèm spectant poma, pyra, nuces, cerasa, fennum, &c.

Industriales sunt, qui non suâ sponte proveniunt; sed in quibus curâ, & notabili hominis industria opus est, ut frumentum, vinum, oleum, legumina, &c. quia hæc omnia non nascuntur, nisi debita cultura adhibeatur, ita, ut quæ suapte indole non producit industria, quàm Natura. Ex istis fructibus iterum alii sunt pendentes, alii percepti, alii percipiendi. Fructus pendentes sunt, qui quidem jam nati sunt, sed à corpore non separati. Percepti sunt, qui à corpore, unde provenerunt jam separati sunt, ut si segetes, abscessa, lac expressum, fennum defectum, si uvæ ademptæ, licet non expressæ, l. 13. ff. quib. mod. usufr. amitt. l. 48. ff. de A. R. D. l. 25. §. 1. ff. de usur. & fruct. Percipiendi sunt, quos possessor potuisset percipere, dolo tamen, vel culpa non percipit, & hi non numquam fictione Juris pro perceptis habentur. Harp. num. 28.

Percepti rursus dividuntur in extantes & consumptos. Extantes sunt, qui adhuc in bonis possessoris conservantur, qui in horreis, vel cellariis custodiuntur. Consumpti sunt, qui apud illum, qui eos percipit, non amplius extant. l. 22. Cod. de R. V. §. l. 40. ff. de A. R. D. Cæterum possessor alius est bonæ: alius male fidei. Possessor bonæ fidei ille dicitur, qui rem ab eo, quem dominum

Hæc enim fructus in ratione percipiendi ad quosdam respondet

humanas per se non affert

possessor bonæ fidei

esse, vel saltem rei alienandæ potestatem habere credidit, legitimè & sine dolo est consecutus, l. 109. ff. de V. S. Dico autem: vel saltem rei alienandæ potestatem habere credidit, siquidem non is solum bonâ fide possidet, qui se à domino rem consecutus, existimat; sed & qui ab eo rem accepit, quem novit, dominum non esse: existimat tamen alienandi jus habere ab eo, quem tutorem esse, credidit. Male fidei possessor ille est, qui rem non esse ejus, à quo accepit, scivit, vel qui læsam rei alienæ, aut injustæ possessionis conscientiam habet. In dubio autem quis bonâ fide possidere præsumitur, cap. 47. de R. J. in 6. quilibet enim præsumitur bonus, donec probetur malus. His prælibatis tandem sequitur ~~monstramus~~ ~~affertio~~ Fructus civiles adscititios possessor tam malæ, quam bonæ fidei irrevocabiter suos facit. Glettle Vir consummate eruditionis select. quest. q. 2. q. 19. n. 9. ubi multos Theologos pro hac sententia allegat. Ratio sola, sed solida est, quod fructus adscititii sine emolumentum, non rei alienæ, sed industriæ propriæ, sicuti ergo fructus sequuntur rem, ex qua proveniunt, & ejus sunt, qui est dominus rei; ita fructus civiles adscititii sequuntur industriam, ex qua proveniunt, & sunt ejus, qui author industriæ. Unde suâ sponte fluit, si cum pecunia deposita, vel per furtum arrepta negotiatus sim, & lucrum tulerim, id ad me haud aliter pertinere, quam imaginem, quam alieno penicillo pinxi; ita tamen, ut ego teneam domino pecuniæ, vel penicilli ad interesse, si quod ostendere possit. ~~Verum præsentibus~~ ~~non obstat~~, quod nemo debeat ex re aliena dilescere, aut delicto proprio sentire commodum; ~~nam meminisse oportet~~, quod pecunia deposita, vel surrepta

non concurrat ad lucrum proximè, & formaliter, sed remotè tantum, & materialiter: proximè enim lucrum provenit ex industria mea, à qua res aliena assumitur per modum nudi instrumenti. Hinc non directè, & proximè ex delicto proprio reporto commodum; sed indirectè tantum, & remotè; proximè enim ex negotiatione lucrum percipio, quæ de se est honesta; licèt præsupponat actum inhonestum. Itaque dubitandum non est, coquam, quæ nuper, acceptis pecuniis culinariis, ex olla fortunæ scyphum argenteum extraxit, scyphi dominam evasisse. ~~nam & vestigio, seu~~

Affertio II. Malæ fidei possessor ex reliquis fructibus quibuscumque nullos suos facit sive extant, sive consumpti sint; sed tenetur in utroque foro omnès unquam restitueret. Ita docent Glettle loc. cit. n. 24. Manz. hic. num. 44. Schneid. num. 8. Harp. n. 93. Zoëf. ff. de A. R. D. n. 76. Franz. Inst. b. t. p. 2. §. 15. n. 63.

Probi. ex l. 22. Cod. de R. V. certum est, malæ fidei possessorem solere omnes fructus cum ipsa re præstare, nemo enim debet ex delicto suo reportare lucrum. Imò & fructus percipiendos malæ fidei possessor tenetur restituere. l. 5. Cod. de R. V. libi enim imputare debet, quod rei alienæ se immiscens, eam ex fide non gesserit. Glettle. n. 27. Manz. num. 46. Brunnem. in d. l. 5. Schamb. Inst. b. t. in fine.

Affertio III. Bonæ fidei possessor omnes indistinctè fructus suos facit, naturales, industriales, & civiles quoscumque. Ita re ipsa docent Glettle loc. cit. num. 11. Franz. p. 2. Inst. b. t. Fach. l. 1. cap. 57. Harp. hic. num. 35. Schamb. hic. Vini. Inst. hic. & select. quest. lib. 1. q. 25.

Et quidem de industrialibus nullus est qui ambigat, text. hic. his verbis: naturali ratione placuit fructus, quos percipit ejus esse pro cura, & cultura. Zoëf. ff. de

[Marginal notes in various languages and scripts, including Latin and German, are present throughout the page, often overlapping the main text.]

De Rerum Divisione &c.

A. R. D. n. 63. Schamb. hic. De civili-
bus etiam non est, cur dubitetur, lais
enim suffragatur text. l. 34. ff. de usur. &
fructus civiles vel maximè sapiunt natu-
ram industrialium. Schneid. hic. n. 5. Sed
60 Q. X. An bonæ fidei possessor etiam natu-
rales fructus suos faciat? Videtur negati-
vè decidendum l. per §. 35. hic. ubi dicitur,
quòd bonæ fidei possessor fructus
suos faciat propter curam, & culturam;
ergò naturales non acquirit, cum nullà
culturà indigeant.

II. Per text. validiss. l. fructus 45. ff.
de usur. Ubi disertè rescribitur, quòd
bonæ fidei possessor fructus naturales suos
non faciat.

III. Per l. 48. §. 5. ff. de A. R. D. ubi
is, qui ancillam bonà fide possidet, par-
tum usucapere debet; sed partus est fru-
ctus naturalis? ergò bonæ fidei possessor
fructus naturales non facit suos; aliàs u-
sucapione non esset opus.

Verùm affirmativa magis arripet, ei-
que applaudunt, præter alios plurimos,
suprà ad Affer. III. recensiti non infimæ
notæ AA.

Prob. I. Ratione, quia bona fides tan-
tum tribuit, quantum veritas, l. 136. ff.
de R. J. sed verus dominus fructus natu-
rales facit suos; ergò etiam bonæ fidei

Prob. III. Ex l. in pecudum 28. ff. de
usur. In pecudum fructu etiam factus est, si-
cut lac, & pilus, & lana; itaque agni, &
hædi, & vituli statim pleno Jure sunt bonæ
fidei possessoris, & fructuarii; sed isti fru-
ctus sunt naturales; ergò.

Argumenta contraria facili labore dilu-
untur.

Ad I. R. quòd cura, & cultura non
sit adæquata ratio, cur bonæ fidei posses-
sor fructus suos faciat, sed bona fides,
subnixa justò titulò: aliàs etiam malæ fi-
dei possessor fructus indistinctè suos fa-
ceret.

Ad II. In quo Achillem ponunt, R.
est in promptu; in illo enim textu bonæ
fidei possessor comparatur uxori non a-
dæquatè, sed tantùm inadæquatè, ut
sensù sit: sicuti uxor in re donata fru-
ctus naturales absolutè suos non facit;
ita bonæ fidei possessor fructus non facit
suos irrevocabiliter, quia videlicet ex-
tantes tenetur restituere; nisi eos trien-
niò præscripserit, ut paulò post Affer.
IV. dicemus. Ita Schamb. hic. Aliter R.
Glette, & Clariss. D. Franz. loc. cit.

Ad III. Negatur Suppositum, quòd
partus dicatur in fructu esse, §. 37.
Inst. b. 2.

Affer. IV. possessor bonæ fidei fruc-
re aliena perceptos, non facit
irrevocabiliter, sed tenetur extan-
tes naturales illi sint, sive indus-
triales, rem suam evincenti
domino, rem suam evincenti
domino, nisi eos trienniò præscripserit.
ic. cit. n. 15. Vimm. lib. 1. sect.
p. 26. Manz. num. 25. hic. Schamb.
Harp. num. 53.

Solidissimè (ut multos alios tex-
m) ex l. 22. Cod. de R. J. His
Certum est, male fidei possessores
mes fructus cum ipsa re prestare;
i verò extantes, post autem litis
openi universos. Ratio præterea
potestatem 120 ff. est

*Et quidem & industrialibus, infu-
ciabitur nemo si debeat mentis
acion in & si quis à non Dominis
institutus & Rerum Divisione, id est
in sequentia Justiniani verba con-
ciat. naturale &*

*ita ut subitare possimus
que sit communior, huc sunt
conformior: mihi tamen verum
videtur quam docet Glette,
in eo quodam paucis, sed
affirmative me exponit*

215. ff. de usur. in pecudum 28. ff. de usur. In pecudum fructu etiam factus est, sicut lac, & pilus, & lana; itaque agni, & hædi, & vituli statim pleno Jure sunt bonæ fidei possessoris, & fructuarii; sed isti fructus sunt naturales; ergò.

Ad I. R. quòd cura, & cultura non sit adæquata ratio, cur bonæ fidei possessor fructus suos faciat, sed bona fides, subnixa justò titulò: aliàs etiam malæ fidei possessor fructus indistinctè suos faceret.

Ad II. In quo Achillem ponunt, R. est in promptu; in illo enim textu bonæ fidei possessor comparatur uxori non adæquatè, sed tantùm inadæquatè, ut sensù sit: sicuti uxor in re donata fructus naturales absolutè suos non facit; ita bonæ fidei possessor fructus non facit suos irrevocabiliter, quia videlicet extantes tenetur restituere; nisi eos trienniò præscripserit, ut paulò post Affer. IV. dicemus. Ita Schamb. hic. Aliter R. Glette, & Clariss. D. Franz. loc. cit.

Ad III. Negatur Suppositum, quòd partus dicatur in fructu esse, §. 37. Inst. b. 2.

Affer. IV. possessor bonæ fidei fructu aliena perceptos, non facit irrevocabiliter, sed tenetur extantes naturales illi sint, sive industriales, rem suam evincenti domino, rem suam evincenti domino, nisi eos trienniò præscripserit. ic. cit. n. 15. Vimm. lib. 1. sect. p. 26. Manz. num. 25. hic. Schamb. Harp. num. 53.

Solidissimè (ut multos alios texm) ex l. 22. Cod. de R. J. His Certum est, male fidei possessores mes fructus cum ipsa re prestare; i verò extantes, post autem litis openi universos. Ratio præterea potestatem 120 ff. est

*Et quidem & industrialibus, infu-
ciabitur nemo si debeat mentis
acion in & si quis à non Dominis
institutus & Rerum Divisione, id est
in sequentia Justiniani verba con-
ciat. naturale &*

*ita ut subitare possimus
que sit communior, huc sunt
conformior: mihi tamen verum
videtur quam docet Glette,
in eo quodam paucis, sed
affirmative me exponit*

esse, vel saltem rei alienantiae potestatem habere credit, legitime & sine dolo est consecutus, l. 109. ff. de V.

tem: vel saltem rei alio habere credit, siquidem bona fide possidet, qui consecutus, ex

rem accipit no Ju ell pi au 14 fi q p

Utramq; in parte vehementer tractat

A. d. p. de rebus paucis affirmatorem dicitur est, quod fructus

mentum, non rei alienae, sed industriae propriae, sicuti ergo fructus sequuntur rem, ex qua proveniunt, & ejus sunt, qui est dominus rei; ita fructus c adscititii sequuntur industriam, e proveniunt, & sunt ejus, qui a industria. Unde sua sponte fluit, l pecunia deposita, vel per furtum pta negotiatus sum, & lucrum tul id ad me haud aliter pertinere, imaginem, quam alieno penicillo, ita tamen, ut ego tenear domino nise, vel penicilli ad interesse ostendere possit. Item nemo debet aliena ditescere, aut delicto propriare commodum, si non monuisse tet, quod pecunia deposita, vel lu

non concurrat ad lucrum proxime, & formaliter, sed remote tantum, & malitiam: proxime enim lucrum prove-

qua res aliena instrumenti. tunc ex delicto um; sed indi-

proxime enim percipio, quae praesupponat ac dubitandum non er, acceptis pe-

illa fortunae scypho, domi nio, seu ei possessor ex re-

umque nullos suos consumpti sint; e foro omnes una docent Glette loc. num. 44. Schneid. Zoef. ff. de A. R. D. t. p. 2. S. 15. n. 63. l. de R. V. certum est, solere omnes fructus nemo enim debet ex

delicto suo reportare lucrum. Imo & fructus percipiendos male fidei possessor tenetur restituere. l. 5. Cod. de R. V. sibi quod rei alienae se

igitur quibusque rebus velut in antecessum principis, et tunc vicendi servato, ut cet suo ordine tanquam An bonae fidei Possessor etiam naturales fructus suos faciat. Haec est, valde tractata inter d. d. acceptatis propter fructus causa materiam, in quibus conciliandos pro

* Nostri textus Interpretes paucis, et maxime innotentibus hinc damnum: Verum solo nomine ut multos alios textus si beam ex leg. 22 C. de R. V. sequentibus hinc thesoro propositum comparabimus. Certum est sequitur Imperat. Diocletianus, et Narsus manet.

Affirmativa proposita Nostri textus interpretis Alexantri 3 responsum in e

De Rebus in quibus, quos usus, & vicium fructuum...
nont: et in quo non debent à fructibus separari: et etc. & dicitur.

De Rerum Divisione &c.

A. R. D. n. 63. Schamb. hic. De civili-
bus etiam non est, cur dubitetur, laus
enim suffragatur text. l. 34. ff. de usur. &
fructus civiles vel maxime sapiunt natu-
ram industrialium. Schneid. hic. n. 5. Sed
60 Q. X. An bonæ fidei possessor etiam natu-
rales fructus suos faciat? Videtur negati-
vè decidendum I. per §. 35. hic. ubi dicitur,
quòd bonæ fidei possessor fructus
suos faciat propter curam, & culturam;
ergò naturales non acquirit, cum nullà
culturà indigeant.

II. Per text. validiss. l. fructus 45. ff.
de usur. Ubi differtè refcribitur, quòd
bonæ fidei possessor fructus naturales suos
non faciat.

III. Per l. 48. §. 5. ff. de A. R. D. ubi
is, qui ancillam bonà fide possidet, par-
tum usufructu debet; sed partus est fru-
ctus naturalis? ergò bonæ fidei possessor
fructus naturales non facit suos; aliàs u-
sufractione non esset opus.

Verùm affirmativa magis arridet, ei-
que applaudunt, præter alios plurimos,
suprà ad Affer. III. recensiti non infimæ
notæ AA.

Prob. I. Ratione, quia bona fides tan-
tum tribuit, quantum veritas, l. 136. ff.
de R. J. sed verus dominus fructus natu-
rales facit suos; ergò etiam bonæ fidei
possessor.

Prob. II. Per dissert. text. bonæ fidei. 48.
ff. de A. R. D. ubi dicitur; Bone fidei em-
ptor non dubie, percipiendos fructus etiam
ex aliena re, suos interim facit, non tan-
tum eos qui diligentia & opera ejus prove-
nerunt; sed omnes, quia, quòd fructus
attinet locò domini penè est. Sanè, quid il-
lustrius isto textu afferri possit, non vi-
deo; dicit enim, quòd bonæ fidei pos-
sessor non industriales duntaxat fructus
suos faciat, sed omnes: quæ particula sed
est oppositiva; quæ fructibus industriali-
um non alii opponuntur, quam natura-

Prob. III. Ex l. in pecudum 28. ff. de
usur. In pecudum fructu etiam factus est, si-
cut lac, & pilus, & lana; itaque agni, &
hædi, & vituli statim pleno Jure sunt bone
fidei possessoris, & fructuarii; sed isti fru-
ctus sunt naturales; ergò.

Argumenta contraria facili labore dilu-
untur.

Ad I. R. quòd cura, & cultura non
sit adæquata ratio, cur bonæ fidei posses-
sor fructus suos faciat, sed bona fides,
subnixà justò titulo: aliàs etiam malæ fi-
dei possessor fructus indistinctè suos fa-
ceret.

Ad II. In quo Achillem ponunt, R.
est in promptu; in illo enim textu bonæ
fidei possessor comparatur uxori non ad-
æquate, sed tantum inadæquate, ut
sensus sit: sicuti uxor in re donata fru-
ctus naturales absolutè suos non facit;
ita bonæ fidei possessor fructus non facit
suos irrevocabiliter, quia videlicet ex-
tantes tenetur restituere; nisi eos trien-
niò præscripserit, uti paulò post Affer.
IV. dicemus. Ita Schamb. hic. Aliter R.
Glettle, & Clariff. D. Franz. loc. cit.

Ad III. Negatur Suppositum, quòd
partus dicatur in fructu esse, §. 37.
Inst. h. t.

Afferitio IV. possessor bonæ fidei fruc-
tus, ex re aliena perceptos, non facit
suos irrevocabiliter, sed tenetur extan-
tes, sive naturales illi sint, sive indu-
striales, domino, rem suam evincenti,
restituere; nisi eos triennio præscripserit.
Glettle. loc. cit. n. 15. Vimm. lib. 1. select.
quæst. cap. 26. Manz. num. 25. hic. Schamb.
Inst. h. t. Harp. num. 53.

Prob. Solidissimè (ut multos alios tex-
tus fileam) ex l. 22. Cod. de R. J. his
verbis: Certum est, malæ fidei possessores
solere omnes fructus cum ipsa re præstare;
bonæ fidei verò extantes, post autem litis
contestationem universos. Ratio præterea

est

in pecudum fructus (inquit Sajo)

15
longo in
repro
satis
nos fru
zui esse
naturali
Prob. I. R.
questio
iam abso
lutis, dicit
quem coop
nemus
vandum
exposuisti
ad quam
personas
meas quæ
honom:
in velle
et...

est, quia, cessante causâ cessat effectus; atqui causâ, quod bonæ fidei possessor fructus suos faciat, est bona fides, ergo.

Non *Obstat*, quòd conjux donatarius fructus industriales irrevocabiliter suos faciat, *l. 45. ff. de usur.* ergo etiam bonæ fidei possessor. *R.* enim *neg. conseq.* Ratio *Differentiæ* est, quòd in priori casu adsit voluntas domini, scilicet conjugis alterius, qui donavit. Et, tamen ex ista ratione videatur concludendum, quòd conjux donatarius etiam fructus naturales suos faciat, contra *d. l. 45.* Id tamen falsum est, quia ideo conjux donatarius fructus naturales non facit suos ex re donata; quoniam donatio, ex qua una pars fit locupletior & altera pauperior, inter conjuges prohibita est, *tot. tit. ff. de donat. inter vir.* & *uxor.* atqui ex perceptione fructuum industrialium, pars, cui donata est, non fit locupletior, ita, ut altera pars fiat pauperior; ergo non mirum, quòd conjux donatarius fructus industriales suos faciat, naturales non etiam, *Clariff. D. D. Franz. loc. cit. num. 97.* Illud *notandum*, quòd bonæ fidei possessor impensas, & labores, in fructus industriales factos, deducat; *ratio*, quia fructus non sunt, nisi impensis deductis, *§. 3. Inst. de Societ. l. 7. ff. solut. matr. Schamb. big. Manz. num. 29.*

Dices: si bonæ fidei possessor fructus extantes tenetur restituere quomodo ergo verificetur, quòd fructus suos faciat? *R.* Quòd fructus suos facere, hunc effectum ponat, quòd bonæ fidei possessor Jus iis utendi fruendi habeat, & consumptos non teneatur restituere, prout statim asseremus; si verò suos non faceret, eos teneretur restituere, vel saltem eorum æstimationem, item præscribere non posset. *Chlinsberg q. 64. obj. 2. Inst. h. t. plures objectiones circa hanc Assert. IV. refutat Glettle & Clariff. D. Franz. loc. cit.*

Assert. V. Possessor bonæ fidei fructus, ante litem contestationem consumptos, irrevocabiliter suos facit. Ita *communiter D. D. Prob. J. ex §. 35. hic.* his verbis: *Et ideo, si postea Dominus supervenerit, & fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis, agere non potest.* II. Per *l. 4. §. 2. ff. finium regund.* ubi aperte sancitur, quòd bonæ fidei possessor fructus lucretur, si eos consumpserit. III. Per *l. 4. §. 19. ff. de usucap.* ubi fructus usucapitos, & consumptos comparari videas; ergo cum usucapio fructus consumptos faciat irrevocabiliter bonæ fidei possessoris, idem operabitur consumptio, & quoad hanc *Decisionem*, aut nullus, aut pauci erunt, qui *dissentiant*; sed

Q. XI. An bonæ fidei possessor fructus consumptos suos faciat, quatenus est factus locupletior? Vide *Glettle, loc. cit. num. 17. Fuch. l. 1. cap. 40. Harp. num. 66. Vinn. loc. cit. Zoëf. ff. de A. R. D. num. 73. Schamb. n. 243. h. t.* Mihi interea sufficit. *d. l. 4. §. 2. ff. fin. regund.* ubi dicitur, bonæ fidei possessorem lucrari fructus consumptos; atqui implicat, quòd aliquis possit lucrum capere, nisi fiat locupletior; ergo.

Assertio VI. Fructus, post litem contestationem perceptos, vel consumptos tenetur tantum possessor malæ fidei, sed etiam bonæ fidei domino, rem suam evincenti, restituere. *Vinn. Inst. hic. Franz. Inst. h. t. p. 2. n. 100. Manz. n. 23.*

Prob. I. per d. l. 22. Cod. de R. V. ubi perspicue dicitur etiam à possessore bonæ fidei post litem contestatam fructus universos esse restituendos. II. Ex *l. 25. §. 7. ff. de hered. petit.* ubi *Ulpianus* ait, post litem contestationem possessores omnes incipere esse malæ fidei; sed malæ fidei possessor tenetur fructus universos restituere, nisi sint civiles ascititii; ergo.

Assertio VII. Et ultima, Fructus, nisi

dam percepti, sed pendentes adhuc, Domino, à quocunque possessore rem suam evincenti, sunt restituendi. *Manz. num. 15. Schneid. num. 5. Mysing. num. 8. hic.* Ratio, quia pars sequitur suum totum, atqui fructus pendentes sunt pars fundi, l. 44. ff. de R. V. ergò sequuntur fundum.

§. I S V E R O. 36.

In *precedenti* §. vidimus, quòd bonæ fidei possessor, qui videlicet rem alienam ex bona fide possedit, existimans, illam suam esse, fructus perceptos suos faciat, idque Jure quasi dominii & soli. Nunc

62 *Q. Utrum non etiam aliquando is qui sciens rebus alienis utitur, (v. g. Usufructuarius) suos faciat? & R. omninò nullà factà Differentià inter fructus naturales, industriales, & civiles; quidquid enim in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ad usufructuarium pertinet, l. 9. ff. de usufr. cum hac tamen Differentià inter bonæ fidei possessorem, & usufructuarium, quòd bonæ fidei possessori fructus cedant, quomodocunque, & per quemcumque à solo separati fuerint; fructuario autem non nisi ipsemet, vel alius ejus nomine illos à fundo separarit, au decerpserit, text. hic. & in l. si ejus 78. ff. de R. V.*

A D V E R S. E A D E M.

63 *Quæ dicta sunt de Fructuario eadem ferè de Colono quoque dicuntur: quemadmodum enim fructuarius omnes fructus tam naturales, quàm industriales suos fecerit, non tantum consumptos, sed etiam extantes; ita quoque colonus, qui hortum, vineam, vel agrum conduxit, non tantum fructus industriales, sed naturales lucratur, nullà factà differentià inter consumptos, & extantes. In eo tamen differt colonus, quòd jus omne, Kees ad Instituta.*

ac fructus etiam pendentes ad hæredem transmittat; fructuarius non etiam: *ratio*, quia *Locatio & conductio* est contractus; atqui contractus consentur ita initi, ut etiam includantur hæredes, l. 13. *Cod. de Contrab. & committ. stip.* usufructus verò non est contractus, sed jus personale, quod cum persona expirat. Unde

Inferes, si colonus, vel inquilinus prædium, vel ædes usque ad quinquennium conduxerit & ante quinquennium lapsum decesserit, hæredem usque ad complementum quinquennii fructus omnes percipere, jureque coloni gaudere. *Manz. n. 13. Schamb. hic.*

§. I N P E C U D U M 37.

Quandoquidem usufructus non in ædibus, & fundis duntaxat constituitur, sed & in jumentis, & pecoribus, ideò, si pecora in usumfructum deducantur,

Q. Quenam dicantur esse in pecudum fructus? R. Imperator, non tantum lac, pilum, & lanam, sed etiam fetum in fructu esse. Itaque, si agni, hedi, vituli, equuli & fuculi nascantur, statim naturali ratione ad bonæ fidei possessorem, & fructuarium spectant: ratio, quia nomine fructuum omne id continetur, quòd ita nascitur, ut renascatur. Partus verò ancilla in fructu non est; absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, text. hic.

§. S E D S I G R E G I S. 38.

64 *Officium usufructuarii est, ut rem, cujus usumfructum habet, bene colat eaque, tamquam bonus paterfamilias, utatur: unde, si usufructus universitatis alicujus sive corporis concessus sit, tunc numerus in usumfructum datus, restitui debet, l. 69. ff. de usufr. v. g. habeo usumfructum gregis, in quo sunt centum oves, quibusdam ex illis viticulis, vel senio, aut aliò corporis vitio inutili-*

inutilibus factis alias ex natis restituere debeo. *d. l. 69.* Modò tamen aliqua ex iis nata fuerint; alioquin enim nullas substituere teneor, sicut nec quidquam, si res singulae in usufructum datae sint. *l. 70. §. 3. de usufr. rationem Diharitatis* inter casum hunc, & casum priorem dat *Manz. hic.* quia, si grex per modum universitatis in usufructum datus sit, pereuntibus aliquibus, substantia adhuc semper durat. Substantia enim est grex & corpus ipsum, admittens augmentum, & decrementum, unde suppleri & conservari potest; si verò singularem usufructum habeam, mortuà unà ove tota substantia perit, quæ amplius suppleri nequit. *Schamb. hic.*

§. T H E S A U R U S. 39.

65 XVII. Domini acquirendi modus est *Inventio & occupatio thesauri* Thesaurus autem est vetus quædam depositio pecuniæ, cujus memoria non extat, adeòque est depositio cujusdam rei mobilis, quæ jam dominum non habet; sic enim sit ejus, qui invenit, quia non est alterius, *l. nunquam 31. §. ff. h. t.* quasi Jctus diceret, quod nullius in bonis est, id naturali ratione occupanti conceditur. *Schneid. Inst. hic.*

Dixi: *cujus memoria non extat.* Unde, si ex adjecta Syngrapha appareat deponente, illi, si vivit, vel ejus hæredi reddendus est. *Zoef. ff. h. t. n. 22.*

Item, si quis metus, vel custodiæ causâ condiderit aliquid sub terrâ, v. g. tempore belli pecunias suas condiderit, & sepelierit, ut eas à rapacibus militum manibus conservaret, thesaurus non fit occupantis, *l. 15. ff. ad exhib.* quia dominus non ignoratur, ut cesset ratio occupationis. *Manz. num. 4. hic.* Denique, si quis vendat do num, & emptor reperiat pecuniam in muro, quam ipse venditor,

aut ejus parentes ibi recondiderunt, & per oblivionem fortè non reperierunt, non pertinet ea pecunia ad emptorem, sed venditori restituenda est, *l. 65. ff. de R. V. Ratio,* quia dominus non ignoratur. *Manz. num. 6. & Schneid. num. 4.* ubi notatu dignum casum refert, ex quo apparet, thesaurum non esse, si per oblivionem res ablata non fuerit.

Ex dictis patet, inventionem thesauri esse modum acquirendi dominium. Sed

Q. *An thesaurus inventus indijunctè sit inventoris?* R. quòd non, res enim *Dijunctio*ne ope dirimenda venit hoc modo: vel reperitur thesaurus in *fundo proprio*, vel *alieno?* si reperitur in fundo proprio, tunc vel *mediis licitis*, vel *illicitis*; si priùs, inventori cedit, quia thesaurus videtur esse pars loci, adeòque loci domino cedit. *Harp. num. 5.* si posterius, fisco vindicatur. *l. un. Cod. de thesaur.* Ratio, quia nemo ex suo delicto præmium reportare debet, *Manz. n. 14. concordat Neue N. Oe. Satz und Ordnung. de Jur. incorporal. §. 1. Es ist einem jeden &c. i. e. Licet unicuique in proprio fundo thesaurum investigare, vel aliud quid fodere absque tamen artibus magicis: quòd autem erit inventum, id suum solus ipse faciet*

Si in alieno fundo reperitur thesaurus, tunc vel *fortuito*, vel *datà operâ?* si *fortuito*, ex dimidia parte loci dominio, & ex dimidia inventori cedit. Et quidem loci domino, ratione domini, quod habet in rem; Inventori vero Jure inventionis, *text. hic. & in l. un. Cod. de thesaur. Schneid. num. 8. & Manz. num. 34.* Si *datà operâ*, tunc vel *licitâ*, vel *illicitâ?* si *datà operâ licitâ*, thesaurus totus domino cedit loci, quia nemini licet in alterius fundo scrutari. *d. l. un.*

Aliter de Jure Austria Inferioris obtinet *loc. cit. §. 2. Wann jemand &c. i. e. Si aliquis in solo fundove alieno thesaurum fortuito*

tuitò invenerit, vel sciente ac confescente domino scrutatus fuerit: tunc thesauri tres fient partes, quarum una inventori, altera jurisdictionem habenti, tertia domino fundi cedit. Si verò nec consentiente domino foderit, nihil acquirit; verùm thesaurus ex dimidia parte jurisdictionis domino, & ex dimidia soli domino cedit.

Si datà operà illicità, volunt aliqui, totum thesaurum fisco applicandum esse, ex eo, quia omnis thesaurus incantationibus, aut arte magicà repertus, fisco applicatur, *Schneid. n. 5. hic.* Verùm hæc Opinio (salvo tamen *Schneidevvin*i, melius sentientis iudicio) dura videtur, & altera præplacet, quæ hoc in casu dimidietatem fisco, alteram vero loci domino applicat; quia domino loci non est auferendum beneficium fortunæ propter delictum Inventoris. *Manz. n. 44. Chlitzgenß. q. 46. ob. I. n. I.* Aliter de Constitutione Austriæ obtinet *loc. cit. §. 3. Wann jemand &c. i. c. Si aliquis artibus magicis thesaurum, sive in proprio, sive in alieno loco investigaverit; quod inventum erit, id cameræ principali vindicabitur, ac propter delictum pena à iudice decernetur.*

67 Q. Ad quem pertineat Thesaurus, in loco publico, sacro, vel religioso repertus? R. Labsque magnæ difficultatis nota procedere, quòd thesaurus, in loco publico casu fortuito inventus, pro dimidia parte pertineat ad Fiscum; pro dimidia vero ad Inventorem. *Schneid. num. 9. datà vero operà totum principi cedere. Clariff. D. Finslerwald. lib. 3. obs. 25.*

In Archi-Ducatu Austriæ ita obtinet *loc. cit. §. 1. Welches auch &c. i. c. quod etiam est intelligendum de thesauro qui in via publica, vel in loco qui in nullius privati dominio est, fortuito casu invenitur.*

Sed vehementi dissidio Confligitur inter *D. D. ad quem pertineat thesaurus, in loco sacro, vel religioso repertus?*

Text. §. nostri ita se habet: *thesauros, quos quis in loco suo invenerit, Divus Hadrianus, naturalem æquitatem secutus, ei concessit, qui eos invenerit; idemque statuit, si quis in sacro, aut religioso loco fortuitò casu invenerit.*

En! ex hoc *text.* habes, quòd thesaurus inventus ex asse cedat inventori; ratio, qui talis locus nullius esse censetur. *Manz. num. 18. Econtra text. in l. 3. §. pen. ff. de Jure Fisci* sic differit: *sive in locis fiscalibus, vel publicis, religiosive, aut monumentis thesauri reperti fuerint, divi fratres constituerunt, ut dimidia pars ex his Fisco vindicetur.* En! è diametro priori *text.* contrarium statuit iste *textus, l. 3. §. pen.* & non ex asse inventori thesaurum tribuit. Hæc *Pugna*, teste *Harp. num. 7.* plerisque videtur inextricabilis, adedò, ut non erubescant contra pronuntiatum *Justiniani* in *l. 1. §. 2. Cod. de Jure vet. enucleand.* Antononiam hic admittere, quæ pactò nullò conciliari possit; quam Opinione, veluti vecordem, indignanter respuo, licèt eidem quoque suffragetur *Manz. num. 29.* qui post VII. R. in concordiam istorum *text.* comparandam allatas, statuit, Antonomias in Jure nostro reperiri. Ego cum *Harp. loc. cit.* existimo, nihil profus pugnantiæ aut contrarietatis inter istos *textus* reperti, modò, justà lance trutinentur. Dic proinde *l. 3. §. pen.* loqui de locis religiosis fiscalibus, in quibus thesaurus, fortuitò repertus pro parte dimidia fisco, pro altera parte inventori cedit, ut ejus legis sit ista sententia: thesauri, in locis fiscalibus inventi pro media fisco vindicantur, sive loca fiscalia, in quibus inventus est, publica fuerint, sive religiosa, sive monumentis destinata; quia satis est, ista loca esse fisci. Et ita etiam exaudiri debet constitutio *FridERICI Imperatoris lib. 56. 2. feud.* quòd nimirum *Fridericus Imperator*

ator loquatur non de thesauro, in quo-
vis loco religioso invento; sed de illo
thesauro, qui repertus est in loco religio-
so fiscali, juxta *d. l. 3. §. pen. Textus* verò
nostri §. loquitur de loco religioso suo, &
proprio, quem quis suâ voluntate, infe-
rendo mortuum tale efficere potest, &
in tali loco thesaurus, à fundi domino
repertus, ex asse, & in solidum ad in-
ventorem pertinet.

Dices: loci religiosi non datur pro-
prietas, ergò noster §. de loco religioso
suo, & proprio exaudiri non potest.
R. nos non intelligere proprietatem loci
religiosi dari, quoad dominium, sed
duntaxat quoad usum: sic locum religio-
sum proprium & suum habere dicitur,
qui ejus usum pro se, & pro sua familia
retinuit, *Zoëf. ff. b. t. n. 42.*

De *Consuetudine Austriae* res aliter se
habet, nimirum thesaurus in loco,
sacro; vel religioso repertum, totum
cedere Prælato illius loci. *Sutingers M. S. V. lit. S. in Schatz. Clariss. D. Fustle. wald lib. 3. observ. 26. num. 2.* ubi judicatum
testatur in causa *Paulen Dinckel, und N. Prior, und Convent Prediger-Ordens zu Wien.*

68 *Controvertitur*, cujus fiat thesaurus, in-
fundo feudali, vel emphyteutico repertus?

Sunt qui sustineant, pro media parte
inventori pro altera domino loci cedere.
Ita quoque docet, *Harp. bic. n. 21. Hum. var. resol. tract. I. q. 37. & ad Treutl. vol. post. disp. 18. th. 29. q. 16.*

Moventur I. Thesaurus in fundo alie-
no repertus, pro dimidia parte cedit
inventori, & pro altera dimidia loci do-
mino; atqui thesaurus in fundo feudali,
vel emphyteutico repertus, dicitur re-
pertus in fundo alieno, ergò.

Moventur II. Usufructuarius in fun-
do, in usufructum concessio, thesau-
rum repertum tantum pro dimidia parte

suam facit; ergò etiam emphyteuta, &
vasallus tantum pro dimidia parte the-
saurum, in fundo feudali, vel emphy-
teutico repertum suum facient: sicuti
enim usufructuarius tantum habet domi-
nium utile, ita & vasallus, & emphy-
teuta tantum habent dominium utile.

His tamen nihil urgentibus, placet
eorum dogma, qui thesaurum, in fun-
do feudali, vel emphyteutico repertum,
totum inventori vasallo, vel emphyteu-
tæ tribuunt. Ita docet *Zoëf. ff. b. t. n. 27.*

Ratio unica, & fundamentalis est hæc,
quia omne damnum, si fortè ex infeli-
citate pars prædii lædatur, vel pereat,
pertinet ad vasallum, & emphyteutam;
ergò ad eisdem pertinebit commodum:
qui enim sentit onus, sentiat, & com-
modum.

Accedit, quòd vasallus, & emphy-
teuta dicantur esse utiles domini, habe-
antque utile dominium, ita, ut omne
commodum ad eos pertineat & emolu-
mentum, ergò etiam thesaurus, cum sit
rei commodum.

Ad Argumentum I. R. neg. min. vasal-
lus enim, & emphyteuta sunt utiles do-
mini, ut thesaurus in fundo feudali, vel
emphyteutico in alieno fundo repertus
esse, dici non possit.

Ad II. R. con. antec. neg. conseq. vasal-
lus enim, & emphyteuta jus longe plenus
& potentius habent quàm usufructuarius.
Accedit, quod usufructuarius tantum id
percipere possit, quod est in fructu; sed
thesaurus non est in fructu, id enim in
fructu esse dicitur, quod nascitur, &
renascitur; thesaurus enim non nascitur,
& renascitur; secus est in vasallo, qui
non capit thesaurum, ut fructum, qui
ut loci beneficium tamquam utilis domi-
ni. *Zoëf. loc. cit.*

Illud pro *coronide* hujus §. notandum,
quòd si creditor in re hypothecata the-
saurus

faurum invenerit, mediam partem pro se retineat, & mediam debitori teneatur restituere: quod adeo procedit, ut nec, soluto debito: alteram medietatem debitori restituere teneatur; quia suam dimidiam non retinet, tanquam creditor, sed tanquam inventor, Jure scilicet inventionis. *Schneid. loc. cit.* Idem est, si thesaurus in fundo dotali a marito inventus fuerit, pro dimidia parte marito inveniendi, pro altera dimidia uxori cedit; marito quidem Jure inventionis, uxori Jure dominii. *Zoes. ff. h. t. num. 22.* & 29. vide *Fänstwald. lib. 3. obs. 24.*

§. PER TRADITIONEM. 40.

XVIII. Acquirendi dominii modus est *Traditio*. Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi; estque vulgata regula: *Traditionibus, non nudis pactis transferuntur rerum dominia.*

Definitur traditio, quod sit *translatio dominii*, si sequentia concurrant requisita.

69 I. Ut tradens sit dominus rei; rei enim alienae traditio non est translativa dominii, cum nemo plus Juris in alterum transferat, quam ipse habet, *l. 45. ff. d. R. J.*

Obj. Creditor pignus validè distrahit; & tamen non est dominus §. I. *Inst. quib. alien. licet, &c.* Ergò non dominus per traditionem in alium transfert dominium. R. creditorem tunc demùm validè alienare pignus, si fiat ex voluntate debitoris expressa, vel tacitâ. Expressâ, si expressis verbis in alienationem pignoris consentit; tunc enim ipse debitor vendere videtur. Nihil autem refert, an ipse dominus per se tradat, an voluntate ejus aliquis alius; sicuti & per procura-

toem rectè dominium transfertur, quod enim quis facit per alium, ipse fecisse intelligitur. *c. 72. de R. J. in 6.*

Tacitâ debitoris voluntate distractio pignoris procedit, si pacto solutionis, ad certum tempus factò satis non fecit, *l. 4. Cod. de pignorat. act. Harp. num. 6. hic.* Ratio, quia, si debitor moram trahat, pactoque non satisficiat, in alienationem pignoris consentire videtur. *Zoes. ff. h. t. n. 83.*

II. Requiritur voluntas, & animus transferendi in tradente, & acquirendi in accipiente. Ex parte tradentis ratio est, quòd nemo invitus re suâ privandus sit; ex parte accipientis, quia invito nihil acquiritur, nec beneficium datur. *Zoes. loc. cit. n. 86.*

III. Ut sit res corporalis; sicuti enim res incorporales propriè non possidentur, *l. 4. §. 27. ff. de usucap.* ita quoque propriè non traduntur, quia tactum effugiunt: nihilominus, quia patientia unius, & usus alterius in rebus incorporalibus loco traditionis habetur, *l. 20. ff. de servit.* idèd, si quis patiatur alterum uti Jure quòdam, v. g. *ire, agere, uti, frui*, censetur ipsi quasi tradidisse Jus illud servitutis. *Manz. n. 11. hic.*

Res immobiles verè traditioni subjacent; in his enim inductio in rei possessionem vices traditionis sustinet. *Schneid. n. 2.*

IV. Ut sit res alienabilis, non prohibita alienari per possessorem vel legem. Sic traditio rei sacrae, vel fideicommissariae nihil operatur, nihil enim actum videtur, quod sit lege prohibente. *Manz. n. 12.*

V. Ut traditio fiat ex justa causa, habili ad transferendum dominium, qualis est *emptio, venditio, dos, legatum, donatio, solutio, mutuum &c.*; nunquam enim nuda traditio transfert dominium.

fed ita, fi iufta caufa præcefferit. Hinc excluditur titulus *commodati*, *depositi*, *locati*, quæ non funt caufæ translative dominiû. Harp. n. 23.

70 Q. An error circa caufam impediât translationem dominiû? fac v. g. quòd ego tibi pecuniam quali donaturus dem, tu quali mutuam accipias. Cùm utriusque negotium fit translative dominiû; *Questionis* est, an tali cafu rei dominium transferatur? Circa hanc *Questionem*, promotorii inftar, eminent duo immanes fcopuli: unus est *l. fi ego* 18. ff. de R. C. alter autem in *l. 36. ff. de A. R. D.*

Qui negant tali cafu transferri dominium, producunt, *d. l. fi ego* 18. ff. de R. C. ubi in hæc verba refcribitur: *Si ego pecuniam quali donaturus dederò, tu quali mutuam accipias, Julianus fcribit, donationem non effe, fed, an mutua fit videndum? Et puto, nec mutuam effe magisque nummos accipientis non fieri, cum aliâ opinione acceperit; quare fi eos confumpferit, licet conditione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, qui fecundum voluntatem dantis nummi fint confumpti.* Ecce! hoc in *textu* aperte negatur dominium transferri, dum ducit: *magisque nummos accipientis non fieri.*

Qui affirmant dominium transferri, stringunt *textum* *l. 36. ff. de A. R. D.* ubi *textus* ita fe habet: *cum in corpus qui dem, quòd traditur, confentiamus, in caufis verò diffentiamus, non animadverto, cur inefficax fit traditio? veluti fi ego credam, me ex testamento tibi obligatum effe, ut fundum tradam donandi gratiâ, tu eum quali creditum accipias, confiat, proprietatem ad te transfire, nec impedimento effe, quòd circa caufam dandi, & accipiendi diffentiamus.* En! è diametro fancitur hic priori *textu* contrarium, videlicet dominium transferri, licet partes in caufa diffentiant,

Ego I. hoc *textu* ita moveor, ut dominium transferri, etfi partes in caufa diffentiant, audacter fuffineam. Ita docet *Clariff. D. Woller*, vir fingulari cultu dignus, & promotor meus venerandus, *tract. de mutuo. pag. 116. n. 28. & feq. Hinn. var. refol. pag. 392. q. 38. & pag. 849. q. 19. Harp. hic. n. 23. Zoëf. ff. b. t. num. 9. Schamb. hic.*

Moveor II. hac ratione, quia nihil tam conveniens est naturali æquitati, quam voluntatem volentis rem fuam in alium transferri, ratam haberi, *text. hic.* fed in noftro cafu habetur talis voluntas; ergò.

Moveor III. fi aliquid obftaret in noftro cafu translationi dominiû, tunc obftaret nullitas caufæ; fed hæc non obftat, quia ad translationem dominiû non requiritur caufa, valide fuffiftens, fed fufficit putativa; ergò hæc nullitas non obftat. *Minor prob.* ex eo, quia etiam, dum indebitum per errorem folvitur, transfertur dominium, licet vera caufa non fubfit, fed tantum putativa: quòd autem in folutione indebiti transferatur dominium, patet exinde, quia folventi applicatur conditio, cum aliâ rei vindicatio applicari deberet.

Ad *text. fi ego* 18. varii variè R. Placet, quòd verba illa *d. l. fi ego* 18. *magisque nummos accipientis non fieri*, ita debeant accipi, quali illorum nummorum proprietatem ad accipientem non tranfierit, fed quòd perfectè, five irrevocabiler non fiant accipientis, ita ut perpetuò penes accipientem manfuri fint; fiquidem pecunia, quæ, tanquam mutua, accepta est, licet accipientis fiat, avocari tamen ab illo poteft, fi adhuc exiftat, per certi conditionem; fi verò confumpta fit, tunc quidem adhuc ifta conditio locum habet, fed per exceptionem doli mali eliditur, quòd fcilicet pecunia fecundum voluntatem dantis confumpta

sumpta sit: sic si dixeris, statuas, necesse est, in utroque textu verum dici, nimirum nummos accipientis, *d. l. 36.* & non fieri accipientis, *d. l. 18.* sed diverso respectu; nam fiunt nummi accipientis, sed revocabiliter, quia conditi possunt, non fiunt accipientis, id est, perfecte, & irrevocabiliter. Ita *Humm. loc. cit.*

§. V E N D I T Æ 41.

71 Dicitur est in *superiori* §. per traditionem dominium transferri, si iusta tradendi causa, & titulus habilis ad transferendum dominium subsit; hoc in §. exceptio subjicitur. Nam licet emptio-venditio sit titulus habilis ad transferendum dominium, res tamen venditæ, & traditæ non aliter emptori acquiruntur, quam si pretium exsolutum fuerit. Unde venditor, si rem tradidit, pretio nondum soluto, vindicare eam rursus potest, quod sæpè in concursu aliorum creditorum magnæ utilitatis est, *l. 19. §. 8. ff. de act. empt. Harp. num. 15.*

Limitatur I. Nisi emptor aliò modo venditori volenti satisfecerit. v. g. fidejussore, aut pignore ratione pretii datò, *text. hic.* Ratio, quia paria sunt pretium solvi, vel aliter satisfieri. Dixi *volenti*, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest. *l. 2. §. 2. ff. de R. C.*

Limitatur II. Nisi venditor Emptori fidem de pretio habuerit (*vann er ihme geborget*), *text. hic.* & in *l. 19. ff. de contrah. empt.* quia fidem sequi, vel fidem de pretio habere, est quasi satis accipere. Perez. *Inst. hic.* Fidem autem de pretio habuisse, præsumitur, cum venditor emptori solvendi terminum præscripsit, vel pecuniã non acceptã rem tolli passus est. *Manz. n. 6. Harp. n. 18.*

Sola, & simplex traditio (si nulla profus pretii mentio facta sit) fidem de pretio habuisse venditorem non facit:

ratio, quia fidem sequi est quasi satis accipere, *d. l. 19.* satisfactio autem, cum facti sit, non præsumitur. *arg. l. 10. Cod. de non numer. pecun. Schamb. hic. Harp. n. 18.*

§. N I H I L A U T E M. 42.

Jam *suprà* in I. traditionis requisito diximus, nihil interesse, an dominus alicui rem tradiderit, an alius ejus nomine. *text. hic.*

§. Q U A R A T I O N E. 43.

Ex *priori* §. hic inferitur, quòd si res alterius alicui traditæ sint à procuratore ejus habente mandatam vel speciale vel cum libera, accipientis fiant. Generale mandatam non sufficit, quia tale non tribuit facultatem alienandi. *Manz. n. 3.*

§. I N T E R D U M. 44.

Tametsi regula sit, *Traditionibus*, & *Usucapionibus rerum dominia transferri. l. 20. Cod. de pact.* Aliquando tamen etiam nuda voluntas ad transferendum dominium sufficit, modò traditio aliqua ex causa non sufficiente ad dominii translationem præcesserit, v. g. deposui apud te, vel commodavi tibi pallium, postea ut illud titulò donationis, vel emptio-nis à me acquiras, non est opus pallium recipere, & iterum tibi tradere; sed sufficit, quòd velim, & patiar esse tuum *text. hic.* frustra enim fit per plura, quod potest fieri per pauciora.

Et hæc traditio per fictionem brevis mantis fieri dicitur; fingitur enim in dicto casu, ac si ego pallium recepissem, & denuò tradidissem. *Schamb. hic.*

§. I T E M S I Q U I S. 45.

Hic proponitur altera species fictæ traditionis, nimirum clavium traditio, nam si quis merces suas in horreo reposi-

tas alteri vendiderit, simul atque claves horrei emptori tradiderit, transfert dominium, & proprietatem in emptorem; fictio enim tantum operatur, quantum veritas *text. hic.*

73 Enumerantur præterea plures fictæ traditiones in Jure nostro, uti sunt primò *Instrumenti* live *Chirographi. l. i. Cod. de donat. secundò Consignatio*, si emptor res emptas consignet, *l. 14. ff. de pericul. & commod. rei vendit. Tertiò Appositio custodiae*, v. g. ad emptum acervum lign. *l. § 1. ff. de acq. poss. Manz. num. 5. Harp. num. 3. 4. & 5.*

§. HOC AMPLIUS. 46.

Tertia species fictæ traditionis est projectio missilium; Romani enim principes, qui divitiis abundabant, liberalitatis gratiâ solebant spargere missilia, sicuti & hodie in electione Papæ & Imperatoris fieri solet: & tunc projiciens vult, ut illud, quod quisque apprehendit, fiat accipientis. *Schneid. hic.*

§. QUARATIONE. 47.

75 *Ultimus* acquirendi dominii modus est *Occupatio rei pro derelicto habite*, qualis est illa, quam dominus eâ mente, abjecit, ut in numero suarum rerum esse nolit; non mirum igitur, quòd occupanti concedatur. Quod procedit tam in rebus mobilibus, quàm immobilibus; ut si quis domum, vel agrum ita derelinquat, ut in bonis suis amplius esse nolit. *Schamb. & Schneid. hic.*

§. ALIA SANE FIN.

Quæ hic, *An is, quia apprehendit res, quæ coortâ tempestate, levande, & exornanda navis causâ in mare ejiciuntur, acquirat earum tanquam derelictarum, dominium?* R. *negative*, ratio est in *textu*, quia palam est, eas non eò animò abjici, quòd quis eas habere nolit, sed ideò, ut cum ipsa nave tempestatis, & naufragii periculum effugiat. Quare, si quis eas fluctibus expulsas vel etiam in ipso mari natantes lucrandi animò abstulerit, furtum committit. *text. hic.* quia rem detinet invito, dominò lucrandi gratiâ.

AD VERS. NE LONGE.

Quæ dicta sunt de *Projectis in mare*, eadem obtinent in iis, quæ de *rebda corrente*, non advertente domino, *deciderunt*; nam manent ipsius domini, cui ab inventore restituenda. Ubi universaliter

Observa! si quis rem invenerit, quòd de domino inquirere, & si eum resciverit, rem illam conscientiâ restituere tenetur. Quòd adeò verum, ut inventor menytrum, id est, inventionis præmium, vel mercedem honestè petere non possit. *lib. 43. §. 7. ff. de furt.*

Dixi *petere*, quia honestè, si ei offeratur, accipere potest. *Schamb. hic. & Manz. num. 8.*

Quòd si dominum rescire non possit, poterit sibi retinere; nulla enim lex est, quæ obstringat inventorem, ut rem inventam largiatur in pauperes. *[Schamb. hic. & Harp. num. 9. Layman. lib. 3. de Just. tit. 1. cap. 5. num. pen. Menoch. lib. 5. præsumpt. 30. num. 8.]*

T I T U L U S I I.

DE REBUS CORPORALIBUS, ET INCORPORALIBUS.

S U M M A R I A.

- 1 *Quæ res dicantur corporales ?*
- 2 *Quæ incorporales ?*
- 3 *Quæ dicantur res mobiles ?*
- 4 *Quæ immobiles ?*
- 5 *Pecunia numerata an referenda sit ad res mobiles, an verò immobiles ?*
- 6 *Quo pertineant Jura, & actiones ?*
- 7 *Pecunia, ex re immobili redacta, an ad res immobiles spectet ?*
- 9 *Quid intersit, an res dicatur mobilis, an immobilis ?*

EXposuimus Titulo precedenti varias rerum Divisiones, hic rursus ponitur alia, quæ planè generalis est, involvens omnes alias rerum divisiones, factique alias corporales, alias incorporales.

Ad vers. Corporales, & ad vers. Incorporales.

1 Queritur hic, quænam res dicantur corporales ! *Re. Imperator*, res corporales hæ sunt, quæ sui naturâ tangi possunt, h. e. quæ sub tactum cadunt, quâsque, si præsentem sint, corpore, & manu apprehendere, oculis conspicerem, vel exteris sensibus percipere possumus, v. g. *homo, vestis, fundus, aurum, argentum, &c. Vinn. Inst. hic. num. 1.* Dicitur autem sui naturâ, ut indicetur, etiam illas res, quæ cælo infixæ sunt, vel in abyssu maris existentes, vel in montibus occultatæ, hæc divisione contineri, licet enim actu tangi nequeant, à natura tamen ita comparatæ sunt, ut tangi possint, *Harp. num. 3. Schneid. num. 2.*

2 Res incorporales sunt, quæ tangi non possunt, h. e. quæ sub sensum exteriorem non cadunt, ita, ut neque tactu apprehendi, nec visu percipi possint; sed solo intellectu, & animi judicio percipiuntur, v. g. *obligationes, actiones, servitutes, hæreditas, &c.*

Dices: tamen plerumque in hæreditate reperuntur res corporales, puta aurum, argentum, vestis, fundus, &c. ergò male dicitur, quòd hæreditas sit res incorporalis. *Re. hæreditatem hic accipi non pro rebus hæreditariis, sed pro ipso Jure succedendi; quo respectu hæreditas est quid incorporale, sicuti à par inobligationem, in usumfructum plerumque res corporales deducuntur; nemo tamen dixerit obligationem, usumfructum, &c. esse res corporales. Manz. num. 2. hic. Frantzkius Inst. hic. num. 9. Chlingensberg. hic. ob. 2.*

Dices: nihil interest, an nomine hæreditatis intelligatur ipsum Jus succedendi; an verò ipsæ res singulares in hæreditate contentæ. *Re. multum interesse, si enim res singularis evincatur, venditor hæreditatis de evictione non tenetur, l. 1. Cod. de evict. quia non res singularis censetur vendita, sed ipsum Jus incorporale. l. 2. ff. de hered. vel. act. vend. pulchrè Chlingensberg. Inst. h. t. q. 3. ob. 1. & 2.*

Res corporales subdividuntur in mobiles & immobiles. Illæ sunt, quæ in locum & de loco moveri possunt, sive ab iis ipsis id fiat, ut in rebus animatis accidit, puta equò, bove, asinò, agnò, &c. Sive ab alio, ut in rebus inanimatis, v. g. veste, lectò, librò, scannò, candela-brò, pelvi, &c. l. 93. ff. de V. S. vulgò *fabrende, oder bewegliche Habb, und Güter.*

4 Res immobiles sunt, quæ salvâ suâ substantiâ moveri, vel de loco in locum transferri nequeunt, l. 10. ff. quod vi aut clam. l. 1. §. generaliter. ff. de vi & vi armata. Vel res soli sunt, vel solo cohærentes, ut prædia, agri, horti, &c. l. 1. ff. de conduct. trit. germanicæ liegende Gründe, oder unbewegliche Güter. Harp. hic. num. 7.

Circa aliquas res, puta, molendina naturalia, molendina pneumatica, pisces, annuos redditus, tercularia, sylvas caduas, & plurimas alias, num ad mobiles, num ad immobiles referendæ sint, vehementer colliduntur AA. Rem latius excutere longum foret. Vide Berlich. part. 3. conclus. 30. per tot. Harp. Instit. hic. Clariss. D. D. Franz. n. 3. 4. & 5. hic. Interim Quæres I. Quò referenda sit pecunia numerata?

5 Sunt, qui eam rebus immobilibus accenseant, quos inter est Jason. consil. 65. n. 8.

Moventur per l. 79. §. 1. ff. de legat. 3. ubi disertè dicitur, quòd sub legato rerum mobilium relicto non contineantur illi nummi; qui eo sine repositi sunt, ut mutudè dentur.

Ast longè verior est contraria opinio, quæ pecuniam numeratam rebus mobilibus annumerat, & ita docent, Berlich. loc. cit. n. 2. Manz. de conject. ult. volunt. lib. 9. tit. 3. n. 2. Menoch. l. 4. præsumpt. 138. num. 7. Harp. num. 11. Clariss. D. D. Franz. n. 8. hic Rosenthal. de Feud. cap. 4. concl. 7. num. 1. & seqq.

Prob. hæc Sententia per Nov. 22. cap. 45. §. Si verò universa. his verbis: Si verò universa constituta est in pecuniæ, aut aliis mobilibus rebus ante nuptialis donatio. Accedit l. 95. ff. de legat. 3. & l. 74. §. 1. ff. de solut. Concordat Jus Austricæ. Sutting. in suis MSS. lit. F. 7. Fabruß. ubi tamen excipiuntur pecuniæ, pro quibus

bona immobilia hypothecata sunt. N. O. Regier, per sent. publ. 27. Septemb. Anno 1593. doch außserhalb und hindangesetzt deren Geld-Schulden, so auff. ausgezeichneten, Stucken, Gülten, Gütern verschrieben seyud.

Ad d. l. 79. §. 1. R. quòd de speciali casu loquatur, quò nimirum testator legavit res mobiles, in domo existentes, per verba: quæ ibi mobilia mea erunt, do, lego. Ubi sub mobilibus pecunia, fœnori destinata, idè non comprehenditur, quia hæc, ob celerem motum, & usum non videtur esse, & existere in domo. Ita in terminis Clariss. D. D. Franz. loc. cit.

Ex dictis facilè resolves, ad quem pertineant pecunia numerata, si unus in rebus mobilibus, alter in immobilibus hæres institutus sit. Nam institutus in mobilibus habebit pecuniam numeratam.

Quo pertineant Jura, & actiones? R. Actiones, & Jura, propriè loquendo, ad neutram speciem referendas, sed ab objecto æstimandas esse, ita, ut si ordinatur ad rem mobilem, accenseantur numero rerum mobilium, si ad immobilem, numero immobilium. Berlich. p. 3. concl. 33. n. 4. & seqq. Guil. l. 2. obi. II. n. 10. Clariss. D. D. Franz. hic. num. 6. Ratio, quia qui actionem habet, rem ipsam habere intelligitur. l. 143. ff. de l. §. l. 15. ff. de R. J. ergò, qui actionem habet ad rem immobilem, rem immobilem; si ad mobilem, rem mobilem habere intelligitur.

Ex dictis colliges, si uni in codicillo relinquuntur res mobiles, & alteri res immobiles, ad neutrum pertinere Jura, & actiones, quia hæc tertiam quali speciem constituunt, & neque sub rebus mobilibus, neque immobilibus continentur. Pirring. de reb. Eccles. non alien. 2. n. 14. Chlinsperg. Instit. hic. g. 7. obi. 2.

7 Q. III. An pecunia ex venditione rerum immobilium comparata referenda sit inter res immobiles?

Dixerit quod sic, quia pretium succedit in locum rei, l. 22. ff. de hered. petit. Sed contrarium tenendum cum Mantio. de conject. ult. volunt. l. 9. tit. 3. num. 4. Ham. ad Treutl. vol. 2. disp. 3. q. 18. Harp. num. 16. hic. Braun. de tutel. tit. de reb. eor. qui sub. tut. th. 19. aliud enim (inquit Harp. loc. cit.) est pretium, aliud res ipsa. l. 28. ff. de novat. l. 28. de V. S.

Ad rationem dubitandi ꝑ. regulam illam, pretium succedit loco rei, procedere solum in casibus Jure expressis, puta in Judiciis universalibus, ut est Petitio hereditatis d. l. 22. Item in actione metus. l. 18. ff. quod met. caus. In Judiciis vero particularibus dicta regula plerumque fallit. Sic pretium ex re furtiva redactum furtivum non est. l. 48. §. ult. ff. de furt. Nummi ex distractione pignoris redempti pignus non sunt. arg. l. 7. §. un. ff. qui pot. in pign. Res empta ex mea pecunia, si ab altero, non meo nomine, emptio facta sit, mea non est, arg. l. 6. Cod. de R. V. Gail. de pignorat. obs. II. Vides proinde, vulgatum illud Juris Brocardicon, quod pretium succedat loco rei, universale non esse, sed plerumque fallere. Quam ipsam doctrinam,

velim, memorie tenaciter imprimas! utilis enim est, & fructuosa; quæ autem utilia sunt, ad scientiæ gloriam multum contribuunt. Enim verò, Lipsio teste, qui fructuosa, non qui multa scit, sapit.

Dices: nulla est utilitas, nullus effectus, sive res dicatur esse mobilis, sive immobilis; ergò incassum laboravimus, dum rerum divisioni hæctenus tam anxie insudavimus. ꝑ. neg. ant. & conseq. I. enim interest in alienatione rerum minorennium, & Ecclesiasticarum; mobiles enim sine decreto Judicis, & consensu Capituli alienari possunt; immobiles non etiam, tot. tit. ff. de reb. eor. qui sub tut. §. de reb. Eccles. non alien.

II. Interest in casu, quo statutum superstiti conjugii bona mobilia in lucrum decernit.

III. Interest ad hoc, ut intelligas, an competat interdictum unde vi, an verò utrubi, Gail. lib. 2. obs. 10. num. 4.

IV. Interest ratione retractus, de quo vide Zoef. ff. de retractu. num. 83.

AD VERS. EODEM NUMERO.

In hoc ultimo ꝑ. ad res incorporales Justinianus refert quoque Servitutes, idque ideò, ut tantò commodiùs in sequentem Titulum illaberetur.

TITULUS III.

DE SERVITUTIBUS RUSTICORUM, ET URBANORUM PRÆDIORUM.

SUMMARI A.

1 Servitus bifariam accipitur.

2 Quomodo definiatur?

3 Alia personalis alia realis.

4 Alia rustica alia urbana.

5 Prædium rusticum, & urbanum quod sit?

- 6 Quomodo possis scire, an servitus sit rustica an urbana?
- 7 Quid sit iter?
- 8 Quid actus?
- 9 Quid via?
- 10 Quid aqua-ductus?
- 11 Quid Jus nascendi?
- 12 Puscua alia publica, alia privata.
- 13 An locus prædii servientis mutari possit?
- 14 Quæ sint servitutes urbanae?
- 15 Aliæ sunt affirmativæ, aliæ negativæ.
- 16 Servitus oneris ferendi
- 17 Item tigni immittendi definiuntur.
- 18 Tigni nomine quid veniat?
- 19 Tignum, sine Jure servitutis immisissum, interdicti potest.
- 20 Servitus stillicidii quid sit, & quod duplex?
- 21 Item quid servitus altitudinis, & non altitudinis tollendi?
- 22 Servitus, ne luminibus officiat, quæ dicatur?
- 23 An vicinus mea lumina edificando obscurare possit?
- 24 Quid sit servitus luminum?
- 25 An in meo pariete fenestram aperire possim, quæ in aream alterius prospiciam?
- 26 Quid sit emulacionis causâ lumina edificando obscurare?
- 27 Quare servitutes dicantur prædiales?
- 28 An vassallus fundo feudali servitutem rectè imponat?
- 29 Servitutes quomodo constituentur?
- 30 An præscriptione?

I. **V**Ox Servitutis homonyma est, ac duplicem in Juris Significationem habet. I. sumitur pro Qualitate personali, qua inducitur privatio libertatis, indeque pendunt Juriam; & de hac servitute superiori libro satis, superque egimus.

2. II. Accipitur pro Jure, vi cujus uti-

litatem quamdam ex re aliena percipere possamus, atqui in hac acceptione est nostri instituti, ac à variis variè, à paucis benè definitur; placet, quòd sit Jus reale, vi cujus libertas domino alioquin in re sua competens minuitur, ita, ut in commodum nostrum aliquid in suo pati tentatur, vel non facere. Clariss. D.D. Franz. Inst. hic. Schneid. n. 3. germanicè vocatur eine Dienßbarkeit. N. Oz. neue Statund Ord. de Jurib. incorp. 16. S. 1.

Dividitur in Servitum personalem, & realem. Personalis est, quæ personæ debetur, seu quo proximè respicit utilitatem personæ, v. g. usus, usufructus, & habitatio, de quibus tit. seqq. Realis est, quæ rei debetur, sive quæ proximè respicit utilitatem rei, v. g. Iter, actus, via, &c. de quibus hęc titulo. Servitus realis, quæ aliò nomine etiam prædialis nominatur.

Subdividitur in urbanam, & rusticam. Urbana est, quæ debetur prædio urbano. Rustica, quæ debetur prædio rustico. Prædium autem urbanum dicitur, quod præbet usum urbanum, h. e. quod inhabitandi, negotiandi, recreandi causâ constitutum est. Rusticum prædium est, quod præbet usum rusticum, h. e. quod ad fructus colligendos, vel afferendos, vel ad stabilienda pecora, extractum est. Schneid. n. 7. Chlingsp. q. 7. hic.

Illud non refert, an prædium sit in urbe, an extra urbem extractum, non enim locus, sed materia prædium facit vel urbanum, vel rusticum. l. 198. ff. de V. S.

Unde, ut intelligas, an prædium urbanum an rusticum sit? usum, quem præbet, inspicias, necesse est & si ille usus sit urbanus, h. e. si ad inhabitandum, negotiandum, vel recreandum destinatus sit, prædium erit urbanum. Econtra, si ille usus sit rusticus, puta,

ad reponendos fructus, ad asservanda instrumenta rustica, vel ad stabilienda pecora destinatus, prædium erit rusticum *d. l. 198. ff. de V. S. § l. 166. ff. eod. Cæpolla de servit. tit. 1. cap. 1. num. 2. Manz. de servit. tit. 1. q. 2. num. 7. Schneid. Inst. n. 7. Clariff. D. D. Franz. n. 8. Schamb. hic. Ex Dictis*

Colliges: licet hortus regulariter, & communiter prædiis urbanis adnumeretur, quia videlicet plerumque recreandi causâ extruitur; si tamen hortus in re dicta sit, h. e. *uvæ* vel *olivæ* generet, quod incipiat, esse prædium rusticum *d. l. 198* quia prædium recipit suam denominationem ab usu, & fine, ad quem destinatum est. Sic pariter, licet stabula communiter pro stabulandis jumentis comparata sint, & hoc sensu veniant nomine rusticorum prædiorum; ipsa tamen stabula etiam prædia urbana esse poterunt, puta, si sint meritoria, h. e. pro mercede elocentur, & paterfam. non tam usum stabuli quam mercedem ex usu primario respiciat, vel etiam, si stabula destinata sint ad mansionem pauperum hominum. *Franzkjus n. 15. § Schamb. prin. hic. pulchrè Clariff. D. Franz. n. 9. § obs. 5.*

Ostendi, quomodò intelligere possis, an prædium rusticum sit, an urbanum? Jam

Q. I. Quomodo cognosci possit, an servitus sit urbana, an rustica?

Observa! Prædium aliud esse dominans: aliud serviens. Illud vocatur, cui debetur servitus. Hoc dicitur, quod debet servitutem. *Mynsing. n. 6. Schneid. n. 5. Quò prænotatò,*

§. Inspiciendam esse qualitatem prædii, cui servitus debetur. Quòd si sit prædium rusticum, servitus sit rustica; si urbanum, erit urbana: servitus enim denominatur à prædio dominante, tan-

quam à digniori. Ita *Franzkjus n. 20. Schneid. n. 8. Harp. n. 99. hic. Unde*, licet via sit servitus rustica; si tamen via per fundum tuum debetur meæ domui, dicitur servitus urbana, quia denominatur à prædio dominante, & de se nulla servitus est vel urbana, vel rustica; sed accipit denominationem hanc à principio extrinseco, puta à prædio dominante, *Clariff. D. D. Franz. n. 6.*

Dices: Nihil interest, an servitus sit urbana, an rustica: ergò malè distinguitur. *§. neg. ant. § consequ.* Interest enim ratione amissionis: servitus enim rustica solo non usu amittitur, non urbana; utpote in qua opus est factò ejus, cujus prædium servit. *l. 15. §. 1. ff. quemadmod. serv. amitt.* Hoc ipsum nos infra *b. t.* latius explicabimus. vide *Chlingensh. q. 6. ob. un. hic.*

Species servitutis rusticæ Imperator hic 7 in principio varias reconset, I. est *Iter*, germanicè *ein Fuß-oder Gang-Steig, wann einer einem Weeg und Steg über fremde Gründe hat. N. Oe. neue Satz-und Ordn. de Jur. incorporal. §. 2. tit. 16.*

Definitur, quod sit *Jus eundi*, ambulandi hominis per fundum alienum; non etiam Jumentum agendi, vel Vehiculum ducendi. Casus hujus servitutis potest talis esse: habebam ego fundum, habeas & tu fundum in propinquo; cum in meum ire vellem, opus mihi erat magno circuito; pactus tecum sum, ut mihi iter concederes per tuum fundum ad meum: tu mihi iter concessisti, ut transire possem; sed neque cum Jumento neque cum vehiculo. Ex ista concessione mihi quæsitum est Jus in fundo tuo, vi cujus per illum ad meum fundum ire possum, & hoc jus vocatur servitus itineris. *Schneid. n. 11. Manz. n. 4. hic.*

Dixi I. Jus eundi: ubi notandum, quòd is etiam ire intelligatur, qui scilla,

vel lecticâ portatur, vel equò incedit. l. 7. §. l. 12. ff. de servit. prad. rust. Ratio est tum, quia alias malè consultum foret podagrico, aut valetudinario, iter habenti. Tum, quia, qui alteri concedit iter, in effectu concedit ipsi bipedale spatium, per quod possit incedere: atqui sive pedes, sive eques incedat, sive fellâ, sive lecticâ portetur, non insumit majus spatium; ergò Manz. n. 10.

Hæc ipsa tamen Extensio tunc denuò locum habet; nisi inter partes conventum sit, ut pedibus tantum incedere liceat; tunc enim contractus ex conventionione legem accipit, & pacta ultra mentem contrahentium non sunt extendenda. C. 115. de R. J. in 6. l. 84. ff. de R. J. §. l. 1. §. 6. ff. depositi.

Dixi II. Ambulandi hominis. I. Vox ambulandi Itionem, & Reditionem designat; cui enim ire licet, utique etiam redire permittum est? II. Vox hominis additur ad distinctionem, actus, & vie, nam iter est hominum, actus jumentorum, via vehiculorum. Homines eunt, jumenta aguntur, vehantur vehicula. Manz. n. 32. Wesemb. n. 3.

Illud hic singulariter notandum, quòd, licet alias in Jure prohibitum sit, propria autoritate Jus sibi dicere l. 13. ff. quod met. caus. §. l. ult. Cod. unde vi. aut alteri vim inferre, tot. tit. ff. de vi, & vi armata. Illud tamen limitetur in casu, quo quis murum, sepem, ædificium erigit in loco, ubi servitus debetur. Hoc enim in casu, si per murum, per sepem, per ædificium impediatur usus servitutis, poterit dominus prædii dominantis propria autoritate, & irrequisito Judice sepem, murum, ædificium intercidere, demoliri & destruere. l. quemadmodum. 29. §. 1. ff. ad leg. Aquil. in illis verbis: Jure suo potest eum intercedere. Schneid. Instit. hic. n. 15. Brunnem. in d. l. 29. §. 1. pro defen-

sione enim Jurium incorporalium vim vi licet repellere. l. 1. §. 2. ff. de itin. a stugue privato. Schneid. d. l. Gail. 1. obs. 147. num. 2. Stephan. de Jurisdic. lib. 1. cap. 49. Menoch. remed. 3. retinend. poss. n. 29. Rosenhal. de feud. cap. 10. concl. 41. vide N. Oe st. Satz- und Ordnung, loc. cit. §. 6. Welcher sich in seinem rechtmässigen Proceß wider eines andern Gewalt, und unbefugtem Angriff, auff gebührende in Rechten zugelassene Weiß selbst schützt, und handhabet, der kan deswegen keines Gewalts beschuldiget, noch angeklagt werden.

II. Servitus rustica est actus, nostro idiomate ein Trieb: alii vocant ein Fabr-Weeg.

Definitur, quòd sit Jus agendi Jumentum, vel Vehiculum per prædium alienum ad nostrum, text. hic. & in l. 1. ff. de S. P. R. Unde advertis, in quo differat actus ab Itinere, nam, qui Iter habet, Actum non habet; econtra, qui actum habet, etiam iter habet. Qui ergò actum habet, non tantum habet Jus agendi jumentum, vel vehiculum ducendi, sed etiam eundi, & ambulandi sine Jumento, quia, cui licet, quod est plus, ei non debet denegari, quod est minus, c. cui. licet. de R. J. in 6. atqui plus est jumentum agere, & vehiculum ducere, quam ire & ambulare; ergò. Ratio alia, quia unò concessò omne illud concessum videtur sine quo alterum expediri non potest. l. 2. ff. de Jurisdic. tione; atqui jumentum agi, h. e. ante se propelli, & abigi, seu agitari non potest, nisi insequatur homo, & ambulet; ergò. Manz. num. 22. Hall. num. 48. §. n. 49. bic.

Dico: ex dictis sequitur, quòd iter actui abesse non possit; sed iter potest ab actu esse l. 4. §. 1. ff. si servit vind. ergò. R. Iter dupliciter considerari posse, in abstracto; & in concreto. In abstracto confi-

consideratum h. e. quatenus solam itionem sine jumento includit, non continetur in actu d. l. 4. §. 1. In concreto vero consideratum, h. e. quatenus necessarium est ad agendum jumentum, formaliter, & essentialiter in actu includitur; cum nemo possit agere, nisi eunde insequatur jumentum, & de hoc itinere intelligenda est l. 1. ff. de adinend. legat. ubi dicitur, quod actus sine itinere esse non possit. Harp. n. 52. Hum. var. resolut. lib. 2. tract. 2. q. 3. Bachov. ad Treul. vol. 1. disp. 17. th. 4. lit. C. Ex diis

Infero, quod inter partes recte conveniri possit, ut quis actum habeat, non vero iter, in abstracto sumptum; hoc enim in actu essentialiter non continetur.

Sanè, si actus simpliciter concessus fuerit, iter quoque, in abstracto sumptum, intelligitur concessum. l. 1. ff. de S. P. R. l. 58. ff. de V. O. l. 9. §. 2. ff. de Notar. Clariss. D. Franz. n. 25. & communiter omnes.

III. Servitus rustica est *Via*, germanice *eine Dienstbarkeit*, *vermög dero einer nicht alleine geben, reiten, fahren: sondern Bium und Stein darüber führen, schleiß-oder stützen kan.*

Definitur, quod sit *Jus eundi, ambulandi, agendi jumentum; vehiculum ducendi, lapides, trabes, & tigna trahendi, & rectam hastam ferendi, h. e. exercitum per alterius agrum, vel fundum ducendi; modò fructus non lædat, l. 7. ff. de S. P. R. Schneid. num. 19. hic. Aliiter ista verba: *rectam hastam ferendi* interpretantur Manz. num. 27. Schamb. hic.*

Differt via ab actu I. quia, qui viam habet, non tantum habet jus eundi, & agendi jumentum, sed trahendi lapides, trabes, tignum, &c. adeoque latius patet. Harp. n. 64. II. Latitudo vix in Jure determinata est, videlicet, ut porrectum

octo pedes, in anfractum verò, ubi flexum, & sinuosum est, sedecim pedes contineat, l. 8. ff. de S. P. R. contra verò latitudo actus nullibi reperitur definita. Manz. num. 28. Franz. num. 26.

IV. Servitus rustica est *Aqueductus*, in nostra vernacula *eine Wasser-Leitung*, *Wann einer besuget, durch eines anderen Grund ein Wasser zu führen.*

Definitur, quod sit *Jus ducendi aquam per fundum alterius*. Dicitur *ducendi aquam*, ut differat ab *Aquæ haustu*, quæ servitus imponitur illi aquæ, quæ duci non potest, veluti puteali. Manz. n. 35.

V. Est *Aquæ haustus*, quæ est *Jus hauriendæ aquæ ex fonte privato, vel aliâ aquâ vicini.*

Circa hanc servitatem *notanda* sunt duo. I. Ut is, cui acquiritur, habeat vicinum prædium, l. 1. §. 1. ff. de S. P. R. licet enim tunc aqua hauriatur pro utilitate personarum, quæ vicinum prædium possident, ista tamen servitus realis dicitur, quia debetur à re respectu, & contemplatione prædii vicini, & consequenter illud Jus reale est, & transitorium ad hæredes. Quod si acquirens non habeat prædium vicinum, sed forte ex conventionem tantum pro utilitate suæ personæ aquæ haustus ei concessus fuerit, dicitur Jus personale, quod cum persona extinguitur, l. 4. ff. d. t. Schneid. num. 27.

II. *Notandum*, quod, concessa hac servitute, iter quoque ad aquam, ac id omne, sine quo ad puteum perveniri non potest, concessum esse intelligatur, l. 1. §. 1. ff. commun. præd. l. 3. §. qui habet. ff. de S. P. R. Harp. n. 38. Schneid. num. 27. Clariss. D. D. Franz. n. 28. hic. Concordat Jus Austr. *neue Satz und Ordnung de Jur. incorp. tit. 16. §. 7. Welcher aus einen Brunnquell, oder einen Schöpf-Brunnen auf frembden Grunde das Wasser zu seinem Haus, oder Grunde zu nehmen, besuget*

besuget ist, der hat die Gerechtigkeit des Steigs zu solchen Wasser, und also entgegen.

11 VI. Servitus rustica est *Jus pascendi*, germ. Vieh-Trieb. Wann einer besuget, sein Vieh, in frembden Auen, und auf anderer Leuth Gründen zu halten und zu weyden. Describitur, quòd sit *facultas pascendi pecora in alieno fundo*.

12 *Pascua alia sunt publica, alia privata*. Publica sunt, quando universitas alicujus villæ, vel civitatis habet *fundum*; *prata, agros vel sylvas*, in quibus omnes, & singuli de universitate sua pecora pascere possunt.

Privata sunt, quæ alicui privato Jure proprio in fundo alieno (fortè ex *emptione, venditione, legato vel prescriptione*) competunt. *Harp. n. 91. Capolla tract. de serv. rust. præd. c. 9. n. 4. Berlich. p. 2. concl. 49. num. 2. Schneid. num. 40.*

Ceterùm, tametsi appellatione *Pecoris* contineantur omnes quadrupedes, quæ gregatim pascuntur, *l. 65. §. pecoribus. ff. de legat. 3.* Servitute tamen pascendi utri aliter quis non potest, quàm est in conventionione vel præscriptione, *arg. l. 1. §. 6. depositi*. Ubi dicitur, quòd contractus ex conventionione legem accipiat, & *l. 1. §. si quis ff. de itinere, actûque privat.* Ubi statuitur, tantum esse præscriptum, quantum possessum. Unde

Infero, si inter partes convenerit, tantum de pascendis ovibus numero centum, non possint ibi boves, vel ultra centum oves pasci. *Schneid. n. 31. Harp. n. 110. Capolla loc. cit. cap. 9. n. 17. Berlich. d. loc. concl. 49. n. 10. Idem statuit N. Oe. Satz und Ordnung de Jur. incorp. §. 14. Wessen sich &c. i. e. Uti aliquis cum vicino de pecoribus in hujus fundo pascendis: uti etiam usu pacifico longi temporis seu 32. annorum factum erit; ita erit porro utendum, nec sine permisso domini in unius progrediendum.*

Q. II. An dominus prædii servientis possit loca, in quibus debet alteri servitute n pascendi, mutare, & reducere ad culturam, invito domino prædii dominantis?

Ratio dubitandi I. est, quia quilibet est rei suæ moderator, & arbiter, *l. 21. Cod. mandati. II. ex. l. 24. §. ult. ff. de damno infecto*, ubi disertè cautum est, licere mihi puteum fodere, etiamsi vicini putei venæ præcidantur; ergò possum aliquid in fundo meo facere, licèt id alteri noceat.

Verùm his non obstantibus, & prædium serviens mutari non posse, si per mutationem conditio prædii dominantis reddatur deterior. Ita *Gail. lib. 2. observ. 67. n. 10. Bach. ad Treutl. vol. 1. disp. 17. th. 16. in fine, Schneid. n. 33. & seq. Capolla d. cap. 9. n. 4. fusè Berlich. p. 2. conclus. 49. n. 24. Surdus consil. 65. N. Oe. Satz- und Ordnung. loc. cit. §. 16. ubi omnino vide.*

Prob. per l. 1. §. 4. ff. de aqua pluvia incenda, ubi in hæc verba rescribitur? *Sic debet aliquis agrum suum meliorem facere, ne vicini deteriorem faciat*; atqui utique deteriorem faceret, si quis fortè vellet ex prato stagnum, aut ex sylva vites facere; ergò.

Accedit *l. 9. Cod. de servit.* ubi dicitur, quòd ædificans contra debitam servitute teneatur id demoliri suis sumptibus; ergò signum est, quòd conditionem prædii dominantis non liceat reddere deteriorem.

Ad *Rationes dubitandi* patet *Solutio*. I. enim procedit, nisi alteri in fundo illius Jus, seu servitus aliqua competat.

II. Eadem solutione perimitur, scilicet, possum in meo fundo puteum fodere, licèt venæ alterius putei præcidantur; nisi alter Jus, aut servitutem habeat, vigore ejus mihi non permillum est, puteum in meo fundo fodere.

Præter

Præter servitutes rusticas, hætenus enumeratas dantur adhuc plurimæ, puta, calcis coquende, arenæ fodiende, eximendi cretam, sumendi pedamenta, lignandi, faciendi figulinam, habendi tugurii, &c. de quibus vide Manz. tract. de servit. tit. 3. q. 70. n. 324. & seqq.

§. PREDIORUM. I.

14 Servitutes urbanæ sunt, quæ prædiis urbanis debentur, h. e. quæ habitandi, recreandi, commercia tractandi causâ facta sunt, sive in urbe, sive extra urbem, quia non locus, sed materia, sive usus facit prædia urbana, vel rustica d. l. 198. ff. de V. S.

15 Servitutes urbanæ aliæ sunt affirmativæ; aliæ negativæ. Et per hanc Divisionem differunt à rusticis servitutibus, utpote quæ omnes sunt affirmativæ, & per negationem non constituuntur, Schneid. n. 2. Franck num. 3.

Affirmativæ sunt, quæ eò tendunt, ut teneatur vicinus aliquid pati, vel sustinere, v. g. oneris ferendi, tigni immittendi, altius tollendi, stillicidii avertendi &c.

Negativæ sunt, quæ eò collimant, ut vicinus, prohibeatur aliquid facere, vel cogatur aliquid omittere contra naturalem libertatem ædium suarum. Manz n. 6.

16 Prima Servitus urbana est servitus oneris ferendi; quæ dicitur esse Jus, vi cuius vicinus noster tenetur pati, ut paries, vel columna in area ipsius posita onus ædium nostrarum sustineat. Germanicè: eine Dienstbarkeit, vermög dero einer befuget ist, auf, oder an seine eigene Mauer seinen nächsten Nachbarn zu bauen N. Oe. Satz- und Ordnung. loc. cit. §. I.

Ista servitus hoc habet speciale, quòd dominus prædii servientis teneatur murum, parietem vel columnam, quæ fert onus servitutis, suis propriis sumptibus

reficere, & oneri ferendo idoneam reddere, si fortè collabatur, aut labem contrahat, l. 33. ff. de S. P. U. Franz. num. 5. hic. Harp. num. 8. & ceteri omnes sumptus tamen futuræ spectant ad illum; cui servitus oneris ferendi debetur, l. 3. ff. si servit. vind. Schneid. n. 4.

II. Servitus urbana est Jus immittendi tigni; vulgò das Träm-Recht.

Definitur, quòd sit Jus, vi cuius vicini in parietem sui vicini in trābem potest immittere, ut in utroque prædio, tam dominante, quàm serviente requiescat, l. 2. ff. de S. P. U.

Observa quòd, licet regulariter nomine tigni, cements, lapides, tegula, calce, arenæ, & omnis materia, ex qua fiunt ædificia, veniant, §. 29. Inst. de R. D. & l. 62. ff. de V. S. hic tamen tignum tantum sumatur pro trabibus immixtis. Schneid. n. 5. Harp. num. 13.

Q. III. Quid Juris, si non habens servitutem tigni immittendi in meum parietem, immittat trābem? R. quòd possim talem trābem propriâ auctoritate tollere, & intercidere, d. l. quemadmodum 29. §. 1. ff. ad leg. Aquil.

Quæ ipsa lex cum semper allegari soleat, si quis, non habens servitutem, murum in fundo alieno fabricet, vel septem erigat, ideò, ut illum memoriæ tenaciter imprimas, te iterum iterumque moneo. Vide Schneid. num. 5. hic. Capoll. de serv. urbani. pred. cap. 3.

Sed ain! quæ est ratio specialitatis, quòd trābem, in meum parietem sine Jure servitutis immixtam; propriâ auctoritate tollere & intercidere possim; cum tamen in l. existet. 13. ff. quod met. caus. severè prohibeatur ne quis propriâ auctoritate sibi Jus dicat. R. Rationem specialitatis communiter in eo poni, quia quòd in meo solo ponitur, vel ædificatur, solo cedit, atque ita meum fit

§. 3. *Inst. de R. D.* Ideoque, si destruo illud, vel incido, videor destruere potius id, quod est meum quam quod alterius; rebus autem meis uti, vel abuti possum, l. 27. *Cod. Mordari*. Ita quoque ex *Harp. tom. 17. hic R.* quando nimirum ante unius anni, & quod excurrit, resolutionem pro *Actu repetitionis* ad Inchoatam Facultatem Juridicam mare solito rigore tentabar.

20 III. Servitus est *Stillicidii*, quæ duplex, *affirmativa*, & *negativa*, sive *avertendi*, & *non avertendi* Stillicidii.

Servitus Stillicidii avertendi est Jus, ut cuius aliquis potest aquam pluviam à suo tecto avertere, & derivare in aream, vel vicini cloacam, per quam sordes effluunt, & eluuntur. *Marz. num. 16.*

Servitus Stillicidii non avertendi est Jus, ut cuius vicinus Stillicidium, quod cadit in meam aream, non potest avertere ad suam domum, ita, ut non cadat in meam aream. Quæ ipsa servitus quandoque esse potest perquam utilis; fac enim, sortum esse irrigandum, implendam cisternam, aut sordes evehendas, nunquid hoc in casu servitus memorata perquam conducit?

21 IV. Servitus urbana est *altius tollendi*; & *altius non tollendi*.

Servitus altius tollendi est Jus, ut cuius vicinus noster tenetidi pati, ut aedes nostras altius, quam fortè de statuto civitatis obinet, tollamus, l. 2. *ff. de S. P. U.* Vel ista servitus eatenus etiam competere potest, ut vicinus meus teneatur vigore servitutis mihi debitæ suas aedes altius tollere.

Quæ servitus utilitate, & dignitate non minima est, tum ne impetus ventorum noceat; tum ut altitudo domus umbram præstet ei loco, quo fortè solis radii grati non sunt. Fac enim, ædibus tuis vicinam esse mercatorem, nunquid

hujus interest, habere opacas, & umbratiles tabernas? sic enim vitiosæ merces sine observatione vitii facilius vendi, & distrahi possunt. *Schneid. n. 18.*

Dices: ex jure naturæ cuilibet concessum est, elevare suas aedes usque ad cælum, l. 14. *ff. de S. U. P. l. 8. Cod. de servitut.* ergo non datur servitus altius tollendi; hæc enim opus nemo habet, si Jure naturæ quis altius potest ædificare. Miram in modum se torquent DD. circa Solutionem hujus Argumenti, & fore tot sunt solutiones, quot hæc de re discurrerentium capita.

Bachov. ad Treutl. vol. I. dist. 17. ab. 2. lit. D. solide, & perquam subtiliter hæc de materia discurret, atque negat, dari servitatem altius tollendi, idque non sine magna ratione. Verùm, ne rimando hæc subtilitatem, aut ei diu inherendo tibi vel difficilis, vel tædiosus sum, (non enim omnes sunt amantes subtilitatum) ideò

R. ad argumentum *dist. ant.* Ex Jure naturæ cuilibet concessum est, elevare aedes suas usque ad cælum, nisi statuto civitatis, vel consuetudine loci aliud introductum sit, *con. ant. secus neg. ant. & conseq.* Nunquid potuit in civitate statutum fieri vel consuetudine introducti, ut certam altitudinem, invitò vicinò tuo, ædificando excedere nequeas? Hoc in casu utique tibi opus est servitute altius tollendi, si altius, quàm de statuto civitatis permissum est, elevandi aedes volupe sit. Deinde fac, contra præscriptum esse, ne altius tollas aedes tuas. Nunquid hoc in casu opes habes servitute altius tollendi, si elevare aedes velis? Ita *R. Vinn. Inst. hic. n. 6. Harp. n. 32. Gail. lib. 2. obs. 69. Cblingenb. p. 10. obj. 1. Manz. tract. de servit. tit. 2. q. 22. n. 92. Wesenb. in paratit. de S. P. U. n. 3. Nym. var. resol. lib. 2. tract. 2. p. 8. Urges?*

Urger; Si de statuto civitatis, vel consuetudine certa ædificandi forma præscripta est, quomodo poterit deinde vicinus meus per pactum vel conventionem constituere servitutem altius tollendi, cum tamen per privatorum pacta Juri publico derogari nequeat, l. 28 ff. de pact. re. tale statutum, vel consuetudinem, vigore cujus invito vicinò suò, non est permillum certam altitudinem ædificando excedere, non censeri primariò, & principaliter in favorem, & utilitatem publicam introductam, sed duntaxat secundariò, & primariò in utilitatem privatorum. Jam verò d. l. 38. intelligenda est de casu, quo primariò & principaliter rotatur publicus favor.

Servitus altius non tollendi est *Jus*, vi cuius vicinus noster ades suas in commodum prædii nostri tenetur habere depressas, text. hu. § in l. 2. ff. de S. P. U.

V. Servitus urbana est, ne luminibus officiat, germ *dasz man einen nicht darff das Liecht oder Fenster verbauen. Desinitur*, quod sit *Jus*, vi cuius vicinus noster nihil potest facere per quod lumen ædium nostrarum diminuat, l. 4. ff. de S. P. U.

Q. IV. An ergò vicinus meus ædificando lumina, & fenestras meas obscurare possit, si mihi non competat servitus, ne luminibus officiat? R. posse ita disertè docet. l. 9. ff. de S. P. U. his verbis: cum eo, qui tollendo obscurat vicini ades, quibus non serviat, nulla competit actio. Accedit l. 24 §. ult. ff. de damno infecto. ubi sancitur; cuilibet in suo ædificare permillum esse, tamen alteri noceat. Unde sequitur, me meo vicinò prohibere non posse, quò minus adversus mea lumina ædificet, mihi competat. Manz. n. 36. Capolla de S. P. U. cap. 62. n. 5. Brumm. in d. l. 9.

Limitatur tamen d. l. 9. notanter in

casu, quo quis ex invidia, vel æmulationis grãia alteri vellet obscurare lumina, ut tunc non procedat, *Mascara. de probat. conclus. 261. n. 17. Gal. lib. 2. obs. 69. n. 14. Brum. d. lo.*

Dices: Servitus, altius non tollendi, & servitus, ne luminibus officiat, inter se non differunt, quia utraque eò tendit, ne obscurantur lumina; ergo non est necesse, ut nova species constituatur R. *neg. ant. & conseq.* Servitus enim ne luminibus officiat, plus habet utilitatis, quàm servitus, altius non tollendi; hanc enim qui debet, tantum obstringitur, altius ædificando non nocere luminibus: adedque lumen, ponendo arbores, vel viridaria, obscurare non prohibetur, l. 12. ff. de S. P. U. Illam verò qui debet, neque arborem, neque viridaria ponere potest, ut luminibus officiat. *Harp. n. 36. Frantzkius. n. 16. Humm. var. resol. lib. 2. tract. 2. q. 4. Clariff. D. D. Franz. Inst. hic. n. 17.*

VI. Est servitus luminum, germ *das24 Liecht-Recht*. quæ est *Jus*, vi cuius vicinus noster tenetur pati, ut per fenestram, in suo pariete apertam, lumen delabatur in ades nostras, l. 16. ff. de S. P. U. Dixi in suo i. e. vicini. Sed

Q. V. An ego, circa *Jus* constituta servitutis, possim in meo pariete aperire fenestram, per quam in alienum prospiciam? R. regulariter, ita tamen, ut vicissim vicinus meus, altius ædificando, vel aliò modo fenestram obscurare possit. Ita *Humm. ad Treutl. vol. I. disp. 17. q. 9. Bach. ibid. th. 3. lit. A. Zoëf. ff. de S. P. U. Obtingens. q. 11. hic. Schamb. Inst. hic. Manz. tract. de Servitut. tit. 2. q. 64. n. 99.*

Prob. per l. 8. §. Aristo. §. ff. si servit. vind. ubi cuilibet licet in suo facere, quod ipsi libet dummodò nihil immittat in alterius ades; atqui aperiens fenestram in suo pariete in alienum nihil immittit,

licet enim prospiciat in alienum, oculos tamen domi & in capite retinet, ergo &c.

Dixi *regulariter*, sicuti enim supra q. 4. *conclusimus*, quod æmulationis gratia alteri nemo possit obscurare lumina; ita etiam hic ponenda est limitatio, nimirum ista, quod æmulationis causâ fenestram in suo pariete aperire non liceat. Ita *Gail. loc. cit. n. 17. Mascard. d. lo. Ch'ing. loc. cit. & omnes supra allegati*; confer & *Fünferwald. lib. 3. obs. 52.*

26 *Alt ain!* quid est, æmulationis gratia lumina ædificando obscurare vel fenestram in suo pariete aperire?

Pulchrè id explicat *Gail. loc. cit. n. 18. Mascard. n. 11.* ubi varios in hujus rei explicationem casus adducunt. Mihi videtur tunc vel maximè ad æmulationem quid fieri, si quis ædificet idèò tantùm, ut in domum alterius possit prospicere, & fortè Monachas, haud procul habitantes, in conspectu habere, nihil inde aliud laturus lucri, quàm ut alteri molestus sit. *Gail. d. lo. n. 26.* Huc pro dilucidatione facit Responsam *Scabin. Lips.* quod allegat *Brunem. in l. 9. ff. de S. P. U. dasz ihr nicht Fug habt. &c. i. e. quod jure non agis, cum vicino lumina ficere volenti obstat; nisi is alioqui ades illuminare sufficienter queat, idque operis suscipiat magis creando tibi molestia causâ, quàm ex necessitate.*

§. IDEO AUTEM. 3.

27 Postquàm Imperator præcipuas Servitutum, tam rusticarum, quam urbanarum species retulit, nunc in *presenti* §. rationem reddit, quare has servitutes prædiorum appellet, atque idèò, quoniam nemo potest acquirere servitutem, habere potest, nisi pariter prædium habeat; prædia enim sunt subjecta servitu-

tum, & servitutes sunt quasi adjuncta prædiorum, atqui adjunctum non potest subsistere sine suo subjecto, *l. 126. §. 1. & l. 178. ff. de R. J. Harp. hic. n. 2. Manz. n. 1. Perez. Inst. hic.*

Non obstat *l. 23. ff. de S. U. P. ubi* futuro ædificio servitus imponi potest nam tunc non *realiter*, sed tantùm *in spe*, & velut sub *conditione* imponitur, si ædificium extractum fuerit interim Jure servitutis manente in suspenso. Deinde talis servitus potest fundari in ipsa area, atque hinc non est absque omni subjecto. *Vinn. Inst. & à Sommeting. n. 11.* Ex dictis

Colliges, ad hoc, ut quis servitutem constituere possit, requiri, ut prædium habeat, *b. e. prædii dominus sit, text. hic. & in l. 1. §. junctâ l. 6. ff. commun. præd.* Unde ex defectu hujus conditionis servitutem non potest imponere. I. Maritus in re dotali, *l. 5. ff. de fund. dotal. his* verbis: *Julianus scripsit, neque servitutes fundo debitas, posse maritum amittere, neque ei alias imponere.* II. Tutor, vel curator fundo pupillari sine decreto, *l. 3. §. 5. ff. de reb. eor. qui sub tut. sunt.* III. Prælati Ecclesiæ fundo Ecclesiastico, *l. Jubemus. Cod. de SS. Eccles. Clariff. D. D. Franz. Inst. hic. n. 45.*

Q. VI. *An Vasallus fundo feudali, vel emphyteuta fundo emphyteutico possit servitutem imponere?* R. *regulariter* posse, quia loco dominorum habentur, & domini appellantur, *l. 12. Cod. de fund. patrimon.* Ita tamen, ut talis servitus non fiat perpetua, sed extinctò Jure vasalli, vel emphyteutæ exspirat; resoluto enim Jure dantis resolvitur & Jus accipientis, *l. 31. ff. de pignor. 2. feud. tit. 8. v. quid ergo Harp. n. 28. Manz. tract. de servit. tit. 1. q. 13. n. 176. Schneid. Inst. n. 3. Rosenthal, de feud. cap. 2. conclus. 13.*

Aliter se res habet, cum vasallus, vel Emphyteuta servitutem acquisierit; illa enim resolutò Jure auctoris non perit, quia meliorem conditionem feudi, vel emphyteusis facere licet. *Manz. loc. cit. num. 178. Schneid. num. 5.*

§. S I Q U I S F I N.

29 Q. in hoc §. quibus modis constituantur, & acquirantur servitutes? & R. eas constitui duobus modis, puta, actu inter vivos, & ultima voluntate.

Actu inter vivos constituuntur servitutes, v.g. per *Pactiones*, & *Conventiones*, h. e. per contractus, puta, *stipulationis*, *emissionis*, *venditionis*, *permutationis*, *donationis*, &c. Ubi tamen subtiliter observandum, ipsam promissionem servitutis separandam esse à constitutione ejusdem; nam promissio servitutis nihil aliud operatur, nisi Jus ad rem, seu obligationem personalem, ex qua promittens conveniri potest, ne servitutem constituat, *arg. l. 3. ff. de O. & A. & l. 20. Cod. de pact.*

Ipsa autem constitutio servitutis non aliter fit, quàm secutà traditione; quæ traditio aliter fit in servitute *affirmativa*, aliter in servitute *negativa*.

In servitute affirmativa vicem quasi traditionis sustinet usus unius, & patientia alterius, *l. ult. ff. de servit.* Itaque, si ex stipulatu tibi adspendi servitutem itineris, & tu per fundum meum actu eas, illudque ego patiar, dicitur Jus servitutis tibi quasi traditum esse.

In servitute negativa locum traditionis occupat omissio actus quem alioquin in re nostra exercere possumus, v. g. placuit inter nos, ne in gratiam prædii tui altius ædes meas tollerem, non sustuli, hæc omissio vicem traditionis sustinet, ac Jus servitutis operatur. *Franz. Inst. hic. §. 32. Vinn. n. 2. Harp. n. 2. Cbllingenp. g. 13.*

Ultimà voluntate constituitur servitus, v. g. per *legatum*, per *donationem mortis causâ*, per *fidei commissum*; non enim *dubitandum* est, qui testator hæredem suum damnare possit, *ne tollat altius ædes suas*, *ne luminibus officiat*, vel *ut patiat vicinum in suum parietem tignum immittere*, vel per *fundum suum ire, agere, aquam ducere*, &c. Ratio est quia, quod alicui licet inter vivos, multò magis licet in ultimis voluntatibus, *arg. §. n. 12. Inst. de leg. fus. can. toll. Manz. num. 12.*

Et quidem si per actum ultimæ voluntatis constituatur servitus, non opus est quasi traditione; illa enim transit ipso Jure, ita, ut legatarius statim actione reali experiri possit. *l. 8. ff. de legat. 2. Bachov. ad Treutl. vol. 1. disp. 16. th. 3. lit. A & vol. 2. disp. 13. th. 1. lit. D.*

Præter recensitos modos constituendi, & acquirendi servitutes occurrunt adhuc varii, puta, *prescriptio*, *adjudicatio*, *consuetudo*, &

Præscriptionem quod attinet, circa 30 illam Jus vetus secernendum est à Jure novo. Jure veteri servitutes tanquam incapaces veræ possessionis, usu capi non poterant, *l. 14. ff. de servit. l. 43. §. 1. ff. de A. R. D.* Jure autem novo servitutes, sicuti res corporales, præscriptionem admittunt, & quidem inter præsentés decenniò, inter absentes verò vicenniò. *l. ult. Cod. de prescript. long. temp. Vinn. lib. 1. select. quest. cap. 31. Harp. n. 7. Schneid. n. 5. Schamb. hic.*

Dices: Jura incorporalia non nisi triginta annorum spatio præscribuntur, *l. 3. Cod. de prescript. 30. vel 40. ann. sed* *virtutes sunt Jura incorporalia, d. l. ult. ergò. R. à constitutione d. l. 3. exceptionem dari in servitutibus; hæ enim non considerantur, ut reliqua Jura incorporalia, sed, ut accessio, & pars rei immo-*

immobilis, cujus naturam sequuntur; sicuti ergo res immobiles longo tempore, puta, *decennio inter absentes*, præscribuntur, ita quoque servitutes. *Harp. loc. cit.*

De Jure Austriaco circa constituendas, & acquirendas servitutes res ita se

habet: *Beyderley Dienstbarkeiten &c. i. e. Utriusque generis servitutes possunt testamento aliave quavis ultima voluntate, pacto inter vivos, uti placuerit constitui; possunt utique præscriptione 32. annorum acquiri. Sicuti autem id singulis in locis ex usu veterique consuetudine obtinuit, ita & in posterum servetur.*

TITULUS IV.

DE USU-FRUCTU.

SUMMARI A.

- I Servitutes personales alie sunt nominatae alie innominate.
- 2 Quid sit Usus-fructus?
- 3 Usus-fructus alius est formalis alius causalis.
- 4 Item alius legalis alius non legalis.
- 5 Denique alius proprius, alius improprius.
- 6 Quomodo constituitur Usus-fructus?
- 7 Item in quibus rebus?
- 8 An in rebus fungibilibus?
- 9 An quasi Usus-fructus pacto constitui possit?
- 10 Quomodo quasi Usus-fructus à mutuo differat?
- 11 An vestimentorum sit verus vel quasi Usus-fructus?
- 12 Qualis cautio præstetur in vero?
- 13 Et qualis in quasi Usu-fructu?
- 14 Item, an sit de substantia Veri?
- 15 Vel quasi Usus-fructus?
- 16 Quomodo expiret Usus-fructus?
- 17 Quomodo duret Usus-fructus Ecclesie relictus?
- 18 An pater, ingrediens monasterium, amittat Usus-fructum?
- 19 Non utendo quomodo amittatur Usus-fructus?

- 20 An domo destructa Usus-fructus in area conservetur?
- 21 An Usus-fructus possit extraneo cedi?
- 22 Item, an extraneo cedendo, amittatur?

DICTUM est de servitutibus realibus. Sequitur recta methodo de personalibus; puta, de Usufructu, Usu, & Habitatione.

Dividuntur servitutes personales in nominatas & innominatas. Nominatas appello, quæ certum à Jure nomen habent, v. g. Usus-fructus, usus, & habitatio. Innominate voco, quæ utilitatem personæ proximè quidem respiciunt, non tamen certum nomen habent. Sic quælibet ferè servitus realis in personalem mutari potest. Ut ecce! suapte naturam servitus itineris est realis. Quod si mihi soli sine respectu ad utilitatem prædii Jus eundi per fundum tuum concedis, degenerat in servitutem personalem. Item aquæ ductus est servitus realis, & tamen migrare potest in speciem servitutis personalis, si præcisè constituatur recreationis causâ, l. 37. ff. de S. P. R. Ita Clariss. D. D. Franz. hic. *Vnu. ju princ. Lauterbach. Colleg. ff. lib. 7. tit. 1. §. 5.*

A D P R I N C I P.

2 *Definitur Usus. fructus, quod sit, Jus utendi fruendi aliena re, salva manente ejus substantia. text. hic. & in l. 1. ff. eod.*

Dicitur I. *Jus, b. e. facultas, & potestas re in usum fructum data utendi, & fruendi, Manz. num. 2. Harp. num. 5. Mysf. num. 2.*

Dicitur II. *Utendi, per quam particulam differt usus - fructus à Jure Pignoris; hoc enim uti citra crimen furti non licet, §. 1. Inst. de oblig. ex delict. Mysfing. loc. cit. Schneid. num. 7. Perez. hic.*

Dicitur III. *Fruendi. Quæ vox fecerunt usum - fructum ab usu; qui enim usum habet, uti solummodo, non frui potest, b. e. usuarius ex re in usum concessa tantum duntaxat percipere potest, quantum necesse habet ad quotidianam sustentationem. Contrà verò fructuarius omnes penitus fructus, omnes redditus, quos res in usum fructum data progenerat, l. 7. ff. b. t. latius proinde patet usus - fructus, quam usus, prout latius DEO volente, Tit. seq. videbimus.*

Dicitur IV. *Rebus alienis, res enim propria nemini servit. l. 3. ff. si usus. perat. & per istas particulas differt usus - fructus formalis à causali, de quo paulò post differemus.*

Dicitur V. *Salva manente ejus substantia, his verbis duo præcipuè ostenduntur. I. Versatur circa officium usu - fructuarii, quod videlicet re fructuaria ita uti frui debeat, ne proprietatem deteriorem reddat, l. 9. §. 2. l. 13. l. 65. ff. b. t. II. Est, quod usus fructus in iis rebus proprie & verè constituatur, quæ usu non absumuntur; tales sunt fundi, ades, jumentata, servi. Usus fructus enim est Jus in corpore, quo sublato, & ipsum tolli*

necesse est *text. hic. Harp. num. 24. Manz. num. 9. Schamb. hic.*

Dividitur I. Usus - fructus in Causalem 3 & formalem. Causalis est qui conjunctus est cum causâ sive proprietate rei. Talem usum - fructum quilibet dominus habere dicitur, & de hoc nobis sermo non est. Formalis est, qui à proprietate separatus est, ita, ut apud unum sit proprietarius, apud alterum verò usus fructus. Obtingens. Inst. b. t. q. 3. Harp. n. 22. & de de hoc nos loquimur; isque

Dividitur II. In legalem & non legalem. 4 Legalis est, quem ipsa lex proximè constituit: sic constituit lex patri usum - fructum in bonis adventitiis filii fam. l. 6. Cod. de bon. qua liber.

Non legalis est vel *judicialis, vel conventionalis. Ille est, quem Judex in judiciis divisoriiis constituit, v. g. familie heriscunde, communi dividundo; si enim res commodam divisionem non recipiat, solet Judex uni proprietatem, alteri usum - fructum assignare, atque decernere l. 6. ff. b. t.*

Conventionalis est, qui constituitur facto hominis, vel per actum inter vivos, v. g. *stipulationem, emptionem venditionem, donationem, &c.* Vel per actum ultimæ voluntatis, ut *in testamento, vel codicillo, expressè legando usum - fructum, retentâ heredi proprietate. Schneid. n. 2. §. 3. Franz. Inst. hic. n. 2.*

Dividitur III. Usus - fructus in proprium, 5 & improprium. Proprius est, qui constituitur in rebus, quæ post usum salvæ manent, v. g. domo, fundo, jumento. Improprius, vel quasi usus - fructus est, qui constituitur in rebus, quæ usu absumuntur, v. g. vino, oleo, frumento. Harp. n. 24.

§. U S U S - F R U C T U S. I.

Q. hic, *quibus modis constituitur usus - fructus? R. Imperator, id pluribus modis*

dis accidere I. *Per ultimam voluntatem*, si nimirum testator hæredi suo relinquat proprietatem, & extraneo leget usum-fructum, *text. hic. & l. 3. ff. h. t. II. Per actum inter vivos*, i. e. per actiones, stipulationes. *text. hic. III. Per legem*, sic lex de factò patri in bonis adventitiis filii-fam. usum-fructum attribuit l. 6. *Cod. de bon. qua. lib. IV. Per Judicem*, quando Judex in Judiciis divisoriiis uni usum-fructum, alteri proprietatem adjudicat l. 6. §. 1. *ff. h. t. V. per longi temporis prescriptionem*, puta, decenniò inter præsentés, vicenniò verò inter absentes, l. fin. *Cod. de præscript. long. temp.* ita tamen ut cum persona præscribitur extingatur; in perpetuum enim ususfructus constitui non potest, ne proprietas reddatur inutilis. *Schneid. n. 5. De Jure Austriaco* in servitutibus præscribendis requirantur 32. anni N. *Öest. Londs-Ordnung de Jurib. incor. §. 3.*

Wie auch i. e. Uti etiam legitima 32. annorum præscriptione, & §. 14. his verbis, *Vel etiam uti usu longo & pacifico 32. annorum obtinuit.* Concordat *Nov. Austr. Londs tassel, tit. 32.* his verbis: *quod autem alia jura veluti Servitutes, jus venationis &c. attinet: volumus juxta veterem consuetudinem usumque regionis, has species singulas omnesque una lege contineri; quæ statuitur, a Subdito cum Ecclesiastico tamen seculari, qui talia jura oppugnare volet, id intra annos 32. fieri oportere, atque jus præsumptum legitimo tempore esse prosequendum.*

AD VERS. NE TAMEN.

Cum valdè ridiculum foret, aliquem appellari dominum alicujus rei, alium verò illà re uti frui, omnémque inde percipere utilitatem, & sic proprietatem inutilem fieri, ideò Imperator certos modos constituit, quibus modis extingatur usus-fructus, qua de re §. 3. *b. t.*

§. CONSTITUITUR. 2.

Q. In hoc §. *in quibus rebus constituitur usus-fructus?*

Ut rem benè resolvas, pro regula tene, usum-fructum posse constitui in omnibus generis rebus, quarum natura fructuosa est accommodata; sive sint immobiles, ut *fundi, agri, &c.* sive mobiles, ut *servi, jumenta, statuae, imagines, numismata, &c.* *text. hic. Clariss. D. D. Franz. n. 11. Harp. n. 1. Vinn. num. 1.* Sive corporales, sive incorporales. *Schneid. num. 1.* Ratio non est alia, quàm quòd ex omnibus istis rebus possit percipi aliqua utilitas, & commoditas. *Mynsing. & Manz. hic.*

Excipiuntur à Regula res illæ, quæ usu consumuntur, ut sunt res fungibiles, quæ pondere, numero, vel mensurà constant, v. g. *vinum, oleum, frumentum &c.* Ratio genuina est, quia natura usus-fructus est, ut quis ita utatur fruatur, ut salva maneat rei, & corporis substantia, *prin. h. t. & l. 1. ff. usu-fruct. quem adm. cav.* atqui rebus fungibilibus ita uti frui non possumus, cum earum usus omnis in abusu consistat, & nulla inde haberi possit utilitas, nisi absumantur, ergò &c. *Mynsing. n. 3. Vinn. loc. cit. Harp. n. 3.* Ratio alia est hæc, quia rei propriæ nulla datur servitus l. 5. *ff. si ususfr. perat.* Sed, qui res illas fungibiles accipit utendas fruendas, fit earum dominus, & proprietatis transit in fructuarium, l. 7. *ff. de ususfr. ear. rer. quæ usu absum.* ergò servitus in iis non potest constitui. *Manz. num. 5. hic. Wesenb. n. 5.*

Dista procedunt de vero usufructu, ita, ut verus usus-fructus in rebus fungibilibus constitui nequeat; secus est de quasi, sive improprio usu fructu, talis enim utilitatis causà (ut ait *rexus*) etiam in rebus fungibilibus constitui potest, ta-

tamen talis usus potius abusus dici possit. *Schueid. n. 4.* Sed *ain*, in quo consistit memorata utilitas?

R. In eo consistere, ut voluntates hominum sortiantur exitum, *l. 5. Cod. de SS. Eccles. Harp. n. 5.* & alias in jure propter utilitatem multa contra strictas Juris regulas introducta sunt, *l. 51. ad Leg. Aquil. l. 1. Cod. de acq. & retinend. poss. Franz. Inst. b. t. p. 2. n. 2.*

Q. I. An quasi usus-fructus etiam pacto, & contractu constitui possit?

Sunt, qui quasi usum-fructum non nisi per actum ultimæ voluntatis constitui possent, aut ment.

I. Quia Imperator hic de eo duntaxat casu agit, quo quasi-usus-fructus testamento constitutus est.

II. Quia alias nulla esset inter mutuum, & quasi usum-fructum differentia, atque adeo perperam confunderentur.

Verum contraria opinio verisimilior est, eamque propugnant *Arumæ. exercit. 5. lib. 17. Fach. 2. cont. II. Vin. Inst. hic. n. 3. Harp. n. 7.*

Ratio, quia quasi-usus-fructus ad similitudinem veri usus fructus constituitur, §. 2. *Inst. b. t.* atqui verus usus-fructus constituitur pacto, & stipulatione, §. 1. *ead. ergo*, &c. *Accedit*, quod commoda differentie ratio reddi non possit, quo minus in quasi, quam verò usu-fructu stipulationes admittantur.

Ad I. R. idcirco Imperatorem de legato quasi-usu-fructu loqui, quia ab experientia constat, usum fructum plerumque in testamento constitui.

II. Ex ostensione differentie inter mutuum, & quasi usum-fructum de seipso ruit. Nam I. in mutuo reddenda res ejusdem generis, & bonitatis, *l. 2. l. 3. ff. de R. C.* In quasi-usu-fructu vel res ejusdem generis, vel ejus æstimatio §. 2. *Inst. b. t.* II. in mutuum non veniunt,

Kees ad Instituta.

nisi res fungibiles, *d. l. 2. §. 1.* In quasi-usum fructum etiam res aliæ, puta, vestes, *d. §. 2. III.* Mutuum quovis tempore repeti potest, rei verò fructuariæ æstimatio non, nisi fructuario mortuo, aut capite diminuto. *Hummold. de J. & J. tom. 1. tit. 3. cap. 2. cont. 2. §. 6. n. 131. Menoch. de arbitr. Jud. l. 2. cent. 1. cas. 22. num. 4. Clariss. D. D. Franz. loc. cit. n. 5.*

Q. II. An usus-fructus vestimentorum sit verus, vel quasi talis? Vehementer variant hac in re D. D. Sunt, qui statuunt; verum usum-fructum in vestimentis constitui. Ita *Zoës. ff. de usu fruct. ear. rer. quæ usu absum. n. 3. Bachov. ad Treutl. vol. 1. disp. 16. th. 16. lit. A.*

Moventur I. per l. 15. §. 4. ff. de usu fr. ubi is, cui usus-fructus vestimentorum legatus est, ita debet uti, ne abutatur; ergò signum est, quòd sit verus usus fructus; in quasi enim usu-fructu licet abuti.

Moventur II. per l. 9. §. 3. ff. usu fructuar. quemadmod. cav. ubi vestis post usum-fructum dicitur reddenda esse; ergò, non est quasi-usus-fructus utpote in quo res per usum absumitur.

Sunt alii, qui docent, in vestibus constitui quasi usum fructum, ita *Humm. ad Treutl. loc. cit. & var. resolut. lib. 2. tract. 2. q. 24. Fach. lib. 8. cont. 41.*

Producant pro se hanc nostram §. 1. ubi inter illas res, in quibus quasi usu-fructus constitui dicitur, recensentur etiam *Vestimenta.*

Alii distinguunt inter vestes quotidianas; & vestes scenicas, nuptiales, lugubres, &c. quarum perrarus est usus. In illis quasi, in his verum usum-fructum constitui opinantur, ex ratione, quòd vestes scenicæ, nuptiales, & lugubres tempore potius, quam usu absumantur; sicuti ergò in navi verus usus-fructus idèd constitui dicitur, quia tempore potius, quam usu

H h conflu-

consumitur, l. 12. §. 1. h. t. Ita etiam dicendum in vestibus scenicis, &c. idem constitui verum usum-fructum, quia tales ob perrarum usum tempore potius, quam usu absumuntur. Huic *Sententie* adstipulantur *Harp. prin. Inst. h. t. num. 26. Franzk. p. 2. Inst. h. t. n. 4.* Cui & ego lubenter subscribo; nolim tamen, de me falsum iudicium feras, atque tibi persuadeas, non etiam placere doctrinam *Vinnii*, hac de re solidè discurrentis, quem vide *Inst. hic.*

Sed, quid refert, verus, an quasi-usus-fructus sit? Hoc refert I. quòd in quasi-usu-fructu proprietas transeat in fructuarium, l. 7. ff. h. t. II. Quòd verus usus-fructus non utendo amittatur; non etiam quasi talis: ratio, quia in quasi-usu-fructu transfertur dominium in fructuarium, qui proinde pro libero arbitrio eodem uti potest.

Porro, cum Imperator proprietario, ut de proprietate securus sit, cavere velit, idèo sistamus gressum, & inquiramus in naturam hujus cautionis; quæ ipsa cautio aliter fit in vero, aliter in quasi usu-fructu.

12 In vero usu-fructu duo capita continet. Id est, ut usu fructuarium caveat, se usurum pro boni viri arbitrio, h. e. non deteriore se facturum rem in usum-fructum concessam, sed ita usurum, ac si propria foret.

II. Est, ut caveat, se finito usu-fructu proprietatem restitutum. l. 2. ff. usu-fruct. quemadmod. cav. *Brunnem. ibid. Harp. num. 11. Schneid. num. 8. Chlingenberg. Inst. h. t. q. 8.*

13 In quasi-usu-fructu ista cautio unum duntaxat caput continet, nimirum se finito usu-fructu non eadem quidem corpora, quæ accepit, sed tantundem, aut æstimationem eorum restitutum, d. l. 1. §. l. 4. Cod. de usu-fruct. item 7. ff. de

usufr. ear. rer. quæ usu absum. *Gletele p. 2. sel. quest. 26. num. 1. Harp. Schneid. loc. cit. Zoëf. ff. usu-fructuar. quemad. cav. n. 1.* Ratio autem, quòd in quasi usu-fructu una duntaxat cautio præstetur, est, quia in quasi-usu-fructu transfertur dominium, adeoque pro arbitrio de re, in quasi-usum-fructum concessa, disponere potest; quilibet enim est rerum suarum moderator, & arbiter, l. 21. Col. Mandati.

Q. III. An ista cautio sit de substantia veri & proprii usus-fructus, ita ut, si illa præstita non sit, usus-fructus non censetur constitutus, nec usu-fructuarium fructum suos faciat?

Æ. I. Indubitatum esse, quòd fructuarium ad petitionem proprietarii necessariò debeat istam cautionem præstare; alias sin illam non præstiterit, fructus non facit suos, & frustra agit ad usum-fructum constituendum. l. 6. ff. ut in poss. legat. l. 13. ff. de usu-fr. §. l. 4. Cod. eod. *Brunnem. in d. l. 13. Vinn. Inst. hic. n. 4. lib. 2. obs. 47. Perez. in Cod. de Usu-fr. num. 5. Zoëf. ff. loc. cit. num. 4.*

Æ. II. Communi calculò in D. D. obtinere, istam cautionem de substantia veri usus-fructus non esse, adeoque fructuarium facere fructus suos, si per eum non steterit, quòd minùs satis dederit, fortè quòd proprietarius illam non exegerit, vel conventionè expressà remiserit, ita *Zoëf. loc. cit. n. 5. Perez. loc. cit. n. 6. Gail. loc. cit. n. 1.*

Ratio sola, sed solida est, quia potest ab hærede remitti, l. 71. ff. ad leg. Falcid. D. D. & *Brunnem. in l. 1. Cod. de Usufr.* Imò in variis casibus ab ipsa lege remittitur: sic I. pater, habens usum-fructum in bonis adventitiis sui filii, propter reverentiam paternam non præstat istam cautionem, l. fin. §. 4. Cod. de bon. quæ liber, II. Is, qui omnia sua bona

bona donavit, & usum - fructum sibi reservavit, etiam illam non præstat, l. 19. §. 1. ff. de Re judicat. III. Fiscus quoque, si ei usus - fructus legatus sit, illam non præstat, l. 1. §. 18. ff. ut legat. nomine cav. Si itaque in istis, & pluribus aliis casibus, quos enumerat Glettle l. cit. num. 1. ab ipsa lege remittatur prædicta cautio; si præterea ab hærede potest remitti, quis est, qui eam de substantia veri usus - fructus non esse, non intelligat?

§. Q. IV. An ista cautio sit de substantia quasi usus-fructus? R. Communiter obtinet, illam esse de substantia, Gail. lib. 2. obs. 46. num. 3. Schneid. Inst. b. t. Bachov. ad Treutl. vol. 1. disp. 16. th. 5. lit. F. Arume. Exercit. 5. th. 20. Humm. lib. 2. var. resol. tract. 2. q. 30.

Probant hanc Opinionem. l. quia ista cautio succedit in locum proprietatis, adeoque si remitteretur, nulla esset apud constituentem proprietatis, sine qua nullus usus - fructus potest constitui.

II. Per §. 2. Inst. hic. in illis verbis: ut tamen eo nomine hæredi utiliter caveatur.

Sed negativa verior est, eamque docent Zoef. ff. usu-fruct. quemad. cav. n. 8. Harp. num. 18. Perez. in Cod. b. t. n. 9. Vinn. Inst. hic. n. 4. Fach. lib. 8. cap. 43. Gomez. var. resolut. tom. 2. cap. 15. n. 3. Schamb. Inst. hic.

Probatur per dissert. text. l. 5. §. 1. ff. de usufr. ear. rer. que usu absum. ubi, licet cautio non intervenerit, dicitur tamen quasi usus-fructus finitus & extinctus esse; ergo signum est, quod quasi usus-fructus constiterit, quod enim nullum est, finiri, vel extinguere non dicitur, arg. l. 116. ff. d. V. O.

Ad I. R. Non cautionem in locum proprietatis succedere, sed ipsam obligationem, qua fructuarius adstrictus est,

restituere tantundem, vel æstimationem. Vinn. §. Perez. loc. cit.

Ad II. dico d. §. 2. loqui de necessitate præstandæ cautionis, ex hypothefi scilicet, si exigatur.

Sed Obstat adhuc, l. 1. Cod. de Usufr. ubi apertè fancitur, testatorem non posse hanc cautionem remittere; ergo signum est quod sit de substantia.

R. Ultrò me concedere, à testatore præfatam cautionem remitti non posse; ergo est de substantia quasi-usus fructus? nego consequ. Non Q. hic. an testator, sed an hæres illam cautionem possit remittere? Et decidimus, hæredem posse illam remittere, non verò testatorem. Ratio, quia ista cautio inducta est in favorem hæredis, cui favori hæres, non etiam testator in præjudicium hæredis renunciare potest. Vide pulchrè hac de re discurrentem Glettle part. 2. q. 26. per tot. Vinn. select. quest. l. 1. q. 29. Zoef. loc. cit. n. 6. Gail. l. 2. obs. 145. Humm. var. resol. lib. 2. tract. 2. q. 24. Fach. lib. 8. cap. 42. Brunnem. in l. 2. §. 7. Cod. ut in poss. legat.

§. FINITUR 3.

Dictum supra §. 1. fuit, ne inutilis reddatur proprietatis in universum, placuisse, ut usus-fructus certis modis extingueretur, & ad proprietatem revertetur.

Extinguitur itaque l. Morte naturali 16 Text. hic. l. 3. §. fin. & l. 3. Cod. de usufr. Quoniam Jus utendi fruendi est personale, personalia autem personam non egrediuntur. Itaque ad hæredem non transit usus-fructus, l. 3. §. fin. ff. quib. mod. usufr. amitt. Nisi id expressè inter partes conveniatur, aut à testatore expressum sit, ut usus - fructus quoque in hæredes transmittatur; quo ipso tamen casu singulariter notandum, quòd, licet

alias in Jure nostro hæredis appellatio non tantum ad proximum hæredem, sed etiam ad ultiores referatur, l. 65. ff. de V. S. Hoc tamen casu ad primum hæredem usufructuarii, non etiam ultiores producatur usus-fructus, l. 14. Cod. de usu-fruct. Ratio est, ne proprietas reddatur inutilis. Ita docent Schneid. bic. Gomez. var. resolut. tom. 2. cap. 15. n. 20. Vinn. bic. Harp. num. 5. Zoëf. ff. quib. mod. usus-fruct. amitt. Mantio. de conject. ult. volunt. l. 8. tit. 14. n. 21.

17 Q. V. Quid Juris? si Ecclesie, Civitati, Municipio, Universitati, vel Republicæ usus fructus relinquatur? R. Talem usum-fructum centum annorum lapsu extingui, quia is finis vitæ longævi hominis est, l. 56. ff. h. t. Harp. n. 6. Schneid. num. 5. Gomez loc. cit. Bachov. ad Treutl. vol. I. disp. 16. th. 15. lit. A. Zoëf. ff. loc. cit. n. 6. Quod si civitatem ante 100. annorum revolutionem everti, aut (prout olim Carthagini à Romanis contigit) solo æquari eveniat, usus-fructus quasi morte civitatis expirat, l. 21. ff. quib. mod. ususfr. amitt. dd. AA.

II. Expirat usus-fructus morte civili, quam inducit maxima, & media capitis diminutio, si nimirum usu-fructuarii libertatem, vel civitatem amittit, text. bic. & l. pen. §. fin. Cod. h. t. Ratio, quia capite minuti pro mortuis habentur, l. 59. §. ult. ff. de condit. & demonstr. Manz. n. 3. bic.

Minimâ capitis diminutione, puta, emancipatione, arrogatione, tamen olim usus-fructus sublatus fuerit, l. 3. ff. quib. mod. usus-fruct. amitt. hodie tamen non tollitur, l. pen. Cod. h. t. Quoniam manet civis Romanus, nec habetur pro mortuo. Manz. n. 4. Vinn. bic. n. 2. Harp. n. 10. Schneid. num. 5. Brunnem. in. d. l. pen. Zoëf. ff. loc. cit. num. 15.

18 Q. VI. An pater monasterium ingrediens

amittat usum-fructum, quem habet in bonis adventitiis filii familias?

In utramque partem ventilata est celebris, & perquam utilis hæc *Controversia*; enim verò

Sunt non infimæ notæ AA. qui affirmativa suffragentur, quibus se associat Fach. l. 6. cap. 12. & plures alii d. Gomez. ad leg. Tauri 48. num. 8. allegati.

Moventur I. (inquiunt) pater in bonis adventitiis filiiam. habet usu-fructum, quia eundem habet in potestate patria; ergò ideò amittit usum-fructum, quia per ingressum religionis tollitur patria potestas; pater enim transiit in potestatem Abbatis, ut proinde alium in potestate sua habere nequeat. arg. prin. Inst. quib. mod. Jus patr. potest. solv. & l. 21. ff. leg. Jul. de adult.

Moventur II. quia ingrediens monasterium habetur pro mortuo, l. 56. Cod. de Episcop. & Cleric. ergò usus-fructus extinguitur.

Moventur III. Si inposito casu monasterium retineret usum-fructum, tunc retineret Jure cessionis, sed usus-fructus cedi non potest, §. 3. Inst. bic. ergò monasterium non retinet usum-fructum.

Verum hæc *Argumenta* tanta non sunt, ut me in sui deditionem trahant, placeat mihi *Sententia contraria*, puta! quod pater usum-fructum non amittat, sed ad monasterium transferat. Ita mecum docent Gomez. in leg. Tauri. 48. n. 8. Harp. Inst. bic. num. 15. Zoëf. ff. de usu & usufruct. legato. Obliungens. Inst. h. t. g. 16. Brunnem. in. auth. ingress. Cod. de SS. Eccles.

Ratio hujus *Sententiæ* evidens est, quia pater, licet monachus factus, adhuc tamen naturaliter vivit, nec desinit esse civis Romanus; ergò durat usus-fructus, & deserit monasterio, juxta auth. ingress. de SS. Eccles. ubi ingressus monasterium bono

bonorum capax omnia, quæ habuit, monasterio defert.

Confirmatur nostra *Sententia* hoc valido argumento: si in casu subjectæ quæstionis usus - fructus amitteretur, & ad proprietatem transiret, esset hæc ratio quia per ingressum religionis solvitur patria potestas: sed hæc ratio nihil probat; ergo usus-fructus non amittitur. *Min. ostend.* per *l. ult. Cod. de usufructu*, ubi non obstante, quod patria potestas per maximam, vel mediam capitis diminutionem, vel per emancipationem solvatur, usus-fructus tamen patri non interruptitur; ergo (datò, non concessò) quod per ingressum religionis solvatur patria potestas, male tamen, & perpetuam infertur, usum - fructum amitti.

Argumenta contraria nullò labore profertuntur. I. Exinde ruit, quia negatur suppositum, per ingressum religionis dissociari patriam potestatem præcipue quoniam hic rotatur religionis favor; in favorabilibus autem per monachismum non solvi patriam potestatem diximus, *l. 1. tit. quib. mod. Jus patr. potest. solv. qu. 2.* Deinde transeat, in nostro casu per ingressum monasterii tolli patriam potestatem, nihil tamen hoc ad rhombum facit. *d. l. ult. Cod. de usu fruct.*

Ad II. R. ingressum in religionem haberi pro mortuo in aliquibus, v.g. *actu testandi*, & in iis, quæ monasterio odiosa sunt; non verò in omnibus, prout ex *cit. l. 56.* luculenter patet, ubi discretè sancitur, quod retineat Jus succedendi ab intestato, &c.

Ad III. dico, *neg. maj.* quia potius Jus identitatis retinet usum-fructum, cum pater & monasterium sint quodammodò una, eadèque persona, prout pater, & filius una persona in Jure nostro esse dicuntur, *l. ult. Cod. de impub. & aliis substit.* Deinde quando nos dicimus,

quod usus-fructus cedatur monasterio, non intelligimus illam cessionem quoad Jus (hoc enim residet apud monachum factum, & per mortem ipsius expirat. *Gomez. loc. cit.*) sed quoad commoditatem, prout eatenus usus-fructus rectè ceditur, quemadmodum adhuc hoc in §. latius audiamus.

Dices: si pater emancipat filium suum, tunc tantummodò dimidia pars usus-fructus manet apud patrem, ergò etiam hic, quoniam videtur quasi emancipatio intervenire. *ant. patet* ex §. 2. *Inst. per quas person. cuique acquir.* R. Id speciale esse in emancipatione. Deinde *neg. & perneg.* in nostro casu intervenire emancipationem.

III. Amittitur usus-fructus non utendo re fructuaria, quod tribus modis contingit.

I. Si omninò non utatur & fruatur *b. e.* nec ipse, nec alius ejus nomine, *l. pen. Cod. h. t.* is enim non uti dicitur, qui nec per se; nec per alium utitur, *l. 38. ff. h. t.* unde, qui locat vel vendit usum-fructum, puta, quoad commoditatem, is quoque uti-frui intelligitur, *d. l. 38. & l. 39. eod.*

II. Non uti intelligitur, si non utitur per modum, & tempus, à proprietario præstitum, puta, si ædibus utatur *estate*, quarum usus-fructus relictus est, ut *hyeme* illas inhabitaret, *text. hic. & l. 10. ff. quib. mod. ususfr. amitt.* Ubi paria esse dicuntur, non uti, & non uti modò debitor; *Manz. n. 8. Vinn. num. 2. Harp. n. 22.*

III. Non uti dicitur, si quis habens usum-fructum tantum utatur, putans, tantum usum se habere, *l. 20. ff. d. t. Schamb. hic. Franz. h. num. 32. Zoëf. ff. d. t. n. 17.*

Q. VII. Quanto tempore usus-fructus non utendo amittatur? R. de Jure com-

muni *decennio* inter præsentés, *vicennio* inter absentes, *l. pen. Cod. de servitut. ita Glette part. 2. select. quest. 25. Bachov. ad Treuil. vol. 1. disp. 16. th. 14. lit. H. Schneid. num. 7. Clariss. D. D. Franz. loc. cit. num. 34.*

Nec tenetur proprietarius monere usu-fructuarium ut eò utatur, adeòque ei cum mala fide præscribere potest; sicut in servitutibus rusticis contingit, *l. corruptionem 16. Cod. de usu-fruct. Cblin- gersp. Inst. hic. quest. 16.*

Non obstat *l. 16. §. 1. Cod. h. t. Uti tantò temporis spatìo amitti dicitur usus-fructus, quanti temporis exceptio obstat dominium vindicanti, quod tempus est triennii, prin. Inst. de usucap. R. enim d. l. 16. §. loqui de re mobili, quoniam distinctio inter præsentés, & absentes ad res mobiles præscribendas non spectat, prout tit. 6. hujus lib. DEO dante audiemus.*

De *Jure Austriaco* usus-fructus non videtur amitti, nisi 32. annis, prout *in tit. preced. dictum est.*

IV. Amittitur usus-fructus rei interitu, v. g. si ædes in usum-fructum concessæ incendio consumptæ sint; vel si ex agro stagnum, ex vinea pratum factum sit, *text. hic. §. l. 5. §. 2. §. 3. ff. quib. mod. usus-fruct. amitt. Usus-fructus enim est Jus in corpore, quò sublato & ipsum tolli, necessè est, prin. h. t. §. l. 2. ff. d. 2. Clariss. D. D. Franz. n. 29. Harp. n. 49. ubi sub num. 52. asserit, usu-fructu quadrigæ legato, illum extinguì, si unus ex equis decesserit, eò quòd quadriga esse desinat, l. 10. §. ult. ff. d. t.*

20 Q. VIII. An domo destructà conserveatur usus-fructus in area? Dixeris primò intuitu; quòd sic. I. Quia area est pars domus; si autem res fructuaria pro parte tantum pereat, tunc in parte residua manet usus-fructus.

II. Quia, non obstante, quòd domus pereat, pignus tamen manet in area, *l. 21. ff. de pignorat. act. ergò etiam non obstante quòd domus pereat, usus-fructus tamen manebit in area.*

Verum negativè decidendum per *text. hic. §. ne areæ quidem usum-fructum deberi. Idem habet, l. 5. §. 3. ff. quib. mod. usus-fruct. amitt. Ratio est, quia non areæ, sed ædium usus-fructus ad inhabitandum censetur relictus. Manz. num. 96. Harp. num. 56. Mynsing. num. 11.*

Ad I. R. aream esse quidem partem domus, sed non talem, in qua censeatur usus-fructus constitutus.

Ad II. *nego paritat.* Ratio *differentiæ* est, quod usus-fructus soleat constitui in re fructifera, qualis non est area. Contrà pignus etiam constitui potest super re sterili, & non fructifera.

Q. IX. An reedificatà domò reviviscat usus-fructus? R. negativè. Quia domus reedificata est alia domus, & usus-fructus semel extinctus non amplius reviviscit. *l. 10. §. 1. ff. d. t. Surdus consil. 155. num. 5. Cblingensberg. q. 17. Vinn. n. 5. Harp. num. 51.*

Dices: si domus collapsa reedificetur, reviviscit servitus tigni immittendi, stillicidii, &c. *l. 20. §. 2. ff. de S. P. U. ergò etiam usus-fructus. R. conc. ant. nego consequ.* Disparitas est, quia usus-fructus est legi invidiosus, adeòque, ne proprietas semper inutilis existat, facilius extinguuntur servitutes personales, quàm reales, *Harp. §. 1. Inst. de servit. n. 22.*

V. Amittitur usus-fructus *Cessione*, si nimirum usu-fructuarius Jus suum domino proprietatis cedat, *text. hic. §. in l. 66. ff. de Jure dot. tunc enim proprietarius sit plenus dominus rei, atque adeò usus-fructus extinguitur, res enim propria nemini servit, l. 26. ff. de S. P. U. Manz. n. 11.*

21 Q. X. *An usus-fructus possit extraneo, b. e. alii, quam domino proprietatis cedi, vendi, donari, locari, in dotem dari?* R. *distingendum esse, an usu-fructuarius velit tantum commoditatem, & lucrum cedere, an vero ipsum Jus personale? Si prius, poterit usum fructum cedere, vendere, donare &c. qui enim per alium utitur, ipse uti intelligitur, l. 12. §. 2. ff. b. t. Si posterius, cessio erit inutilis text. hic. nam cedendo extraneo, nihil agitur, l. 66. ff. de Jure dot. Ratio est, quia usus-fructus est Jus personale, ossibus fructuarii ita inhærens, ut inde avelli non possit. Unde sua sponte fluit, usu-fructuarius, cedendo usum-fructum, facere non posse, ut cum morte cessionarii expiret. Vide Zoëf. b. t. n. 22. Babov. ad Treutl. loc. cit. tb. 10. lit. A. Humm. ibid. Harp. §. 1. Inst. b. t. n. 16. Gomez. var. resol. tom. 2. cap. 15. n. 17.*

22 Q. XI. *An, si usu-fructuarius extraneo usum-fructum, etiam quoad Jus personale cesserit, amittat usum-fructum?* R. *Negative. Zoëf. loc. cit. n. 26. Harp. n. 4. hic. Wesenb. in parat. b. t. n. 5. Manz. n. 12. Clariff. D. D. Franz. n. 31. Dissent. Humm. var. resol. lib. 2. tract. 2. q. 32. Gomez. loc. cit. n. 17. Covar. var. res. lib. 1. cap. 8. num. 7. Ego prime Sententia lubens adstipulor, tum ob text. §. 3. hic. ubi expressè dicitur, quòd cedendo usum-fructum extraneo, nihil agatur b. e. cessio nulla, & inutilis sit, adeoque nihil operetur. Tum quia poenæ privationis non habent locum, nisi in casibus expressis, Nov. 2.*

cap. 3. Tum denique quia non præstat impedimentum, quod de Jure non fortitur effectum c. 52. de R. J. in 6. cum ergò talis cessio de Jure non subsistat, non potest præstare impedimentum.

Ob l. 66. ff. de Jure dot. ubi in hæc verba rescribitur: *Et si extraneo cedatur, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum.* R. *Ly reversurum non ita debere intelligi, ac si usus-fructus statim cessione factâ reverteretur ad proprietarium, sed de tempore futuro, si videlicet usus-fructus per mortem, vel per aliam causam expiraverit.*

Urget: ineptum est dicere, factâ cessione extraneo, morte fructuarii ad proprietarium redire usum-fructum; hoc enim jam antè satis constat, ut id ex d. l. 66. primùm erui non debeat. R. *Quòd ideò ad textum. d. l. 66. respondeatur, morte demum fructuarii usum-fructum ad proprietarium redire; ut intelligatur, quòd per cessionem, extraneo factam, nullum damnum proprietario inferatur. Aliâ cerussâ d. l. 66. dealbat Schamb. hic.*

VI. *Exspirat usus-fructus consolidatione, si nimirum usu-fructuarius rei fructuariæ proprietatem acquirat, tunc enim fit ejus plenus dominus, adeoque res propria nemini servit. Manz. n. 22.*

§. F I N.

Effectus usu-fructus finiti est, quòd revertatur ad proprietatem, & sic ex usu-fructu formali fiat causalis. text. hic. & DD.

T I T U L U S V.
DE USU ET HABITATIONE.

S U M M A R I A.

- 1 *Quid sit usus?*
- 2 *Quomodo differat ab Usu fructu?*
- 3 *Usuarius commoditatem alteri non potest cedere.*
- 4 *Limitatur, si usus inutilis foret.*
- 5 *Qui usum ædium habet, potest unâ cum conjugè, & liberis inhabitare.*
- 6 *Qui usum pecoris habet, an lacte, lanâ, aut fetu uti possit?*
- 7 *Quid sit habitatio?*
- 8 *Quomodo ab usu & ab usu-fructu differat?*

C O N T I N U A T I O.

T Res esse species *Servitutis personalis*, dictum *supra*. Postquam unam illarum absolvimus, nunc de *secunda* & *tertia* rectâ methodò agemus, putâ, de *Usu* & *Habitatione*.

- I** Usus nihil est aliud, quàm *Jus utendi rebus alienis salva earum substantiâ*, ut ita ab usu-fructu non multum distet, prout in *sequentibus* videbimus.

A D P R I N C I P.

Q hic in quibus conveniat usus cum usu-fructu? Ad quod responderi potest I. quòd iisdem modis constituatur usus, quibus usus-fructus. II. Quòd iisdem etiam modis finiatur usus, quibus & usus-fructus III. Quòd iisdem quoque in rebus constituatur, tam in immobilibus, quàm mobilibus. IV. Sicut usus-fructus in rebus immobilibus propriè, fungibilibus verò impropiè constituitur; ita & usus. V. Sicuti fructuarius cavere debet de utendo secundùm arbitrium bo-

ni viri, & tantundem restituendo, si usus rei, quæ usu consumitur. *i. e.* fungibilis constitutus sit. *Schneid. n. 3. §. 1. §. 1.*

§. M I N U S I.

Q. in hoc §. *in quò differunt usus-fructus, & usus?* *R.* *Impetator* in eo, quòd minus Juris sit in usu, quàm in usu-fructu live quòd pinguius Jus habeat usu-fructuarius, quàm usuarius, habens enim usum fructum habet quoque usum; atqui nudum usum habet, Jus fruendi non habet, *l. 14 §. 1. ff. h. t.* Usu-fructuarius igitur potest re uti, frui, spectantque ad eum omnes fructus non tantùm pro necessitate suæ personæ, & familiæ suæ, sed etiam reliqui fructus efficiuntur ipsius, ita, ut eos vendere, & alienare possit pro libitu, nec tenetur superfluos fructus domino proprietatis restituere, *lib. 7. l. 9. ff. de usufr.* Contrâ usuarius tantùm uti potest fructibus non frui, *b. e.* non potest omnes fructus percipere, sed tantùm illos, quos habet pro sua familia ad quotidianam necessitatem necessariarios, reliquos domino proprietatis restituere tenetur, *text. hic.*

Deinde, qui usum fructum habet, potest commoditatem, & utilitatem fructuum alteri locare, vendere, donare, &c. Usuarius verò commoditatem, & utilitatem Juris sui alteri cedere non potest, *l. 11. ff. h. t.* Ratio, quia usus tantum præstat, quantum ad victus necessitatem sufficit, ergò non potest à persona separari, quia subinde una persona plura indiget alterâ, ut proinde in alia persona alius usus foret. *Manz. n. 7.*

Limitatur, ut procedat, nisi usus omnino vanus, & inutilis foret, si commoditas

ditas non vendatur, aut alteri locetur; fac enim, quòd aliquis haberet usum sylve, quæ tam remota esset, ut tantundem provecturis impendi oporteret quantum alias ligna emerentur, hoc in casu licet usufruario cedere ligna, & vendere. Ratio, quia alias nihil utilitatis haberet ex usu. *Manz. num. 10. § Schneid. num. 9. Harp. moner. 7.*

§. ITEM I S. 2.

Qui ædium usum habet, ipse quidem eas inhabitare, ad alium autem transferre earum usum nullo modo potest, *text. hic. & in l. 8. ff. h. t. admittitur tamen una & conjux, & liberi, & familia, text. hic. & in l. 2. ff. h. t. quia eorum quorum difficultis separatio, usum habere licet, Schamb. hic. Hospitem recipere usufruario vix licet, ait. text. hic. Ratio, quia personalia personam non egrediuntur. Dixi vix; ex æquo enim, & bono, quasi commiserationis causâ, receptum est, ut hospitem, vel inquilinum recipere liceat, l. 2. ff. h. t. *Manz. num. 5.**

AD V̄ ET CONVENIENTER.

Quid si mulier usum ædium habeat, poteritne cum ea habitare maritus?

Videtur quòd non. Ratio dubitandi, quia uxor sequitur virum, non contrâ; & dignius trahit ad se minus dignum, non contra.

Hoc tamen non obstante, contrarium decidit *Imperator*: ratio, ne ei matrimonio carendum foret, cum uti vult domo, l. 4. ff. h. t. *Manz. num. 9.*

§. ITEM I S. 3.

Qui usum servi, vel jumenti habet, ipse solus operâ ejus uti potest, alteri concedi non potest. Quamvis nihil referat, utrum operâ jumenti utatur in re sua, an verò in opere alieno quòd expe-

Kees ad Institut.

diendum conduxit, *lib. 16. §. fin. §. 1. seqq. ff. h. t. Schamb. hic.* Planè, si aliàs usus nulla esset utilitas, poterit & rei usuarie opera aliis concedi; ita enim semper interpretari debemus usum, ut aliquid proficit, *lib. 20. ff. h. t.* Fac ergò, quòd usum unius bovis habeas, poteris eum alteri commodare ad arandum, ut rursus tibi commodet usum. *Schamb. hic.*

§. SED ET SI. 4.

Qui usum pecoris habet, neque lacte, & neque lanâ, nec foetu uti potest; Ratio, quia hæc in fructu sunt.

Dices: Quid ergò proderit ei usus pecoris? R. quòd ad itercorandum agrum iis uti possit, *text. hic.* Planè, licet noster §. indistinctè sanciat eum, qui usum pecoris habet, neque lanâ, neque foetu uti posse. *lib. 12. §. 2. ff. h. t.* tamen modicò lacte utendi usufruario licentiam tribuit, quantum scilicet ad necessitatem opus habet, ut proinde *Textus hic* intelligendus sit, quòd non possit uti lactè, lanâ, &c. ad compendium, & voluntatem. *Schamb. hic.*

§. SED SI CUI. 5.

Tractatur in hoc §. tertia species servitutis personalis? nimirum *Habitatio*, quæ est *Jus habitandi in ædibus alienis, salvâ earum substantiâ.* Haud ineptè additur clausula, *salvâ earum substantiâ*; quia habitator quoque ad instar fructuarii, & usufruarii cogitur satisfacere, se usurum domo boni viri arbitriò, ut eam deteriorem non reddat, facta tecta habeat, atque reficiat; habet enim habitatio magnam similitudinem cum usu, & usufructu, quàm deinde allegabo; prius tamen

Observa, commoditatem domus posse legari, vel constitui alteri tribus modis.

I. Relinquendo usum-fructum domus,

I i

&

& tunc restringitur habitatio ad naturam usus-fructus. II. Relinquendo nudum usum domûs, & tunc restringitur ad naturam usus, ut scilicet is⁸, cui sic legatus est usus domûs, eam alteri locare non possit. III. Relinquendo habitationem domûs, & tunc, licet aliquid participet de usu, & usu-fructu, proprium tamen Jus, & separatam naturam habet.

His præmissis, nunc declarandum, in quo *conveniant*, & differant hæc servitutes personales; ac I. quidem *convenit* habitatio cum usu-fructu, & usu simul, quod iisdem modis constituitur inter vivos, & in ultima voluntate. II. Habitatio non transit ad hæredes, sicut nec usu-fructus. III. Quoad cautionem de utendo arbitrio boni viri.

8 *Differt* autem ab utraque simul, quia habitatio constituitur solummodo in ædibus, usus-fructus verò, & usus tam in prædiis urbanis, quàm rusticis, mobilibus, & immobilibus constituuntur.

Iterum cum usu-fructu singulariter convenit habitatio, quod commoditatem alteri locare possit. Differt autem singulariter ab usu-fructu, quod usus-fructus morte civili, *i. e.* maximâ, &

mediâ capitis diminutione, item non utendo extinguitur; habitatio verò maximâ, & mediâ capitis diminutione, & non utendo non amittitur: ratio, quia habitatio magis in facto, quàm Jure consistit, ea autem, quæ sunt facti, capitis diminutione non pereunt. *Manz. num. 8*. Ratio, quare, habitatio non utendo non amittatur, est, quia habitatio nulla intelligitur, nisi re ipsâ & verè habitetur, unde; quod non est, *i. e.* non habitando non potest amitti. *Manz. numero 7.*

Cum usu denique convenit habitatio, quod easdem personas recipere possit, quas usufruarius; sed differt ab usu, quod habitatio alteri locari possit, usus non item, *lib. II. ff. h. t. Schneid. hic.*

§. HÆC DE SERVITUTIBUS, FINALIS.

Hæc dixisse sufficiat de rebus incorporalibus, servitutibus videlicet; hæreditates quidem, & obligationes etiam res incorporales sunt, sed de his commodius *infra*.

Nunc quia expositum est, quibus modis Jure gentium nobis acquiratur dominium, videndam, quibus modis Jure civili acquiratur.

TITULUS VI.

DE USUCAPIONIBUS ET LONGI TEMPORIS PRÆSCRIPTIONIBUS.

SUMMARI A.

1. Casus præscriptionis.
2. Hodie omnis differentia inter usucapionem, & præscriptionem sublata est.
3. Quando dicatur: Jus præscriptum est? & quando: Juri præscriptum est?
4. Quid sit præscriptio?

5. An tribuat directum dominium?
6. Redduntur rationes introductæ præscriptionis.
7. Præscriptio procedit in utroque foro.
8. Solvuntur objectiones.
9. I. requisitum præscriptionis absolvetur bona fides.
10. Quando debeat adesse tam de Jure civili, quàm Canonico?

- 11 Ob favorem fidei etiam cum mala fide
currit prescriptio.
- 12 An mala fides, completa prescriptioni
superveniens, obliget ad restitutio-
nem?
- 13 An prescriptio currat cum dubio?
- 14 Quid sit dubium practicum & specula-
tivum?
- 15 An cum errore Juris currat prescriptio?
- 16 Servitutes urbanae sine bona fide non
prescribuntur.
- 17 Secus rusticae.
- 18 Redditur ratio differentiae.
- 19 Si obligatio tendit ad agendum, vel
non agendum cum mala fide non cur-
rit prescriptio.
- 20 Secus, si tendit obligatio ad patiendum,
vel permittendum.
- 21 II. Requiritur ad prescriptionem ti-
tulus.
- 22 Quid sit titulus?
- 23.24.25 Alius est coloratus, alius existi-
matus, alius presumptus.
- 26.27.28.29.30 Qualis titulus requiratur
ad prescriptionem?
- 31 III. Ad prescriptionem requiritur pos-
sessio.
- 32 IV. Legitimum tempus breve quale sit?
- 33 Tempus breve quale sit?
- 34 Item quodnam tempus dicatur longum?
- 35 Quales res prescribantur longo tem-
pore?
- 36 Quales longissimo?
- 37 Actio de dolo quando prescriptione tol-
latur?
- 38 Quando exceptio non numerata pecu-
niae?
- 39 Quando actio hypothecaria?
- 40 Res Ecclesiastica, Item monasteriorum
de Jure Austriaco non possunt pre-
scribi.
- 41 Quale sit tempus immemoriale?
- 42 Tempore immemoriali quam res pres-
cribantur?
- 43 V. Requiritur ad prescriptiones res
non vitiosa.
- 44 Res furtivae & vi possessae non possunt
prescribi?
- 45 Res posita an possit prescribi?
- 46 Quomodo possit res immobilis aliena si-
ne vitio ad alium pervenire?
- 47 Si res furtiva in potestatem domini re-
versa fuerit, potest prescribi.
- 48 Res fisci quomodo prescribantur?
- 49 Juri luendi pignoris an possit prescribi?
- 50 An annuis redditibus?
- 51 Error falsa causa quando impediat pres-
criptionem?
- 52.53.54 An, & quando bona fides pro-
fit? vel mala fides noceat successoribus?
- 55 Recensentur privilegia fisci?
- 56 Quando non procedat prescriptio?
- 57 Quando dormiat?
- 58 Quando interrumpatur prescriptio?
- 59 Quando rescindatur?

Bifariam rerum dominia nobis acqui-
ri, testis est §. Singulorum II. Inst.
de R. D. Nimirum Jure naturali & Jure
civili. Hucusque excussimus, quomodo
Jure naturali: sequitur quomodo Jure
civili rerum dominia nobis acquirantur.
Et hoc fit dupliciter, puta! universali-
ter & particulariter. Universaliter, quan-
do aliquis universitatem bonorum, non
rem aliquam singularem acquirit; talis
acquirendi modus est *successio ex testamen-
to, ab intestato, bonorum possessio, ac-
quisitio per arrogationem, & additio bon-
norum §. 6. Inst. per quas personas cuique
acquir.* Particulariter quando aliquis rem
singularem acquirit; talis acquirendi mo-
dus est *usucapio, donatio, legatum, fi-
deicommissum particulare, &c.* de quibus
omnibus ordine deinceps tractabimus.

Usucapio itaque inter modos acquiren-
di particulares primum locum occupat,
qua in materia prius varia in antecessum

præmittenda sunt, quàm ad explicacionem *textus* descendamus. Pro pleniori autem subjectæ materiæ intellectu ponitur talis

C A S U S.

T Titius mihi vendidit, vel ex alia causa tradidit v. g. fundum quemdam, cujus non erat dominus: ego bonâ fide ab eo accepi, cum crederem, eum dominum esse. En, hoc in casu, certum est, & indubitatum, quod Titius per istam traditionem in me non transtulerit dominium; nemo enim dat, quod non habet, l. 16. ff. de A. R. D. Quid ergo Titius in me transtulit? possessionem tantum, & usucapiendi conditionem, b. e. transtulit in me id Juris, ut, si possessionem per tempus à lege definitum continuavero, dominium fundi acquiram. *Manz. numero 3. & 4.*

Usu-capio ab *etymologia* nominis dicta quasi capio, sive *acquirō per usum*, alio nomine hodie vocatur *prescriptio*.

2. Dico *hodie*; olim enim inter usu-capionem & prescriptionem magna fuit differentia, prout videre possis. *Schamb. hic. §. 7. observa. Zoef. ff. h. t. n. 2.* De Jure autem novo omnis differentia ab aula recessit, ita ut vocabula prescriptionis, & usu-capionis confundantur, iisque promiscuè utamur, l. un. Cod. de Usu-cap. transformand. *Vim. n. 2. hic. Manz. n. 16.*

3. Illud tamen pro solidiori loquendi modo memoriâ vehementer dignum est, quod si per prescriptionem Jus alienius extinctum, vel peremptum sit, soleamus in dativo loqui, v. g. *obligationi, Juri, actioni &c. prescriptum est.* Si verò de acquisitione sermo sit, utamur nominativo, vel accusativo, v. g. *prescripta est servitus, vel prescripti rem, Juris dictionem, agrum &c. P. Engel ad Jus Canon. h. t. §. 1. num. 1.*

Definitur usu-capio à Modestino, l. 3. ff. h. t. quod sit adjectio domini per continuationem possessionis temporis à lege definiti.

Dicitur I. *Adjectio domini*, intelligitur non tantum utilis, verum etiam directi, sive pleni, qui enim rem prescripsit, tantum Juris habet, quantum verus dominus, l. un. Cod. si advers. vendit. l. 8. Cod. de prescript. 30. vel 40. annor. ubi usucapiendi pro re usu capta datur rei vendicatio, quæ non competit, nisi domino, l. 23. ff. de R. V. Zoef. ff. h. t. n. 3. *Harp. num. 8. Hum. lib. 2. var. resol. tract. 3. quest. 15. Fach. l. 1. cont. 70. Bachov. ad Treutl. vol. 2. dis. 22. th. 7. lit. b. Perez. ad Cod. de usu-cap. pro emptore num. 2. Schamb. prin. hic.*

Non obstat, l. 11. Cod. de prescript. long. temp. ubi prescribendi tantum datur exceptio, ut proinde presupponatur adhuc, actio quæ per exceptionem elidatur. R. enim, illam legem intelligendam esse de exceptione facti, non Juris, quæ actionem presupponeret. Exceptionem Juris illam voco quæ actionem præexistentem supponit, eamque elidit. Facti, quæ nullam actionem præexistentem supponit; adeoque, si ego à te aliquid petirem, ad quod nullam penitus habeo actionem, & tu excipiendo id negares, dicerem, quod exceptionem facti mihi opposueris. *Schamb. hic. & princip. de except. Hum. & Harp. loc. cit.* ubi plura contra nostram Assertionem argumenta recitavit, quæ ob exiguam, quâ pollent utilitatem in medium nolui protulisse.

Dicitur II. *Per continuationem possessionis temporis à lege definiti*; requiritur enim ad prescriptionem continua, & nunquam interrupta possessio, nec non legitimum tempus; de quibus & aliis requisitis loco. Interea, cum Jura nihil sine ratione agant,

6 Q. I. *quare Jus præscriptionem introduxerit?* R. ob triplicem causam id contigisse, quas (velim) impensè notes! I. Est, ne rerum dominia incerto versarentur l. 1. ff. b. t. constat enim alienationes, & permutationes inter homines esse frequentissimas. Jam, cum nemo factum alterius scire possit; num tradens dominus sit, nec ne? & quandoque contingat, ut non dominus rem quamdam alteri vendat; ideò, si priori domino semper à possessore rem petere liceret, & non aliquando possessor efficeretur certus, ferè nemo securè possideret, & sic dominia rerum semper manerent in incerto. *Mynsing. num. 14. Schneid. num. 10. & Manz. num. 10.*

II. Ut importuna litium frequentium præcaveretur, & aliquando esset litium finis, l. ult. ff. pro suo. Quis enim non videt, atque intelligit, quantæ lites, rixæ & discordiæ in reipubl. communiõne exorirentur, nisi lex invenisset modum, ac rationem, qua possessori succurreretur adversus petitem? Sanè semper alter alteri moveret controversiam de rerum dominio nisi lex fixisset metam temporis, post cujus lapsum litem movere prohibitum sit.

III. Causa est, ut socordia civium, res, ac jura sua negligentium, castigetur, & diligentia excitetur, l. 2. Cod. de annal. præscrip. *Zoes. ff. b. t. n. 4. Manz. loc. cit. num. 6. Harp. n. 41. König. b. t. 48.*

7 Q. II. *Procedatne Præscriptio in foro tantum externo, an operetur etiam in foro anime?* Communis D. D. schola docet, præscriptionem procedere in utroque foro. Ita *Lessius lib. 2. de J. & J. cap. 6. dubit. 17. num. 51. Layman. Theolog. Moral. tit. 1. cap. 8. num. 4. P. Sporer Tractat. 6. in Decalog cap. 1. sect. 5. n. 192. Clariss. D. D. Franz. num. 6. Inst. hic, aliq̄ue innumeri*

Ratio hujus doctrinæ solida, & fundamentalis est, quia Legislator humanus ex virtute supremæ potestatis potest rem uni auferre, & transferre in alterum, si ita exigat necessitas, & felicitas reipublicæ. Enimverò omnis illa potestas agnoscenda est in Legislatore humano, quæ moraliter est necessaria ad congruam, & tranquillam gubernationem reipublicæ cum DEUS, & Natura non deficient in necessariis: atqui per præscriptionem uni auferri dominium, & alteri adjici, & exigit necessitas, & felicitas reipublicæ prout patet ex alleg. tribus rationibus, propter quas præscriptio introducta est; ergò. &c.

Oppon. I. Usucapio repugnat æquitati naturali, quia per illam aliquis locupletatur cum alterius jactura; atqui locupletari cum alterius jactura repugnat æquitati naturali, l. 206. ff. de R. J. ergò usucapio repugnat æquitati naturali, & disting. min. locupletari cum alterius jactura repugnat æquitati naturali, si illa locupletatio fiat sine justa causa, con. min. si fiat cum justa causa, neg. min. & conseq. Jactura, quam inducit præscriptio, non est injusta, sed justissima, utpote causis subnixâ justissimis. Deinde, licet fortè præscriptio, respectu privatæ utilitatis, videatur esse iniqua, æqua tamen sit, respectu utilitatis publicæ, quæ utique privatæ præferenda, nam quotiescunque concurrunt duæ rationes naturales, illa prævalet, quæ fundamento majori nititur, prout lib. 1. tit. 2. diximus; atqui publica utilitas, quam respicit usucapio, l. 1. ff. b. t. utique majori nititur fundamento; Ergò. Clariss. D. P. König. ad Decret. b. t. n. 4.

Oppon. II. præscriptio est impium præsidium, Nov. 9. ergò sapit iniquitatem. R. d. Nov. 9. intelligendam esse de præscriptione, quæ currit cum mala fide, prout

ex illis verbis : *iniquis hominibus* , patet.
Manz. num. 104. Harp. num. 52. Franz. num. 2.

Oppon. III. Quod nostrum est, sine facto, & consensu nostro in alium transferri non potest, l. 11. ff. de R. J. v. d. l. 11. non procedere, si justa causa aliud suadeat, lex enim potest alicui adimere rei dominium, tametsi dominus non consentiat, sic propter delictum bona confiscat, l. 1. ff. de bon. damnat. Manz. num. 101.

Viso quid sit præscriptio, sequitur, quid ad illam requiratur. Nempe,

Bona fides, justus titulus, res non vitiosa,

Ut res tradatur, tempus quoque continuetur.

9 I. Itaque ad præscriptionem requiritur *bona fides*, quæ definitur, quod sit *sincera rei aliena Ignorantia*. P. Engel. §. 3. b. t. n. 12. Talem bonam fidem habere intelligitur, qui credit, eum, à quo rem accepit, fuisse dominum, vel habuisse Jus distrahendi, veluti habet tutor, l. 109. ff. de V. S. L. 32. §. 1. ff. b. t. Manz. n. 31. Harp. n. 64. Perez. Instit. hic. Vel (ut cum Schneid. loquar) qui nescit, rem esse alienam, vitiosam, furtivam, vel NB. à lege alienari prohibitam; qui enim contra Jura, & legis prohibitionem mercatur, vel contrahit, præsumitur esse in mala fide, l. 7. Cod. de agric. & cens. cap. 82. de R. J. in 6.

10 Q. III. Quando debeat adesse bona fides? R. Distinguendum esse inter Jus Civile & Canonicum. De Jure civili sufficit, ab initio præscriptionis bonam fidem adesse, adeoque, licet ceptæ usucapioni superveniat, cursum tamen præscriptionis non sistit. §. 12. b. t. l. 10. ff. b. t. l. un. Cod. de Usucap. transfer. Et hoc procedit in præscriptione longi temporis,

non verò longissimi; in hac enim Jus civile simpliciter malam fidem admittit, sive ab initio, sive ex postfacto interveniat, l. 3. §. 4. Cod. de præscript. 30. vel 40. ann. Ratio, quia Jus civile solummodò respexit societatem civium, incertitudinem dominii, & importunam litium frequentiam, quæ incommoda ut evitaret, nullâ factâ reflexionè ad bonam, vel malam fidem, absolute statuit, ut omnes res, Jura, & actiones 30 vel 40. annorum spatio extinguerentur. Manz. n. 39. bic.

Verùm de Jure Canonico longè aliter se res habet; hoc enim toto præscriptionis tempore requirit bonam fidem, juxta regulam: *Possessor malæ fidei ullo tempore non præscribit c. 2. de R. J. in 6. quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, & quidquid est contra conscientiam, edificat ad gehennam c. 3. de resit. spoliat.* Concordat Jus Austriac. N. Oe. Land-Tafel, lib. 4. tit. 129. Et, quia hic agit de materia peccati, omnino standum est Juri Canonico, per theoriam universalem, quæ docet, in causis spiritualibus, & concernentibus peccatum, dispositionem Juris Canonici, non solum in terris Ecclesiæ, sed etiam Imperii servandam esse. P. Engel. Proemio jur. Canon. num. 19. v. Quarza Regula. Gail. lib. 2. obs. 141. num. 5. Clariss. D. P. König. Proem. de Jure Canon. num. 8. Mynsing. cent. 4. obs. 18. n. 7.

Dices: qui locum aliquem ad Catholicam unitatem convertit, etiam si sciat, illum locum pertinere ad alium Episcopum, illum tamen locum triennio præscribit, c. 1. h. t. ergò de Jure Canonico præscriptio currit cum mala fide. R. d. c. esse speciale ob favorem fidei, & ut ita Catholici Episcopi alliciantur, & invitentur ad conversionem populi à Schismate Donatistarum. Gonzalez in d. c. 1. n. 3. Peck.

Peck. in d. c. 2. de R. J. in 6. num. 16.
pulohrè Pirrbing. ad Jus Canon. b. t. sect.
13. §. 3. num. 98.

12 Q. IV. An præscriptione bonâ fide com-
pleti, si is, qui præscripsit, rem esse alie-
nam cognoverit, teneatur in foro conscien-
tiæ domino suo restituere? Dixeris, quòd
sic. I. quia actus vitiat, si ad eum sta-
tum redacatur, à quo inchoare non po-
test; sic testamentum, à libero homine
conditum, rumpitur, si testator servus
efficiatur. arg. l. 98. ff. du V. O. §. l. 3.
ff. de his, quæ pro non script. habeant. Ergò
etiam præscriptio non procedit in casu
prædicto, cum devolvatur ad statum
malæ fidei, unde non potest inchoari.

II. Quia cessante causâ, cesset effectus,
c. 60. de appellat. cap. 8. de consang.
& affinit. Ergò cessante bonâ fide, utpo-
te causâ, cessabit ejus effectus, i. e. præ-
scriptio.

III. Quia bonæ fidei possessor post sub-
ortam malam fidem fructus non facit
suos, l. 48. §. 1. ff. de A. R. D. ergò
etiam possessor bonæ fidei post superve-
nientem malam fidem non præscribit.

Verùm his dubitanti rationibus in-
contrarium nihil remorantibus, negativæ
standum est, quam sua autoritate mu-
niant P. Engel. ad Jus Can. num. 4. b. t.
Pirrbing. ad Jus Can. sect. 1. §. 1. b. t. n. 6.
Fach. l. 1. cont. 64. Harp. n. 91. prin. Inst.
b. t. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disput. 22.
th. 6. lit. C. P. Sporer tract. 6. in Decalog.
cap. 1. sect. 5. num. 192. Cov. ad c. pos-
sessor de R. J. in 6. p. 3. §. 2. n. 1. Lay-
man. Theolog. Moral. l. 3. tract. 1. c. 8. n.
4. Zoes. ff. b. t. n. 60.

Probatur hæc Sententia evidenti ratio-
ne, quia post præscriptionem non datur
amplius mala fides, quæ est rei alienæ
scientia; enim verò post præscriptionem
completam res non est amplius aliena,
cum facta sit præscribentis, cui lex ple-

num dominium adjecit, l. 8. Cod. de
præscript. 30. vel 40. ann. l. 3. ff. de Usu-
cap. ergò, si præscribens teneretur rem
restituere, teneretur rem suam restituere.

Ad I. R. cit. regulam procedere tunc
demum, si actus consummationem suam
nondum effecit consecutus; secus impedi-
mentum superveniens non vitiat actum
arg. 140. §. Etsi placeat. ff. de V. O.
Idque patet ex impedimento dirimenti,
quod post contractum matrimonium su-
perveniens non nocet, neque vitiat ma-
trimonium. Vide tit. 10. de Nupt. Unde
non mirum, quòd testamentum, à libe-
ro conditum rumpatur, si testator servus
effectus fuerit, quia consummationem
suam nondum est sortitum, utpote,
quod demum per mortem confirmatur.

Ad II. Eodem modo datur solutio,
cessante nimirum causâ, cessare effectum,
si effectus nondum sit consummatus, &
perfectus; sic, licet aliquis contrahendi
incapax fiat, fortè, quia declaratur pro-
digus, contractus tamen, tempore capa-
citatæ initi, validè subsistunt.

III. Planè omni probationis mole ca-
ret; bonæ enim fidei possessor tunc de-
mum fructus restituere tenetur in casu,
quo mala fides suboritur, si eisdem
triennio nondum præscripsit, quod
nihil probat contra nos. Hum. var. re-
sol. lib. 2. tract. 3. c. 8.

Ampliatour nostra Sententia in tantum,
ut is, qui rem legitime præscripsit, eam
tamquam indebitè datam repetere, & ut
suam vindicare possit, si fortè illam ex
errore Juris restituerit pristino domino,
ratus, adhuc esse alienam, & restitutioni
obnoxiam, tametsi etiam ignorantia Ju-
ris non excuset, cum agitur de acquirendo,
excusat tamen, cum agitur de amit-
tendo rem jam acquisitam, l. 7. ff. de jur.
& fact. ignor. P. Sporer loc. cit. n. 198.
Pirrbing. d. lo.

13 Q. V. *An præscriptio curras cum dubio?*
 R. cum *distinctione* inter *dubium practi-*
 14*cum* & *speculativum*. Practicum voco,
 quando quis in specie, & particulari de
 rei dominio dubitat, & an eam rem salvâ
 conscientia retinere possit? Speculativum
 appello, quando quis quidem rem
 justè & licitè se retinere credit, dubi-
 tatur tamen, an tradens dominus fuerit?
 P. Engel lo. cit. num. 14. à *Someting*. *Inst.*
b. t. n. 8. His præmissis, sequitur

Affertio I. Cum dubio practico præ-
 scriptio neque potest inchoari, neque
 cœpta continuari. *Clariff. D. P. Ko-*
nig. in Jus Canon. b. t. num. 38. Ra-
 tio quia taliter præscribens exponit se
 periculo peccandi; eò ipsò enim, si
 rem retinet, quam putat se retinere
 non posse, peccat: nam, qui dubi-
 tat, an sit peccatum, & id, de quo
 dubitat, tamen committit, utique peccat.
Pulchre P. Sporer tract. 1. in Decalog. cap.
1. sect. 4. Affert. II. §. 1. n. 69. atqui
 cum peccat, non procedit præscriptio. *c.*
fin. §. b. t. Pirrhing. loc. cit. sect. 2. §. 4.
n. 55. Ergò &c.

Accedit *b. l. 32. §. 1. ff. b. t. ubi in hæc*
verba rescribitur: Si quis id, quod possi-
det, non putat sibi per leges licere usucapere,
dicendum est, etiam si erret, non pro-
cedere tamen ejus usucapionem. Dissent.
Gletze Affert. Jurid. 74. Molina de J. &
J. disp. 63. n. 11. P. Engel. b. t. num. 14.
Pirrhing. loc. cit. n. 56. Peck. in c. 2. de R.
J. in 6. Qui omnes concordii suffragiò in
 eam condescendunt Sententiam, quòd
 dubium practicum præscriptioni ritè cœp-
 tæ superveniens non impediatur cursum e-
 jus; ex ratione, quia *c. fin. §. b. t.* tan-
 tum illos excludit à præscribendo, qui
 conscientiam rei alienæ habent, adeò-
 que, qui sunt in positiva mala fide con-
 tituti, qualis non est qui practice dubi-
 tat.

Verum hæc *Sententia* nimium probat;
 ergò nihil: probat enim, cum dubio
 practico etiam posse inchoari præscriptio-
 nem, quod à tenera conscientia vehem-
 enter alienum.

Affertio II. Cum dubio merè speculati-
 vo præscriptio non tantum rectè currit,
 sed etiam inchoatur. Ita P. Engel & ceteri
paulo ante allegati.

Ratio primi membri est, quia hoc du-
 bium cuilibet, bonæ fidei possessori sub-
 oriri potest, adeòque in pari causa me-
 lior est conditio possidentis, *c. 65. de R.*
J. in 6.

Ratio secundi membri fundamentalis
 est hæc, quia aliàs vix unquam procede-
 ret præscriptio; nemo enim infallibili-
 ter scire potest, rei dominium tradentis
 esse.

Deinde ineptè exigenter cautiones
 de evictione, si nulla foret ambigendi
 ratio, an tradens rei traditæ dominus
 fuerit, nec ne?

Q. VI. *An cum errore Juris currat præ-*
scriptio? v.g. an, si quis rem emit à Præ-
 lato sine consensu capituli, ratus talem
 consensum non requiri; vel an, si quis
 emit rem immobilem à tutore sine decre-
 to Prætoris, ratus illud non desiderari,
 an (inquam) talis possit præscribere?
 sequitur

Affertio I. Certum est, & apud omnes
 ferè indubitatum errorem Juris clari &
 notorii impedire præscriptionem longi
 temporis. Ita *Manz. §. 11. num. 12. b. t.*
Harp. prin. Inst. b. t. num. 85. P. Konig
ad Jus Canon. b. t. num. 36. Panormitan.
in. c. dudum. de decimis, & in c. de quar-
ta num. 12. b. t. Pirrhing. ad Jus Can. sect.
2. §. 5. num. 61. b. t. P. Engel. lo. cit.
num. 15.

Probatur ex variis Juris textibus l. ex
 l. 4. ff. de Jur. & fact. ignorant. his ver-
 bis: *Juris ignorantiam in usucapione ne-*
gatur

atur prodesse. II. Ex l. 6. ff. eod. Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus. III. Ex l. 31. ff. de ufucap. nunquam in ufucapionibus Juris error possessori prodest.

Dices: qui habet bonam fidem, præscribit; sed errans in Jure habet bonam fidem; ergo præscribit. R. tamen si errans in Jure habeat bonam fidem Theologicam, non tamen habere bonam fidem Juridicam h. e. talem, qualem Jura desiderant, h. e. ab errore Juris immunem.

Assertio II. Error Juris, quem scienter committit, h. e. si quis sciat leges, & Jura, in fraudem tamen eorum scienter aliquid mercatur, impedit præscriptionem etiam longissimi temporis, puta 30. vel 40. annorum. Ita tenet Humm. ad Treult. vol. 2. disp. 22. quest. 43. Probatur per l. 7. Cod. de agricol. & censitis, his verbis: Male fidei possessorem esse, qui contra Jura mercatur, nullus ambigit.

Item per c. 82. de R. J. in 6. Qui contra Jus mercatur, bonam fidem non habet; atqui malæ fidei possessor, & qui bonam fidem non habet, ullo tempore non præscribit, c. 2. de R. J. in 6. ergo. Vide Peck ad d. c. 82.

Assertio III. Error Juris, quem quis ex ignorantia incurrit, fortè, quia hospes in Jure est, & non intelligit, quòd in alienatione rei Ecclesiasticæ de forma consensus capituli requiratur, non impedit præscriptionem longissimi temporis. Ita Covarr. loc. cit. num. 62. §. Limitant Covarr. in c. de R. J. in 6. p. 2. §. 7. n. 5. Clariss. D. P. König. n. 37. h. t. Dissent. P. Engel. n. 15. Fachin. lib. 8. cap. 28.

Mihi prior opinio videtur magis consona rationi, quia in præscriptione longissimi temporis non requiritur titulus, nec de Jure civili mala fides nocet, l. 8. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor. De Jure verò Canonico tantùm ea mala fides excluditur, quæ peccatum, & im-

litiam inducit; non est autem peccatum, aut malitia, ignorare Jura.

Ex hæcenus deductis colligere fas est, ad omnem præscriptionem requiri I. Bonam fidem, quæ in dubio semper præsumitur; quilibet enim præsumitur bonus, donec probetur malus, c. fin. §. de præsumpt. Harp. n. 6. Alciat. de præsumpt. regul. 3. præsumpt. 5. Covarr. loc. cit. §. 8. n. 2. Mascard. vol. 1. conclus. 224. Schneid. num. 21. & seqq. hic.

Ampliat, siue titulò munitus sit, nec ne, Covarr. loc. cit. Vasquius controver. Illust. lib. 2. cap. 70. n. 2. Mascard. loc. cit. n. 3. Diss. Fach. lib. 8. cont. 32.

Q. VII. An etiam in servitutibus præscribendis requiratur bona fides? Pulchrè, & more suo solidè hanc utilem, à plurimis tamen intactam quæstionem resolvit P. Engel. ad Jus Canon. h. t. n. 18.

Ego, ut breviter me expediam, distinguo inter servitudes urbanas, & servitudes rusticas.

In servitutibus urbanis requiritur bona fides, qua quis credit, se posse Jure suo eum actum exercere, per quem ufucapiendi conditionem acquirat. In servitutibus verò rusticis bona fides non desideratur, sed sufficit, quòd is, cui debentur, eis non utatur, l. 4. §. si viam. ff. de Ufucap. & l. hæc autem. ff. de S. P. U. Unde sequitur, quòd licet ego sciam, tibi in fundo meo competere Jus eundi, agendi, aquas ducendi; in casu tamen, quo Jure eundi, agendi, aquas ducendi, &c. non uteris, ego contra te præscribam, nec tenear te monere, ut Jure tuo utaris, quoniam tantùm pati taneor, si utaris. Ita P. Sporer. tract. 6. in Decalog. cap. 1. sect. 5. n. 211. Molini de J. & J. tract. 2. discurs. 66. n. 5. Less. lib. 2. de Just. c. 6. dubit. 6. n. 21. P. Engel. loc. cit.

Sed ain! quæ est ratio differentie, 18 quòd in præscribendis servitutibus urba-

nis requiratur bona fides, non verò in rusticis? Res est subtilis, non tamen excedens captum. Intende ingenium tuum, & capesce! Hæc est ratio differentie, quia servitutes rusticae solò non usu amittuntur, l. 10. §. 1. l. 19. l. 20. ff. quib. mod. servit. amitt. l. sequitur. 4. §. 27. ff. de Usucap. Servitutes verò urbanæ solò non usu non amittuntur, sed requirunt aliquòd factum, quod sit argumentum interruptæ patientiæ. l. 6. ff. de S. P. U. l. 18. §. 2. ff. quib. mod. serv. amitt.

Unde, licet tignum, senio collapsum, per decem annos exemptum manserit, nisi tamen dominus prædii servientis foramen obstruxerit, ac definito tempore ita obstructum habuerit, servituti tigni immittendi non præscribit. dd. LL. Cur tam variè? quia possessio servitutum rusticarum sustinetur usu earum, & exercitiò, quo usu omisso, deperditur, quia nihil succurrit, quod animum retinendæ servitutis ostendat. Aliud est in servitutibus urbanis, hæc enim, semel constitutæ, non indigent ulteriori factò & exercitiò, adeoque possessio earum non stat in usu, & exercitiò, sed in sola patientia domini. Hinc, nisi factum, puta, in servitute tigni immittendi obstructio foraminis, interveniat, quod sit argumentum interruptæ patientiæ, possessio illarum non deperditur. Jam, si ego soiam, tibi competere servitutum tigni immittendi, & ego foramen obstruam, atque ita impediam, ne aliud immittatur, pecco contra justitiam, quia facio aliquid, quò læditur Jus tuum. Secus est in servitutibus rusticis, in quibus nihil teneor facere, quàm pati, ut iis utaris: sin in usu cesses, tibi habes, quòd earum amissionem imputes. Vide A. A. *suprà* citatos, & præcipuè P. Engel. & P. Sporer. qui solide distinguunt, an obligatio quædam ex sua natura tendat ad agendum,

vel non agendum: an verò ad patientem, vel permittendum? si prius, fortè, quia ex mutuo, exempto, vel ex alia conventionè tibi centum debeo; vel, quia obligor, ad aliud non tollendas ædes, fenestras non operiendas, non officium luminibus, non datur præscriptio contra talem obligationem, quoniam scientia Juris alieni adest. Unde licet à me per 30. annos non petas tuos centum, quos mihi dedisti, ego tamen si sciam, quòd tibi illos debeam, contra te non præscribo. Ita quoque docet, *Mysing. cent. 4. obs. 6. Gail. 1. obs. 18. n. 7. Layman. Theolog. Moral. lib. 3. tract. 1. cap. 8. n. 12. Dissent. Panormit. in c. fin. h. t. num. 13. §. 21. Vafq. contr. illust. lib. 2. c. 76. n. 3.*

Si postterius, obligatio per præscriptionem extinguitur, etiamsi scientiam Juris alieni habeam, sic præscribo servituti itineris, si eà 10. vel 20. annis, de *Jure Austriaco* (ut *suprà* dictum) 30. annis non utaris, etiamsi scientiam Juris tui habeam, teneor enim tantummodo ad patientium.

II. Ad præscriptionem requiritur *Titulus*, qui est causa, ex se habilis ad transferendum dominium, veluti *emptio, donatio, permutatio, legatum, &c.* Unde patet, quo sensu hoc locò accipiatur *titulus*, nimirum pro causa possessionis, ut interrogatus, cur aliquid, & quomodo possideat? causam, sive titulum possessionis proferre valeat, atque dicere, quia id emi, quia Titius mihi donavit, vel legavit. *Harp. prim. h. t. n. 101.*

Dicitur *Titulus causa habilis ad transferendum dominium*. Unde alii tituli, qui ex natura sua non tendunt ad transferendum dominii, sicuti *pignus, commodatum, depositum, locatio, conductio, &c.* ad usucapionem inhabiles sunt. *P. 1. n. 81. § 4. h. t. n. 22. Pirrhing. h. t. sect. 3. §. 1. n. 81.*

Dividitur Titulus in verum, & non verum. Titulus verus est, vi cuius defacto transfertur dominium, nec opus est usucapione; talem v. g. habet, qui rem ex causa translativa dominii, puta *emptionis, donationis*, accepit à vero domino.

²³ Titulus non verus triplex est, *coloratus, existimatus, & præsumptus.* *Coloratus* est, qui speciem veri tituli præferre, vim tamen, ac potestatem ejus non obtinet; talem habet, qui rem à non domino, quem dominum tamen *credidit*, accepit. *Existimatus*, seu *putativus* est, quando quis putat, titulum præcessisse, cum non præcesserit; talem habet, qui putat, rem sibi donatam, vel legatam esse, quæ tamen nec *donata*, nec legata fuit, sed vendita. *Præsumptus* Titulus est, quem Jura præsumunt intervenisse, licet in rei veritate non intervenierit. Jam sequitur

Affertio I. Ad omnem præscriptionem requiritur titulus, *text. hic. l. 27. ff. de usucap. & usurpat. l. 24. Cod. de R. V. l. 4. Cod. de præscript. long. temp. Manz. n. 46. hic. Schneid. n. 32. Harp. num. 99. Pirrhing ad Jus Canon. b. t. §. 1. f. 3. num. 81.* Ratio est, quia possessionem sine vitio acquiritam esse oportet, quod fieri non potest nisi quis prudenter opinari possit, rem esse suam, aut se habere iustam possidendi causam.

²⁴ *Affertio II.* Titulus verus non requiritur, sed impedit præscriptionem; quia verum, & absolutum dominium transferre, ut usucapione amplius opus non sit, quod enim semel meum est, amplius meum fieri non potest, *l. 14. §. 2. ff. de except. rei jud. c. 6. de fide instrum. Schneid. num. 34.*

²⁵ *Affertio III.* Ad præscriptionem ordinariam puta, triennem, decennem inter præsentem, vicennem inter absen-

tes, requiritur titulus coloratus, quem ille habet, qui rem à non domino bona fide emit. *Id. l. & ratione in Affert. I.*

Affertio IV. Ad præscriptionem rerum ²⁸ incorporalium v. g. servitutum, non requiritur titulus coloratus, sed sufficit præsumptus, *l. 10. ff. si servit. vind. his verbis: Si quis diuturnò usu, & longà quasi possessione Jus aquæ ducende nactus sit, non est ei necesse docere de Jure, quo aqua constituta est.* Ratio, quia usus unius, & patientia alterius vices tituli supplent. *Schneid. num. 45. & 46. Clariss. D. D. Franz. Inst. de servit. §. 7. n. 37. Cepolla de servit. c. 20. num. 8. Bachov. ad Treutl. vol. 1. disp. 17. th. 9. lit. B. Glettle p. 2. selekt. q. 28. num. 5.*

Affertio V. Titulus existimatus, sive ²⁹ putativus non sufficit ad præscriptionem longi temporis, *§. error 11. infra, b. t.* Ubi latius hac de re.

Affertio VI. Ad præscriptionem longissimi temporis *b. e. 30. vel 40. annorum*, non requiritur Titulus coloratus, neque putativus, sed sufficit præsumptus, *l. 3. & l. 4. Cod. de præscript. 30. vel 40. ann.* Ratio, quia lapsus tanti temporis loci tituli habetur. *Harp. num. 103. Schneid. num. 42. Manz. num. 57.*

Limitatur, si Jus commune resistat, ³⁰ præscribere volenti, tum enim etiam in præscriptione longissimi temporis allegari, & probari debet titulus, vel possessio immemorialis temporis, *text. hic. c. 1. h. t. in 6. ubi ponitur casus de Prælato, qui allegat, se præscripsisse decimas in Parochia alterius Ecclesiæ, & dicitur, non sufficere, quòd Prælati alleget bonam fidem, sed debeat probare titulum, vel, quòd illas decimas ab immemoriali tempore perceperit; nam dispositio, & præsumptio Juris est, decimas pertinere ad illam Parochiam, intra cujus limites prædicia consistunt.* *Schneid. num. 42. Engel.*

num. 30. *Konig. n. 34. Pirrhing. n. 85. § n. 86. loc. cit.*

De Jure Austriaco titulus ad præscriptionem duntaxat triennemem requiritur, res enim immobiles, & incorporales, veluti servitutes, & actiones cursu demum 32. annorum præscribitur, ita, ut tempore prædicto evolutò, absolvarur præscriptio, etiam sine titulo, *N. Oe. Land-Tafel, lib. 4. tit. 129. § tit. 30. Also, und dergestalten, &c. i. e. Ita, ut si rei post hac vindicatio abs aliquo instituat, nec tamen possessor hæredesve ejus titulo illo veterem possessionem suam fulcire queant, huc sua possessione sola tueri se possunt. Confer. Lands-Ordnung lib. 2. tit. 31. §. 10 seqq. Item neue Satz- und Ordn. de Jurib. Incorp. tit. 16.*

31 III. Ad præscriptionem requiritur possessio juxta regulam: *usucapio sine possessione non procedit, c. 3. de R. J. in 6.* Debet autem possessio esse civilis, *h. e.* detentio rei cum opinione, & animo domini. Unde naturalis possessio sive rei detentio, citra animum, & affectionem domini ad præscriptionem non sufficit, *l. 13. §. 1. ff. de publ. in rem act. l. 13. ff. de usucap. & usurp.* enim verò præscriptio est modus dominium acquirendi, quod non acquiritur sine animo, & voluntate acquirentis, *l. 55. ff. de O. & A.* Sic creditor pignus, *usu-fructuarius rem fructuariam, vasallus rem feudalem, Emphyteuta rem emphyteuticam, depositarius rem depositam, &c.* etiam si res illas centum, pluribus annis possideant, præscribere tamen non possunt, quoniam non habent animum, & affectionem domini, *Hunn. ad Treutl. vol. 2. disp. 22. th. I. q. I. Pirrhing. ad Jus Canon. h. t. sect. 2. §. I. n. 38. & seqq. Harp. n. 285. Clariss. D. P. Konig. h. t. num. 36. Zoëf. ff. h. t. n. 45.*

32 Requiritur ad præscriptionem legiti-

mun tempus, quod pro diversitate rerum, & causarum varium est. Aliud enim est *tempus breve*, aliud *longum*, aliud *longissimum*, aliud *immemorabile*.

Breve appellatur, quod est infra, vel supra triennium, minus tamen decennò. Hoc modò triennio præscribuntur res mobiles, *text. hic. § l. un. Cod. de usucap. transform.* Nec refert de Jure communi, ad Ecclesiam, sive ad privatos pertineant. *Auth. quas actiones. Cod. de SS. Eccl. Covarr. in c. 2. de R. J. in 6. p. 2. §. 2. num. 5. Layman. lib. 3. tract. 1. c. 8. num. 13. P. Engel ad Jus Canon. h. t. n. 28. Concordat Jus. Afr. quoad res privatorum, teste Walther de Jure consuet. lib. 4. tit. 127.*

Huc quoque revocare possis triennemem illam, & 18. hebdomadarum præscriptionem, quæ in Austria ex Constitutione Ferdinandi II. inducta est. *Wittm. fisch. &c. i. e. Cum in fundis, sive feudalibus sive allodialibus, item Dominibus liberis, Curtibus, & similibus, ex quo cumque capite mutatio possessoris accidat, illa, ad præveniendâ incommoda, in doli forsan oritura (nisi Emptor, aliorve cuius jus intersit, aliter rem transigi velint, & à Judice requirant, quod integrum cuique relinquatur, tam iis qui bona per emptorem, quam iis, qui alio titulo sibi comparaverint antea, vel in posterum acquirere possent) per Edicta publica quæcumque istiusmodi mutatio fuerit inducta, publicari debet, & omnibus atque singulis, qui vel in petitorio, vel in pofferorio, aut alio quovis titulo, juris aliquid in hæc bona, & actionis habere seputant, significari ut, secundum propositum Edictum memoratum, intra tres annos & octidies hebdomades peremptoriè petitiones suas, que juxta ordinationem proferant, nisi intra præfinitum illud terminum præfererint, ulterius non admittum eos iri.*

ationeque omni deinceps carituros. *Quæ tamen Edicta Dominis Feudi, quantum ad jura ipsorum feudalia adinet, item Pupillis indefensis, ut § absentibus ex justa & necessaria causa, fraudi esse non oportet, atque inprimis Ecclesie Ministris. Qui vero Judicis concessione in possessionem fundi fuerunt missi, ejusque domini facti sunt, non tenentur Edicta id genus ad majorem securitatem requirere: sed elapso triennio atque duodecim septimanarum termino, nemini (sic excipias Partes de quibus supra) rationem reddere juris sui vel in judicio eos postulanti tenentur ullo modo. Generale Ferdin. II. de An. 1635. 17. Aug.*

Pariter de Jure Austriaco per revolutionem unius anni præscriptione extinguitur actio Injuriarum, *und eine jedwede Gewalts-Klage. Sutting. obs. 13. n. 5.*

³⁴ Longum tempus sunt 10. anni inter præsentis, & 20. inter absentes, quo tempore de Jure civili cum titulo præscribuntur res immobiles, *text. hic. & d. l. un. Cod. de Usucap. transform. l. fin. Cod. de præscript. long. temp.* Dicuntur autem præsentis, qui in eadem provincia habitant; absentes qui in diversis, *P. Engel num. 29. König. num. 43. Aliter Manz. num. 83. ubi Lege Imperiali putat, necesse esse, ut determinetur, qui præsentis, qui absentes dicendi sint?*

³⁵ Longissimum tempus sunt 30. anni & ultra. Sic bona privatorum immobilia sine titulo 30. annorum spatium præscribuntur, *l. 3. § 4. Cod. de præscript. 30. vel. 40. ann. Item 30. annis tolluntur omnes actiones civiles, tam reales, quam personales, l. 3. l. 7. Cod. d. t. Harp. n. 174. Zoëf. ff. h. t. n. 48.*

³⁷ Excipitur I. Actio de dolo, quæ durat tantum biennio, *l. fin. Cod. de doli mali except.* II. Exceptio non numeratæ pecuniæ, quæ etiam biennio extinguitur, *l. in Contractibus Cod. de non numer.*

pecun. III. Actio redhibitoria, quæ 6. mensibus expirat, *l. 19. §. fin. ff. de edil. edicto.* IV. Actio quanti minoris, quæ terminatur uno anno *d. l. 19.* V. Quærela inofficiosa, quæ quinquennio circumscribitur, *l. 34. Cod. de inoff. testam.* VI. Actio hypothecaria, cui diversimodè præscribitur. Et quidem, si hypotheca possideatur à debitore, vel ejus hærede, tunc actioni hypothecariæ non præscribitur, nisi 40. annis, *l. 7. §. 1. Cod. de præscript. 30. vel. 40. ann. Brummem. ibid. num. 5.* Si hypotheca possideatur ab extraneo, non debitore, fortè, quia illam bonâ fide emit, extinguitur actio hypothecaria 10. annis inter præsentis, & 20. inter absentes, *l. 1. §. l. 2. Cod. si advers. credit. Brummem. ibid. Schamb. inst. h. t. pag. 290.* Si hypotheca possideatur ab extraneo, & quidem malâ fide, tunc de Jure civili circumscribitur actio hypothecaria 30. annis, & de hoc casu intelligenda est *l. 3. Cod. de præscript. 30. vel. 40. annor. Zoëf. ff. h. t. num. 49. vide & Humm. ad Treutl. vol. 2. disp. 1. th. 7. q. 47.*

Ad præscriptionem longissimi temporis spectat etiam illa, quæ 40. annis concluditur, qua de Jure communi præscribuntur res Ecclesiasticæ, quæ videlicet pertinent ad Ecclesiam, *c. 4. & c. 8. h. t. Engel. n. 30. Pirrhing. loc. cit. n. 92.* Excipitur Ecclesia Romana, contra quam non currit nisi centenaria præscriptio, *cap. 13. h. t. Pirrhing. n. 99. Rath. tract. de usucap. cap. 5. assert. 28. Covar. in c. possessor. p. 2. §. 2. n. 6.*

De Jure Austriaco res Ecclesiasticæ, & 40. Monasteriorum nullo unquam tempore possunt præscribi, idque demonstratur per *Generalia Ferdinandi I. de dato 22. Junii 1534. Ferdinandi. II. de dato 25. Februarii 1634. Maximil. II. de dato 10. Junii 1575. Suttinger in Mann. Script. verb.*

Geistliche Güter. Finsterwalder lib. 2. obs. 105. num. 8. ubi num. 34. & seqq. rationes, & motiva, quibus hæc consuetudo nititur, longâ serie adducit. Quare quilibet possessor Prælato agenti titulam suæ possessionis edere tenetur.

Res immobiles de *Jure Austriaco* non præscribuntur nisi 32. annis. Ita de consuetudine hujus inferioris Austriæ testatur *Bernard. Walter lib. 4. tit. 120. verbis: Welcher ein liegendes, Gut, &c. i. e. Si quis rem immobilem prout Austriæ Infra Aenum moribus antiquis cautum est, per 32. annos continuos possedit, eaque usus ac fructus est; hæc diuturna nec interrupta possessione, tum ille, tum heredes ejus, tale jus ac dominium habent constitutum, ut si quis deinceps rem illam vindicare suscipiat, possessor ejusve heredes, licet antiquam possessionem suam nullo titulo possint tueri, in tuto tamen eâ solâ sint collocati, ita ut Præscriptionem agenti jure opponit, & ab actione hoc uno præsidio liberentur. Præscribuntur pariter Credita aliaque jura personalia, 32. annorum lapsu. Finsterwalder. lib. 2. obs. 104. n. 5.*

41 *Tempus immemoriale est cujus initii memoria non extat quo tempore præscribuntur res, quæ aliâs præscribi non possunt. Hæc præscriptio habet vim privilegii, & æquiparatur privilegio à principe concessio, c. 46. §. præterea. de V. S. Spatiumque tanti temporis tantum potest, quantum Imperator. Schneid. num. 81. P. Engel. num. 34. Pirrhing. loc. cit. n. 128. Mynsing. cent. 1. obs. 30. ubi ait: præscriptione immemoriali probatâ, non admitti probationem in contrarium.*

42 *In specie tempore immemorali præscribuntur I. Res, testamentò alienari prohibitæ, de quibus, l. 3. §. ult. & auth. Res, quæ Cod. commun. de legat. Pirrhing. lo. cit. §. 7. num. 35. & seqq. II. Res doctales arg. l. 30. Cod. Jure dot. III. Regalia*

principis, v. g. Jus collectandi, cuden- di monetam, imponendi vectigalia; & denique omnia illa Jura, quæ non possunt competere, nisi ex speciali privilegio principis Schneid. num. 33. Struv. Exercit. 43. th. 24. Harp. n. 218. Reichs- Abschied. de A. 1548. §. Wo aber innerhalb Menschen-Gedenken 64. Berlich. P. 2. concl. 8. num. 14. Zanger de Except. P. 3. c. 10. num. 183.

Differt ista præscriptio à centenaria, quia hæc potest esse non immemorialis, cum homines reperiri possint ætatis tam protractæ, ut centum annorum recordentur. Pirrhing loc. cit. num. 129. Covar. in c. 2. p. 2. §. 3. num. 6 & 7.

§. SED ALIQUANDO. I.

Hucusque excussimus IV. præscriptionis Requisite; prout, bonam fidem, justum Titulum, possessionem, & legitimum tempus.

Jam in hoc, & seqq. §§. agendum de 4^{to} quinto præscriptionis Requisite, quod in eo consistit, ut res non sit vitiosa, b. e. ulucapi non prohibita, l. 24. ff. de usucap. & usurp. Prohibendum autem in specie ulucapi res, quæ commerciò humano exemptæ sunt, veluti liber homo, res sacre, sanctæ, religiose, text. hic. l. 6. ff. h. l. Ratio, quia præscriptio est modus acquirendi domini; hæc autem res in dominium non cadunt, ergo &c. Manz. num. 4. Myns. & Wesenb. hic. Similiter servus fugitivus ulucapi non potest, text. hic. Ratio, quia res furtiva (ut statim audimus) non potest ulucapi; atqui servus fugitivus est aliquo modo furtivus quia sui ipsius furtum facere dicitur, l. 1. Cod. de servo. fugitiv. ergo.

§. FURTIVÆ. 2. CUM §. QUOD AUTEM SEQ.

Præterea res furtivæ, & quæ vi possessæ sunt, neque à fure, & violento possessore,

essore, neque ab ullo alio, etiam si bona fide rem talem ab alio acceperit, usucapi possunt. Ratio quoad furem, quia & titulo, & bona fide caret. Ratio quoad bone fidei possessorem, quia furtum, & violentia sunt vitia realia §. 8. *hic*. vitia autem realia rebus semper coherent, easque, ut lepra leprosum, sequuntur, l. 4. §. 6. ff. b. t. §. l. II. *Cod. de acq. & retin. poss.* Unde infert *Imperator* in §. 3. *hic*. quod in rebus mobilibus triennialis præscriptio raro procedat, quia plerumque, qui primus rem vendidit, cum dominus non fuerit, furtum commisit.

Non sine mysterio autem dicit *Imperator* res furtivas, & vi possessas à bonæ fidei possessore longo tempore usucapi non posse; enimverò si quis longissimo tempore, 30. scilicet, vel 40. annorum spatio eas bonâ fide possederit, tunc præscribit. l. 3. §. 4. *Cod. de præscript.* 30. vel 40. ann. *Schneid. n. 61. & n. 66. Minsing. num. 5.* Ratio, quia tantò tempore vitium, quod impediēbat usucapionem, eluitur, & purgatur. *Manz. n. 10.*

§. SED TAMEN 4.

Q. hic, quid Juris, si hæres rem, defuncto commodatam, aut locatam, vel apud eum depositam, existimans, hereditariam esse, bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, poteritne is, qui bonâ fide accepit usucapere.

R. quòd sic, ratio est, quia licet hæres rem, defuncto commodatam, invitò dominò, i. e. commodante, contractaverit, quia tamen non fecit sciens, & mala fide, sed ignorans, & bonâ fide, furtum non commisit, consequenter ea res in vitium furti non cecidit, furtum enim est contractatio fraudulenta, neque absque affectu, & doloso animo committitur, §. 7. *Inst. de oblig. que ex delict. nasc.* *Manz. n. 2.*

Sed, poteritne etiam ipse hæres, in bona fide existens, rem, defuncto v. g. commodatam, præscribere? Non potest, quia defunctus non potuit; ergò neque hæres. Defunctus non potuit, quoniam, rem esse alienam, scivit, adeòque in mala fide constitutus fuit; atqui hæres succedit in universum Jus defuncti, & ignorantia suâ ejusdem vitia non excludit, l. II. ff. de divers. & tempor. præscrip. *Harp. num. 7. Covar. in c. possess. 2. p. 2. Menoch. de recuper. poss. remed. 15. n. 618.*

§. ITEM S I I S. 5.

Q. hic, quid Juris in hoc casu? *Sempronius habet usum fructum ancillæ, & partum ex illa susceptum Titio bona fide vendit, poteritne Titius partum præscribere?*

Ratio dubitandi est, quia *Sempronius* vendidit rem alienam, partus enim ancillæ in fructu non est, atque adeò ad proprietarium pertinet; absurdum enim (inquit §. 39. de R. D.) videtur hominem in fructu esse.

Verùm, hâc ratione non obstante, *Imperator* decidit, usucapionem procedere, ex ratione, quòd furtum sine affectu, & animò doloso non committatur.

Colligunt aliqui, ex hoc §. quòd error juris ulucapionem non impediāt, puta ex parte tradentis, secus ex parte accipientis. *Mynsing. n. 1. Manz. num. 4.*

§. ALIIS 6.

Dicit *Imperator* aliis quoque modis accidere posse, ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat, & efficiat, ut à possessore usucapiatur, sed eos modos non enumerat, nec nobis enumerare placuit, ne aliàs rudis, & infirmus animus studiosi multitudinē, & varietate rerum nimium oneretur, §. 2. *Inst. de J. & J.*

§. QUID AUTEM. 7.

Viso, quomodo res mobiles alienæ in aliquem sine vitio furti transferantur, ostendit modo Imperator, quomodo possit res immobilis aliena sine vitio ad alium devenire; pro cuius intellectu figuratur talis

C A S U S.

- 46 Titius, peregrè profectus, fundum quemdam vacuum reliquit, aut præsens nullam ejus curam habuit, aut denique sine successore decessit: Cajus in fundi possessionem intrat. Q. An ipse Cajus possit præscribere? R. *negat.* Quia intelligit, fundum alienum esse, quem occupavit; quod enim tuum non est, scire debes, ad alium pertinere, *l. fin. Cod. unde vi.* Sed quid, si Cajus Cornelio fundum vendiderit, poteritne Cornelius præscribere?

Decidit *Imperator* quòd sic, & quidem longo tempore, *text. hic.* & in *l. 37. §. 1. ff. h. t.* Ratio est in textu, iste fundus neque furtivus est, neque vi possessus. Non furtivus, quia rei immobilis non sit furtum, §. 2. *Inst. de oblig. que ex delict.* Non vi possessus, qui ex supposito Cajus neminem dejecit de possessione fundi. *Manz. hic. Wesemb. n. 4.*

Dices: Mala fides antecessoris successori particulari nocet, ita, ut non præscribat nisi 30. annis, *auth. male fidei Cod. de præscrip. long. temp.* ergò saltem Cornelius non præscribit longo tempore.

R. I. Aliquos velle per *d. auth. male fidei*, hujus §. correctionem factam esse. *Ludwell. num. 2. hic.* R. II. Nostrium §. intelligendum esse de eo casu, quo Cajus in possessionem fundi, sciente domino, ingressus est, ita, ut sensus *d. auth. male fidei*, talis sit: Mala fides antecessoris successori particulari nocet quoad præscriptionem ordinariam, si dominus igno-

raverit, alienationem rei suæ in alterum factam esse; secus, si sciverit. Vide, quæ infra §. 12. *h. t.* scripsimus.

§. ALIQUANDO. 8.

Dictum est in §. *h. t.* res furtivas, aut vi possessas longo tempore usucapi non posse. *Hic* ponitur limitatio, nisi in potestatem domini reversa fuerit: nam si res in potestatem domini reversa fuerit, vitium purgatur, & usucapio procedit. *text. hic. Manz. hic.*

Requiritur autem, ut eodem modo res revertatur, quo ablata est, *i. e.* gratiis. Hinc, si mihi auferatur codex meus, quem a possessore bonæ fidei ex defectu domini probationis debui mercari, vitium non purgatur. *l. 4. §. 12. ff. h. t. Harp. hic. Franzkius Inst. n. 6.*

§. RES FISCO 9.

Inter cæteras, quæ usucapionem res Fisci, circa quas, ut accuratè procedamus, adhibenda est talis distinctio: aut loquimur de bonis, incorporatis Fisco, aut nondum incorporatis? Bona prioris generis, sive mobilia sint, sive immobilia, non præscribuntur longi temporis præscriptione, *text. hic.* præscribuntur tamen longissimò tempore, puta 30. vel 40. annorum spatio, *arg. l. omnes 4. Cod. de præscrip. t. 30. vel 40. ann.* ubi dicitur, nullum Jus privatum, vel publicum esse, quod 40. annorum silentio non extinguatur. *Pirring. ad Jus Canon. h. t. sect. 3. §. 4. n. 105. Covar. in c. 2. de R. J. in 6. p. 2. §. 3. num. 16. Schneid. n. 41. Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n. 15.*

Jure Austriaco Regalia Principis, & res Fisci immobiles non præscribuntur nisi centum annis. *N. Oe. Lands-Ord. lib. 2. Tit. 31. §. 20. Sutting. in Manuscript. lit. Verjährung.*

Bona, nondum incorporata Fisco, seu bona vacantia, iterum vel sunt denunciata Fisco, vel non. Si non sunt denunciata Fisco, fortè, quia mortuus quis est sine hærede, idque fisco intimatum non est, tunc contra fiscum currit præscriptio ordinaria, puta in rebus mobilibus triennalis; in rebus verò immobilibus decennalis, *l. quamvis* 18. ff. h. t. Ratio, quia bona vacantia, fisco nondum denunciata, naturam privatorum retinent.

Manz. n. 9. Harp. n. 4.

Si bona sunt denunciata fisco, & fiscus ea occupare neglexit, tunc ea præscribuntur adversus fiscum quadrienniò. *text. hic. l. 1. Cod. de quadrienn. præscrip. l. 10. ff. de divers. & temp. præscrip. Schneid. num. 41. Pirrhing loc. cit. n. 105. Schamb. hic. Clariff. D. P. König. n. 17. & communiter omnes.*

§. NOVISSIME. IO.

Postquam Imperator multa hæctenus de requisitis usucapionis disseruit, jam, quasi in compendio, priora repetit, & dicit, ad præscriptionem necessarium esse, ut res ipsa, de qua præscribenda agitur, non habeat vitium, ac bonâ fide acquisita, & possessa sit; de quibus hucusque satis dictum. In specie,

Q. VIII. *An Juri luendi pignoris præscribi possit?* Ut in acerrimo hujus *Contra*visse consuetu tela prævisa minus of-

Nota! Creditor, qui in securitatem crediti pignus accepit, solutò debitò, illud restituere debet, atque in eam rem prodita est debitori actio directa pignoratitia, *tot. tit. ff. & Cod. de pignorat. act.* Cum autem debitor actione pignoratitia efficaciter experiri nequeat, nisi totò debitò exsolutò, quæsitum est, an Jus illud, quod debitor habet, offerendi scilicet pecuniam, & sic pignus luendi, *Kees ad Instituta.*

præscriptione 30. vel 40. annorum tollatur?

Negant *Zoëf. ff. h. t. n. 41. Harp. princip. Inst. h. t. num. 183. Humm. ad Treutl. vol. 2. disp. 22. th. 2. quest. 15. Arumæ. Exercit. 6. th. 9. Pirrhing. ad Jus Canon. h. t. n. 17. Zanger. de Except. p. 3. cap. 10. num. 190. P. Engel. ad Jus Canon. h. t. num. 9. Gail. lib. 2. obs. 18. n. 6. Mynsing. cent. 6. obs. 70. num. 20.* ubi hanc Sententiam testantur in Camera Imperiali receptam esse.

Affirmant *Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 22. th. 3. lit. I. Vimm. select. quest. lib. 2. cap. 6. Tuschus tom. 6. conclus. præf. 593. n. 1. Clariff. D. D. Franz. Inst. h. t. num. 10. Wesem. in paratit. ff. de rescind. vend. ult.*

Prima Sententia probatur I. hac efficaci ratione: quia actio præscriptione non potest tolli, antequàm nata sit, *l. 1. §. ult. v. Nisi ex quo actionem movere potuerint. Cod. de annal. excep.* Non entis enim nullas qualitates esse, in propatulo est. *l. 4. ff. locati l. 116. ff. de V. O.* atqui pignoratitia actio non nascitur tempore contractùs, aut conventionis de pignore constituendò, sed tum demum, cum debitor pignus repignoravit, *h. e.* creditori pecuniam debitam solvit, vel alio modo satisfecit, *l. 9. §. 3. ff. de pignorat. act. & l. 11. Cod. eod.* ergò creditor huic actioni ante solutionem, à debitore factam, præscribere non poterit.

Non *Obstat*, quod ab Antagonistis contra hanc rationem regeritur, scilicet, natam esse hanc actionem pignoratitiam statim, atque pignus contractum est; quia statim, atque debitor pignus tradit, sibi reservat Jus luendi illud, atque adeò ratione tantum effectùs ut efficaciter actio ista possit intentari, post solutionem nasci videtur, argumentò simili in actione ex empto, quæ statim, atque de re, &

merce conventum, quoad substantiam, siue (ut ajunt) quoad actum primum, nata est, licet, antequam pretium offeratur, emptori denegetur, l. 13. §. 8. ff. de act. emp. & vend. Non (inquam) hoc obstat. R. enim diversam esse causam pignoris, quam emptionis venditionis, quia simul, atque de merce, & pretio conventum est, statim oritur actio empti, & venditi, nec quid aliud requiritur. Contra verò, si pignus contractum est, non oritur statim actio pignoratitia, sed demum post solutionem. Non mirum proinde, quòd actioni ex empto statim currat prescriptio, quoniam nata est; secus autem fit in actione pignoratitia. Enim verò hæc ante solutionem nata non est, quam ipsam solutionem præviã ad sui nativitatem essentialiter requirit, ita, ut prius Jus luendi non habeat.

Probatur II. Quia in tali prescriptioe tria requisita prescriptiois substantialia deficiunt, puta, possessio, titulus, & bona fides; *Possessio*, quia creditor alienò nomine possidet, l. 12. ff. de Usurp. & Usucap. qui autem alieno nomine possidet, non prescribit, l. 2. Cod. de prescript. 30. vel. 40. annor. Nec contra est, si dicas, creditorem voluisse sibi possidere, quoniam trita regula est, sibi ipsi causam possessionis neminem mutare posse, l. 3. §. 19. l. 18. l. 19. §. 1. ff. de acquir. vel. amitt. poss. Titulus quòd deficiat, patet, quia pignoris titulus non est domini translativus, l. 15. §. 2. ff. qui satis dare cog. Bona fides quòd deficiat, luculentum est, cum creditor sciat, se rem alienam possidere. Sanè, si fingas, creditorem habere bonam fidem i. e. rem, ut suam possidere, & esse in quasi-possessione, in qua constituitur, si pignus petitum sit, ille autem dixerit, id ad se pertinere, & debitor acq̄ieverit,

ultrò lubenter concedo, 30. vel 40. annis Juri luendi pignoris prescribi; adesse enim bona fides, & possessio; titulus verò quòd deficiat, non refert, cum in prescriptione longissimi temporis non requiratur.

Probatur III. Quia ea, quæ merce facultatis sunt, nullo unquam tempore prescribuntur, l. 2. ff. de via publica. l. 26. ff. de damno infecto. c. 25. & de P. §. Sic is, qui aliquot annis Ecclesie, aut Hospitali cuidam certam pecunie quantitatem pro eleemosyna liberè donavit, cogi non potest, ut imposterum similiter donet, can. 61. causã. 16. q. 1. Item, si 40. annis continuis Molendinum meum frequentãti, ut frumentum molares, non propterea possim prætextu prescriptiois te impedire, quominus, si libeat, aliud Molendinum accedas. Konig. h. t. n. 14. Pirrhing. loc. cit. n. 17. Covar. in d. c. 2 p. 2. §. 4. n. 6. Ratio, quia actus, & res meræ facultatis, quæ non prescribuntur, nisi prohibitio unius, & acquiescentia alterius interveniat, per quam quis constituitur in quasi possessione, de quo vide omnino Pirrhing. loc. cit. Engel. n. 9. Legmann. Theol. mor. lib. 3. tit. 1. cap. 8. Hum. ad Treutl. vol. 2. disp. 22. th. 3. lit. l. q. 15. Atqui Jus luendi pignoris est res meræ facultatis; consistit enim in arbitrio debitoris, tempore, quo velit, pignus repetere, ergo &c.

Probatur IV. Quia non valenti agere non currit prescriptio, veluti, si obligatio diem habeat, l. 7. §. 4. Cod. de prescript. 30. vel 40. ann. & in specie, l. 1. §. ult. Cod. de annal. Except. Ubi filio facti, idè, durante patria potestate, non currit prescriptio, quia, eã durante, agere non potest, ergò etiam debitori non currit prescriptio, quia ante solutionem agere non valet.

Obj. I. L. 3. l. 4. Cod. de præscript. 30. vel. 40. ann. Ubi generaliter rescribitur, omnem actionem, & omne Jus, sive privatum, sive publicum 30. aut 40. annorum spatio extingui; ergò tanto tempore extinguetur etiam actio pignoratitia, quia ly omne nihil excludit. *l. 68. ff. de legat. 3. §. dd. ll. intelligendas esse de actione, & Jure, jam nato.*

Obj. II. Creditor amittit actionem hypothecariam 40. annorum spatio. *l. 7. Cod. de præscript. 30. annor.* Ergò & debitor intra 30. vel 40. annos amittit actionem pignoratitiam; statutum enim in uno correlativorum, statutum quoque in altero intelligitur. *l. ult. Cod. de indict. viduit. §. d.* Axioma procedere, quando est eadem ratio correlativorum; in nostro autem casu est diversa ratio. Enim vero actioni hypothecariæ, creditori competenti, præscribitur quia jam nata est; nascitur enim statim, quando hypotheca contrahitur. *l. 3. Cod. de long. temp. præscript.* At, actionem pignoratitiam ante solutionem nasci, nemo, nisi qui negat lucem in meridie, asserit.

Obj. III. L. ult. Cod. de pignorat. act. ubi expressè cavetur actionem pignoratitiam, debitori competentem, non perimi longi temporis præscriptione; ergò videtur extingui longissimo tempore. *R. d. l. ult. esse intelligendam de actione pignoratitia jam natâ.*

Obj. IV. Juri offerendi potest præscribi longissimo tempore, *l. 9. §. 3. de præscript. 30. vel 40. ann.* ergò & luendi pignoris. *§. con. ant. neg. conseq.* quoniam Jus offerendi (quod habet secundus creditor, qui primo creditori debitum solvere, & causam pignoris sibi confirmare potest) natum est secundo creditori. Vide *Perez. in Cod. de præscript. 30. vel 40. ann. num. 7. §. 8.*

Obj. V. Juri retrovendendi 30. anno-

rum spatio præscribitur; ergò etiam Juri luendi pignoris. *§. Antec. esse falsum, & teste Mynsing. cent. 1. obs. 26. in Camera Imperiali contrariè decisum fuisse.* Ratio evidens est, quia is, qui in mala fide est, nullò unquam tempore præscribit; atqui emptor, qui promittit, quandoquæ revendere, cum sciat, se ad retrovendendum obligatum esse, est in mala fide constitutus, ergò non præscribit. Vide, latè de hac re differentes, *Harp. prin. Inst. h. t. num. 197. Gomez. tom. 3. resolut. cap. 2. num. 28. Treutl. vol. 1. disp. 28. th. 10. lit. A. Facb. lib. 2. cont. cap. 13.*

Q. IX. An annuis præstationibus, & 50 redditibus (jährlichen Zins und Gülden) præscribi possit? v. g. an emphyteuta, qui 30. vel 40. anni canonem non solvit, nec à domino directo ad præstationem interpellatus est, libertatem præscribat, non solvendi canonem in tempus futurum?

In ancipiti hujus arduæ (utilissimæ tamen) controversiæ conflictu tres sunt DD. Opiniones.

I. Est eorum, qui existimant, in annuis redditibus, sive præstationibus Jus exigendi 30. annorum spatio tam quoad futuras, quàm quoad præteritas extingui. Ita *Barth. in l. 6. Cod. de præscript. 30. vel 40. ann. Schurppf. consil. 10. Menoch. consil. 49. num. 20. Vafq. controv. illust. lib. 2. cap. 83. num. 38. Schneid. Inst. h. t. num. 14. Zanger. de except. p. 3. c. 10. n. 188. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 22. th. 3. lit. I.*

II. *Sententia distinguit*, an annuæ præstationes descendant ex contractibus, an verò ex legatis. In priori casu subscribunt primæ opinioni. In posteriori docent, 30. annorum decursu præteritas tantummodò pensiones præscribi.

III. *Sententia* [cui Ego quoque adstipular] docet, singulorum annorum singulis esse prescriptiones; ita, ut illæ duntaxat præstationes præscribantur, respectu quarum 30. ann. lapsi sunt, non verò futura, nullà factà differentià inter possessiones ex contractu, vel ex legato debitas. Ita intrepidè sustinent *Harp. princ. hst. h. t. num. 17. Zoës. ff. h. t. num. 44. Hum. ad Trenl. loc. cit. quæst. 16. Berlich. part. 2. concl. 4. n. 10. Mysing. cent. 3. obs. 13. Gail. lib. 2. obs. 73. num. 1.* Ubi hanc sententiam in Camera Imperiali multis præjudiciis confirmatam esse, testatur.

Ratio, quare singulorum annorum singule debeant esse prescriptiones, sive (ut luculentius tibi loquatur) quare debeant esse tot prescriptiones, quot sunt actiones, est hæc, quia singulis annis oriatur nova actio, cum singulis annis, quod promissum est, præstandum sit; ergò singulis annis opus est novà prescriptione, quâ actio noviter nata extinguatur.

Ratio verò, quare respectu futurarum præstationum non currat prescriptio, communiter adducitur hæc; quia pro futuris annis actio nondum nata est: ergò huic præscribi non potest, non entis enim nullas esse qualitates, in propatulo est. *arg. l. 2. ff. de usuf. § l. 116. de V. O.*

Ratio alia, & (meò exiguo iudicio) per quàm solida, adducitur à *Berlichio loc. cit.* Quia prescriptio sine possessione non procedit, *l. 25. ff. de usucap. c. 3. de R. J. in 6.* Debitor autem annuarum præstationum, ratione sequentium annorum, & futurarum præstationum, in quasi possessione non est. *text. in l. 2. Cod. de prescript. 30. vel 40. ann.* Ergò: *Accedit dissert. text. in l. cum notissimi 7. §. 6. Cod. d. t. his verbis: In his*

promissionibus, vel legatis, vel aliis obligationibus, quæ dationem per singulos annos, vel menses, aut aliquod singulare tempus continent, tempora memoratarum præscriptionum, non ab exordio talis obligationis, sed ab initio cuiusque anni, vel mensis, vel alterius singularis temporis computari, manifestum est. En! dicitur I. *promissionibus, vel legatis.* Unde sequitur inter præstationes annuas ex contractu, vel ex legato debitas, nullam adhibendam esse distinctionem. Dicitur II. *Tempora ab initio cuiusque anni, vel mensis computari.* Unde colliges, singulorum annorum singulas esse præscriptiones.

Facit etiam huc *l. 28. ff. quib. mod. usus-fruct. amitt.* Si usus-fructus alternis annis legatur, non potest non utendo amitti, quia legata sunt. Sicut ergò in annuis legatis usus-fructus non unà prescriptione tollitur, sed necesse est, ut tot interveniant prescriptiones, quot anni, ita etiam in canone solvendo non una prescriptio sufficit, sed tot debent esse prescriptiones, quot sunt annuæ præstationes.

Non adversatur I. Quòd in annuis præstationibus pro toto tempore agi possit, *l. 1. Cod. de fideicommiss.* Ergò etiam præscribi. Enim verò id, abbreviandarum litium causà, concessum est; absurdum enim foret ratione cujuslibet præstationis peculiarem processum instituere.

Nec refragatur II. *l. 26. Cod. de usuris.* Ubi dicitur, quòd debitor 30. annis liberetur ab usuris; ergò, sicut pro toto tempore in usuris currit prescriptio, ita etiam in annuis præstationibus, currat, necesse est: sicut enim in his singulis annis demum nascitur actio, ita etiam in usuris. *Et.* Enim, propterea debitorum liberari ab usuris, quia tantum fuit obligatio accessoria; cum ergò *d. l. 26. lo-* quatur de eo casu, quo principalis obligatio

gatio sublata est, ideo etiam usuræ tolluntur, quia tamquam accessorium, sequuntur suum principale. Secus est in annuis præstationibus, quæ tamquam principale debitum solvendæ per se subsistunt.

Minus *Obstat* III. Dum ita *insurgit*: Si obligatus quis fuerit in certo genere monetæ, vel frugum, pensionem annuam solvere, & 30. vel 40. annorum spatio in alio genere, minus valoroso, solverit, contra primam obligationem præscribit, & in futurum non tenetur annuam pensionem in alia moneta solvere, quàm per 30. annos solvit, *can. olim. causa* 20. *de cens.* ergò etiam, si canon omnino solutus non sit, in posterum solvendus non erit. *l. I. antec.* vehementer dubium esse; contrarium enim propugnat *Gail. loc. cit. R. II. Ex Humio loc. cit.* quòd ideo liberetur debitor à solutione in meliori moneta, qui per aliquot annos solvit in deteriori; quia dominus directus per tacitum pactum solutionem in meliori moneta censetur remississe, adeoque non se defendit tam Jure præscriptionis quàm remissionis. Aliter *Chlengerß. Inst. h. t. q. 24.*

§. ERROR. II.

si Dictum *suprà* ad II. præscriptionis Requisitum, quòd titulus putativus ad præscriptionem longi temporis non sufficiat; ex ratione quia plus est in veritate, quàm in opinione, & falsa existimatio rei veritatem non immutat, §. II. *Inst. de legat. l. 6. ff. ad municip.* Unde, si quis bona fide rem aliquam longò tempore possederit, ratus, rem sibi donatam esse, postea autem, si opponat exceptionem præscriptionis, suumque titulum exhibere velit, appareat, rem ei non donatam, sed venditam, vel ex alia causa traditam esse, præscriptio nihil valet.

text. hic. §. in l. 27. ff. b. t. Manz. num. 3. §. 4. Schneid. n. 28.

Distia procedunt, si error falsæ causæ consistat in facto proprio; hic enim duntaxat error præscriptionem longi temporis excludit; error enim in facto proprio in Jure dicitur esse intolerabilis. *l. 7. ff. ad S. C. Vell.* Unde, si error descendat ex facto alieno, præscriptio longi temporis fortietur locum, veluti, si ab hærede res quasi legata mihi tradita sit, quæ tamen legata non est. *l. 3. l. 4. pro suo Harp. num. 2.* vel si dicas ad me, trado tibi librum, quem tibi antè promisi; & ego non recordor tuæ promissionis; sed solummodò persuasioni, & assertioni tuæ credo, hoc in casu procedit ordinaria præscriptio, *Wesenb. n. 2. hic. Schneid. n. 39. Mynsing. n. 3.* Ratio, quia error consistens etiam in facto proprio non impedit præscriptionem ordinariam, si concurrat persuasio alterius, *l. pen. ff. pro soluto.* & *l. 3. ff. pro suo.* Ratio rationis, quia error facti alieni tolerabilis est, *l. fin. §. I. ff. pro suo. Schamb. §. 5. Inst. hic. Pirrhing. loc. cit. n. 64.*

Dices: si mihi rem, quasi venditam, quæ vendita non est, tradas, licet ego persuasioni tuæ fidem adhibeam, pro emptore tamen non possum præscribere, *l. pen. ff. b. t. l. 2. ff. pro emptore.* Ergò error in facto proprio impedit usucapionem, tametsi persuasio alterius accesserit. *R.* juxta omnes DD. id speciale esse in contractu emptionis venditionis.

Ratio specialitatis est, quia in contractu emptionis venditionis requiritur bona fides duplici tempore, scilicet conventionis, & traditionis; in aliis verò contractibus sufficit unum tempus, nimirum traditionis, *d. l. pen.* Jam verò, si emptio venditio non præcesserit, quam tamen præscribere volens præcessisse existimat, non habet probabilem causam

erroris, facile enim scire potest, emptio-
nem venditionem præcessisse, cum præ-
tium ipsi solvendum sit. Vide *Harp. n.*
2. *Schamb. hic.*

§. DIUTINA. 12.

§2 Q. An & quando bona fides profit, vel
mala fides nocet successori in ordine ad
prescriptionem? Ut certa ab incertis, &
clara ab obscuris methodicè secernantur,
sequitur

Affertio I. Bona fides antecessoris pro-
dest successori tam *universali* quàm *par-*
ticulari. Successor autem *universalis* di-
citur, qui defuncti personam repræsen-
tat, & in *universum Jus* ejus succedit.
Particularis, qui ex titulo *singulari*,
puta *empti, donati, venditi* &c. rem ab
altero consequitur.

Unde suâ sponte fuit, quòd si Titius
agrum alienum bonâ fide, & iustò titu-
lò possederit per 7. annos, postea dece-
ferit, & me hæredem scripserit, vel il-
lum fundum legaverit, vel in vivis ven-
diderit, ego istum agrum per triennium
possim præscribere, *text. hic. & l. 14. ff.*
de divers. & temp. prescript. Ratio est,
quia antecessor, transferendo rem in al-
terum, simul etiam transfert totum jus,
quod in re illa habuit. *Manz. num. 4.*
Schneid. num. 55. Harp. num. 2. Con-
cordat *Jus Auf. N. Oe. Land-Tafel.*
tit. 135.

*Ampliat*ur, ut bona fides antecessoris
successori profit, etiam hic incipiat esse
in mala fide, *text. hic.* Ratio, quia de
Jure civili bona fides ab initio duntaxat
prescriptionis desideratur. *Mynsing. hic.*
Manz. n. 25. Secus est de *Jure Canonico*,
c. 2. de *R. I. in 6. Schamb. §. 7. Inst. hic.*

§3 *Affertio II.* Mala fides antecessoris suc-
cessori *particulari*, in bona fide existen-
tis, nocet in prescriptione longi temp-
oris, non autem longissimi. Hinc fun-

dum, quem Titius malâ fide detinuit,
& possedit, ego verò bonâ fide à Titio
emi, longò tempore non possum præ-
scribere, bonè verò longissimò; & ita
fancitur in *auth. mala fidei Cod. de præ-*
script. long. temp. His verbis: *Mala fidei*
possessore alienante, cessat longi temporis
prescriptio, si verus dominus Jus suum
ignorat. Itaque de *Jure novo* successor
particularis rem, quam antecessor malâ
fide possedit, non præscribit, nisi lon-
gissimo tempore. *d. auth. mala fidei. &*
Nov. 119. cap. 7. Aliud de *Jure antiquo*
obtinuit, quo mala fides antecessoris
successori non nocuit; ita, successor à se
inchoare, & prescriptionem tempore or-
dinario complere potuerit, *l. 5. ff. de di-*
vers. & temp. prescript. P. Engel. ad Jus
Canon. b. t. n. 16. Pirrhing. n. 66.

Limitatur I. ut *d. Auth. Mala fidei*
locum non habeat, si scienter domino res
alienata sit, & dominus novum possesso-
rem toto tempore non convenerit; hoc
enim casu procedit longi temporis, &
ordinaria prescriptio. *P. Engel. d. loc.*
Schneid. num. 66.

Limitatur II. si antecessor non fuit in
vera, sed ficta mala fide, ut ecce! hæ-
res, qui res, à defuncto malâ fide pos-
sessas, bonâ fide apprehendit, & rursus
in alium bonæ fidei possessorem alienavit,
hic ordinario tempore præscribit, quia
d. auth. mala fidei loquitur tantum de
successore *singulari* immediato, non me-
diato. *Chlensing. q. 12. ob. 1. Ludwel.*
Inst. b. t. §. 2. Zoef. ff. b. t. n. 61. Covar.
in c. 2. de R. J. in 6. p. 2. §. 9. n. 6.
Pirrhing. ad Jus Canon. b. t. num. 79.

Affertio III. mala fides defuncti suc-
cessori *universali*, sive ex testamento,
sive ab intestato venienti, ita nocet, ut
neque prescriptionem à se inchoare,
neque longissimo tempore præscribere
possit. Ita *Fach. lib. 1. cap. 66. & l. 8. c.*
27.

27. Zoëf. loc. cit. n. 62. Schneid. num. 68.
 Covar. loc. cit. n. 9. P. Engel. loc. cit. n. 16.
 Dissert. Vafq. illustr. controuv. lib. 2. cap.
 73. n. 9.

Ratio, quia hæres repræsentat personam defuncti & universum ejus Jus succedit, adeoque censetur eandem fidem habere, quam defunctus habuit, cum hæres, & defunctus una eademque persona sit; sicut ergo defunctus cum mala fide nullò unquam tempore præscribere potuit, d. c. 2. de R. J. in 6. ita neque hæres ipsius.

Ratio alia: quia hæres tenetur ad exonerandam conscientiam defuncti; si ergo defunctus malam fidem habuit, tenebatur is domino rem restituere, quam si non restituit, hæres tenetur restituere, ut exoneret conscientiam defuncti.

Accedit, l. cum hæres II. ff. de divers. temp. præscript. cum hæres in Jus omne defuncti succedit, ignoratione sua defuncti vitia non excludit, nec usucapere potest, quod defunctus non potuit. Item sancit l. vitia II. Cod. de acquir. poss. verbis: vitia possessionem, & majoribus contracta, perdurant, & successorem authoris sui culpa comitatur. Pirrhing. loc. cit. n. 68. Finjlerwald. lib. 2. obs. 105. num. 66.

§. FINAL.

55 Recenset Imperator in hoc §. singulare aliquod privilegium, fisco competens, pro cuius pleniori intellectu,

Quæstio confurgit: si quis à Fisco rem alienam emerit?

¶ Imperator olim ex Edicto, & Constitutione Divi Marci Imperatoris cautum fuisse, ut, si quis emerit à fisco vel ejus procuratore rem quamdam, quam ipse credebat fisci esse, cum in rei veritate esset aliena, & post venditionem quinquennium præterierit, cæteris paribus, præscriptionis exceptione repellere potuerit, l. ult. Cod. si advers. fis.

Hoc privilegium postea per Constitutionem Zenonis fuit extensum atque adaugetum, ut, si quis à fisco per venditionem, aut donationem, vel alium justum titulum rem alienam bona fide acciperet, statim sine ulla præscriptione aut temporis lapsu dominium ejus consequeretur, & in omnem casum securus fieret, ita, ut nullà actione conveniri posset. Ratio hujus privilegii nulla est alia, nisi favor fisci; ut nimirum, stante hac securitate, facilius emptorem rei fiscalis inveniret, hominesque ad contrahendum cum fisco magis allicerentur, Manz. n. 1. 2. §. 3.

Sed, nunquid iniquitatem sapit, priorem dominum circa culpam suam re sua privari? Habet ille licentiam usque ad quadriennium adversus fisco intentandi actionem, quam si debito tempore non intentaverit, negligentia suæ habet, quod imputet, l. 2. Cod. de quadrienn. præscript. Schamb. hic.

Porrò hoc privilegium, fisco competens, Imperator Justinianus in l. ult. Cod. confirmat, & iterum auget, dum constituit, ut & hoc privilegium in suis bonis patrimonialibus procederet; ita ut si quis aliquid à se de privato patrimonio, vel etiam ab Augusta, id est, uxore sua, emerit, statim securus sit, & a nemine molestari aut conveniri possit, l. 3. Cod. cit. t. Harp. num. 3. Brunn. in. d. l. Perez. in cod. d. t. ubi sub num. 4. has constitutiones in desuetudinem abiisse, autumat, asseritque, possessorem, qui rem alienam à fisco, vel à principe emit, conveniri posse, tenerique laudare auctorem.

Dicta pro intelligentia textus tibi sufficiant. Sequitur de contrariis usucapionis; contraria autem præscriptionis sunt modi, quibus præscriptio vel non procedit, vel dormit, vel interrumpitur, vel rescinditur. Non

56 *Non procedere* dicitur præscriptio, quando ob defectum alicujus conditionis requisitæ non potest incipere; ut si in præscriptione triennali aut decennali desit titulus, bona fides, aut possessio civilis. *Clariff. D. P. Konig. ad Jus Canon. n. 53.*

57 *Dormire* dicitur præscriptio, quando legitimè inchoata ob impedimentum superveniens suspenditur, & quiescit, ita tamen, ut remotò impedimentò denuo procedat, possitque tempus subsequens continuari cum præcedente, deductò solò tempore intermediò inutili. Sic dormit I. tempore pupillaris ætatis, l. 10. ff. quib. mod. servit. amitt. l. 3. Cod. de præscript. 30. vel 40. ann. Hæc enim ætas facit, ut contra ipsum pupillum nulla inchoari possit præscriptio, l. 43. ff. de A. R. D. Harp. num. 8. §. fin. b. t. & inchoata sistatur, sive sit longi, sive longissimi temporis, d. l. 3. *Cariff. D. D. Inst. b. t. num. 24. Concordat Jus. Aust. N. Oe. Land-Tafel. tit. 33. Wider einen Pupill, &c. i. e. Contra Pupillum vel minorem nulla currit præscriptio, donec Major evaserit, & sui juris sit.*

II. Dormit præscriptio tempore minoræ ætatis, l. 3. Cod. quib. non objicit. long. temp. præscript. l. ult. Cod. in quibus caus. in integ. restit. non est necessar. Contra minores enim non currit præscriptio ordinaria; sed toto illo tempore quiescit, ac non antè evigilat, quàm minor evaserit majoræ ætatis, d. l. 3. Cod. de præscript. 30. vel. 40. ann. & d. l. ult. Cod. d. t. Franz. loc. cit. num. 25. & num. 44. Dixi ordinaria, quia præscriptio 30. vel 40. annorum currit etiam contra minores; ita tamen ut beneficiò restitutionis gaudeant. *Brunnem. in l. 5. Cod. in quib. caus. in integ. restit. necessaria non est. n. 8.*

III. Dormit præscriptio tempore graffantis contagionis, sævientis belli, ac

durantis hostilitatis, c. 10. §. b. t. Ratio, quia non valenti agere non currit præscriptio, l. 1. Cod. de annal. except. tempore autem prædicto nemo valet agere, cum nemo sit, qui Jus dicat, ergo *Pirrhing. loc. cit. num. 31. Harp. n. 11. Concord. Jus Austriac. Land-Tafel lib. 4. tit. 134. doch, wo ein Krieg, &c. i. e. Si tamen Bellum, lues, vel alia regioni universæ communis calamitas incidat in tempus currentis præscriptionis, ita ut Judicium sit ac classis sint tribunalia, temporis illius ratio non habebitur, imò detrabetur ex annis possessionis.*

IV. Dormit præscriptio contra Ecclesiam, sede vacante, aut Prælatò excommunicatò, vel quomocumque agere impedimentò. c. 1. 14. & 15. §. b. t. *Konig. loc. cit. n. 54. Engel. ad Jus Can. b. t. n. 34.*

Interrumpi dicitur præscriptio vel naturaliter, vel civiliter. Naturaliter interrumpi dicitur præscriptio, si aliquis ex conditionibus requisitis deficiat, fortè, quod mala fides superveniat, vel possessio amittatur. Quo in casu debet de novo inchoari præscriptio. Pulchrè *Pirrhing. loc. cit. n. 133. Covar. in c. 2. de R. J. in 6. §. 10. n. 2.* Civiliter præscriptio interrumpi dicitur, quando Jus possidendi per actum aliquem Juridicum in dubiis vocatur, quod fit per citationem, litis contestationem, maxime per sententiam, l. 10. Cod. de acq. & retin. possess. *Clariff. D. P. Konig. n. 56. Pirrhing. loc. cit. n. 134.*

Porrò naturalis, & civilis interruptio, quantum ad effectum, duas notabiles habet differentias. I. Est, quòd naturalis interruptio se habeat respectu omnium adversariorum, & absolutè præscriptio interrupta sit, l. naturaliter ff. b. t. Civilis verò interruptio tantum se habet respectu illius, qui litem movit, & unde si is non fuerit verus dominus, & interim

interim contra verum dominum tempus elapsum sit, erit præscriptio completa, quamvis ille, qui dominus non erat, circa eum rem litem instituerit, l. 2. Cod. quib. res jud. non noceat. II. Differentia est, quod possessio, & præscriptio, civiliter interrupta, tunc demum maneat interrupta, si sententia condemnatoria contra possessorem sequatur: si verò victoriam obtinuerit, vel per pactum aut transactionem à lite recessum sit, perinde tunc possessionis continuatio habetur, ac si lis mota non esset, P. Enghel. b. t. n. 34. Ratio mihi videtur esse

hæc, quia durante lite, possessor animum, rem ut suam habendi, semper retinet. Concor. Jus Aust. lib. 4. tit. ult.

Rescindi dicitur præscriptio, jam completa, quando adversus eam restitutio in integrum conceditur. Conceditur autem I. Minoribus intra quadriennium à die majorennitatis numerandum, l. 11. Cod. si advers. usucap. II. Ex causa necessaria & probabili; veluti reipublicæ, vel studiorum absentibus, de qua materiâ latius Digestis. Interim vide Clariss. D. P. Konig. loc. cit. n. 59. & Pirrhing. loc. cit. n. 138. cæterosque ab his allegatos.

TITULUS VII.

DE DONATIONIBUS.

SUMMARIÆ.

- 1 Definitur donatio.
- 2 Dividitur in propriam, & impropriam.
- 3 Quid sit donatio mortis causâ?
- 4 Qualis præsumatur in dubio esse donatio?
- 5 Quid intersit, an sit donatio inter vivos, vel mortis causâ?
- 6 Mortis causâ donatio fit tripliciter.
- 7 Quomodo revocetur?
- 8 Exaquata est ferè per omnia legatis.
- 9 Recensentur requisita donationis mortis causâ.
- 10 Quid sit donatio inter vivos?
- 11 Quomodo perficiatur?
- 12 Excedens 500. solidos infirmari debet.
- 13 Limitatur in variis casibus.
- 14 De Jure Austriaco infirmatio donationis excolevit.
- 15 Quæ sunt justæ causæ revocandi donationem?
- 16 An jus revocandi transeat ad hæredes? Kees ad Instituta.

- 17 Quinam donare possunt?
- 18 Et quibus donare possit?
- 19 Donatio inter virum, & uxorem prohibita.
- 20 Limitatur in aliquibus casibus.
- 21 De Jure Austriaco donationes inter conjuges valent.
- 22 An donatio omnium bonorum valeat?
- 23 An ob graviores, vel equè graves alias causas revocari possit?
- 24 An ob insperatam liberorum natiuitatem revocetur?
- 25 Donatio propter nuptias quid sit?
- 26 Quid sit Morgengaba?
- 27 Quid sponsalitia largitas?
- 28 Si nuptiæ non sequantur, ad quem pertineant munera sponsalitia?
- 29 Quid sit proxenetium?

AD modos acquirendi domini civilis spectat etiam Donatio, quæ ab etymologia nominis quasi donatio dicitur, & definitur quòd sit actus quo liberalitatem erga alterum acceptantem exer-

cemus, l. 29. ff. b. t. l. 82. ff. de R. J.

- 2 *Dijestitur in propriam & impropiam.*
 Illa est, qua aliquid in alterum, ex motivo meræ liberalitatis absolute, & irrevocabiliter conferimus, l. 1. ff. b. t. Hæc est, qua aliquid in alterum, ob aliquam causam, non irrevocabiliter conferimus. Hinc spectat *donatio mortis causâ, donatio remuneratoria, donatio propter nuptias, donatio sub modo, &c.* Clariss. D. D. Franz. b. t. n. 1. Zoëf. ff. b. t. n. 1.

§. MORTIS CAUSA I.

- 3 I. Locò *Imperator* agit de donatione mortis causâ, quæ *definitur*, quòd sit *actus, quo intuitu securæ mortis in alterum acceptantes aliquid conferimus.* Germanicè dicitur: *Eine Übergab, so auf den Todt-Fall gerichtet ist.*

Dixi *intuitu securæ mortis*, quia, ut sit donatio mortis causâ, principaliter requiritur, ut in ea fiat expressa mentio mortis; alioquin habetur pro donatione inter vivos, licet ab agonizante fiat. Hinc, quamvis aliquis, in extremis, & articulo mortis constitutus, donet; si tamen non dicat, se mortis causâ donare vel non faciat mentionem mortis expressum. In dubio præsumitur, & intelligitur esse donatio inter vivos, l. 42. §. fin. ff. de donat. mort. causâ. Ratio, quia, qui simpliciter & absolute donat, non tam mortis causâ, quàm moriens donat, Manz. n. 4. & mors videtur potius esse causa impulsiva quàm finalis. Brunnem. in d. l. 42. n. 5.

Sic pariter, donatio inter vivos esse intelligitur, quando mortis quidem mentio facta est; sed solummodo per modum dilationis, v. g. dono tibi omnia bona mea, reservato usu-fructu usque in tempus mortis. Menoch. lib. 3. præsumpt. 35. n. 4. Fauslerwald. lib. 4. obs. 20 n. 18. Sutting. in man. Script. lit. D. &c. Donatio, ubi

ait, si quis ita dixit: *dono tibi centum præstanda post mortem*: de Jure quidem communi cenleri donationem inter vivos, prout debet, Fachin lib. 5. cont. 22. De Jure verò *Austriaco* decisum fuisse, esse donationem mortis causâ. Sed

Q. I. *Quid referat, an sit donatio inter vivos, an verò mortis causa?* R. multum referre. I. Quia donatio mortis causâ est revocabilis usque ad extremum vitæ spiritum; donatio verò inter vivos, semel perfecta revocari non potest, §. 2. Inst. hic. II. Donatio inter vivos, si excedat 500. solidos, debet insinuari, l. 25. §. sancimus. §. l. 35. Cod. de donat. III. Pro donatione, mortis causâ competit Rei vindicatio, actio hypothecaria, & actio personalis ex testamento, arg. text. hic. ubi donatio mortis causâ in omnibus ferè dicitur legatis exæquata; pro donatione inter vivos competit condicatio ex lege. Fauslerwald. loc. cit. n. 5. Chlingenp. Inst. b. t. q. 5. Schneid. n. 3.

Porrò donatio mortis causâ fit tripliciter. I. Cum quis, nullo præsentis periculi metu conterritus, sed solâ mortalitatis cogitatione donat; fortè, quia intelligit, humanum esse mori, & mortem certam, horam verò incertam: & hæc est prima species donandi mortis causâ, circa quam singulariter notandum, quòd tamen aliâs donatio, mortis causâ, per reconvallescentiam, vel cessationem periculi ipso Jure resolvatur, & revocetur, l. 19. l. 24. l. 35. §. 3. ff. de mort. caus. donat. Hoc tamen de hac specie donandi mortis causâ non procedit, adeoque non resolvatur donatio; licet postea in infirmitatem inciderit, & ex ea reconvaluerit: ratio, quia non cessat tunc causa, propter quam donavit: quoniam is, qui sanus, & integre valetudinis solâ cogitatione mortalitatis donat, non propter illam infirmitatem in quam incidit, donavit, sed propter mortem

mortem, quam ut se evitare non posse, quæ causâ adhuc subest. Ita *Schneid. n. 3. Mysing. n. 4. Manz. n. 11.*

II. Fit Donatio mortis causâ, cum quis, imminentis periculi metu accipiens, ita donat, ut res statim fiat accipientis, sed sub conditione resolutivâ, v. g. si quis sit infirmus, ita ut, ex ea infirmitate se moriturum, credat; vel, si quis aggressus est periculofam navigationem, aut iter, infestum feris, Latronibus, Hostibus. &c. & ita donet, ut statim rem donatam tradat donatario.

7 Circa hanc donationem Juris est, quod quidem illa statim perfecta sit, & dominium transferatur in donatarium; sed eveniente conditione, si scilicet Donator præfens periculum evaserit aut ex ægritudine reconvaluerit, statim ipso Jure resolvatur, & res donata ad Donatorem revertatur, *l. 1. § 2. ff. de R. C. l. 12. ff. de condiç. caus. dat. caus. non secut.* Ratio est in *textu hic*, quia Donator censetur ita donasse, ut, si quid humanitas ei contigisset, haberet, & retineret is, qui accepit; sin autem supervixisset, ipse reciperet. *Manz. n. 16. Harp. n. 68. Schneid. n. 5. Gomez. var. resolut. tom. 2. c. 4. n. 19.*

III. Fit donatio mortis causâ, cum quis periculi metu percussus, ita donat, ut res donata non statim fiat accipientis, sed tunc demum, cum mors interfecuta fuerit; & hæc donatio morte demum perficitur, ita ut, cessante, & superato periculô, non tam solvi dicatur, quam fieri nulla; & inutilis. *Mysing. num. 3. § 4. Manz. num. 17. Franzkins Inj. hic. num. 7. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 19. tb. 9. lit. G. § H. Ratio,* quia conditionalia ex eventu conditionis pendent, & conditione non existente, perimuntur, *l. 8. §. quod si. ff. de peric. & commod. rei vendita.*

AD V. VEL SI EUM.

Vidimus, quomodo donatio mortis causâ, per convalescentiam revocetur. In *hoc. V.* traditur, quod etiam per poenitentiam revocetur, & resolvatur: ratio, quia donatio mortis causâ est species ultimæ voluntatis, *text. hic.* atqui ultima voluntas est revocabilis usque ad extremum vitæ spiritum, *l. 23. §. 3. ff. de donat. int. vir. § ux. l. 4. ff. de adimend. vel transferend. legat.* Ergo &c. *Schneid. num. 22. Manz. num. 29.* Et hoc procedit de omnibus tribus speciebus, quoniam omnes tres species æquiparantur ultimis voluntatibus. *Schamb. hic. V. Quæres 4. Wesemb. in paratit. ad ff. h. t. n. 7.*

AD V. AUT PRIOR.

III. Revocatur donatio, quando donatarius prius moritur, quam donator, *l. 23. ff. de mort. caus. donat.* Ratio, quia legata, quæ relinquuntur in ultima voluntate, non debentur, si præmoriatur is, cui relicta sunt, *l. un. Cod. de caduc. tollend.* Ergo idem de donatione mortis causâ asserendum erit, utpote quæ ad exemplum legatorum redacta est. *Text. hic. Wesemb. Inj. h. t. n. 4. Franz. n. 9.*

AD V. HÆ MORTIS.

De Jure antiquo dubitatum fuit, num donatio mortis causâ esset species contractûs, num ultimæ voluntatis? Hodie autem, explosâ illa dubitatione, ab Imperatore statutum est, ut donatio mortis causâ, ferè per omnia legatis æquiparata sit, *text. hic, § lult. Cod. de donat. causâ mort.*

Verum cum *textus* dicat, donationem mortis causâ ferè legatis connumerari, idè ut plenius intelligatur, in quo convenient, & in quo

differant, res seriò tractanda est. Itaque convenit donatio mortis causà cum legatis, I. quòd sicut in legatis & qualibet ultimà voluntate (exceptò testamento) ad minùs 5. testes requiruntur; ita quoque in donatione causà mortis, *l. ult. Cod. de donat. caus. mort.* II. Sicuti legata morte Testatoris confirmantur, ita quoque hæc donatio: & sicuti illa usque ad extremum vitæ spiritum revocari possunt; ita & hæc. III. sicuti de legatis detrahitur Falcidia, ita quoque de donatione mortis causà, *l. 5. l. 12. l. 18. §. fin. Cod. ad leg. Falcid.* Plures affinitates enumerat *Schneid. n. 4.*

Differt donatio motis causà à legatis.

I. Quòd legatum absenti & ignoranti relinqui possit: in donatione mortis causà verò requiratur tam donatarii, quàm donantis præsentia, & acceptatio, *l. 38. ff. de donat. mort. caus.* II. Quòd filiusfamilias, licèt testari nequeat, possit tamen cum consensu patris donare mortis causà, *l. tam is 25. §. 1. ff. eod.* III. Quòd donatio mortis causà nudà morte donatoris confirmetur, valor legatorum pendeat ab additione hæreditatis. *Schneid. loc. cit. & Vinn. Inst. hic. n. 3.* ubi plures differentias recenset.

Ex verficulis, nostro §. subjunctis *D. D. colligunt*, quod autoritates Poëtarum, & Historicorum ad confirmationem dicendorum quandoque allegare permiffum sit, sed, quidquid sit, tu, velim, utiliora colligas, nimirum ad donationem mortis causà requiri sequentia.

2 I. Ut in ea fiat mentio mortis, vel alterius periculi, ita ut mors non tantum sit causà impulsiva, sed finalis; aliàs censetur donatio inter vivos, *l. Sej. 42. §. 1. ff. de mort. caus. donat. Funsterwald. lib. 4. obs. 20. n. 9. Consil. Argentorat. tom. 2. consil. 2. n. 24.* II. Ut præsens sit tam donator, quàm donatarius; nam

mortis causà donat, qui præsens præsentis & acceptanti donat, *d. l. 38. ff. de mort. causà donat.* Sanè, donationem mortis causà etiam per nuntium, vel epistolam absenti fieri posse, communiter obtinet; modo tamen ab absente acceptetur.

Nec obstat, quod *d. l. 38.* expresse dicat: *qui præsens præsentis donat*: nam & is qui per nuntium vel epistolam donationem acceptat, præsens esse intelligitur. Illud tamen *nego & pernego*, donationem, mortis causà absenti, & ignorantis fieri posse; sic enim vix aliquid amplius superesset, quo donatio mortis causà à legatis distingueretur, & in nihilo penitus convenerit cum contractibus. Quod si vero donatio mortis causà absenti & ignorantis facta sit, & 5. testes adhibiti valeat, ut legatum. *Harp. n. 10. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 19. th. 9. lit. A. & in hac donatione. Gomez. var. resolut. tom. 2. cap. 40. n. 19.* ubi ait, singulariter notandum esse, quòd donatio mortis causà absenti, & ignorantis coram 5. testibus facta, per reconvalescentiam non resolvatur.

III. Requiritur acceptatio, *arg. l. 55. ff. de O. & A. Clariff. D. D. Franz. n. 7. hic.*

IV. Ut 5. testes interveniant, *d. l. ult. Cod. de donat. caus. mort.* Ratio, quia computatur ultimæ voluntati, in qua ad minùs 5. testes requiruntur, *l. ult. Cod. de Codicill. Schneid. n. 20.*

§. A L I E. 2.

Vidimus, quid sit donatio mortis causà: sequitur de donatione inter vivos, quæ concinnè definitur, quòd sit actus, quo aliquid ex motivo nudæ liberalitatis abfolutè, & irrevocabiliter in alterum conferimus, *l. 1. ff. b. z. l. 82. ff. de R. J. v. conferimus* donatio inter vivos: quia non prius morte donatoris confirmatur, aut in tempus mortis confertur; sed adhuc vivo

vivo testatore, for situr effectum. *Manz. n. 4.* ita, ut semel perfecta facile revocari non possit, *l. ult. Cod. de revocand. donat.*

AD V. PERFICIUNTUR.

II *Q. hic. Quomodo donatio inter vivos perficitur? R. Jus vetus* discernendum esse à Jure novo. Jure veteri non aliter perficiebatur donatio, neque affectum aliquem generabat; nisi interveniret, vel traditio rei donatæ, vel stipulatio, *Schamb. hic. Manz. n. 5.* De Jure novo perficitur donatio ex assistentia legis, cum donator suam voluntatem scriptis, aut sine scriptis manifestavit, *text. hic. & in l. 35. & §. 5. Cod. de donat.* Adeoque donatio inter vivos etiam à solo consensu vires & robur accepit; licet stipulatio non interveniret, habetque tantam necessitatem traditionis, quantum habet emptio venditio, simul atque de pretio & merce conventum est: sicut ergo emptio, & venditio statim perficitur, quam primum emptor & venditor inter se de pretio, & merce convenerunt, *prin. Inst. de empt. & vend.* ita etiam donatio perficitur, cum donator, & donatarius in rem donatam consenserunt, *text. hic. &* sicut emptio venditio statim producit actionem; ita donatio parit conditionem ex lege, *Schneid. n. 4. hic.*

Dico conditionem ex lege; toties enim conditio ex lege applicatur, quoties Jura dant actionem, & nomen actionis non expriment. *rot. tit. ff. de condict. ex lege Zoes. ibid. Manz. n. 24. hic.*

AD VERS. ET CUM RETRO.

Dictum est, perfici donationem, sive in-sive sine scriptis aliquis declaraverit suam voluntatem. Hoc tamen limitatur, ut tum demum procedat, si donatio consistat in summa legitima, & legi-

bus approbata quantitate. Olim enim aliquis non potuit ultra ducentos solidos donare sine insinuatione, *text. hic.* Hodie autem Imperator constituit, quod aliquis quingentos solidos donare possit sine insinuatione; quod si autem donatio excesserit 500. solidos, tunc insinuatio necessaria sit, *text. hic. & in l. 36. Cod. de donat.* Nomine autem 500. solidorum hodie 12 communiter 500. aurei, seu mille imperiales intelliguntur. *Fünflerwald. lib. 4. obs. 21. n. 2. P. Engel. ad Jus Canon. de donat. §. 1. n. 7. Gail. 2. obs. 39. n. 2 & 3.*

Insinuatio nihil est aliud, quam facere donationem redigi in scripta, & acta publica coram Judice, (ut hodie dicimus) in prothocollum: quando nimirum donator coram Judice declarat suam voluntatem donandi, petitione assensum, & auctoritatem Judicis interponi. *Schneid. hic. num. 8.* Ratio hujus insinuationis consistit, tum in excludendis fraudibus, quæ in rebus majoris momenti frequenter contingunt; tum, ut Jura provideant, ne quis facile effundat suum per viam indiscretæ donationis. *Zoes. ff. h. t. n. 41. Manz. n. 29. & seqq.*

Q. II. Quid, si donatio prædictam summam excedat, vitiabiturne tota donatio, vel tantum quoad excessum? R. vitiari tantum quoad excessum, ita aperte statuit *l. 34. Cod. h. t.* Ratio est, quia utile per inutile non vitiatur in separabilibus, *c. 37. de R. J. in 6. Schamb. q. 2. Manz. n. 38. Carprov. p. 2. Const. 2. definit. 17.*

AD VERS. SED ET QUASDAM.

Dicit Imperator, se quasdam donationes invenisse, quæ non desiderant insinuationem, sed absque ea, licet 500. solidos excedant, suam obtinent firmitatem.

Qualis est I. Quæ est facta, pro re-¹³ demptione captivorum, *l. si quis 36. Cod. de donat.* Ratio est favor captivorum.

II. à necessitate infinuationis eximitur donatio ab Imperatore, vel Imperatori facta, *d. l. 34. Et auct. Item à privatis Cod. b. t.* Princeps enim legalibus solemnitatibus solutus est. *l. 31. ff. de LL. Schneid. n. 10. Manz. n. 46. Sichard. in d. l. 34. n. 18. Berlich. p. 3. conclus. 4.*

III. Ab infinuatione immunis est donatio, pro domo ruinosa, collapsa, vel exusta reparanda, facta, *d. l. 36. Cod. de donat.* Ratio, quia reipublicæ interest, ne ruinis ædium deformetur publicus urbis aspectus, *l. 2. Cod. de ædif. privat. Manz. n. 48. Clingenf. q. 19. b. t.*

IV. Infinitio non requiritur in donatione remuneratoria, quatenus merita non excedit, cum eatenus non possit videri temerè facta, etiam excedens summam 500. aureorum, eò quòd causa sublit, ob quam est facta. *Zoëf. ff. h. t. num. 43. Suttinger. in M. S. lit. D. §. Donatio.* Ubi tamen notandum, nudam meritum assertionem hac in parte non sufficere, nisi probentur, vel saltem in specie exprimantur, *l. etiam 15. §. ex praterito. §. multa. ff. de manumiss. vindict. Elmserwald. loc. cit. num. 9.* ubi plures allegat. Sanè, si donatio remuneratoria merita notabiliter excedat, sine infinuatione non procedit, quia cessat ratio, quòd sit meritum compensatio. *Schneid. num. 35.*

V. Sine infinuatione procedit donatio reciproca; quia cessat ratio, quòd donator depauperetur. *Schneid. n. 36. Manz. n. 12.*

VI. Infinitari non debet donatio propter nuptias, *Schneid. n. 32.*

VII. In Donatione plurium rerum, divertis temporibus ab una persona in alteram facta, infinuatío non exigitur, quamvis singulæ res coacervatæ summam 500. solidorum excedant, *l. 34. §. 3. Cod. de donat.* Ratio, quia plures in-

telliguntur esse donationes, quàm una. *Clariff. D. D. Franz. Inst. b. t. n. 11.*

De Jure Austriaco (præsertim inter personas illustres) infinuationes donationum non observantur, teste *Sutting. loc. cit. D. §. Donatio. Elmserwald. lib. 4. obs. 21. num. 16.*

AD VERS. ALIA INSUPER.

Præter hæc enumerata dicit Imperator, quòd multa alia adhuc ad ubertorem exitum, & robur donationum invenerit, quæ tamen hic non explicat, sed aliò reservat; eò quòd primis Juris elementis non omnia inferenda sint, ne rudis, & infirmus studentis animus multitudinem, ac varietate rerum nimium oneretur. *Manz. num. 52.*

AD VERS. SCIENDUM.

Quandoquidem supra diximus, donationem inter vivos, semel perfectam non posse sine causa revocari; Ideò nunc

Q. III. *Quæ ergò sint justè revocandæ cause?* R. donationes inter vivos ex causa revocari vel pro parte, vel in totum. Pro parte revocantur, si sint inofficiose, *h. e.* si sint tantæ quantitatis, ut non sit salva, si tunc moreretur donans, iis, quibus debetur, legitima, *l. 2. 3. Cod. de inoff. donat.* tunc enim revocatur post mortem donantis in tantum, in quantum desideratur, ut ea salva sit, *l. 1. 2. Et 3. Cod. eod. Schamb. q. 5. hic. Guil. 2. obs. 38. num. 26. Vinn. 2. select. quest. h. cap. 33. Clariff. D. D. Franz. b. t. n. 14. Zoëf. b. t. n. 76.*

In totum revocatur donatio, si ingratu existat donatarius, *l. ult. Cod. de revocand. donat.* indignus enim censetur beneficiò, qui eodem abutitur cum dispendio largitoris, & durum est ab ingrato malis affici.

Causæ autem ingrætitudinis sequentes recensentur, *d. ult. Cod. de revocand. donat.* I. Si donatarius atroces injurias verbales effuderit in donatorem. II. Si impias manus eidem intulerit. III. Si vitæ donatoris struxerit insidias. IV. Si bonis ejus grãdem jacturæ molem ingesserit. V. Si conventiones, in donatione appositæ, donatarius non impleverit. Comprehenduntur hæ causæ his verbis.

*Ingratum faciunt atrox Injuria,
Dammum,
Impia Dextra, Fides fracta, pericula Necis.*

16 *Notandum*, quòd Jus revocandi donationem propter ingrætitudinem ex parte donatoris, & donatarii, sit ita personale, ut nec hæredibus, nec contra hæredes detur. Itaque, si donatarius ingratus moriatur, antequam donatio ab ipso revocata sit, ab ejus hærede revocari non poterit: ratio vera, & fundamentalis est, quia ista revocatio est quædam facultas, actio, & obligatio, descendens ex delicto ad vindictam, quæ non transit ad hæredes activè, nec passivè. *l. 11. Cod. ex delict. defunct.* Gomez. tom. 2. cap. 4. num. 14. *¶* item addetur. Ratio alia, quia pœnæ, & delicta suos tantum auctores tenere debent. *Engel. de donat. n. 20.*

Similiter, si econtrà donator moriatur, priusquàm donationem revocaverit, hæredibus ejus revocandi nullum Jus est, *per apert. text. d. l. ult. Cod. de revocand. donat.* Hoc tamen usque ad primas personas tantummodo stare censemus, nulla licentia concedenda donatoris successoribus, hujusmodi quarimoniarum primordium insitueret. Ratio, quia donator tacendo videtur injuriam remisisse, & licet, istam constitutionem locum habere, putet,

Schamb. hic. pag. 321. sive donator ingrætitudinem donatarii sciverit, sive ignoraverit, & hoc in stricto Jure defendi possit; tum quòd *textus* generaliter loquens, generaliter sit intelligendus; tum, quòd omnis actio, descendens ex delicto, personalis sit.

Communitè tamen *limitatur*, procedere, si donator injuriam sciverit, & revocandi tempus habuerit; non verò, si injuriam ignoraverit, & morte præoccupatus, revocare donationem nequiverit; hoc enim casu cessat ratio præsumptionis. Ita *Engel loc. cit. n. 20. Gomez. loc. cit. Schneid. num. 12. Clariff. D. D. Franz. n. 16,*

Q. IV. *Quinam donare possint?* 17

R. Omnes, qui liberam habent suarum rerum administrationem. Hinc excluduntur *pupilli, minores, furiosi, prodigi*, quibus bonis interdictum est, &c. *filii-famil.* quoque extra peculium castrense, vel quasi absque consensu patris donare non potest, quia præjudicaret patri, vel in proprietate, vel saltem usu-fructu. Consensu tamen patris rectè donat, quia cessat ratio, *l. 2. ff. de donat. Schneid. num. 47. & seqq.*

Q. V. *Quibus donari possit?* R. cuilibet inter vivos donari posse, nisi per legem prohibeatur, adeòque non solum amicis & bene meritis; sed etiam *ignotis, & extraneis honestis, & inhonestis* personis, adeòque meretricibus, & concubinis rectè donatur, *l. in extraneos 29. Cod. de donat. l. affectionis §. l. donationis in concubinam 31. ff. b. t.*

Item donari potest non solum presenti, sed etiam absenti, *l. nec ambigi 6. Cod. b. t. §. l. 10. ff. eod. per Epistolam l. si aliquid 13. Cod. eod.* Ratio esse videtur, quia hodie donationes non debent amplius fieri per stipulationem, sed nudò perficiuntur consensu; *Gomez.*

var. resol. de donat. num. 1. Harp. n. 22. Schneid. num. 56. talis autem donatio firma non est, donec ablens voluntatem donatoris ratam habuerit, d. l. *absenti* 10. ff. b. t. ad donationem enim requiritur acceptatio. Harp. n. 22. §. 2. b. t.

Prohibetur tamen I. miles donare suæ focariæ, seu concubinæ, l. 2. *Cod. de donat. inter vir. & uxor.* Quod Schneid. n. 56. etiam ad Doctores & Advocatos protrahit, cum & hi militare dicuntur, l. *advocati* 14. *Cod. de advocat. divers. jud.*

19 II. Donatio simplex inter virum, & uxorem, non valet, l. 1. §. 3. *Sciendum, & tot. tit. ff. Cod. & de donat. inter vir. & uxor.* Ratio, ne mutuò amore conjuges invicem spoliarentur per donationes, quia sæpe contingeret, ut matrimonia sortirentur malos exitus, si non donaret is, qui posset, & sic fierent matrimonia venalia, l. 1. §. 2. ff. *eod.* Est autem concordia conjugalis omni lucro præferenda, l. 5. *Cod. de subst. & Inst. b. t. Schneid. n. 57. Harp. n. 28.*

20 *Limitatur*, ut procedat hæc conclusio. I. Si donator efficiatur pauperior & accipiens locupletior, valet donatio. Hinc, si conjuges reciprocè sibi invicem donarint, valet donatio, quia cessat ratio ne una pars fiat pauperior, & altera locupletior, l. *quod autem* 7. §. 2. ff. *de donat. inter vir. & uxor.* Schneid. n. 61. Pauperior autem donans, & locupletior donatarius fieri dicitur, si ille minus, hæc verò plus habere incipiat. Unde sepulturæ causâ conjugi datum tenet, l. 3. §. *concessa*. ff. *de donat. inter vir. & uxor.* quia licet expendisset de suo; ex hoc tamen, quòd non expenderit, non tam censetur factus ditior accipiens, quàm non pauperior. Idem erit, si alteri ab altero datum, ut apud eum non remaneat, l. *sive uxor* 34. ff. *eod.* Acceptum quoque, & utiliter expensum facit cessare prohibitionem, cum non sit, quod

reperatur, l. 7. §. *si maritus*. ff. *de donat. inter vir. & uxor.* Hinc & non incidit in prohibitionem repudiatio hæreditatis, aut legati per alterum conjugalem in favorem alterius, d. l. 7. §. *si maritus*. cum, licèt alter fiat ditior, non tamen & alter sit pauperior, l. 6. ff. *quæ in fraud. Credit.* cum legatum, aut hæreditas, antequam acceptetur, in bonis nostris non sit. *Vide Zoef. ff. de donat. inter vir. & uxor. n. 1.*

Limitatur II. Si fiat gratiâ honoris, vel dignitatis adipiscendæ, l. *quod adipiscendæ* 40. ff. *eod.* Engel. n. 1. b. t. *Limitatur* III. Nisi sit donatio mortis causâ, nam hæc inter conjuges valet, l. 9. §. 2. ff. *eod.* Schneid. num. 60.

Limitatur IV. nisi donator in eadem voluntate perseverarit usque ad extremum vitæ spiritum; tunc enim morte donantis confirmatur, c. *fin.* §. *b. t. l. cum hic. status* 32. in princip. §. 1. §. 2. *de donat. inter vir. & uxor.* Cessat enim ratio prohibitionis: ne conjuges mutuò amore spoliarentur, Zoef. n. 59. pures limitationes vide in Zoef. ff. *de donat. inter vir. & uxor.* Schneid. loc. cit. Engel. loc. cit. latius enim in hanc materiam excurrere prohibet instituti ratio.

De consuetudine Austriæ donationes inter conjuges, stante matrimonio factæ, indistinctè valent. Ita testatur ex *Walter de Jure consuetud. lib. 3. tit. 17. Funsterwald. lib. 3. obs. 22. num. 10. his verbis: Wiewohl & c. i. e. Licèt Jure scripto Donationes inter Conjuges constante matrimonio sint prohibita, contrarium omnino servatur in Archiducatu nostro Austriæ infra Anum, indè absinmemoriali tempore, & usu obtinet continuo.*

Q. VI. An donatio omnium bonorum, tam præsentium, quam futurorum valeat? Pro negativa, Maresia firmiores rupo stant Gomez. ad leg. Tauri. 69. n. 1. Schneid. num. 85. b. t. Fachin. l. 6. cont. 87. I. In

I. In eo ponunt fundamentum, quòd per donationem omnium bonorum, tam præsentium, quàm futurorum restringatur libertas testandi, cum nihil amplius haberet donator, de quo testari posset? atqui libertatem testandi nemo potest sibi restringere; testamenti enim factio est Juris publici, l. 3. ff. qui testam. fac. poss. Juri autem publico per privatorum conventiones derogari non potest. Ergò &c.

II. Ita adornant: Donatio omnium bonorum est contra bonos mores, quia inducit votum alienæ mortis, donatarius enim vitæ donatoris ex hoc capite infidari potest, ne fortè ob nativitatem liberorum revocaretur donatio.

III. Exinde depromunt, quia donatio, si non est contractus, saltem est pactum legitimum; sed pactis neque dari potest, neque adimi hæreditas, l. 5. l. ult. Cod. de pact. Ergò non valet omnium bonorum donatio; universa enim bona nihil aliud sunt, quam hæreditas.

IV. Fundamentum taliter effingunt: in l. si libertus 16. §. ff. de Jure patronat. circa finem dicitur: magisque est, ut omnium rerum alienatio facta nullius momenti sit; ergò etiam donatio omnium bonorum nullius momenti erit, cum sit quædam alienatio.

Verùm, his nihil in contrarium refragantibus, teneo, valere donationem omnium bonorum, tam præsentium, quàm futurorum. Ita Harp. §. 2. Inst. h. 2. Schamb. hic. n. 3. Hum. var. resol. lib. 2. tract. 4. quest. 7. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 19. th. 5. lit. C. & D. Zoëf. ff. h. t. num. 28. Mascard. de probat. vol. 3. conclus. 1120. Gail. lib. 2. obs. 11. n. 10. Perez. in Cod. h. t. n. 18.

Moveor. I. Hac ratione, quia quilibet Dominus disponere potest pro libitu de rebus suis, & præsentibus, & futuris, nisi lege prohibeatur; ergò etiam de omnibus bonis per donationem quis poterit disponere, quia non est lex, id prohibens. *Antec.* quoad res præsentis probatur per l. 21. Cod. Mandat. quoad res verò futuras patet ex l. fin. Cod. quæ res pignori obligari. ubi dicitur, quòd res futuræ pignori obligari possint; ergò poterunt etiam res futuræ per donationem alienari; quia ubi concessa est obligatio, ibi & alienatio permissa esse intelligitur, l. ult. Cod. de rebus alien. non alien. Schamb. & Harp. loc. cit.

Moveor II. per l. 35. §. 4. Cod. de donat. ubi valet universitatis donatio, si non de inofficiosis donationibus ratio reclamat; sub universitatè autem continentur omnia bona; ergò valet donatio omnium bonorum. Zoëf. loc. cit.

Moveor III. per l. si unquam §. Cod. de revocand. donat. his verbis: si quis omnia bona donaverit, ecce! per ly omnia bona textus abunde annuit, donationem omnium bonorum valere.

Dices, isti textus, & rationes sunt tantum intelligendi de bonis præsentibus, non autem futuris; ergò, licet donatio omnium bonorum præsentium valeat, non tamen valet futurorum.

Verùm contra sic *argumentor*: quidquid Jus naturæ concedit, & quidquid concessum, permissumque est legibus, id semper & indefinitè intelligitur concessum, nisi, in quantum à legibus, & minoribus est restrictum; atqui nos posse donare, est naturale §. per tradit. 40. Inst. de R. D. & insuper legibus concessum, dd. text. res jus donandi restrictum est ad omnia bona tantum præsentia; ergò non præsentia duntaxat, sed & futura bona donare licet.

Ad I. *¶* I. Per donationem omnium bonorum libertatem testandi tolli non directe, sed tantum indirecte, & consecutive, quatenus incipit donator nihil amplius habere. Deinde, licet quis non possit sibi adimere libertatem testandi directe, *l. 6. ff. de V. O.* per indirectum tamen potest; sic enim is, qui Monasterium ingreditur, sese facultate testandi privat. Item etiam is, qui se arrogari ab alio patitur, facultatem testandi amittit; nec tamen quis dixerit, ingressum in religionem vel arrogationem esse contra bonos mores. *¶* II. Regulam, que dicit, neminem sibi posse adimere facultatem testandi, ita esse intelligendam, ut sensus sit, quod nemo, qui bona habet, aliqua conventionem vel pacto, ne de bonis disponat, vel a dispositione, semel facta, recedat, constringere se possit, quia ultime voluntatis debet esse liber stylus. Ceterum vero non videtur prohibitum, tale facere, ut testari quidem possit, ac licentiam habeat; nihil tamen superfit, de quo testari possit: licet enim aliquis fiat pauper, & inops, nec superfit, de quo testaretur; nemo tamen dixerit, ei ademptam esse libertatem testandi. Accedit, quod bona ad testamenti fictionem precise non requirantur, nam, licet testator nihil in bonis habeat, potest tamen filio suo pupillariter substituere, eique tutorem dare, & sic tale testamentum non erit penitus inutile. *¶* III. Quod libertas etiam de bonis testandi non omnino tollatur per donationem omnium bonorum; præter hoc enim, quod donatio ob ingratitudinem donatarii revocari possit, donatori possunt adhuc bona obvenire, de quibus ei testari liceat, *v. g.* si donatarius acquirere redderetur incapax, vel si quis a lege donaret, ne ad donatarium perveniat.

Ad II. Dico, quod imprimis donatio omnium bonorum, votum captandæ mortis non inducat; vel enim hujusmodi donatio pura est, vel conditionata? Si pura est, statim est perfecta, & donatarius per conditionem ex lege res donatas condicit, nec opus est morte donatoris. Si conditionata est, interest donatarii diu vivere donatorem, cum eo plus acquirat, quod diutius vivit donator, qui non sibi, sed donatario acquirit. Deinde, quod adversarii fingere velint, donatarium insidiatum donatori, ne propter supernascentiam liberorum revocetur donatio, id futile est; sic enim nec fidei commissa, nec primogenia subsisterent. Accedit, quod nihil tale de donatario suspicari sinat beneficium, in ipsum collatum; præsumatur bonus, donec probetur malus. Denique ista præsumptio posset in qualibet donatione militare, quia quælibet ob ingratitudinem revocari potest.

Ad III. Repono *neg. suppos.* quod in donatione omnium bonorum detur hæreditas. Hæc enim omnia commoda, & incommoda continet. Donatio vero mera commoda complectitur. Ecce! si pacifcor tecum, ut me hæredem scribas, hoc pactum non valet, quia inducit votum captandæ mortis, ne ex sua administratione aliquo modo minuantur bona, & ut brevi acquiram hæreditatem. Si dones mihi, res secus est; quia vel donatio incipit, a traditione, vel a promissione. In priori casu statim rem acquiris. In posteriori rem donatam condico per conditionem legis: ergo in utroque casu cessat votum captandæ mortis.

Ad IV. Dico, in *l. 16. §. 1. ff. de Jure Patron.* non idcirco donationem nullius momenti esse, quia de omnibus bonis facta; sed, quia in fraudem legis, que vetat, ne libertus se, centenarius minorem, faciat.

Nota: si quis bona omnia simpliciter donet, non adjectâ clausulâ presentium, & futurorum, futura non continentur; stricti enim Juris est donatio, l. 22. ff. b. t. Adeoq̄ue non extenditur ultra id, quod actum est, Zoef. ff. b. t. num. 29. Idem est, si quis bona sua simpliciter donaverit, Jura, obligationes, nomina debitorum donasse non intelligitur. Zoef. *ibid.* Schneid. num. 90. Ratio: quia sub nomine honorum Jura, actiones, & obligationes non continentur. Vide *Gail. lib. 2. obs. 11. n. 9.*

23 Q. VII. *An donatio inter vivos, præter enumeratas supra quinque causas, adhuc per alias æque graves, vel graviores revocari possit? Quamvis affirmativam communem asserat Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 19. th. 7. lit. B. eumque sequatur Gomez. loc. cit. num. 14.*

Verior tamen, & Juri conformior est *negantium* opinio, quam tenent Zoef. num. 90. Hum. ad Treutl. d. loc. var. resol. pag. 516. Probatur ex l. fin. Cod. de revocand. donat.; ex his enim (ait textus) tantummodo causas donationes reverti concedimus. Accedit, quòd odia sint restringendâ, & favores ampliandi.

Obj. Sic manerent majora delicta impunita, quod absurdum foret; ergò idem dicendum de gravioribus, vel æque gravibus delictis. R. Si delicta majora sint, publicam de iis poenam sumi posse. Nos, cum quinque duntaxat causas habeamus præscriptas, propriâ auctoritate, & sine lege poenalia statuere non decet.

Illud non ignorandum, propter ingratitude non alia revocari quam ea, quæ eò tempore quo ingrati agitur, sunt penes donatorem. Si ante ingratitude defis aliqua possidere, vel alienando, vel vendendo, vel permutando, sive in dotem dando, ea non revocantur,

per express. text. l. 7. Cod. de revocand. donat.

Quòd si res donata pignori fuerit supposita, donator dominium rei acquirit, sed cum suo onere hypothecæ. Zoef. ff. b. t. n. 101.

Idem est de fructibus; nam illi duntaxat, qui tempore donationis extant, restituendi sunt, Zoef. d. loc. num. 102.

Q. VIII. *An donatio, ob insperatam liberorum natiuitatem, revocetur. Tamen si negativam acriter propugnent Harp. §. 2. hic. num. 184. Bachov. vol. 2. d. 19. th. 7. lit. B.*

Mihi tamen *affirmantium* opinio semper visa est *verisimilior*, eamque docent Gomez. tom. 2. cap. 4. num. 11. Zoef. ff. b. t. num. 117. & 127. loc. cit. Hum. var. resol. p. 520. Fach. l. 3. c. 85. Engel de donat. num. 17. Mynsing. cent. 5. obs. 63. Probatur per *dissert. text. l. si unquam 8. Cod. de revocand. donat.* ubi in hæc verba referibitur: *Si unquam libertis Patronus filios non habens, bona omnia, vel partem eorum donaverit, & postea susceperit liberos, totum quicquid largitus fuerat, revertitur.*

Non *Obstat*, quòd adversarii regerant, *textum* loqui de patrono donatore, & liberto donatario; ut proinde mirum non sit, quòd ob supervenientiam liberorum retractetur donatio: quia aliunde patronus inestimabile beneficium, scilicet libertatis, in libertum contulit; ut proinde, cum hæc ratio in aliis personis locum non habeat, hujus legis constitutio ad alias personas extendi non debeat. Nam

Contra est I. quòd ratio legis, non verba, inspicienda sint; non enim possunt omnes articuli legis comprehendere, l. 12. ff. de ll. Sed ratio legis æque facit in casu, quo non donatur à Patrono liberto, quam diverso; ergò. Ideò enim à

Patrono revocari potest donatio ob supervenientiam liberorum, quia pater non presumitur, voluisse proprio sanguini extraneos anteferre, l. 102. ff. de condit. & demonstr. l. generaliter 6. Cod. de Inj. & subj. l. 30. Cod. de fideicommiss. Adeoque sub ista tacita conditione donasse presumitur, ut, si liberi postea nati fuerint, donatio ad se, suosque liberos revertatur; atqui hæc ratio non duntaxat militat in casu, quo à Patrono liberto donatur, sed etiam eò, quo ab aliquo alio omnibus aliis donatur; ergo cum ratio legis sit generalis, constitutio quoque generalis sit, necesse est.

Contra est II. si ideò Patronus potest revocare donationem, quia inestimabile beneficium in libertum contulit, sequitur, quòd donationem illam, quam liberis jam natis fecit, revocare possit: consequens est falsum; ergo & principium: unde sequitur,

Non *Adversatur*, quòd ea ipsa ratio in legatis quoque, & fideicommissis obtineat. l. 30. Cod. de fideicommiss. Et tamen legata, & fideicommissa non revocantur, quando post testamentum confectum liberi supervenerunt. Nam R. potest, diversam esse utriusque rationem. Vel enim testator vivit, si ei liberi superveniant, vel non vivit. Si vivit, legata, & fideicommissa revocare potest, quia voluntas hominis est ambulatoria usque ad extremum vitæ spiritum, l. 4. ff. de adimend. & transferend. legat. Si decessit, tunc posthumi natiuitate rumpitur testamentum, & juxta multos legata, & fideicommissa corrumpunt. *Harp. num. 91.*

Movet præterea text. in can. ult. caus. 17. q. 4. ubi dicitur, donationem liberis nondum natis factam, retineri posse Jure fori, non Jure poli, liberis postea supervenientibus; ergo saltem in foro externo non revocabitur. R. quòd in d.

text. Augustinus non referat Jus quod suo tempore obtinuit, sed quod tempore Carthaginensis illius Episcopi, cujus ibidem meminit, viguit. Fieri autem potuit, ut Episcopus ille multo ante Augustinum, & Imperatorem Constantinum (A. A. & constitutores d. l. 8.) vixerit, ac proinde per Jus fori intelligatur illud Jus, quod Constantinum, & Constantium præcellit. Ita *Harm. var. resol. loc. cit. v. ad 13.*

R. II. Quod iste canon intelligi possit de spontanea redditione, aut scilicet Episcopus donationem spontè reddere non teneatur in foro fori; sed possit expectare, donec per conditionem à donatore revocetur, non autem de redditione coacta per actionem, tunc enim res donatas reddere in utroque foro tenetur. *Harp. num. 199.*

§. EST ET ALIUD. 3.

Ad impropriam donationem, tamquam species, reducitur donatio, propter nuptias, quæ concinnè definitur, quod sit actus, quo uxori in securitatem dotis Jus in bonis quibusdam mariti à marito constituitur. *Clariff. D. D. Franz. Inst. b. t. p. 3. §. 4. num. 4.* vulgo vocatur *die Wider-Lag*, quasi contra-dos; olim vocabatur donatio ante nuptias, *text. hic.* & debebat fieri ante contractum matrimonium.

Hodie autem, & de Jure novo ex constitutione divi *Justini* fieri potest tam ante, quam post contractas nuptias, *text. hic.* Ita tamen, ut tam in quantitate, quam pactis, ei adjectis, æqualis sit doti l. 9. & auct. æqualitas. Cod. de pact. convent. b. e. ut donatio propter nuptias, quoad quantitatem, non excedat, aut præcellat dotem. Item pactum de lucranda dote etiam extendatur ad donationem propter nuptias, licet de hac lucranda pactum

factum interpositum non sit; ratio, ut servetur æqualitas, tum, quia dos, & donatio propter nuptias dicuntur esse duo correlativa, quorum ea natura est, atque indoles, ut statutum in uno, censetur statutum & in altero, l. 9. *Auth. æqualitas. Cod. de pacti. convent. Schneid. n. 4. hic.*

Verùm hæc æqualitas moribus nostris non attenditur, & in usu esse desit, liberumque est cuilibet, matrimonium contrahendi, pro lubitu uxori suæ in compensationem, & securitatem dotis constituere donationem propter nuptias, quæ quandoque ipsa dote duplò major est. *Gail. l. 2. obs. 78. n. 2. Carj. 20v. p. 2. consl. 42. desin. 1. n. 5. Walter de Jure consuet. Aust. l. 2. tit. 26. his verbis: Wiewohlen die &c. i. e. Quamquam Jure communi sit constitutum, ut Donatio propter nuptias sit in omnibus doti æqualis; ita ut altera alteram non excedat: contrarium in hisce locis sæpius inter Contrahentes statuitur Tabulis. Nec enim prohibetur sponsus ampliorem donationem propter nuptias, ac si dos sit, sponse constituere.*

26 Ad donationem propter nuptias quoque spectat *sponsalitia Largitas* & *Morgengaba*.

Morgengaba definitur, quod sit donatio qua maritus post primam noctem, uxori ablatam virginitatem remuneratur, eamque datur. Enim vero ea matrimonii natura est, atque indoles, ut non statim obliget ad reddendum debitum conjugale; sed demum post lapsos duos menses, c. 7. *de convers. conjug.* Si tamen uxor prima statim nocte in vota mariti naviget, præmium bonæ voluntatis meretur, quod nostris *Morgengaba* dicitur.

27 Sponsalitia largitas nihil est aliud, quam munus sponsalitium, quod sponsi, mutux benevolentix gratiã, sibi invicem donant propter solam affectionem, &

spem futuri matrimonii. *Perez. ad Cod. de donat. ante nupt. num. 11.*

De jure antiquo sponsalitia largitas vera, pura, & propria erat donatio, ita, ut, licet nuptiæ secutæ non fuissent, revocari tamen non potuerit. l. 8. *Cod. de donat. ante nupt.*

Verùm postea placuit *Constantino Imperatori*, ut sponsalitia largitas semper imbibat tacitam conditionem, si nuptiæ secutæ fuerint, l. 15. *Cod. b. t. donat* enim procius puellæ eò animò, atque eà conditione, ut tunc demum valeret donatio, si futura sit uxor. *Minsing. Inst. hic. Manz. n. 10. Unde*

Infero: si nuptiæ absque culpa donantis secutæ non fuerint, possit donans omnia, quæ sponsæ donavit, repetere, d. l. 15.

Dico, sine culpa donantis, hic enim si in culpa sit, quia recusat contrahere, quæ donata sunt, repeti nullò modò possunt, d. l. 15. Secus, si nuptiæ utriusque consensu secutæ non fuerint; hoc enim casu totum, quod datum est, restituitur donanti, *Arg. l. 14. Cod. d. t.*

Quid, si casu, puta, mortalitatis impediatur matrimonium? R. Interesse, an osculum intervenerit, nec ne? Si prius, sponsus, vel ejus hæres solummodò dimidiam partem ejus, quod donavit, repetet; sponsa verò ejusque hæres indistinctè totum. Si posterius, totum, quod donatum est, restituitur, sive sponsus, sive sponsa donaverit. l. 16. *Cod. d. t.* Sed (ain) quæ est ratio, quod osculum, sponsæ fixum faciat dimidium donationis perdi? R. quia osculum est quasi initium consummationis nuptiarum, & aliqualis fruitio sponsæ. *Perez. loc. cit. num. 53. vide quoque hæc de re differentes Gomez. ad leg. Tauri 50. n. 6. Gl. 32. n. 6. Sanchez. de matrim. lib. 6. disp. 18. n. 13. Menoch. lib. 3. præsumpt. 10. n. 1.*

26 Porro, cum *Proxenetium* nuptiale donationis quoque species sit, idè scias (velim) illud nihil esse aliud, quàm præmium, quod iis decernitur, quorum operâ nuptiæ conciliatæ. Solent enim plerumque in contrahendis sponsalibus mediatores intervenire, quorum sagacitate & solertia ea, quæ negotio remoram injiciunt, removentur. Hi plerumque, dum munere suo strenuè funguntur, dum dotes sponsi, vel sponsæ impensè laudant, divitias jactitant, venustatem extollunt, pietatem commendant, na-

vatum benè operam honorariò donantur, quod *Proxenetium* latinis dicitur; & solet id manu eò liberaliori porrigi, quò liberales ipsi fuerunt in fingendo, & mentiendo. Tu id genus hominibus non facile fidem adhibe: Spe enim lucri allecti, nihil non mentiuntur, ut nuptias persuadeant; & experientia sanè multos docuit, quòd pro Diana ranam ceperint, & pro Minerva cervam venati sint, dum proxenetis cornua instantibus ad venationem conjugum fide faciles procellerunt.

TITULUS VIII.

QUIBUS ALIENARE LICET? VEL NON.

SUMMARI A.

- 1 *Maritus non potest fundum dotalem alienare.*
- 2 *Maritus an verè sit dominus dotis?*
- 3 *In quibus casibus procedat alienatio dotis?*
4. 5 *Quando possit alienari pignus?*
- 6 *An pupillus possit dare mutuum?*
- 7 *Debitor non rectè solvit pupillo.*
- 8 *Nec pupillus creditori.*

Actum de nobis dominium acquirendi; cum autem dominii effectus sit, posse rem suam in alium alienare, idcirco, justò nunc ordine efflagitante, per quos dominium alienari queat, vel non, Imperator *Justinianus* subnectit.

AD PRINCIP.

Accedit aliquando, ut, qui dominus rei sit, alienare non possit; è contra què dominus non sit, alienandæ rei potestatem habeat.

Exemplum prioris absolvit maritus. Hic enim, licet, durante matrimonio, dominus dotis sit, prædium tamen dotale, ob prohibitionem legis *Julie*, alienare non potest: ratio prohibitionis est in *sine textibus*, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum convertatur; ratio alia, quia interest reipubl. dotem mulieribus conservari, ut eò facilius, viduæ factæ, inveniant maritum, l. 1. ff. *solut. matrim.*

Q. I. *An ergo maritus sit verè dominus dotis?* pro affirmativa Facit I. Quòd marito rei vindicatio detur ad rem dotalem amissam à possessore repetendam, l. 11. *Cod. de Jure dot. l. 9. Cod. de R. V.* Ergò maritus est verus dominus rei dotalis, quia rei vindicatio non datur, nisi vero domino, l. 23. & *tot. tit. ff. & Cod. de R. V.*

Facit II. Maritus servum dotalem manumittere potest, l. 21. ff. *manumiss.* Et l. est 3. *Cod. de Jur. dot.* ergò est verè dominus rei dotalis, quia solus dominus, aut lex servum manumittit, l. 1. *Cod. commun. de manumiss.*

Facit

Facit III. Quia, si dos ante nuptias marito data sit, nuptiis postea non fecerit, dos per conditionem à marito repetitur, l. 7. §. ult. ff. *Jure dot.* ex quo perspicue liquet, maritum dotis traditione verum dominum fuisse effectum, alias enim non conditione, sed rei vindicatione mulier dotem, non fecerit nuptiis, repeteret. *Arg. §. 14. Inst. de act.*

Facit IV. Quia nemo regulariter rei propriae furtum committere potest, l. 21. ff. *commodati*; aut uxor, dum matrimonium adhuc consistit, potest rei dotalis facere furtum, l. ob res amotas 24. ff. *de act. rer. amot.* Ergo rei dotalis uxor non est domina, sed maritus. *Humm. var. resolut. lib. 2. tract. 4. q. 4. Harp. hic. num. 4. Manz. num. 7. Schneid. Funsterw. lib. 4. obs. 4. num. 5. Gonzalez. in c. 28. §. de Jurejur.*

Pro negante opinione facit I. l. 3. §. 5. ff. *de minor.* ubi dos aperte dicitur proprium ipsius filiae patrimonium. II. l. un. §. §. hoc. *Cod. de rei uxor. act.* ubi consimiliter dos proprium uxoris patrimonium appellatur. III. l. 75. ff. *de Jure dot. quamvis* (inquit lex) *in bonis mariti dos sit; mulieris tamen est.* IV. (ut plura loca sileam) l. 30. princip. *Cod. de Jure dot.* ubi aperte Justinianus scribit, res dotales, & ab initio uxoris fuisse, & naturaliter permanuisse in ejus dominio.

Sane, in hac Quaestione exclamare possis, miranda novitas! subtilis subtilitas! quis eam ruminabit? Juris enim principium est, non posse duos ejusdem rei esse dominos. l. 5. §. 30. ff. *commodati.* Ergo vel uxor non est domina dotis; vel maritus non est ejusdem dominus.

Varii varia, ut videre est apud *Humm. loc. cit.* commentati sunt, ut inter allegatas leges fœdes facerent. Crebrior tamen aliculus AA. in eam combinationem descendit, quod maritus habeat do-

minium civile, uxor verò naturale; sic enim disertè statuit d. l. 30. *Cod. de Jure dot.* in qua dicitur, res dotales ab initio uxoris fuisse, & naturaliter in ejus dominio permanuisse; ergo uxor naturaliter, i. e. revera, & in effectu est domina dotis. Maritus vero civili quâdam ratione, & fictione Juris dicitur esse dominus dotis, quatenus nimirum ea facere potest, quæ dominorum sunt propria, v. g. dotem amissam vindicare, servitium dotalem manumittere. Ita omnes supra allegati AA. & Schneid. n. 6.

Ex dictis habes, quòd maritus sit dominus dotis civilis, ejus tamen alienandæ potestatem non habeat.

Verùm cum hoc indistinctè non procedat, ideò

Q. An in nullo casu marito licitum sit alienare rem dotalem?

R. Cum distinctione, vel res dotalis est fungibilis, vel non fungibilis: si est res fungibilis, v. g. pecunia, oleum, vinum, frumentum, potest eam alienare, l. 42. ff. *de Jure dot.* ubi dicitur, in dotem data, quæ pondere, numero, mensura constant, mariti periculo sunt; quia ad hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrabat, & quandoque, solutò matrimonio, ejusdem generis, & qualitatis alias restituat vel ipse, vel haeres ejus. Et ratio hujus hæc est, quia res in dotem ad hoc dantur, ut illis maritus utatur, fruatur, pro oneribus matrimonii sustinendis, l. pro omnibus *Cod. de Jure dot.* atqui rebus fungibilibus aliter uti, frui non potest, nisi eas absumat, quia earum usus consistit in abusu; absumere autem non potest, nisi possit eas alienare, distrabere, vendere, &c. *Humm. var. resolut. loc. cit. resolutio contrariorum.*

Si res non est fungibilis, tunc vel est mobilis vel immobilis. Si mobilis iterum distinguo

distinguo, vel est *servando servabilis* & *pretiosa*, veluti *gemma* &c. non possunt alienari, quia immobilibus comparantur, *Schneid. num. 10.* vel *servando non servabilis*, & alienatio marito permisa est, quia non agit contra legem Juliam, cum ea tantum prohibeat marito, alienare fundum dotalem, sive rem immobilem, *Manz. n. 10. Harp. num. 21.*

Si res dotalis sit immobilis, tunc est vel in dotem data *estimato* vel *inestimato*? Si *estimato*? refert iterum utrum *estimatio* facta sit, taxationis gratia, ut sciatur, quanti, plus, vel minus, valeat res tempore restitutionis? ut sic maritus cogatur refarcire deteriorationem rei dotalis, & in hoc casu alienare non potest, *l. 21. Cod. de Jure dot.* quia non ideo datur marito, ut de ea dote pro libitu disponat; sed ideo, ut, soluto matrimonio, eandem uxori restituat, & si forte rem deteriore fecerit, ut sciat, quantum pro compensatione cogatur reddere maritus, *Schneid. n. 9. Chlimgensperg. Inst. h. t. g. 3.*

An vero *estimatio* facta sit per modum venditionis, ac si res dotalis marito esset vendita, & potest rem dotalem indistincte alienare. Ratio, quia *estimatio* dotis venditio est, *l. 10. §. 1. ff. de Jure dot.* cum rebus autem emptis possumus pro placito disponere, *Schneid. loc. cit.*

Si res immobilis *inestimato* data sit, tunc procedit constitutio nostri *§. 1. l. 1. §. 15. Cod. de rei uxore. act.*

Ex quibus omnibus colliges, quod, dum diximus, uxorem esse dominam naturalem, maritum vero dominum civilem, hoc intelligendum sit de rebus dotalibus immobilibus, *inestimato* datis; harum enim uxor revera, & naturaliter domina est, maritus vero fictione Juris civilis quoad certos effectus, ceterarum vero rerum v. g. *fungibilium, mobi-*

lium, immobilium, estimato datarum, maritus plenus dominus est, ita, ut quolibet de iis modo plene se disponere possit. Hinc enim periculum, casum fortuitum circa eas praestat maritus, qui, soluto matrimonio, non rem in specie, sed *estimationem* restituit. Ita *Hum. var. resol. pag. 532.*

AD VERS. CUM ENIM.

Lex Julia duo duntaxat in se habebat, quae ambo postea *Justinianus* correxit. I. Lex Julia illas duntaxat alienationes prohibuit, quae, invitâ muliere, fiebant; oppignorationes autem etiam volente, & consentiente uxore, prohibuit. II. Tantum illarum rerum alienationem prohibuit lex Julia, quae in Italia factae fuerant.

Verum utrumque correxit Imperator *Justinianus* in *l. un. §. 1. tunc lex 15. Cod. de rei uxore. act.* ita, ut neque oppignoratio, etiam consentiente uxore, rei dotalis fieri possit, quia interest reipubl. mulieribus dotem conservari, cuius favori uxor suo consensu praepjudicare non potest, *Schneid. n. 4. Manz. n. 103. Concordat N. Oe. Land-Tafel, l. 2. tit. 1. Wam ein Ehe-mann, &c. i. e. Si Maritus res immobiles uxoris, Dotales dicitas, alienare veller, id, quamquam alienationi consentiret uxor, marito non concedendum esse, graves ob rationes statutum est.*

Quod si tamen uxor alienationem fundi dotalis Juramento confirmaverit, alienatio tenet, per *apert. text. cap. cum contingat. 28. de Jurejur. Gonzalez. numero 10.*

§. CONTRA I.

Accidit aliquando, ut, qui dominus sit, alienare non possit, (de quo casu haecenus egimus); & contra qui dominus non sit, alienanda rei potestatem habeat, qualis est creditor, qui licet dominus rei pigno-

pignorate non fit illam tamen ali-
quando alienare potest: ubi

4 Q. Quando creditor possit alienare pignus? Hoc quidem Imperator hic non exprimit; sed refert se ad constitutionem quandam, quæ existit in *l. fin. Cod. de Jure domini impetrand.* Ex qua sic distinguitur! vel factum est pactum inter partes; vel nullum? si factum est pactum, vel est factum super alienando pignore, tunc statim pacto, *i. e.* tempore elapso, potest creditor in casu non factæ solutionis pignus alienare sine ulla denuntiatione, debitori moroso facta, *l. ult. §. 1. Cod. eod. §. text. hic.* ubi simul adducitur ratio, quia nimirum voluntate debitoris intelligitur pignus alienari. Si factum est pactum super non alienando pignore, non valet tale pactum, *l. 4. ff. de pignorat. act.* Ratio ne ex hoc debitor occasione malignandi, & perpetuo differendi solutionem arripiat. *Schamb. hic.* Operatur tamen tale pactum hunc effectum, quod creditor debitori debeat trinam denuntiationem facere, ut solvat; alias pignus se distracturum, & facta trinâ denuntiatione, tenetur creditor per biennium expectare, ac rursus monere debitorem, ut luat pignus. Quod si elapso illo biennio, & trinâ denuntiatione facta debitor nihilominus in luendo tardus, ac negligens sit, potest creditor pignus distrahere, & liberè vendere, *d. l. ult. §. 2.*

Si nihil pactum, vel conventum sit inter partes, tunc creditor potest interpellare debitorem, ut solvat: secus se vellet distrahere pignus, nisi fiat solutio. Quod si deinde debitor cessaverit per biennium à die denuntiationis; pignus creditor vendere poterit, *d. l. ult. §. 1. Cod. de Jure domini impetr.* Si non reperitur emptor, rursus admonendus est debitor, qui si porro cesset, creditor si-

Kees ad Instituta.

bi Jus domini in pignore impetrabit, *d. l. ult.* ita tamen ut debitor adhuc intra biennium rei oppignorate dominum acquirere possit, si nimirum creditori offerat debitum ipsam, unâ cum eo, quod interest. Si denique intra biennium debitum non solverit, plene Jure acquiritur creditori pignus. *Manz. num. 31. Schneid. num. 4.* De Jure Austriaco res paulò aliter se habet. Vide *N. Oe. Land-Tafel lib. 2. tit. 3. von Verkaufung der Unterpfind.*

§. NUNC ADMONENDI. 2.

In hoc §. Imperator redit iterum ad primam partem, & ponit aliud exemplum, ubi is, qui Dominus est, res tamen suas alienare non potest. Nam, licet pupillus, & pupilla rerum suarum sint domini, illas tamen sine Tutoris autoritate alienare nequeunt, ne ob ætatis defectum patiantur damnum.

A D V E R S. I D E O Q U E.

Q. hic: *An pupillus sine tutoris autoritate possit mutuas pecunias dare?* R. Imperator *negativè*, quia, ut possit quis mutuum dare, debet transferre dominium rei in alterum; sed pupillus non potest transferre; *ergo.*

Sed quid, si pupillus defacto dederit pecunias mutuas? R. cum distinctione, vel pecuniæ adhuc existunt vel non? Si existant potest eas vindicare, quia adhuc earum mansit dominus. Si non amplius existant, sed sint consumptæ, tunc vel sunt consumptæ bonâ fide, & mutuum convalescit, ita, ut acquirat conditionem certi ex mutuo, *l. 19. §. 1. ff. de R. C.* vel malâ fide, & tunc pupillus habet contra debitorem utilem rei vindicationem, vel actionem ad exhibendum, tanquam contra eum, qui rem dolo malò desit possidere; quia Jura fingunt, rem adhuc existere penes eum, qui dolo malò desit possidere. *Manz. num.*

14. Paria enim sunt possidere, & dolò defuisse possidere, *l. 13. l. 150. ff. de R. J.* & dolus pro possessa re est, ipsamque rem representat.

AD VERS. EX CONTRARIO.

Econtra verò omnes res pupillo etiam sine tutoris auctoritate rectè dari possunt: meliorem enim suam conditionem facere potest, non deteriorem. *Sebamb. hic.*

AD VERS. IDEOQUE.

7 Potestne ergò debitor ipsius pupilli sine tutoris auctoritate pupillo debitum solvere? Dixeris primà fronte, quòd sic. Ratio; quia debitum accipiendò reddit suam conditionem meliorem. *ꝛ.* Tamen, quòd non; sed tutoris auctoritas debitori adeò necessaria est, ut eà non adhibita, debitor non liberetur, *text. hic.* Ratio, quia pupillus absque tutoris auctoritate non potest quidquam alienare; atque, si diceremus debitorem liberatum esse, obligationem alienaret, ergò &c. *Manz. n. 21.*

AD VERS. SED HOC ENIM.

Quid si solutio debiti pupillo facta sit cum auctoritate tutoris? *ꝛ.* Quòd tunc equidem debitor liberetur, *Harp. num. 28. hic.* non tamen omninò securus fiat, quia pupillo læso, adhuc salva erit in integrum restitutio, *l. 1. Cod. si advers. solut.* Si ergò omnimodè securus esse velit debitor, Judicem adeat, necesse est, ut prius judicialis sententia solutionem permittat, summaria causæ cognitione præmissa, nam pupillo expedit solutio; quo facto, si Juxta decretum suum interposuerit, & debitor solverit, sequeretur hujusmodi solutionem plenissima securitas. *Text. hic. & in l. 2. §. 2. Cod. de administrat. tut.* Quæ securitas tanta est, ut nulla contra solutionem, decreto Ju-

dicis factam, restitui admittatur. *Manz. num. 25.* Ratio, quia non debet, quòd ritè & secundum leges ab initio actum est, ex alio eventu refuscitari. *Schamb. hic.*

Dices: Licèt res pupilli decreto prætoris alienata sint, si tamen pupillus notabiliter læsus sit, salva ei adhuc restitutio, *l. 11. Cod. de præd. minor.* ergò idem hic asserendum, licèt auctoritate Judicis sit facta solutio. *ꝛ. l. 1. Possè negari antec.* dicta enim Lex non loquitur de re alienata, ex decreto prætoris revocanda, sed tantum de læsione circa pretium emendanda. *Zoef. de minor. num. 14. ꝛ. II. transf. antec. neg. seq.* Ratio diversitatis est, quia contrahere cum minoribus nemo cogitur, *l. 16. Cod. de Jure delib.* & qui contrahit, scire debet conditionem ejus, cum quo contracturus est, *l. 19. ff. de R. J.* secus est in solutione, quoniam debitor solvere necesse habet, sicque non sua voluntate sed Juris necessitate solvit, *l. 7. §. 2. ff. de minor.* Meritò igitur plenissimè liberatur, ut inquietari amplius non possit. *Harp. num. 32. Gomez. tom. 2. var. resol. cap. 14. num. 4.*

AD VERS. SIN AUTEM.

Quid si his non observatis, & spretis tutoris auctoritate, decretove Judicis, debitor pupillo solverit? *ꝛ.* in rigore Juris pupillum actionem habere ad petendam iteratò solutionem; quia paria sunt, aliquid fieri, & non legitime fieri. Quòd si tamen pecuniæ adhuc apud pupillum vel formaliter, vel virtualiter (forte quia exinde factus est locupletior) existant; tunc, iteratò petens solutionem, per exceptionem doli mali in judicio repellipotest; eò quòd cum alterius læsura locupletari velit, & contra fidem faciat, bis exigendo debitum, *l. 58. ff. de R. J.* Quòd si pupillus pecuniam acceptam, malè

malè consumpserit, aut furto, vel vi amiserit, vel alio simili casu incendii rapinæ, perdiderit, tunc nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed ad iteratam solutionem denuò condemnabitur. Ratio est in *textu*, quia sibi imputare debet, cur tam temerè sine tutoris auctoritate, & decreto Judicis solverit. *Manz. n. 36.*

AD VERS. SED EX DIVERSO.

8 Q. hic: *an pupillus & pupilla sine tutoris auctoritate creditoribus suis solvere possint?* videtur I. quòd sic: quia pupillus potest suam conditionem meliorem facere absque tutoris auctoritate; at solvendo videtur facere meliorem, quia solutio liberationem pupilli respicit II. Quia pupillus etiam sine tutore auctore per acceptilationem liberari potest; ergò etiam per solutionem, quia acceptilatio est species solutionis.

Hoc non obstante R. Imperator *negativè*: ratio, quia ad solutionem requiritur, ut dominium in alterum transfe-

ratur; pupillus autem solus non potest transferre dominium, *ergò.*

Ad *rationem* I. Dico *neg.* per solutionem pupillum facere suam conditionem meliorem: quid enim, si se potuit contra petentem exceptione tueri: Quid, si præmaturè solvit? Quid, si alibi utilius solvisset? Ad II. R. In acceptilatione nihil periculi esse, quia nihil debet præstare pupillus. *Manz. n. 38. & seqq.*

Solvere ergò pupillus solus non potest: quid autem, si *actu solverit?* tunc vel pecuniæ solutæ existunt, vel sunt consumptæ: si existunt, potest eas per vindicationem repetere, l. 150. ff. de R. J. Si consumptæ sunt, tunc vel bonâ, vel malâ fide. Si bonâ, tunc liberatur pupillus à debito, l. 9. §. 1. & 2. ff. de *autb. tut.*

Si malâ fide, habet utilem rei vindicationem, tanquam contra eum, qui dolò malò rem desit possidere. Quòd si res soluta etiam casu fortuito penes creditorem pereat, non pupillo, sed creditori peribit; liberatur enim pupillus consumptâ pecuniâ, d. l. 9. §. 2. *Manz. n. 51.*

TITULUS IX.

PER QUAS PERSONAS CUIQUE ACQUIRITUR?

SUMMARI A.

- 1 Quid & quotuplex sit *peculium*?
- 2 Enumeratur casus, quibus *peculium* redditur *extraordinarium*.
- 3 & 4 Quale *peculium* acquiratur Patri?
- 5 An Pater amittat usum-fructum per nuptias filii.

CONNEXIO ET PRINCIPIA.

O Mne, quod acquiritur, aut dominium est, aut possessio, aut obligatio.

Acquiritur autem dominium vel possessio, non solum per nosmetipsos; sed & per eos, quos in potestate vel patria, vel dominica habemus. Item per servos usufructuarios, sicut & alienos, bonâ fide possessos. Item per liberos homines, de quibus ordine.

§. I G I T U R I.

Pro faciliùs intelligendo hoc §. observa, quid, & quotuplex sit *peculium*? *Peculium* concinnè descripsis, quòd I

fit *pusillum patrimonium, concessum à patre vel domino filiosam, vel servo, separatim à rationibus paternis vel domini, deducto eò, quod patri vel domino debetur. l. 4. l. 5. ff. de peculio Schamb. hic.* Quæ ultima verba ideò adiciuntur, quia pater conventus actione de peculio ex contractu sui filiosa. prius deducit id, quod sibi à filio debetur, quam reliquis creditoribus satisfaciat.

Dividitur peculium in pagantum & militare. Paganum iterum dividitur in profectitium, & adventitium. Profectitium est, quod ex re, & substantia patris ad filium proficiscitur: veluti si pater habet filium industrium, aptumque ad negotia, & pater ei relinquit, aut deputat aliquam substantiam pecuniæ, cum qua negotietur, quæ separatur à rationibus paternis, nec pater connumerat inter sua bona, sed filius separatas habet suas rationes. Schneid. §. 10. Inst. de act. n. 2.

Peculium adventitium est, quod non ex bonis paternis sed aliunde extra causam militiæ filio acquiritur, puta, ex successione vel donatione materna vel extranei, aut liberalitate fortune.

Hoc posterius subdividitur in ordinarium, & extraordinarium. Ordinarium est, cujus usus-fructus ad patrem, proprietas ad filium pertinet. Extraordinarium, cujus plena proprietas, & usus-fructus ad filium pertinet.

2. *Casus autem, in quibus peculium adventitium sit extraordinarium, sunt sequentes.*

I. Est relatus in *l. 6. §. 1. Cod. de bon. que lib.* si scilicet pater usus-fructum remittat. II. Est in *Nov. 117. cap. 1.* Si ea conditione filio aliqua res donetur, ut plenam ejus rei proprietatem habeat, nempe & proprietatem, & usus-fructum. III. Si pater una cum filio succedat in hereditate filii, v. g. si pater cum

Titio filio suo succedat Sempronio, qui etiam ejusdem filius, sed mortuus est, *Nov. 118. cap. 2.*

Dices: si filius cum patre succedit extraneo, v. g. uxori, pater habet usus-fructum; ergò etiam, si succedat filius cum patre fratri. R. neg. conseq. Ratio differentie est, quòd Patri, succedenti cum filio ab intestato fratri, usus-fructus fuerit adeptus, quia in illa successione olim perpetuo excludebatur, *l. 11. Cod. commun. de success.* Alit nullibi reperitur pater prohibitus cum liberis extraneo succedere ex testamento; ergò, *Chlengenp. hic. quest. 4. ob. m.*

IV. *Casus est ex l. ult. Cod. de bon. que lib.* si filius, dissentiente patre ac invito, hereditatem adeat, v. g. si pater jubeat, ut hereditatem relictam non adeat, eò quòd sit periculosa, ac onerosa, tunc Titius filius, adiens hereditatem, plenam ejus proprietatem acquirit, *d. l. ult.*

V. Est ex *l. 7. Cod. eod.* si filio quidquam à principe donetur; talis enim donatio habet se per modum peculii castrensis. *Glette Inst. de loc. Chlengenp. q. 4. h. t.*

Peculium militare dispescitur in *castrense*, & quasi *castrense*. Illud, est quòd à parentibus, vel cognatis, vel aliis, omninò extraneis, donatum est filiosam. eunti ad castra, & degenti in militia. Item, quod ipsemet filius miles occasione militiae acquirit.

Quasi castrense est, quod filiosam. ratione publici officii, vel cujusdam exercitii publici, & aliàs ingenio suo acquirit, ut faciunt Magistri artium ex professione artium liberalium, vel Medici, aut Advocati, cum & hi militare dicantur, *l. 14. Cod. de advocat. divers. jud.* His præmissis pro declaratione *textus*,

3 Dico I. peculium castrense, & quasi tale, nec hodie, nec olim patri quærebatur; sed habet, & habebat plenum illius dominium filiusfam. l. 6. *Cod. de bon. que liber.* habeturque in eo pro patrefam. l. 2. ff. ad S. C. Maced. Schamb. hic. *Brumm.* in d. l. 6. *Cod. de bon. que lib.*

Dico II. peculium profectitium sicut olim, ita & hodie totum patri quæritur: ratio est in *textu*; que enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? *Fünsterwald. lib. 4. obs. 2. n. 3. Schneid. Inst. §. 10. de act. n. 2.* ubi notant casum, dignum memoria, & quotidianum, v. g. pater vivus habet multa prædia, & quia est decrepitate ætatis vel aliàs valetudinarius, non potest rebus suis præesse, easque administrare. Quare filius natu major ipsius omnia administrat, tam negotia domestica, quam eorum prædiorum, alter econtra frater natu minor, nihil domi agit mortuo patre: frater, natu major, dicit, se longo tempore gessisse curam rei familiaris, ideo antequam bona paterna dividantur, petit tantum salarii, quantum datur, petit tantum salarii, quantum datur, pater uni negotiorum gestori dedit. *Q. an illud salarium præstandum sit?* & decidunt, *negative*: filius enim ex debito reverentiæ paternæ ad tales operas tenetur. Verùm *Perez. ad Cod. de collat. n. 22. Gomez. ad leg. taur. 29. n. 24. & Fachin. lib. 5. cont. 83.* exultant, in casu, quo filius ex pecunia patris per suam industriam lucrum notabile fecit, aliquam partem, tantam nimirum, quantam Institori de more regionis dare oportuisset, filio assignandam esse perpensâ nimirum filii industriâ, & lucrî quantitate.

Dices: Ergo filius nullam ex tali peculio habebit utilitatem? *R. Schamb. hic.* utilitatem esse positam in eo, quod confiscatis bonis paternis, peculium illud

maneant filii, l. 3. §. 4. ff. de minor. Item, si filiusfam. vivo patre emancipetur, neque peculium expressè adimatur, censetur esse donatum, l. 31. §. 1. ff. de donat.

Dico III. Peculium adventitium olim plene Jure patri acquirebatur. Postea Constantinus, l. 1. *Cod. de bon. mater.* statuit, ut patri res, à matre ad filiumfam. provenientes, quoad usum-fructum tantum acquirerentur, proprietate penes filium remanente. Justinianus verò, nullâ factâ distinctione inter res à matre sive aliunde advenientes, statuit, ut omne peculium adventitium tantum quoad usum-fructum patri acquireretur, l. 6. *Cod. de bon. que lib. & text. hic.* Ratio est, ne quod filio suis laboribus, aut prosperâ fortunâ accessit, hoc in alium perveniens, luctuosum ei accidat.

§. HOC QUOQUE I.

Olim, quando pater emancipavit filium, tertiam partem bonorum filii in recompensationem, & quasi pro pretio præstitæ emancipationis retinebat. Hodie verò hoc correctum est, ut pater non tertiam partem domini rerum filii, sed dimidiam partem usus-fructus tantum bonorum adventitorum pro emancipationis præmio retinere possit, *text. hic. & l. 6. §. 3. Cod. de bon. que lib.* Ratio est in *textu*: inhumanum enim videbatur, filium proprietate, & dominio tertie partis bonorum defraudari, & quod honoris ei ex emancipatione accedebat, dum scilicet sui Juris efficiebatur, hoc per rerum diminutionem decrescere. *Schneid. n. 7. hic.*

Ex hoc §. quia in nostra Germania hodie forma emancipationis vix amplius servatur, sed ipsò factò emancipantur, si privatam familiam, & æconomiam

ducant *inferunt* D.D. non iniquitatis scilicet sapere si pater à filio, cui cedit privatam familiam instituendi licentiam, aliquid petat quasi in præmium tacitæ emancipationis. Deinde

5 *Inferunt* II. Usumfructum, quem pater in bonis liberorum adventitiis habet, per transitum filii ad nuptias, habitò respectu ad Jus commune, non in totum expirare; sed dimidiam illius partem patri, ob gratificationem emancipationis, præmii locò, adhuc deberi, sicut olim, l. 6. §. 3. Cod. de bon. que lib. Manz. n. 9. & 10.

§. ITEM VOBIS.

Hactenus, quomodo nobis acquiratur per personas, in nostra potestate patria constitutas; sequitur de iis, quæ in potestate dominica existant, videlicet *Servis*, de quibus nobis modicus sermo erit; quoniam, quæ in usu non sunt, attendenda non sunt. Prolixior tamen explanationem hujus §. si desideres, remitto te ad Manz. hic. Itaque servus quidquid acquirit, nobis acquirit, cum servus proprium habere non possit. Quod ampliat, ut non solum domino scienti, sed etiam ignoranti, & invito acquirit.

Limitatur autem procedere, in acquisitione, inter vivos factâ; secus in his, quæ in ultimâ voluntate obveniunt. Servus enim, adeundo hæreditatem, invito domino acquirere non potest, ne scilicet dominus invitus gravetur ære alieno, cum hæreditas propter res alienum latens damnosa esse possit, l. 6. ff. de acquir. hered.

§. DE IIS. 4.

Servus *fructuarius*, in quo quis usumfructum habet, in duobus casibus acquirit fructuario,

I. Quando ex ipso fructuarius aliquid consequitur, ut, quia fructuarius fecit istum servum dispensatorem rerum suarum. II. Quando servus ex operibus suis quid consequitur, veluti, si servus est *picior*, vel *futor*, &c. Ea vero, quæ servus extra istas causas consequitur, ad dominium proprietatis, non fructuarius pertinent. *text. hic.*

§. EX HIS. 5.

Queritur in hoc §. an etiam, & quomodo nobis acquiratur per extraneam personam, quæ scilicet neque patrie, neque dominice nostræ potestati subiecta est? Ad hoc *Imperator*, regulam vulgarem prodidit, per extraneam personam nihil nobis acquiri; à regula tamen excipitur *Procurator*, qui nobis acquirit possessionem, & per illas etiam dominium, & hoc propter mandatum; quod enim quis facit per alium, per se ipsum fecisse intelligitur. Sed

Q. An in predictis casibus requiratur scientia domini? Ad hoc *Imperator*. cum distinctione; vel loquimur de acquirenda sola possessione, vel de usucapiendi conditione, vel domini acquisitione. Possessio, & dominium etiam ignorantia domino acquiritur; sufficit enim, quod ab initio mandatum intercesserit. Manz. n. 10. hic. Usucapiendi conditio ignorantia non acquiritur: ratio *disparitatis*, quia in usucapione bona fides requiritur, ignorans autem nec bonam, nec malam fidem habet. Manz. loc. cit.

T I T U L U S X.

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

SUMMARI A.

- 1 Definitur Testamentum.
- 2 Cujus Juris sit Testamentum?
- 3 Testamenti factio ante Jus civile in usu fuit.
- 4 Enumerantur requisita ad Testamentum.
- 5 Debet scribi ab ipso testatore.
- 6 Inhibitio hæredis dicitur basis, & fundamentum Testamenti.
- 7 Ad Testamentum requiruntur VII. testes.
- 8 Illique debent esse idonei.
- 9 Testamentum debet fieri unico contextu.
- 10 Unde in eo non potest celebrari contractus.
- 11 Testamentum etiam alieno signo muniti potest.
12. 13. 14. 15. 16. 17. & 18 Quinam possint adhiberi testes.
- 19 An legatarii, & fideicommissarii rectè adhibeantur?
- 20 Testamentum Nuncupativum quid sit?
- 21 Recensentur ejus requisita.
- 22 Nuncupatio per relationem ad schedam non potest fieri.
- 23 Eliduntur argumenta contraria.
- 24 Testamentum, in foro fori nullum, an teneat in foro poli?
- 25 Holographum testamentum an valeat?

AD PRINCIP.

Testamentum ab etymologia nominis (de qua disceptant Clariss. D. D. Franz. hic. n. 1. Manz. tract. de Testament. tit. I. n. 9.) testatio mentis dictam in l. 1. ff. qui testam. facere poss. conciu-

nè definitur, quòd sit *Voluntatis nostræ juxta Sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.*

Dicitur I. *Voluntatis nostræ*: quia Testamentum in voluntatem alterius conferri non potest, l. 32 ff. de hæred. Instit. & ultima voluntas non potest ex alieno arbitrio dependere; nam certum debet esse testantis consilium, Manz. loc. cit. n. 5.

Dicitur II. *juxta*, i. e. Juri conformis, solennis, & omnibus numeris perfecta, & juxta legum præcepta ordinata, arg. l. 1. ff. de injust. rupt. & irrit. fact. testam.

Dicitur III. *Sententia*. i. e. seria, & benè deliberata voluntas. Schamb. hic.

Dicitur IV. *De eo, quod quis post mortem suam fieri velit*, quibus verbis differt ad actibus inter vivos, scilicet contractibus, hi etenim statim suum sortiantur effectum. Testamentum verò non nisi post mortem, viventis enim nulla est hæreditas, l. 49. ff. de acq. hæred. Perez. ad Cod. b. t. Manz. n. 7.

Q. I. *An Testamentum sit creatura Juris gentium an civilis.*

Ut in hujus controversie altercatione breviter me expediam, sic statuo: Res ipsa ortum habet à Jure gentium; sed formam, & solennitatem Jus civile constituit, ita re ipsa docent Harp. prin. b. t. n. 62. Schneid. n. 6. Schamb. hic. Manz. hic. n. 6. Zoëf. ff. qui testam. fac. poss. n. 1. Münsterwald. lib. 2. obs. 110. n. 2. Vinn. Inst. hic. n. 3. Struv. ad ff. Exercit. 32. th. 3. & communitè omnes.

Dissent. Glessle de Testament. cap. 1. § 3. Hum. var. resol. tract. 5. q. 3.

3 Prior *Sententia probatur* ex eo, quòd ante inductum Jus civile in usu fuerit testamenti factio, quemadmodum (ut alia loca sileam) *Genes. cap. 35. v.* perspicue legimus, quòd Abrahamus filium suum Isaacum heredem instituerit, exclusis concubinarum filiis, quibus tantummodò quædam munera est largitus. Idem patet ex *Tito Livio. lib. 1. decad. 1.* ubi refert, Tarquinium, testamentò patris heredem institutum, omnia bona solum retulisse, exclusò fratre posthumò, cui à re nomen Egerii fuit.

Obj. de Jure nature nemo potest disponere in tempus, quo non est amplius rerum suarum dominus, quia paria sunt tempore fieri inhabili, & conferri in tempus inhabile; sed testator disponeret in tempus, quo non est amplius dominus, mors enim omnia solvit; ergò. *Re. Distinguo maj.* Nemo potest in illud tempus disponere, quo non amplius est dominus effective, *conced. maj.* executive, *neg. maj.* Sed testator disponit in tempus, quo non est amplius dominus, executive, *conced. min.* effective, *neg. min.* & *conseq.*

Quantum ad voluntatem attinet, dispositio jam est sortita effectum in vita testatoris, qui perfecte disposuit id, quod voluit; licet voluntatis executio fiat post mortem: nam & tunc, quando testatur, & eò ipso momento, quo moritur, bonorum suorum dominus est. Inque hæres ab intestato statim incipit ex Jure nature obligari ad implendam defuncti voluntatem, & hæres institutus illo momento, quo moritur testator, acquirit Jus in bona defuncti, ita, ut post mortem bona non fiant vacantia, quoniam jam naturaliter sunt obligata heredi instituto.

§. SED, UT NIHIL. L. I. CUM §. SEQ.

Ut nihil antiquitatis ignoretur, enumerat *Imperator in hoc §.* tria genera testamentorum, quæ olim in usu fuerunt, & hodie penitus exoleverunt. Ego de iis mentionem facere supersedeo, tum, quòd res sit sine fructu, tum, quòd attendenda non sint, quæ in usu non sunt. Itaque ad *Schamb.* vel *Manz.* remissus esto.

§. SED CUM PAULATIM 3.

Jure *novò* Testamentum *invenitur in scriptum, & nuncupativum.* Illud est, quod adminiculo Scripturæ: hoc, quod adminiculo vivæ vocis perficitur.

Requiritur de Jure communi ad testamentum scriptum occurrant sequentia.

I. Ut ultima voluntas vel ab ipso testatore, vel ejus jussu ab alio scribatur, *l. hæc consultißima. 21. Cod. de testament. Perez. ad Cod. d. t. n. 2. Manz. tract. de testam. tit. 4. num. 6.* In casu autem, quo alius testamentum scripsit, debet testator vel ipse, vel octavus testis illud subscribere. *Nov. 119. c. 9. Glesio de testam. cap. 2. §. 1. n. 2. Schneid. n. 7.*

II. Ut expressis verbis instituantur hæres, *l. 29. Cod. eod.* cum hæredis institutio sit basis, & fundamentum testamenti, *l. 10. ff. de Jure Codicill. Zoef. loc. cit. n. 27. Schneid. n. 8. Manz. loc. cit. n. 7. Perez. ad Cod. n. 5. Mantica de conseq. ult. volunt. lib. 2. tit. 4. n. 2.*

III. Ut adhibeantur 7. testes, *text. hic. & d. l. 21. Cod. de testament.* Ratio hujus numeri à variis variâ redditur.

Vultejus §. 5. *inst. b. t.* dicit, ita placuisse Romanis, ac pro ratione sufficere voluntatem.

Antonius Faber & Arumeus miseram refugium sumunt ab *l. non omnium. 20. ff. de LL.*

Harprecht, & al. nullam (putant) probabiliorem assignari posse rationem, quam quod veteres peculiarem quamdam vim, & energiam huic numero septenario attribuerint. Quemadmodum is ab *Hebraeis* dictus fuit numerus *libertatis*; à *Pythagoricis* *virginitatis*; ab *Apuleio* *purificationis*. Imò numerus septenarius, & sacer, & plenus perfectionis dicitur, ejusque frequentissima occurrit mentio in sacra scriptura, v. g. die *septimo* quiescit dominus, eodemque homines quiescere voluit. *Genes. cap. 2.* Septem millia non flexerunt genua coram Baal. *lib. 3. Reg. cap. 18. v. 22.* Nam fratris septies in die condonabo; imò septuagesies septies *Math. cap. 18. v. 22.* Similiter *Eliseus* Propheta dixit ad *Naaman* leprosum, *vade! & lavare septies in Jordano! & recipiet sanitatem caro tua, atque mundaberis.*

Dices: in ore duorum, aut trium consistit omne verbum. *Math. 18. ergo* non requiruntur 7. testes. *Re. Antec.* verum esse; nisi plures testes à lege desiderarentur, prout in testamento ad evitandas fraudes à lege requiruntur.

Oppones cap. 10. & de testam. ubi præna anathematis affici jubetur, qui testamentum, coram parocho, & duobus testibus conditum, infirmat. *Re. Constitutionem, d. c. 10.* locum habere in terris Ecclesie Romane subjectis; non verò in provinciis, ad imperium Romanum pertinentibus. *Harp. n. 23.*

Urget per Nov. Leonis 41. & 43. qua cavetur, ut in civitatibus 5. & in agris 3. testes ad testamentum sufficiant. *Re. Novellas Leonis* non esse receptas, nisi quatenus sunt conformes Juri civili. *Harp. n. 21.*

IV. Ut testes sint idonei, *b. e.* tales, qui nullò Jure testimonium dicere prohibeantur, de quibus *infra.*

Recet ad Instituta.

V. Ut testes sint rogati specialiter ad hunc actum expediendum, nec casu, vel fortuito advenierint, *l. 21. §. 2. ff. qui testam. fac. poss. Glette cap. 2. §. 1. n. 15. Manz. loc. cit. num. 88.* Rationem, cur rogari debeant? allegat *Menoch. de arbit. Jud. lib. 2. cent. 5. cas. 495. num. 35.* ut nimirum ex parte testantis excludatur omnis suspicio, & subordinatio.

VI. Requiritur, ut testes se subscribant, *l. 21. Cod. h. t.* nec unus scribere potest pro alio, sed, quisque propria manu se subscribat, necesse est, *l. 80. ff. qui testam. fac. poss.* Ni fortè in tali loco testamentum conficiatur, ubi tot literati coadunari nequeunt; tunc enim potest unus pro alio subscribere. *l. fin. Cod. h. t.*

VII. Requiritur, ut testes in conspectu sint testatoris, eumque videant, conspectum agnoscant, ac faciei lineamenta probè discernant. *l. Cod. d. t. Ratio,* ne fortè aliquis subornetur, qui vocem testatoris mentiretur, ut, suis temporibus à muliere quadam sagace esse factum, testator Clarus, *§. testamentum. q. 59. Glette loc. cit. num. 16. Schneid. hic n. 7.*

VIII. Ut testes testamento sigilla sua imprimant, *text. hic. l. 22. §. 4. ff. qui testam. facere poss.* ubi tamen necesse non est, ut singuli propriò annulo utantur, sed possunt sigillò uti etiam alienò. *§. 7. Inst. h. t. Manz. tr. de testam. tit. 4. n. 139.* Imò, si ab ipso testatore annulum acceperis, & signaveris, valet testamentum. *l. 22. §. 2. qui testam. fac. poss. Glette loc. cit. n. 18.*

IX. Et ultimò, ut testandi actus unico contextu absolvatur, adeoque nihil ab instituto negotio contrarium aut alienum interveniat. *§. 3. hic. & l. 21. §. fin. ff. d. t. Ratio,* ne memoria per actum extraneum à competente deliberatione avocetur, aut turbetur. *Manz. n. 154. loc. cit. Zoef. n. 29. ff. qui testam. fac. poss. Harp. n. 2. hic.*

Dicta tamen cum grano salis intelligenda sunt; quando enim dicimus testamentum unico contextu absolvendum esse, nolumus excludere actus, quos testatoris moribundi conditio, ratio sanitatis, aut nature necessitas efflagitat. Hinc, si, calente negotio, Mystra veniat, sacro cibò decumbentem refecturus, si medicamentum aegroto porrigendum, si superfluum nature pondus excernendum sit, ea propter testamentum non vitiantur. *Manz. tit. 4. g. 1. n. 155.*

10 Ex *dictis* sua sponte fluit, inter testandi actum non posse celebrari contractum: ratio quia non potest testamento intermisceri actus alienus, *d. l. 21. §. fin.* sed contractus est actus alienus; nam contractus fit inter plures, & semel perfectus, revocari nequit. *l. 5. Cod. de O. & A.* Testamentum verò non fit, nisi ab uno, & insuper revocari potest usque ad extremum vitæ spiritum. *l. 4. ff. de adimend. legat.* ergò inter testandi actum contractus non potest celebrari. *Zoes. loc. cit. num. 30. Harp. n. 5. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 10. th. 5. lit. H. Hum. var. resol. lib. 2. tract. 5. q. 4. Fach. l. 5. cap. 23.*

Oppones *l. 7. ff. de libert. assignand.* ubi dicitur, pignus in testamento constitui posse; sed pignus est contractus, § 4. *Infl. quib. mod. re contrah. oblig. ergò &c.* nos non ire inficias, quòd tales actus testamento immisceri possint, qui unius voluntate nituntur, qualis est assignatio liberti. Sic quoque non adversatur, *d. l. 26.* quia nihil aliud statuit, quàm quòd testator voluntatem suam de pignore, alteri constituendo, in testamento declarare, hæredique necessitatem pignoris imponere possit; taliter enim contractus non celebratur, sed testator declarat, quid post mortem suam fieri velit.

AD V. ITA UT HOC.

Ex hæctenus *dictis* patet, solenne testamentum esse *tripartitum*, *h. e.* ex triplici jure, puta, *civili Prætorio, & constitutionum collectum*; nam, quòd uno contextu, in presentia testium, ad hoc specialiter rogatorum, fieri debeat, est ex Jure civili. Quòd autem testes, & testator se subscribere debeant, habetur ex Imperatorum constitutionibus. Et denique, quòd signacula imprimi debeant, & 7. testes adhiberi, ex Jure Prætorio descendit. *Manz. num. 13.*

§. SED HIS. 4.

Præter solennitates *suprà* enumeratas, *Justinianus* in *l. 29. Cod. de testam.* præcepit, ut testator ipse nomen hæredis scribat; vel si ex morbi acerbitate, vel scribendi imperitia id facere non possit, ut nomen hæredis coram testibus nuncupet, ut hi intelligant, quem hæredem consignare voluerit. Verùm hæc ipsa lex fuit postea sublata, & necessitas, ita exprimens nomen hæredis, remissa, ita, ut hodie sufficiat, nomen hæredis scribi per alium, dictante testatore. *Nov. 119. cap. 9. Manz. n. 4. bic. Schamb. & Zoes. ff. h. t.*

§. POSSUNT. 5.

Jam antè dictum, nil referre, sivei suo, sive aliendò signò quis Testamentum munierit, imò etiam ipsius testatoris signò testamentum firmari posse, patet ex *d. l. 22. §. 2. ff. qui testam. facer. poss.* Ratio est in *textu*, quia contingere possit, ut omnes, & singuli testes haberent proprios annulos; omnes, tamen annuli unam sculpturam, & characterem, sortè, quia testes omnes sunt ex una familia, quo in casu idem esset, ac si unum tantum annulum haberent, *Manz. & Harp. bic. §. TES.*

§. TESTES. 6.

Q. Hic quomam in testamento possint adhiberi testes? Et Imperator statuit hanc regulam, testes adhiberi possunt omnes, quibus testamenti factio est, sive activa, sive passiva, *b. e.* qui & testamenta facere, & ipsi ex testamento capere possunt. *Manz. num. 1. Franz. num. 2.*

Mihi (ut verum fatear) præfata regula minus solida videtur; mulier enim habet testamenti factionem tam activam, quam passivam, & tamen à testimonio repellitur. Item *filiosfam.* non habet testamenti factionem activam, & tamen in mentem factionem rectè adhibetur. Itaque statuenda est alia regula, nimirum ista: Testes adhiberi possunt omnes, qui non prohibentur. Ita *G'ettle tract. de testam. c. 2. §. 1. num. 4. Clariff. D. D. Franz. Inst. h. t. n. 11.*

12 Prohibetur autem I. *Mulier test. hic. §. l. 20. §. 6. ff. qui testam. fac. poss.* Rationem prohibitionis refundunt nonnulli in fragilitatem sexus, & infirmitatem Judicii. Male: sequeretur enim, foeminas in nullo planè casu ad dicendum testimonium idoneas esse, quod falsum; cum regulariter tamen in delictis, quam contractibus admittantur. *l. 18. ff. de testib. §. d. l. 20. §. 6. Brunnen. ibid. §. Farinac. de testib. q. 59.* Mihi placet illa ratio prohibitionis, quæ rejicitur in sollemnitate actus, ut sensus sit, ideò mulieres in testamento testes adhiberi non posse, quia testes masculi requiruntur de forma. *Bachov. §. Viim. n. 2. Concordat N. Oe. Land-Tafel tit. 5. lib. 2.*

II. Prohibetur *Impubes l. 3. §. 5. ff. qui testam. fac. poss. §. text. hic.* idque propter lubricum animi consilium, judiciiique atque intellectus imbecillitatem, propter quam communiter ejus testimonium reprobatum.

III. Testis esse non potest *Servus*, quia 13 non habet Juris civilis communionem, imò Jure civili pro mortuo, & pro nullo habetur, *l. 209. ff. de R. J.* At testamentum quoad solennitates est Juris civilis; ergò, *Manz. num. 9.*

IV. Coercetur *mutus*, cum testimonium reddere possit *Surdus*, cum vocem testatoris non exaudiat. *Euriosus*, cum non intelligat, quid agat, *l. 20. §. 4. ff. qui testam. fac. poss. G'ettle loc. cit. n. 5.*

V. Omnes ii, qui alias à lege in judicio prohibentur esse testes, prohibentur quoque in testamento adhiberi, bonum enim est argumentum à Judicii ad ultimas voluntates *negativè non affirmativè Schneid. n. 7. Manz. tract. de testam. tit. 3. q. 1. Concord. N. Oe. Land-Tafel, lib. 2. tit. 5.*

§. SED CUM ALIQUIS. 7.

Diximus, quòd servus in testamento testis adhiberi nequeat; sed

Q. hic, quid Juris? si servus, qui vulgò credebatur esse liber, defacto testis fuerit adhibitus? *R.* Imperator, quòd ex liberalitate tali testamento ob favorem ultimæ voluntatis subveniat, vel valere faciat, *text. hic. §. l. 1. Cod. de testam. Schamb. §. Manz. hic.*

Dices: ergò error communis facit Jus? *R.* quòd error communis non sit adæquata ratio, quare tale testamentum subsistat; sed, ut ultima voluntas sortiatur exitum. *Mysling. §. Vin. hic.* Quomodo autem & quando error communis faciat Jus, est altioris indaginis. *Vide Zoef. ff. de off. Præs. ad l. Barbarius.*

§. PATER. 8.

Q. in hoc §. an ex eadem domo plures testes producere licent? v. g. ego volo testamentum condere, potestne in eo adhiberi testis pater, & filius simul?

item duo fratres? Rationes dubitandi sunt duæ. I. Est, quoniam testimonium domesticum reprobatur. §. 9. b. t. §. c. 24. de testib. II. Quia non reputatur ut idoneus testis, cui imperari potest, l. 6. ff. de testibus.

15 Verum Imperator statuit, patrem & filium, item duos fratres in eodem testamento rectè adhiberi testes; ratio, quia in testamento extranei cessat omnis suspicio falsitatis, collusionis, aut conspirationis. Harp. num. 2.

Ad I. rationem dubitandi. R. quòd domesticum testimonium tum demùm reprobetur, si negotium sit inter ipsos domesticos; non etiam, si negotium versetur inter extraneos: tunc enim cessat suspicio collusionis.

Ad II. patet solutio, quoniam d. l. 6. procedit, si is, cui imperari potest, testis fiat in causa imperantis, secùs, si fiat testis in causa extranei Schamb. bic. num. 3.

§. IN TESTIBUS. 9.

16 Declarat hic Imperator, quòd liberi in testamento patris, cujus in potestate sunt constituti, testes adhiberi nequeant, quia testimonium domesticum reprobatur, text. bic. §. c. 24. §. de testib. Ratio alia, quia in causa propria nemo est idoneus testis, l. 3. Cod. de testib. sed filius testaretur in causa propria, debet enim in testamento hæres institui; ergò.

AD V. SED SI.

17 Q. hic, an pater possit esse testis in testamento filiusfam. Si de peculio castrensi testatur? & R. negativè his verbis: Sed, si filiusfam. de castrensi peculio post missionem faciat Testamentum, nec pater ejus rectè adhibetur testis.

Sed vehementer adversatur, l. 20. §. 2. qui testam. fac. poss. his verbis: per

contrarium quæri potest, an Pater ejus, qui de castrensi peculio potest testari, adhuc ei ab eo in testamento testis possit? & Marcellus scribit, posse.

Hotomannus in hac textuum contrarietate existimat, tantam esse difficultatem, ut videatur operam ledere, qui eos tentat in concordiam reducere. Sed maneat sua Hotomanno fides: ego referre existimo, an filiusfam. ante missionem Jure militari, vel post missionem Jure communi testetur? In priori casu fortitur locum d. l. 20. §. 2. tamen, si enim filiusfam. Jure militari testamentum condens, nullis planè testibus indigeat, atque ita inepta videatur dubitatio, possitne pater in tali testamento testis esse? quia tamen non semper testamentum scriptum, sed quandoque nuncupativum conficit hòc saltem casu quæstioni nostræ locus erit. In posteriori casu obtinet §. 9. bic. Ratio differentie est, quia si filiusfam. in castris ante missionem testamentum condit, legibus, & sollemnitatibus solutus est, post missionem verò Juris præcepta observare tenetur. Glette tract. de testam. c. 2 §. 1. n. 8. Harp. n. 6. Manz. n. 9. Ludw. bic.

§. SED NEQUE HÆRES. 10.

Q. Hic, an hæres in eo testamento, in quo institutus est, possit esse testis? R. quòd neque hæres ipse: quia in causa propria nemo est idoneus testis, d. c. 24. §. de Testib. §. l. 10. Cod. eod. Neque is, qui in potestate ejus est, nec pater ejus, nec fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possint: domesticum enim testimonium reprobatur. Manz. §. ceteri omnes hic Concord. N. Os. Land-Tafel, loc. cit.

§. LEGATARIIS. II.

Q. hic, an legatarii, & fidei-commissarii possint esse testes in testamento?

Ratio dubitandi est, quia nemo potest esse testis in propria causa; atqui legatarii, & fidei commissarii, censentur testificari in causa propria; tunc enim propria causa versari dicitur, quando ex propria causa emolumentum; vel damnum ad aliquem redundat, l. 1. §. 11. ff. quando appelland. sed ex hac causa id contingit, quia testamento subsistente, legata etiam, & fideicommissa subsistunt, eò autem corrue[n]te & infirmatò, legata quoque corruunt, ergo.

19 Verum, hac ratione dubitandi non attentà statuendum est, legatarios, & fidei-commissarios in testamento rectè adhiberi testes. Ita Manz. tract. de testam. tit. 5. quest. 1. n. 50. Glette loc. cit. cap. 4. §. 1. n. 12. Harp. Inst. bic. n. 11. Zoëf. ff. qui testam. fac. poss. n. 36. Concord. Jus Austriac. N. Oe. Land-Tafel. lib. 2. tit. 5. aber die legatarien &c. i. e. Legatarii vero, & alii, ad quos rerum singularium dispositio quedam Testatoris pertinet, possunt utique in Testamento testes esse, nisi legatum sit momenti majoris; tunc enim, ex regionis usu testes esse nequirent.

Probatur I. per §. 11. bic. & l. 20. ff. d. t. quibus locis luculenter sancitur, legatarios fidei-commissarios in testamento rectè adhiberi testes, ex ratione, quia non Juris successores sunt, & totum negotium videtur esse inter testatorem, & hæredem; non verò inter testatorem, & legatarios, sive fidei-commissarios, Perez. ad Cod. h. t. num. 13.

Ad rationem dubitandi & legatarios, & fidei-commissarios non testificari in causa propria, sed principaliter, & privariò in causa hæredis; hujus enim utilitas, & emolumentum vertitur prima-

riò: legatariorum verò utilitas tantum venit secundariò, & in consequentiam, multa autem secundario, & in consequentiam permittuntur, quæ principaliter prohibentur, l. 1. §. per consequentias. ff. de auctor. & Consens. tut. Schamb. Inst. bic.

Urgebis: Licet testificantis commodum tantum veniat in consequentiam; in causa tamen propria testis esse non potest. L. ult. ff. de testib. ubi advocatus in ea causa, in qua patrocinium præbuit, non potest produci testis; licet commodum ejus, puta, interessè existimationis, secundario tantum vertatur: ergo etiam idem in legatariis, & fidei-commissariis obtinebit. R. conc. ant. neg. consequ. Disparitas est, quòd legatarii, & fidei-commissarii non adhibeantur testes ad probandam rei gestæ veritatem, (aliàs enim duo sufficerent) sed ad solennizandum testamentum. Ita Schamb. Inst. bic. Verum hæc ipsa solutio exinde suspecta redditur, quòd legatarius non solum ad solennizandum testamentum, sed etiam ad probandam veritatem testis recipiatur. Farinac. tract. de testib. quest. 60. n. 289. Alia proinde solutio tribuenda, dic, esse speciale in testamento, quòd legatarii in eo possint adhiberi testes; rationem autem specialitatis in eo constitui, ne aliàs difficile sit reperire aliquos, qui testes agerent: enim verò omnes refugerent officium testis, si forent, hac via omnem spem legati præcidi, Menoch. de arbit. jud. lib. 2. cas. 106. num. 14. Aliter adhuc R. Harp. Inst. bic. n. 12. Manz. loc. cit. num. 53.

§. N I H I L I 2.

Quamvis non sit licitum Notariis, in quacunque materia scribere instrumentum; sed solenniora in pergamento scribere debeant. Nov. 44. cap. 2. Gril. lib. 1. obs.

119. n. 3. testamentum tamen in quacunque materia, seu charta, seu membrana, seu corio, seu ligno scribi potest; ratio non est alia, quam favor ultimæ voluntatis. *Manz. hic.*

§. SED ET UNUM. 13.

Tamen si nemo paganorum cum duobus testamentis decedere possit, semper enim prius rumpitur per posterius, §. 2. *Inst. quib. mod. testam. infirmant.* unum tamen testamentum pluribus codicibus confici potest; ita tamen, ut sint ejusdem tenoris, & habeant omnes requisitas solemnitates, quæ si observatæ non fuerint, tum reliqua non testamentum, sed apographa, seu descriptiones tantum, & copiæ, vulgò *Copey* oder *Ab-schrieffen* nominantur, *N. Oe. Land-Tafel. lib. 2. tit. 9.*

§. SED HÆC FIN.

20 Hactenus de Testamento solenni scripto: rectâ methodo sequitur de nuncupativo; vocatur autem testamentum nuncupativum, quando testator lingua suam voluntatem exprimit, & vivâ voce hæredem nuncupat, de hoc testandi genere agit, *l. 21. §. 2. & l. 26. Cod. de testam.*

Requisita hujus testamenti absolvunt sequentia.

21 I. Requiritur, ut testator hæredes palam, sive, ut voce suâ exprimat nomen hæredis, *l. 21. ff. qui testam. facer. poss. & l. 29. Cod. h. t. dass der Geschäftunger seinen letzten Willen lauter, und klârlichen mit eigenem Munde anzeigen.* *N. Oe. Land-Tafel, lib. 2. tit. 10.*

Dicitur vivâ voce, unde si testator articulatè, *h. e. verständlich*, amplius loqui non possit, & nutu duntaxat, Notario fortè interroganti, an Titium hæredem habere velit? assentiât; testamen-

tum non valet, *l. 2. Cod. h. t. ubi is;* qui neque scribere, neque articulatè loqui potest, mortuo assimilatur. Non aliud proinde erit ejus testamentum, nisi mortuum, *h. e. nullum, & invalidum. Fach. l. 5. cap. 69. Carpov. part. 3. Const. 5. definit. 9. Glette loc. cit. cap. 2. §. num. 2. Manz. loc. cit. num. 53. ubi ait, nec illud testamentum valere, si vis, me hæredem tuum esse, manum premeam!*

Q. II. An nuncupatio per relationem ad 22 schedam rectè fiat? v. g. Q. an valeat testamentum nuncupativum, si testator schedam aliquam in manibus teneat; vel apud Guardianum Franciscanorum depositam habeat, & coram testibus vivâ voce declaret, illum hæredem esse, qui in prefata scheda scriptus est?

I. Sententia affirmat. Ita *Berlich. part. 3. conclus. 4. num. 22. Zosf. ff. qui testam. fac. poss. n. 56. Struv. exercit. ad ff. 33. th. 7.*

Moventur I. Hac ratione, quia non refert, quid fiat ex æquipollentibus, *l. 2. §. si cui ff. de legat. 3.* atqui relatio ad schedam videtur esse æquipollens, cum æquè perinde de nomine hæredis constare possit, quam per vivam vocem; ergo.

Moventur II. Per *l. 9. §. 8. ff. de hæred. Instit. ubi, si quis nomen hæredis quidem non dixerit; sed indubitabili signo demonstraverit, valet Institutio;* atqui relatio ad schedam est signum indubitabile, ergo.

Moventur III. per *l. 6. ff. de R. C. ubi, nihil referre dicitur, an proprio nomine res appelletur; an digitò ostendatur; aut vocabulis aliis demonstretur?* ergo idem in nostro casu asserendum.

Verùm, utut hæc sententia veri speciei præ se ferat, *negativa* tamen placet;

placet, quam calculi suo muniant *Bachov. Inst. hic. Manz. tr. de testam. tit. 4. q. 2. n. 16. Brunnen. ad d. l. 31. ff. qui testam. fac. poss. Glettle loc. cit. n. 6.*

Probatur hæc posterior *Sententia* per *Textum* evidentem in *d. l. 21.* his verbis: *Heredes palam, ita, ut exaudiri possint, nuncupandi sunt*; Sed, si relatio fiat ad *Schedam*, tam parùm exaudiuntur, quàm parùm ego exaudirem decretum *Principis*, si in scripturam redactum, mihi quidem ostenderetur, non tamen prolegeretur.

Acedit præterea genuina ratio, quia nimirum inter testamentum scriptum, & nuncupativum hæc potissimum differentia adstruitur, quòd in illo testes ignorant, quis sit hæres, in hoc verò id sciant. *Harp. hic. n. 3. Schneid. in rubr. b. t. n. 2. §. fin. eod. n.* Quæ sanè differentia cessaret, si relatio ad *Schedam* rectè fieret.

²³ Ad I. *R. d. l. 11. §. si. cui. ff. de legat. 3.* non procedere in casu, quo aliquid pro forma ad actum aliquem desideratur; forma enim per æquipollens non adimpletur, *l. 33. ff. de Jurejur.* Sic, licèt per testimonium mulieris de voluntate testatoris constare possit, coërcetur tamen à ferendo testimonio, quia masculus testis de forma requiritur.

Ad II. *dico*, requiri tale indubitabile signum, ex quo testibus nomen hæredis statim innotescit, quale non est relatio ad *Schedam*.

Ad III. Jam patet solutio, quoniam demonstratio, per digitum facta tale signum est, ex quo testibus sufficienter innotescit, quis sit hæres.

II. Requiritur ad testamentum nuncupativum, ut testator nuncupationem suam omnino absolverit. Unde, si testator inter testandi actum obmuerisset; vel in sermone defecisset, sive subitâ mor-

te, sive epilepsiâ, sive apoplexiâ impeditus, ita, ut nihil amplius proloqui potuisset, testamentum non valeret, *l. 25. ff. qui testam. fac. poss.* Ratio, quia Jus nostrum non patitur, aliquem pro parte testatum, & pro parte intestatum decedere, *l. 7. ff. de R. J. Manz. loc. cit. n. 50.*

III. Requiritur, ut adhibeantur 7. testes *d. l. 21. §. 2. §. l. 26. Cod. de testam.* iique sint in conspectu testatoris, *l. 9. Cod. eod.* ne fortè per fraudem contingat, ut quis subornetur, & vocem testatoris effingat.

IV. Ut testes fuerint speciatim ad hunc actum rogati, vel convocati, *d. l. 21. §. pen. Schneid. n. 1. Harp. n. 2. Manz. n. 62. §. seqq. loc. cit.*

Advertis modò, in testamento nuncupativo easdem ferè solemnitates requiri, quæ in scripto sunt necessariae, præter externam solemnitatem scripturæ, subscriptionis, & subsignationis, *Perez. ad Cod. b. t. 12. Mynsing. n. 4. bic. Zoef. ff. qui testam. facere poss. n. 54.* Sanè tamen ad testamentum nuncupativum scriptura non requiratur; non tamen ineptè ille fecerit, qui illud in scripturam à Notario redigi curaverit; ut nimirum in casu, quo testes mortui, aut in longinquis regiones digressi sunt ultima voluntas nihilominus sufficienter doceri possit. *Glettle tract. de testam. cap. 2. §. 2. n. 1. Zoef. n. 57. Schneid. n. 7. Perez. ad Cod. b. t. n. 13.* Neque tamen eapropter desinet esse testamentum nuncupativum, cum scriptura non solemnitate, sed probationis ergò adhibeatur; prout in simili de consuetudine diximus, quæ licèt in scripturam redigatur, adhuc tamen Jus non scriptum manet, *Schamb. Inst. hic. Manz. tract. de testam. tit. 4. q. 2. n. 47.*

Q. III. An solemnitates, bænctus enumerata, sint de forma substantiali; an de probato-

probatoria tantum? Sive (ut magis perspicuè loquar) *an testamentum, debitis solemnitatibus destitutum, ita nullum sit, ut ne quidem in foro animæ teneat?* Casus solennissimæ hujus, à Theologis non minus, quàm Jurisperitis utramque in partem vehementi diffidiò agitatæ *Controversiæ* talis esto! Sempronius coram 5. testibus, vel coram 7. sed non idoneis, fortè, quia per imprudentiam mulierem adhibuit, condidit testamentum, & me hæredem scripsit. Confurgit Quæstio: an ego possim, vigore hujus testamenti, res, quas forsan ex hæreditate possideo, salva conscientia, retinere, vel, si hæres ab intestato res hæreditarias possideat, in foro conscientia illas mihi restituere teneatur?

- 24 Sunt non infimæ notæ AA. qui *negativam* fortiter sustineant, doceantque tale testamentum neque in foro fori, neque in foro poli subsistere, atque adeò me obligari in conscientia, res, ex tali testamento acquisitas, legitimis hæredibus restituere. Ita Covarruo. in c. cum esses 10. §. de testament. n. 9. & seqq. Pirrhing. lib. 3. de testament. sect. 1. §. 3. n. 13. Cardin. de Lugo de J. & J. disp. 2. sect. 9. Layman. lib. 1. Theolog. moral. tract. 4. cap. 17. n. 2. & seqq. Gomez. ad leg. Tauri 3. n. 120. P. Engel. de Constitut. §. 3. n. 54. Gletle tract. de testam. cap. 1. §. 5. Manz. tract. de testam. tit. 5. q. 7. Harp. §. 3. Inst. h. t. n. 26. Schamb. Inst. hic. Clariss. D. D. Franz. select. quest. 22.
- Fundamenta hujus sententiæ sunt sequentia.

I. Taliter adornant: Lex justa in foro fori, est etiam justa in foro poli, uti patet in præscriptione, & usurpatione; sed lex, quæ irritat voluntatem testatoris, debitis solemnitatibus destitutam, est justa in foro fori, quoniam respicit utilitatem reipublicæ, ut videlicet testamenta à fraudibus reddantur immania; ergò etiam justa in foro poli.

II. Ita efformant. Judex testamentum debitis solemnitatibus destitutum, justè pronunciat, esse nullum, & hæreditatem legitimis hæredibus justè adjudicat, arg. l. 3. Cod. h. t. ergò tale testamentum erit etiam nullum in foro conscientia; alias sequeretur, quòd is, qui pro se habet sententiam justam, non esset tutus in conscientia.

III. Hunc in modum adstruunt: de Jure Canonico testamentum, sine præsentia parochi conditum, est nullum, c. cum esses 10. §. h. t. ergò non obligat in conscientia; alias sequeretur, quòd Jus Canonicum actum aliquem declarat nullum, qui tenet in conscientia.

IV. Desumunt ex l. 23. §. l. 29. Cod. de fideicommiss. Quibus locis perspicuè traditur, legatum, vel fideicommissum, in testamento imperfecto relictum, potè non posse.

V. Sic effingunt, ad omnem actum requiritur non tantum voluntas, sed etiam potestas, arg. l. nemo potest. ff. de legat. atqui in nostro casu deficit potestas, quia nemo potest validum testamentum conficere sine solemnitatibus, lege requisitis, l. 21. Cod. de testam. ergò.

VI. In eo ponunt, quòd actus, à lege simpliciter irritatus, censeatur irritatus non tantum in foro externo, sed etiam interno; sic matrimonium clandestinum per Concil. Trident. 24. de reformat. Matrim. c. 1. simpliciter irritatum, dicitur irritatum non tantum in foro externo, sed etiam interno. Item professio, ante 16. annum emissa; in Concil. Trident. sess. 25. de Regularib. cap. 15. simpliciter irritata, dicitur in utroque foro irritata; atqui testamentum, debitis solemnitatibus destitutum, est simpliciter irritatum, l. 21. §. 1. Cod. h. t. ergò censeatur non tantum in foro externo, sed etiam interno irritatum.

Verùm,

Verum, his non *attentis*, semper mihi visa est, & adhuc videtur, verior tutiorque sententia, quae docet, testamentum, debitis solemnitatibus destitutum, in foro conscientiae tenere, adeoque ab haerede scripto licet retineri res ex tali testamento acquisitas, nec restituendas esse haeredibus ab intestato; sed hos potius teneri, scriptis haeredibus eandem reddere. Ita docent *Molina de J. & J. disp. 81. n. 16. Less. lib. 2. de J. & J. cap. 19. dubit. 3. n. 13. Fach. l. 4. cont. 5. Zoef. ff. qui testam. facer. poss. n. 43. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 10. th. 5. lit. A. Vinn. §. 3. Inst. h. t. num. 8. Mantie. de concess. ult. volunt. lib. 2. tit. 14. num. 13.*

Probatur I. Ubi quae datur obligatio naturalis, ibi datur obligatio conscientiae, *c. novis 12. de Judiciis*; Sed ex testamento, licet debitis solemnitatibus destitutum, datur obligatio naturalis; ergo etiam datur obligatio conscientiae. *ostenditur.* Solutum ex testamento imperfecto repeti non potest, *l. 2. Cod. de fidei-commis. l. 16. Cod. de testament. ergo ex testamento imperfecto nascitur obligatio naturalis, quia id, quod nullò modo, h. e. neque naturaliter, neque civiliter debetur, si solum sit, repeti potest, l. 7. l. 13. ff. de condit. indeb. Schneid. Inst. §. 1. Quib. mod. recontrab. oblig. n. 3. Perez. Cod. de condit. indeb. n. 3. Zoef. ff. eod. n. 9.*

Dices: non ideo solvendi legatum ex testamento imperfecto repetitionem per conditionem indebiti, non dari, quia illud legatum debetur naturaliter; sed ideo, quia illud solvendo commisit errorem Juris, quem errorem qui committit, conditionem indebiti perdit; licet solum neque naturaliter, neque civiliter fuerit debitum, *l. 10. ff. de Juris, & facti ignorant. Zoef. ff. loc. cit. n. 14. Harp. §. 1. Inst. quib. mod. recontrab. oblig.*

Kees ad Instituta.

n. 54. R. neg. & perneg. errorem Juris causam esse amissionem conditionis indebiti, tamen enim Zoef. & Harp. autument, conditionem indebiti non competere, si id, quod neque naturaliter, neque civiliter debitum est, solum sit; contraria tamen sententia tam de Jure, quam de ratione naturali aequitate longe videtur esse verior, prout eam acriter propugnant Carpozov. p. 3. consil. 15. definit. 42. Sibarthus in l. 1. Cod. de condit. indeb. n. 2. Wesenb. in paratit. ad ff. eod. n. 9. & centeni alii; qua tamen de re nos alibi.

Probatur II. Ex *dissert. text. l. 2. Cod. de fidei commis.* his verbis: *«esi fidei commissum relitum sit; si tamen haeredes, comperta voluntate defuncti, id praestiterint, nulla ejus questio fidei-commisarius moveri potest; cum non ex sola scriptura, sed conscientia relicti fidei-commisari, voluntati defuncti videatur satisfactum.* En! ut testatoris voluntati satisfactum esse dicatur, non est necesse, ut scriptura, *h. e.* testamentum valeat; sed sufficit, quod haeres seiverit voluntatem defuncti, quam tenetur adimplere, eo quod de Jure naturae sufficiat, quod de voluntate testatoris satis constet.

Probatur III. Hoc argumentum, id quod ex testamento imperfecto debetur, deducitur in constitutum. *Schneid. §. 8. Inst. de act. n. 23.* ergo signum est, quod debeatur naturaliter, quia, quod neque naturaliter, neque civiliter debetur, in constitutum non deducitur. *Zoef. ff. de consil. pecun. num. 5. Schneid. loc. cit.*

Probatur IV. Ut testamentum de Jure naturae valeat, sufficit, intervenisse duos, aut tres testes, *arg. c. cum esset 10. de testam. ubi diciturque, quod in ore duorum, aut trium constitat omne verbum; atqui testamentum, quod valet de Jure naturae, obligat conscientia, d. c. novis. 13. ergo.*

Probatur V. Solennitates, quas Jus civile in testamentis conficiendis requirit, idè debent adhiberi, ne facile committantur fraudes, *l. ult. Cod. fidei-commiff. l. 21. Cod. de testam.* Sin ergò de veritate, & enixà testatoris voluntate certò constet, testamentum valebit; tamen si solennitatibus, Jure civili requisitis, instructum non sit.

Argumenta contraria eà, quã producentur, facilitate contunduntur.

Ad I. quidem *R. neg. maj.* tamen si enim quandoque lex in foro fori justa sit, utpote ob justam, & gravem causam in reipubl. emolumentum constituta; non tamen ea propter in foro etiam conscientie obtinet. Quod ipsum satis perpensis videtur sapientissimus Romanorum Seneca: *angusta* (inquiens) *conscientia est, secundam legem esse justum.* Sic, licet emptor in casu, quo venditor infra dimidium ex contractu læsus est in foro externo supplere pretium non teneatur; nemo tamen dixerit, quòd in foro conscientie etiam non teneatur.

Item, licet actioni rehdhibitorie, quanti minoris, de dolo malo, certò emptore ita præscribatur, ut intentari in judicio nequeant; reus tamen, qui dolum commisit, in foro conscientie tutus non est. Pariter, licet de Jure civili quis mala fide præscriptionem longissimi temporis ita compleat, ut rem præscriptam in foro fori non teneatur restituere, tenetur tamen in foro conscientie. Denique fac, quòd Titius tibi abstulerit catenam auream, & ea propter à te actione rei vindicatoria impetatur, numquid, sin tu in probatione domini deficias, Titius in foro fori absolvitur? & tamen in foro poli tutus non est; ergò lex justa in foro fori non semper est justa in foro poli.

Ad II. Ex dictis patet solutio: *Judex*

enim judicat secum àm forum fori. Sic in dato ultimo exemplo Titium rectè absolvit à restitutione catenæ aureæ; tamen si Titius, eam non restituendo peccet.

Ad III. *R.* etiam in Jure Canonico forum fori distingui à foro poli. Sic Jus Canonicum permittit, contrahentes invicem se decipere, dummodo læsio non excedat dimidium justii pretii, *c. pen. & c. cum delicti & de empt. & vend.* & tamen hoc non licet in foro conscientie; Paulus enim Apostolus admonuit, ne quis in negotio circumveniat fratrem suum. Deinde Jus Canonicum testamentum, coram duobus testibus sine præsentia parochi confectum, solummodo declarat nullum in foro externo, non etiam in interno; quemadmodum exinde patet, quòd ad tale testamentum infringendum de Jure Canonico nullum remedium datum sit. Sanè etiam Jus Canonicum in foro fori multa decernit; quæ tamen in foro poli non semper procedunt. Vide *Mantic. loc. cit. n. 24.*

IV. Exinde ruit, quòd nos ipsi adversariis concedamus, legatum, vel fideicommissum ex testamento imperfecto petitionem aliquam in foro externo peti non posse. Sed illud negemus, in foro conscientie peti non posse.

V. Ex dictis convellitur, tamen si enim deficiat potestas, aliquem ex testamento imperfecto obligandi de Jure civili, & in foro fori; non tamen deficiat potestas illa obligandi in foro conscientie, utpote in quo sufficit, quòd testamentum valeat de Jure nature, *h. e.* sufficienter constet de voluntate defuncti.

Ad VI. & *ultimum. neg. maj.* Ad confirmationem dico, quòd à Concilio Tridentino expressè clausula, irritans matrimonium clandestinum, & professionem ante 16. annum etiam quoad forum

rum conscientiæ sub iuncta fuerit; nulli autem in toto nostro Jure cautum est, testamentum, in foro fori nullum, esse quoque irritatum in foro conscientiæ.

Ex dictis luculenter patet utriusque Sententiæ tanta probabilitas, ut dubium mihi nullum hæreat, posse aliquem utramque tutò sequi; quoties enim duarum opinionum, practicè probabilium, conflictus occurrit, possum quamlibet tutò sequi, etiam contra propriam opinionem probabiliorum, & tutiorem visam. P. Sporer in Decalog. p. 1. tract. I. c. 1. sect. 3. assert. 8. §. 1. & 3.

Porro, quæ hucusque de testamentorum requisitis, & solennitatibus accumulavimus, ab eorum observatione ferè ubique gentium recessum esse, testis est Perez. ad Cod. b. t. num. 20.

Sic de Jure Austriaco ad valorem testamenti scripti nullæ penitus solennitates requiruntur; sed sufficit, quod sit holographum, b. e. à principio usque ad finem propria manu testatoris scriptum, & ejus subscriptione, nec non sigilli appensione munitum. N. Oe. Land-Tafel, lib. 3. tit. 3. Wann einer sein Testament, &c. i. e. Si quis sua manu Testamentum suum à capite ad calcem conscripserit, atque subscripserit, ita ut nulla scriptio extranea ibi sit admixta, & Testamentum annulo suo, aut familie insignibus, quibus uti solet, signaverit: id Testamentum, secundum regionis mores solenne ac validum habetur; nec ut teste illo, sigillove extraneorum, aut annulo, vel alia solennitate, sit ornatum, necesse est.

Dixi: mit eigener Hand durchaus schreibt. Testamentum enim, manu alienà scriptum, & testatoris solà subscriptione, & sigillatione munitum non subsistit. N. Oe. Land-Tafel, loc. cit. his verbis: Da er aber &c. i. e. Si vero alterius manu Testamentum exaratum fuerit;

quoniam Testatoris manu in continentibus subscriptum, & sigillo munitum sit, solenne non est, neque validum, nisi saltem uno aut duobus Testibus, unà cum scriptore Testamento, ac sigillis illorum sit approbatum.

Dicta procedunt de testamento scripto. Ad nuncupativum de Jure Austriaco requiritur, ut adhibeantur 5. testes. N. Oe. Land-Tafel, lib. 3. tit. 10. Die Wort &c. i. e. Testamenta quæ verbis & ore fiunt, Nuncupativa dicta, juxta consuetudinem regionis sic possunt constitui. Scilicet, advocatis à Testatore quinque viris honestis, loci incolis, quibus ipse clara voce ultimam voluntatem suam declaret, rogans eos, ut ejus sint memores atque testes, testimoniumque hac de re in tempore statuto coram Judice ordinario perhibere, prout juris est, sic graventur.

Joannes Henricus Reutter in suis differentiis Juris civilis Austriaci, ad Tab. 7. num. 7. assertit in testamento nuncupativo, exceptà civitate Viennensi, in aliis Dicalteris sufficere, si adhibiti fuerint tres testes. Ausser der Burgerschaft, &c. i. e. In aliis judiciis Austria, Viennensibus tantummodo exceptis, satis est si tres haud rejiciendi testes, ad Testamentum sive scriptum, sive nuncupativum adhibiti fuerint.

At quid, si duo tantum fuerint adhibiti? Manzius tract. de testam. tit. 4. quest. 1. nu. 68. Carpzov. part. 3. consil. 4. definit. 41. num. 3. Item Walter de Jure constitution. Austr. l. 3. tit. 3. §. Welcher dann &c. existimant in Austria, & Venetiis illos sufficere. Sed contrarium scribit Suringer in lit. T. illis verbis: So haben doeb. &c. i. e. Regimen Austriacum, atque Jus Provinciale contrarium statuerunt, nec hucusque demonstratum fuit, sufficere testes duos ad Testamentum conscientium regionis moribus.

Proinde optimè, & securissimè ille fecerit, qui nuncupativè testari volens, ad minimum 3. 4. aut. 5. testes adhibue-

rit; vel omninò *Strenuitates Juris communis* observaverit. *Flajjierw l. 2. c. 117. num. 6.*

TITULUS XI.

DE TESTAMENTO MILITARI.

SUMMARI A.

- 1 Testamentum militare valet sine solennitatibus.
- 2 *Que sit ratio hujus privilegii?*
- 3 *Milites stationarii, & limitanei hoc privilegio non gaudent.*
- 4 *Veterani milites qui dicantur?*
- 5 *Testamentum militare post missionem durat uno anno.*
- 6 *Testamentum, Jure paganorum nullum, per militiam sequentem confirmatur.*
- 7 *Milites togati, an Jure militari testentur?*

Hucusque dictum est de testamento *solemni*; sequitur de *minus solemni*, quale est *testamentum militare*.

AD PRINCIP.

- 1 Enumeratas hæcenus solennitates milites in suis testamentis adhibere non debent; sed eorum testamenta valent, licet neque legitimum numerum testium, neque aliam testamentorum solennitatem adhibuerint, dummodò constet de ipsorum voluntate, sola enim voluntas militis pro Jure habetur, *text. hic. & l. 1. ff. b. t.* Itaque si miles suam voluntatem in vagina, seu clypeo, litteris sanguine suo rutilantibus, declaraverit, aut in pulvere scripserit, valet ejus voluntas Jure testamenti, *l. 15. Cod. b. t. Brunnem. in d. l. 15. n. 2.*

Q. I. *Que sit causa, & ratio, quòd militibus hoc privilegium concessum sit?*
Rejiciunt aliqui rationem in simplicitatem, & inperitiam militum, utpote qui arma magis, quàm Jura, & leges scire, intelliguntur, *l. fin. Cod. de Jure delib.* Sed impulsiva magis est, quam adaucta hæc ratio: non enim longè esse oculos necesse est, & deprehendes, nostris etiam temporibus reperiri milites, in quorum ingenio non ultimò locò Juris prudentiæ intelligentia collocata est.

Adæquata proinde ratio hujus privilegii ponenda est in periculis, quæ pro patriæ defensione, & rerum nostrarum gloriosa tuitione suscipiunt. *Manz. Inst. hic num. 4. Schamb. q. 1. hic. Glettle tract. de Testament. cap. 2. §. 1. num. 2.*

AD VERS. ILLIS AUTEM.

Explicat *Imperator, hic*, quando milites hoc Privilegio gaudeant, statuitque, quòd tunc demùm eò uti valeant, cum in expeditionibus occupati sunt. *Text. hic. l. pen. Cod. b. t. & l. 1. Cod. eod. in expeditione autem esse intelliguntur illi, qui sunt in ipso conflictu, & acie, vel, qui in castris infossatis, in stativis, aut aliis locis hostilibus, irruptionibus obnoxii existunt. Manz. n. 8. Perez. ad Cod. b. t. n. 23.*

Ex *dictis* sequitur, milites stationarios, qui ad agendas excubias in urbibus, & mœnibus disponuntur, ut sunt v. g. *hic Viennæ die Guardi Soldaten.* Item milites limitati.

limitaneos, die auf neuen Grantz Häusern liegen. Item illos, qui extra castra in aliis locis, vel in suis ædibus degunt, hoc privilegiò non gaudere; sed teneri omnia observare quæ Paganus aliquis observare tenetur, l. pen. Cod. h. t. cessante enim causâ privilegii, cessat ipsum privilegium. Manz. n. 4. Harp. n. 26. Gal. lib. 2. obs. 118. mon. 6. Concordat N. Oz. Land-Tafel, lib. 2. tit. 12.

§. P L A N E.

Tametsi dictum sit, testamentum militis, quoquò modò factum, subsistere; de serâ voluntate tamen testandi constare debet: non enim, quid scriptum, dictumve fuerit, attendi debet, l. 19 ff. ad exhib. Unde si miles (ut plerumque inter pocula, & opiparas dapes fieri consuevit) jactabundò animò, vel ex joco, præsentibus quibusdam in aliquem conversus dixerit: ego te heredem facio; aut bona mea tibi relinquo, tale dictum pro testamento observari non debet: Videtur enim miles magis, captandæ benevolentiae causâ, aut repentino affectu simile quid dixisse, quam ex animo faciendi talem heredem; sæpe enim lingua prævertit mentem, Harp. n. 2. §. 3. Itaque de serâ voluntate testandi constare debet, & quidem, si miles in scriptis testetur, sufficit quoquò modò suam voluntatem expresserit. text. hic. & d. l. 15. Cod. h. t. Si verò nuncupativè voluntatem suam ultimam condere velit, duos saltem testes, aut tres adhibeat, necesse est, quoniam norma Jure militari testandi ad Jus gentium reducta est, quo jure saltem duo testes requiruntur: in re enim duorum, aut trium consistit omne verbum. d. c. cum esset. 10. & de testam. Manz. num. 10. Perez. ad Cod. h. t. num. 8.

V. Q U I N I M O. 2.

Quic, an mutus & surdus miles testari possit? R. distinguendum esse an à natura, an verò ex accidenti talis sit? Illo testari nequit: quia surdus, & mutus à natura ad militiam planè inidoneus est, cum nec juramentum præstare, nec classicum exaudire, nec imperium belli ducis percipere possit. Hic testamentum rectè condit, & quidem Jure militari. text. hic. Harp. num. 4. Manz. num. 9. pulchrè Vinn. hyl. hic. num. 2.

§. S E D H A C T E N U S. 3.

Ex hoc. §. IV. notanda dixeris.

I. Est, quòd veterani milites illi dicantur, qui exactò militie legitimo tempore honestè militi, & sacramento soluti sunt, l. 2. ff. de veteran. Quod tempus 20. annorum fuisse, ait, l. fin. Cod. de his, qui non impler. stipend. Schamb. hic.

II. Est, quòd milites post missionem, & absolutionem à militia, quando videlicet veterani facti sunt, Jure communi testari debeant, text. hic.

III. Est, quòd testamentum, Jure militari factum, post missionem non duret, nisi unò anno, l. 21. §. l. 38. ff. h. t. Perez. ad Cod. eod. num. 3.

IV. Est, quòd in casu, quo heredi adjecta est conditio, v. gr. si Casar hostes vicerit, institutio hæredis valeat, etiam si victoria demum post annum secuta fuerit; Ratio, quia conditio retrahitur ad tempus mortis. Schamb. Manz. & Vinn. hic.

§. S E D E T S I. 4.

Casus hujus §. talis est: Paganus quidam facit testamentum non observatis solemnitatibus Juris, deinde nomen dedit militie; quaestio est, num per sequentem militiam confirmetur ejus testamentum?

Dixeris primâ fronte quòd non; quia, quòd ab initio non valet, tractu temporis non convalescit, l. 29. ff. de R. J.

Verùm decidit *Imperator*, quòd tale testamentum per sequentem militiam confirmetur, & valeat; modò tamen aliqua novæ voluntatis signa, & argumenta appareant, ex quibus colligi possit, quòd miles velit illud Jure militari valere, *text. hic. §. l. 9. §. 1. ff. h. t.*

Opponens l. 15. §. 2. ff. eod. his verbis: *Testamentum, ante militiam factum à milite, si in militia decesserit, Jure militari valet; si militis voluntas contraria non sit; ergo non videtur requiri, ut novæ voluntatis signa exhibeantur; sed sufficiet, quòd nihil in contrarium disposuerit, & siluerit. Tametsi varii cogitationes fecerint pro solutione hujus l. 5. §. 2. mihi tamen, breviter dicendum esse videtur, sensum legis talem esse: si militis voluntas contraria non sit, & si simul per declarationem novæ voluntatis constet, quòd contraria non sit, ut tunc confirmetur testamentum; non verò, si penitus siluerit. Schamb. hic. Harp. mun. 2. Ludwell. Inst. n. 1.*

§. DENIQUE. 5.

Tametsi testamentum paganorum per arrogationem irritum fiat, §. 1. Inst. quib. mod. testam. infir. deducitur enim ad statum, à quo inchoare non potest; aliud tamen obtinet in milite: licet enim iste patiatur minimam capitis diminutionem, seu per arrogationem, seu per emancipationem, testamentum tamen ejus non fit irritum, *text. hic. §. l. 23. ff. h. t.*

§. SCIENDUM FIN.

Duplices in reipub. communione reperiri, milites *togatos* nimirum, & *sagatos*, in propatulo est. Ad *togatos* spectant

Advocati, Medici, Professores, Pro-Con-sules, &c. Non enim ii soli militant Imperio, qui gladiis utuntur & clypeis; sed patroni causarum quoque, qui gloriose vocis munimine confisi, laborantium spem, vitam, & posteros defendunt. Dum enim *Sagati spilo*, togati stylò; dum illi armamentò, hi acramentò; dum illi marte, hi arte; dum illi legionibus, hi legibus pro reipubl. emolumento gloriose decertant. l. 14. Cod. de *Advocat. divers. jud.* Hinc etiam est, quòd togati milites peculium quasi castrense habere dicantur: occasione cujus

Q. hic: *An de illo Jure militari testari possint?* R. *Imperator*, quòd de illo testari possint Jure communi; non verò Jure militari. *text. hic.* Ratio videtur esse, quia in his cessat imperitia, & necessitas expeditionis. *Manz. num. 4.* Sed, Nunquid absurdum est, milites sagatos præferri togatis; R. nequaquam nostro in casu id absurdum esse, cum ratio concessi sagatis privilegii, puta, Juris imperitia in togatis exiguam gloriam pareret. Cæterum quibus prærogativa debeatur, luculenter definit *Poeta*, dum canit:

Est toga Marte prior; calamus victricibus armis,

Quæ non arma queunt vincere, scripta queunt.

Item:

Sunt duo, quæ faciunt, ut quis sit nobilis, ars, Mars.

Major ab arte venit gloria; Marte minor.

T I T U L U S X I I.

QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE

T E S T A M E N T U M ?

S U M M A R I A.

A D V. S T A T I M.

- 1 Filiusfam. non potest testari.
- 2 Etiam si patris consensus accedat.
- 3 Limitatur in peculio castrensi & quasi tali.
- 4 An de peculio adventitio extraordinario rectè testetur?
- 5 Quid de iure Aufiriano?
- 6 Imuberes.
- 7 Furiosi.
- 8 Prodigii non testantur.
- 9 Quid de mutis, & surdis?
- 10 Item de captis ab hoste?

HActenus de validitate testamenti ex capite causæ formalis; superest, ut de validitate ex parte causæ efficientis agamus, atque inquiramus de personis, quæ testari possunt. Ubi pro regula generali tenendum, testari posse omnes, qui speciali Jure non prohibentur. *Sichard. in Cod. h. t. n. 2. Mynsing. Inst. hic. Gletsle tract. de testament. cap. 4. in princ.* Ratio hujus regulæ generalis est: quia testamenti factio est de genere permissorum, juxta vulgatum illud: *Uti quisquis rei suæ legasset: ita jus esto, l. 12. ff. de V. S. permissorum autem hæc natura est, ut quod expressè non prohibetur, pro ut quod expressè non prohibetur, c. 23. de sponsal. l. 1. ff. de testib. l. 43. ff. de procurat. Manz. tract. de testament. tit. 2. q. 1. n. 4. Finsterwald. lib. 2. obs. 110. num. 9.*

Cùm nulla sit tam firma regula, quæ suas non patiarit exceptiones. Ideò *Imperator hic* aliquot ponit ad regulam limitationes, seu exceptiones.

Excipiuntur autem I. illi, qui alieno Juri, & potestati subjecti sunt, v. g. *servi, filiusfam.* ita, ut etiam si filiusfam. esset centum annorum, tamen nec testari, nec codicillari possit, *l. 16. ff. qui testam. fac. poss.* diciturque, id indubitati Juris esse, *l. 3. §. 1. Cod. eod.* Ratio: quia ad testamenti factionem requiritur libera voluntas, qualem non habet filiusfam. *l. 4. ff. de R. J.* ubi velle non creditur, qui obsequitur imperio patris. *Harp. n. 2. Manz. tract. de testam. tit. 2. q. 1. n. 88.*

A D V. A D E O Q U I D E M.

Ista conclusio, quòd filiusfam. testari nequeat, ita extenditur, ut ne quidem patris permisso testari possit, *text. hic.* ultima enim voluntas non potest pendere ex alieno arbitrio, *l. 36. ff. de hered. Inst. Perez. ad Cod. h. t. n. 7. Manz. num. 13. hic.*

Dices: Filiusfam. consentiente patre, potest donare mortis causâ, *l. 25. §. 1. ff. de mort. caus. donat.* ergò, consentiente patre, etiam poterit testari. *R. conc. ant. neg. conseq.* Disparitas est, quòd ad testamenti factionem, utpote quæ est Juris publici, *l. 3. ff. qui testam. fac. poss.* requiritur, ut quis sit paterfam. Ad donationem verò, mortis causâ, utpote

que est Juris privati, & accedit ad speciem contractus, non requiratur, ut sit partem. sed sufficiat, quod per donationem patri non fiat præjudicium. *Harp. n. 19. Clavij. D. Franz, h. t. §. 7. n. 8.*

A D V. EXCEPTIS 116.

3 Tamen filiusfam. de peculio profectio & adventio ordinario, cujus scilicet usus-fructus est penes patrem, testari nequeat; contrarium tamen obtinet in peculio castrensi, vel quasi tali: in hoc enim cum habeatur pro patrefam. ideo de illo recte testatur. *text. bic. §. l. pen. & ult. Cod. h. t. Manz. tract. de testament. tit. 2. q. 1. num. 137. Sed*

4 Q. I. An filiusfam. de peculio adventitio extraordinario, cujus scilicet habet & usus-fructum, & proprietatem, testari possit?

Dixeris primò intuitu, quod sic. I. per *l. ult. §. 5. Cod. de bonis, que lib.* ubi in hæc verba rescribitur: *filiusfam. in his duntaxat casibus in quibus usus-fructus apud parentes est, donec parentes vivunt, ne isdem testari permittimus;* ergo a Contrario in his casibus, in quibus usus-fructus apud parentes non est constitutus, testari permittitur, *arg. l. 1. ff. de off. ejus cui mand. est Jurisd.*

II. Per *Nov. 117. cap. 1. §. 1.* ubi filiusfam. de bonis pleno Jure possessis, quovis modo disponere potest; ergo poterit etiam de iis testari.

III. Per *Nov. 22. cap. 26. V. Si verò.* ubi dicitur filium posse de iis rebus, quas ex secundo patris matrimonio lucrificat, testari, in his verbis: *sive disponunt, sive intestati moriantur.*

IV. Quia ideo potest filiusfam. de peculio castrensi, vel quasi tali testari, quia pleno Jure ipsius est dominus, & quilibet est suarum rerum moderator, & arbiter, *l. 21. Cod. mandati;* atqui filiusfam. peculii adventitii etiam est plenus dominus; ergo.

Verum, his non obstantibus, *Sententia contraria* communiter placuit. Ita *Zoef. ff. qui testam. fac. poss. n. 17. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 10. t. 2. lit. C. Harp. n. 29. bic. Glette. tract. de testam. cap. 4. §. 7. n. 21. Fach. lib. 5. cap. 94. Manz. loc. cit. n. 99. Perez. Cod. d. t. n. 8. Sicard. in rubr. Cod. eod. n. 12.*

Facit pro hac *Sententia l. l. pen. Cod. qui testam. facere poss.* ubi filiusfam. in quibusdam bonis, quæ sine consensu patris possidet, non potest testari, ergo non potest testari de bonis adventitiis, quorum habet plenam proprietatem; quia tantum sunt tria genera bonorum, quæ filius sine consensu patris possidet, scilicet castrensia, quasi talia, & adventitia extraordinaria. De primis duobus potest testari, ergo de tertiis non poterit testari; alias enim nulla essent bona, quæ filiusfam. sine consensu patris possidet, & de quibus testari non potest. Hoc *Argumentum* cum *Bachovio* non posse solvi, exillimo.

Facit II. Evidens, & aperta ratio: quia ad testamenti factionem requiritur, ut quis sit paterfam. *text. bic.* atqui respectu peculii adventitii extraordinarii filiusfam. non habetur pro patrefam. ergo.

Ad *l. 1. d. ult. §. 5.* ad peculium castrense, vel quasi tale restringendam esse, quia tempore, quo *d. l. ult. §. 5.* lata est, unicus tantum fuit casus extra castrense, vel quasi castrense peculium, quo patri in peculio filiusfam. usus fructus non acquirebatur, puta! si sine consensu patris hæreditatem adiret; de hoc autem casu *d. l. pen.* expressè constitutum est quod testari nequeat; ergo decisio *d. l. ult. §. 5.* ad alios casus, postea introductos, non recte extenditur, cum non soleat lex præterita referri ad casus futuros incognitos. *Alixer Glette loc. cit.*

Ad II. R. Nov. 117. cap. 1. §. 1. procedere de actibus inter vivos, uti patet ex requisito perfectæ ætatis, quæ 25. annis compleri dicitur; ad testamenti autem factionem de Jure communi solummodo 14. anni desiderantur.

Ad III. R. d. Nov. 22. cap. 26. loqui de filio, sui Juris factò, vel per mortem patris (quemadmodum patet ex verbis: *præmoriante genitore*) vel per emancipationem.

Ad IV. dico: quòd non defectus domini impediatur testamenti factionem, sed patria potestas, quæ facit, quòd filiusfam. non habeatur pro patrefam. nisi in peculio castrensi, vel quasi-tali. *Schamb. hic.*

De Jure Austriaco filiusfam. de peculio, pleno Jure possessò, rectè testatur. *Fensterwald. lib. 2. obs. 13. num. 6. Walter de Jure consuetud. Austr. lib. 3. tit. 2.*

Idque vel maximè procedit, si filiusfam. uxoratus, vel filiasfam. ad mariti domum deducta sit: ex consuetudine enim Germaniæ passim nuptiæ faciunt, ut quis pro patrefam habeatur. *Manz. tract. de testam. tit. 2. q. 1. num. 164.*

AD VERS. EX HOC.

Differentia peculii profectitii & castrensis, in eo potissimum consistit, quòd illud propter res alienum patris creditoribus cedit; hoc non etiam: Illud conferri debeat; hoc non etiam, *text. hic.*

§. PRÆTEREA. I.

II. Testari prohibentur impuberes, *text. hic.* Quia nullum eorum animi iudicium est, *l. fin. Cod. de testam. milit.* Itaque masculus 14. femina 12. annos habeat, necesse est, ut de Jure communi testari valeant. *l. 5. ff. qui testam. fac. poss.* Nec attenditur, malitia æta-

tem suppleat, nec ne? quoniam prædicta ætas de forma requiritur, quæ per æquipollens non adimpletur. *Manz. loc. cit. n. 52. Schamb. hic. Fensterw. lib. 2. obs. 112. num. 2.*

De Jure Austriaco res aliter se habet, teste *Walter de Jure consuet. lib. 3. tit. 2. §. Als erslichen: &c. i. e. ut 1°. Qui legitimam ætatem non attigerunt, testari nequeunt. Majores, Testamenti conficiendi facultatem quantum adinet, anno decimo octavo, moribus regionis, censentur. Adeoque juvenis sive mas sive femina, qui annum vitæ suæ octavum supra decem plene sunt adepti, liberam bona sua administrandi, deque eis testandi facultatem habent.*

Suttinger in M. S. lit. T. §. Weiber-Testament. testatur testamentum alicujus Virginis, 17. ætatis annò conditum, pro valido judicatum esse; sed addit, illam Virginem jam desponsatam fuisse, adeòque quasi pro conjugata reputatam esse. Vide *Fensterwald loc. cit. num. 13.*

III. Testari nequeunt *Furiosi*, qui mente carent; testamentum tamen, ante furorem factum, per subsequentem furorem non infirmatur, tum quia furor est facti, adeòque non tollit ea, quæ sunt Juris; tum, ne afflictio addatur afflictio. *Harp. n. 12. Schneid n. 8.*

§. ITEM PRODIGUS. 2.

VI. Testari prohibetur *Prodigus*, sive ille, cui adempta est administratio honorum. *text. hic. §. l. 15. §. 8. ff. h. t.* Ratio: quia in Jure furiosus, & prodigus passim æquiparantur, *l. 1. ff. de curat. furios.* Illud tamen testamentum, quod prodigus fecit ante ademptam honorum administrationem, ratum, & firmum manet, etiam si postea prodigus declaretur. *text. hic. Manz. loc. cit. num. 84.*

§. ITEM SURDUS. 3.

9 Q. hic. an mutus, & surdus testari possit? R. distinguendum esse, an quis mutus, & surdus sit à natura, an ex accidenti? Si prius, testari non potest, l. 10. §. Sancimus. Cod. qui testam. facer. poss. parum enim à fatuis, aut brutis abest, qui à cunis surdus, & mutus est: nam animò à bestiis discernimur, qui stolidus admodum, & crudus sit, oportet, si fores habeat præclusas, per quas scientiæ intrare consueverunt. Glettle loc. cit. cap. 4. §. 1. n. 2. Perez. Cod. d. t. n. 3. Manz. loc. cit. n. 289. Si mutus, & surdus sit ex accidenti, testari tum deum poterit, si litteras calleat, h. e. scribere possit. Mynsing. Inst. hic. n. 2. Zoef. ff. qui testam. facer. poss. num. 4.

Si denique alterò vitiò tantùm laboret, h. e. mutus tantùm surdus sit, testari poterit, si voce aut scriptò mentem declarare queat, d. l. 10. §. fin. autem Glettle loc. cit. num. 3. Manz. n. 303. Zoef. d. num. 5.

§. COECUS. 4.

Cœcus quin testari possit, dubium nullum est, dummodò adhibeat solemnitates, in l. 8. Cod. b. z. expressas, h. e. declaret voluntatem coram 7. testibus & illa à tabellione, aut octavo teste scribatur. Item exprimat non tantùm nomen heredis, sed & ejus dignitatem. Moribus tamen nostris illas solemnitates non requiri, testis est Zoef. loc. cit. num. 1. Glettle cap. 4. §. 1. num. 5. loc. cit.

§. EJU'S FIN.

Ultimò testari de Jure communi non potest captus ab hoste, captivi enim fiunt servi hostium §. 3. Inst. de Jure pers.

Dixi de Jure communi; secus de consuetudine, quâ inspectâ, capti in bello servi captiviorum non ampliùs efficiuntur, sed libertatem retinent; tam diu tamen ab hostibus servantur, donec vel lytrò solutò redimantur, seu permutatione liberentur. Glettle tract. de testam. cap. 4. §. 5. n. 7. & 8. Clariss. D. D. Franz. Inst. b. z. n. 6. §. Dices 2.

TITULUS XIII.

DE EXHÆREDATIONE LIBERORUM.

SUMMARI A.

- 1 Definitur Exhæredatio.
- 2 Debet fieri nominativum.
- 3 A tota hæreditate.
- 4 Ab omni gradu, & ex justa causa.
- 5 Enumerantur cause, ob quas liberi.
- 6 Ob quas parentes.
- 7 Et ob quas fratres exhæredari possunt.
- 8 An ob causas graviores exhæredatio fieri possit?

- 9 Causa exhæredationis debet nominativum inferi testamento.
- 10 Et ab hærede probari.
- 11 Hodie omnes indistinctè liberi debent aut hæredes institui, aut nominativum exhæredari.
- 12 Etsi esset posthumus.
- 13 Posthumus alius est verè, alium quasi talis.
- 14 Adoptatus an debeat hæres institui?
- 15 Miles suos liberos non tenetur instituere.

1 Exhære

Exhæredatio nihil est aliud, quam actus ultima voluntatis, quo illi, quibus debetur legitima, à successione repelluntur,

Hæc ut suis sollemnitatibus instructa dicatur,

1 Requiritur I. ut fiat nominatim, *text. in princ. b. t. l. 3. ff. de injust. rupt. & irrit. & Zoef. ff. de lib. & posthum. n. 4. Perez. ad Cod. de lib. præter. vel exhæred.*

II. Ut fiat purè, non sub conditione, *l. 3. §. 1. ff. eod. certum enim iudicio liberi à successione parentum sunt removendi, l. 16. ff. de honor. poss. cont. tab. Zoef. loc. cit. n. 7. Manz. tract. de testam. tit. 10. q. 1. n. 11.*

3 III. Requiritur, ut exhæredatio fiat ab omni, & tota hæreditate; non tantum à certa aliqua re, unde à certo aliquo tantum fundo exhæredatus, non videtur exhæredatus, *l. 19. ff. de lib. & posth.*

Dicas: institutus in re certa, v. g. in fundo, censetur institutus in tota hæreditate, *l. 1. §. 4. l. 35. ff. de hæred. Inst. ergo etiam exhæredatus in re certa, censetur exhæredatus in tota hæreditate. De. conc. antec. neg. consequ. Institutio enim est favorabilis, adeò benignà interpretatione juvanda; exhæredatio vero est odiosa, adeòque restringenda, juxta vulgatam regulam: odia restringi, favores convenit ampliari. Perez. ad Cod. d. t. n. 9. Manz. loc. cit. n. 15. Zoef. n. 7.*

4 IV. Ut, si plures gradus hæredum sint, ab omnibus gradibus exhæredatio fiat, *l. 3. §. fin. ff. de lib. & posthum. l. 41. §. 2. ff. de pupill. subst. Zoef. loc. cit. n. 6.* Unde exhæredatio, ab uno gradu facta, non subsistit, v. g. testator ita scribit: Sempronius mihi hæres esto, & si hæres esse noluverit, in ejus locum Titium substituo; filium autem meum, tanquam hæreticum, inde exhæredo.

En! filius ab uno duntaxat gradu, puta substitutionis, exhæredatus est, & idcirco exhæredatio non subsistit. *Manz. tract. de testam. tit. 10. q. 1. n. 31. Zoef. loc. cit. n. 5. Perez. Cod. de liberis præterit. n. 15. Clariff. D. D. Franz. Inst. b. t. n. 9.* ubi hæc de re plura enodat.

V. Requiritur, ut exhæredatio fiat ex justa causa per *text. in Nov. 115. cap. 3.* Justæ autem causæ, ob quas liberi exhæredari possunt, in *d. Nov. 515. cap. 3.* enumerantur quatuordecim, quas *Poeta his versiculis* concludit:

Bis septem ex causis exheres filius esto.

Si patrem seriat; vel maledicat ei.

Carcere detrusum si negligat; aut furiosum.

Criminis accuset; vel paret insidias.

Si dederit damnum grave; si nec ab hoste redemit;

Testarique vetet; se societque malis.

Si nimis sequitur; vitietque cubile paternum;

Non orthodoxus; Filii si meretricæ.

I. Itaque justa causa, exhæredationis est, si quis parentibus suis impias manus intulerit, *d. cap. 3. §. 1. Da die Kinder ihre Eltern aus fürsetzlichen Frevel schliagen oder tödliche Hand anlegeten.* Quam grave enim sit manus inferre parentibus, satis *Exodi cap. 21.* exprimitur his verbis: qui percusserit patrem suum; aut matrem, morte moriatur! Hoc autem

Limitatur, si filius patrem proditorem patrie occiderit, *l. minime 35. ff. de relig. & sumpt. fun.* ubi non tantum punitur, sed præmiò afficiendus dicitur.

II. Causa est; si quis parentibus suis gravem, & inhonestam injuriam ingesserit, *d. Nov. 115. cap. 3. §. 2. Da die Kinder ihren Eltern schwere, unehrliche Injuri- und Frevel-Wort zusetzen,* v. g. si filius patrem in foro, vel in Ecclesia coram multis personis verborum contu-

tumelia affecerit; aut contra illum famosum libellum scripserit, *Menoch. de arbit. jud. cas. 263.* Ubi fusè explicat, quæ dicatur injuria atrox.

III. Causa est, si quis parentes in causis criminalibus accusaverit, *d. Nov. 115. cap. 3. §. 3. Wann sie &c. i. e. Sin parentes cum accusarent facti puna corporali vel capitali puniendi. Covarruv. ad c. Raymus 16. §. n. 15.*

IV. Causa est, si filius, vel filia cum maleficis hominibus, ut maleficus verferetur, *d. Nov. 115. cap. 3. §. 4. b. e.* cum iis, qui incantationes, & artem magicam perniciosè exercent. *Harp. §. fin. Inst. b. t. n. 26. §. n. 27. Wann sie sich &c. i. e. Sin maleficis hominibus adherent col. 7. fuetudine ac familiari earum usu gaudeant. N. Oe. Land-Tafel. Lib. secundo tit. 23.*

V. Exhæredationis causa est, si liberi vitæ parentum pro venenum, vel aliò modò insidiari tentaverint *d. Nov. 115. cap. 3. §. 5. So die Kinder &c. i. e. Si liberi vitæ parentum insidias parent veneno, aut alia ratione. Non enim potest (inquit Harp. num. 24. loc. cit.) major esse ingratitude, quàm illius vitæ insidiari, à quo quis vitam accepit.*

VI. Causa, si filius novercæ suæ, aut concubinæ patris sui, se immiscuerit, *d. Nov. 115. cap. 3. §. 6. Wann ein Sohn seine Stieff-Mutter entehret, und sich mit derselben vermischet. Manz. tract. de Testament. tit. 10. q. 6. num. 23. Covar. loc. cit. n. 18.*

VII. Si delatores contra parentes extiterint filii, & per suam delationem gravia dispendia eos fecerint sustinere, *d. Nov. 115. cap. 3. §. 7. Wann die Kinder ihre Eltern bey der Obrigkeit angaben, und dieselbe dadurch in grossen Schaden und Nachtheil brächten.*

VIII. Si liberi masculi (ad quos solos restringitur) pro parentibus, carcere

inclusis, requisiti noluerint fidejubere, *d. Nov. 115. cap. 3. §. 8. Da die Kinder &c. i. e. Si liberi pro parentibus captivis nolent fidejubere, nec eos à carcere data, quam dare possent, fidejussione liberare. Quod tamen de filiis duntaxat est intelligendum, cum filie fidejubendi facultas non competat.*

IX. Exhæredationis causa est, si liberi parentes suos testari prohibuerint, v. g. testibus aditum interduclerint, vel solennia agere obtulerint, &c. *d. Nov. 115. cap. 3. §. 9.*

Sed quid? si parentes, taliter impediti, testari, & filium exhæredare non amplius potuerint? *Manz. loc. cit. num. 34.* existimat hæreditatem filio auferendam, & fisco applicandam esse, arg. *l. 1. §. 9. §. l. 2. ff. si quis aliq. test. prohib. at, secus obtinet de Jure Austr. loc. cit. §. 9. So aber die Eltern. &c. i. e. Si vero parentes, non confecto testamento, quid prohibuerint liberi, decesserint; exhæredari liberi prohibentes nihilominus debent, ac bona ad proximiores cognatos transferri.*

X. Filius, præter voluntatem parentum, sese mimis, & arenariis sociaverit, & in ea professione manserit, *d. Nov. 115. cap. 3. §. 10. §. l. 11. Cod. de inoff. testament. Wann sich die Kinder zu verwegenen hederlich- und leichtfertigen Personen gesellen, und sich auf ihr Thun begeben.*

XI. Causa: si parentes filie volunt maritum dare, & dotem juxta substantiæ suæ præstare; filia autem non consentierit, sed luxuriosam, & meretriciam vitam elegerit. *Nov. 115. cap. 3. §. 11. l. 10. Cod. de inoff. testam. Da die Eltern &c. i. e. Cum parentes pro facultatibus suis dotem liberis constituisse velint, ac honestè nuptiis consentire; Quibus tamen obtemperare liberi nolint, nec idè minus turpem vitæ rationem ineant, atque probro sese commaculent. N. Oe. Land-Tafel.*

Limita-

Limitatur : nisi filia jam compleverit 25. annum *d. Nov. 115. cap. 3. §. 11. & auth. sed si Cod. de inoff. testam.* pater enim in culpa esse censetur, quòd filiam prius nuptui non dederit. *Harp. §. fin. h. t. n. 41. Zoes. ff. de lib. & posthum. n. 15. & 16.* ubi præfatam exhæredandi causam ad filias duntaxat restringit, non etiam ad filios extendendam esse docet, eò quòd major in foeminis, quàm masculis castitas desideretur.

XII Est, si liberi parentes furiosos neglexerint, *d. Nov. 115. cap. 4. §. 12. h. e.* nullam curam patris furiosi gesserint, præbendo alimenta; aut salutarem medicinam procurando. *Jus Ault. loc. cit. zum zwölfften.*

XIII. Causa est, si liberi parentes suos, ab hostibus captos, cum possunt, non redemerint, *Nov. 115. cap. 3. §. 13. Wann die Eltern, &c. i. e. Si parentes ab hostibus capti, nec eos redimere vellent liberi majoremnes. Manz. loc. cit. n. 48.* ubi de jure communi hanc causam non aliter dicit procedere, quàm si liberi 18. ætatis sue annum compleverint. *d. Nov. 115. cap. 3. §. 13. & auth. si captivi Cod. de Episcop. & Cler.*

XIV. Exhæredationis causa est, si liberi hæretici sunt. *d. Nov. 114. cap. 3. §. 14. Wann die Eltern Christen wären, die Kinder aber von dem Christlichen Glauben abfielen. Manz. loc. cit. n. 59.*

Vidimus, ob quas causas liberi à parentibus; sequitur de causis ob quas hi à liberis exhæredari possunt. Enumerantur autem in *d. Nov. 115. cap. 4. octo causæ, propter quas parentes rectè, & validè exhæredantur.*

I. Est, si parentes liberos suos ad interitum vitæ tradiderint. *d. Nov. 115. cap. 4. §. 1.*

II. Si parentes venenis, aut maleficiis, aut aliò modò vitæ liberorum insi-

dias struxerint. *d. Nov. 115. cap. 4. §. 2.*

III. Si pater nurui suæ, aut concubinae filii sese immiscuerit. *d. Nov. 115. cap. 4. §. 3.*

IV. Si parentes liberos suos in rebus illis, in quibus habent testandi licentiam, puta castrensibus, vel quasi, testamentum condere prohibuerint. *d. Nov. 115. cap. 4. §. 4.*

V. Si mater patri, vel pater matri venenò, aliòve modò ad interitum vitæ, vel ad alienationem mentis insidiatus fuerit; tunc enim liberis concessum est parti insidiantì nihil relinquere, *d. c. 4. §. 5.*

VI. Causa est, si parentes liberos furore correptos, curare, & alere neglexerint, *d. cap. 4. §. 6.*

VII. Si liberos captivos non redemerint. *d. c. 4. §. 7.*

VIII. Et ultima, si parentes hæretici sint; tunc enim à liberis catholicis exhæredari possunt, *d. cap. 4. §. 8. Ita Manz. tract. de testament. tit. 10. q. 7. per tot. Harp. Inst. §. fin. h. t. num. 52. & seqq. Schamb. Inst. de inoff. testament. §. 1.*

De Jure Austriaco, etiam si parentes unam ex recensitis causis in liberos suos admittant, exhæredatione tamen opus non erit, cum aliunde ex constitutione Albertina parentes à liberorum successione in tantum removeantur, ut neque legitima iis debeatur. Quà de re nos alibi; interea vide *Satting. M. S. lit. Erbschafft in aufsteigender Linie. Flust. serw. lib. 2. obs. 119. per tot.*

Exhæredationem fratrum quod attinet, illa non, nisi ob tres causas fieri potest.

I. Est, si frater mortem fratri per insidias intentaverit. II. Si criminalem accusationem contra eum instituerit. III. Si substantiæ ipsius magnam partem inferre studuerit. *Nov. 22. cap. 47. Manz. loc. cit. q. 8. Harp. n. 64.*

3 Q. I. An exhereditatio ob causas æque graves vel graviores iis, quæ hæcenus recensite sunt, fieri possit?

Affirmative subscribunt Fach. lib. 1. cont. 78. Manz. tract. de testament. tit. 10. q. 9. Covar. in c. Raynutius. 16. de testam. Gail. lib. 2. obs. 95. n. 17. Mynsing. cent. 6. obs. 31. Sutting. in M. S. lit. T. V. Tochter.

Ratio hujus Sententia I. est: quia ubi eadem est ratio, ibi eadem debet esse Juris dispositio, & ubi par aut major delicti qualitas, ibi eadem pœna est imponenda, ea paria, aut majora delicta maneant vel proflus impunita, vel minus punita.

Ratio II. Quia ob paritatem rationis ad similes casus rectè fit extensio, l. 12. ff. de L. L. ubi dicitur, non posse omnes articulos legibus, aut SCiis comprehendere, & illum, qui Jurisdictioni præest, ad similia procedere, atque ita Jus dicere debere.

Ratio III. Quia, licet sint certæ causæ, ob quas amittitur feudum, non tamen capropter excluduntur causæ graviores, aut æquæ graves, quin etiam faciant feudum amitti. text. l. 2. feud. tit. 24. §. porro V. sed quia. ergò idem in nostro casu dicendum.

Verùm negantium dogma magis aridet; cui quoque calculum præbent Zoef. ff. de lib. & posthum. hered. Inst. Harp. §. fin. Inst. de exhered. liber. n. 65. Hum. var. resolut. lib. 2. tract. 5. quest. 19. Bachov. ad Trautl. vol. 1. disp. 13. th. 8. lit. C.

Facit I. pro hac sententia dissert. text. in Nov. 115. cap. 3. his verbis: ut præter ipsa nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere.

Facit II. Validissima Ratio; quia nimirum pœnalia, & odiosa restringenda, nec ob paritatem rationis extendenda sunt. c. 49. de R. J. in 6.

Ad rationem I. R. illam procedere, nisi simus in pœnalibus aut odiosis. Nec tamen ideo sequitur, majora delicta manere impunita, quia publicæ pœna coercentur. Facit proinde, quòd filius committat crimen læsæ Majestatis, sacrilegii, adulterii, aut incestus, fortè, quia non tantum cum noverca, sed cum propria matre commisceatur; propter hæc tamen crimina à patre non poterit pœnâ exheredationis affici, cum de iis publica pœna sumatur, eo quod sint delicta publica, quæ publicam læsionem, non privata, quæ privatam patris læsionem spectant.

Ad II. rationem, ex jam dictis patet solutio; enimverò d. l. 12. non procedit in pœnalibus.

Ad III. dico, Jure feudali expressè sancitum esse, ob causas, æquæ graves vel graviores amitti feudum; secus Jure nostro communi, utpote de quo potius contrarium decisum per verba: præter illas, quæ taxativa sunt.

Nec dicas, à paritate Juris feudalis argumentum procedere ad Jus commune, id enim nullâ ratione procedit, & argumentum à Jure feudali ad Jus commune legitimum non ducitur.

Ex hæcenus dictis satis constat, ad exheredationis valorem requiri justam, i. e. unam ex recensitis causam. Imò non sufficit, quòd pater justam exheredandi filii causam habeat; sed ut valeat exhereditatio.

VI. Requiritur, ut in testamento exheredationis causa nominatim insinuatur, & specialiter exprimat. d. Nov. 115. cap. 3. in princip. & cap. 4. Gomez. var. resolut. tom. 1. cap. 11. n. 10.

VII. Ut causa exheredationis, si ne-gata fuerit, ab herede instituto probe-tur, d. Nov. 115. cap. 3. ibi: nisi fortè probabuntur ingrati. Perez. ad Cod. de lib. pœna-

preterit. Gomez. loc. cit. Manz. tract. de testament. tit. 10. q. n. 29.

VIII & ultimo requiritur, ut exhæredatio non in codicillo: sed in testamento fiat. *Harp. §. fin. Inst. h. t. n. 9.* In codicillis enim neque dari neque adimi potest hæreditas, §. 2. *Inst. de Codicill.*

A D P R I N C I P.

Multas solennitates, ad testamentum requisitas, hucusque enumeravimus, *hic* adhuc alia, & ferè præcipua superadditur, nimirum ista: ut pater filium, quem in potestate habet, vel expressè hæredem instituat, vel nominatim exhæredet; alioquin, si cum silentio præterierit, inutiliter testabitur, *text. hic.* Ratio, quia filius, vivò adhuc partem dicitur quasi dominus rerum patrum, ita, ut post mortem patris, illarum dominium non dicatur transferri, sed in filium continuari, *l. 11. ff. de lib. & posth.* quod ipsum dominium à patre vel debet confirmari per institutionem, vel filio adimi per exhæredationem, ne aliàs duo, puta, hæres institutus, & filius post mortem patris ejusdem rei domini concurrant in solidum, contra *l. 5. §. 15. ff. commodati. Manz. n. 2. Schamb. hic.*

A D V E R S. A D E O.

Q. *hic quid si filius præteritus, vivò adhuc patre, moriatur, convalescitne testamentum? Videri posset quòd sic: quia cessat causa, quæ testamentum invalidat. Verùm negativè decidit Imperator, aitque, quòd nemo hæres ex eo testamento exillere possit. Ratio: quia quòd ab initio non valet, tractu temporis non convalescit, l. 29. §. l. 210 ff. de R. J. Schneid. n. 3.*

A D V E R S. S E D N O N I T A.

Erant olim duæ *differentie* inter filium, & filiam, nepotes, & neptes, &c.

I. Erat, quòd filio præterito, testamentum fuerit nullum, & ipsò Jure conciderit; contrà verò, filia, nepote, vel nepto ex filio cæterisque descendentes per virilem sexum penitus nihil consequerentur, statuit Imperator, ut haberent Jus accrescendi ad certam portionem, *h. e.* ut potuerint, separatis hæredibus, certam portionem auferre. Quæ autem fuerit illa portio, *textus* non memorat; DD. tamen sequuntur opinionem *Ulpiani*, atque statuunt, ut, si extranei sint instituti, præteriti asserant semissem; si verò liberi, & sui hæredes sint instituti æqualiter cum iis præteriti succederent.

II. Differentia erat, quòd filius nominatim institutus, filia autem, nepotes & pronepotes inter cæteros exhæredari potuerint, v. g. filius meus hæres esto, cæteri exhæredes sunt! *Manz. num. 9.*

Verùm hodie ex constitutione *Justiniani* eodem Jure gaudent filia, cæterique liberi, quo filii; adeòque omnes liberi indistinctè aut hæredes institui, aut nominatim exhæredari debent. *d. l. ult. Cod. de lib. præter.*

Quòd adeò procedit, ut testamentum, in quo liberi nec instituti, nec nominatim exhæredati inveniuntur, ipso Jure corruat, *l. 30. ff. eod. Manz. tract. de testam. tit. 8. num. 10.*

S. P O S T H U M I. I.

Posthumus ille dicitur, qui post mortem parentis nascitur, adeòque, qui tempore mortis paternæ in utero matris est. Hinc *etymologia* posthumi, quasi post humatum patrem deducitur, *l. 3. §. 1.*

§. 1. ff. de injust. rupt. & irrit. fact. testament.

Trahitur tamen hoc nomen etiam ad eum, qui, vivo patre, post testamentum factum nascitur, d. §. 1. vel arrogatur, l. filius 28. §. 1. ff. b. t. Schamb. hic.

Talis itaque posthumus aut hæres institui, aut nominatim debet exheredari, l. 3. de injust. rupt. & §. 1. hic. nulla facta differentiâ inter sexum masculinum, & femininum: par enim omnium conditio est, Text. hic. Et, qui in utero sunt, Jure civili habentur pro jam natis, quod de commodo eorum agitur, l. 7. & 26. ff. de stat. hom. Harp. hic. n. 3.

Illud tamen nota, quod præteritio post-humi præteritione jam nati in hoc differat, quod testamentum, in quo jam natus præteritus est, ipso Jure nullum sit; contra verò testamentum, in quo posthumus præteritus est, ab initio valeat, & demum agnatione ipsius rumpatur. Ratio: quia is, qui in utero est, antequam nascitur, suus propriè hæres non est; nam contingere potest, ut mater abortum faciat, text. hic. Manz. tract. de Testament. tit. 8. n. 136.

AD VERS. SED FOEMININI.

Olim posthumos, & posthumas exheredari potuisse, dubium non est per §. nostrum. Hæc tamen ~~1999~~ fuit differentia, ut foemini sexus personæ, filia scilicet, & neptes posthumæ vel nominatim vel inter cæteros exheredari potuerint, v. g. ex liberis meis Cornelius mihi hæres esto, ceteri exheredes sunt! Ita tamen, ut si pater inter cæteros filias exheredarit, debuerit aliquid legati nomine ipsis relinquere. Ratio est in textu, ne viderentur præteritæ esse per obligationem.

AD VERS. MASCULO.

Masculi filii posthumi non aliter potuerunt, quam nominatim exheredari, hoc scilicet modo, quicumque mihi filius genitus fuerit, exheres esto, text. hic.

Verùm hæc hodie inutilia sunt: nam posthumum, posthumamve hodie neque præterire licet, neque exheredare; sed, hæres instituantur, necesse est. Ratio, quia nulla exhereditatio sine appositione, & probatione causæ ingratitudinis procedit, Nov. 115. cap. 3. atqui posthumus nullam potest committere ingratitudinis causam; ergò quòd si defactò posthumus fuerit exheredatus, ad similitudinem jam nati per querelam inofficiosi testamentum debet evertere; non autem habet Jus dicendi nullum. Schamb. hic. q. 3. Zoes. ff. de lib. & posthum.

Multum autem interest, an posthumus Jus dicendi nullum habeat, an verò per querelam testamentum evertat? nam illi non nisi 30. annis; huic autem 5. annis præscribitur. II. Per Jus dicendi nullum totum testamentum evertitur; per querelam vero non nisi quoad institutionem: legata enim, & fideicommissa firma manent. Auth. ex causa. Cod. de lib. pret.

§. POSTHUMORUM. 2.

Posthumi alii sunt verè & propriè tales. 13 Alii minus propriè. Verè & propriè posthumi sunt, qui post humatum patrem nascuntur; de quibus supra.

Impropriè, sive quasi posthumi dicuntur illi, qui in sui heredis locum succedunt; sive (ut clarius loquar) qui aut testamentum factum natus quidem est, non suus; sed post testamentum incipit esse suus hæres: talis est v. g. nepos, nam si filius, vivo patre moritur, aut alia ratione exiit de potestate patria, tunc incipit

filiationis, sive duo Jura naturalia sanguinis, & civilia adoptionis. *Manz. tract. de testam. n. 176.* Ratio alia, quia ejusmodi adoptivus in potestatem, & familiam adoptantis transit; cum ergò locum habeat *suius*, locum quoque habebit instituendi *necessitas*. *Manz. Instit. hic. n. 24.*

§. SED SI. 6.

15 Inter alia militis privilegia, & hoc est, quòd, in expeditionibus constitutus, faciens Jure militari testamentum, liberos, licet sui sint, instituere, vel exhæredare non teneatur; sed præteritio ipsius locò exhæredationis habeatur, modò sciverit, se liberos habuisse. Si verò ignorans se liberos habuisse, alios hæredes scripserit, eos autem præterierit, vel, quia nescit, uxorem prægnan-

tem esse, vel, quia, eò absente, nati sunt, hoc in casu non censetur eos exhæredare voluisse, ac proinde testamentum minimè valebit, *l. 9. §. l. 10. Cod. de testam. milit.* Quia nulla voluntas elici potest ex ignorantia, & errore, *l. 116. ff. de R. J. Harp. hic. §. Manz.*

§. FIN.

Illud in hoc §. sancitur, quòd Mater, item Avus maternus necesse non habeant, liberos suos, aut hæredes instituere, aut nominatim exhæredare, sed, quòd possint eos silentio omittere: & tale silentium tantum faciat, quantum exhæredatio patris, h. e. testamentum, in quo Mater filium suum silentio præterit, non ipso jure nullum, sed per quærelam inofficiosi rescindendum.

TITULUS XIV.

DE HÆREDIBUS INSTITUENDIS.

SUMMARIUM.

- 1 Quinam nequeant hæredes institui?
- 2 Servus an rectè instituat?
- 3 Hereditas in quot uncias dividatur?
- 4 Quid Juris, si hereditas à testatore in plures uncias divisa sit?
- 5 Conditio impossibilis, institutioni adjecta, quid operetur?

CONTINUATIO.

1 VISO, qui necessario instituendi, vel exhæredandi sint? Sequitur in genere, qui hæredes institui possint?

AD PRINCIP.

Hæredes possunt omnes institui, qui non prohibentur. In specio autem prohibentur I. Deportati, *l. 1. Cod. de he-*

red. inst. quia non sunt Cives Romani. II. Damnati in metallum, quibus nihil relinqui potest, nisi alimenta, *l. 3. ff. de his, que pro non script. habent.* III. Damnati ad triremes, quia hodie in eorum locum successerunt, qui in metallum damnati sunt. *Manz. tract. de testam. tit. 6. n. 81.* IV. Apostatæ, sive ii, qui à Christiana fide defecerunt. Item Hæretici, Anabaptistæ, *l. 3. Cod. de Apostat. Nov. 115. cap. 10. §. 14.* V. Filii reorum criminis læsæ Majestatis, *l. 5. §. 1. Cod. ad leg. Jul. Majest.* VI. Excommunicati propter cædem, vel percussionem cardinalis. *c. fin. de pen. in 6.* VII. Mulier, intra tempus luctus nubens, *l. 1. Cod. de secund. nupt.* Ratio: quia hæc est pœna incontinentiæ. Quod de Jure Canonico non procedit, *c. pen. §. ult.*

ult. *de secund. nupt.* VIII. Personæ incertæ, quales sunt, quas incertâ, & cæcâ opinione animo suo testator subicit, l. *quoties.* §. 9. ff. b. t. Ratio: quia certum debet esse testatoris consilium. De Jure novo incertæ personæ institui possunt, dummodò certitudo earum ex futuro eventu desumi possit. *Glette tract. de testam. cap. 1. §. 2. de iis, qui absolute non possunt institui, n. 2. Hirp. n. 11. hic.* IX. Filii, ex damnato coitu nati, quales sunt nefarii, incestuosi, adulterini, sacrilegi, *Aust. licet Cod. de natur. liber. & Aust. ex complexu Cod. de incestuos. nupt. Manz. tract. de testam. loc. cit. n. 83. & seq.* Ratio est in odio damnatæ levitatis, incontinentiæ posita. Hinc dicit *Nov. 89. §. 1.* quod nulla illis sit impertienda clementia; hoc autem eatenus procedit, ut à Patre, vel Matre institui non possint; nam extraneus tales ex damnato coitu susceptos, validè instituit. *Gail. lib. 2. obs. 88. n. 2.* Ratio, quia in extraneo cessat causa prohibitionis, videlicet damnata libido, & peccatrix concupiscentia. *Manz. loc. cit. num. 113.*

X. Non possunt institui hæredes Monachi S. Francisci, veluti Capucini, & Minores de Observantia seu recollecti. Ita statuitur in *Clement. exvii. v. quia igitur. de P. S.* Ratio, quia nihil proprium habere possunt, neque in communi, neque in particulari, *Manz. loc. cit. n. 151. Glette loc. cit. n. 6.* Legatum tamen capere, & fidei-commissum particulari non prohibentur, modo sit rei mobilis, & parvæ quantitatis. *d. Clement. exvii.* Ubi nominatim, & in specie prohibentur, capere legatum rei immobilis, aut magnæ quantitatis, ergo legatum rei mobilis, & parvæ quantitatis possunt accipere: exceptio enim firmat regulam in casibus non exceptis.

arg. l. 18. §. 11. ff. d. instruat. fund. vel instrum. leg. Cum autem fratres minores sint incapaces Judiciorum, actionum pro rebus, sibi donatis, vel in ultimâ voluntate relictis competentium, ideò possunt implorare officium Judicis, ac rogare, ut ad præstationem legati hæres coarctetur. Vel Judex etiam non imploratus, ex officio adversus hæredem procedere, & hæredem ad præstationem legati compellere potest. *Manz. n. 163. Glette loc. cit. n. 7.*

A D V E R S. P R O P R I O S.

Olim servos proprios non aliter instituire licebat, quàm cum libertate, v. g. hòc modò: *Stichus servus meus, liber, & hæres esto!* Hodie, omnia etiam libertatis donatione, rectè instituuntur, quia testator, eum instituendo hæredem tacitè dat libertatem, cum sine ea hæres esse non possit, &c.

Excipe servum, de adulterio, cum Domina sua commissò, accusatum: talis enim ante sententiam non manumittitur nec à Domina hæres institui potest. *text. hic. Manz. & Schamb. hic.*

§. S E R V U S I.

Servus itaque hæres à Domino institui potest, institutus fit liber dominòque hæres necessarius, modò in eadem causa manserit, i. e. in domo testatoris usque ad mortem, & utrumque, i. e. libertatem, & hæreditatem ex testamento consequatur. Hinc, à vivo testatore manumissus, vel in alterius domini potestatem translatus, non amplius hæres erit necessarius; sed priori casu ex suo, posteriori non nisi ex domini sui novi arbitrio, & jussu hæreditatem adire poterit, non etiam nomine suo, quia dominus, eum alienando, à libertatis donatione destituisse videtur. *text. hic.* Hæc de servo

servo proprio. Servus verò alienus, hæres institutus, jussu, & nomine domini, in cujus potestate adeundæ hæredationis tempore erit; adibit, quòd si ipsemet tunc liber sit, nomine suo adire poterit.

Q. Quid, si servus institutus, non obstante jussu domini, adire hæreditatem nolit; R. Dominus non fiet hæres. l. 3. ff. post. Cod. h. t. l. 6. §. fin. l. 7. ff. de acquir. & amitt. hæred.

Dices: talis servus, nec velle, nec nolle habet. R. quoad ea, quæ ad Juris effectum sunt comparata, conc. quoad ea, quæ in facto consistunt, uti est aditio, nego antec. & conseq. Schamb. hic.

Urges: Hærede instituto filiosam. & adire hæreditatem recusante, pater eam acceptare potest; ergò etiam dominus, invitò servò. R. neg. conseq. quia est speciale in patre, utpote qui magis videtur, esse una, eadèmq; persona cum filiosam. quàm Dominus cum servo. Schamb. hic.

§. SERVUS ETIAM. 2.

Indicat hoc locò Imperator, etiam servum hæreditarium posse hæredem institui, i. e. servum mortuò jam Dominò, & nondum ejus aditã hæreditate. Videbatur quidem, hunc servum institui non posse, cum hæreditate nequeat acquirere, utpote, qui Dominò caret, ex cujus persona Jus adeundi habeat.

Verùm dicendum, quòd hæreditas jaccens, & nondum adita, Domini defuncti personam sustineat, atque repræsentet. Confirmatur conclusio à paritate: potest hæres institui servus, cujus Dominus adhuc in utero est; ergò & hæreditarius, qui Dominum nondum habet, text. hic. Servus tamen hæreditarius ante aditam hæreditatem à suo Domino hæreditatem adire non potest, quia requiritur Jussus Domini, Manz. hic.

§. SERVUS AUTEM. 3.

Non tantùm unius, sed etiam plurimum Dominorum, seu communis servus hæres institui potest hæreditate, & que acquirat suis dominis, quorum jussu eam adit, pro portione dominica regulariter, quia dominium est acquisitionis causa.

Dixi quorum jussu, quia, unò alterò non jubente, pars illa jubenti accrescit; cum nemo paganus partim testatus, partim intestatus decedere possit. l. 7. ff. de R. l.

Dices: si legatum servo communi relinquitur, unò Dominò repudiante, pars vacans alteri non accrescit, l. 20. ff. de legat. 2. ergo idem hic. R. neg. conseq. quia ibi aliquis non decedit partim testatus, partim intestatus.

§. ET UNUM. 4.

Potest quis hæres instituere, quos voluerit; ratio nulla est alia, quàm libertas ultimæ voluntatis. Ex quo inferunt, quòd non referat sive Civitatem, sive Populum, sive Collegium (saltem licitum) aliquis instituat. Manz. hic. & 3. hic.

§. HÆREDITAS. 5.

Imperator in hoc §. plures hæredes à testatore institui posse, dixit. Sed, quia aliquando inæqualiter instituantur, ideo partes hæreditatis hic declarat. Dividitur autem hæreditas plerumque in XII. partes seu uncias. Istæ autem partes, seu uncie, simul sumptæ, vocantur *As*, *libra*, vel *pondo*. Nomina autem partium hæc sunt:

Duodecima, sive minima pars assis vocatur *Uncia*. Sextans, quasi dicas, sexta pars assis, sunt 2. uncie. Quadrans, quarta pars assis, sunt 3. uncie.

Triens, tertia pars assis, sunt 4. unciae.
Quincunx, quasi contineat 5. partes.
Semis, quasi semias h. e. dimidius as,
 sunt 6. unciae. *Septunx*, sunt 7. unciae.
Bes, quasi bis triens, sunt 8. unciae.
Dodrans, sunt 9. unciae. *Dextans*, 10.
 unciae. *Denix*, quasi dempta uncia,
 sunt 11. unciae.

Ratio porrò, quare Jura dividant
 hæreditatem in XII. uncias, alia non
 est, quam, quia conveniens videbatur
 iste numerus pro commodâ divisione
 hæreditatis. Itaque, si testator velit
 plures hæredes instituere potest ita
 scribere: *Titium instituo in quincunx*;
Mævium in quadrante; *Cajum in trien-*
te: quo in casu *Titius* 5. partes; *Mæ-*
vius 3. *Cajus* 4. accipiet. Proinde fac!
 testatorem habuisse in bonis 1200. fl.
 Hoc casu capiet *Titius* 500. *Mævius*
 300. *Cajus* 400.

Dices: quid opus testatorem tam inu-
 sitatis verbis uti? cur non statim dicit:
Titium in 500. Mævium in 300. &c. Hæ-
redes instituo? R. I. Id fieri propterea,
 quia ipso adhuc vivente, crescere & de-
 crescere potest patrimonium ejus. R. II.
 Multum interesse; nam, si testator dicat:
Titium instituo in quincunx, sive in 5. un-
ciis, vel quinta parte hæreditatis: Tunc
 dicitur testator ipsum instituisse in quo-
 ta hæreditatis, & proinde capit *Titius*
 istam quotam titulo universalî. Si dicat:
Titium instituo in 500. fl. Tunc dicitur,
 ipsum instituire in certa re, & *Titius*
 capit eos titulo singulari, & potius no-
 mine legati, quam hæreditatis, cujus
 hic est effectus: nam si quis rem certam
 titulo singulari ex testamento alterius
 percipit, consequitur illam merè lucrati-
 vè, & sine omni onere; qui verò quo-
 tam, is & pro parte, qua hæres est,
 onera quoque sustinet, & Creditoribus
 hæreditariis satisfacere tenetur. Alter ef-

fectus, & discrimen est, quoad Jus ac-
 crescendi: nam, si plures ex singulari
 re hæredes instituti essent, & unus repu-
 diaret suam partem, non accresceret in
 singulari re, sed in quota hæreditatis in-
 stituto, de quo vide §. I. *infra de legat.*
Manz. hic. n. 8. & seqq.

AD V. NON AUTEM.

Quanquam bonum sit (commodioris
 divisionis gratiâ) legalem distributionem
 servare: & hæreditatem semper in XII.
 uncias, non plures, neque pauciores
 dividere: Non tamen ad hunc num-
 rum restrictus est Testator; sed potest
 vel plures, vel pauciores uncias facere.
 Hinc, si dixerit: *Titius ex semisse mihi hæ-*
res esto! totus as in semisse erit; quia
 nemo paganus potest pro parte testatus,
 & pro parte intestatus decedere, l. 7. ff.
de R. J. nisi miles sit, quia in hoc sola
 voluntas spectatur: hinc in dato exem-
 plo *Titius* semissem, hæredes ab intesta-
 to alterum semissem caperent. *Manz. n.*
16. Schamb. hic.

Quid, si plures testator instituerit, &
assem non impleverit? v. g. *Mævium in*
semisse; Cajum in quadrante? R. I. quod
 quadrans vacans in 9. uncias dividi de-
 beat, & *Mævius* capiat iterum 6. *Cajus*
 verò 3. R. II. Possè totam hæreditatem
 in 9. duntaxat uncias dividi, quarum 6.
Mævius, tres *Cajus* accipit. *Manz. n. 15.*

Quid, si testator hereditatem in plures,
quam in XII. uncias dividerit. v. g. *Titium*
in 12. Cajum in 6. uncias instituerit? R.
 quod tunc in dupondium. Si verò 24.
 uncias instituendo hæredes excesserit, in
 tripondium processisse videtur. Ille ta-
 men partes omnes ad assem revocantur,
 & cuilibet pro rata decrevit; quod bo-
 no arithmetico relinquatur computan-
 dum. *Schamb. hic.* Sed, ne te in hac re
 multam confundas, dic: quòd quis tot
 partes

partes capiat, quot ipsi assignatæ sunt, & hæreditas in tot uncias dividatur in quot ipse testator eos divisit.

§. S I P L U R E S 6.

Q in hoc §. quando sit necessaria distributio secundum partes assis? & R. tunc partium distributionem necessariam esse si plures instituuntur hæredes, & eos non sit testator ex æqualibus partibus hæredes esse. Nam, si nullas partes assignaverit, satis indicat, ex æquis partibus eos velle hæredes esse.

A D V. P A R T I B U S.

Quid si testator hæredes quosdam instituit definite, h. e. partibus in quorundam personis expressis; quosdam verò indefinite, h. e. partibus non assignatis? R. cum distinctione: vel enim as est completus; vel nondum est completus. Si as nondum est completus, tunc indefinite institutus partem residuam capit: si plures indefinite instituti sint, omnes in portionem vacantem concurrant, eamque æqualiter inter se dividunt; quia talis est mens, & voluntas testatoris, creditur.

A D V. S I V E R O.

Si verò totus as jam completus sit, tunc videtur, dupondium fecisse, & institutus indefinite capiet dimidiam partem hæreditatis; quia dupondium ad assem revocatur: si ve hæreditas dividitur in 24. uncias, ex quibus definite instituti 12. & indefinite 12. uncias.

§. V I D E A M U S 7.

Si nullus sine parte scriptus sit, & tamen pars aliqua vacet, illa singulis pro parte hæreditatis accrescit. Et contra, si plures hæredes scripti in portionibus sint, tacite singulis decrescit. Sed, quomodo fiet computatio? vide Manz. hic.

qui duos computandi modos tradit, quorum primus valdè obscurus est. Ego proinde secundum teneo, & dico si nullus sine parte scriptus sit, & una tamen pars vacet, quòd non opus sit Jure accrescendi; sed testator censetur, hæreditatem non in plures uncias divisisse. Quòd si è contrà assem assignando, partes exceßerit, censetur in plures uncias divisisse. v. g. Fac! testator instituit primum in triente, secundum in quadrante. Hoc in casu censetur hæreditatem in septem partes divisisse, quarum primus quatuor, secundus tres accipit. Fac iterum, quòd primum in semisse, secundum in triente, tertium in quincunce instituerit: hoc in casu censetur testator hæreditatem in 16. uncias divisisse.

§. E T S I P L U R E S 8.

Si plures uncie, quàm 12. distributæ, & aliquis sine parte institutus sit, hic habebit id, quod dupondium deest. Idem expletò dupondio sentiendum de tripondio, *Schneid. n. 5. v. g.* testator fecit 4. hæredes. I. instituit in 6. uncias. II. in 4. & III. in 4. deinde IV. indefinite instituit: quid capiet hic? R. id, quod deest dupondio, videlicet 10. uncias.

§. H E R E S E T P U R E 9.

In hoc §. traditur qualiter hæredis Institutio fieri possit? videlicet pure, & sub conditione.

Ex die verò, vel certo tempore hæres institui non potest, veluti post biennium, quàm moriatur, ne quis pro parte temporis decedat testatus, pro parte intestatus. Sicutiam in certum tempus hæres institui non potest, per allegatam rationem; & etiam hanc, quòd is, qui semel hæres est, non potest desinere esse hæres, l. 88. ff. h. t.

Et ideò, si ex certò tempore, vel ad certum tempus hæres instituitur, tempus habetur pro non adjecto, & censetur purè institutus, & hoc fit in favorem ultimarum voluntatum. *text. hic. Manz. & Schneid.*

§. IMPOSSIBILIS. 10.

Q. *Quid Juris si conditio impossibilis sit apposita?* R. si institutionibus, legatis, fidei commissis, donationibus mortis causà ea sit adjecta, habetur pro non adjecta, *text. hic. & l. 20. ff. h. t.* Ratio est favor ultimæ voluntatis. Secus, si contractibus adjecta sit, tunc enim contractum vitiat & annullat, quia, partes jocari voluisse, præsumuntur; Testator autem jocari non præsumitur. *Manz. hic.*

§. SI PLURES. 11.

Contigit subinde, ut plures conditiones uni hæredi adjectantur; quo in casu, si *conjunctim* sint adscriptæ, velut, si *Roman ierit, si Imperator Turcam vicerit*, omnium eventus expectandus est; conjuncta enim unius locò habentur. Si *separatim* scriptæ sint, veluti si *Capitolium ascenderit, aut Petro 10. dederit*, sufficit unam esse impletam. Ratio, quia in *alternativis* sufficit alterum adimpleri.

§. FIN.

Illi etiam, quos testator nunquam vidit, hæredes institui possunt, quia possunt vel per *amicitiam*, vel *famam*, vel *virtutem* aliundè noti esse. Sic potest quis *fratris filios peregrinantes* vel *Professorem primarium Salisburgensem* hæredes instituire, magis enim voluntas testatoris quàm cognitio attendenda. *Manz. hic.*

TITULUS XV,

DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

SUMMARIA.

- 1 Desinitur substitutio in genere.
- 2 Testator potest plures gradus substitutionis facere.
- 3 In Codicillis non rectè fit substitutio.
- 4 Facta tamen in fidei-commissionem trahitur.
- 5 Substitutio alia est vulgaris, alia pupillaris.
- 6 Iterum alia expressa, alia tacita.
- 7 Denique alia desinita alia indefinita.
- 8 Facta in casum voluntatis, facta etiam in casum impotentia non censetur.
- 9 Resolvuntur argumenta contraria.
- 10 Plures possunt in locum unius substitui.

- 11 & 12 Enumerantur varii casus substitutionis.
- 13 Recensentur effectus substitutionis vulgaris.
- 14 Exspirat substitutio variis modis.
- 15 An substitutio sit potior Jure accrescendi?

CONNEXIO.

EXpositò primò institutionis gradu, videamus modò de *secundo*, tertio, & *consequentibus*; potest enim testator plures facere institutionis gradus, &c. qui sunt post primum gradum, vocantur substitutiones, *After-Erb-Satzungen*. Quam materiam à *subilitate*, & *difficultate*

tate inter alias principem compellere possis; teste enim *Manzio*, tanta ejus est altitudo, ut compendiaria interpretatio- ne exhauriri non possit, videturque si- millima mari Anglico, in quo sunt repti- lia sine numero. At! nolim? animum abjicias, trementi similis. Industriâ, la- bore, constantiâ opus est, agendum in- tensè, & acriter. Difficultatum tanta non occurrit machina, quanta nequeat laborum ariete conquassari: & cui (quæso!) non incendatur animus ubi notum est, *Baldum* de sola hac substitu- tionum materia consulendo 1500. au- reorum lucri tulisse.

A D P R I N C I P.

¹ Substitutio à variis variè describitur: placet, quòd sit secundi hæredis institu- tio collata in casum, quo primus institutus hæres non erit, v. g. cum testator dicit: *Titium hæredem instituo; si hæres non erit, Cajum ei substituo*. Hic Titius dicitur institutus, & Cajus substitutus: & hæc substitutio est secundaria & con- ditionalis institutio; quia tunc demùm substitutus hæres erit, quando primò locò hæres institutus hæreditatem non adit, vel, quia non vult, vel, quia non potest. *Schneid. n. 3.*

² Potest autem testator plures subordi- nationes, & gradus hæredum facere, v. g. dicendo: *Petrus mihi hæres esto! si Petrus hæres non erit, Paulus hæres esto! si Paulus non erit, Joannes esto! si nec Joan- nes erit, Antonius esto; & ita deinceps, in quantum velis testator, substituiere po- test: adeò, ut in subsidium, & novissi- mò locò servum hæredem instituere pos- sit, ne scilicet intestatus moriatur, v. g. dicendo: *si ex prædictis nemo hæres erit, servus hæres esto!* qui propter dominicam potestatem nolens volens hæres esse cogitur. *Manz. n. 3.**

Kees ad Instituta,

³ Porro dicitur in *Textu princip. hic. in Testamento suo*, quia in codicillis substi- tuere non licet. Ratio, ne confundatur Jus testamentorum, & codicillorum. *Harp. n. 39. hic.* Ratio alia: quia, ubi institutio non est permessa, ibi substitutio est prohibita, cum hæc nihil sit aliud, quàm secunda institutio. *Fisarius de substit. g. 1.* atqui in codicillis institutio non est permessa. §. 2. *Inst. de Codicill.* ergò, *Manz. n. 5.*

⁴ Q. I. An substitutio directis verbis in codicillis facta cum directo Jure valere ne- queat, saltem in vim fidei-commissi susti- neatur, ita, ut venientes ab intestato cen- seantur rogati, eam hæreditatem restituere hæredi, in codicillis substituto, detractâ quartâ Trebellianicâ? Quamvis negativa in rigore Juris facile defendi possit, quemadmodum eam disputandi (ut ait) potius, quàm decidendi gratiâ, tuetur *Harp. num. 41. hic.* ex hæc ratione, quòd verba directâ naturam suam retineant, nec obligentur nisi in casibus Jure ex- pressis, l. 7. ff. h. t. ubi substitutio, di- rectis verbis impuberi ultra tempus pu- bertatis facta, ad fidei-commissum re- ducitur.

Affirmative tamen communi harmoniâ DD. accinunt. Ita *Zoes. ff. de Jure Co- dicill. n. 7. Hum. ad Treutl. vol. 2. disp. 11. th. 6. lit. C. Schneid. n. 15. Mysing. n. 8.*

Ratio hujus est, ut sustineatur ultima voluntas, omni meliori modò, quo potest. *Accedit præterea l. fin. §. 1. de Codicill.* ubi *Theodosius Imperator* ait: non licere ad fidei commissi interpretatio- nem, veluti ex codicillis, voluntatem reducere, si testator testamentum facere decrevit, ergò à contrario licita erit de- tractio, si codicillos testator facere voluit. Deinde inter DD. facile convenit, institutionem, in codicillis directè fac-

T t tam,

tam, ad fideicommissum reducitur, ut communiter tradunt ad §. 2. *Inst. de Codicill.* ergo etiam substitutio, in codicillis directè facta, ad fideicommissum reduci debet.

- 5 *Dividitur substitutio I. in vulgarem, & pupillarem.* Vulgaris est, qua cuivis ætati, & personæ à quolibet de populo (idoneo tamen) substituitur in casum non aditæ hereditatis, veluti: *Titius hæres esto; si hæres non erit, Cajus hæres esto.* *Sibueid. n. 8.* Pupillaris est, qua parentes liberis substituant impuberibus, in potestate constitutis, in casum acquisitionis hereditatis, & mortis ante pupillarem ætatem. Huc pertinet substitutio *exemplaris, breviloqua, &c.* de quibus *tit. seq.*

- 6 *Vulgaris dividitur II. in expressam & tacitam.* Expressa est, quæ fit verbis expressis v. g. *Titius hæres esto, si hæres non erit, Cajus hæres esto!* Tacita est quæ sub pupillari expressa continetur; v. g. si testator ita scribat: *Filius meus impubes hæres esto! si hæres erit, & in impubertate decesserit, Cajus hæres esto!* Hæc est substitutio pupillaris expressa, continens in se tacitam vulgarem, ita ut, si filius in impubertate non moriatur, & ab hereditate paterna se se abtineat, Cajus substitutus nihilominus ad hereditatem paternam admittatur, *l. jam hoc jure 4. ff. h. t. n. 1.* Sed, quomodo admittetur Cajus? R. ex substitutione vulgari tacita, quasi testator etiam in illum casum substituisset, quo hæres non erit, & intra pubertatem non decesserit. Et hoc ex interpretatione, vi, & potestate legis, presumentis, quod testator, qui ita dilexit substitutum, ut non duntaxat filii bona, sed etiam bona ipsius testatoris propria, ad eundem venire voluerit, censetur etiam velle, ut filius, ante patrem mortuus aut se ab hereditate abstinente,

substitutus in bona, ipsius testatoris propria, succedat. Ita re ipsa docent *Zoes. ff. h. t. n. 17. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 11. th. 8. lit. F. Humm. ibid. q. 50. & var. resolut. lib. 2. tract. 6. q. 7. Fusar. de substit. quest. 24. per. tot. Mantica de concess. ult. volunt. lib. 5. tit. 5. n. 1. Schneil. n. 9. Perez. & Schamb. Inst. hic. Menoch. lib. 4. presumpt. 43. n. 1. & seq. ubi ait, pro regula quali ab omnibus constitui pupillarem expressam in se continere vulgarem tacitam, quod, an sine altercatione procedat, videbimus *infra. tit. seq.**

III. Substitutio *divellitur* in definitam, & indefinitam. Hæc est, quæ specialem casum non complectitur, sed verbis generalibus concepta est, v. g. *Titius hæres esto! si hæres non erit, Cajus hæres esto!* Illa est, quæ specialem casum complectitur, puta, *voluntatis aut impotentie!* v. g. *Titius hæres esto! si hæres esse non velit, Cajus hæres esto!*

Q. II. *An substitutus in casum voluntatis censetur vocatus in casum impotentie, vel econtra?* Casus eximie hujus controversie emergat iste. Testator ita scripsit: *Titius hæres esto! si Titius hæres esse non velit, Cajus hæres esto!* Jam fac, quod Titius libenter vellet esse hæres; sed, quia fortassis deportatus est, hæres esse non possit: questionis est, an substitutus Cajus nihilominus admittatur? *Affr. Zoes. ff. h. t. num. 7. Perez. ad Cod. de impub. & aliis substitut. n. 3. Schamb. Inst. hic. Gomez. var. resolut. tom. 1. cap. 3. n. 10. Arumæ. exercit. 8. th. 15. Menoch. lib. 4. presumpt. 65. Fusar. q. 31.*

Movetur I. Quia videtur esse eadem ratio in casu omisso, quæ in casu expresso, nam substitutio vulgaris, si hæres esse non velit, idè facta intelligitur, ut defunctus heredem habeat, & non decessat intestatus in casu, quo primus institutus hæres non vult esse hæres; sed hæc

hæc ipsa ratio militet etiam in casu, quo hæres esse non potest; ergo.

Movetur II. per l. 3. Cod. de substit.
 Et insit. ubi institutus sub conditione; si a patre emancipatus fuerit, censetur etiam institutus in casu, quo pater deportatus fuerit: sicuti ergo institutio in unum casum facta, trahitur ad alium casum; ita quoque substitutio facta in unum casum, trahenda est ad alterum.

Movetur III. per l. 25. §. 1. ff. de lib. et posthum. ubi proponitur talis casus: testator scripsit illum hæredem, quem adhuc in utero matris esse credidit; postea apparuit, quod tempore conditi testamenti jam fuerit natus, & consequenter testator in sua opinione erraverit. Quærebatur, an nihominus valeat institutio? & responsum fuit, quod sic; ergo dispositio, facta in unum casum, censetur etiam facta in alterum.

Movetur IV. per l. Gallus 29. §. 5. ff. de lib. et posthum. ubi nepos, vocatus in casum, quo filius mortuus fuerit, censetur etiam vocatus in casum quo filius deportatus est, aut per emancipationem exiit de patria potestate; ergo dispositio facta in unum casum, censetur etiam facta in alterum.

Movetur V. per l. Jan hoc Jure 4. ff. b. t. ubi sub hac conditione, si hæres non erit, etiam hæc conditio comprehenditur, si hæres erit, & intra pubertatem decesserit, ergo dispositio, facta in unum casum, censetur etiam facta in alterum.

Verum, his non obstantibus, semper mihi visa est verior negantium opinio, ita, ut substitutus in casum voluntatis non admittatur in casum impotentie. *Honn. ad Treutl. vol. 2. disp. 12. th. 6. q. 1. num. 1. Facchine. lib. 4. cap. 61. Harp. §. 1. 37. Inst. b. t. n. 7. Bachov. ad Treutl. c. 10. lit. A. Mantie. de conjec. ult. volunt. lib. 5. tit. 4.*

Probatnr I. Hac ratione: quia isti duo casus voluntatis, & impotentie sunt planè diversi, & ita diversi, ut nihil quidquam invicem commune habeant; quod exinde patet, quia non velle, & non posse sunt diversa: siquidem possum non velle Romam ire; non tamen sequitur, quod non possum, atqui diversorum ea est natura, ut, uno positò, non censetur alterum quoque positum, ergo, &c.

Accedit, quod actus agentis non operetur ultra ejus intentionem, l. 19. ff. si cert. pet. sed actus agentis est circa casum voluntatis; ergo non operatur in casu impotentie, præcipue quoniam substitutio ex conjecturis inducenda non est, arg. l. 21. ff. qui testam. fac. poss. Taceo, quod qualibet conditio debeat in forma specifica adimpleri; uti ex sequent. patebit.

Probatnr II. per l. pater 101. ff. de condit. et demonstr. ubi proponitur talis casus: pater filie prædium reliquit sub ista conditione, ut nuberet Philippo; & si huic non nuberet, Philippo tamen daretur prædium: contigit, ut filia libenter nuberet, sed nondum viriputens, decessit. Q. an Philippo debeat prædium? deciditur, quod non. Jam sic arguo: si I gavi in casum voluntatis, legatarius nihil capit in casu impotentie; ergo etiam, si substitui in casum voluntatis, substitutus nihil capiet in casu impotentie.

Probatnr III. per l. commodissimè 10. ff. de lib. et posthum. ubi dicitur, quod si testator ita scripserit: si, vivo me, nascatur, hæres esto, non censetur filius posthumus institutus, & rumpat testamentum, si mortuo testatore nascatur; ex ratione, quia casus omissus habetur pro omissò, ergo idem in nostro casu dicendum.

Probatur IV. per l. 21. ff. h. t. ubi substitutus in casum, quo intra decimum annum filius decesserit, non admittitur, si post decimum annum decesserit: ex ratione, quoniam in hunc casum non est substitutus, & quia conditio debet impleri in forma specifica; ergo idem in nostro casu dicendum.

Probatur V. per l. 22. ff. solut. matrim. ubi, si extraneus dedit dotem, & cam sibi in casu divortii reddi, stipulatus est, dos reddi non debet, si matrimonium per mortem dissolutum sit: ex ratione non alia, quam, quia casus omisus habetur pro omisso, & conditio debet impleri in forma specifica; ergo idem in nostro casu dicendum.

9 Argumenta *contraria* nullò labore enervantur.

Ad I. R. non spectari, an sit eadem ratio, sed, an sit voluntas testatoris; quæ talis esse præsumitur, ut in casu omisso nullum heredem habeat.

Ad II. R. quòd in casu *d. l. 3.* idem planè effectus tam ex emancipatione, quam ex deportatione sequatur, scilicet iste, ne usus-fructus ad patrem perveniat. Hæc enim unica fuit testatrix intentio, quæ adimpletur, sive patria potestas soluta sit per emancipationem, sive per deportationem. Secus est in nostro casu, ubi fortè testator ob certas rationes in casu impotentiae substitutum noluit admitti.

Ad III. R. quòd testator ideò in *cit. l. 25. §. 1.* unum duntaxat casum expresserit, quia, se statim moriturum, credidit, & natiuitatem ejus quem in utero esse credidit, ignoravit. Secus est in nostro casu, ubi pater bene novit, substitutionem vulgarem duos in se continere casus, unum proinde si expresserit, alterum videtur exclusivè.

Ad IV. R. Ideò casum mortis exten-

di ad casum deportationis, quia utriusque casus prorsus est eadem ratio: filius enim in utroque casu desinit esse suus, & consequenter nepos agnoscitur suus heres, atque adeò rumpit testamentum, quod unicum evitare pater voluisse præsumitur. Secus autem est in nostro casu, ubi fortè alia testatorem potuit movisse ratio, quòd in casum impotentiae non substituerit.

Ad V. R. quòd ideò in *d. l. 4.* substitutus in utrumque casum admittatur, quia substitutio vulgaris tacita continet in se pupillarem expressam, & pupillaris tacita vulgarem expressam.

Accedit, quòd constitutio *d. l. 4.* singulariter à Divo Marco facta sit, & non tantum ideò locum habeat, quia voluntas testatoris, substituentis in unum casum, præsumitur etiam fuisse in alterum; sed, quia istam præsumptionem expresse Jura, & leges confirmant.

§. E T P L U R E S. I.

Q in hoc § *qualiter substitutus fieri possit?* & R diversimode fieri posse, & quidem I. quòd plures in unum locum substitui possint, v. g. *Titius heres esto! si Titius heres non erit, Lucius, Stribus, Cajus, Sempronius sunt!*

II. Potest testator in plurimum heredum locum substituere unum, v. g. hoc modò: *Lucius, Titius, Mævius, & Publius heredes sunt! si heredes hi non erunt, Sempronius heres esto!*

III. Potest testator singulos substituere in locum singulorum, v. g. *Mævius, & Lucius heredes sunt! si Mævius heres non erit, Sempronius in ipsius partem heres esto! si vero Lucius non fuerit heres, Cajus heres ejus loco esto!* Manz. hic.

IV. Denique illi ipsi, qui heredes instituti sunt, possunt invicem substitui, v. g. *Titius, Sempronius, Lucius heredes mihi*

mibi sunt! eosque invicem substituo. l. qui plures 23. & l. potest 36. § 1. ff. de vulg. & pupill. substit. aut sic: Publius, Cajus, Stichus, invicem substituti, heredes mibi sunt! Ratio autem quare sic liceat substituere, alia dari non potest, quam ex l. XII. Tab. desumpta: Sancit quisque in rebus suis uti placitum est! & pro lege voluntas ejus esto! Manz. n. 5. hic.

V. Autem forma substituenti vocatur substitutio reciproca, sive breviloqua. Ratio: quia vicissitudinaria est, & brevibus verbis coarctata; si enim quis vulgari modo velle exprimere, deberet ita scribere: Titius, Sempronius, Flavius heredes sunt! si Titius heres non erit, sint heredes Sempronius, & Flavius! si Flavius heres non erit, sint heredes Titius, & Sempronius. Manz. hic. & Harp. hic.

§. E T S I E X 2.

11 Pro intellectu nostri §. casus formari potest talis: Primus ex 4. secundus ex 6. tertius ex duabus unciis heres, & sibi invicem substituti sunt! Jam Q. cum hi ex disparibus partibus, non facta ullâ in substitutione partium mentione, uno ex his deficiente, quas partes in substitutione habituri sint? R. partes date in institutione, consentur repetite in substitutione, text. hic. & l. si plures 24. ff. h. t. Unde, si in casu proposito deficiat secundus, habebit primus 4. tertius verò duas uncias Jure substitutionis, non Jure accrescendi, Schamb. hic. Modum autem supputandi talem tradit Manz. hic, quòd scilicet illæ uncie quas, qui deficit, habet, in tot uncias debeant dividi, quot habent reliqui duo; & sic quot uncias habent in institutione, tot habebunt ex substitutione, v. g. testator ita scripsit, primus sit heres ex una uncia. Secundus ex posse, i. e. 8. unciis. Tertius ex

quadrante, i. e. tribus unciis. Jam ponamus! quòd tertius deficiat. Quid agendum? deficientis tres uncie dividi debent in 9. uncias (primus enim, & secundus habent 9. uncias) ex his 9. unciis capiet primus unam unciam, secundus verò 8. uncias, Manz. & Harp. hic.

Quid si secundus deficiat, tunc bes, five 8. uncie dividi debent in 4. uncias (quia primus & tertius habent 4. uncias) & ex istis 4. unciis tertius habebit 3. uncias, & primus unam unciam. Quòd si iste computandi modus non placeat, habes aliam ex Perez. Inst. hic. Nimirum totam hereditatem poteris in tot partes, five uncias dividere, quot concurrentibus assignate sunt. Sic si in casuposito tertius deficiat, hereditas poterit dividi in 9. uncias, 8. habebit secundus, & primus unam. Vel, si secundus deficiat, poterit hereditas in 4. partes dividi, & tertius habebit 3. primus autem unam. Pulchrè Manz. hic.

§. S E D S I 3.

Hujus §. casus talis poterit figurari: 12 testator instituit primum, & secundum heredes: secundo substituit primum, & primo substituit tertium. Q. Quid Juris, si primus decedat, & secundus vivat? R. tunc secundus habebit dimidiam, & tertius dimidiam, Schneid. hic. sed dissent. Schamb. qui dicit, quòd secundus totam hereditatem acquirat, dimidiam quidem Jure institutionis, alteram dimidiam Jure accrescendi, adeòque (tenet Schamb.) Jus accrescendi esse potius, quàm substitutionis; quòd quàm falsum sit, infra declarabimus. Si secundus ante aditam hereditatem moriatur, primus autem adhuc vivat, quid tunc Juris? R. quòd tunc primus capiat totam hereditatem, & quidem semissem ex Jure institutionis alterum verò semissem ex Jure substitutionis; quia alias

testator decederet partim testatus, partim intestatus: & hoc dubium nullum recipit. *Schub. hic.*

Sed quid, si primus etiam moriatur, vel nolit vel non possit adire hereditatem? Quod an tertius tantum partem primi, an etiam partem secundi, adeoque utramque partem, capiat? Ratio dubitandi est, tertius non sit substitutus secundo, sed duntaxat primo.

¶ Tamen, quod tertius utramque partem capiat. Ratio, quia substitutus substituto censetur etiam substitutus instituto, ita *text. hic. & in l. si Titius 27. ff. h. t. Manz. hic. n. 4. Schneid. hic.*

Non obstat *l. qui habebat 47. ff. h. t.* ubi testator filiam substituit filio: & filix postea uxorem suam; filia prior decedit, deinde filius. Quorum hujus filii hereditas ad uxorem substitutam, an ad legitimos pertineat? ¶ Pertinere ad legitimos, non ad substitutam; ergo decedens nostri §. non subsistit. Hoc (inquam) non obstat: nam substitutio pupillaris, de qua agitur in *cit. l. qui habebat 47.* à vulgari (de qua nos agimus) distinguenda est. In vulgari substitutione tertius ad utramque partem admittitur, ne alias, testatorem pro altera parte testatum pro altera intestatum decedere contingat, contra, *l. 7. ff. de R. J.* Quod utique contingeret, si in una parte substitutus ex testamento, in altera legitimus ab intestato succederet. In pupillari verò substitutione duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii. §. 2. *de pupill. subst.* quæ regulam nostram non offendunt. *Harp. hic. num. 3. Schaub. & Manz. n. 8.*

§. SI SERVUS. 4.

Parum utilitatis continet hic §. ut eum prolixè discutere tædium sit, præsertim, cum utiliora huic titulo adhuc im-

misceri possint. Proinde pro capiendò hujus §. intellectu, te ad *Manz. romito.*

Effectus substitutionis vulgariis variis sunt. I. Quod si hæres institutus hæres non erit, substitutus ad hereditatem, sibi delatam, admittatur. Dicitur autem contingit modis, ut, qui institutus est, hæres non sit, aut, quia non potuit esse hæres, aut, quia noluit esse hæres. *Harp. §. 1. h. t. n. 6.*

II. Quod testamentum assumat vires à substituto, & sic à secundo gradu institutionis; licet in primo gradu institutionis non habeat vires, *l. 3. §. fin. ff. de lib. & posthum.* Ratio: quia iste gradus substitutionis non causatur, nec pendet à primo gradu institutionis, & ejus validitate; imò causatur, & pendet ab ejus invaliditate, & defectu. *d. l. 3. fin. Gomez. var. resol. tom. 1. cap. 3. num. 14.*

III. Quod ad substitutum perveniant tantum bona ipsius testatoris, quæ alias ad institutum pervenire debuissent; non autem substitutus succedit in bonis propriis ipsius qui substitutus est, *Schneid. pr. h. t. n. 12.*

IV. Quod vulgari expressa contineat tacitam pupillarem, uti in *tit. seq.* audimus. V. Vulgari substitutio tacitè de suo, & necessario hærese voluntariam heredem, veluti filius de Jure Civili est suus, & necessarius hæres sui patris, licet de Jure prætorio habeat beneficium abstinendi. Si tamen pater dederit ipsam vulgarem substitutionem, ita in testamento dicens: *Titium, filium meum, heredem instituo. & si is non erit hæres, Cajum ei substituo.* Jam filius est voluntarius hæres, ita, ut non solum de Jure prætorio, sed etiam Civili Jus abstinendi habeat. Ita in terminis *Schneid. num. 12.*

Exspirat substitutio vulgari I. a morte hæreditate per institutum, l. 5. Cod. de impub.

impub. subst. Ratio est: quia substitutio vulgaris fit sub conditione, *si heres non erit*; sed, adita hæreditate, deficit conditio, sub qua alter institutus est, ac proinde & ipsa substitutio. Ita *Harp. §. fin. b. t. num. 17.* Ratio alia, quia, adita hæreditate, bona ipsius defuncti hæreditaria efficiuntur propria hæreditas, sed proprium patrimonium hæredis, sed adque substitutus hæres esse non potest, quoniam uni testatori duo in solidum hæres esse nequeunt. *Schneid. prin. Inst. b. t. n. 13.* & per additionem aded expirat substitutio vulgaris, ut, si quatuor, vel plures gradus substitutionis essent facti omnes expirarent per additionem primi hæredis instituti, *l. si mater. 33. §. fin. b. t. Schneid. loc. cit.*

II. Expirat substitutio vulgaris, si hæres de Jure prætorio bonorum possessionem secundum tabulas nactus fuerit: ratio, quia bonorum possessores vice hæredum habentur, *l. 2. ff. de bon. poss. adeoque*, sicuti per additionem expirat substitutio, ita etiam per bonorum possessionem. *Harp. n. 35. hic. Zoef. ff. b. t. n. 12.*

III. Extinguitur substitutio vulgaris, si testator filiis suis, qui liberos non habent, substituatur, puta substitutione fidei commissaria, & postea liberos susceperit. Nec reserat, an conditio hæc, *si sine liberis*, addita fuerit nec no? semper enim præsumptio militat, quod nemo alienam successionem suæ propriæ anteponeat velit, *l. 30. Cod. de fidei commiss. l. 6. Cod. de Inst. & subst. Harp. n. 37. hic. pro coronide*,

15 Q. IV. An substitutio sit potior Jure accrescendi? resolutivè id asserto: hoc unico inductus argumento, quia substitutus venit ex expressa voluntate, & dispositione defuncti, conjunctus verò ex tacita, & conjecturata mente defuncti,

& legis provisione, nec non suppletione, unde meritò præfertur substitutus; provisio enim hominis tollit provisionem legis, *Zoef. ff. b. t. n. 5. Gomez. var. resol. tom. 1. c. 3. n. 16.* Hæc conclusio aded vera est, ut procedat, etiamsi substitutio vulgaris sit tacita, adedque repudiante impubere, admittitur substitutus, exclusò cohæredæ impubere, qui veniret per Jus accrescendi. Ita *probat* per subtilitatem textus, *l. fin. Cod. de hered. inst.* ubi habetur, quòd si testator instituit Plocium hæredem in parte, & alium in alia parte, & dixit ista verba: *Sempernius Plocii hæres esto!* Ita verba dubia interpretantur in vulgarem substitutionem, ut repudiante Plocio, admittatur *Sempernius*, & præferatur alteri cohæredi. Ita subtiliter *Gomez. loc. cit.*

Dices: in Jure accrescendi inest tacita substitutio vulgaris, quia testator vult, ut, altero repudiante, penes unum maneat hæreditas, illique accrescat: & sic illud Jus accrescendi provenit ex tacita mente defuncti, & legis dispositione; sed etiam substitutio vulgaris tacita venit ex tacita mente defuncti, & dispositione legis, *l. 4. ff. b. t. quomodo ergo* is, qui venit ex substitutione vulgari tacita præferetur cohæredi, qui venit ex Jure accrescendi, cum in eo tacita, vulgaris inest, & sic uterque pari Jure gaudeat. Possis hic cum *Accursio* in *l. 3. ff. de V. O.* haud ineptè exclamare: *miranda Novitas! subtilis subtilitas! quis eam rumina- blit?* At (nolim) concludamus, facillè enim enervaveris *vini argumenti*, si R. quod veniens ex substitutione tacita, ideò venienti ex Jure accrescendi præferatur, qui prior venit, ex fortiori, & vehementiori voluntate defuncti. I. Quia, cum testator substitutum non tantum in bonis pupilli sed etiam suis propriis prætulerit, non est dubitandum, quin multò magis

magis cum in sua sola portione praetulerit. II. Quia coheres non fuit expressè vocatus in illam partem, quam Jure accrescendi capit, econtra substitutus in il-

lam partem, in quam ex tacita mente defuncti admittitur, fuit etiam expressè vocatus; ergo venit ex fortiori voluntate defuncti. Ita Gomez. loc. cit.

TITULUS XVI.

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

SUMMARI A.

- 1 Definitur substitutio pupillaris.
- 2 Quid intersit, an quis succedat ex substitutione vulgari, an pupillari?
- 3 Pupillaris dividitur, in expressam, & tacitam.
- 4 An divisio substitutionis vulgaris in expressam, & tacitam in Jure fundata sit?
- 5 Enumerantur requisita substitutionis pupillaris.
- 6 Quibus liberis rectè fiat?
- 7 Mater non potest liberis pupillariter substituere.
- 8 Secus de Jure Austriaco.
- 9 An nuda sui heredis existentia tabule pupillares confirmantur?
- 10 Recensentur effectus substitutionis pupillaris.
- 11 An pupillaris expressa excludat matrem à legitima?
- 12 Quid sit substitutio exemplaris.
- 13 Quomodo expiatur?
- 14 Datur consilium ad evitandas insidias, qua pupillo parari possent à substituto.
- 15 Exheredato an rectè substituatur pupillariter?
- 16 Quot modis pupillariter substitui possit.
- 17 Quibus modis substitutio pupillaris expiatur?
- 18 Quid sit substitutio compendiosa?

EXposita naturâ substitutionis vulgaris; sequitur de pupillari, quæ definitur, quòd sit illa, quæ fit impuberibus a parentibus, in quorum potestate sunt, in casum, quo moriuntur intra pubertatem. Formula hujus substitutionis proponitur in princip. hic. his verbis: Titius, filius meus, heres esto! & si filius meus mihi heres non erit, sive heres erit, & antequam pubes factus sit, moriatur, tunc Sejus heres esto! Ecce! in hac formula duplex est substitutio; prima vulgaris, quæ fit verbis negativis in casum delatæ, & non acquisitæ hæreditatis, & si filius meus mihi heres non erit. Altera pupillaris, quæ pater filio in casum acquisitæ hæreditatis verbis affirmativis substituit; si heres erit & intra pubertatem decesserit. Perez. Inst. b. t. Et si substitutio vulgaris, ac pupillaris sic conjungantur, dicunt, vocantque esse substitutionem vulgaripupillarem. Ubi tamen attendi debet, ex qua substitutus admittatur? Nam, si ex vulgari admittitur, h. e. si filius non erit heres, & pubertatem vivendo excesserit, tunc substitutus sit heres patris, quòd si verò ex pupillari admittatur, h. e. si filius hæres extiterit, & ante pubertatem decesserit, tunc substitutus sit heres pupilli. Multum autem interest, an substitutus sit heres patris, an filii; sive, an admittatur ex vulgari an pupillari? Nam si sit heres filii, tunc non tantum in iis bonis succedit, quæ à Patre, sed etiam, quæ

quæ à matre, à cognatis, vel aliunde acquisivit, non aliter, ac si ipse filius eum hæredem instituisset; si verò patris sit hæres, tantùm tantùm capit bona patris non etiam pupilli. *Princ. Inst. h. t. Manz. n. 16. § seq. hic.*

3 *Dividitur in expressam, & tacitam.*
 Expressa est, quæ in expressis verbis generaliter continetur, v. g. si filius meus milit hæres non erit, vel erit, sed in impubertate decesserit, Titius hæres esto! Tacita est, quæ sub expressa vulgari continetur, v. g. si ita pater scribat: *Filius meus hæres esto!* & si is hæres non erit, Cajus hæres esto! Hæc est substitutio vulgaris expressa, quilibet enim sic substituere potest, sed si filius adierit hæreditatem, & intra ætatem pupillarem debitum universæ carnis persolverit, substitutus etiam hoc casu ex tacita pupillari admitteretur; non autem ex vulgari, quia hæc adita hæreditate extincta est; quò autem ex tacita pupillari admittatur, ratio est: quia leges præsumunt, talem fuisse voluntatem testatoris, ut qui filio impuberi substituit in casum vulgarem, si hæres non erit, intelligatur etiam substituisse tacite in casum, si hæres erit, & nondum pubes factus decesserit. *Perez. loc. cit. & ad Col. de impub. § alius substit. n. 9. & 10. Schneid. hic. n. 4.* Insuper hæc divisio aperte approbatur, l. *Jam hoc Jure* 4. ff. h. t. his verbis: *Jam hoc Jure utimur, ut, cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur, sive filius hæres non extiterit, sive extiterit, & impubes decesserit.* Ecce in his verbis: *sive filius hæres non extiterit* (quæ verba continent substitutionem vulgarem) *sive extiterit, & impubes decesserit* (quæ est substitutio pupillaris) aperte ostenditur, quòd vulgaris expressa in se contineat tacitam pupillarem, adeòque substitutio pupillaris rectè & solidè in expressam, & tacitam

dividitur. Ita re ipsa docent *Zoef. ff. h. t. n. 19. Fusar. de substitut. g. 28. Menoch. lib. 4. præsumpt. 36. n. 12. Mantie. de conjec. ult. volunt. lib. 5. tit. 14. Menoch. consil. 303. n. 22. & communiter omnes.* Sed

Q. I. *An etiam illa divisio, qua substitutio vulgaris dividitur in expressam, & tacitam, autoritate Juris munita sit? sive an substitutio pupillaris expressa contineat tacitam vulgarem? sive (ut magis perspicue loquar) an substitutio facta in secundum casum, v. g. Filius meus hæres esto! si hæres erit, & in impubertate decesserit, Cajus hæres esto! intelligatur etiam facta in primum casum, ita ut substitutus in eo casu admittatur, quo filius hæres non extitit, & ab hæreditate abstinuit.*

Negativam sustinet Anton. Faber deced. 32. error. 10. ex ratione, quia d. l. Jam hoc Jure 4. tantùm constituit hoc, quòd substitutio facta in primum casum, puta, si filius hæres non erit, censeatur etiam facta in secundum casum, puta, si hæres erit, & in impubertate decesserit; non verò facta in secundum casum, intelligatur facta in primum, prout id ipsum verba textus disertè demonstrant: sive filius hæres non extiterit, & impubes decesserit. Porro, quòd substitutio, facta in primum casum, intelligatur etiam facta in secundum, non verò rotà versà. Rationem differentie præmemoratus *Anton. Faber.* hanc assignat, quia, ut substitutio, facta in primum casum, trahatur etiam ad secundum, favor pupilli exigat, ut nimirum hæredem testamentarium habeat; secus est in casu, quo substitutio in secundum casum facta est, nam, si pupillus ab hæreditate se abstinet, & intra pubertatem non decedit, non militat amplius ratio favoris, quia tunc non pupillo, sed patri, utpote ex vulgari

gari substitutione substitutus, succedit. Ita subtiliter *Anton. Faber loc. cit.*

Verùm subtilis hæc subtilitas non me movet, quin potius statuam, substitutionem, factam in secundum casum, intelligi etiam factam in primum, idèque substitutionem vulgarem rectè dispesci in expressam, & tacitam. Hanc *Sententiam*, utpote *communior* subdignantur patrociniò *Zoes. ff. loc. cit. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 1. th. 8. lit. F. Hum. ibid. q. 50. Et var. resol. lib. 2. tract. 6. q. 7. Fusar. de substit. q. 24. Mantica de conjectur. ult. vol. lib. 5. tit. 11. 2. Men. lib. 4. præsumpt. 43. n. 1.* ubi ait, pro regula quasi ab omnibus constituit, pupillarem expressam in se continere vulgarem tacitam.

Probatur hæc Sententia per cit. l. jans 4. ff. b. s. his verbis: jam hoc Jure utimur, ut cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur. En! textus apertè, indistinctè, & generaliter statuit, quòd substitutio, facta in unum casum, censetur etiam facta in alterum, non proinde attendendum erit, in quem casum testator substituerit; nam si in primum, sive in secundum substitutio facta sit, censetur facta in utrumque casum. Ratio hujus à *Meyo. b. loc. cit.* adducitur hæc: nam, qua ratione testator voluit hæreditatem suam pervenire ad substitutum mediata nempe mediante personâ pupilli, cum hæres hæredis sit testatoris hæres, *l. ult. Cod. de hered. instit.* eadem ratione videtur voluisse, quòd hæreditas sua perveniat ad substitutum immediate, si voluerit succedere ex tacita vulgari; quia immediate testatori succeditur. *prin. Inst. hic.*

Non obstat iactatus à *Fabro* pupilli favor; favorabilior enim foret causa hæredum, ab intestato venientium, ut hi

in bona defuncti admitterentur, quàm ut pupillus hæredem testamentarium haberet: adeòque non favor pupilli efficit, ut substitutus in primum casum, intelligatur substitutus in secundum; sed, conjecturata defuncti voluntas, quæ talis esse præsumitur, ut substitutio, in unum casum facta censetur facta in utrumque.

Nec ad rem facit, *l. 28. de reb. author. jud. possid.* ubi filio impuberi pupillariter substitutum est, & postea pupillus ab hæreditate abstinuit; diciturque in *textu*, nulla mentione factâ, an substitutus ex vulgari admitti debeat, bona patris vendita esse, quæ vendi non potuissent sine consensu substituti, si daretur substitutio vulgaris tacita. Siquidem responderetur in *text. d. l. 28.* hoc queri, quoniam pupillus ab hæreditate abstinuit, substitutus creditoribus paternis respondere teneatur? quæ *questio* à nostra toto cælo diversa est. Deinde haud ineptè ex isto *textu* supponitur, quòd substitutus sequi hæreditatem repudiaverit; aliàs quereretur, nec hæredes ab intestato abstinente pupillo, admitti, nisi fortè in casu *d. l. 28.* etiam repudiarent hæreditatem, utpote fortassis veri alieno obnoxiam. *Bachov. loc. cit.*

His ita præmissis modò ad explicationem nostri principii, propius juvabit accessisse. Ex quo *Colliges*, quòd liberis nostris dupliciter substituere possumus.

I. *Vulgariter*, verbis *negativis* in casum *delato*, & non *acquisitæ* hæreditatis, hæc modò: *Filius meus mihi hæres esto! Et si filius meus mihi hæres non erit, Seneca hæres esto!* Hæc substitutio vulgaris vocatur, quia à quolibet cuilibet sic substitui potest.

II. Possumus iis substituere *pupillariter* verbis *affirmativis* in casum *acquisitæ* hæreditatis, dicendo: *Titius, filius meus mihi*

mibi heres esto! & si heres erit, & prius moriatur, quam pubes factus sit, tunc Sequitur heres esto! Hoc in casu, licet alius existat heres, hereditatemque adierit; si tamen ante pubertatem moriatur, substitutus ipsi filio heres sit. *Manz. n. 1.* Ratio est in textu: nam moribus institutum est, ut cum ejus etatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes ei faciunt. Dicitur autem in textu moribus, ut intelligatur non ex *l. XII. Tabb.* hanc substitutionem descendere, sicuti vulgaris; sed consuetudine receptam esse: nam de Jure *XII. Tabb.* nemini licet alienæ familiæ heredem constituere. *Manz. n. 3.*

Porro, ut substitutio pupillaribus suis numeris absolvat, requiritur I. ut eos liberos, quibus testator pupillariter vult substituere, habeat in potestate patria. *l. 2. ff. h. t. & text. hic.* Ratio: quia hæc substitutio est effectus patriæ potestatis. *Manz. num. hic. Wesub. n. 1. Zoef. ff. h. t. n. 24. Harp. Inst. hic.*

Illud non refert. I. si liberi sint naturales & legitimi simul, sive legitimi tantum; quia nimirum transeunt in potestatem adoptantis, veluti adoptati ab ascendente, & arrogati, *l. 10. §. 6. ff. h. t. eum & hi in potestate habeantur, l. 22. §. 1. ff. de adopt.* illa tamen substitutio, quam arrogator facit, non extenditur, nisi ad legitimam, quam ab arrogante habuit, *d. l. 10. §. 6.* Ratio: quia arrogans impuberem, cautionem præstare debuit, se arrogari proximioribus omnia ejus bona redditurum, si is impubes decesserit, ne aliis illis fiat injuria per arrogationem. Vide que diximus ad *§. 4. Inst. de adopt. Perez. ad Cod. de impub. & aliis subst. n. 12.*

Non refert. II. si nati sint sive posthumi, *§. 4. Inst. hic.* sive instituti, sive exhereditati, *d. §. 4.* sive in primo, sive in

secundo, veluti nepotes, sive ulteriori gradu, veluti pronepotes constituti, *d. l. 2. ff. h. t. Fusar. de substitut. q. 118. n. 4. Harp. n. 5.* Quod ultimum tamen tandem procedit, si nepotes, & pronepotes ita sint in potestate substituents constituti, ut post mortem ejus non sint recursuri in potestatem alterius. *d. l. 2.* Ratio: quia is, in cujus recedent potestatem, iis testamentum condere potest, quo Jure sine facto suo non privandus. Unde avus nepoti ex filio non recte pupillariter substituit vivò adhuc patre. *Manz. n. 10. Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n. 6. Zoef. ff. h. t. n. 26.* Ex dictis.

Colliges I. Quod substitutio pupillaribus liberis emancipatis, spuris, & naturalibus tantum fieri nequeat: quoniam in potestate patria non existunt. *l. 65. ff. h. t. Harp. n. 6. Perez. loc. cit. n. 13. Mynsing. n. 5. Schneid. n. 8.*

Colliges II. Quod mater liberis suis pupillariter substituere nequeat, *d. l. 2.* quoniam liberos in potestate non habeat, *§. 10. Inst. de Adopt. Perez. d. loc. n. 11. Berlic. decis. 3. Aruone. exer. 8. th. 14. Harp. n. 7. Zoef. loc. cit. n. 19.*

Non obstat *l. si mater. 33. ff. h. t.* his verbis: *si mater ita testetur, ut filium impuberem, cum erit amorum 14. heredem instituat, eique pupillaribus tabulis, si sibi heres non erit, alium substituatur, valeat substitutio.* &c. Enim in *d. l. 33.* matrem non substituisse filio impuberi pupillariter, sed vulgariter; prout patet ex ipsis verbis negativis: *si sibi heres non erit;* que verba substitutionem vulgarem important.

Urget in *cit. text. l. 33.* fit mentio tabularum pupillarum, ergo facta est substitutio pupillaris. R. Ideo fieri mentionem tabularum pupillarum, quia mater in suis testamenti tabulis pupillum sub conditione, si pubes erit, heredem instituit, adeoque istam denuntiationem non

trahunt à substitutione pupillari, sed à persona pupilli, cui vulgaris substitutio facta est, *Clariff. D.D. Franz. n. 2 Harp. n. 7. Zoesf. loc. cit. Hum. var. resol. lib. 2. traft. 6. quest. 10.* Sanè, si mater sua bona ad substitutum pervenire velit in casu, quo filius intra pubertatem moritur, necesse habet, ut eum fidei-commissò gravet. *Zoesf. n. 19. Berlich. dec. 2. n. 4. Struv. exerc. 33. n. 23.*

8 De Jure Austriaco, quòd mater filio suo pupillariter substituere possit, ex Schwartzenthaler testatur *Suttinger in M. S. lit. S. 7. substitutio*, his verbis: *Von dem &c. i. c. Ut de regionis moribus loquamur, inquit Schwartzenthaler, verum est Testamentorum millia plura in quibus Matres liberis suis pupillariter Substitutos constituerunt, fuisse cum ab inferioribus tum ab superioribus Judiciis, publicata, executioni mandata, atque valida mansisse &c.*

II. Sequitur ad substitutionem pupillarem, ut liberi, quibus substituitur, sint impuberes, *text. hic. & l. 2. ff. h. t. Zoesf. n. 28.* Ratio: quia puberes sibi ipsi testamenta habere possunt. *Manz. n. 9.*

Sanè! si ex statuto, aut loci consuetudine ante 18. vel 22. annum quis testamentum condere nequeat, poterit à patre usque ad illius ætatis annos filio fieri substitutio pupillaris, ut nimirum ex dispositione patris hæredem habeat, qui sibi ipsi de hærede providere non potest. *Zoesf. ff. h. t. n. 29. Valsq. de success. p. 2. §. 14. n. 55.* Sic, cum nos supra tit. 12. §. 1. dixerimus, de Jure Austriaco neminem ante 18. annum testari posse, nullus dubito, quin ad illam usque ætatem substitutio pupillaris rectè fiat. *Walther de Jure consuet. Austr. l. 3. tit. 27. Salebe &c. i. c. Substitutio pupillaris non potest extendi ultra minorem liberorum æta-*

tem. Quapropter statim atque liberi annum decimum octavum adtigerunt, vel per matrimonium, juxta mores regionis ante illam ætatem emancipati fuere, talis substitutio extinguitur.

III. Requiritur, ut pater, qui liberis suis testamentum facit, sibi simul testamentum faciat, *d. l. 2. §. 4. & ut illud valeat, §. 5. h. t.* Ratio: quia pupillaris substitutio est pars, & sequela paterni testamenti, adeoque principali non subsistente, non potest subsistere accessorio. *l. 178. ff. de R. J. Manz. n. 13.* Unde si patris hæreditas non sit adita, evanescit pupillare testamentum *l. 2. §. 1. 7. ad ff. h. t.* Hæreditate enim non aditâ nihil ex his valet, quæ scripta sunt in testamento. *l. 9. ff. de testament. tut. l. 181. de R. J. Mysing. n. 10. Perez. hic. Zoesf. n. 33.* Fac proinde, quòd pater filio ex hæredato pupillariter substituerit, (prout id ipsum potest. §. 4. h. t.) & Titium hæredem instituerit; hoc casu, nisi Titius ex testamento paterno adeat hæreditatem, tabulæ pupillares expirant. *Brunnem. in d. l. 2. §. 1.*

Q. II. An nudâ sui hæredis existentia tabulæ pupillares confirmantur? ut locus sit substitutioni pupillari, requiritur impuberem hæredem extitisse, & intra pupillarem ætatem decessisse; sit enim substitutio pupillaris his verbis: *Filius meus hæres esto; si filius meus hæres erit, & intra impubertatem decesserit, Sejus hæres esto.* En! ut casus istius substitutionis evenisse dicatur, requiritur, ut filius hæres extiterit, & intra impubertatem decesserit.

Verùm fac, filium se hæreditati non immiscuisse, & consequenter hæredem non extitisse, sed ex beneficio Prætoris se se ab hæreditate abstinuisse, & impuberem decessisse. Conspicitur quæstio, an, cum filius sit ipsò Jure hæres, & quidem line

sine omni suo facto, §. 3. *Inst. de hered. que ab intest. defer.* nudâ sui hæredis existentia, sive per hoc, quòd filius sit ipsò Jure hæres, ita confirmetur tabularum pupillares, ut substitutus ex causa substitutionis hæreditatem adire possit.

Quam intricata sit, & confusa hæc controversia, vix est, ut satis exprimam. Ego, ne rei difficultate legentis sensa premeam, breviter me expedio, atque fortiter teneo, existentia sui hæredis tabularum pupillares ita confirmare, ut substitutus omnino admittendus sit. Ita tenent *Zoes. ff. b. t. n. 34. Perez. ad Cod. de impub. & aliis substit. n. 20. Hamm. var. resol. lib. 2. tract. 6. quest. 16. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 12. th. 3. lit. C.*

Ratio sola, sed solida est; quia conditio substitutionis pupillaris est, *Si pupillus hæres*; at verò suus hæres etiam tunc hæres extitisse dicitur, si se abstinent ab hæreditate. *l. cum quasi 30. ff. §. 10. ff. de fidei-commis. libert.* quia ipsò Jure hæres est, *d. §. hered. que ab intest. defer.* Et morte patris non tam illi acquiri rerum paternarum dominium, quam in eum continuari dicitur. *l. 11. ff. de lib. & posth. Accedit, l. 28. ff. de reb. aut. jud.*

possid. ubi quamvis pupillus hæreditate patris abstinuisset proponatur, nihilominus tamen eò intra pubertatem mortuò, substitutus admittitur, & creditoribus paternis tenetur; quòd frustra sanè adderetur, si non in tali casu ex substitutione pupillari substitutus admitteretur. *Perez. loc. cit.*

Effectus substitutionis pupillaris est: I. Quòd substitutio pupillaris expressa continent tacitam vulgarem; quemadmodum supra quæst. I. ad oculum demonstravimus. II. quòd per pupillarem substitutionem pupillo in pubertate decessenti substitutus succedat in omnibus indistinctè bonis, sive à patre, sive à

matre, sive à cognatis, sive à quocunque alio acquisitis, *l. 10. §. 2. ff. b. t. l. 59. ff. de acquir. heredit. Perez. ad Cod. d. t. n. 25. Schneid. n. 5. III.* quòd pupillaris excludat matrem, & omnes ascendentes per lineam maternam à successione filii. *l. 8. §. 5. b. t. de inoff. testam. cap. 1. de testam. in 6. Perez. loc. cit. n. 28.*

Q. II. *An substitutio pupillaris expressa excludat matrem etiam à legitima?*

Resolutivè dixeris quòd non, I. quia legitima debetur matri Jure naturali. *cap. si pater de testam. in 6. in verbis: sive patris Jure nature debita;* ergò per substitutionem pupillarem ab illa nequit removeri, cum jura naturalia sint immutabilia, §. 11. *Inst. de l. N. G. & C.*

Quia filius, si nomine propriò testamentum condat, non potest matrem à legitima excludere. *Nov. 115. cap. 4.* ergò neque pater matrem poterit à legitima excludere, si nomine filii testamentum faciat; qui enim aliquid non potest facere per se, multò minus potest per alium. *l. 10. Cod. de hered. instit.*

III. Quia legitima gravamen non recipit. *l. 32. Cod. de inoff. testam.* atqui per substitutionem pupillarem gravaretur in legitima; ergò.

IV. Quia privilegium alicui concessum non debet extendi in præjudicium alterius. *l. 2. §. 10. & 16. ff. ne quid in loc. publ. sed quòd pater filio suo pupillariter possit substituere, est Privilegium; ergo in præjudicium matris extendi non debet.*

Verùm tenenda est sententia contraria, quam defendunt. *Zoes. ff. b. t. n. 49. Perez. Cod. impub. & aliis substit. n. 29. Gomez. var. resolut. tom. 1. c. 3. n. 7. Horn. ad Treutl. vol. 2. disp. 11. th. 9. lit. C. Fach. lib. 4. cap. 41. Carpz. p. 3. const. 8. def. 1. Menoch. lib. 4. presump. 38 n. 29. Berlich. 3. conclus. 10. n. 20.*

Nititur I. hinc Septentia. *text. l. 8. & l. 5. ff. de iust. testam.* his verbis: *Sed nec impuberis, filii mater inofficiosum testamentum dicit: quia pater ei hoc fecit.*

Nititur II. Formali. *text. cap. si pater de testam. in 6.* ubi in haec verba referibitur: *Licet autem filius testamentò suò matrem portione Jure naturæ debità privare non possit, pater tamen in testamento, quòd filio impuberi facit, potest. Nam testamentum hujusmodi pupillare paternum, vel paterni potius pars est testamenti.* Sane quid hoc textu illustrius adornari possit, non video: manet proinde vera, & innotata nota sententia; ex hac potissimum ratione; quia nimirum in filio impubere cessat ratio impietatis, utpote qui non dicitur testatus esse, sed pater ejus nomine, qui non instituendo, & vocando uxorem, non dicitur contra officium pietatis fecisse.

Ad I. *§. I.* Falsum esse, quòd legitima parentibus de Jure naturæ debeatur. *l. 7. ff. unde liberi.* ubi dicitur, quòd ratio miserationis parentes ad bona liberorum admittat. *§. II.* Legitimam dupliciter considerari posse. I. Ut Jus petendi alimenta. II. Ut determinatam legibus portionem. Licet ergò primò sensu spectata, de Jure naturæ dicatur debita, adeòque per substitutionem pupillarem tolli non possit; id tamen nobis nequaquam refragatur; enimverò ipsi nos tenemus, matrem alendam esse à substituto, si se ipsam alere nequeat; sed illud negamus, quòd pater nomine filii impuberis testamentum faciens, tenetur matri relinquere legitimam, quatenus sapit determinatam legibus portionem. Ad II. *§.* quòd illud procedat, & locum habeat, si quis faciat actum pro alio, nomine ejus, vel ex mandato; atqui in nostro casu pater non testatur nomine aut ex mandato filii, sed nomine proprio & ex

potestate patria, vigore ejus de bonis filii ita potest testari, ac si de bonis propriis disponeret, in quibus quàm matrem præterire possit, non est dabitandum.

Ad III. *§.* Matris legitimam gravari non posse à filio, secùs à patre.

IV. Eodem modò posternitur; nullum enim matri præjudicium fieri dicitur, utpote quæ à patre, seu marito suo non est instituenda.

§. QUARATIONE. I.

In hoc §. agitur de substitutione *exemplari*, quæ exinde talis nuncupatur, quia ad similitudinem & exemplum pupillaris est inducta; estque illa, quæ permissum est parentibus, qui mente captos habent filios, vel nepotes, cujuscunque sexus vel gradus, etiam si puberes sint, eis ad exemplum pupillaris substitutionis certas personas substituere, puta, liberos aut fratres, si quos habeant, & his deficientibus extraneos, *text. h. & in l. 9. Cod. de impub. & aliis subj.*

Dicitur I. parentibus, puta, cum matri, quam patri; non enim constituitur hic patria potestas, sicut in pupillari substitutione, cum ex ratione humanitatis, & commiserationis inducta sit, quæ ratio non minus obtinet in patre femina, quam masculo. *Schneid. h. l. l. 38.* Quòd si uterque parens testatur, & substitutionem exemplarem faciat, tunc dispositio matris in bonis maternis, patris in paternis valitura est, *Zoes. ff. de vulg. & pupill. subj. n. 71. Perez. d. n. 38. Bartol. & Juson. in l. 43. ff. h. t.*

Dico II. *certas personas.* Non enim licet testatori indistinctè omnes omnino personas substituere; verum si mente captus habeat liberos, hos substituit; necesse est, *d. l. 9. Cod. h. t.* si liberos non habeat, tunc ejusdem fratres, aut sorores

forores debet exemplariter substituere. In horum defectu, quas velit, poterit personas substituere. *Manz. bic. n. 8. d. l. 9.*

AD V. S I N A U T E M.

13 Finitur exemplaris substitutio I. quando furor vel morbus cessat: tum, quia cessante causâ cessat effectus; tum, quia tunc mente captus sibi ipsi potest facere testamentum. *Manz. bic. n. 9.*

Finitur II. Si filii nascantur ei, cui sic substituitur exemplariter, *Schneid. bic. n. 17.*

III. Si substituētis testamentum corruat, & non adeatur hæreditas. *Zosf. ff. loc. cit. n. 80.*

§. I G I T U R. 2.

Quod si pater filio suo pupillariter substituit. *Q. quot sint testamenta, an unum, an duo sint?* R. sub distinctione: vel enim consideratur testamentum quoad causam efficiētem, materiam & esse: tum: & hoc casu videntur esse duo testamenta; quia, quot sunt personæ, & hæreditates, tot esse videntur testamenta: sed sunt duæ personæ, & duæ hæreditates; ergo. Vel consideratur quoad formam & solemnitates, & hoc casu patris, & filii testamentum pro uno habetur, *l. 20. ff. b. t. sic*

VII. solummodo testes non XIV. requiruntur, *Manz. bic. n. 3.* Item ita una tantum falcidia de utroque detrahitur. *Harp. n. 3. bic.* Item substitutus non potest unam hæreditatem ex testamento pupillari amplecti, & illam ex testamento paterno repudiare, sed utramque aut adire aut repudiare debet, *l. 10. §. filio 2. ff. b. t. Harp. loc. cit.*

§. S I N A U T E M. 3.

14 Quandoquidem testator formidolosus esse possit, ne à substituto spe hæreditatis obtinendæ, insidiæ struantur im-

puberi instituto: Idèd *Justinianus* hic modum præscribit, & ostendit tutissimum consilium ad subterfugiendas insidias quas pupillo metuit. Consilium autem tale est: Pater vulgarem substitutionem palam & in primis testamenti partibus, ordinare & facere debet hõc modò: *Filius meus hæres esto; si hæres non erit, Caius hæres esto!* Hoc casu Titius vulgariter substitutus, pupillo insidias struere nequit. Non vivò patre: cum quid in testamento scriptum sit, ignoret. Non post mortem patris: cum filio hærede existente, vulgaris substitutio protinus expiret. Postea si velit pater filio Titium etiam pupillariter substituere: h. e. in illum casum, quo filius hæres erit, & intra pubertatem moriatur, ut tunc Titius sit hæres, tunc suppeditat hoc consilium, ut testator hanc pupillarem substitutionem in inferiori, seu ultimâ principalis testamenti parte scribere, eamque partem proprio linò, propriâque cerâ consignare, & in priori testamenti parte cavere debeat, ne tabule inferiores, sive pupillares aperiantur prius, quàm pupillus mortuus fuerit. Itaque substitutione pupillari factâ pupillus ab omnibus insidiis tutus erit. Etenim vivò patre, nec quispian ei insidiabitur, eò quod testamentum omne adhuc clausum est: neque etiam mortuò patre, quòd tota substitutionis pupillaris ratio ignoretur. *Harp. bic.*

AD V. I L L U D P A L A M.

Ex his verbis subsequè colliges, quòd si hoc consilium observatum non fuerit, testamentum nihilominus valere, quamvis hoc pupillo valde periculosum sit. *Ratio:* quia *Imperator* hic nihil præscribit, nisi consilium; consilium autem neminem obligat, vel adstringit, sed cuique liberum est illud sequi, vel non. *Manz. n. 8.*

§. N O N

§. NON SOLUM 4.

Q. in hoc §. An pater non solum hæredibus institutis liberis impuberibus pupillariter substituere possit sed etiam exhæredatis? Ratio dubitandi I. quia, qui non est honoratus, non potest gravari; sed filius exhæredatus non est honoratus, ergo. II. Substitutio semper institutionem præsupponit, at exhæredatio institutioni è diametro opponitur. Ergo.

15 Hoc non obstantè R. Imperator, quòd filio exhæredato pater pupillariter rectè substituat, v. g. hoc modò: *Titius hæres esto; Marcus Filius meus exhæres esto quia vita mee struxit infidias; si tamen ante annum XIV. decedat, Sempronius ei hæres esto.* Ratio in promptu est; quia substitutio fit non propter institutionem, sed propter patriam potestatem: atqui non minùs est & mater in potestate, qui exhæredatur, quàm qui instituitur. *Manz. & Harp. hic.*

Ad rationem dubitandi I. R. per substitutionem hanc, non gravari filium, sed potius honorari: honor enim est, ut is, qui per se hæredem habere nequit, saltem per alium habeat, l. 24. ff. de acquir. vel amitt. hered. *Schamb. hic.* Ad II. Repono, hoc casu substitutionem, exhæredato filio factam, considerari respectu institutionis in prioribus tabulis facta. Sunt enim quasi duo testamenta, unum patris, alterum filii: fac ergò, quòd in testamento patris extraneus hæres institutus sit, filius verò exhæredatus: hoc casu rectè filio in posterioribus tabulis substituitur; hæc enim substitutio ab institutione priorum tabularum sustinetur. *Harp. hic. n. 3.*

Dico: Talis exhæredato filio substitutus nihil habebit, ergò. R. quòd habiturus sit bona, que aliunde vel à matre, vel extraneo, vel etiam à patre, aliò,

quàm hæredis titulo ad filium pervenerunt, *Schamb. & Manz. hic.*

AD VERS. QUECUNQUE.

Quemadmodum in Institutionibus, ita & in substitutionibus posthumam pro jam nato habetur: ut & in omnibus, quæ ad ejus commodum pertinent, l. 7. l. penult. ff. de stat. hom. substitutionem autem utilem esse liberis, & ad eorum commodum introductam, in confesso est, l. 2. l. 43. ff. de vulg. & pupill. subst. Hinc etiam posthumus substitutum pupillariter habere poterit, si instituitur. *Text. hic. Harp. num. 19.*

§. LIBERIS. 5.

Hunc §. ut intelligas, repete, que in princ. b. t. v. requiritur, scripsimus.

§. VEL SINGULIS. 6.

Q. hic, quot liberis substituitur? R. Si plures sint impuberes, vel singulis, vel qui eorum morietur ultimus, substitui potest. Si singulis substitutio sit facta, tum neminem eorum vult intestatum decedere. Si noviss. mo, tum pater liberos sibi invicem ab intestato succedere, & ultimum testatum mori vult. *text. hic. & in l. 37. ff. de vulg. & pupill. subst.*

§. SUBSTITUITUR. 7.

Q. hic, quot modis substitutio pupillaribus fieri possit? Ad quod R. Imperator duobus modis; nominatim & generaliter. Nominatim ita: *Titius filius meus mihi hæres esto! & si hæres erit, & impubes decesserit, Caius hæres esto!* Generaliter verò sic: *Quisquis mihi hæres erit, etiam filio meo in impubertate decedenti hæres esto.* Sed quare traditur hic ista divisio? R. idèò: quia substitutio generalis operatur quosdam effectus, quos nominatim facta substitutio non operatur. Sed

Sed quinam sunt illi effectus? *Imperator* hic tres enumerat. I. Est, quod filio in impubertate mortuo illi tantum succedant, qui sunt scripti hæredes, non etiam horum hæredes: ratio, quia de his testator non sensit. *Harp. n. 2.*

Dices: Hæredis hæres est etiam testatoris hæres, *l. fin. Cod. de hered. inst.* ergo hæres hæredis scripti etiam succedit pupillo. *¶ aut.* procedere ubi non singularis erga primum hæredem affectio spectatur, qualis in præsentis casu esse censetur, *Harp. n. 3. Manz. num. 6.* ubi adhuc aliter respond.

II. Effectus est, quod ex institutis heredibus illi tantum impuberi succedant, qui existerunt. Quod, ut planius fiat, ponamus hoc exemplum. Testator instituit *Petrum & Paulum*; deinde dixit: *Quisquis mihi hæres erit, etiam filio meo in impubertate decedenti hæres esto!* *Paulus* repudiat suam portionem, & testatori non vult hæres existere, postea autem mortuo impuberi succedere, forte ideo quia impuberis hæreditas non est ita onerosa, sicut patris. Quæstio est, *an possit impuberi succedere?*

Dixeris, posse; quia fuit hæres scriptus à patre. Sed contrarium statuit hic *Imperator*, & in *l. 8. §. 1. ff. de vulg. & subl.* cujus ratio esse videtur: quia beneficiorum testatoris, & ejus substitutione indignus est, qui propriam ejus hereditatem, & illi forte conjuncta onera negligit, & respuit.

Ad rationem dubitandi *¶* hæret hæres scriptus, si tamen verè non fiat hæres, quod sit aditione hereditatis, pro non scripto habetur. Aliud est, si quis nominim pupillo substitutus sit, tunc enim eveniente casu substitutionis hereditatem pupilli consequitur, etiamsi paternam repudiaverit, *l. 10. §. filio ff. d. t. Manz. n. 11.* Quod procedit, si pupillus se

hereditati paternæ necdum immiscuit: nam si pupillus semel se immiscuit, tunc, quia utriusque hereditas in unam coaduit, verius esse existimo, paternam repudiare non posse. *Schamb. hic. §. quæres.*

III. Effectus est, quod pro ea parte filio succedant, quæ hæredes scripti sunt, quia partes adjectæ in institutione censentur repetitæ in substitutione. Aliud est, si quis nominatim substitutus fuisset; tunc enim virilem, æqualemque partem habiturus esset, non eam, quam in institutione habuit. *Harp. num. 5. Manz. num. 14.*

§. M A S C U L O 8.

Q. hic, Quomodo substitutio pupillaris finitur? *¶* I. Pubertate, i. e. apud masculos XIV. apud feminas XII. annis *l. 14. ff. b. t.* Ratio: quia tunc ipsimet sibi jam testamentum facere possunt. II. Emancipatione, quia, ut supra dictum, & mortis, & testamenti conditi tempore requiritur, ut sub potestate sit, cui hæc substitutio facta est. III. Corruente in totum testamentum paternum; tum enim principali sublato, corrui & accessorium. IV. Si hereditas ex testamento paterno non adetur, & institutus sit extraneus. V. Lapsò tempore, si tempus substitutionis restrinxerit ad pauciores annos, *l. 23. ff. eod.* VI. Si substitutus moriatur ante impuberem; quia, cum nihil adhuc Juris habeat, nihil transmittere potest, *l. 42. ff. de A. R. D. Schamb. hic. Schneid. n. 19. & seqq.*

§. E X T R A N E O F I N.

Licet filio impuberi, quem in potestate quis habet, ita substituere possit, ut, si hæres exierit, & intrà pubertatem decesserit, alius sit hæres; attamen extraneo non licet pupillariter substituere. Neque filio puberi heredi instituto di-

rectis verbis pupillariter substituere, dicendo v. g. *Filius meus haeres esto! si haeres erit, & intra XX. annum decesserit, Caius haeres esto!* Ratio quoad extraneum: quia haec substitutio pendet ex voluntate patris: ratio quoad puberem, quia pubes ipse sibi testamentum facere potest. *Manz. num. 3. Dixi directis verbis:* nam per fidei-commissum id fieri potest. *l. 41. §. 3. ff. eod.* quò casu detracta Trebelliana reliqua testatoris tantum, non etiam alia bona ad *fidei-commissarium* perveniunt. *d. §. 3.*

Præter recensitos substituendi modos, est adhuc una substitutio, quæ dicitur compendiosa, non tam formâ substantiali, quàm accidentali differens ab aliis, continens sub verborum compendio diversas substitutionum species, plura tempora, pluresque ætates, v. g. *Filius meus haeres esto! & quandocumque decesserit, Mevius haeres esto;* ubi comprehendit vulgaris, si filius hereditati non immiserit; & pupillaris, si haeres erit, & impubes decesserit.

T I T U L U S X V I I .

QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

S U M M A R I A .

- 1 Quando dicatur rumpi testamentum?
- 2 Agnatio alia naturalis, alia civilis.
- 3 Testamentum prius rumpitur per posterius.
- 4 Si posterius sit perfectum.
- 5 Irritum fieri quando testamentum dicitur?
- 6 Item quando injustum?
- 7 An sola nudâ voluntate testamentum infirmatur?
- 8 An Princeps in litis causâ liceat heredem instituire?

§. R U M P I T U R . I .

Infirmitur autem testamentum duobus modis: aut enim rumpitur, aut irritum constituitur, *princ. hic.* Rumpi dicitur testamentum tunc, cum in eodem statu manente testatore testamentum vitatur. Quod fit aut agnatione sui hæredis, aut posteriori testamento.

Agnatio autem duplex est; Alia Naturalis, alia Civilis. Naturalis est, quando post mortem testatoris, vel post absolutum & perfectum testamentum aliquis naturaliter nascitur. *Manz. hic. n. 2.* & quin tali agnatione testamentum rumpatur, dubium nullum recipit, *l. 1. l. 3. l. 8. ff. h. t. Schneid. hic. num. 10.* Quòd si tamen posthumus in vita testatoris decedat, non rumpitur testamentum. *l. 4. ff. h. t. Schneid. hic. num. 10.* Secus est, si posthumus post mortem testatoris nascatur, & illic decedat: nam in hoc casu in illo momento, quò natus est, patri haeres exiit, & si morietur, jus quesitum statim ad hæredes ab intestato transmittit.

C O N N E X I O .

Hucusque dispeximus, qualiter testamenta fiant: cum verò nihil sub sole tam stabile sit, aut firmum, quin quandoque rumpatur, aut dissolvatur, ideo Imperator nunc exponit, quibus modis testamenta ritè facta rursus infirmantur.

Ching. q. 4. b. t. §. Posthumi. i. de exhered. lib.

Agnatio civilis illa dicitur, quando testator post factum testamentum acquisit filium legitimum, *b. e.* sibi arrogavit aliquem, aut adoptavit unum ex suis descendantibus, qui in potestatem & familiam adoptantis transit. Nam adoptatus ab extraneo, licet ei, *i. e.* adoptanti ab intestato succedat, non tamen tenetur adoptans eum hæredem instituere, *l. 10. §. sed ne 2. Cod. de adopt.* Ratio est: quia necessitatem operatur *suitas*; atqui extitaneus adoptatus non est suus: quia non transit in potestatem adoptantis, *§. 2. Inst. de adopt. ergo. Manz. §. 5. n. 21. de exhered.*

Jam in hoc §. disponitur, quod agnatione civili haud aliter, quam agnatione sui hæredis testamentum rumpatur. Ratio: quia suus hæres, qui se præteritum in testamento reperit, illud agnatione rumpit: atqui is, qui arrogatur, vel ab ascendente adoptatur, suus hæres sit; *ergo &c.*

§. POSTERIORE 2.

II. Pius testamentum rumpitur per posterius jure perfectum, & omnibus solennitatibus instructum. Ratio quia posteriora derogant prioribus. *L. fin. ff. de Const. princip. & nemo paganus cum duobus testamentis decedere potest, l. 7. ff. de R. J.* Debet autem posterius testamentum ritè, & legitime esse confectum: nam unum quodque eò modo dissolvitur, quo colligatum est. *l. 35. de R. J.* Et non præstat impedimentum, quod de jure non sortitur effectum, *c. non præstat. §. 2. de R. I. in 6.* sed testamentum imperfectum de jure non sortitur effectum, quia nullum est. *§. 7. b. t. ergo.*

Limitatur I. Si id faciat miles. *l. 36. §. fin. ff. de testam. milit.* hujus enim

prius testamentum per posterius non rumpitur; ratio exceptionis est, quia militi plura testamenta facere, & hæredem ex parte instituere licet, quod pagano non permissum. *Harp. n. 4.*

Limitatur II. Ut per testamentum posterius imperfectum, prius perfectum rumpatur, si in priori extranei hæredes instituti sint, & in posteriori liberi. *Auth. hoc inter. Cod. de testam.* Ratio: quia testamentum parentum inter liberos in suo genere perfectum est, *Schumb. hic.*

AD V. NEC INTEREST.

Quid si ex secundo testamento nullus hæres extiterit, rumpeturne tamen prius? *R. Imperator* prius rumpi, si extiterit aliquis hæres ex secundo, si non extiterit; Ratio est in textu, quia hoc solum spectatur, an aliquo casu existeret potuerit: deinde *aditio hereditatis non pertinet ad perfectionem testamenti*, sed tantum ad ejus exitum & effectum. *Manz. hic. n. 6.* Itaque si institutus in secundo testamento aut noluerit hæres esse, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam hæreditatem adierit, decesserit aut conditio illa, sub qua hæres institutus est, non extiterit, prius testator morietur intestatus. *Manz. & Harp. hic.*

§. SED ET SI 3.

At quid Juris, si in secundo testamento aliquis hæredem instituat duntaxat in certa aliqua re, puta, *in domo, in fundo Tusculano, &c.* Dixeris nihilominus rumpi testamentum, *text. hic. & in l. 20. ff. ad Sc. Trebell.* idem enim est, ac si ex tota hæreditate scriptus esset. *l. 10. ff. de hered. Inst.* cum nemo paganus partim testatus, partim intestatus decedere possit. Quod adeo verum, ut licet in posteriori testamento adjecta sit clausula: *Volo*

tamen, ut prius testamentum valeat: prius tamen per posterius necessario ad hoc rumpatur, l. 12. §. fin. ff. de injust. rupt. & irrit. fact. testam.

Verum ne talis voluntas & clausula omni effectu destituatur, rescripserunt divi Severus & Antonius in d. l. 29. ff. ad Sct. Trebell. ut valeat per modum fideicommi. ac si testator dixisset: Rogo autem te, ut hereditatem restituere heredi scripto in testamento primo. Unde hæres iste cogetur hereditatem restituere heredi in primo testamento scripto, debetque contentus esse rebus sibi assignatis, aut si ex quartam hereditatis non efficiant, deducit quartam Trebellianicam, quæ ex F. C. detrahi solet, uti infra videb. Manz. & Schumb. hic. Hactenus de testamento rupto; seq. de irrito.

§. ALIO AUTEM 4.

5 Irritum fieri dicitur testamentum per capitis diminutionem, quando scilicet testator per conditum testamentum patitur aliquam capitis diminutionem; non solum maximam, ut quando civitatem, & libertatem simul amittit, quia condemnatus est per sententiam ad mortem naturalem: sed etiam mediam, quando retentâ libertate civitatem amittit, quia condemnatur ad mortem civilem, & deportatur. Ratio, quia res devenit ad eum statum, à quo non potest incipere. i. e. testator in eum statum deductus est, quo non potest facere testamentum. Nam servus, & is, qui civis non est, testari nequeunt, cum juris civilis communionem non habeant, Schneid. hic. n. 7. Manz. ibid. Minimum capitis diminutionem quod attinet, circa eam tres casus sunt considerandi; videl. emancipationis, adoptionis, & arrogationis.

Emancipatione testamentum de bonis castrensibus factum non fit irritum, l.

6 §. ult. ff. de injust. rupt. & irrit. fact. testam. Ratio quia etiam ante emancipationem respectu horum bonorum pro patrefam. reputabatur, l. 2. ff. ad Sct. Miscel. Adoptione sive ab extraneo, sive ab ascendente factâ testamentum non fit irritum, quia semper de peculio castrensi liberam habet testandi facultatem. Schneid. hic. n. 8.

Arrogatione ergò solâ testamentum fit irritum: Ratio dilucida est: quia dando se in arrogationem testator, homo sui juris, cum capite fortunâ quoque suis in familiam, & domum alienam transfert, sicque res eum in casum devenit, à quo incipere non potest. Harp. n. 8.

Obj. si aliquis adoptatus sit ab ascendente, testamentum de castrensibus factum non rumpitur, licet familiam mutaverit; ergò etiam arrogati testamentum de castrensibus confectum non rumpitur, licet mutet familiam. R. neg. conseq. quia arrogatus non dicitur habere castrense peculium, sed quidquid habet, habet jure proprio & patrociniò proprio, quod in arrogantem transfert.

Dices: Ob favorem, surditatem, & prodigalitatem supervenientem testamentum facta non irritantur, quamvis in eum casum reducantur, à quo non potuero inchoare; ergo neque propter supervenientem filiationem. R. in priori casu tantum intervenire impedimentum facti, in posteriori verò Juris. Ea autem, quæ sunt facti, non tollunt ea, quæ sunt Juris. Manz. n. 14.

§. HOC AUTEM 5.

Pro intellectu hujus §. notandum: quomodo testamentum injustum, ruptum, & irritum in vicem distinguantur. Injustum dicitur testamentum, quod ab initio non valet, quia non jure factum est propter ommissas solemnitates requisitas. Ruptum verò

verò propriè dicitur, quod ab initio quidem valet, sed ex postfacto infirmatur, manente tamen testatore in eodem statu. Irritum verò propriè dicitur, quod etiam ab initio valet, sed ejus vis, ac jus infirmatur propter mutatam testatoris statum, & sic per casum in persona testatoris contingentem ad nihilum reducitur. Dixi *propriè*, quia testamentum injustum etiam subinde irritum vocatur, &c. *Schneid. §. 4. n. 4.*

§. NON TAMEN. 6.

Dictum est capitis diminutione testamentum rumpi: sed quid, si capite diminutus recuperat pristinum statum, reconvalescèntne testamentum? Sanè de iure juris civilis non reconvalescit, quia, quod semel evanuit, non amplius reconvalescit, & à privatione ad habitum non datur regressus, *Manz. n. 3.* De jure tamen prætorio; non per omnia inutilia sunt ea testamenta, quæ ab initio jure facta per capitis diminutionem sunt irrita facta. *§. 6. h. t.* Nam si debitis solemnitatibus consent, & septem signaculis signata sint, & testator tempore mortis iterum civis, sui que Juris fuerit, tunc potest scriptus hæres hereditatem consequi, *per bonorum possessionem secundum tabulas.* Ratio hujus est in mera equitate posita, quam prætor semper ob oculos habet. Ratio alia assignatur à *Manz. hic n. 4.* ubi ait: quod Prætor duo tempora inquirat, nempe conditi testamenti, & mortis, medium autem non curet, juxta regulam: *Habitis extremis de medio non curatur. l. 6. §. 2. ff. de hered. inst.* Ex his ergò deducas, quod, si civis Romanus testamentum fecerit, postea autem peregrinus factus sit, ante mortem vero civitatem iterum recuperaverit, & civis factus fuerit. Vel si qui testamentum falso arrogandum se præbuit, & postea sui

juris iterum factus fuerit, quod, inquam, hoc casu testamentum reconvalescat, & quidem de Jure prætorio. Excipiuntur tamen duo casus, quibus etiam de Jure civili reconvalescit testamentum.

I. Est, quando aliquis captus est ab hostibus, & postea revertatur, tunc enim propter fictionem juris postliminii, quam jus civile introduxit, reconvalescit testamentum ipso jure absque nova testatoris voluntate. Quod si autem apud hostes decedat, per fictionem legis Corneliæ ejus testamentum conservatur, quæ fingit eò momentò decessisse testatorem, quò captus est. *l. 6. §. pen. ff. de injust. rupt. & irrit. fact. testam.*

II. Casus est, quando maximam vel mediam capitis diminutionem passus, *plenarie* ex indulgentia Principis restituitur, tunc reconvalescit testamentum ipso Jure. Ratio quia talis restitutio juris civilis est, & princeps non utitur jure prætorio. *d. l. 6. §. pen. Schneid. hic. n. 3. & 4.* Multum autem refert, an jure civili, an prætorio testamentum reconvalescat. Quia si jure civili reconvalescit hæres intra XXX. annos hæreditatem adire potest. *l. 8. Cod. de jure delib.* Si verò jure prætorio bonorum possessio infra annum agnoscenda est à liberis, ab agnatis verò & cognatis infra 100. dies. *l. 1. §. largius. ff. de success. edict.*

Q. III. An nova voluntatis declaratio requiratur ad hoc, ut reconvalescat testamentum? & communiter sub distinctione, Vel enim mutatio status erat voluntaria, veluti quando conditò testamento se arrogandum dedit: vel necessaria, veluti quando passus est maximam vel mediam capitis diminutionem. si prius, novam declarationem, vel in codicillis, vel aliis litteris eorundem V. testibus factam requirunt. Si posterior, ipsò jure convalescit testamentum sine nova voluntate. Ratio

Differentie quia quando invitus quis mutat statum, non videtur sic mutare voluntatem, sicuti si volens statum mutat. *Perez. Inst. hic. n. 4. hic.*

Hactenus dicta procedunt de testamento scripto, non verò nuncupativo, in quo hæc confirmatio locum non habet, cum careat solemnitate Juris prætorii. *Perez. Inst. hic. Schneid. n. 4. hic.*

§. E X E O. 7.

7 Inquit hic *Imperator*, testamentum jure factum, neque nudâ testatoris voluntate, ut si dicat: *nolo testamentum meum valere*; neque imperfecto posteriori testamento infirmari, *text. hic. §. l. 2. ff. de injus. rupt. §. irrit. fact. testam.* Ratio quia nudâ & solâ voluntate non conficitur testamentum; ergo nec tolli poterit nudâ voluntate: naturale enim est, unumquodque eò modò dissolvi, quò colligatum est, *l. 35. ff. de R. J.* Ratio autem, cur testamentum prius jure factum, non infirmetur posteriore, est quia non præstat impedimentum, quod de jure non fortitur effectum, *c. non præstat. de R. J. in 6.* & nihil actûs substantiam pertinent, agendum superest, *l. 11. ff. Cod. de his, quib. ùt indig. Manz. non. §. hic.*

Quòd si voluntati etiam simplici accedat aliquod factum, puta, quia testator *delet, incidit, cancellat vel sigilla revellit*, tunc testamentum infirmatur, cum in his naturaliter testamentum scriptum constat, *l. 30. Cod. de testam.* Idem est, si testator coram tribus testibus dixerit,

se nolle prius testamentum valere, antequàm decennium lapsum sit, tunc nudâ hæc contrariâ voluntate infirmatur testamentum. *l. 27. Cod. de testam. Manz. n. 9. §. Schamb. hic.*

§. EADEM RATIONE FIN.

Pro facilitando hujus §. intellectu, observa I. inter homines frequenter fieri, ut is, qui sibi ab altero in re aliqua litem timet, aut controversiam, eam datâ operâ distrahat in potentiorum, ut nimirum causam adversarii duriorum redderet; quòd ipsum cum Prætori, qui semper æquitatem habet ob oculos, iniquum videretur, idèò edictò proposito vetuit, ne quis judicii mutandi causâ alienationem faceret, *l. 3. §. tot. tit. ff. de alien. jud. mutand. causâ.*

Observa II. Quòd hoc edictò Prætoris non obstante potuerit aliquis in re litigiosa hæredem instituire, vel eam alteri legare, *l. 8. §. 3. ff. eod.* Sed jam

Q. *An liceat principem litis causâ hæredem instituire?* R. quòd non. *Imperator enim Pertinax constituit, se non admittiturum hæreditatem ejus qui litis causâ principem reliquit hæredem. text. hic.* Hæc enim constitutio non videtur esse extra perfidiam.

Sed quid juris, si principi in testamento minùs solenni, imperfecto, hæreditas, legatum, aut fideicommissum relictum sit? R. neque deberi hæreditatem, neque legatum, neque fideicommissum. *text. hic. in l. 23. ff. de legat. 3. junctâ l. 3. Cod. de testam.* tamen enim princeps solutus sit, *legibus tamen dicit se vivere.*

TITULUS XVIII.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

SUMMARI.

TRANSITIO.

- 1 Quil sit querela inofficiosi?
- 2 Quibus competat?
- 3 Fratribus non competit, nisi turpis persona instituta sit.
- 4 Arrogato an, & quando querela competat?
- 5 Item quando naturalibus tantum?
- 6 Qui legatum ex testamento accipit, querelam perdit.
- 7 Limitatur in tutore.
- 8 Secus in advocato.
- 9 Legitima hodie titulo institutionis relinquenda.
- 10 Nisi sit legitima fratrum.
- 11 Desinitur legitima.
- 12 Quanta sit legitima?
- 13 Quibus debeat?
- 14 Naturalibus tantum liberis à patre non debetur.
- 15 Secus à matre.
- 16 An jure natura debeat?
- 17 An statuto, aut consuetudine tolli possit.
- 18 Legitima est quota bonorum.
- 19 Diluantur objectiones.
- 20 Legitima an gravari possit?
- 21 An in ea fieri possit substitutio?
- 22 Quo titulo relinquere debeat?
- 23 Ex quibus bonis debeat?
- 24 An in pecunia numerata recte assignetur?
- 25 Legitima non debetur, nisi post mortem.
- 26 Que imputantur in legitimam?

Visto, qualiter ipso jure rite facta infirmantur, sequitur qualiter per sententiam & officium judicis mediante querela inofficiosi rescindantur.

AD PRINCIP.

Quando quidem frequenter usu venit, I ut parentes novercalibus delinimentis, & instigationibus permoti liberos suos injuste exheredent, aut pretereant, quod verbum de preteritione materna intellige, que tantum facit, quantum exhereditatio patris, ut dictum §. fin. de exhered. liberorum. ideo apprimè necessarium fuit, remedio aliquo juris, liberos injuria affectos munire, l. 2. & 4. ff. de inoff. testam. Quod remedium vocatur querela inofficiosi testamenti, quasi contra officium paternum facti, & communiter describitur defuncti accusator, quasi à non sanæ mentis testatore contra officium pietatis factum: & petitur, ut testamento rescisso hæreditas scripto hæredi afferatur, & adjudicetur actori tanquam proximohæredi ab intestato. *Verz. Inst. hic.*

§. NON AUTEM I.

Qu. in hoc §. quibus querela inofficiosi 2. testamenti competat? & R. eam competere non tantum liberis contra testamenta parentum, verum etiam vice versa parentibus contra testamenta liberorum, cum iis non minus pie, turbato mortalitatis ordine, bona liberorum debeantur quam liberis parentum, ut scilicet habeantur aliquod suæ orbitatis solatium, l. 15. ff. b. t.

De Jure Austriaco, siue liberi parentes suos silentio praterierint, siue injuste exheredaverint, hi nullum contra liberorum testamentum habent remedium, cum nec legitima Jure Austriaco parentibus debeatur. *Einslerwald. l. 2. obs. 119. per tot. Sutting. in manuscript. lit. F. v. Erbschaffe in aufsteigender Linea. Walter de Jure consuetud. lib. 3. tit. 4.* Quod ipsum, an in principia naturalia non impingat, alibi excutiemus.

AD V. SOROR.

II. Competit etiam querela inofficiosa testamenti fratribus & fororibus. Intellige *consanguineis & germanis*, non vero uterinis, *l. 27. Cod. h. t.* Quod procedit, si turpis persona sit instituta, & nulla ingratitudinis vel turpitudinis causa possit fratri imputari. Concordat *Suttinger in manuscript. lit. T. v. testamentum*, illis verbis: *Keiner ist seine Brüder oder Schwestern zu instituiren schuldig*; modo non turpem personam instituat.

Dico autem I. *Fratribus & Sororibus*. Excluduntur proinde ultiores, ut fratrum filii; nam hi testamentum patris querelare non possunt, *l. fratris 21. Cod. h. t.* Dixi II. *Si turpis persona sit instituta*, quales sunt *mini, arenarii, meretrices scorta, excoriatores equorum, lusores, &c.* *Manz. n. 14.* Dixi III. *Si nulla ingratitudinis causa, &c.* sunt enim tres cause, ob quas etiam licet exheredare fratrem turpi persona instituta, quas supra *lit. 13.* enumeravimus.

AD V. ULTRA.

Reliqui collaterales, ut jam dixi, hanc querelam non habent; melius proinde faciunt, si se sumptibus inanibus non vexent, cum obtinende victorie spem nullam habent, *l. 1. ff. h. t.* Ratio quia huc querela aliquo modo odiosa est, ac-

cusans testatorem quasi demencie, ac proinde non extendenda. *Manz. n. 20. hic.*

§. JAM AUTEM.

Q. in hoc §. *quibus liberis detur querela inofficiosa?* ad hoc *R. Imperator*, quod non tantum liberis detur ex justis nuptiis procreatis, sed etiam adoptivis, putatis, qui ab ascendente adoptati sunt, & in potestatem adoptantis transeunt. *Manz. hic.*

Q. An arrogato querela inofficiosa competat, si sine justa causa exhereditatus sit; *R. si impubes sit negative*, quia hic ex constitutione, §. 3. *de adop. l. 8. §. 15. ff. h. t.* Si pubes sit, affirmative; cum haec alii remedium non competat. *Schamb. hic.*

Naturalibus liberis tantum contra testamentum patris querela non datur, bene vero contra testamentum matris, *l. 29. §. 1. ff. h. t.* Ratio quia mater certa est. *Manz. n. 5. hic.* posthumis dari querelam, *textus* quidem hic asserit, sed ipsum non est extra dubium, cum de jure novo, si fuerint prateriti, rompan testamentum, si vero exhereditati, jus dicendi nullum habeant. De quo alibi.

AD V. SI NULLO.

Querela inofficiosa tunc tantum competit, quando nullo alio jure ad defuncti bona perveniri potest. Hinc, quialiquo alio jure ad jura defuncti pervenire potest, à querela excluditur; *habito enim remedio ordinario, ad extraordinarium recursum non est. l. 16. ff. de Minor.* Sic filius prateritus à patre, querelam non habet, cum per jus dicendi nullum ei consultum sit. *Schamb. hic.*

§. SED HÆC ITA. 3.

Pro intellectu hujus §. observa, de jure antiquo querelam inofficiosa semper locum

locum habuisse, si filius non habuerit totam & integram legitimam ex testamento relictam. Verum Imperator jus vetus exulare iussit, atque statuit, quòd in casu, quo filio integra legitima relicta non est, cessante querela inofficiosi ad supplementum agere debeat, per actionem, quæ vocatur *condictio ex lege, text. in l. 30. Cod. b. t. Concordat Sutting. loc. cit. v. legitima. Die Kinder &c. i. e. Liberi paternum testamentum ob non integram legitimam rectam non possunt evertere, sed solum ad supplementum agere.*

§. S I T U T O R. 4.

Indubitati juris est, eum, qui testamento, in quo præteritus (intellige præteritionem maternam) vel exheredatus est, legatum accepit, aut quoquo modo, sive factò, sive dictò iudicium defuncti agnovit, & comprobavit, ad querelam inofficiosi testamenti amplius aspirare non posse, *text. in l. 10. l. 12. ff. b. t. juncta l. 9. §. 10. & l. 23. §. pen. ff. eod.* Ratio est, quia quod quis semel approbavit, amplius reprobare non potest. *Harp. hic. n. 1.* Hoc supposito pro captu hujus §. ponitur talis casus: Cornelius fecit testamentum, & legavit Titio pupillo 100. fl. filium autem suum, qui tutor erat Titii, omnino exheredavit, apposita quidem ingratitude causa, sed non probata. Filius tutor Titii sui pupilli nomine ex testamento patris legatum accepit.

Quæstio oritur: Num possit deinde ad huc suo nomine testamentum querelare? Ratio dubitandi ex dictis consurgit, quia, qui patris voluntatem semel approbavit, eam postea per querelam inofficiosi evertere, incassum laborat.

Sed, hoc non obstante, sancit Imperator in nostro §. quòd de inofficioso adhuc agere possit: ratio, quia non agnovit

suo nomine, sed alieno, & nomine tutoris, neque sibi legatum accepit, sed pupillo idque, ex necessitate officii, quod utique ipsi damnosum esse non debet, *Manz. n. 5.*

Dices: si advocatus nomine tertii, i. e. alieno nomine legatum petiit, non potest ex postfacto contra illud testamentum querelare per, apert. *text. l. fin. ff. b. t.* ergo neque tutor *neg. conseq.* differentie ratio est, quòd advocatus obligatus non sit ex necessitate officii agere, sicut tutor obligatus est. Leges, autem magis favent iis, qui coacti munus subeunt, quam qui sponte, *l. 7. §. 1. ff. qui satidat. cog.* Hinc si & advocatus iussu Magistratus patrocinium præstiterit, adhuc querelare poterit, *l. 5. §. advocatum. ff. de his, que ut indig. Schamb. hic. Manz. n. 6. Harp. n. 6.*

§. S E D S I. 5.

Casum præced. §. Imperator hic invertit. Illo enim superiori §. tutor erat filius exheredatus, & pupillus erat legatarius. Hoc §. pupillus est filius exheredatus, & tutor est legatarius. Proinde Q. quid si Titii pupilli pater fecerit testamentum, & Titium exheredaverit, Sempronio autem tutori scripto aliquid legaverit, deinde vero Sempronius tutor pupilli sui nomine de inofficioso egerit, & succubuerit, potestne tamen tutor Sempronius legatum sibi in eodem testamento relicto petere? Ratio dubitandi: quia qui semel testamentum accusavit quasi inofficiosum, sique iudicium defuncti impugnavit, nec obtinuit, perdit legatum, & fideicommissum in illo relicto, idque quasi indigno ablatum vindicatur fisco, *l. 8. §. 14. ff. b. t.* At hac dubitandi ratione non obstante, decidit Imperator hic, quòd legatum non amittat: ratio, quia officii necessitas, & tutoris industria excusata esse debet, *l. 22. ff. de his, que ut indig. Harp. hic.* Hodie etiam

in casu, quo tutor obtinuit pro pupillo, legatum consequitur, rescinditur enim hodie sola institutio, cetera namque firma manent. *Auth. ex Causa Cod. de lib. prater.*

S. I G I T U R F I N.

9 Olim de jure antiquo legitima potuit relinqui quocumque titulo sive jure Institutionis hæreditario, sive nomine legati, vel fideicommissi, vel ex donatione mortis causa, *text. hic.* Verum hodie de jure novissimo non sufficit filium habere legitimam quocumque titulo, v. g. *donationis, legati, &c.* sed debet eam habere jure Institutionis. *Nov. 115. c. 3.* quia titulus institutionis est honorabilior titulo legati, vel donati, *l. 5. §. sed etsi portio. ff. de legat. præstand.* Item multo quoque utilior est, propter jus accrescendi, nam si filius fuerit institutus & acceperit aliquem cohæredem, si cohæres hæreditatem repudiat, hæc accrescit filio; quod secus foret, si titulo singulari legati scilicet, vel fideicommissi legitimam haberet. *Harp. in §. hic. Et Schneid. n. 4.*

Obj. Nov. 18. cap. 1. ubi in hæc verba rescribitur: *sive quis institutionis modo, sive legati, sive fideicommissi legitimans liberis reliquerit, non tamen everit testamentum.* R. hanc *Nov.* per alteram *Nov. 115. cap. 3.* correctam esse. Prior enim promulgata est anno à partu Redemptoris 536. posterior vero anno 541. *Manz. tract. de testam. tit. 12. q. 13. n. 2.* De jure Austriaco quid hæc in re obtineat, paulo post in fine hujus *tit.* audiemus.

10 Limitantur dicta in legitima fratrum & sororum quæ quoquo modo & titulo recte relinquitur. Ratio quia in *Nov. 115.* tantum de legitima liberorum & parentum correctio habetur, non etiam de legitima fratrum. Correctiones autem utpote odiosæ non facile sunt extendendæ. *Glossæ select. quæst. p. 2. q. 10. n. 39.*

A D V̄. Q U O D A U T E M.

Illud ex hoc *v̄.* collige, quod una donat taxat quarta (hodie, quia legitima aucta est, unus triens vel semis) relinqui debeat, sive unus fuerit, sive plures, quibus de inofficioso agere permittitur.

Verum hæc ipsa de legitima materia gradum hic sistere, ac prolixiori in ejus explicationem calamo excurrere jubet, tum quod ab scientia videatur necessaria, tum quod ab utilitate nulli sit prostrata. Itaque concinne dixeris, quod legitima sit determinata legibus portionis ab intestato debita, sive ejus quod quid jure legitime successione ab intestato habiturus esset, *l. 8. l. 31. Cod. h. t. l. 8. §. 6. ff. eod. Berlich. conclus. 11. part. 3. n. 1.* Dicitur ab intestato debita: quia legitima mensuratur juxta successionem ab intestato, ita ut si quis succedat ab intestato in universam hæreditatem, legitima sit triens, vel semis secundum quantitatem & multitudinem liberorum totius hæreditatis; si vero quis ex statuto, vel lege municipali ab intestato tantum in medietate hæreditatis succederet, tunc legitima tantum est triens, sive tertia illius mediæ hæreditatis. *Manz. tract. de testament. tit. 12. q. 3. n. 8. Card. Tusch. lit. L. conclus. 183. n. 38.* ubi infert, feminas ex statuto à successione ab intestato exclusas, etiam à legitima removeri.

Oppones: De Jure Austriaco filie provinciales patri suo ab intestato non succedunt, nisi in mille; de qua portione si legitima assignanda foret, utique modica nimis futura esset legitima. R. illa mille filiabus, nomine legitime, assignari, ex legitima autem non constituitur legitima; adeoque regulam memoratam procedere de successione in partem hæreditatis, quæ major est legitima.

QUANTA SIT LEGITIMA?

12 Hic jus vetus fecernendum est à jure novo. Jure veteri quantitas legitimæ erat quadrans, sive quarta pars hæreditatis, *d. l. 8 §. 6. & 8. ff. h. t. & l. 31. Cod. eod.* Jure novo aucta est legitima, ac refert, adfunt quatuor liberi, aut puciores, quam quatuor. Illis debetur triens, sive tertia pars hæreditatis. His semis, sive media pars hæreditatis. *Nov. 18. c. 1.* Quantitas legitimæ his versiculis comprehenditur.

Quatuor aut infra dant natis Jura Trientem. Semissem vero dant natis quinque vel ultra. Arbitrium sequitur substantia cætera patris.

Porro an liberi, qui parentibus non succedant, in numero liberorum sint censendi ad augendam, vel minuendam portionem legitimæ eorum, qui succedunt, non hujus loci esse duxi, ne nimium excurram. *Vide Berlich. p. 3. conclus. 12. Facch. lib. 4. cont. 31. Zoes. ff. h. t. n. 87. Manz. tit. 12. q. 4. n. 4. Guil. lib. 2. obs. 122. n. 16. Gomez. var. resol. tom. 1. cap. 1. n. 22. Card. Tusch. lit. L. conclus. 208. n. 67. Glettle. select. quest. 10. p. 2. n. 10.*

QUIBUS DEBEATUR LEGITIMA?

13 Legitima debetur liberis, *l. 7. ff. de bon. damnat.* Naturalis enim ratio liberis patrem hæreditatem adjicit, & filius dicitur quasi creditor in legitima. *in filium. Cod. famil. hercis.*

Ampliat, ut procedat tam in masculis, quam in foeminis, quia sublata est omnis in successione sexus differentia, *l. 4. Cod. de lib. præ. sive constituti sint in patria potestate, sive emancipati, l. 15. Cod. de legit. hered. sive naturales & legitimi simul, sive legitimi tantum, l. 22. ff. de adopt.* Quod tamen procedit secundum

distinctionem in *lib. 1. tit. 11. de adopt. datum: utrum videlicet ab ascendente, an ab extraneo adoptatus quis sit?* Imò & ingressis monasterium bonorum capax legitima debetur, *l. 56. §. 1. Cod. de Ep. & Clericis. 14* Sane naturalibus liberis tantum pater legitimam relinquere non tenetur. *Auth. licet. Cod. de natur. lib. Nov. 89. cap. 12. & 15. & licet filiis, vel filiabus naturalibus ex hæreditate patrum certa portio ab intestato debeatur. d. auth. licet. Cod. de Nat. lib. & Nov. 89. cap. 12. & 15.* attamen si pater eos testamento præterierit, petere nihil possunt, *Berlich. conclus. 11. p. 3. n. 6. Hunn. ad Treutl. vol. 1. disp. 13. th. 14.* A majoritate rationis legitima non debetur liberis, ex damnato coitu natis: puta adulterinis, nefariis, sacrilegis, &c. Ratio est (quam ipsam rationem pro regula & principio capias velim) quia legitimam metimur in causa testati secundum causam intestati: qui ergo ab intestato non succedit, illi neque debetur legitima. *Manz. loc. cit. tit. 12. q. 1. n. 24. & qui à successione excluditur, à petitione quoque legitimæ repellitur. Facch. lib. 7. cap. 46. in fine. Berlich. loc. cit. n. 20.* atqui liberi ex damnato coitu suscepti ab intestato nec patri, nec matri succedunt. *Nov. 89. cap. ult. & auth. ex complexu Cod. de incest. & inut. nupt. Harp. Inst. de success. ab intest. n. 346.* Imò nec in testamento hæredes institui, nec iis aliquid legari potest. *Manz. tract. de testament. tit. 6. n. 82. Walter de jure de consuet. Aysf. lib. 3. tit. 16. §. Zum andeven;* ergo iis, neque à patre, neque à matre debetur legitima. Sed

Q. An idem ratione matris in liberis naturalibus, & spuris procedat? *Re. negativæ.* Mater enim tenetur liberis naturalibus, & spuris legitimam relinquere, nec potest illos sine justa causa præterire, aut exheredare. Ratio, quia isti matri

ab intestato succedunt, l. 2. l. 4. l. 8. ff. unde cognati §. novissime. Inst. de Sc. Orf. ergo ipsis debetur legitima. Berlich. n. 7. unde cum spurii patri illustri, extantibus aliis iustis liberis non succedant, ideo nec iis à patri legitima debetur. Merlin. tract. de legit. lib. 1. tit. 2. g. 4. Nepotibus ab avo tum demum legitima debetur, si pater eorum prius quam avus decesserit, & hoc in casu agnoscuntur avo, h. e. sunt sui hæredes, adeoque illam portionem, quam pater accepisset, avus iisdem relinquit, necesse est. Merlin. d. loc. q. 10. Sed quid Juris, si pater nepotum ab avo fuerit exheredatus, debeturne legitima nepotibus? R. sub distinctione: vel pater nepotum decedit ante testatorem, vel post testatorem. Si prius: tunc nepotes per agnationem rumpunt testamentum, & sic res reducitur ad causam intestati; atque adeo cum ab intestato nepotes succedunt, ideo debetur ipsis legitima ex regula paulo ante tradita. Si posterius, legitima iis non debetur, quia ab intestato non possunt avo succedere, pater enim ipsos præcedit. Manz. tract. de testament. tit. 8. q. 2. limit. 7. n. 420. Gomez. var. resol. tom. 1. cap. 11. num. 21.

QUO JURE DEBEATUR LEGITIMA?

16 Communem DD. calculum tulit sententia, quæ in hunc modum distinguit: Vel enim per legitimam designatur jus petendi necessaria alimenta, vel determinata legibus portio. Si prius legitima merissima est creatura juris naturalis, l. 7. ff. de bon. damnat. l. 7. §. ff. unde liberi. Nov. 1. §. 2. in quibus locis disertè traditur, quòd ipsa ratio naturalis, vel ut lex quædam tacita, parentum hæreditatem addicat liberis: quod parentum hæreditas debeatur liberis secundum naturæ, &

parentum commune votum: quod denique secundum ipsam naturam liberi Jus habeant ad legitimam. Et ut brevissimè, alimenta jure naturæ liberis debent, apertè sancit, l. 1. §. 3. ff. de J. & J. atque legitima est surrogata in locum alimentorum, Nov. 18. ergo legitima debetur jure naturali, quatenus alimenta sapit.

Si verò per legitimam designetur determinata legibus portio, fundamentum suum habet in jure positivo, l. 12. Cod. de legit. hæred. Nov. 18. c. 1. l. 35. §. 1. Cod. de inoff. testam. Ubi Justinianus expressè testatur, portionem hanc, quærelam inofficiosa excludentem, leges, suamque constitutionem definitivè; licet ergo naturalis ratio, & æquitas suadeat, jubeatque liberis aliquid relinquere; quantum tamen, quo modo, qua forma relinqui debeat, lex civilis definit. Vide Manz. tract. de testam. tit. 12. q. 11. Fach. lib. 4. cap. 32. Hum. ad Treutl. vol. 1. d. 13. §. 11. q. 27. Glettle p. 2. q. 10. n. 27. Mynsing. cent. 6. obs. 44. Finjterw. lib. 2. obs. 119.

Ex dictis colliges: Legitimam statuto¹⁷ aut consuetudine in totum tolli non posse: quoniam de Jure naturæ, puta, quoad alimenta debetur: statutorum autem, vel consuetudo, quæ repugnat juri naturæ, utpote irrationalis non valet, & jura naturalia jure civili tolli non possunt. §. 11. Inst. de J. N. G. & C.

Dices: Per exheredationem filius in totum excluditur à legitima, & filius ejus, qui reus est criminis perductionis, ab universa patris hæreditate removetur. l. 5. Cod. ad leg. Jul. Majest. ergò legitima à Jure civili per statutum, aut consuetudinem in totum tolli potest. R. Permutos esse, qui absolute negent antecedens, atque constanter asserant, filio exheredato, & liberis, quorum pater reus est crimi-

ominis perduellionis, saltem alimenta deberi, ne necari videatur, cui alimenta negantur, contra *l. 4 ff. de lib agnoscend.* Deinde *transeat antecedens*, ea tamen propter non indistincte adserendum, legitimam statuto, aut consuetudine in totam abrogari posse, quia hoc tum demum procedit, si major ratio naturalis concurret, puta, ne delicta reipubl. nociva, im punita relinquuntur, contra *l. 5 l. §. estimatio, ff. ad leg. Aquil. §. l. 95. §. 1. ff. de solut.* Denique non mirum, filium exheredatum & alimentis privati, cum ingratitude debitum naturæ tollat, *Nov. 22. cap. 27.* dicaturque à sancto Bernar- do, *ventus urens, siccat fontem misericordie, vorem pietatis, & fructum gratie, Panormit. in cap. fin. §. de donat.*

QUALIS SIT LEGITIMA?

18 Duo veniant hic in disceptationem. Unum est, *an legitima sit pars bonorum, an hereditatis?* Alterum, *an recipiat gratiam, nec ne?* Utrumque ex asse discutere longum foret, & integro tractatu opus esset, quod non patitur nostri instituti ratio. Ne tamen nostram mentem penitus inappertam relinquamus, & legitimam esse quotam bonorum, non hereditatis. Ita *Gul. lib. 2. obs. 119. §. 120. Manz. tract. de testam. tit. 13. q. 62. n. 5. Berlich p. 3. conel. 11. n. 3. Menoch lib. 4. presump. 101. n. 59.* & innumerii alii ab his allegati. Ratio I. quia legitima deducitur de dextro ære alieno, & impensa funeris, *l. 8. §. 2 ff. de inoffic. testament.* atqui illa, quæ dicuntur bona. *l. 39. §. 1. ff. de P. S.* ergo legitima est quota bonorum.

Ratio II. Quia legitima debet relinqui libera, & sine omni gravamine, *l. quoniam. 32. Cod. de inoffic. testament.* ergo legitima non est pars hereditatis: hanc enim qui capit, multis oneribus involvitur, nec non commoda suscipit, & incommoda.

Dices: legitima titulo institutionis relin-
 quenda est. *Nov. 115. cap. 3.* ergo est
 pars hereditatis; institutio enim tribuit
 denominationem heredis, qualem di-
 cere non possis, nisi quotam hereditatis
 habeat. *R. I.* quod filius in casu, quo à
 patre in re singulari, quæ quantitatem
 legitimæ adæquat, etiam legitimam titu-
 lo institutionis accipiat, & tamen non
 dicitur habere partem hereditatis, quia
 omnia onera hereditaria solus cohæres
 sustinet, & filius est instar legatarii, *l. 13. de hered. just.* ergo licet legitima titu-
 lo institutionis relinqui debeat, non ta-
 men exinde hereditatis, legitimam esse
 quotam hereditatis. *R. II.* Filium in legi-
 tima institutum pro hærede habendum
 esse in iis duntaxat, quæ ipsi sunt utilia;
 nimirum, ut jure accrescendi gaudeat,
 & titulo heredis, qui est honorabilior,
 quàm titulus legati, insigniatur non
 verò in iis, quæ ipsi sunt præjudiciosa,
 puta, ut oneribus hereditariis subji-
 catur, ne alias id, quod in ejus favorem
 est introductum, puta, ut legitima titu-
 lo institutionis relinquatur, in ejus-
 dem odium retorqueatur.

Inflabis: Nihil interest, siue legiti-
 mam, partem hereditatis, siue bono-
 rum appelles; ergo de lana caprina dis-
 ceptatur: *Antecedens demonstratur in ex-
 emplo.* Pater habet in bonis 1200. fl. &
 unicum filium, cujus legitima est triens,
 seu 400. fl. Jam fac, adesse debita 600.
 fl. siue modo prius deducatur res alienum,
 siue non deducatur, in effectu idem est;
 nam si deducatur, & legitima de bonis,
 qualia dicuntur, quæ ære alieno deducto
 supersunt, detrahetur, tunc remanent
 600. fl. de quibus filius nomine legitimæ
 deducit 200. fl. & sic habet partem bono-
 rum; si vero res alienum non deducatur,
 tunc filius nomine legitimæ recipit 400.
 fl. & onera pro rata legitimæ sustinet,
 Y y 3 adeoque

adeoque sive habeat partem hæreditatis, sive quotam bonorum, in effectu idem est. R. Tametsi quoad quantitatem legitimæ parum referat, num prius æs alienum deducatur, nec ne? & sic sive partem bonorum, sive hæreditatem habeat: nihilominus tamen ratione aliorum onerum magis expedit, quotam bonorum habere, quàm hæreditatis, hanc enim qui habet, incrementa, & decreta recipit, commoda & incommoda sustinet, atque ita omnibus creditoribus tenetur respondere, nec non omnes actiones hæreditarias *active* & *passive* suscipere. Qui vero quotam bonorum habet, instar legatarii est, adeoque nulla sentit onera l. 13. Cod. de hered. Inst.

An legitima gravamen recipiat?

Ista quæstio perspicuè decisa est in l. 20. quoniam 32. Cod. de inoff. testament. ubi expressis terminis sancitur, quòd legitima gravari nequeat, adeoque ei nullum penitus onus conditionis, modi dilationis, moræ vel alterius gravaminis apponi possit, & si quod adjectum fuerit, rejiciatur ipso Jure, & non appositum adjectumve censeatur, d. l. 32. Ratio: quoniam legitima ex providentia legis, non judicio testatoris debetur, & ideo, quem testator non honoravit, non potest onerare, vel gravare, l. 22. §. 1. ff. de adopt. Gail. lib. 2. obs. 19. n. 1.

Dixi ipso Jure: de Jure enim antiquo is, cui legitima cum gravamine relicta fuit, de inofficioso agere, atque ita testamentum evertere potuit. Hodie vero de Jure novo gravamen legitimæ adjectum, qualecunque illud sit, ipso Jure tollitur, & rejicitur, ac non fuisset appositum. Gail. d. lo. n. 3. Gomez. var. resol. vol. 1. cap. 11. n. 24. Berlich. p. 3. Conclus. 14. n. 5. Manz. loc. cit. tit. 12. q. 44. n. 9. Concord. Walter de Jure consuet. Aultr.

lib. 3. tit. 20. Die natürliche Erb Gebührens, &c. i. e. Quod natura hæreditum debetur, seu legitima, relinquere debet liberis sine onere aliquo. Cum autem proprietatem rei uni ex liberis, ejusdemque rei usum fructum ad certum aliquod tempus, Pater dederit, onus hoc legitimam ad tempus gravans frustra ei imponeretur: adeoque nullius esse vis debet onerosa usus fructus ad dictio. Si tamen Pater familias uxori assignaverit usum fructum usque dum majores evadant liberi, hi contra testatoris hac de re voluntatem insurgere nequeunt, ex moribus Provincie. Presertim cum Matri liberorum Procurandorum atque educandorum necessitas simul a patre imposta est, idque sine paternorum bonorum immutatione, donec etatem legitimam assequuti sint liberi. Si vero usus fructus matris produceretur ultra minorennitatis liberorum annos, & ad vitam matris terminum, locum habere non posset usus fructus ejusmodi, præterquam usque ad majorennitatem liberorum. Dubitatur: An in legitima possit fieri substitutio? R. I. Quoad substitutionem pupillarem rem expeditam esse, hanc enim in legitima rectè fieri, aperte sancit, l. 8. §. 7. ff. de inoff. testam. & l. 26. Cod. eod. his verbis: Ex tribus unciis hærede instituto filio intra pubertatis annos directam non inutiliter à patre fieri substitutionem, certum est. Merlin. tract. de legit. lib. 3. tit. 2. q. 13. Gail. lib. 2. obs. 119. n. 4. Manz. tit. 12. q. 45. n. 1. & 2. Concord. Walter. loc. cit. Wann aber solche Substitution, &c. i. e. Sin vero hæc substitutio ad id tempus solum est constituta quo legitimam etatem nondum attingit filius, atque si decesserit antequam condendi Testamenti facultate gaudeat, stare debet hæc Paterna voluntas, effectuque fortiri. II. Substitutionem vulgarem in legitima fieri non posse. Ratio sola, sed solida est, quòd hodie omne gravamen, onus,

ortus, dilatio, mora, conditio de legitima rejiciantur. *d. l. 32.* Atqui substitutio vulgaris involvit conditionem, puta, *si voluerit; ergo Conc. Walter. loc. cit. &c. Es solle kein Vatter.*

Quò titulò legitima relinquenda.

- 22 Tametsi legitima inspecto Jure communi titulò Institutionis relinquenda sit, prout suprà ad §. ult. *b. t.* diximus: Secus tamen obtinet de Jure Aultriaco, teste Waltero, *cit. loc. v. Die geschriebene Recht.* His verbis: *Es setze gleich &c. i. e. Sive Pater liberos instituat heredes in Testamento suo quantum ad Legitimam, sive in Codicillis Legitimam illis assignet, legati nomine, moribus Provincie pariter valet patris dispositio.*

Ex quibus bonis debeatur legitima?

- 23 Ad propositam quæstionem simpliciter, & generaliter R. dicere possis, quòd legitima debeatur ex ipsa substantia patris, prout inquit, *l. 36. v. repletionem. Cod. b. t.* his verbis: *Repletionem fieri ex ipsa substantia patris.* Verùm enim verò, cum quandoque multa, & varia bona, diversæque qualitatibus in substantia patris reperiantur, ideò inquirendum, ex quibus bonis debeatur, & ex quibus non debeatur legitima. Itaque

Certum est I. legitimam non deberi ex bonis primogenituræ subiectis, qualia sunt Regna Ducatus, Principatus, &c. Ratio: quia bona primogenituræ subiecta non proveniunt ex substantia patris; ergò primogenitus ea habet præcipua. Ratio alia; ne fiat dismembratio Ducatus, Matchionatus, &c. ex quo si legitima deberetur, is intra paucos annos ad nihilum reduceretur. *Manz. tract. de testament. tit. 12. q. 33. Merlin. tract. de*

legitima. lib. 2. tit. 1. q. 2. Berlich. p. 3. conclus. num. 23.

Certum est II. Legitimam ex bonis fidei-commissio, vel restitutioni obnoxia etiam relinquendam non esse. Ratio est: quia legitima debetur ex substantia patris. *d. l. 36.* Bona autem fidei-commissio obnoxia non proveniunt ex substantia patris, sed sunt quasi aliena, *auth. res que Cod. commun. de legat. Rosenthal. de feud. conclus. 13. cap. 7. num. 33. Fach. lib. 7. cont. 46. Berlich. loc. cit. num. 20. 24.* Controvertitur: *An legitima in mera pecunia numerata recte assignetur?* Videtur id affirmandum: quoniam legitima debetur ex substantia patris, *d. l. 36. Cod. b. t.* sed pecunia numerata etiam est ex substantia patris, ergò:

Verùm negantium sententia, cui & ego adstipulor, verisimilior, & communior est; tum quia legitima debet assignari in rebus mediocribus, non deterioribus, qualis est pecunia, quæ facile absumitur: tum quia interest filii potius res habere, quàm pecuniam, propter justam forsitan affectionem, quòd res majorum fuerint. *Fach. lib. 4. q. 33. Zoës. num. 102.*

Concordat Walter. *loc. cit.* Da etlichen Kindern, &c. *i. e. Si liberis quibusdam immobilibus, aliis vero pecunia numerata loco legitime sint assignata, liberi quibus numeri tantummodo sunt contributi, non tenentur incommodo suo pecuniam accipere; singulis namque liberis jus est partem sibi debitam consequendi, tam in immobilibus quam in pecunia patris, pro rata scilicet cuiusque portione.*

Quando debeatur legitima?

Dixerint nonnulli, vivò adhuc patre deberi legitimam, eò quòd à patre petierit portionem substantiæ suæ, & cum eò in peregrinas regiones deflexerit. Verùm

rùm eùm non exemplis, sed legibus iudicandum sit; ideo,

- 25 R. Et pro regula traditur, quòd legitima filiis non debeatur, nisi post mortem patris. *l. 1. §. si impubere. 11. ff. de Collat. Ratio; quia viventis nulla est hæreditas, aut successio. l. 1. ff. de hered. vel act. vend. atque improbum est de viventis hæreditate sollicitum esse. l. 2. §. 2. ff. de vulg. & pupill. substit. Manz. tract. de testam. tit. 12. q. 15. num. 2. Berlich. p. 3. conclus. 14. n. 13. Mysing. gent. 4. obs. 25. Hum. ad Treutl. vol. 1. disp. 13. q. 37. Guil. 2. de pace publ. cap. 13. num. 30. ubi ait, quòd pater possit omnia sua bona in mare projicere, & sic filium suã legitimã defraudare.*

Ampliatur, ut pater non teneatur filio in vita sua legitimam solvere, etiamsi pater esset prodigus & dilapidator. *Berlich. d. lo. num. 8. Vasq. l. 37. num. 1. Ratio est: quia habitò remedio ordinario, non est excurrendum ad extraordinarium. l. 16. ff. minor. atque in casu, quo pater prodigum agit, aut dilapidatorem, habetur remedium ordinarium, puta, ut ei per Magistratum bonis interdicitur. §. 3. Inst. de curat. ergò.*

Quæ impotentur in legitimam?

- 26 Statuenda est hic regula univèrsalis, ut videlicet ea omnia in legitimam impotentur, quæ ex substantia testatoris purè, & sine gravamine sunt profecta. *l. 30. & l. 36. Cod. h. t. Glettle p. 2. select. quest. 10. n. 38. In specie in legitimam impotentur,*

I. *Quæ filio obveniunt titulo institutio- nis. §. ult. Inst. h. t.*

II. *Quæ relicta sunt titulo legati aut fideicommissi. d. l. 30. & 36.*

Quòd ipsum tamen limitatur, si legato, vel fideicommissò mora, onus, dies,

conditio, aut aliud gravamen adjectum fuerit; legitima enim purè & sine gravamine est relinquenda, *l. 32. Cod. h. t. adòque tale legatum in legitimam impotentur non est. d. 36. §. cum autem. Manz. loc. cit. tit. 12. q. 39. num. 6. & 7. III. Quæ filio donata sunt mortis causi; quia donatio mortis causã legatis exequata est. l. 8. §. 6. ff. b. t. IV. Dos & donatio propter nuptias. l. 49. Cod. h. t. & l. ult. Cod. de collat. Zoëf. ff. b. t. n. 105. Vide Manz. loc. cit. q. 42. V. Donatio inter vivos arg. §. fin. Inst. b. t. ubi quartã habitã per donationem inter vivos filius non movet querelam. Verum tenendum est, non imputari donationem inter vivos in legitimam, nisi pater expressè voluerit illam imputari. l. 25. ff. b. t. & l. 35. §. 2. Cod. eod. Zoëf. n. 106. Glettle loc. cit. Manz. d. lo. q. 41. per tot. De fructibus res expedita non est, num impotentur in legitimam? Fac. v. g. Filius institutus est in legitima hæres, & rogatus, ut post certum tempus v. g. decennium, vel sub conditione restitueret hæreditatem Sempronio. Antequàm conditio existat, vel tempus restitutionis adveniat, filius multos fructus percepit. Quæstionis est, an illos teneatur impotare in legitimam?*

Quidquid fortè inspecto jure Digestorum propugnare possis, de jure Colicis communiter obtinet, fructus in legitimam non imputari. Ratio fundamentalis est: quia *Iustinianus* in l. 49. R. repletionem & arch. novissima Cod. h. t. vult repletionem legitimæ faciendam esse ex substantia patris; atqui fructus post mortem testatoris percepti non sunt ex substantia patris, nunquam enim patris defuncti fuerunt; ergò. *Zoëf. ff. b. t. n. 107. Manz. tract. de testam. tit. 12. q. 40. Glettle loc. cit. n. 39.*

An ea, quæ conditionis implende causâ filio relicta sunt, imputentur in legitimam? v. g. Pater instituit filium & Titium hæredem. Titium gravat hæc conditione, si filio centum dederit. Q. An ipsos centum filius imputare debeat in legiti-

mam? R. quòd non: Ratio; quia illa imputantur in legitimam, quæ ex substantia testatoris percipiuntur, d. l. 36. §. repletionem. Atqui isti centum non percipiuntur de substantia testatoris, sed Titii; ergò. Vide Glettle n. 41. Manz. n. 13. & seqq.

TITULUS XIX.

DE HÆREDUM QUALITATE, ET DIFFERENTIA.

SUMMARI A.

- 1 Hæres quis dicatur?
- 2 Alius est necessarius.
- 3 Alius suus, & necessarius.
- 4 Alius extraneus.
- 5 Qui triplici tempore debet habere testamenti factionem passivam.
- 6 Sum duntaxat duplici.
- 7 Extraneus dicitur adire hæreditatem: suus verò se immisere.
- 8 Jus deliberandi quare introductum sit?
- 9 Ad inventarium quid requiratur?
- 10 Quot modis adeatur Hæreditas?
- 11 Vel repudietur?

CONNEXIO.

MULTA hucusque diximus, de Hæredibus instituendis, exheredandis, & substituendis. Cum autem hæredes sint differentes, habeantque diversas qualitates; idè tractatur hic de hæredum qualitate, & differentia. Hæres dicitur successor in universum Jus, quod defunctus tempore mortis habuit. Sunt autem triplices hæredes, alii necessarii tantum, alii sui & necessarii, alii extranei. *text. in princ. hic.*

§. NECESSARIUS. I.

Necessarii Hæredes sunt servi, à domino hæredes instituti, quia nolint, velint, hæredes esse coguntur, nec habent arbitrium repudiandæ hæreditatis, sed post mortem testatoris protinus liberi, & necessarii hæredes fiunt. Dico, fiunt: quia aditio est facti, ad quod quis cogi non potest, ne quidem servus à Domino. l. 3. ff. de hæred. Inst. Tamen si itaque talis hæreditatem non adeat, habetur tamen ipso Jure pro hærede, ac si adivisset, adeoque nolens volens tenetur esse hæres, & hoc favore dominorum introductum est, quibus, si pauperes fuerint, & multo ære alieno obstricti, magno solatio fuit, quòd per institutionem servi sue fame consulere, & exitare potuerint, ne bona nomine ipsorum dominorum subhastarentur. Quam ignominiosum autem fuerit, alicujus bona proscribi, & subhastari eleganter Cicero edixit: *Hercule inquit, cuius bona ex editto possidentur, & hujus omnia fama, & existimatio simul cum bonis possidetur.*

AD V. PRO HOC.

Cum autem æquum sit, ut, qui in uno gravatur, in altero relevetur, l. 30. ff.

de Jurejur. ideo pro hoc incommodo servus duplex commodum consequitur. Unum est *libertas*, quæ inestimabilis est, omnibusque rebus præstantior. Alterum est, quod res quas *servus post mortem Domini acquisiverit*, ab istâ distractione separantur, nec venum eant. Harp. hic.

§. S U I. 2.

3 Sui & necessarii hæredes sunt, qui in potestate testatoris tempore mortis sunt, eumque proximo gradu contingunt, v. g. filius & filia. Contingere tamen etiam potest, ut nepos neptisque sui necessarii hæredes fiant; si nimirum filius vivo patre desierit suus hæres esse, forte quia morte interceptus, aut emancipatus, aut deportatus est, tunc enim nepos neptisque in locum patris succedunt, & fiunt sui hæredes. *text. hic.*

Dicuntur *sui hæredes*, quia domestici hæredes sunt, & vivò quoque patre quodammodo rerum paternarum domini existimantur, adeoque mortuo patre non dicuntur acquirere dominium, sed in ipso continuari. l. II. ff. de liber. & posthum. Necessarii verò dicuntur, quia omnino servorum instar sive nolint, sive velint, tam ab intestato, quam ex testamento hæredes fiunt. Ratio est *patris potestas*, quæ olim dominicæ par erat.

Verùm Prætor plenam æquitate removit illam necessitatem, & introduxit in favorem liberorum beneficium *abstinendi*, ita ut hodie ab hæreditate paterna abstinere possint, & hæredes voluntarii sint. Ratio: quia inter duos ingenuos longè melius est defunctum contumeliâ affici, quam vivum; utpote qui injuriam sentit. *Manz. n. 8.*

§. C Æ T E R I. 3.

4 Extranei hæredes sunt, qui tempore mortis non sunt in potestate testatoris

patriâ vel dominicâ, *text. hic.* Illud non refert, sive sanguinis conjunctione testamentum attingant, nec ne. Si licet emancipatus testatorem sanguinis conjunctione, item filii & filia matrem: emancipatus tamen, & filii à matre instituti in censum extraneorum revocantur. Ratio prioris: quia licet emancipatio jura sanguinis non tollat, §. II. *Inst. de I. N. G. & C. patriam tamen potestatem extinguit.* §. 6. *Inst. quib. mod. pat. potest. toll.* quâ peremptâ Jus etiam suitatis perimitur §. 3. *hic.* Ratio posterioris: quia mater liberos non habet in potestate. §. 10. *Inst. de adopt.*

§. I N E X T R A N E I S. 4.

Si hæres extraneus instituitur illud potissimum observandum, ut habeat testamenti factionem, non activam, sed passivam, h. e. ut ex alieno testamento aliquid capere possit, licet testamentum facere nequeat. Unde ait hic *Imperator: furiosus, mutus, posthumus, infans, filiusfam. & servus alienus testamenti factionem (puta passivam) habere dicuntur. Licet enim testamentum facere non possint, attamen ex testamento vel sibi vel alii acquirere possunt.*

Testamenti autem factio passiva cum extraneis hæredibus triplici tempore requiritur. I. tempore institutionis seu conditionis testamenti. Ratio: ut constiterit institutio. II. tempore mortis testatoris; quia tunc testamentum effectum sortitur. III. tempore aditæ hereditatis; quia ibi acquiritur hereditas. De intermediis temporibus, si v. g. institutus post factum testamentum deportetur, & ante mortem restituatur, curandum non est: ratio, quia medii non habetur ratio, modò de extremis constet; & inhabilitas medii temporis non curatur, si extrema sint habilia. *Manz. n. 13. & 14.* Dicta procedunt

dunt de hærede extraneo, in hærede enim suo sufficit duobus temporibus, testamenti factionem passivam habere. I. *tempore conditi testamenti*, & II. *tempore mortis*; Ratio: quia suus ipso jure statim post mortem testatoris hæres existit, citra ullum factum additionis. *Harp. hic. n. 7.*

§. EXTRANEIS. 5.

7 Pro intellectu hujus §. & meliori loquendi modo observa: quòd extranei hæredes dicantur *adire*, & *repudiare hæreditatem: sui vero se immiscere*, & *abstinere*. Nam adire propriè est ad aliud ire, unde cum sui hæredes non vadant ad aliud, quia jam vivò patre bonorum paternorum quasi domini sunt, *l. II. ff. de liber. & posth.* non dicantur adire, sed se immiscere, *Schneid. n. 3.* hoc supposito in viam redeo: & cum is, qui hæreditatem semel adiit, vel is se immiscuit, postea relinquendæ ejus facultatem amplius non habeat. *l. 4. Cod. repud. de hered.* nisi fortè minor 25. annis fuerit, cui ob infirmum ætatis consilium prætor per restitutionem in integrum succurrit, sicut & præcipuè militi, quia arma magis, quàm Jura scit, *l. fin. Cod. de Jure delib.* cum, inquam, postea hæreditatis relinquendæ facultatem non habeat, ne quis temere adeundo eam sibi præjudicet, data fuit succedentibus sive ex testamento, sive ab intestato extraneis hæredibus de adeundo, vel non adeundo, deliberandi potestas, ut priùs bene perlustrent, ac perpediat hæreditatem adire, nec ne? Dixi autem *extraneis hæredibus?* sui enim de Jure civili non habent tempus deliberandi, quia necessarii hæredes sunt, sive velint, sive nolint. Dixi iterum de jure prætorio datur ipsis beneficium abstinenti, consequenter & deliberandi se paternæ hæreditati immiscere velint, *Harp. n. 4.* Olim hoc

tempus deliberandi usque ad annum, ex quo hæreditatem sibi delatam agnovisset, duravit. *l. 19. Cod. d. t.* Hodie autem id limitatum per *l. fin. §. sed quis quidem, Cod. eod.* quæ lex indulget volentibus deliberationem petere à principe *annum integrum*. Ab inferioribus verò 9. menses. Lapsò hoc tempore habetur deliberans, prout ipsi est deterius vel proadeunte, vel pro repudiante, *l. fin. §. pen. Cod. d. t. Schamb. & Schneid. num. 10.*

§. SED NOSTRA. 6.

Quoniam per beneficium deliberandi hæredi non sit consultum erat, idèò *Justinianus* remedium adhuc utilius, & tutius invenit, beneficium scilicet inventarii, de quo quidem hic mentionem non facit, sed nos ad constitutionem suam remittit, quæ continetur in *fin. Cod. de Jure deliberandi*. Et in compendio hoc continet, si hæres dubitat, utrum adeunda sit hæreditas, nec ne, potest intrepidè adire, vel se immiscere sine periculo, *l. l. fin. §. 2.* dummodò conficiat inventarium, & describat in eo omnia bona defuncti, adhibitis solennitatibus in cit. Constitutione requisitis, *Manz. num. 4. & 5.* Quæ ipse solennitates ferè omnes ab usu recesserunt, ita, ut circa inventariorum confectionem, locorum consuetudines inspicere necesse sit. De Jure Austriaco requiritur I. ut intra 30. dies post apertum testamentum inventarii initium fiat. II. ad ejusdem confectionem à Magistratu decernantur authentici Commissarii. III. Citentur proximi agnati. *Walter. lib. 3. tit. 34. de Jure consuet. Austriac. In Aufsrchtung eines Inventarii solle von Stund an, nach dem Dreißigsten beschehen, und darzu unpartheyische Commissarii von der Obrigkeit verordnet, auch denen nächsten Befreunden darzu verkindet werden.*

Item wann man, &c. i. e. Item cum ad Inventarii confeccionem proceditur, bona omnia, Immoilia & Mobilia, Litterisque scriptive comprehensa, & quicquid præterea ad hereditatem pertinet, ordine describit: si quid vero vel consilio, vel ignorantia fuerit omissum, creditoribus, & etiam aliis quorum interest, omnino jus est, hæc ut edantur petendi; ita ut si negares hæres, Creditores & illi quorum interest, ad probandam omissionem admitti debeant: plane ut possint Testatoris familia, vel servis rerum domini sui plurimum haud ignavis, testimonium compellere iudicis auctoritate. Quod si per alios rem probare nequeunt, Hæres ipsemet juratus audiri potest. Concordat quoad delationem juramenti Sutting. in manuscript. lit. I. ¶ Inventarii beneficium. Wann ein Gerichtliches, &c. i. e. Cum juridicum Inventarium factum est, nec tamen omnia ibi comparent, neganti accuratum esse inventarium, incumbit omnia manifestare juramento.

Effectus inventarii confecti occurrunt varii.

I. Est, quod hæres creditoribus ultra vires hæreditarias, non teneatur. *text. hic. & in d. l. ult. Concordat. Sutting. loc. cit.* his verbis; *Ein Erb*, cum beneficium legis, ac inventarii, non tenetur sustinere onera hæreditaria, sed solummodo creditoribus juxta facultates hæreditatis paternæ, exceptis bonis feudalibus, satisfacere tenetur.

II. Effectus est, quod pendente inventarii confeccione hæres non possit conveniri à creditoribus defuncti, *d. l. ult. §. II. III.* Quod Creditores compellere possit res hæreditarias in solutum accipere, neque teneatur de earum evictione, *d. l. ult. §. 6. Harp. Inst. hic. num. 10.* Contra si hæres omissio Inventario hæreditatem adierit, tenetur tam creditoribus, quam legatariis, & fideicom-

missariis in solidum, etiam ultra vires hæreditarias, frustra allegans in hæreditate nihil esse. *Novell. 1. §. si verò non fecerit. Zos. ff. de Jure delib. n. 13.* Ratio: quia Jura præsumunt hæredem, qui non confectio inventario hæreditatem adit, in dolo fuisse, quasi clam aliquid subripnerit, & in bonis defuncti malignè verlatius sit, *d. Nov. 1. §. in prin.* que ipsa præsumptio est Juris & de jure, non admittens probationem in contrarium. *d. Nov. cap. 2. §. l. ult. Cod. de jure delib.* Concordat Jus Austr. teste Sutting. in manuscript. lit. I. Inventarium, & Walter. lib. 3. tit. 38. ibi: *Wann sich einer &c. i. e. Cum quis sine beneficio legis & inventarii, hæreditati se immiscet, debitis omnibus, oneribusque subjecat, iis etiam satisfacere tenetur, non tantum pro viribus hæreditatis, sed & ex aliis suis bonis plene exsolvere.*

§. ITEM EXTRANEUS FIN.
Quandoquidem diximus, hæreditatem semel aditam dimitti non amplius posse; idem nunc Q. *Quando & quot modis discedatur aliquis adiriisse?* R. Imperator, duobus modis aliquem dici hæreditatem adiriisse: verbo & facto; verbo, h. e. solò animò, nudaque voluntate declarata verbis: ut si dicat, *se velle adire, se velle hæredem esse*: Factò, quando quis se pro hærede gerit. Pro hærede autem se gerere dicitur, qui rebus hæreditariis tanquam dominus utitur, vel prædia colit vel locat ædes, vel alia facit, quæ domino conveniunt, dummodo sciat eum, in cujus bonis pro hærede se gerit, testatum invenisse, & se hæredem esse. *l. 19. ff. h. t. Schamb. hic. Concord. Walt. loc. cit. tit. 35. Die Antrettung, &c. i. e. Aditio hæreditatis fit Factò: cum quis bona hæreditaria contrectat, nempe solvendo creditoribus, vel debita exigendo, vel construendo, cedendo, locando, vendendo, hypothecam constituendo &c.*

Ex dictis colligitur, quòd ad hæreditatis additione non requiritur animus, quem cum etiam mutus, & surdus habere possunt; & hi adire. *l. 5. ff. de acq. hered.* modò intelligant, quid agant, ac sufficienter consensum suum indicent, nam aditio hæreditatis non requirit amplius hodiè verba solennia, sicut olim. *Perez. Inst. hic.* Furiosus, cum non intelligat, quid agat, hæreditatem per procuratorem rectè adit. *l. 36. ff. de acq. vel amitt. hered.* Quod respectu furiosi utilitatis, & quasi pietatis causà, ne afflictio addatur afflictio, receptum est; enim verò per procuratorem regulariter hæreditas acquiri non potest. *Manz. §. 4. Inst. b. t. n. 20.*

I Sicut autem verbò aut factò hæreditas acquiritur, ita etiam contrarià voluntate, verbò vel factò declarata, mox repudiatur. *l. 95. ff. b. t.* unumquodque enim eò modò tollitur, quò colligatum. Verbò autem repudiatur, si dicat, *nolo adire hæreditatem.* Factò, si in alium *transfert hæreditatem.* Item si præteri-

tus, aut exheredatus ab hærede instituto scienter rem hæreditariam emat, vel ej ut hæredi solvat, quòd testatori debet. *l. 23. §. 1. ff. de inoff. testament. Schamb. hic.*

Effectus repudiationis est, quòd amplius ad adeundam hæreditatem non admittatur. Ratio: quia alteri jam Jus quæsitum, quòd illi factò repudiantis auferri non debet, & sicut hæreditas semel adita amplius repudiari nequit, ita hæreditas semel ab extraneo repudiata amplius adiri non potest, imputet enim sibi, qui rem non melius perpendit. *Manz. n. 22.* Minori tamen per restitutionem succurritur. *l. 6. Cod. de re, ub. hered.* Item suus hæres: licet se se avità vel paternà hæreditate abstinerit, potest tamen NB. *donec res paterne in eodem statu permanent.* h. e. non alienate sunt, *intra triennium & hereditati se immiscere, d. l. 6. quod singulariter suo heredi datum.* *Manz. num. 24. & Schamb. hic. in fine.*

TITULUS XX.

DE LEGATIS.

SUMMARI A.

- 1 Definitur legatum.
- 2 Quomodo differat ab hereditate?
- 3 Quales, & quot actiones pro consequendo legato competant?
- 4 Hodie legata, & fideicommissa exequata sunt.
- 5 An res heredis legari possit?
- 6 An aliena?
- 7 An valeat legatum, si res non sit in commercio legatarii?
- 8 An res pignori data rectè legatur?
- 9 Quid juris, si res aliena legata sit, cu-

jus legatarius non vivo testatore est factus dominus?

- 10 Quid sit jus accrescendi?
- 11 Quando locum habeat?
- 12 Quid & quotuplex sit conjunctio?
- 13 Res propria legari potest.
- 14 Quid Juris, si quis putet, rem, quam legat, esse alienam, que tamen sit sua?
- 15 Quid Juris, si rem legatam alienaverit?
- 16 Vel oppignoraverit?
- 17 An debitum debitori rectè legatur?
- 18 An dos mulieri legari possit?

- 19 *Si res legata pereat, cui pereat?*
 20 *Si ex pluribus rebus una legata pereat, quid Juris?*
 21 *Quid intersit, an quis fundum instructum, an cum instrumentis legaverit?*
 22 *Si grex ovium legatus sit, an una ovis debeatur?*
 23 *Quid sit cedere, quid venire diem?*
 24 *An res etiam incorporales rectè legentur?*
 25 *Quid sit legatum generis, & quotuplex sit genus?*
 26 *Quid Juris legato optionis?*
 27 *Quibus legari possit?*
 28 *An incertæ personæ legari possit?*
 29 *An posthumo?*
 30 *An legatum valeat si testator erraverit in nomine, cognomine, vel agnomine?*
 31 *An falsa demonstratio vitiet legatum?*
 32 *An falsa causa?*
 33 *An pœnæ nomine legari possit?*

TRANSITIO.

Posset videri hic Titulus impertinenter huc esse collocatus: quia versatur in modis acquirendi dominii per universitatem, legata autem, & fideicommissa acquiruntur nobis non per universitatem, sed ut res singulæ, ut proinde *iste tit.* statim post *tit. de donationibus* fuisse collocandus. Verum enim verò cum hæctenus de testamentis Imperator egerit, non sine causa nunc de legatis agit, quia legata sunt pars quædam testamenti & velut accessorium; pars autem sequitur suum totum, *l. 44. ff. de R. V.* sicut accessorium suum principale. *cap. 42. de R. J. in 6. Manz. hic.*

§. LEGATUM. I.

I Legatum est donatio quedam à defuncto relicta, ab hærede præstanda, *text. hic.*

Dicitur I. *donatio*: quia ex liberalitate, & munificentiâ proficiscitur. *l. 1. ff. de donat.* & nullum onus, aut incommodum, sed lucrum duntaxat, ut pura donatio, in se continet. *§. 6. b. t. quia* in re differt legatum ab hæreditate, quæ & lucrum & onus habet, sicut & bonorum possessio, *d. l. 32. ff. mandati. & l. 118. ff. de V. S.* Dicitur II. *quedam*; quæ particulâ significatur, legatum esse quidem donationis speciem, sed tamen propriè non esse donationem; quia, ut patebit, ab omnibus donationis speciebus distincta est: etenim ad donationem requiritur acceptatio alterius, i. e. donatarii, legatum autem sola testatoris voluntate constat. *Schamb. hic.*

Dicitur III. *à defuncto relicta*, per quas particulas à donatione inter vivos distinguuntur, quæ non à defuncto relinquuntur; differt autem adhuc etiam à donatione inter vivos, quia hæc semel perfecta, temerè, hoc est, sine justa causa ingratitudinis revocari non potest: ut dictum supra *tit. de donat.* Deinde discrepat à donatione mortis causâ, quòd hæc in præsentem, legatum verò & in absentem fiat, *Harp. hic. n. 7. & 8.* Dicitur IV. *ab hærede præstanda*, ut pateat, quòd legatarius non possit propriâ autoritate rem occupare, sed petere eam debeat ab hærede, *l. 1. ff. de Legat.*

§. Sed olim. 2.

Olim quatuor modis legata relinquere solebant, scilicet per *vindicationem* his verbis: *do, lego: capito, simito, &c.* quo genere legari tantum poterant res, quæ testatoris erant tempore mortis & conditi testamenti. Per *dannationem* his verbis: *hæres meus damnas esto dare; dato, facito, hæredem meum dare jubeo.* Quo genere res omnes tam propriæ, quàm alienæ legari poterant. *Sinendi modo*

modo his verbis: *heres meus damnas esto finire, vel finito eum rem illam finire, sibi que habere*: quo genere legabantur res propriæ testatoris, & hæredis. Per præceptionem hoc modo non legabatur, nisi hæredibus scriptis, ex parte, hoc modo: *illam hæc præcipito*, quasi præ reliquis capto! v. g. *primus & secundus hæres sunt: secundus autem præcipuum habeat fundum Cornelianum. Schamb. & Perez. hic.* Sed hæc IV. legatorum genera unâ cum solennitatibus verborum exoleverunt, & unam naturam legatorum constituit *text. hic.* Pro legato autem consequendo tres actiones competunt, nimirum: *Rei vindicatio, actio personalis ex testamento, & hypothecaria*, quarum tamen nulla intentari potest, nisi aditâ hereditate: nam si ex testamento hereditas non sit adita, legata corruunt. *l. 21 ff. de Fidei-commiss. l. 181. ff. de R. J. Schneid. n. 12.* Ratio, cur detur rei vindicatio, est; quia domino datur adversus eum, qui rem possidet; sed legatarius statim testatore mortuô sit dominus rei legatæ, *l. un. §. 1. Cod. de Caduc. toll.* ergò legatario statim à morte testatoris datur rei vindicatio tam contra heredem quam omnes alios possessores. Ad hoc autem ut rei vindicatio competat, requiritur. I. quòd legatum consistat in specie, non in genere, vel quantitate; nec sit alternativum, quia alias propter incertitudinem non transfertur dominium, nisi factâ declaratione. *84. §. Scichum ff. de legat. II.* Quòd res sit testatoris, non hæredis, nec alienæ rei dominium testatoris, quod non habet, transferre potest. *l. nemo plus juris, 53. ff. de R. J. Schneid. n. 20. & Chling q. 3. ob. 2. & 3. b. 1.*

Ratio, cur detur actio personalis ex testamento contra heredem, est ista: quia actio personalis datur contra eum,

qui nobis est obligatus: atqui hæres est legatario obligatus ex quasi contractu; quia hæres adeundo hereditatem dicitur cum creditoribus & legatariis quasi contrahere. *§. hæres §. de Oblig. que ex quasi contractu. Manz. n. 18.* Datur hæc actio tum maximè, quando legata est quantitas, vel res aliena, tum enim rei vindicatio, uti dictum, non competit. Illud non refert, legatumne in testamento, an codicillis relictum sit? nam si in Codicillis ab intestato factis legatum relictum sit, utilis saltem actio personalis ex testamento locum habet. *Schneid. n. 16.*

Ratio, quare actio hypothecaria competat, est: quia legatario pro legato universa defuncti bona tacite per legem obligata, & oppignorata sunt, donec legatum solvatur. *l. 1. Cod. commun. de legat. Manz. n. 19.* tres ergo legatario pro legato consequendo actiones applicantur *realis, personalis & hypothecaria*: non tamen cumulativè competunt, h. e. omnes tres simul in eodem libello cumulari nequeunt, dantur enim *electivè*, h. e. hæres ex iis unam eligere debet, quâ legatum petat. *l. 76. §. 8. ff. de legat. Manz. n. 20. & communiter omnes.*

Dices I. Quando quis est rei alicujus dominus, tunc is non potest agere actione personali; atqui legatarius est rei legatæ dominus juxta dicta, ergo & I. *dij. maj.* quando quis est rei alicujus dominus naturalis & civilis simul, *con. maj.* tantum civilis, sicut legatarius, *neg. maj.* R II. posse etiam dominum institui e actionem personalem ad possessionem obtinendam. Licet enim legatarius fiat dominus, saltem ab adita hereditate, possessionem tamen non consequitur, quam proinde actione personali persequi poterit. *Schamb. hic.*

Dices II. Traditionibus, non nudis pactis transferuntur rerum dominia, *l.*

20. *Cod. de pact.* ergo legatarius non fit statim dominus post mortem ante traditionem, per consequens rei vindicationem habere non potest. *¶*. per fictionem juris in legatarium transferri dominium; fictio autem tantum operatur in casu ficto, quantum veritas in casu vero. *Manz. n. 29. §. 30.*

Dices: Saltem non dabitur actio hypothecaria: nam si legatarius rei legatæ dominus est, quomodo res ei erit obligata, cum rei propriæ non consistat pignus? *¶*. ipsam rem, quæ legata est, utpote propriam legatarii nexu Pignoris non obstringi, sed reliqua defuncti bona. *Harp. n. 20. Cbling. q. 4.*

Permultæ olim erant inter legata & fidei-commissa differentiæ. I. Legata non poterant relinqui nisi testamento, aut Codicillis testamento confirmatis, §. 10. *Inst. de fidei-commiss. hereditat.* fidei-commissa verò tam ex testamento, quam ab intestato relinquuntur. II. Post mortem hæredis vel legatarii inutiliter legabatur: secus in fidei-commissis. §. 35. *Inst. eod.* III. à legatio non poterat relinqui legatum: Poterat tamen fidei-commissum. IV. Non poterant relinqui legata ante hæredis institutionem, poterant tamen fidei-commissa. V. Legata strictè interpretanda erant, fidei-commissa verò pinguiorem naturam habebant, *Schamb. hic. Harp. n. 1.*

4 Verùm istas & id genus differentias Justinianus sustulit, & legata fidei-commissis per omnia & in omnibus reciprocè exæquavit: in tantum, ut, quod legatis tribuitur, idem tribuatur fidei-commissis, & vicissim. *Hic. §. l. i. Cod. commun. de Legat.*

Ob. l. i. ff. de legat. l. i. in qua Ulpianus ait: *per omnia exæquata sunt legata fidei-commissis*; ergo ista exæquatio Ulpiano, non Justiniano attribuenda. *¶. l. i. Ul-*

pianum loqui de exæquatione quoad deductionem quartæ falcidix; quæ sicut ab initio obtinuit in legatis, ita etiam per Sctum Pegasianum extensa fuit ad fidei-commissa. *¶. II.* Quosdam non malè conjecturare, *ly per omnia*, ex posterioribus Juribus à Triboniano ad *d. l. 2.* esse adjectum; maximè cum *d. l. ferè* biennio ante editionem Pandectarum evulgata sit. Et Justinianus compilatoribus hanc potestatem dederit, ut pro arbitratu suo & adicere quædam, & detrahare scriptis veterum possent. *l. i. Cod. de vet. Jur. enuel. Schamb. hic. Harp. n. 5.*

Dices: Est adhuc hodie differentia: legata enim verbis directis, fidei-commissa obliquis relinquuntur, ergo: *¶. esse* differentiam, quoad modum relinquendi, sive in verbis, quibus relinquuntur, conc. quoad effectum, *neg.*

ADVERSUS SEDNE.

Nota, quòd ob sublatas differentias Imperator de utrisque simul, i. e. tam de legatis, quam fidei-commissis agere potuisset, id tamen ne permixtio quandam difficultatem inducat; ideoque separatim prius de legatis, postea verò de fidei-commissis agere voluit. *text. hic.*

§. NON SOLUM 4.

Imperator hic incipit declarare, quæ res possit legari, aitque, quod non tantum res testatoris, sed etiam hæredis, & prorsus aliena legari possit.

Et I. quidem nullum dubium est quin testator rem suam propriam legare possit. Ratio ex lege VII. *uti quisque rei suæ legasset, ita jus esto*, & quilibet rei suæ moderator & arbiter est.

II. Potest testator legare res hæredis. Ratio est; tum, quia hæres & defunctus una eademque persona esse censetur. *Nov. 48.* adeoque res hæredis testatori non

non aliena, sed ipsius quasi propria videtur: tum quia & civilis & naturalis ratio postulat, ut hæres qui commodum accipit ex testamento, & voluntatem defuncti in commodo sequitur, eandem quoque in incommodo impleat, & sequatur, *Harp. n. 3. & 4.*

6 III. Potest legari res aliena. Ratio nulla est alia, quam ut ultimæ voluntatis liber sit stylus, & testatoris voluntas exitum sortiatur. Non tamen inde inferre licet, quod domino invito res suæ auferantur, contra regulam, *S. fin. Inst. de his, qui sui, &c.*

Sed in tantum hoc verum est, ut cogatur hæres rem alienam legatam redimere, & redemptam legatario præstare. Quod si verò dominus rei nolit eam vendere; tunc hæres tenetur legatario æstimationem illius rei præstare. Ad quam & tunc recte admittitur si dominus rem quidem vendere velit, sed non nisi immodicò pretiò; quia paria sunt nolle vendere, & velle, sed immodicò pretiò *l. 14. §. 2. ff. de legat. 2. Manz. n. 5. 6. & 7. Schneid. n. 7.*

A D V E R S. S E D S I.

Dictum est, rem alienam legari posse. Hoc autem recipit duas limitationes. I. est, quòd tunc demum rei alienæ legatum valeat; si sit res, quæ est in commercio humano. Nam si sit res, quæ est extra commercium humanum; ut *res sacre, sancte, publicæ*, tunc neque ipsa res, neque æstimatio debetur, *text. hic.* Ratio: quia ipsa res, cum dominio nostro subijci non possit, tradi non potest, neque ejus æstimatio præstari, quia commercium est jus emendi & vendendi invicem, h. e. de re, contrahendi: quarum autem rerum non est commercium, hæc nec pretiò æstimari possunt, ut mirum non sit, hic nullam earum æstima-

tionem deberi, cum talis æstimatio haberi non possit. *Manz. n. 8.*

Q. I. Quid si res legata quidem sit in commercio hominum, sed non sit in commercio legatarii, valebitne legatum, saltem in tantum, ut legatario debeatur æstimatio? *Re. cum distinctione*: aut res legata non est in legatarii commercio propter crimen vel sectæ diversitatem, vel propter status conditionem, aut vitium corporis. Priori casu, nec res legata, nec ejus æstimatio debetur. *l. mortuo 49. §. 2. ff. de legat. 2.* Hinc si Christianus hæretico, aut Judæo legaverit Christianum, nec legatum, nec æstimatio debetur, quia Judæis & hæreticis interdictum est mancipium Christianum acquirere, possidere, vel habere. *tot. tit. Cod. de Christianum mancip. hæret. vel Jud. hab.* Posteriori casu rei legatæ æstimatio debetur; v. g. si *cæco, surdo, aut mutuo militia* sit legata, tunc æstimatio debetur. *l. filiusfamil. 114. §. si quid. 5. ff. de legat. 1. Schamb. hic. vers. quæres 1.* quæ distinctione datâ textus contrarios, quos accurato calamo enucleat *Hun. var. res. sol. lib. 2. tract. 8. q. 6.* facillè combinare possis. Refert nimirum, an legatarius rei legatæ commercium jure non habeat, an de facto? illo casu nec æstimatio: hoc casu ista debetur, quia afflictio non est addenda afflictio. *Schneid. n. 10. Harp. n. 18. & seqq.*

Q. I. Quid juris, si e contra defunctus, vel hæres non habuerit rei legatæ commercium, habeat tamen legatarius? *Re.* tunc vel rem vel æstimationem debetur. *l. 49. §. 3. ff. de legat. 2. Schamb. hic. Harp. n. 18. Schneid. n. 10.*

Dices: Impossibile nulla est obligatio. *l. 185. ff. de R. I.* atqui impossibile est hæredi præstatio ejus rei, quam comparare, quamque habere non potest; ergò ad præstationem obligari non potest.

Æ. hæredi præstationem illius rei, cujus non habet commercium, impossibile non esse: quandoquidem, licet ipse hæres rem istam sic comparare non possit, ut eam, sibi habeat, & retineat, nihil tamen prohibet, quò minus eam ita comparare queat, ut alii acceptam præster; siquidem id, quod quis sic capit, ut non retineat, sed alii restituat, capere non videtur. *l. 71. ff. de V. S. Harp. loc. cit.*

AD V. QUOD AUTEM.

II. Limitatio regulæ est, tunc tantum legatam rei alienæ valere, si defunctus sciebat rem alienam esse, secus si ignorabat; tunc enim præsumitur hæredem oneratus non fuisse onere luitionis, sive redemptionis. *l. 10. Cod. h. t.* Et errantis nullus est consensus. *l. 12. Cod. de Jur. & fact. ignor.*

Excipe, nisi personæ proximæ v. g. parenti uxori, cognato rem alienam ignoranter legaverit, his enim legatum debetur, *d. l. 10.* Ratio: quia præsumptio affectus in personam conjunctam tollit præsumptionem, quòd hæredem oneraturus non fuisset, si rem alienam esse scivisset. *Manz. n. 10.*

AD VERS. ET VERIUS.

Quid si contentio oriatur inter hæredem & legatarium, cui incumbit onus probandi, quòd testator sciverit, vel ignoraverit rem legatam alienam esse; Æ. Incumbere legatario, tum quia est actor, cui regulariter incumbit probatio. *l. 4. Cod. de edend.* tum quia hæres habet præsumptionem pro se, cum is de damno vitando agat; alter verò de lucro captando, *Schamb. in fine hic. & Manz. n. 11. & 12.*

§. SED ET SI.

Quod de re aliena dictum est in §. 8 præced. idem placuit in re creditori obligatâ, sive pignori data: ut nimirum rem legatam, quam testator scivit esse oppignoratam, hæres luere teneatur. *Fac. v. g. Cajus debitor poculum aureum oppignoravit Titio creditori: idemque Cajus testamento illud ipsum poculum legavit Sempromio? cogitur hoc casu hæres Caji poculum illud luere, i. e. soluto creditori Titio pecunia, illud redimere sive recipere, & receptum præstare Sempromio legatario? si modò id obligatum fuisse testator sciverit. Est enim verisimile, cum, qui scit, rem pignori obligatam esse, eamque legat, voluisse hæredem suum gravare, ut rem lueret. *text. hic. & in l. 57. ff. de Legat. 1.**

Quod si testator ignorasset, rem legatam pignori fuisse obligatam (quia facte facto inductorum, vel procuratorum obligata erat) hæres compelli non potest, ut eam luat. *Harp. n. 2. & 3.*

Dices I. quid ergò hoc casu proderit legatum legatario? Æ. ad hoc, ut ipse rem legatam suâ pecuniâ redimere, ac fibimet retinere possit. Quæ redemptio eo utilior erit, quo magis valor excedit quantitatem debiti. *d. l. 57.*

AD V. SI TAMEN.

Planè interdum legatario ad legatum consequendum, luendi onus sive necessitas incumbit, etiâ si testator rem legatam sciverit nexu pignoris obstrictam: nimirum tunc, quando testator voluit legatarium luere, & hoc expressit. *text. hic.* Ratio, quia lex flet, ubi homo loquitur, & provisionem legis. *Manz. n. 8.* Dicitur: si testator ignoraverit, rem pignori obligatam esse, quòd tunc eam legatarius luere debeat, Hoc

Fallit I. Quando res pignorat à testatore legata est conjunctæ personæ, cui verisimiliter, si scivisset eandem, vel aliam æquè bonam fuisset legaturus; *d.l. si res. §7.*

Fallit II. Quando nihil est superfluum in re legata, solutâ quantitatè debitâ, & sic legatum non contineret utilitatem. Nam tunc onus luendi spectat ad hæredem, etiamsi nesciverit testator rem pignoratam esse. *Schneid. n. §. hic.*

§. S I R E S. 6.

9 Q. in hoc §. quid juris, re alienâ legata, cujus legatarius, vivò testatore dominus factus est? *R. cum distinctione,* aut legatarius factus est ejus rei dominus ex causa onerosa (qualis est illa, pro qua aliquid præstare debemus, v. g. *emprionis, permutacionis, locacionis, dotis, &c.*) aut ex causa lucrativa, qualis est illa, pro qua nihil quidquam præstamus, v. g. *donacionis, legati, successioneis, &c.* Jam si legatarius factus est rei dominus ex causa onerosa, tunc poterit agere actione ex testamento contra hæredem, ut consequatur pretium. *text. hic. & in l. 168. §. 4. ff. de Legat. 1.* Ratio; quia licet rem habeat, tamen aliquid aliud pro ea exposuit quo caret. *Manz. n. §.*

Si factus est rei dominus ex causa lucrativa, tunc contra hæredem agere non potest, nec quidquam petere, sed tale legatum inutile redditur. *Ratio est in textu;* quia duæ causæ lucrativæ in unum hominem, & eandem rem concurrere non possunt. Videtur enim esse contra naturalem æquitatem, id petere, quod jam habet: idque sine ullo tuo incommodo, vel onere, *l. 206. ff. de R. J. Harp. n. 6.*

AD VERS. HAC RATIONE.

Ex dictis infert Imperator, si cui in duorum testamentis eadem res fuerit legata, quòd multum interfit, an legatarius ex primo testamento acceperit ipsam rem, an duntaxat æstimationem. Si ipsam rem ex alterius testamento, nihil potest prætere, neque rem, neque æstimationem. Non rem; quia illam habet ex causa lucrativa adeòque fortitur locum prædictâ regula, quòd duæ causæ lucrativæ in eundem hominem concurrere nequeant. Non æstimationem: quia æstimatio inest rei, & propterea peteret quod jam habet, & contra regulam: *quod meum est, amplius meum fieri non potest.*

Si verò ex primo testamento acceperit æstimationem, rem ipsam ex secundo petere potest. Ratio; quia, qui fundum v. g. habet, habet etiam æstimationem, saltem intrinsecam: qui autem habet æstimationem, non habet ipsam rem, *Schamb. hic.*

Q. III. Si legatarius ex primo testamento acceperit æstimationem, & hæres in secundo scriptus rem redimere nequeat, an adhuc semel æstimationem præstare debeat? Videtur quòd sic, quia legatarius nondum habet rem: deinde quantitas sæpè legata, semper debetur: ergò etiam æstimatio. Sed contrarium verius est: *quia æstimatio est locò rei;* ergò sicut rem non potest iteratò petere, sic nec æstimationem iteratò petere potest. *Schamb. loc. cit.*

Ad rationem dubitandi I. dico, rem tunc deberi, si ejus acquisitio sit hæredis possibilis.

Ad II. dico, quantitatem ideò sæpius prætendi posse, quia summa multiplicari potest: eadem res sæpius præstari non potest. *Harp. n. 12.*

§. EA QUOQUE RES. 7.

Legari possunt non tantum res quæ in rerum natura sunt, sed & quæ nondum existunt, futuræ tamen sperantur, v. g. *fructus, qui nascentur, item proles ex ancilla, quæ prodibit.* Ratio; quod est in se, idem est, ac si esset in re. Tale tamen legatum conditionale non est, sed pro puro habetur, unde legatario ante natiuitatem fructuum, vel partum prolis defuncto, transmittitur ad hæredes. *l. 8. §. fin. ff. de condit. Manz. num. 4.* Ratio assignatur ex *l. conditione extrinsecus 99. ff. de condit. & demonst.* ubi dicitur, quod conditiones extrinsecus non ex testamento venientes, i. e. quæ tacite ineffe videntur non faciunt legata conditionalia, subintellige, ut Duarenus, & plerique alii interpretantur, quoad transmissionem. Dixi non ex testamento venientes; nam quæ descendunt ex testamento, i. e. ex verbis aut ex tacita voluntate testatoris, transmissionem impediunt, *arg. l. 5. ff. quando dies legat. ced. Humm. ad Trentl. vol. 2. disp. 13. q. 12.*

§. SI EADEM RES. 8.

Subjicitur in hoc §. Jus accrescendi, quæ materia, teste omnium interpretum iudicio, subtilis, obscura, difficilis inuoluta, totòque ferè jure diffusæ est.

Definitur hoc jus accrescendi, quod sit jus, quo portio vacans accrescit portioni occupatæ. Hoc jus accrescendi æquiparatur alluvioni. *l. 33. ff. de usu fruct. & quemad.* & quidem haud ineptè: nam sicuti alluvio tacitum, latensque inducit incrementum, ita, id, quod accrescit, tacite, latenterque ipso jure accrescit, i. e. sine ullo profus factò pars vacans cedit occupatæ.

Hoc jus accrescendi habet locum in iis, quæ ultimâ voluntate relinquantur,

sive titulo universali sive particulari. Aliter tamen, si universali, aliter si particulari; de quo ut rectâ methodo agamus, *Solvimur à portu, p. v. eant nunc carbasa ventis.*

I. Itaque jus accrescendi locum habet inter cohæredes testamento scriptos, v. g. *Titius & Mævius mihi hæredes sunt!* in hoc casu si Mævius moriatur ante aditam hæreditatem, aut repudiet eam, Titius capit universam hæreditatem, & quidem jure accrescendi, quod idèb introductum; ne testator partim intestatus decessat, contra regulam, *l. Jus nostrum 7. ff. de R. J.*

Et hoc jus accrescendi non tantum tunc habet locum, quando testator Titium & Mævium conjunctim sine assignatione partium hæredes instituit, verum etiam si eos separatim vocaverit ad hæreditatem, v. g. *certam cuiuslibet partem, vel rem relinquendo.* Vel si unum tantum hæredem ex parte, vel ex certa re hæreditatis instituerit; tunc enim ejusmodi institutio se extendit ad universum jus defuncti, quasi universaliter facta esset sine mentione patris, vel rei certæ. Ratio non alia, quàm ne defunctus de parte testatus, pro parte intestatus decessat, quod fieri non potest, quia actus testandi est individuos. *Zoes. ff. h. t. n. 36.*

Dicta, quod videl. institutus in re certa totam hæreditatem acquirat, procedunt, si is non habeat cohæredem universalem; tunc enim institutus in re certa habetur loco legatarii, & omnia accrescunt hæredi universali, & nihil hæredi in quota instituto: ex re enim singulari institutus est loco legatarii. *l. 13. Cod. de hered. inst. Gomez. var. res. l. c. 10. n. 13.*

II. Jus accrescendi locum habet inter legatarios, tunc scilicet, quando res ipsam conjunctim relicta est, ubi scitu dignum necessarium, quid sit conjunctio, & quotuplex.

12 *Conjunctio definitur, quod sit duorum vel plurium legatariorum ad unam eandemque rem vocatio, quæ tunc contingit, si una eademque res duobus ab eodem testatore legatur.*

Ita conjunctio triplex est, *realis, verbalis, & mixta.*

Conjunctio realis est, quando duo vel plures re tantum sunt conjuncti. Re autem tantum conjuncti illi dicuntur, quibus eadem res sub diversa ratione relinquatur, v. g. *Titio fundum meum, do, lego. Sempronio eundem fundum do, lego.* Et illi, qui re tantum conjuncti sunt, *proprie, & in specie disjuncti appellantur.* Harp. hic. n. 4.

Conjunctio verbalis est, quando duo verbis tantum sunt conjuncti. Verbis autem tantum conjuncti dicuntur, quibus eadem res legatur, datis partibus sub una ratione. v. g. *Titio & Sempronio fundum Tusculanum æquis partibus do, lego.*

Conjunctio mixta est, quando duo re & verbis conjunguntur. Re & verbis autem conjuncti dicuntur, quibus eadem res in una & eadem oratione non expressis partibus relinquatur. *Titio & Sempronio fundum meum Tusculanum do, lego.* Zoef. ff. h. t. n. 29. & Hum. ad Treutl. h. t. r. b. 2.

His præmissis, Q. in hoc §. quid juris sit, si una eademque res pluribus conjunctim relinquatur? R. Inter omnes sine dissidio convenire in conjunctione reali, & mixta, legatarios in concursu facere partes, ut nimirum inter eos æqualiter legatum dividatur. Si vero alter eorum deficiat, tunc legatum totum ad superstitem, sive collegatarium jure accrescendi pertinere. *text. & in l. un. Cod. de ead. toll.* Ratio est in præsumpta testatoris voluntate, qui, cum legatarios conjunxit, præsumitur voluisse potius, ut unus totam rem habeat, quam heres. Muz. n. 4. Schamb. hic. vers. observ. 2.

Dices in conjunctione reali, & mixta potius videtur habere locum jus non decrescendi, quam accrescendi, eo quod uterque ab initio conjunctione solidum habeat. R. Id tamen dici non posse, cum solidum ab initio statim, non expectato eventu alterius deficientis, prætere nullus possit, ut proinde solidum simpliciter non habeat; sed considerato casu alterius deficientis. Adeoque sub diverso respectu videtur habere locum jus accrescendi, & jus non decrescendi. Jus non decrescendi, quatenus singuli considerantur, ut habentes solidum in casu deficientis alterius: jus accrescendi, quatenus considerantur, ut habentes partes, in concursu utriusque; tota igitur res ab eventu pendet, illo scilicet, num alter concurrat, num deficiat. Si respectus habeatur ad casum concursus, videntur habere partes, & per sequens locus est juri accrescendi. Si respectus habeatur ad casum defectus, videtur uterque habere solidum, adeoque jus non decrescendi locum fortitur. Quidquid sit de nomine, quia de lana caprina foret, disceptare non vacat. *Schamb. hic. vers. observ. 2.* An in conjunctione verbali tantum jus accrescendi locum habeat, discutiemus alibi.

§. S I C U I F U N D U S. 9.

In hoc §. proponitur talis casus. Legatus est mihi fundus Cornelianus 300. solidorum, ego postea emi à Cornelio domino fundi nudam proprietatem 100. solidis, relicto ei usu fructu; successu temporis accidit, ut usus fructus finiretur vel per mortem Cornelii, vel per capitis diminutionem, & mihi consolidationis jure, adeoque gratis sine onere & pretio accideret, idque vivo adhuc testatore. Q. an ex testamento totius fundi, i. e. proprietatis, & usus-fructus

tus æstimationem petere possim, & non duntaxat proprietas?

Videtur, quòd tantum æstimationem proprietatis, non etiam usus-fructus. Ratio, quia sola proprietas ex causa onerosa delapsa est ad legatarium: usus-fructus verò ex causa lucrativa. Diximus autem supra, quòd duæ causæ lucrativæ in eundem hominem concurrere nequeant.

Hoc non obstante ꝑ. Julianus hic *§ in l. 82 §. 2. ff. de legat. I.* quòd totum fundum petere possim, eò quod usus-fructus tantum se habeat per modum accessorii, & servitutis locum obtineat, non autem pars sit rei, sive domini. Et hoc de rigore juris procedit: aliud de æquitate obtinet, quâ inspectâ iudex solummodo hæredem condemnat ad æstimationem proprietatis, non etiam pretium usus fructus. *text. hic. § Harp. n. 4.* Pari ratione, si res alicui legata sit, & is partem emerit à verò domino, altera verò pars ei sit donata, vel quocunque alio titulo lucrativò acquisita: actione ex testamento tantum ad pretium partis emptæ agere poterit, *d. l. 82. §. 3. Perez. l. 1. hic.*

§. S E D S I R E M. I O.

33. Res legatario propria legari non potest, ita, ut neque res, neque æstimatio debeat. Ratio: quia quod meum est, amplius meum fieri non potest *text. hic. § §. 14. de act. & non potest dominium nisi ex una causa nobis contingere. Harp. n. 12.*

Sed quid, si legatarius rem suam, sibi legato relictam, post testamentum factum alienaverit, sicque res ipsius esse defierit? ꝑ. nihilominus legatum inutile esse. *text. hic. § d. 41. §. 2. ff. de legat. I.* Ratio desumitur ex regula Catoniana, quæ sic habet: *quod legatum ab initio non*

valet, tractu temporis non convalescit. l. 1. ff. de regula. Caton. § cap. 18. de R. l. in 6.

Obtrudes *l. 1. §. fin. de reg. Caton. ubi* Celsus in hæc verba rescribit: *Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore est tuus; si eum vivo testatore alienaveris: NB. legatum tibi debetur, quod non deberetur, si testator statim non decessisset.* En! itude, ut contrarietur lex ista nostro §. ita ut Hotomannus sibi persuadeat, eò operam locari locò, si conciliationi manus admoveatur, quò poneret, qui circulum quadrare niteretur.

At ego, si res accuratiori lance trutinetur, existimo, facile istos textus posse in concordiam reduci, si dicatur in casu *d. l. 1. §. fin. legatum fuisse conditionale: lego tibi fundum illum, si vivo me alienaveris.* Si hoc, regula Catoniana cessat, utpote quæ tantum in legatis puris sortitur locum, non etiam conditionalibus, *L. cætera 41. §. tractari ff. de legat. I. § l. 4. ff. de reg. Caton. Schamb. hic. Harp. n. 6. Humm. ad Treutl. vol. 2. disp. 13. q. 25. Arumæ. exercit. 9. th. 5.*

§. S I Q U I S I I.

In hoc §. duæ quæstiones proponuntur. I. Si quis putet rem, quam legat, esse alienam, & tamen sit sua. *Q. Autale legatum valeat? R. in textu,* quòd sic: Ratio quia favore ultimæ voluntatis plus valet, quod in veritate est, quàm quod in opinione. Ratio alia; quia quicquæ præsumitur facilius ad legendas res proprias, quàm alienas, *Manz. n. 2.*

Dices nostræ regulæ è diametro refragatur illa regula, quæ traditur *l. 15. ff. de acq. hered.* ubi dicitur: *plus valet, quod in opinione est, quam quod in veritate est.* Sic is, qui putat se hæredem necessarium, cum sit voluntarius, non potest

potest repudiare hæreditatem; ergò. R. plus valet id, quod in opinione est, quam quod in veritate est, si opinio pugnet cum voluntate, *conc.* si opinio non pugnet cum voluntate, sed tantum cum veritate, *neg.* sic volens committere fornicationem, credens se cognoscere perfonam liberam, quæ tamen à parte rei maritata est, licet à parte rei adulterium committat, adulter tamen non est, quia plus valet, quod in opinione est, quam quod in veritate, cum opinio pugnet cum voluntate; quin si scivisset esse conjugatam, illam non cognovisset: sic & is, qui putat se hæredem esse necessarium, cum sit voluntarius, non potest repudiare hæreditatem: quia non confetur velle repudiare, qui se putat necessarium, cum sciat, quòd necessarius repudiare non possit: siquidem adicio vel repudiatio in mera ac profus libera voluntate consistit.

Quòd si opinio tantum cum veritate pugnet, plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione. Sic is, qui vult legare rem quam putat esse alienam, à fortiori illam vult legare, si sit sua. Sic etiam, qui putat se à non domino tradatur, verum acquirit dominium, *l. pen. §. 1. Cod. de jur. & fact. ignor. S. hamb. bic. Harp. n. 4.*

II. Quæstio est: si testator putavit rem legatam esse legatarii, & eam legatario legavit, cum tamen ejus non sit, an valet, legatum? R. valere. Ratio: quia præponderat errori voluntas testatoris; præsumitur enim legatarium honorare nec actum inutilem facere voluisse, *l. 109. ff. de legat. 1.* Alia ratio habetur in textu: quia exitum voluntas testatoris habere potest.

Dices: dando alteri rem, quam puto esse ejus, non transfero dominium, quia non est voluntas transferendi, *l. 3. §.*

8. ff. de condiç. caus. dat. ergò etiam non valebit legatum, quia deest animus legandi. R. ex favore ultimæ voluntatis præsumi, quòd testator velit omnem rem legatam præstari, si possit, hoc autem casu potest: ergò si testator rem quæ legatarii est, leget, non ideò non valet legatum, quia animus legandi deest, sed ideò, quia voluntas ejus effectum sortiri non potest. *S. hamb. bic.*

§. S I R E M. 12.

Hoc §. talis casus proponitur: testator legavit in testamento Titio fundum suum, v. g. Tusculanum, postea autem eundem fundum adhuc vivens alienavit, oritur dubium, *an alienando censetur legatum revocare?* Celsus existimat, si non adimendi animò vendidit, adhuc deberi. Ratio: quia legatum omninò præstandum est, nisi constet, quòd testator id aut revocaverit, aut ademerit, *l. 4. ff. de adim. vel transferend. legat.*

At ain! quando testator censetur animò adimendi legatum distraxisse? Quamvis hoc difficile sit cognitu: quia voluntatis quæstio est, puto tamen *hujus distinctionis* ope rem dirimi posse, an testator rem distraxerit ex necessitate rei familiaris ductus, an suà sponte sive merà & nudà voluntate.

Si suà sponte rem distraxerit, revocasse legatum censetur, *l. 11. §. 12. ff. de legat. 2.* nisi legatarius probet non fuisse voluntatem & animum defuncti legatum adimendi, *Schneid. n. 4.*

Si ex necessitate rem distraxerit, fortè quia peccunià paratà indiguit, vel quia res legata erat peritura, legatum non videtur revocatum, sed hæres rem legatam tenetur redimere, aut æstimationem præstare, nisi probet, cum necessitate animum adimendi legatum conjunctum fuisse. *d. l. 11. §. 12. ff. eod. & l. 13. ff. de adim. legat.*

AD V. I I D E M.

16 Quid si res legata post factum testamentum à testatore fuerit oppignorata, censeturne tunc quoque legatam ademptam? Ratio dubitandi: quia oppignoratio est species alienationis.

Sed R. non censi ademptum, sed legatarius heredem compellere poterit, ut rem oppignoratam à creditore luat, sibi que restituat. Ratio; quia res oppignorata manent in dominio testatoris, ut proinde cum res bonis testatoris non eximantur, nec legatum ademptum censetur, *Manz. n. 9.*

Quam distinctionem dedimus circa alienationem totius legati: eadem adhibendu est circa alienationem partis. Ratio: quia quid juris est de toto quoad totum, idem juris esse debet de parte, quoad partem. *l. 7. ff. de R. V. Harp. n. 3. & 4.*

§. SI QUIS DEBITORI. 13.

17 Quid si creditor debitori suo liberatio nem legaverit, estne utile tale legatum?

Dixeris quòd non: quia res sua nemini legari potest, sed quod aliquis debet, illius adhuc dominus est. *l. 2. ff. de libert. legat.*

Sed contrarium deciditur. Ratio: quia non videtur legata res ipsius debitoris, sed liberatio, quæ est in facultate creditoris. *Manz. num. 2. 3.* Adeò autem utile est tale legatum, ut legatarius heredem compellere possit, ut liberet eum, & instrumenta obligationem restituat. *text. hic.* Non tamen debitor liberatur ipso jure, sed ope tantum exceptionis. Ratio: quia legatum non est modus tollendi obligationem. *Schamb. hic.* Nisi legatarius ab herede petierit, ut se per acceptilationem liberet, v. g. hoc modo: quod ego promisi defuncto, tu

heres, habesne acceptum? tunc enim ipso jure liberatur; acceptilatio enim est modus tollendæ obligationis. *Schamb. hic.*

Sicut in perpetuum liberatio legari potest; ita etiam potest testator jubere, ne intra certum tempus à debitore debitum exigatur: & tunc pro eo tempore non potest peti nec usura nec poena. Nam ubi nulla est petitio, ibi nulla mora est. *Schneid. n. 4. usuræ autem debentur ex mora. l. 32. §. 2. ff. de usur. Manz. n. 14.*

§. EX CONTRARIO. 14.

Quid si verò è contrario debitor creditori suo debitum legarit, valetne legatum? R. cum distinctione, si nihil plus est in legato, quam in debito, inutile est legatum, v. g. si is, qui debet 100. leget 100. Ratio: quia legatum est donatio, hoc autem casu nihil donaret; ergò.

Si verò plus est in legato, quam in debito, tunc omninò valet: quia jam sapit donationem. Hinc si debitum sit in diem, vel sub conditione, & illud legetur purè, legatum est utile, propter representationem, h. e. propter presentem solutionem. Id enim lucratur creditor, quòd accipiat statim post mortem debitoris id, quod post certum tempus, aut post eventum conditionis cumpi-mis præstandum erat, aut quod interdum nunquam daretur, si fortè conditio non exiisset. *Manz. n. 6.*

Idem est, si causà, aut loco plus sit in legato, quam in debito, enim vero & tunc legatum utile erit, v. g. si aliquid debeatur in genere, & illud legetur in specie; vel si debeantur centum Romæ, illorum solutio legetur Viennæ. Vide *Manz. num. 7. & seqq.*

AD V. QUOD SI VIVO.

Q. hic, quid si autem in legato in diem, vel sub conditione, vivo testatore dies venerit, vel conditio extiterit, estne nihilominus legatum utile? In exemplo: debui Sempronio 100. solvendos post triennium, & legavi pure, hoc in casu, ut dictum, utile est legatum.

Quid si autem vivam adhuc per triennium, & dies solutionis adveniat, manetne utile? dixeris, quod non: quia commodum representationis, i. e. præfens solutio cessat, & nihil amplius est in legato, quam debito: præterea res devolvitur in illum casum, à quo non potest inchoare. Que posterior ratio movit Paulum Jctum in *l. debitor. 82. ff. de leg. 2.* ut velit, tale legatum non valere.

Sed Imperator rejicit sententiam Pauli, statuitque secutus Papinianum in *l. 5. ad ful.* quòd nihilominus utile sit legatum. Ratio est in textu; quia semel constitit. Quod Manz. *hic. num. 14.* ita explicat: quia potuit habere locum representatio; potuit enim fieri, ut debitor ante diem moreretur, aut conditio non existeret. Inspeciendum ergo est, quod evenire potest, & id potius, quod est in aptitudine, quam quod est in actu.

Ad rationem dubitandi &c. quod dicta regula non procedat, cum casus superveniens tendit ad eundem finem, quem non tam impedit, aut destruit; quam promovet, Zoef. *ff. b. t. n. 21. Manz. n. 15.*

Hinc regula illa: non est novum, ut, que semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, à quo initium capere non potuerunt, *l. 85. §. 1. ff. de R. J.*

Kees ad Institut.

§. SED SI UXORI 15.

Pro hujus §. intellectu, Nota I. Quod 18 de jure communi dos solutò matrimonio revertatur ad uxorem, seu partem dotantem. *l. 2. ff. solut. matrim.* nisi pactum de lucranda dote intervenerit. *Schneid. n. 1.* Et quidem hodie, si dos consistat in bonis immobilibus, tunc statim: si in mobilibus, non nisi intra annum reddenda est. *L. un. §. cum autem. Cod. de rei uxor. act. Schamb. hic.*

Nota II. quod maritus habeat beneficium competentie adversus uxorem, que dotem repetit, h. e. non potest conveniri, *l. 12. ff. solut. matrim.* His prælibatis,

Q. An valeat legatum, si maritus uxori dotem relegat? Dixeris non valere, quia res sua nemini rectè legatur, sed jam antè est uxoris, cum naturale ejus dominium habeat, *l. 30. Cod. de jur. dot.*

Contrarium sancit hic Imperator: Ratio; quia plenius est legatum, quam de dote actio. I. Propter commodum representationis: quia legatum statim peti potest; dos autem si in re mobili consistat, non nisi intra annum reddenda est. II. Si pacta dotalia uxori incommoda sint opposita, censentur illa cessata. *l. 6. ff. h. t.* III. Si maritus in dotem expensas fecerit, censentur remissæ. *d. l. 1. §. 2. ff. h. t.* IV. Quia marito & liberis ex eodem matrimonio natis competit in actione dotis beneficium competentie: legata autem in solidum persequimur, neque iis obstat hoc beneficium. *Schamb. hic.*

AD V. SED SI

Q. hic, quid si maritus uxori dotem legaverit, quam non accepit? &c. *cum distinctione l. 1. §. 8. ff. b. t.* vel maritus simpliciter dotem non expressà ullà dotis quantitate legavit, & non valet legatum,

B b b quia

quia cum nihil sit datum, nihil hoc legato continetur: propter incertitudinem voluntas exitum habere non potest.

Vel expressit certum corpus, aut quantitatem, v. g. centum, quos mihi dotis nomine attulit, vel fundum Cornelianum, quem in dotem mihi dedit, do, lego uxori, & valet legatum, *text. hic*. Ratio, quia sublato errore dotis manet favor legati & dotis, & licet nullam dotem attulerit, tamen falsa demonstratio, vel causa adjecta legatum non evertit. *Manz. num. 12.*

§. SI RES LEGATA. 16.

- 19 Q Si res legata pereat, cuiam, an legatario interitus iste noceat an hæredi, ita ut hic æstimationem adhuc præstare teneatur? *R. textus, si res legata sine facto hæredis pereat, legatario decedit*. Ratio quoad legatarium, quia res perit domino. l. 6. § 9. *Cod. de pignorat. act.* atqui dominium rei legatæ accedit à morte testatoris legatario; ergò. Ratio quoad hæredem: quia interitus rei in specie debite ad creditoris periculum spectat. §. 3. *Inst. de empt. & vendit.* § l. 12. qui 45. ff. de O. & A. *Manz. n. 2.*

Dixi *Interitus rei in specie debita*: nam si aliquid in genere vel quantitate relictum sit v. g. centum floreni, & illos amiserit hæres, dum voluit solvere, ea propter non liberatur: Ratio; quia genus perire non potest, sicut nec quantitas. *Schaub. hic. Schneid. n. 3.*

Dixi II. *citra culpam*: nam si culpâ, si ve ut Imperator loquitur, factò hæredis res perierit, hæredi perit, ita, ut teneatur legatario præstare rei æstimationem. Ratio: quia factum cuique suum, non aliis nocere debet, l. 155. ff. de R. J. & cafum præstat, cuius culpa præcessit, l. 30. §. 4. ff. ad leg. fil.

Dixi III. *vel citra moram*. Nam si hæ-

res moram commiserit, & præstationem legati distulerit non liberatur. Ratio: quia mora culpæ species est. *cap. iii. de commodat.* & mora cuilibet sua, non aliis nocere debet. *c. mora. 25. de R. J. in 6.*

AD V. SI VERO.

Quid si servus hæredis legatus sit, & ipse hæres eum manumiserit? *R. textus. hæredem teneri* (puta ad æstimationem, nam libertas servo semel data revocari non potest. *arg. §. 6. quib. ex caus. manumitt. non licet*) nec testator, si ve sciverit, si ve ignoraverit servum legatum esse, licet enim regulariter iusta ignorantia excuset, tamen hic nocet, quia hæres defuncti factum præstare tenetur, cum ex defuncti persona lucrum sentiat. *Manz. n. 9.*

§. SI QUIS ANCILLAS. 17.

Contingit quandoque, eidem res plu. 20 res legari, unde oritur quæstio, si una ex illis rebus pereat, an debeatur adhuc altera? *R. cum distinctione*, vel sunt tales res, quarum una non accedit alteri accessoria, sed habet per se modum principalis, vel sunt tales res, quarum una est alteri accessoria.

Si prius, licet una res pereat, altera tamen debetur. Ratio; quia intelliguntur duæ res principales legatæ. Unde si quis ancillam cum suis natis si ve liberis legavit, licet mortua sit ancilla, partus tamen debetur. Ratio: quia partus non est in fructu; neque enim nature humanæ dignitas patitur, ut partus in fructu, aut accessione sit. *Schneid. n. 3. & 4.*

Si posterius, extinguitur totum legatum. Ratio; quia accessorium sine principali non potest subsistere. Unde si servus fuerit cum peculio legatus, mortuo servo, neque peculium debetur. Ratio; quia peculium loco accessorii est. *Ex*

21 Ex eodem capite fluit, si quis fundum legaverit cum instrumentis, & deinde fundum voluntariè alienaverit, quòd extinguatur legatum, ita, ut neque instrumenta debeantur, quia instrumenta vicem accessorii tenent.

Non obstat, quòd Jctus in l. 1. ff. de instructo, vel instrum. legat. dicat, duo legata esse. Nam hoc ita intelligendum est, quòd unum sit principale, alterum accessorium, ne alias in eadem lege admittatur contradictio. Manz. num.

7. Ita alia pace transeunt. Sed

Quid, si dixerit testator: *Lego fundum instructum*? Idem Juris esse statuit textus §. nostri, idem est, si fundus instructus vel cum instrumento legatus fuerit. Sed vehementer, & quali è diametro

Adversatur l. 5. ff. de fundo instructo. ubi ita scribitur: *si cui fundum & instrumentum eius legare vis, nihil interest, quomodo leges: fundum cum instrumento: an fundum & instrumentum: inter ea legata instructum. Imò contra: nam in ea legata hoc interest, quòd si fundus alienatus mortuus fuerit, qui ita legavit, ex hoc scriptura fundum cum instrumento, nihil erit legatum: ex ceteris poterit instrumentum esse legatum.* Varii iterum varia pro conciliatione in medium producant. Schamb. hic, ait observandum esse: duplicia haberi à patrefam. instrumenta, quædam ad culturam necessaria, quædam, quæ paterfam. habet, ut fundus magis instructus sit. l. 12. §. sed si fundus. 27. ff. b. e.

Si legatus sit fundus cum instrumento, sola necessaria veniunt, & accessoria, quæ pereunte legato etiam pereunt: si fundus instructus, etiam reliqua instrumenta, quæ paterfam. propria habet, debentur, pereunte legato, hæc non pereunt, quia non sunt accessoria.

§. SI GREX. 18. CUM §. 19.

Quid si grex ovium fuerit legatus, 22 & postea totus ad unam venerit; Q. An legatarius unam illam ovem petere & vindicare possit?

Dixeris, quòd non; quia re legato pereunte, legatum non debetur, §. 16. supra: sed si grex ovium ad unam reducitur, grex perit, quia decem constituunt gregem, l. 3. ff. de abig.

Contrarium hic deciditur: ratio, quia legato grege, & sic quodam totali, singulæ ejus partes legatæ consentur. l. 22. ff. de legat. I.

A D V. GREGE.

Ex hoc v. observa quòd si post testamentum augeatur numerus gregis, h. e. ad 150. ascendat, cum tempore testamenti facti tantum 100. erant, augmentum legatario debeatur. Ratio, quia grex non minus est universale corpus, quam ædes: sicut ergò ædibus legatis columnæ, & marmora, quæ post factum testamentum adjecta sunt, legato cedunt: ita & oves, quæ post testamentum gregi adjiciuntur. Ratio utriusque; quia universalia corpora recipiunt augmentum, & decrementum, & tamen semper sunt eadem; atqui tam ædes, quam grex sunt corpora universalia; ergò. Manz. hic. n. 5.

Contra dicta objicies: mortuo bove qui legatus erat, neque corium, neque caro debetur. l. 49. ff. de legat. 2. ergò mortuo grege una ovis non debebitur. & Disparitatem esse, quòd legato grege, singulæ oves consentur legatæ; bove autem legato, bos est legatus, non etiam reliquæ bovis. Schamb. hic. Harp. n. 12.

Urget per l. fin. ff. quibus modis usus-fructus amittit. ubi dicitur: *cum grex usus-fructus legatus est, usque eo numerus pervenerit gregis, ut grex non intelligatur, i. e. non*

fiat oves decem, perit usus-fructus; ergo etiam hic legatum. R. conc. ant. neg. conf. Disparitas est: quia usus-fructus facilius perit, quam proprietas; sed quæ ratio hujus? *Schamb.* hanc assignat, ut aliquid ad proprietarium adhuc perveniat ne proprietatis ei reddatur planè inutilis. Sicut autem legatarius unam adhuc petere potest ovem, ita etiam potest petere plures, si grex post factum testamentum auctus sit, quidquid enim legato huic ac cedit, vel decedit, accedit, & decedit legatario, semper est enim grex, l. 21. ff. de legat. 1. qui neque accretione, neque decrectione mutatur, sed idem manet. l. 21. § 1. ff. de except. rei jud. *Schamb. hic. & Harp. n. 5.*

§. SI PECULIUM. 20.

23 Pro faciliore hujus §. intellectu observandum est, quid sit cedere diem, & venire diem. Cedere dies dicitur, quando res incipit deberi. Venire dicitur, quando res peti potest. l. 213. ff. de V. S. Fac. v. g. *Titius mihi promittat dare centum prima die Septembris.* Hoc in casu statim à die factæ promissionis dicitur cedere dies, quia centum incipiunt deberi, sed venisse dies non dicitur; hinc ante primum diem Septembris istos centum petere non possum. *Schneid. n. 2.*

Dices: ad quid prodest cessisse diem, & non venisse? numquid inanis est illa cessio? R. Ad hoc prodesse, quod cessio diei operetur transmissionem, h. e. quòd rem illam cujus dies cessit, sive quæ incepit deberi, transmittat ad hæredes, si contingat legatarium mori, priusquam dies veniat; quia omnia ea transmittuntur ad hæredes, quæ debentur, sed ea, quæ cessã sunt, debentur, ergò. *Manz. n. 2.* his præmissis,

Q. Quando ergò dies legati cedat? R. cum distinctione: aut est legatum purum,

aut in diem certum, aut conditionale.

Si est legatum purum, tunc statim à die mortis cedit, & venit dies, adeòque tale legatum ad hæredes transmittitur, licet legatarius decedat ante aditam hæreditatem. l. ff. quando dies legat. ced.

Si est legatum in diem certum, tunc quidem statim post mortem testatoris cedit, sed non venit dies, adeòque ante adventum diei peti non potest. d. l. 5.

Si est legatum conditionale, vel in diem incertum, tunc ante conditionis existentiam, aut diei adventum neque cedit, neque venit dies, ac proinde legatum non debetur, neque etiam pendente conditione & die legatarium ad hæredes suos transmittitur. l. 4. § 5. § 2. § l. 21. ff. eod. *Schneid. n. 5. 6. & 7.*

Sicut in legato conditionali ante diei aut conditionis adventum neque cedit, neque venit dies, ita etiam in usu-fructus, aut alterius servitutis vel juris personalis legato neque venit dies ante aditam hæreditatem, l. 2. § l. 8. ff. eod. Ratio: quia si antè cederet, frustranea foret cessio, quæ inventa est propter transmissionem, sed jura personalia ad hæredes non transmittuntur, d. l. 2. § 3. quia personalia personam non egrediuntur. *Manz. n. 21.*

Cætera, quæ de peculio, quod servo legatur, hoc in §. tractantur, cum in usu non sint, attendenda non sunt. Quare si antiquitatem te teneat desiderium, confer te ad *Manz. aut Schamb. hic.*

§. TAM AUTEM. 21.

Docet in §. *Justinianus*, non solum res corporales, sed etiam incorporales legari posse. Sic testator legare potest, quod sibi debetur, licet debitum & obligatio res tantum incorporalis sit: v. g. dicit testator, *Titio do, lego mille quos mihi Mevius debet.* Sed

Quomodo

Quomodo præstabitur tale legatum :

℞. cedendo actionem *l. 75. § ff. de legat.*

1. Itaque si hæres actionem illam, quam contra debitorem habet, legatario cesserit, liberatur, neque opus habet, pecunias legatario solvere. *l. legatum 105. ff. eod. juxta regulam : obligatus eo, quia actionem habet ; cedendo eam liberatur. l. 51. ff. de peculio. Manz. num 4.* Ast qualem actionem consequitur legatarius ? ℞. si hæres actionem cesserit, consequi directam, si non cesserit, utilem, quâ idem consequitur quod directâ. *L. ex legato 18. Cod. de Legat. Harp. n. 5. bic.*

A D Ÿ. N I S I.

Quid si testator debitum, quod legavit, ipse exegerit ? ℞. legatum extinguunt. *text. hic.* Ratio : quia censetur mutasse voluntatem ademisse legatum. Ratio alia : quia legatum consistit in obligatione solutionis ejus, quod debetur, tollitur obligatio ; ergò. Aliud est, si debitor ultro obtulerit debitum, tunc enim legatum non censetur revocatum. *text. in l. 11. §. 13. vers. Cùm tamen ff. de legat. 3.* Offerente enim debitore non potuit non accipere ; ergò non videtur animum mutasse. *Zoëf. ff. de adimend. legat. num. 19. Schneid. n. 6.*

A D Ÿ. S E D E T T A L E.

Non tantum res, sed etiam facta legari possunt, v. g. Mævi damnas esto Titio domum extruere. Ratio : quia & voluntas testatoris debet habere exitum, & tale legatum utile est, nec res tantum, sed & facta in obligationem veniunt. *Harp. n. 69.*

§. S I G E N E R A L I T E R. 22.

Genus in sensu juridico proprie id dicitur, quod sui naturâ pluribus sese speciebus communicat, & quod nomine

quidem incertum atque confusum est, sed per species contentas fieri certus potest. *Harp. num. 2.*

Hoc triplex est : Genus generalissimum, genus subalternum & genus infimum.

Genus generalissimum est, quod supra se aliquod prædicabile non habet, ut ens, res, substantia. Genus subalternum est, quod continetur quidem sub genere generalissimo, prædicatur tamen de pluribus differentibus specie, ut corpus, animal. Genus infimum est, quod de pluribus differentibus numero prædicatur, ut homo, bos, equus, &c. & hoc vulgò à Dialecticis vocatur species, sicuti Jcti speciem nuncupant, quod Dialectici individuum vocant. v. g. *Stichus Bucephalus, fundus, &c.* *Harp. n. 4. Schneid. n. 3. & Sebamb. bic.* His præmissis,

Dico I. In genere generalissimo, seu subalterno, si legatum relictum sit, illud est inutile. Veluti lego rem, animal. Ratio : quia ejusmodi legatum ridiculum, & derisorium futurum esset, cum hæres rem minimam vel muscam solvendo se liberaret. Itaque de tertio duntaxat genere noster §. tractat. Hinc

Dico II. Si in genere infimo legatum relictum sit, referre, an legatum contineat individua, quæ habent certos & determinatos fines à natura, veluti homo, equus, bos, &c. & indistinctè tale legatum valet, non attentâ consideratione, an testator tales res in patrimonio habuerit, nec ne ? *L. Legato 37. ff. de Legat. 1.*

An contineat dividua, quæ non habent certos fines à natura, sed constituuntur hominis factò, ut domus, quæ potest à domino dividi interjectis parietibus in quotenque domanculas voluerit : & hoc in casu distinguitur, an testator tales res & domus in patrimonio

habuerit, quo casu valet legatum: an testator non habuerit in patrimonio ædes, & tale legatum magis derisorium est, quam utile, l. 21. ff. de legat. quia posset hæres luteam domunculam dando se liberare. *Schneid. n. 8. & seqq.* Idem quod de domo legata diximus, dic de fundo & vino legato. Si fundus, si vinum legatur: refert num testator ea in patrimonio habuerit, quo casu valet legatum: num non habuerit, quo casu derisorium est, eò quòd pars glebæ fundus, & gutta vini vinum sit. *Schamb. hic.* Jam lubeat in ordinem, & explicationem nostri §. reverti, pro cuius intellectu,

Q. Si res in genere legetur, cuiusnam sit electio, an hæredis, ut possit solvere, quod lubet; an legatarii, ut possit accipere, quod placet? Regula quidem est, quòd in alternativis electio sit debitoris, cap. in alternativis, de R. J. in 6. & l. plerumque 10. ff. de iure dot.

R. tamen Imperator, quòd electio sit legatarii idemque confirmat. L. legatò 37. ff. de legat. 1. Ratio: quia electio ad eum spectat, cui gratia est concessa. Ratio alia assignatur à *Schamb.* quia contractus strictè, ultimas voluntates laxè interpretamur. Non mirum proinde, quòd in contractibus, ubi versatur debitum genericum, aut alternativum, debitoris sit electio.

Dicta procedunt, si testator aliud non dixerit, nam si ex verbis testatoris aliud possit colligi, optio danda est hæredi. Hinc si dixerit verba executiva ad hæredem, v. g. hæres meus damnas esto dare Sempronio unum ex meis equis, tunc electio est hæredis. *Schneid. n. 15.* vel si res in genere legata, non sit in patrimonio testatoris, tunc electio etiam hæredis est, v. g. Sempronio equum lego: hoc in casu, si nullum equum habeat, non potest legatarius aliquem eli-

gere, lib. 2. ff. de opt. legat. Ratio; quia electio in rebus alienis non conceditur. *Manz. num. 7. Harp. num. 13. & seqq.*

Sed quomodo fit electio? R. legatarium civiliter eligere debere, h. e. nec optimum, nec pessimum, sed mediocre, d. l. 37. Harp. n. 20.

§. OPTI O N I S. 23.

Optionis legatum dicitur, cum testa-²⁶tor jubet legatarium aliquam ex rebus suis optare, i. e. eligere, dicendo v. g. *Semproni ex equis meis quem voles, elige, aut tibi vindica.* Differt à legato generis I. quòd in legato generis mediocre eligi debeat; in hoc verò optimum possit eligi. l. 2. ff. de opt. legat. II. Quòd olim legatum fuerit transmissivum ad hæredes, legatario ante electionem decedente. *Optionis vero etiam ratio est in textu;* quia tale legatum reputabatur conditionale; constat autem ex supra dictis: quod *legatum conditionale, legatario ante eventum conditionis mortuo, ad hæredem ejus non transmittatur.* Dixi olim, hoc enim ex constitutione Imperatoris in meliorem statum reformatum est, & hæredi legatarii licentia data optare, licet vivus legatarius hoc non fecerit. Ratio est alia, quàm favor ultimarum voluntatum. *Manz. n. 6.*

AD V. ET DILIGENTIORE.

Si duobus vel pluribus optio relicta²⁷ sit, & ipsi dissentiant in corpore eligendo, (nam homines ad dissentiendum sunt faciles) vel si uni legatario optio legata sit, iste verò plures hæredes reliquerit, qui in eligendo dissentiant, dubitabatur olim, quid esset statuendum. Aliqui ex JCtis volebant, perire legatum, alii in pendenti esse legati petitionem, donec consensisset; eò quòd conditio defecisset, vel esset in suspensò. Sed

Sed Imperator in *l. 3. Cod. commun. de legat.* statuit, forte litem esse dirimendam, ut, quem fors tetigerit, is solus potestatem eligendi haberet. Ratio est in textu; ne pereat legatum. *Manz. n. 7. § 8.*

Illud notandum, quòd à fortis sive fortunæ iudicio nec appellari, nec contra eam restitutio in integrum peti possit, nisi fraudem intervenisse quis probare velit. Ratio: quia fortuna in hoc mundo non habet superiorem, ejusque dux Deus est, secundum Salomon. *Proverb. cap. 16. vers. 43. Harp. num. 16. Schneid. n. 4.*

§. LEGARI. 24.

Hactenus, de rebus quæ legari possunt. Jam de personis, quibus legari possit, statuitque Imperator illis legari posse, cum quibus est testamenti factio, puta *passiva*, h. e. qui hæredes scribi, atque institui possunt. Favore tamen alimentorum receptum est, ut liceat etiam incapacibus, & qui testamenti factionem non habent, alimenta legare, v. g. *de fortis, l. 11. ff. de aliment. legat.*

§. INCERTIS. 25.

Olim sicut incerta persona hæres institui non potuit, ita neque incertæ personæ legata & fideicommissa relinqui poterant, eò quòd certum debeat esse testatoris iudicium. Quod adeò procedebat, ut neque à milite incertæ personæ legari potuerit, *text. hic.*

Incerta autem persona illa dicitur, quam testator incertâ opinione animo subicit, veluti: *quicumque filio meo filiam suam in matrimonium dederit, ei hæres meus illum sun-lun dato*, aut ita: *Qui primi à morte mea consules designentur, in hæres meus 100. solidos dato.* T. le legatum, inquit textus, olim non valebat. Dicitur autem olim, aliud enim

de jure novo obtinet, uti in §. 27. *h. t.* videbimus.

AD VERS. LIBERTAS.

Fit hoc in *§.* ampliatio ad præced. regulam, videlicet quod nec libertas incertæ personæ legari potuerit, eò quòd nominatim servis libertatem dare oportuerit, nominari autem nequit, qui incertus est.

AD VERS. SUB CERTA.

Limitantur præmissa, ut in legato sub certa demonstratione non procedant. Hinc & olim potuit sub certa demonstratione, h. e. ex certo personarum numero incertæ personæ legari, v. g. *ex cognatis meis qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit, ei hæres hortum meum dato.* Ratio: quia saltem disjunctivè certum erat testantis consilium. *Schamb. hic.*

AD VERS. INCERTIS.

Quæ hic, an si hæres legatum incertæ personæ relictum solverit, putans ex errore juris se teneri possit illud per conditionem indebiti repetere? *Re. negativè*, quia repeti prohibentur, quæ naturaliter debita solvuntur. *l. 3. §. ult. ff. quod quisque juris. ei & legata ex imperfecto testamento soluta repeti non possunt. l. 2. Cod. de fideicommiss. Schamb. hic. § Harp. num. 12.*

§. POSTHUMO. 26.

Posthumus alienus ille dicitur, qui natus post mortem testatoris non fit, qualis est, qui ex filio emancipato concipitur, & nascitur nepos. Item qui ex filio in potestate constituto nascitur nepos. Nam ut quis posthumus suus dicatur, requiritur I. ut sit in potestate, qualis non est conceptus ex filio emancipato, II. ut primum gradum obtineat, qualis non est natus

natus ex filio in potestate constituto. *Schamb. & Manz. hic.* Tali posthumo alieno olim legari non potuit. Ratio: quia incertis personis legatum relinqui non potuit; atqui posthumus alienus duplici ratione incertus est. I. num nasciturus sit? II. num suus futurus sit? Et quamvis etiam in suo posthumo natiuitatis dubium versaretur, tamen *favor suitatis illam institutionem conservabat.* *Manz. num. 7.* Verùm cum subtilis nimis erat hæc constitutio, ideo ista omnia emendavit *Imperator*, uti mox audiemus.

§. SED NEC HUIUSMODI, 27.

Ista omnia, quæ de incertis personis, & posthumis alienis hæctenus diximus, olim obtinebant. *Justinianus* autem ea correxit, atque hic illam correctionem in codice reperiri, quod de priori codice intelligas, necessari est, nam in hodierno codice non extat; satis tamen est, eam correctionem in nostris institutionibus hic confirmari. Et licet, quia prior codex intercidit, nihil certi de correctionis synopsi constet, in hoc tamen communiter DD. conveniunt, quòd primò incertæ personæ legari possit, modò tamen tale incerta persona, vel nunc vel in futurum possit, certificari nequeat, voluntas est nulla. *Schamb. Manz. n. 2. Schneid. n. 4.*

AD VERS. TUTOR.

Licet, ut dictum incertæ personæ legari possit, tutor tamen incertus dari non potest. Ratio est in textu; quia certò iudiciò debet quis pro tutela suæ posteritati cavere. Ratio alia; quia testamentarius tutor liberatur à satisfactione, & ideo, quia fides à testatore satis proba-

ta præsumitur, quæ probatio in persona incerta locum habere non potest. *Manz. n. 5.*

§. POSTHUMUS, 28.

Posthumus, inquit *Imperator*, alienus hæres institui & antè poterat, & nunc potest. Nam quòd possit, liquet: quia ut possit, constituit eà constitutione, cujus suprà meminimus. Sed magnum exoritur dubium, quomodo *Imperator* hic possit asserere, & antè posthumum alienum potuisse hæredem institui, cum id in §. 26. *suprà h. t.* expressè neget?

Ego, ne inutili hac materia plus equò me detineam, omittis aliorum conciliationibus, quarum IV. affert *Schamb.* puto hanc inter alias eminere: quòd posthumus alienus, & antè nunc potuerit hæres institui spectato Jure civili. *Harp. num. 2. hic & Manz. n. 4.* Sensus ergo talis est: sicuti olim posthumus alienus potuit de jure prætorio hæres institui, ita nunc potest de civili.

Unus tamen casus excipitur, si scilicet posthumus sit in utero ejus mulieris, quæ de Jure nuptias contrahere vel uxor esse non potest: h. e. cum qua nemo de jure nuptias contrahere potest, sicut olim cum virgine Vestali, & hodie cum moniali.

Quantum autem ad legata attinet, ea posthumo alieno relicta neque de Jure prætorio, neque de Jure civili olim valebant. Ratio: quia prator non prospiciebat legatis, sed duntaxat hæreditatibus. Et cum *Imperatori* absolum videretur, potuisse hæreditatem alicui posthumo alieno relinqui, non verò legatum: fuit fortè hæc ipsa ratio, quæ ad correctionem eundem inflexit.

§. SI QUIDEM. 29.

30 Nota, quid sit nomen, cognomen, prænomen, & agnomen, ut Publius, Cornelius, Scipio Africanus. Prænomen est, quod nomini anteponitur, ut in dato exemplo *Publius*. Nomen, quo quis vocatur, uti *Cornelius*. Cognomen, quod in distinctionem familiarum assumitur. Agnomen, quod ab eventu, re gesta, vel alia de causa impositum est. v. gr. *Cicero à cicere, Scipio Africanus à devicta Africa.* *Schamb. hic. Harp. n. 3.*

Q. Si testator in nomine, prænominem, cognomine, aut agnomine erraverit, an legatum valeat? R. nihilominus valere legatum, si de persona constat. Hinc si testator scripserit: lego Publio fratri meo, qui vocatur Marcus, legatum non vitiat. Ratio est in texto: quia nomina significandorum hominum gratiâ reperta sunt, qui si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest. Idem est, si in rei legatæ proprio vocabulo erratum fuerit, modo de re constet. Hinc si quis, fundum Sempronianum legaverit, qui vocatur Cornelianus, valet legatum, l. 4. ff. de legat. 1. quia de nomine non curatur, modo de corpore constet. *Harp. n. 9.*

Sed quid, si testator circa nomen appellativum erraverit, v. g. si quis, cum vellet vestem legare suppellectilem adscripsit, vel pro equo bovem; R. quod tunc legatum vitietur, d. l. 4. quia nomina appellativa sunt inventa cum rebus, ac proinde immutabilia. Nam fundus, qui hodie Cornelianus fuit, potest cras Sempronianus esse: mutatio nimirum domino fundi. *Marz. num. 4. & 5.* Deinde talis error sapit stultitiam, proinde intolerabilis. *Schneid. n. 4.*

Sanè si nomina appellativa talia sint, quæ ab impositione civili originem habent, ut sunt artificum nomina, v. g. *pistor, pisttor, &c.* error circa ea legatum non vitiat, v. gr. lego Titium pistorem, qui pistor est, quia *ly pistor* est per modum demonstrationis adjectus, quæ falsa non vitiat, uti §. seq. dicemus. *Schamb. Harp. n. 12.*

§. HUIC PROXIMA. 30.

Sicut falso legatarii nomine, sic falsâ demonstratione rei legatæ legatum non vitiat. Quare, si testator ita scribat: Stichus servo, quem à Cajo emi, do, lego, licet ab alio, quam Cajo emerit, tamen utile legatum est, modo de servo constet. Idem est, si falsâ circumscriptione designet legatarium, v. g. Joanni Medicinæ Doctori centum do, lego: licet, Joannes Jurisperitus sit, legatum valet. Ratio; quia de corpore si constet, de nomine vel demonstratione non curatur; & ubi constat de substantia, non curatur de accidenti. l. 34. ff. de condit. & demonstr. *Marz. n. 3.*

Dicta procedunt, nisi legati substantia deficiat. Hinc si dicat testator: lego 100. quæ in arca sunt, legatum non valet. l. 51. ff. de legat. 1. vel si dicat: lego Titio 100. quos mihi debet, si nihil debeat, legatum perit. l. 75. §. 2. ff. eod. *Schneid. & Schamb. hic. Harp. n. 7.*

§. LONGE MAGIS. 31.

Nota, quòd causa exprimitur per 32 dictionem, quia, vel quoniam, Condicio vero per si, vel cum. Modus vero per ut, quemadmodum diximus in tit. 10. de nuptiis vers. secundum impedimentum dirimens est conditio.

Quando igitur legatum relinquatur, adjecta falsa causa, propterea non vitiat, veluti si testator ita scribat: Titio,

quia negotia mea curavit, Stichum do, lego: vel ita; Titio, quia ejus patrocini-
 capitali crimine liberatus sum, cen-
 tum do, lego: valet legatum, licet
 Titius mea negotia non curaverit, neque
 patrocini-
 suo me liberaverit. *text. hic.*
 Ratio, quia legatum est mera liberalitas,
 & nullam requirit causam. *Schamb. hic.*
 Nisi testator præcisè vi & motivo illius
 causæ legasset; ita ut aliàs legaturus non
 fuisset, quod non præsumitur, sed hæ-
 redi probare incumbit *l. 72. § falsam. ff.*
d. t. Manz. n. 4. Schamb. loc. cit.

Quòd si legatum relinquatur sub con-
 ditione, ita ut causa sit conditionaliter
 enunciata, tunc causa falsa vitiat lega-
 tum; deficiente enim conditione deficit
 legatum: veluti si Titius negotia mea in
 Italia curaverit, lego ei centum; hic si
 negotia non curaverit, legatum non ac-
 cipiet ex dicta ratione.

Idem, quando non sub conditione,
 sed sub modo causa adjecta est; veluti
 lego Titio centum, ut hoc, aut illud fa-
 ciat. Hoc legatum peti non potest, nisi
 modus, sub quo relictum est, fuerit
 adimpletus, *l. in fine. ff. de condit. & de-*
monstrat. Schneid. n. 6. Harp. num. 7.

In eo tamen maximè diversum est le-
 gatum sub conditione à legato sub mo-
 do. Legatum enim sub conditione perit,
 etiamsi conditio defecerit casu fortuito,
 aut tertii factò vel culpà, vel quocun-
 que alio modo. *l. 110. ff. de condit. &*
demonstrat. l. 4. Cod. de condit. insert.
 Contrà, si per legatarium non stet, quò
 minus impleatur modus, legatum debet-
 ur, & ad heredem transit, veluti lega-
 tò Titie relicto, ut alicui nubat, si is
 nolit Titiam ducere, legatum nihilomi-
 nus eidem Titie debetur: sufficit enim
 per honorariam personam non stare,
 quo minus satisfiat modo, quocunque
 tandem casu contingat, facultatem im-

plendi modum deficere: *l. 1. Cod. de hù,*
quæ sub modo legata, &c. Harp. n. 8. hic.

§. AN SERVO. 32.

Casus §. talis est: Titius hæres esto,
 servo autem Titii lego mille, *Q. An le-*
gatum valeat? *R.* purè inutiliter legari,
 quia idem esset debitor & creditor, vel
 idem esset hæres & legatarius, quod
 implicat. Creditor esset, & legatarius,
 quia, quidquid servus acquirit, domi-
 no acquirit: debitor & hæres esset,
 quia ipse tanquam hæres illud debet
 præstare.

Dices: potest servus ante mortem
 testatoris alienari vel manumitti; ergò ad-
 hac potest valere legatum. *R. neg. conseq.*
 Quia obstat regula Catoniana, quæ vult,
 quòd ab initio non valet, tractu tempo-
 ris non convalescere.

Dixi purè: quia sub conditione tali
 servo legari potest; nam tunc attenditur
 eventus conditionis ante quem talis lega-
 ti dies non cedit. *L. 5. §. 2. ff. quando dies*
legat. ced. Schamb. hic.

§. EX DIVERSO. 33.

Q. An ex diverso valeat legatum à
 servo relicto domino, v. g. si servus
 hæres instituatur, & domino relinqua-
 tur legatum? *R.* valere: quia dominus
 idem hæres, & legatarius non fit. Sed
 dominus tantum est legatarius, non hæ-
 res, donec servus jussu domini hæredi-
 tatem adierit: adedque si servus fuerit
 manumissus, ante quam jussu domini
 hæreditatem adierit, servus sibi acquirit
 hæreditatem, & dominus manet tantum
 legatarius. Planè servo adeunte jussu do-
 mini hæreditatem, legatum infirmatur:
 quia res in eum statum deducitur, ut
 idem sit hæres & legatarius. *Perez. hys.*
hic.

§. ANTE 34.

Cum hæredis institutio sit basis & fundamentum testamenti, ideo ante hæredis institutionem, olim nec legata, nec libertates relinqui poterant, excepto testamento militis. Quia verò Imperatori videbatur incivile, ordinem scripturæ sequi, testatoris verò voluntatem sperni, maximè cum fideicommissa ante hæredis institutionem relicta valerent, statuit in *l. 24. Cod. de testam.* ante & post, & inter medias hæredum institutiones, legata, & multò magis libertates relinqui posse, *Schamb. & alii hic.*

§. POST MORTEM 35.

Olim post hæredis, legatariivæ mortem inutiliter legabatur; veluti cum hæres meus mortuus fuerit Sempronio centum do, lego; aut Sempronio cum mortuus fuerit, centum do, lego. Ratio: quia olim regula erat: *Actio que contra nos viventes non capit, nec contra hæredes nostros datur.* Sed Imperator ista omnia correxit, & hujusmodi legatis firmitatem tribuit, ita, ut hodie talia legata ad instar fideicommissorum valeant, & ab hærede hæredis, vel legatarii exigì possint. *text. hic.*

§. PŒNÆ 36. ET FIN.

Olim pœnæ nomine inutiliter legabatur. Dicitur autem pœnæ nomine legari, quod coercendi hæredis causâ relinquatur, quò magis aliquid faciat, vel non faciat; veluti si quis ita scripserit: *Sejus mihi hæres esto, filiam suam Titia in uxorem dato: nisi hoc fecerit, Sempronio viginti solvito:* vel ita, *Hæres meus, si servum Stichum non muniverit, Titio 10. dato.* Tale legatum non valebat. Ratio I. quia non debet esse in voluntate hæredis, ut legatum debeatur, vel non. *l. 32. ff.*

de hered. Inst. II. Quia legata ex benevolentia, non odiò hæredis procedere debent.

Verùm hujusmodi scrupulositas Imperatori Justiniano non placuit, ideo constitutionem promulgavit in *l. un. Cod. de his, quæ pœna nomine, &c.* quæ concessit posse pœnæ nomine legari. Ratio: quia reipub. interest, suprema hominum judicia exitum habere, *l. 5. ff. quemadm. testam. aper.* Ratio alia, quia non videtur iniquum, ut is gravari possit, qui à testatore honoratus est. *Manz. n. 10. hic.*

A D V. E X C E P T I S.

Excipiuntur tamen ea, in quibus adicitur pœnæ præcepto tali, quod continet aliquid impossibile, vel legibus interdictum, aut aliàs probrosum. Veluti: *Titius hæres esto, & si in caelum non ascenderit, vel Danubium non ebiberit, dato Sempronio decem.* Hoc in casu etiam neglectò testatoris præceptò Titius hæres erit, & nihilominus relicto 10. servabit. Ratio: quia non fert ratio honestatis, eum præstare pœnam, qui non facit, quod est extra ejus potestatem, aut jura facere vetant.

Similiter, si testator ita scribat; *si hæres meus liberos suos in testamento suo præterierit, Sempronio centum dato.* Hæc pœna non astringit hæredem; quia legibus interdicta: quæ autem contra leges sunt, nos facere non possumus. *l. 25. ff. de condit. Inst.*

Denique si testator ita scribat: *Nisi filiam tuam duxeris, nisi matrem tuam verberaveris, nisi in foro nudus saltaveris: Sejo 20. solvito:* non stringit hæc pœna, quia probrosa est, nam quæ lædunt pietatem, exiltimationem, & verecundiam, & generaliter quæcumque bonos contra mores sunt, nec facere nos posse credendum est. *l. 15. Manz. num. 12. & seqq. & Schneid. n. 3.*

Sed corruetne tale legatum, an habeatur conditio impossibilis pro non adjecta?

Liberè dixeris legatum valere, & conditionem impossibilem, aut probrosum haberi pro non adjecta. Ita apertè statuit §. *impossibilis* 10. *de hered. Inst.* ubi scribitur, impossibilem conditionem haberi pro non adscripta in ultimis voluntatibus.

At contrarium verius est, nimirum legatum corruere. *text. hic. in fine. hujusmodi enim testamentorum dispositiones valere, secta meorum temporum non patitur.*

Ad §. *impossibilis* 10. *R. cum distinctione*: conditio impossibilis habetur pro

non adjecta, si apponatur honorato. *cont. si gravato neg.* Clarius explicat. *Zoes. ff. de his que pene nomine relinq.* ubi ait. *d. §. 10.* accipiendum esse de addita conditione ei, cui relinquitur, i. e. honorato; hunc enim privari legato ex eo, quòd conditionem non adimpleverit, iniquum est, cum non stet, per eum, quòd conditionem non adimpleat, sed per rerum naturam, vel per rei turpitudinem. Scilicet est de conditione addita ei, à quo relinquitur, & qui jubetur præstare quid impossibile aut turpe, qui idè non meretur pœnam, quia pœna culpam præsupponit, quæ hic nulla est. Vide etiam *Manz. num. 18. & Harp. num. 14.* qui uterque huic solutioni suffragatur.

TITULUS XXI.

DE ADEPTIONE ET TRANSLATIONE LEGATORUM.

SUMMARI A.

- 1 *Quid ademptio legati?*
- 2 *Illà sit vel expressè, vel tacitè.*
- 3 *Quid sit translatio legati, & quomodo fiat?*

CUM nihil magis homini debeatur, quàm ut liber sit styly voluntatis nostræ. *l. 1. Cod. de sac. Eccles.* & idèd ultima voluntas sit ambulatoria usque ad extremum vitæ spiritum. *l. 4. ff. de adimend. l. legat.* Idèd testator legatum semel relictum iterum adimere vel transferre potest. Ademptio nihil est aliud, quàm *relict, legati, vel fidei-commisssi revocatio.*

- 1 *Ita ademptio fit dupliciter. Expressè & tacitè.* Expressè adimitur legatum quando testator verbis contrariis, vel quibusconque aliis, quæ revocatoria voluntas sufficienter demonstratur, revocat; v. g. *non do, lego, &c.* Illudque fieri potest

tam in eodem, quàm in alio testamento imò etiam in codicillis: quia in legatis & fidei-commisissis spectatur ut plurimum voluntas testatoris, quæ non minùs codicillis, quàm testamentis manifestatur. *Manz. n. 5.*

Illud observa, legata nonnumquam exceptionis, subinde ipsò jure adimi. Ipsò jure adimuntur in eodem testamento, vel aliò testamento perfectò, vel codicillis perfectis. Opere exceptionis, sin postèrius testamentum solenne & perfectum non fuerit. *Schneid. n. 12. Schamb. hic.*

Tacitè adimitur legatum, quando non ex verbis, sed ex factò aliquo voluntas testatoris revocatoria colligitur.

Quod tum contingit. I. si inimicitie inter testatorem & legatarium supervenerint, exque graves vel capitales fuerint: quia per hujusmodi inimicitias adferre

fertur beneficiendi voluntas, nisi reconciliatio intervenerit. l. 3. §. ult. § l. 22. ff. de adimend. legat.

II. Si rem legatam testator voluntariè alienaverit, §. 12 de legat. § l. 18. ff. b. t. tamen à testatore res alienata redempta sit. l. 14. ff. de adimend. legat.

III. Exactione debiti legati; si enim testator nomen, quòd alicui legavit, à debitore exegerit, admissè legatum præsumitur. l. 11. §. 13 ff. de legat. 3.

IV. Si legata destructa seu dissoluta fuerint ex voluntate testatoris. l. 65. §. ult. ff. de legat. 1. Pérez. hic. Harp. n. 12. § seqq.

§. TRANSFERRI. I.

II. Modus adimendi legatum est *translatio*. Quæ IV. modis fit. I. De personâ legatarii in legatarium, veluti fun-

dum quem Titio legavi, nunc Sejo do, lego. II. De persona ejus, qui iustus est dare, ut alius det; veluti, quod legavi à primo herede, nunc lego à secundo.

III. De re ad rem, veluti quando testator pro fundo legato, jubet dare 100. aureos. IV. De præsentì tempore in conditionis eventum, ut quando id, quod purè relictum est, transfertur sub conditione. Schneid. n. 26.

Quid si translatio de persona in personam fiat, & ille, in quem transfertur, non sit capax legati? R. nihilominus priori legatum adimi. l. 34. ff. de legat. 1. quia translatio involvit ademptionem; ergo si non valet in vim translationis, valebit saltem in vim ademptionis, juxta illud: *Si id quod ago, non valet, ut ago, valeat saltem, ut valere poteji.* Manz. num. 4. hic.

TITULUS XXII.

DE LEGE FALCIDIA.

SUMMARIA.

AD PRINCIP.

- 1 Quare Falcidia lex lata sit?
- 2 Quid lege Furiâ, vel Voconia obtinuerit?
- 3 Quale tempus in assignanda legitima inspicitur?
- 4 Quomodo fiat computatio falcidiæ?
- 5 Quæ imputentur in Falcidiam?
- 6 In quibus causis Falcidia locum habeat?

CONNEXIO.

DICTUM est in *preced. tit.* quòd testator possit non solum diminuerè, sed etiam in totum adimere legatum, & in alium transferre. In hoc *tit.* declarat Imperator, qualiter, & quando per ipsum heredem legata per testatorem relicta diminui possint. Schneid. hic. num. 1.

Ad intellectum hujus principii scias velim, olim ex lege XII. Tab. adeò liberam fuisse testandi, legandive scientiam, ut testator totum suum patrimonium legatis exhaustire potuerit; verba enim legis XII. Tab. ista erant: *Ut quisque legasset de re sua, ita jus esto l. 120. ff. de V. S.* Verùm quia propterea multi intestati decedebant, quòd heredes instituti videntes se nihil aut parùm ex testamento consecuturos, & nolentes absque emolumento subire onera aliena, repudiabant hereditatem. Ideò huic malo ut occurreretur, in gratiam testatorum, ne intestati morerentur, tres leges testamentariæ ad coercendam nimiam

2 legendi licentiam sunt latae. I. Erat lex Furia, à Furio inventa, qua cautum erat, ne uni legatario plus relinqueretur, quam mille aurei. Verùm huic legi facile fraus fiebat: nam si quis v. g. quinque millia aureorum bonis habuisset & scripisset 5. legatarios, & cuilibet mille reliquisset, hic testator in legem Furiam non incidebat, & tamen patrimonium exhaustebatur legatis, ita ut hæres ob nihil lucri hæreditatem repudiaret, & testator intestatus decederet.

Ideo cum lex Furia frequenter eluderetur, lata est lex Voconia, à Voconio inventa, qua cautum erat ne plus legatarius, quam hæres haberet; sed hæc lex facile eludebatur. Nam si quis, cum centum solidos in bonis haberet, hæredem Sempronium instituisset, & 99. legatarios scripisset, hic legem Voconiam non transgrediebatur testator, & tamen faciebat locum repudiationi, quia fortè hæres ob unicum solidum hæreditatem adire noluit.

Quare cum neutra lex ex istis duabus sit cauta fuisset, ideo novissimè lata est lex Falcidia, non à falcando, sed à Falcidio tribuno plebis dicta, qua cavetur, ne plus legare liceat, quam dodrantem totorum bonorum, i. e. 9. uncias, remanente quadrante apud hæredem, sive unus sive plures instituti fuerint, l. I. ff. ad leg. Falcid. §. text. hic.

Itaque duo capita in se continet lex Falcidia. I. Conceditur libera potestas testandi & relinquendi legata usque ad dodrantem.

Altero cavetur, ut ultra dodrantem legare nemo possit: vel si plus legatum sit, IV. pars legatis defalcetur, eamque retineat hæres, d. l. I.

§. ET CUM I.

In hoc §. ponitur talis casus: quidam cum haberet in bonis 400. aureos, instituit duos hæredes Titium, & Sejum, deinde nominatim à Titio legavit, dicens: *damno te Titi, Sempronio dare 200. aureos vel 190.* à Sejo verò nihil specialiter legavit, vel tam parum legavit, ut legatum portionem Seji tantam, vel vix diminueret, ut adeò ei adhuc restent 100. aurei.

Quæstio nunc est an, quia portio Titii tota legatis est exhausta (si videl. ponamus legatos fuisse ab eo 200. aureos) aut supra modum onerata, (si ponamus ab eo legatos esse 190. aureos) an possit Sejus de legato Sempronii aliquid defalcare? Videri potest quòd non Ratio: quia dictum supra, sufficere, ut quarta pars apud hæredes maneat, sive unus sive plures fuerint; sed in nostro casu manet adhuc quarta pars, nimirum centum aurei Sejo legati; ergò.

Sed hoc non obstante, §. Titium posse tantum de Sempronii legato detrudere, ut quartam partem suæ portionis, scilicet 60. aureos salvos habeat. text. hic, §. in l. 77. ff. h. t. Ratio quia in singulis hæredibus ratio falcidiæ ponenda est.

Non obstat ratio dubitandi, quia procedit tunc tantum, quando simpliciter legata relinquuntur; ut si testator Titio & Sejo hæredibus in 400. aureis institutis sic scribat: Sempronio 300. aureos do, lego. Hoc enim casu non magis gravat unum, quam alterum, & quilibet habet salvam quartam falcidiæ.

§. QUANTITATIS. 2.

Ut exactè sciatur, quæ sit quarta ex lege falcidia, competens universa patrimonii quantitas diligenter spectari debet, h. e. quantum in bonis habeat testator. Verùm

Verum cum frequenter accidat, ut bona testatoris tempore mortis minora vel majora sint, quam tempore aditæ hæreditatis. Videò hic

3 Q. *Quale tempus in ratione legis Falcidie inuenda considerari debeat?* R. quòd quantitas patrimonii spectetur tempore mortis. Ratio quia legata cedunt à tempore mortis, & ipsò jure minuuntur per falcidiam. l. 37. §. 5. & l. 26. ff. ad leg. falcid. sicut ergò debitum nec augetur, nec minuitur, si debitoris bona augeantur, vel minuuntur; ita legatum post tempus mortis nec augetur, nec minuitur.

Ex quo infertur si inter mortem & aditam hæreditatem quid vel accessit, vel decessit bonis hæreditariis, id totum hæredi, non legatariis decedere vel accedere. Ut res magis clarificetur, fac: quòd aliquis tempore mortis tantum 100. aureos in bonis habuerit, & 100. aureos, adeoque omnes legauerit. Hoc in casu extra aleam dubitationis positum est hæredem posse ex ratione falcidie detrudere 25. ita ut 75. legatario restituat. Sed quid, si intermedio tempore ante aditam hæreditatem tantum accesserit hæreditati; (fortè per seruos hæreditarios, aut ex partu ancillarum hæreditariarum, aut ex foetu pecorum) ut hæres quartam falcidie haberet, licet nihil de legatis 100. aureis detrahat? R. hæredem detrudere falcidiam de 100. aureis legatis, i. e. 45 aureos, & una cum istis omne lucrum retinere. Ratio: quia omne commodum & incommodum hæreditatis à morte testatoris ad hæredem velut ad dominum pertinet, non ad legatarios. *Manz. num.*

4. Et hoc in casu, quo post mortem testatoris hæreditati aliquid accessit: *Jim*

Fac ex diverso, quòd is, qui 100. aureos in bonis habuit, tantum 75.

legauerit, hoc in casu iterum extra dubium est, quòd hæres nihil amplius possit defalcare à legatis: quia suam quartam salvam habet. Sed quid, si ante hæreditatem aditam tantum decesserit de hæreditate, (fortè incendio ædium, naufragio mercium, morte seruorum) ut non amplius, quam 75. aurei, vel multò minus supersit? R. quòd hæres nihil amplius possit detrudere, sed teneatur solida legata præstare. Ratio: quia qui sentit commodum, sentiat & onus, & imputer sibi, quòd non citius adierit hæreditatem. *Manz. n. 5.*

Dixeris: sic erit nimis damnosum, & molestum hæredi legata integra solvere, & nihilominus molestias percipere. R. hoc ei damnosum non esse: quia liberum est hæredi non adire hæreditatem; proinde consultum est legatariis, tali in casu pacisci, siue transigere cum hærede, ut is accepta aliquâ portione hæreditatem adeat, & legata præstet, ne forte non adita hæreditate nihil illi consequantur. *Harp. n. 3. bic.*

§. CUM AUTEM. FIN.

Q. in hoc §. Quomodo computatio, & ratio legis falcidie inuenda sit? R. *Imperator*, quòd, quando ad divisionem venit, ut constet, quantum hæredi nomine falcidie, & quantum legatariis nomine legati debeatur, ante omnia deducendum sit L. æs alienum. II. Funeris impensæ; hæ enim æri alieno comparantur. III. Pretia seruorum manumissorum, siue pretia pro seruis redimendis relicta. Ratio est favor libertatis.

His omnibus deductis tunc demum spectandum est, quantum supersit, id enim patrimonium putatur. Igitur ex residuo quadrans, siue quarta pars hæredi relinquenda, tres verò partes inter legatarios

legatarios pro rata portionis legatæ distribuendæ sunt. *Harp. hic. n. 10.* quod ut clarius fiat.

Pone : testator deductis deducendis 400. aureos habuit in bonis, & 400. aureos legavit. Hic quarta pars suæ partis singulis legatariis detrahitur, ita, ut hæres 100. aureos consequatur, & legatarii 300.

Rursus finge : testator, qui 400. aureos in patrimonio reliquit, 350. adeoque supra dotrantem, legavit. Hoc casu primùm hæres ex voluntate testatoris, detrahit octavam, id est 50. aureos, qui ex 400. superant, & octavam partem 400. aureorum efficiunt. Deinde hæres etiam ex beneficio legis legatariis singulis pro rata portione ejus, quod cuique eorum legatum fuerit tantum detrahit, ut alia 50, atque sic in universum 100. quartam scilicet partem bonorum defuncti habeat.

Iterum & denique pone : testator, qui 400. aureos in bonis habuit, aureos 500. legatis erogavit. Hic primò omnium quinta pars, h. e. 100. aurei, qui patrimonium excedunt detrahuntur, quibus detractis adhuc 400. superant : postea singulis legatariis quarta, pars suæ partis institutionis aufertur, quæ nomine Falcidie cedit. *text. hic. & Harp. n. 1.*

Et ista sunt, quæ pro declaratione textus observari oportet. Lubeat modò ruptò ordine nonnihil altius in hanc materiam excurrere. Itaque,

Q. *quæ imputentur in Falcidiam?* R. ea duntaxat imputari, quæ jure hæreditario ad hæredem pervenerunt. Sive, ut clarius loquar, quæ hæres accipit, quæ hæres. Unde id, quod jure legati, fidei-commissi, aut conditionis implenda causa accipit, v. g. si testator dixit : *lego Cato 100. ut hæredi meo Sejo 100. solvat, si Cajus 100. solverit, hi non imputan-*

tur in Falcidiam. *Manz. de testam. tit. 12. q. 43. n. 13. Et text. apert. l. 91. ff. ad leg. Falcid.* ubi Martianus in hæc verba respondit. *In quartam hæreditatis, quam per legem falcidiam hæres habere debet, imputantur res, quas jure hæreditario capit, non quas jure legati, vel fidei-commissi, vel implenda conditionis causa accipit; nam hæc in quartam non imputantur, sed in fidei-commissaria hæreditate restituenda; sive legatum, vel fidei-commissum datum sit hæredi, sive recipere, vel deducere, vel retinere jussum est, in quartam id ei imputatur.* Et in hoc textu aperta differentia intucitur inter Falcidiam & Trebellianicam, videl. ista, ut in Falcidiam ea duntaxat imputentur, quæ hæres jure hæreditario capit : in Trebellianicam autem etiam ea, quæ ex voluntate testatoris proveniunt, imputentur. Sed quæ est ratio differentie? *Harp. n. 14.* hanc assignat : quia lex falcidia quartam hæreditatis partem apud hæredem manere jubet; ergò nihil, quod non est hæreditarium, poterat in falcidiam imputari : Scitum verò Trebellianum voluit simpliciter apud hæredem remanere quartam ex fidei-commissis; ergò quidquid fidei-commissi nomine hæres habuerit, id ei in quartam partem imputabitur. Utut suâ non careat soliditate hæc differentie ratio, mihi tamen non placet : Proinde istam assigno; quia scilicet penes hæredem legatis gravatum totum onus hæreditatis manet, non verò penes hæredem fidei-commissò gravatum, cum hic actiones tam activas, quam passivas, in fidei-commissarium transmittat, & tantum quoad quartam Trebellianam onus i. e. actiones sustineat. Addeque prior merito sublevatur, ut ea duntaxat imputet, quæ jure capit hæreditario. *Zoef. ff. ad Sc. Trebell. n. ult. Peres. Inst. de fidei-commiss. hered. Et ad Sc. Trebell. Dicit :*

Dicas: Legata & fidei-commiffa hodie per omnia exæquata funt; ergo ficuti in falcidiam tantum ea imputantur, quæ hæres jure hereditario caput, ita, & in Trebellianicam. *R. diff. ant.* legata & fidei commiffa particularia per omnia exæquata funt *conc.*, univerfalia, *neg.* Trebelliana autem deducitur à fidei-commiffio univerfali. *l. 1. §. tot. tit. ff. ad Sct. Trebell. Harp. n. 15. hic.*

Q. II. In quibus caufis falcidia locum habent? *R.* non tantum locum habere in legatis, fed etiam I. in fidei commiffio particulari. Ratio: quia legata & fidei commiffa particularia per omnia exæquata funt. *l. 1. ff. de leg. 1. Schneid. n. 14. Harp. prin. b. t. n. 14. Dissent. Zoëf. ff. ad leg. Falcid. n. 7. II.* In donatione mortis caufâ: fi hæres non habeat quartam. *l. 5. Cod. b. t. III.* In legatis ab intestato præftandis. *l. 10. Cod. b. t. IV.* In donatione inter vivos, quæ morte confirmantur. *l. 12. Cod. eod. ut est regulariter in donationibus inter virum & uxorem, quæ non valent, nifi morte confirmantur. l. 25. Cod. de donat. int. vir. & uxor. Schneid. loc. cit. n. 12. Zoëf. n. 4. §. 5. loc. cit.*

Q. III. An non lex Falcidia aliquando ceffet? *R.* in multis cafibus ceffare. I. Ratione privilegii in milite testante. *l. 7. Cod. b. t. II.* Facto testatoris fi hodie expreffis verbis detractionem hanc prohibuerit. *Nov. 1. cap. 2. §. aut. fed cum testator. Cod. b. t.* Dixi hodie; olim enim hanc detractionem prohibere non poterat, *l. 15. §. 1. §. ult. ff. h. t.* Ratio,

quare hoc in cafu jus vetus correctum fit, est hæc, ut rata & inviolata fervetur testatoris voluntas, *d. Nov. 1. §. fi vero expreffim.*

Dices: Sic hæres non adibit hereditatem, & per confequens voluntas testatoris corruet. *R.* quod in cafu recufantis hæredis adire hereditatem admittatur fubftitutus, legatarii, fidei-commiffarii, venientes ab intestato, &c. *Zoëf. ff. b. t. n. 29.*

III. Ceffat detraçtio falcidiæ: factò hæredis, fi non fecerit inventarium & hereditatem adierit. *l. fin. §. 12. Cof. de jure deliber.* Ratio: quia jura præfumunt ab hærede jam fuiſſe detraçtam falcidiam. *Zoëf. loc. cit. n. 73.*

IV. Si fcienter integra legata folverit, putans, se teneri de jure. *l. 1. Cod. b. t.* Dico *fcienter*: nam ignorantia dabit repetitionem, quatenus est facti, quia hæc probabilis est; fi fuerit ignorantia juris, ceffat repetitio, hæc enim improbabilis & intolerabilis est. *l. 9. Cod. b. t. Zoëf. n. 38. §. Schneid. n. 20. hic.*

V. Si dos prælagata fuerit uxori à marito. *l. 57. ff. b. t.* Ratio: quia uxor recipiendo legatum dotis, recipit id, quod suum est. *Schamb. hic. Zoëf. n. 42.*

Illud observa pro coronide, quod propterea, quia legata aliqua à detractione Falcidiæ immunita funt, reliqua legata non graventur, fed falcidia de iis duntaxat pro rata detraçatur. Ratio: quia aliàs privilegium conceffum aliquibus legatis nihil operaretur. *Schamb. in fine hic.*

TITULUS XXIII.

DE FIDEICOMMISSARIIS HÆREDITATIBUS,
ET AD SCTUM TREBELLIANUM.

SUMMARI A.

- 1 Fidei-commissa alia sunt universalia, alia particularia.
- 2 Quid sit fidei commissum universale?
- 3 Olim fidei-commissa non valuerunt.
- 4 Hodie non possunt relinqui, nisi capitibus testamenti factionis passive.
- 5 Relinquuntur testamentò, Codicillis, & ab intestato.
- 6 Si in testamento relinquuntur, necessaria est directi hæredis institutio.
- 7 Possunt pure, sub conditione, & ex certo tempore relinqui.
- 8 Fiduciarius hæres etiam post restitutam hæreditatem hæres manet.
- 9 Quid sit quarta Trebellianica?
- 10 Si hæres fiduciarius non velit sponte adire hæreditatem, potest cogi.
- 11 Cessat Trebellianica, si hæres in certa aliqua re particulari institutus est.
- 12 Quomodo ab intestato relinquuntur fidei-commissa?
- 13 Fidei-commissarius, si restituere rogatus est, an etiam deducat Trebellianicam?
- 14 Quando fidei-commissum sine teste valeat?

AD PRINCIP.

1 **P**ostquam actum est de institutione directa, & legatis, agendum modò de obliqua & fideicommissis. Quia autem fideicommissa alia sunt universalia, alia particularia, idè priori locò de universalibus nobis sermo erit.

§. SCIENDUM I.

Universale fideicommissum est: 2
Quando universum patrimonium per interpositam personam alicui relinquitur: ut, quia testator primo locò instituit directum hæredem, & ejus fidei committit, ut retentà quartà aditam hæreditatem alteri restituat, qui vocatur fidei-commissarius hæres; qui autem rogatus est restituere, vocatur fiduciarius hæres. Schamb. hic. Jam in ordine ad nostrum §. Sciendum, olim omnia fideicommissa infirma fuisset. Ratio est in textu; quia nemo invitus cogebatur præstare id, de quo rogatus erat.

Relinquebantur autem fideicommissa 3
solum iis, quibus aliàs directè in testamento aliquid relinqui non potuit, v. g. spuris, incestuosis, deportatis, peregrinis, &c. Et si tali personæ per verba obliqua ab hærede quid relictum fuerit, non tenebatur ullo vinculo juris ad restitutionem, sed tantum pudore quodam; quia turpe saltem erat, & grave, fidem lallere. Propter quam rationem postea D. Augustinus semel atque iterum iussit, ut consules suam auctoritatem interponerent, & cogerent fiduciarios hæredes fidei-commissariis præstare ea, quæ rogati essent restituere. text. hic. Ergò.

Sed circa hunc §. hodie duo sunt im- 4
mutata. I. Ut fideicommissum non licet relinquere iis, qui directò hæredes institui nequeunt, l. 1. Cod. de hered. inst. Ratio: quia legata & fideicommissa per omnia exæquata sunt. Sed legare non licet nisi

nisi iis, cum quibus est testamenti factio. §. 14. *Inst. de legat.*

II. *Fideicommissum* non ampliùs extra ordinem per interpretationem officii nobis persequimur fideicommissa, sicut olim, sed ordinariis actionibus, videl. fideicommissum universale per fideicommissariam petitionem hæreditatis. *tot. tit. ff. de fideicommiss. petit. hered. Manz. n. 17.*

Dices: Si hodie personis incapacibus non possunt relinqui fideicommissa, tunc erunt omnino inutilia: nam ad quid vellem capacem per obliquum instituere, quem possum directè instituere? Resp. ad hoc fideicommissa prodesse, quia hæreditas directò ex certo tempore non potest relinqui, §. 9. *Inst. de hered. Inst.* potest tamen relinqui per fideicommissum, v. g. *ut post. decennium Titio restituitur. Manz. n. 18.*

§. I N P R I M I S. 2.

Fideicommissa trifariam relinqui possunt: *Testamento, Codicillis, & ab intestato.* De fideicommissis, quæ testamento relinquuntur, agitur in *h. tit.* De illis, quæ codicillis relinquuntur, agitur in §. 2. *infra de codicill.* de iis verò, quæ ab intestato relinquuntur, agitur in §. 10. *infra h. t.* Et quidem, si quis velit in testamento relinquere fideicommissum, opus est, ut aliquis directus hæres instituitur, qui adent hæreditatem. Ratio: quia institutio hæredis est caput, & fundamentum testamenti, quo corrumpente totum testamentum corrumpit, consequenter etiam fideicommissa corrumpunt. *Manz. n. 6.* Formulæ verò fideicommissi tam universalis quam particularis sunt variae. Hodie verborum solennitas non attenditur, sed quælibet verba voluntatem testatoris declarantia ad fideicommissum apta videntur. *l. 2. Cod. commun. de legat.* Si quis tamen ita dixerit: *com-*

mendo tibi Titium, non erit fideicommissum. *arg. l. 78. §. 8. ff. ad SCrum Trebell.* Non tamen necesse est, ut testator totam hæreditatem per fideicommissam relinquat; nam & de parte restituenda hæredem rogare poterit. Idem enim juris de parte, quod de toto. *l. 76. ff. de R. V. Harp. n. 6. & 7.*

Quin, & liberum est testatori vel pupillari, vel sub conditione, imò ex certo die, v. g. *rogo te hæres, ut post quinquentium hæreditatem Titio restituis*, relinquere fideicommissum, *text. hic.*

Dices: Non potest alicui ex certo die relinqui hæreditas directò, ut supra §. 9. *de hered. Inst.* traditum; ergò nec per fideicommissum. Resp. *conc. ant. neg. consequ.* Ratio disparitatis: quòd in institutione directà, decederet quis pro parte temporis testatus, pro altera intestatus, quod est contra regulam juris, in *l. 7. ff. de R. J.* In fideicommissaria id non fit: Hæres enim institutus semper manet hæres, licet hæreditatem restituat. §. *segg.* Ratio rationis: quia hæredem esse, est juris, restitutio facti; Illa autem quæ sunt facti non tollunt ea, quæ sunt juris. *Schanb. Inst. hic.*

§. R E S T I T U T A. 3.

Tamet si fideicommissario restituta sit hæreditas, is tamen, qui restituit, adhuc hæres permanet, ex dicta ratione; quia hæredem esse est juris, restitutio est facti; ea verò quæ sunt facti, non tollunt ea, quæ sunt juris; ergò & semel hæres nunquam desinit esse hæres, *l. 7. §. 10. ff. de minor.* Is verò, cui restituitur hæreditas, i. e. fideicommissarius, aliquando hæredis, aliquando legatarii loco habetur.

Et quidem si tota hæreditas ei est restituta & restituta, tunc habetur loco hæredis. Si verò tantum pars bonorum vel res

particularis relicta est, habetur *loco legatarii*. *Harp. n. 5. & Manz. n. 3.*

Dices: Si hæres semper hæres permanet, sequitur, quod adhuc sit obstrictus & obligatus legatariis, & creditoribus defuncti, quod ab iis possit conveniri, &c. Item quod debitores defuncti sibi habeat obligatos, & solus ab iis debita exigere possit. *R.* sequelam omnino veram esse. Hæc tamen res correctionem recepit, ut mox audiemus.

§. ET NERONIS 4.

Quia hæres institutus, etiam restituta hereditata remanebat hæres, cogebatur, omnia subire onera hereditaria: & hinc fiebat frequenter, ut hæres hereditatem adire recusaret: Ideo S^Ctum Trebellianum Neronis Imperatoris temporibus Trebellio Maximò, & Annæo Senecâ consulibus factum & cautum est, ut actiones omnes tam activæ, quam passivæ, quæ aliis spectatò jure, non nisi hæredi & in hæredem dabantur, fidei-commissario & in fideicommissarium absque ulla cessione darentur. Quod quia in actionibus directis, utpote adherentibus contrahentium assibus fieri non poterat: ideò Prætor S^Ctum de utilibus actionibus sentire, & has utiles, non directas ei, & in eum dandas esse, interpretatus est. Ex quo colligitur, quod fideicommissarius, restitutione sibi ex hoc S^Cto facta, hæredis loco sit. *Schamb. hic.*

Dices: Si directæ actiones manent penes hæredem, adhuc poterit convenire & conveniri. *Resp.* posse omnino, sed actionem directam exceptione restitutæ hereditatis elidi. Et quidem, si totam hereditatem fidei-commissario restituerit, quoad totam hereditatem exceptione hac utetur. Si partem, pro parte restitutâ exceptione gaudet, quoad alteram partem ipse sustinebit onera. *Manz. n. 5. & 6.*

§. SED QUIA 5. & 6.

Et si S^Ctum Trebellianum non consuluerit hæredibus, eò ~~quod~~ fidei-commissarium onera transferret: non tamen satis consulit testamento, & voluntati testatoris, & ipsi fidei-commissario. Nam quia hæredes scripti, cum aut totam hereditatem, aut maximam ejus partem restituere rogarentur, adire hereditatem recusarent, ob nullum vel modicum lucrum fiebat, ut extinguerentur omnino fidei commissâ, & testatores sine hæredibus decederent. Hæredes enim, hereditatem non adente, delituitur testamentum, & neque legata, neque fideicommissa amplius valent. *l. 9. ff. de testam.* Quare postea Vespasiani Augusti temporibus, cum Pegasus & Puffio consulatum gererent, aliud S^Ctum factum est (ab autore suo Pegasianum dictum) quod. IV. capita continebat. I. Erat, quod hæres rogatus poterat retinere quartam, & illam de fidei commissis detrahere, sicut licet de legatis falcidiam detrahere. II. Quod propter illam quartam, quam retinebat, solus onera hereditaria ferebat, ita, ut fidei-commissarius pro legatario partiaro, qualis ille fuit, cui pars bonorum legabatur, haberetur, nisi inter ipsum & fidei-commissarium stipulationes de oneribus, & commodis hereditariis utrinque pro rata dividendis, interpositæ essent, *text. hic. III.* Quod rogato nolente retinere quartam, sed integram hereditatem restituere, interponebantur per numum imaginarium stipulationes emptæ & venditæ hereditatis, per quas hæres directus reddebatur fecurus, nec cogebatur subire onera hereditaria. Stipulatio autem inter emptorem & venditorem talis erat, quod venditor promittebat admittere omnia onera hereditatis.

tatis. IV. caput erat, quòd si hæres scriptus suscipiebatur hæreditatem fortè damnosam, aut alia ex causâ recusabat adire, ut variè sunt affectus & voluntates hominum, ac fideicommissarius postulabat, ut adiret scriptus hæres hæreditatem, poterat hic jussu Prætoris cogi ad adeundam, & restituendam hæreditatem. Quo in casu nullâ stipulationum formâ opus erat. Statim enim securus reddebatur, cum omnes actiones transferrent in fideicommissarium, & ipse coactus hæreditatem adisset. Verùm ista omnia exoleverunt; uti mox patebit: proinde non multùm attendenda.

§. SED QUIA 7.

Diximus in §. *preced.* IV. olim fuisse capita SCri Pegasiani; sed *Imperator* hic explicat, quatenus retentò primò & quartò capite, ea in SCrum Trebellianum transfuderit, atque ex duobus SCtis unum fecerit, quod Trebellianum vocari jussit: ratio est in textu; quia istæ stipulationes & ipsi antiquitati displicebant, utpote captiosæ.

9 *Quid ergò hodie obtinet?* Resp. si scriptus hæres sponte adiens hæreditatem rogatus fuerit, aut totam hæreditatem, aut supra dodrantem restituere, licitum est ei, vel quartam totam, vel quod quartæ deest, ex constitutione Imperatoris retinere (quæ proin vocatur quarta Trebelliana) aut si eam fideicommissario per errorem facti solverit, repetere; quo in casu pro rata portione actiones & onera inter hæredem & fideicommissarium dividuntur. *text. hic.*

AD V. SI VERO.

Si hæres sponte totam hæreditatem restituat, non retentâ quartâ, tunc omnes actiones hæreditariæ in fideicommissarium transeunt, & hæres ab omnibus

oneribus est liber, quia tunc fideicommissarius locò hæredis est.

AD V. SED ETIAM.

Colliges ex hoc V. quòd hæres scriptus, si recusaret hæreditatem adire, petente fideicommissario cogi possit adire, & sibi totam hæreditatem restituere: ita tamen, ut omnes actiones ad fideicommissarium, & contra eum transferantur.

Ubi tamen observa, tria concurrere debere, ut hæres cogi possit ad adeundam hæreditatem.

I. Quòd fideicommissarius caveat hæredi de resciscendo damno, si aliquid incurrat ex aditione hæreditatis. II. Quòd fideicommissarius sit capax fideicommissi. Nam hodie fideicommissum relictum ei, qui non habet testamenti fictionem passivam, non valet, sed deferretur tunc ad fiscum. *Schneid. u. 10. hic.* III. Quòd sit fideicommissum universale, non autem particulare; quia legatarius non potest cogere hæredem, ut adeat hæreditatem. *l. 16 §. Et generaliter ff. ad SCr. Trebell. Schneid. loc. cit. hic.*

§. NIHIL 8.

Quæ diximus obtinere in restitutione fideicommissorum, si quis ex assè hæres institutus, aut totam hæreditatem, aut pro parte restituere rogatur, eadem quoque obtinet, si quis ex parte hæres institutus totam eam partem, aut partem partis restituere rogatur, v. g. Si testator ita scribat: *Sejan in quadrante hæredem instituo, Et rogo te Sei, ut illum quadrantem, quam primum adieris, Mevio restituas.* In hoc casu æquè potest quartam partem de quadrante deducere, vel totum quadrantem fideicommissario restituere, & in eum molestias & onera rejicere. Ratio, quia quod in toto, quoad ipsum totum functum est, idem in parte

quoad partem ipsam censendum. Si itaque quadrans ille conficeret, & contingeret 800. fl. possit hæres 200. retinere, reliquos cum suo onere Mævio restituere. *Manz. hic.*

§. SI QUIS UNA. 9.

II Si quis unâ aliquâ re particulari deductâ, quæ quartam continet, jubeatur reliquum restituere, ut si testator dicat: *Sempronium heredem instituo, & rogo te Semproni, ut acceptâ vel deductâ re singulari, v. g. domo, hereditatem Titio restituas*: non potest aliam quartam deducere, sed perinde tenetur restituere, ac si quartam nomine hæreditario haberet: *text. hic.* Ratio: quia æque multum, imò plus lucri habet.

AD V. SED ILLUD.

In hoc tamen differt fideicommissarius, qui certam aliquam rem pro Trebelliana deducere jussus est, ab illo, qui jussus est, à tota hereditate suam quartam detrahere, quod prior habeatur loco legatarii, ita, ut habeat illam rem absque omni onere hæreditario, posterior non etiam: quia sciuntur actiones & pro dodrante transferebantur ad fideicommissarium, pro quadrante verò remanent apud heredem. *text. hic.*

Quid si hæres jussus est unam certam rem deducere in qua maxima pars hereditatis continetur? R. quòd adhuc legatarius eam sine omni onere habeat, ita ut omnia onera & actiones in fideicommissarium transferat, ne tamen invitus oneribus subiciatur, potest fideicommissarius deliberare, an expediat sibi reliqua bona cum onere restitui. *Scheid. & Manz. hic.*

§. PRÆTEREA. IO.

12 Actum de fideicommissio relicto in tes-

tamentis. Sequitur de eo, quod ab intestato relinquitur, v. g. *Si quis heredem ab intestato successurum in collicellu roget, ut hereditatem vel totam partem alteri restituat.* Quo casu etiam Scto Trebelliano locus erit. Ratio vero dubitandi videtur fuisse ea, quòd nemo debeat gravari, qui non est honoratus: hæres autem ab intestato non videntur esse honorati. Verum R. quòd etiam hos testator honoret, eò quòd alium per testamentum non instituat, quemadmodum posset. *Schamb. hic.*

Non tantum fideicommissa, sed etiam legata hodie ab intestato relinqui possunt: quia legati & fideicommissi natura confusa est. Dico *hodie*: olim enim legata ab intestato relinqui non poterant, quia erant accessoria ad testamentum: adeoque sine principali non potuere subsistere. *Manz. n. 6. & 7.*

§. EUM QUOQUE II.

Ipsè quoque fideicommissarius rogari potest, ut id rursus, quod sibi relictum vel pro parte vel in totum, vel etiam aliud quid restituat alteri. Ratio nulla est alia, quam ut custodiatur voluntas testatoris. Et hoc hodie frequenter fit in fideicommissis perpetuis familiæ; ubi specialiter senior de familia gravatur fideicommissum in familia conservare, & post mortem suam alteri futuro seniori restituere. *Manz. n. 3. & 4.*

Q. *An etiam tunc fideicommissarius iterum quartam detrahere possit?* Resp. *negative*; tum quia non est textus, tum quia ratio inductiva quartæ cessat, cum jam sit adita hereditas, & sic testator non moriatur intestatus. Limitatur, si hæres fiduciarius in gratiam fideicommissarii eam non detraxerit; tum enim is detrahere poterit. *l. 1. §. Neratius 12. ff. d. 4. Schamb. hic.*

§. ET QUIA FINALIS.

14 Proponitur in hoc §. jus novum à *Juliano Imperatore* introductum, videlicet fideicommissum etiam sine testibus aut scripturâ relictum valere, de quo extat in *l. ult. Cod. de fideicommiss.* Nam ante hanc constitutionem fideicommissa, non nisi §. testibus munita relinqui poterant. *L. ult. §. ult. Cod. de Codicill.* Ex illa autem constitutione talis potest figurari casus.

Testator vocavit ad se suum hæredem, ab intestato, vel cum jam antea fecisset testamentum hæredem, in eo institutum & illum rogavit remotis omnibus arbitris, ut *Sempronio* post testatoris mortem totam hereditatem vel partem aliam quam restitueret. *Sempronius* id rescivit, & mortuo testatore ab hærede fideicommissum petit, hæres negat suæ fidei quidquam commissum esse. *Sempronius* quia sine scriptura, & testibus fideicommissum relictum est, sufficienter id pro-

bare non potest. Q. quid juris? Resp. quod fideicommissarius *Sempronius* possit hæredi deferre juramentum, præstito tamen prius juramento calumnie, quod semper cogitur præstare is, qui alteri desert juramentum. *l. 34. §. qui jurandum ff. de jurejur.* Et tunc aut cogitur hæres jurare, non esse relictum fideicommissum, aut solvere; nec potest tale juramentum fideicommissario referre, sed recusans jurare, habetur pro confessio. Item non potest confugere ad solennitates juris civilis, & opponere, quod voluntas testatoris non fuerit solennis propter mendacium præcedens. *d. l. fin.*

Si verò ab initio constitatur fideicommissum relictum esse, sed excipit de minus solenni voluntate, tunc auditur. *l. 25. Cod. de fideicommiss.* *Schneid. hic.* in foro tamen poli fideicommissum præstare tenetur, quia constat de voluntate testatoris, ex qua confurgit obligatio naturalis.

TITULUS XXIV.

DE SINGULIS REBUS PER FIDEI-COMMISSUM RELICTIS.

SUMMARI A.

- 1 Definitur fideicommissum particulare.
- 2 Non tantum res sua, sed etiam aliena legari potest.
- 3 Libertas an per fideicommissum rectè relinquatur?
- 4 Quibus verbis relinquuntur fideicommissa.

Actum est de fidei-commissio univ-
fali, sequitur nunc de particulari.
Est autem fidei commissum particulare,
quando res aliqua singularis, ut equus,
scyphus, &c. per interpositam personam ali-
cui relinquatur. Hoc fidei-commissio par-

ticulari gravari potest non tantum hæ-
res, sed etiam fidei-commissarius tam uni-
versalis, quam particularis, & in genere
omnis, qui honoratus est, etiam legatarius,
quamvis olim à legatario legari non po-
tuerit. Ratio: quia legata imperative, v.
g. *jubeo, mando, damnus esto, &c.* fidei-
commissa precative relinquuntur, soli
autem hæredi imperare, rogare autem
quemlibet possumus. Dixi *olim*, cum
enim hodie legata fidei-commissis exæ-
quata sint, §. 3. *hyst. de leg. l. 2. Cod. commun.*
*de leg. etiam à legatario legatum relinqui po-
test. Schamb. & alii hic.*

§. POTEST AUTEM. I.

2 Sicut quælibet res in commercio testatoris sive hæredis, sive etiam aliena sit, legari; ita etiam eadem per fidei-commissum relinqui possunt: ubi si res aliena relicta fuerit, tenetur gravatus, sicut in legatis eam emptam, vel si redimi non possit, communem rei illius æstimationem præstare, ratio non est alia, quam quòd legata fidei-commissis exæquata sint. *Manz. n. 4.*

Illud tamen observandum est, quòd nemo in plus gravari possit, quam à testatore honoratus est; unde si testator ita scripserit: Titio 40. do, lego; rogo autem te Titi, ut 100. restituas Cajo, quoad excessum ultra 50. fidei commissum inutile est. Ratio; quia nemo in plus gravari potest, quam à testatore honoratus est. *text. hic.* Sed valetne fidei-commissum quoad 50. *R. affirmativè, ne utile per inutile vitietur. cap. 37. de R. J. in 6.*

Ob. l. 70. §. 1. ff. de legat. 2. ubi dicitur: quòd si legator legaverit alicui certam quantitatem pecuniæ, & legatarium gravarit, ut alteri fundum aliquem, qui in valore suo quantitatis pecuniarum legatum excedit, restituat, non liberetur legatarius, si velit veram fundi æstimationem, vel tantum partem fundi pro modo quantitatis legatæ præstare, sed teneatur ad fundum præstandum, licet hic plus valeat, quam quantitas legata; ergo potest quis in plus gravari quam honoratus est. *R.* non mirum esse in casu *d. l. 70. §. 1.* legatarium ad præstationem fundi teneri; quia accipiendo pecuniam eà conditione sibi relicta, ut ex rebus suis aliquid præstaret, intelligitur per acceptationem pecuniæ rem suam non plus æstimasse, quam quanta illa

pecunia est. Ideoque fundum præstando non censetur plus præstare, quam ex testamento accepit. *Harp. n. 5. hic.*

§. LIBERTAS. 2.

Libertas quoque per fidei-commissum relinqui potest non tantum servo proprio, sed etiam alieno; quo casu mittere: quòd si autem venalis non sit, differtur quoad possit redimi & manumitti; dominus enim non tenetur eum vendere, nisi ille ex iudicio testatoris quid acceperit, tunc enim eum vendere tenetur. Est autem differentia, an servo per legatum, an per fidei-commissum libertas relicta sit? Priori enim casu sic libertus testatoris, diciturque Orcinus aut Plutonicus, quasi libertus ejus, qui ivit ad Plutonem vel Orcum.

Non potest autem directò dari libertas, nisi ei, qui & testamenti & mortis tempore in potestate testatoris est; qui enim per fidei-commissum libertatem relictam habet, cum eam per manus tertii acquirat, ejus libertus efficitur. *Schamb. hic.*

§. VERBA FIN.

Docet in §. *Imperator*, per que verba possint fidei commissu relinqui. Non enim curatur, an sint præceptiva verba, ut *mando, volo &c.* vel rogativa seu precaria, *rogo, peto, &c.* quia potius voluntas, quam verborum solennitas attenditur. Planè verba commendatitia vim fidei commissi non habent: aliud enim est personam commendare, aliud voluntatem suam fidei-committentis hæredibus insinuare. *Harp. hic.* Deinde debet certum aliud determinatè relinqui, quod non fit per verbum *commendo.* *Manz. n. 5.*

TITULUS XXV.

DE CODICILLIS.

SUMMARI A.

- 1 Quid sit codicillus?
- 2 Codicilli sunt cum testamento, & sine testamento?
- 3 Quomodo cum testamento fiant?
- 4 Item quomodo ab intestato.
- 5 Enumerantur requisita codicillorum.
- 6 Quae sit differentia inter testamentum & codicillos?
- 7 In codicillis directe non potest dari hereditas.
- 8 Quibus modis codicilli instrumentur?
- 9 An institutio heredis in codicillis directe facta trahatur in fideicommissum?
- 10 Testamentum ob preteritionem nullum virtute clause codicillaris sustinetur in vim fideicommissi.

AD PRINCIP.

In hoc principio traditur origo codicillorum. Nam ante Augusti tempora in usu non fuerunt: sed quia Augustus implevit voluntatem Lucii Lentuli, scriptam in codicillis, & filia Lentuli solvit legata per patrem in codicillis relicta; Augustus adhibuit in consilium Jurisconsultum Trebatium, cum quibusdam aliis sapientibus viris, an usus codicillorum esset recipiendus? Quibus visum est, non solum utilissimum, sed etiam necessarium, propter magnas & longas peregrinationes, ut cum testamenta, forte propter deficientem numerum testium aliqui facere non possent, eis codicillos facere liceret. *Schneid. n. 8.*

§. NON TAMEN. I.

PRO pleniori hujus §. intellectu notandum est, codicillos duobus modis fieri posse: cum testamento, & sine testamento. 2

Cum testamento fiunt codicilli, quando quis facit & testamentum & simul codicillos. Quod tribus modis fieri potest. 3

I. Ante testamentum. II. Post testamentum. III. In ipso testamento.

Ante testamentum fiunt codicilli, quando testator primo fecit codicillos, & postea testamentum. Et licet olim ante testamentum facti non valerent; nisi per testatorem in testamento sequenter expressè essent confirmati, *text. hic.* Hodie tamen valent, sive ante, sive post testamentum conditi fiant. Ac etiam si in testamento expressè non fuerint

CONTINUATIO.

Hucusque sufficit dixisse de majoribus ultimis voluntatibus, quae testamenta nuncupantur: Nunc sequitur de minoribus ultimis voluntatibus, quae codicilli appellantur. Codicillus autem nihil est aliud, quam ultima voluntas minus solennis, absque institutione heredis, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, coram 5. testibus declarata. Ita accurate *Schneid. n. 3.* Germano Idiome codicillus definitur: Ein Codicill ist ein Begriff eines letzten Willens, darinn kein Erb eingesetzt, noch die Zierlichkeit eines Testaments gebraucht, sondern allein Particular-Geschäfte, von den Geschäften verordnet werden. *Manz. hic. n. 2. **

Kees ad Instituta.
(*) Quae ultima verba, solummodo aliam particularem dispositionem absque generali factam expriment.

fuert confirmati, tamen ipſo jure confirmari cenſentur, niſi expreſſe appareat teſtatoreſ mutäſſe voluntatem & eos revocaſſe. Ratio; quia præſumitur teſtator perſeveraſſe in priori voluntate. Quod enim non mutatur, quare ſtare prohibeatur? *l. 27. Cod. de teſtam. Manz. n. 11.*

Post teſtamentum ſunt codicilli, quando primò fecit teſtamentum & poſtea codicillos, & ſi expreſſe in eo confirmantur, dicuntur eſſe confirmati in futurum; veluti ſi dicatur in teſtamento ſoleſſi: *Codicillos, quos faciam, valere volo*: confirmatio tamen neceſſaria non eſt, uti dictum.

In ipſo teſtamento ſunt codicilli, quando quis facit teſtamentum, & ſimul in ſubſidium codicillos, ut tunc demum valeant codicilli; cum teſtamentum non poſſit valere, ut teſtamentum: quia fortè ſunt adhibiti tantum ſex teſtes; & adjecta eſt clauſula codicillaris: *Si non valet jure teſtamenti, volo, ut valeat tanquam codicillus, & omni meliori modo, quo valere poteſt.* Ex quo

Colliges differentiam inter codicillos ante teſtamentum, poſt teſtamentum, & in ipſo teſtamento factos. Nam quando teſtamentum eſt nullum, tunc etiam codicilli ante & poſt teſtamentum facti corruunt, quia ſunt acceſſorium, & omne coram jus ex teſtamento pendet. *l. 16. ff. de jure Codicill.* Codicilli verò in teſtamento i. e. in ſubſidium teſtamenti facti, irritò factò teſtamento non corruunt, ſed incipiunt tunc habere ſuam vim & firmitatem.

II. Fiunt codicilli ſine teſtamento ab inteffato, cum teſtator ſimpliciter facit codicillos non conditò teſtamento. Et iſti codicilli per ſe ſtant, nec habent dependentiam à teſtamento, neque re-

quirunt tacitam, vel expreſſam confirmationem in teſtamento, cum ſine teſtamento ſiant, & vicem teſtamenti obtineant. Et ſicut teſtamentum in ſcriptis & ſine ſcriptura, ita codicilli ad ſimilitudinem teſtamenti tam in ſcriptis, quam ſine ſcriptis fieri poſſunt; modò decedens convocatis 5. teſtibus exponat, & declaret, quid poſt mortem ſuam fieri velit. *Schneid. n. 28. Clariff. D. D. Franz. Inſt. hic. n. 5.*

Q. *Quid ergò ad codicillum requiratur, & que ſolemnitas, que forma?* R. I. requiri, ut iſ qui codicillatur, habuerit codicillandi poteſtatem. Poteſt autem ille ſolus, & illi omnes codicillos facere, qui & teſtamentum condere poſſunt. Unde qui teſtari prohibentur, etiam à poteſtate codicillandi coercentur. *l. 6. §. 3. ff. h. t.*

II. Ut adhibeantur 5. teſtes: quia in omni ultimà voluntate requiruntur ad minus 5. teſtes. Non autem requiritur, ut teſtes ad hoc ſint ſpecialiter rogati, ſufficit enim, quòd tortuitò advenierint. *L. fin. Cod. de Codicill.* Imò & ſœminam in codicillis teſtem adhibere poſſe, verius obtinet. *Harp. §. ult. h. t. n. 8.*

III. Si codicilli facti fuerint in ſcriptis, neceſſaria eſt teſtium ſubſcriptio non tamen requiruntur eorum ſigilla. *Schneid. n. 2.*

§. CODICILLIS. 2.

PRæcipua inter teſtamentum & codicillos hòc loco traditur differentia, videlicet quòd in codicillis hæreditas directò dari non poſſit, niſi miles ſit. *l. 36. ff. de teſtam. milit.* & quia contrationum eadem eſt diſciplina, neque in iis hæreditas poteſt adimi, aut exhæredatio ſcribi. Ratio eſt in *textu*; ne confundatur jus teſtamentorum & codicillorum. *b. e.*

v. e. ut differentia aliqua sit inter testamentum & codicillos.

7 Dixi directò: nam per fideicommissum hæreditas in codicillis relinqui potest, v. g. hoc modò: *Rogo te hæres mi, ut, cum primùm adieris hæreditatem meam, eam Sejo restituas & reddas.* Et in hoc casu, hæres erent quarta Trebelliana tenetur ad restituendam hæreditatem fideicommissario. *L. ab intestato 16. ff. de jure codicill.* Ratio porrò, quare directà institutio possit fieri in testamento, non vero codicillis, ista esse videtur: quia per hæreditatem directam transfertur familia, quæ juris civilis est, ut actu civili tantum, i. e. testamento transferri, fideicommissam verò ex jure naturali & æquitate profuat, ut etiam per codicillos relinqui possit. *Schamb. hic.*

AD V. NEC CONDITIONEM.

Sicuti directò in codicillis non licet instituere, ita quoque non licet directò substituere, & ita scribere: *Si Titius non erit, Cajus hæres esto.* Ratio, quia substitutio est secunda hæredis institutio. Deinde, sicut hæreditas non potest simpliciter adimi in codicillis: ita quoque non potest hæredi in testamento instituto in codicillis conditio adijci, dicendo: *Titium, quem in testamento heredem esse jussi, heredem esse volo, si navis ex Asia venerit.* Ratio: quia in defectum conditionis videtur quis cognovisse de ademptione hæreditatis. Itaque rejectà conditione hæres tamen succedet, ac si purè institutus esset. *L. 6. ff. de jure codicill. Manz. n. 9.*

S. CODICILLOS. FIN.

I. Differentia, quæ discernitur testamentum à codicillis, est, quòd non liceat facere plura testamenta,

ut simul valeant; potest tamen aliquis facere plures codicillos diversi tenoris, ita, ut omnes valeant. Ratio differentie: quia in testamento universa hæreditas, quæ est una; codicillis verò res singulæ, quæ sunt plures, relinquuntur. *Manz. n. 3. & Harp. n. 2.*

III. Differentia inter testamentum & codicillum est, quòd testamentum multis solemnitatibus debeat esse instructum: Codicilli autem nullam (quam particulam negativam non ita intellige, ut penitus nulla solemnitas requiratur, sed non tanta, quanta in testamento) solemnitatem desideret. *text. hic.*

Et sunt: quæ pro declaratione textus in hoc titulo sunt necessaria. Verùm cum adhuc aliqua sint scientià digna, ideò prolixius in *hinc tit.* lubeat excurre. Itaque,

Q. I. *Quibus modis codicilli infirmantur?* R. iisdem modis codicillos infirmari, quibus testamenta, præsertim si fuerint facti cum testamento; tunc enim corrueunt principali, i. e. testamento, corrueunt etiam accessorium, i. e. codicilli. *l. 1. Cod. b. t.* nam omne jus & robur codicilli ex testamento dependet, ut dictum suprà. Itaque si hæreditas ex testamento non adeatur per ipsum heredem scriptum, neque legata in codicillis debentur. *l. si quis §. fin. ff. de jure codicill.*

Codicilli ab intestato iisdem extinguuntur, quibus testamenta. Exceptò unico casu: nam agnatione posthumi codicilli ab intestato non rumpuntur. *l. ab intestato 16. ff. eod.* Et in hoc differunt codicilli à codicillis cum testamento factis.

Sicut enim testamentum agnatione Posthumi rumpitur, ita & codicilli cum testamento facti. *l. 1. Cod. b. t.* Codicilli

cilli autem ab intestato sic non reputantur, quia & tunc posthumus ab intestato censetur rogatus præstare legata in codicillis. *Schneid. n. 1. hic.*

- 9 Q. II. Si directè in codicillis instituat heres, an actus nihil operetur, h. e. an voluntas testatoris non sustineatur tanquam relicta verbis obliquis, ut venientes ab intestato censeantur rogati deducta Trebellianicâ reliquam hereditatem instituto in codicillis, restituere? *R. Papinianus in l. 13. §. 1. de jure codicill. ubi ita scribit: Tractari solet de eo, qui cum tabulas testamenti non fecisset; Codicillis ita scribit: Titum heredem esse volo. Sed multum interesse, utrum fideicommissariam hereditatem à legitimo per hanc scripturam, quam codicillorum instar habere voluit, reliquerit, an verò testamentum facere se existimaverit, nam hoc casu nihil à legitimo peti poterit.* Ex quo inferunt interpretes; si de voluntate constet defuncti, quòd is verè codicillos facere voluerit, institutionem directè in codicillis factam, flecti in obliquam. Cujus ratio est hæc; quia cum testator sciat, in codicillis heredem institui directè non posse, vel scire debeat, & defunctus non censeatur ludere voluisse, idè leges flectunt verba directà in obliqua.

Sin verò is testamentum facere voluit, & non complevit, tum nihil valet ex ratione: quia *id, quod voluit, non potuit; & quod potuit, non voluit. l. 1. ff. eod.* Nisi clausula codicillaris (v. g. si non valet testamentum, valet ut codicillus, vel valet omni meliori modò, quo de jure valere potest) apposta sit, tum enim valebit jure codicilli, nisi probetur eam clausulam à Notario citra

testatoris jussum esse appositam, *Schamb. hic. Schneid. n. 1. §. 2. h. t.*

Q. III. & ultimò: An testamentum ob præteritionem sui hæredis nullum, virtute clausule codicillaris sustineatur; Negant *Manz. tract. de testam. tit. 8. ampliat. 29. Harp. §. 1. h. t. n. 25. Fach. l. 4. cap. 11.*

Moventur: quia talis clausula non operatur vim fideicommissi, si testamentum sit inofficiosum. *l. Titii 13. ff. de inoff. testam.* ergò nec operabitur, si testamentum sit nullum. Sed placet, sustineri in vim fideicommissi. *Schamb. hic.*

Prob. I. per l. 16. ff. qui testam. fac. poss. ubi dicitur, quòd clausule codicillaris ea sit vis, ut omninò valeat id quod relictum est; atqui etiam tali casu valere poterit, si dicamus summi præteritum, utpote heredem legitimum esse rogatum, ut hereditatem illam hæredi scripto restituat; ergò.

Prob. II. ex l. generaliter 24. §. ex testamento ff. de fideicommiss. heredit. ubi dicitur: ex testamento, quod agnitione posthumi raptum esse consilii, neque directas libertates petere, neque fideicommissarias deberi, si quis non à legitimis quoque hæredibus paterfam. reliquerit. Ergò si à legitimis quoque hæredibus reliquerit, competent, atqui per clausulam codicillarem censetur à legitimis quoque hæredibus reliquisse *d. l. 16. ergò.*

Ad rationem dubitandi. *R. ant. verum esse de jure veteri.* Ratio datur à lege, cò quòd in testamento inofficioso censeantur quasi à demente esse relicta, à quo relicta non valent. *Dilicta, à quo relicta non valent. Dixi de Jure veteri; nam hodie per quærelam sola institutio rescinditur, cætera namque firma manent. autb. ex causa Cod. de lib. & possib. ut proinde hodie*

hodie etiam inofficiosum testamentum
vigore clausulæ codicillaris in vim fi-
deicommissi valere, non ineptè dix-
eris. Habes itaque, auditor studiosissime
(ut hoc anno me facturum adspondi,)

completum in II. Institutionum Im-
perialium librum (qualiscunque sit)
commentarium. Tu facias, velim, ut
in fine II. libri scientiâ juris nulli sis
secundus.





INSTITUTIONUM
IMPERIALIUM
LIBER III.

TITULUS PRIMUS
DE
HÆREDITATIBUS,
QUÆ AB INTESTATO DEFERUNTUR.

SUMMARIA.

- 1 Transitio.
- 2 Liberi ab intestato succedunt tam de Jure Divino, naturali, quam Civili.
- 3 Quotuplices dentur Liberi?
- 4 Liberi naturales, & legitimi succedunt exclusis omnibus ascendentibus, & collateralibus.
- 5 Nec refert Masculi sint, an Fœmine.
- 6 Limitatur in feudis.
- 7 Nisi fundum sit Fœmineum.
- 8 In Austria Filie Patri non succedunt.
- 9 Ita ut neque legitima iis debeat.
- 10 An consuetudo ista etiam ad successionem Fraternali extendatur?
- 11 An consuetudo ista valeat, quæ Filie remouentur à Paterna legitima?
- 12 Differentia suitatis & emancipationis sublata est.
- 13 An posthumi succedant?
- 14 An Clerici?
- 15 Monachi quomodo succedant suis Parentibus?

- 16 Si novicius moriatur, quis ei succedat?
- 17 Primogenitura quid sit?
- 18 An refragetur rationi?
- 19 An Nepos ex Primogenito præferatur in successione Patruo?
- 20 Probatur affirmativa.
- 21 Resolvuntur objectiones.
- 22 Si omnes Liberi sint in primo gradu, successio fit in capita.
- 23 Quomodo fiat successio, si omnes sint in remotiori gradu?
- 24 Quid si aliqui in primo, aliqui in remotiori?
- 25 Proximior non excludit remotiorem, si Jus representationis locum habeat.
- 26 Liberi legitimated quomodo succedant?
- 27 An legitimated per subsequens matrimonium succedant in feudis?
- 28 Quomodo succedant Liberi legitimi tantum?
- 29 Item naturales tantum?
- 30 Ex damnato coitu nati nec Patri nec Matri succedunt.
- 31 32 33 34 & 35 Ascendentes quomodo succedant descendentibus?
- 36 Succeduntne Parentes Liberis cum vel sine distinctione Bonorum?
- 37 An defuncti frater utrinque conjunctus præferatur Avo suo.
- 38 Quomodo fiat successio, si cum ascendentibus concurrant Fratres Germani, & horum præmortuorum Filii?
- 39 Quomodo succedant Parentes legitimi?
- 40 Et naturales tantum.
- 41 Quid per Albertinam constitutionem introductum sit?
- 42 & 43 Explicantur aliqui casus, quomodo de Jure Austriaco fiat successio.
- 44 Juxta consuetudinem Austriacam, Erbschafften fallen nicht zuruck, non habet locum in linea collateralis ascendenti.
- 45 An Albertina repugnet Juri nature?
- 46 Quando succedant collaterales?
- 47 Et quomodo succedant?
- 48 In successione feudali agnati præferuntur cognatis.
- 49 De Jure Austriaco Frater consanguineus cum Fratre Germano in bonis paternis aequaliter; in maternis verò, & ab ipso defuncto acquisitis solus Germanus succedit.
- 50 Demonstratur in figura.
- 51 Qualis fiat successio, si Fratres consanguinei & uterini concurrant?
- 52 Qualiter succedatur, si cum Germanis concurrunt Fratrum prædefunctorum Liberi?
- 53 Quomodo fiat successio, quando Fratrum Germanorum Filii soli concurrunt.
- 54 & 55 Agitur de successione Fratrum consanguineorum & uterinorum.
- 56 57 58 & 59 Agitur de successione Fratrum legitimorum, legitimorum tantum, & naturalium tantum.
- 60 Quomodo vir & uxor sibi invicem succedant.
- 61 Pacta dotalia cum primis servanda sunt.
- 62 De Jure Austriaco Vidua gaudet Jure retentionis.
- 63 Quid operetur illa clausula: Was beyde Theile wachrender Ehe mit einander eroberen, solle ein gleiches Gut seyn?
- 64 Bona constante Matrimonio acquisita in dubio præsumuntur per Maritum acquisita.
- 65 Quiquid durante Matrimonio acquiratur, ad Maritum spectat.
- 66 Agitur de supra dicta clausula.
- 67 Si nulla adfuerit littera dotalitatis, quid Juris?

- 68 *Quomodo de Jure Civili novissimo
conjuges invicem succedant.*
69 *Quando succedat Fiscus?*
70 *Quid requiratur, ut bona dicantur
vacantia?*
71 *Si quis in peregrinatione moriatur,
quis succedat?*
72 *In Gallia receptum est Jus Albigani.*

S E C T I O I.

Primum in successione ab intestato² locum obtinent descendentes, seu liberi tam ex lege Divina, *Epist. Pauli ad Galat. c. 4. v. 7.* in illis verbis: *Si filius? ergo heres: quàm naturali. l. 7. ff. de boni. damnat. Nov. 1 §. 1. ibi: secundum ipsam naturam.* *Harp. n. 55. Gomez. tom. 1. var. resol. cap. 1. n. 2. Quam etiam Civili. §. 2. Inj. de hered. qual. & diff. §. 1. h. t.*

Sunt autem Liberi varia in differentia³: alii enim sunt *naturales*, & *legitimi simul*: alii *naturales tantum*: alii *legitimi tantum*: alii *spurii* seu *vidgò quæsit*: alii *ex damnato coitu nati*: de quibus vide, quæ diximus *lib. 1. tit. 11. mon. 2* Ille illud discutiendum, quinam & quomodo succedant ab intestato? itaque sic

§. 1. De Successione Liberorum naturalium, & Legitimorum simul.

Circa Liberos naturales & legitimos⁴ simul statuenda est regula, quòd succedant Parentibus ab intestato, exclusis omnibus ascendentibus, & collateralibus. *Nov. 118. cap. 1. Auth. in successione Cod. de stir. & legit.* Ratio est; quia hos natura simul & Parentum commune votum ad successionem vocat. *l. 2. ff. Unde Liberi.* Ratio alia; quia hi vivo etiam Parente quodammodo honorum paternorum domini reputantur, *l. 11. ff. de lib. & posthum.* Quòd verò excludantur ascendentes, ratio est; quia amor descendit, non ascendit, & stimulus naturalis hortatur ad prius cogitandum de liberis, ita, ut filii non debeant thesaurizare Parentibus, sed hi filiis suis. *cap. 6. de cens. lib. Manz. num. 3.*

C O N N E X I O.

Quando quidem antiquatæ sunt materię, quæ à Tit. 1. usque ad Titul. 14. secundum Institutionum ordinem hoc Libro traduntur; ideò his non diu immorandum, sed potius duxi, properandum esse ad Jus, in foro & curia usitatum, quod contineri videas in *Nov. 118.* cujus explanationem priusquam aggrediar, ponenda est ratio ordinis; teste enim *Socrate ad Xenophontem lib. 5. de dictis Socrat.* recto ordine nihil pulchrius, nihil præclarior, nihil ad usum accommodatius est, tum quòd ad rei, de qua agitur, cognitionem, & intelligentiam mirifice conducit, tum quòd memoriam cæteroquin labilem *l. 44. ff. de acq. vel amit. poss.* plurimum juvet, & artificiosè informet. Sit proinde

T R A N S I T I O.

Hereditatem vel ex Testamento, vel ab intestato nobis deferri, dictum est §. ult. *Inj. per quas person. cuig. accq.* postquam verò vidimus, quomodo ex testamento: Superest, ut dispiciamus, quomodo ab intestato deferatur. Intestatus autem dicitur, qui non relinquit testamentarium heredem; & ordo succedendi ab intestato triplex est, puta, *descendentium, ascendentium, & collateralium.* Quos tres ordines, ut distinctè tradamus, sic

¶ Illud non refert : I. *cujus sexus sint Liberi, Masculi, an Fœmine*, nam æqualiter omnes succedunt, *d. Nov. 118. cap. 1.* Ratio, quia successio ab intestato ex cognatione causam trahit; fœminæ autem non minus cognatæ sunt, quàm Masculi, *Harp. n. 58. Schneid. n. 5. Gomez. loc. cit. n. 3.*

¶ Quod procedit I. in allodialibus, non etiam in bonis feudalibus; enim verò in fœdis fœminæ regulariter non succedunt. *Tit. 1. §. 3. & Tit. 8. de success. feud.* Ita, ut si feudum alicui, & hæredibus ejus datum concessumve sit, masculino duntaxat, non etiam fœminis concessum esse intelligatur: Inspectis enim jure feudorum sub nomine hæredis veniunt duntaxat Masculi, *per text. in tit. 13. de alienat. feud. §. est lib. 1. feud. Fach. lib. 7. cap. 3. 4. 7. 42. & 43. Myssing. cent. 5. ob. 72. n. 6. Harp. num. 158. bic. & plures ab eo allegati.* Ratio verò exclusionis est; tum, quia fœmina ab omnibus Civilibus Officiis remota est. *l. 1. §. 2. l. 2. §. 1. ff. ad S. C. Vell.* Nec militaria Servitia (propter quæ feuda concedi solent. *Tit. 24. §. Item qui. lib. 2. feud.*) obire & dominum armis juvare, & defendere potest: tum quia feuda in favorem Familiarum propagandarum constituuntur. Familias verò per Masculos, non per fœminas conservari, in confesso est. Sanè si feudum sit Fœmineum, quale censetur esse, in quo Fœmina ab initio investita est, germanicè: *Ein Weiber- oder Gmichel-Leben*; etiam Fœminæ ad successionem feudi admittuntur. *Cap. un. de feud. femin. & cap. un. de natura successioni feudi. Vulgè de feud. lib. 1. cap. 9. n. 32. Engel. ad decret. tit. de feud. n. 20. Clariff. D. P. Konig. ibid. n. 40.* Unde si de materia feudali sermo fiat, jam alibi monui, ante omnia esse inspicendum tenorem investituræ.

Kses ad Institut.

¶ Procedit II. Nisi consuetudine vel statuto introductum sit, ut pro conservatione Familix nobilium, & personarum illustrium, filix tantum in bonis maternis æqualiter cum suis fratribus succedant, in bonis autem paternis certam duntaxat portionem habeant; eaque contentæ esse debeant.

¶ Quemadmodum in hac nostra Austria per usum, & consuetudinem obtinuit, ut existentibus filiis filix provinciales ab hæreditate paterna removeantur, atque certâ nomine dotis assignatâ portione contentæ esse jubeantur. *Suttinger in manuscript. lit. Verzüchten*, his verbis: *Est ist zu Wissen. . . i. e. Tenendum est, quod in universa Austria nostra inter illustres ac nobiles, fœmine seu filix, nequaquam cum masculis seu filiis ad hæreditatem paternam admittuntur: Etenim que nupsit, ab ea hæreditate propter necessario factam renunciationem; penitus excluditur. Verùm inupta etiam, quinquam ea non renunciaverit familiæ, tamen à fratribus nihil, præter victum cultumque status convenientem, donec nubat, exigere potest: deinceps verò dote, que pro moribus & consuetudine virgini elocandæ, mediante renunciatione constituitur, contenta esse debet.*

¶ Quæ ipsa constitutio Austriaca in tantum extenditur, ut Pater suis filiabus neque legitimam teneatur relinquere. *Sutting. loc. cit. ibi: Es ist auch. . . i. e. Id quoque regionis usu servatur inter illustres & nobiles, ut pater non teneatur filix, per renunciationem à familia separata, ullam testamentum relinquere legitimam: filio quippe satò est factum, si ea cum dote, juxta modum consuetudinis, ad matrimonium dimissa est.*

¶ Q. I. An consuetudo Austriacæ, quæ fœminæ excluduntur à successione paterna, extendenda sit ad successionem fraternali, ita ut extantibus Masculis, F f f neque

neque Fratribus ab intestato succedant?
R. Negativa. Ratio sola, sed solida est; quia talis consuetudo, quæ extantibus Masculis Fœminæ à successione paterna removentur, est Juris communis correctoria, atque adeò odiosa, consequenter strictissimam recipit interpretationem, *Arg. cap. 28. de R. J. in 6. & ultra casum expressam non extendenda. Mysing. Respon. 1. Decad. 15. n. 13. Carpov. p. 3. const. 20. desin. 11. n. 7. Guil. lib. 2. obs. 33 n. 9. latè & more suo solide Fuysterov. lib. 4. obs. 27. per tot.*

- 11 Q. II. An talis consuetudo vel statutum valeat, quò filie etiam non habitâ portione adæquante legitimam, à successione paternâ removentur?

Ratio dubitandi est; quia legitima debetur Jure naturæ, cum in locum succedat alimentorum, *Nov. 1. §. 2.* Jus autem naturale est immutabile. §. 11. *Inst. de J. N. G. &c.*

Verum tenendum est, *valere*; consuetudines enim & statuta vim legis habent, *l. omnes ff. de J. & J. & l. diuturna ff. de ll. per legem autem legitimam diminui posse diximus l. 2. Inst. de inoff. testam. n. 16. & 17.* Siquidem legitima eareus duntaxat Jure naturæ deberetur, quatenus alimenta sumpsit, non etiam quatenus designat certam & determinatam legibus portionem. *P. Engel. ad Decret. de success. ab intest. §. 2. n. 5. Fach. lib. 4. cont. 32.*

- 12 Non refert II. *Liberi sint sibi an emancipati*; omnis enim sinitatis & emancipationis differentia sublata est. *Nov. 118. cap. 1. & successione Jus fundamentum habet in Jure sanguinis.* Jura autem sanguinis per emancipationem non tolluntur. §. 3. *Inst. de legit. agnat. tue.*

- 13 Non refert III. *Sive nati sint Liberi, autique humana fruantur*, sive sint posthumi, *l. 6. l. 7. de suis & legit. l. 4. Cod.*

ead. Posthumi enim pro jam natis habentur quoties de eorum utilitate agitur, *l. 6. l. 7. de suis & legit. l. 4. Cod. eod.* Posthumi enim pro jam natis habentur, quoties de eorum utilitate agitur, *l. 7. ff. de stat. hom.* Dummodo julto tempore vivus, nec monstruosus nascatur, aut ex utero materno excindatur, esto voce non emissâ, eâdem horâ inciderit in obstetricis manus, & manes. *l. 12. ff. de lib. & posthumi. l. 3. Cod. de postb. hered. Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n. 10.*

Non refert IV. *Laici sint Liberi, sive Clerici*, *l. 56. §. 1. Cod. De Episc. & Cler. Brum. ibidem n. 12. Manz. n. 22.* Imo etiam Monachi ab intestato succedunt. *Auth. nunc autem Cod. d. t. & Auth. ingressi Cod. de S. S. Eccles. Ratio:* quia Monachi retinent Jura sinitatis, *l. 56. §. 1.* Ita tamen ut Monachus non sibi (est enim ob votum paupertatis incapax domini) sed Monasterio acquirat, sicut in simili Servus acquirat suo Domino. *Nov. 123. cap. 38. & Auth. si qua mulier. Cod. de S. S. Eccles. juncto can. 16. caus. 18. q. 2. Clariss. D. D. Franz. Hamold. de J. & J. tom. 1. fol. 307 n. 45.*

Q. III. An omnes indistinctè Monachi seu Religiosi ab intestato suis parentibus, vel ceteris cognatis succedant?

Sunt, qui distinguant inter Mendicantes, & alios Religiosos bonorum immobilium capaces. Ita *Jul. Clar. §. Testamentum. q. 29. n. 1.*

Verùm ex dispositione Concil. *Trid. sess. 25. c. 3. de regular.* dicendum est, omnes ordines, etiam Mendicantes, præter *Minores de observantia Capucinos, & Domum Professam Societatis J. E. S. U.* succedere ab intestato. Ratio verò, quare Franciscani, Capucini, & Domus Professa Societatis ab intestato non succedant, in aperto est; quoniam paupertatem profitentur, & per ipsam professionem reputantur mortui, haud aliter ac

si naturaliter mortui essent. *Hainold. de J. & J. tom. 1. fol. 302. n. 19.* ubi in contextu subjicit, in Societate JESU non solum professos, sed etiam Coadjutores Formatos domini incapaces esse, illos verò qui post Novitiam sola vota simplicia, ediderunt, quique domini capaces sunt, à successione ab intestato nullatenus removeri.

16 Q. IV. An Novitio intra annum probationis ab intestato mortuo succedat Monasterium, an proximi collateralis? Tametsi stando in theoria hæud difficultè defendi possit, Monasterium succedere, prout hanc sententiam magis fundamentis instruit *Funserov. l. 4. obs. 25.* communiori tamen Doctorum calculo recepta est sententia, non Monasterium sed proximos collaterales ab intestato admittendos esse. Ita re ipsa docent *Manz. tract. de testam. d. 2. tit. 2. num. 269. Perez. ad Cod. de S. S. Eccl. n. 15. Chingensp. Inst. h. t. q. 46. Zues. ad Decr. de success. ab intestato, n. 8. Pirring. eod. tit. n. 41. Engel de Regular. n. 14.*

Ratio sola sed fundamentalis est; quia Novitius cum effectu non censetur esse Religiosus, nisi quando Actu professionem fecit; sicut ergò Religionem ingressus ante professionem nondum se obtulit Monasterio quoad Personam, ita nec quoad bona, de quibus adhuc plenam disponendi libertatem habet, tam per ætum inter vivos, quam ultimæ voluntatis. Accedit quòd Novitius iterum ad sæculum redire possit, si velit, & Monasterium nulla acquiratur actio, nisi secunda professione, *Concil. Trident. sess. 25. c. 10.*

Non refert V. quo ordine Liberi sint nati, primò locò, an secundo, nam illi & illi ab intestato æqualiter admittuntur. *d. Nov. 118. cap. 1.*

Limitatur: nisi quodam in loco Jus primogenituræ vigeat; hoc enim casu so-

lus primogenitus ad successionem admittitur, qui tenetur reliquis Fratribus portionem condignam alimentorum nomine decernere, quæ portio alio nomine vocatur Oppronagium, Germano idiomate: *Eine Fürliche Absindung, oder ein Fürstliches Deputat.* Confer *Cattman Muller in sua Oppronologia.* Est autem Jus primogenituræ nihil aliud, quàm dignitas quædam & prærogativa, cujus natu major in successione ceteros Fratres excludit. Differt à majoratu, quòd primogenitura fundamentum suum habeat in prioritate naturalium; majoratus verò in ætatis prærogativa. *Jacob. Speid. in suo Specul. verb. majoratus. num. 21.* Ubi ait, naturam primogenituræ illam esse, ut de linea in lineam progrediantur, ita ut quotiescunque bona primogenituræ affecta lineam unius ex vocatis ingressa fuerint, secundogeniti linea non admittatur, donec primogeniti linea penitus evacuata, & finita sit. *Peregrin. de fideicommiss. art. 27. n. 24.* In majoratu contra prærogativa ætatis est fundamentum. Quoniam ille ad successionem vocatur, qui in Familia post mortem possessoris, major natus, & senior reperitur. *Engel brecht de Jurisd. Imp. Thes. 141. lit. C.* Unde prono velut alyes fuit, in primogenitura Jus presentationis sibi locum vendicare, secus in majoratu. *Besold. lib. 1. dissert. nomicop. l. 4. n. 13. Funserov. lib. 4. obs. 43. n. 3.* Quam differentiam etiam ponit *Hermes ad Jus publ. cap. 18. n. 9.* Tametsi aliqui majoratum, primogenituram, & fidei-commissum familie communi loquendi usu promiscuè usurpent. *Idem Funserov. lib. 4. obs. 27. n. 92.*

Q. VI. An Jus primogenituræ refrage tur rationi. Tametsi Jus primogenitii legibus Justinianæ repugnet, urpote quæ inter Liberos æqualitatem percipiunt, eòsque culpant, qui inter mares & fœ-

minas differentiam ponunt. Nov. 118. c. 1. l. *maximum vitium*, Cod. de lib. p. r. e. r. e. r. Ita ut aliqui proinde moti autem, consuetudinem, quæ primogenitum cæteris exclusit ad successionem vocat, utpote corruptelam morum, observandam non esse. Bald. in l. omnes ff. de J. & J. Alexand. Consil. 123. Col. 4. vol. 2. Prædictas tamen leges favor publicus, quem primogenitura respicit, non potuit tulisse: Vilescunt enim crebrâ divisione illustres Familie, & præter nomen dignitatis tandem nihil retinent. Tiraq. de Jure primogenit. q. 3. ubi ejusmodi consuetudinem, quâ Jus primogenitum invaluit, omnino, ait, servandam esse; eique suffragantur *Hermes in Fasciculo Jur. public. cap. 18. num. 5. Gomez ad leg. Tauri 40.* & plures ab his allegati: ex hac potissimum ratione, quod divisio honorum familiis illustribus sit perniciosissima, utpote quæ rem attenuat, & corrumpit, tandemque in nihilum redigit, & prorsus destruit, *Borcholt. de feud. cap. 7. de success. n. 41.* nihil enim tam magnum quod divisione non fit parvum; & diminutis divitiis, minuitur, decrescit, & obscuratur claritas, honor, & dignitas familiarum, *Rehking de Regimin. Saecul. lib. 1. Class. 4. cap. 17. n. 10.* Imò fordescent Domini non solum apud alios, sed etiam proprios subditos, quorum loculi hecetica laborant: *Alfo, dass os fust besser, ein reicher Bauer, als ein armer Edelmann zu seyn, Tiraq. de nobilit. cap. 32. num. 22. Knidpsil de fidei commiss. cap. 7. n. 35. Guil. lib. 2. obs. 153. n. 2.* Ne ergo destruantur illustres familie, bonisque occidant, aut manca reddatur nobilitas, recta ubique ratio suadet, ut primogenia recipiantur, quibus familie illustres conservantur, ac immotò veluti fulcrò sustinentur.

Nec ea propter secundo genitus rationem querendum habet: inculcet potius or-

dinem naturæ, quæ ipsam priorem non produxit; respiciat alios, se infeliciores, puta, tertio aut quarto genitum, vel forores, vel alios inferioris conditionis nobiles; perpendat, si fortuna volet, fiet de secundo primogenitus. Deinde Jure etiam Divinò meliori sorte fruebatur primogenitus; præferebatur enim cæteris fratribus in sacrificiis offerendis. Sedit ad dextram patris, duplicatos cibos recipiebat. Diebus festivis pretiosam vestem ferebat. Item majorem partem hereditatis recipiebat, prout Abraham primogenito hereditatem, cæteris pecuniam dedit, &c.

Q. VI. An nepos ex primogenito præferatur in Successione Patruo? Magna hæc est, & à multis retroactis seculis stylo, & pilò agitata controversia, quæ ut feliciori sorte terminetur, emergat iste

Casus. Henricus, Rex Hispanie, progehit duos filios, Carolum, & Philippum. Carolus, utpote primogenitus, moritur, relicto ex se Ludovico. Questionis est, si decedat Henricus, an hæc jus Nepos Ludovicus, an Philippus, qui est Patruus Nepotis, in primogenituram succedat?

Sunt, qui Philippo, patruo Nepotis suffragantur. Ita *Cujac. lib. 2. feud. tit. 11. Surd. consil. 403. n. 34.* & plures alii, *Tiraquello de Jure primogen. q. 40. condensati.*

Moventur I. Si Nepos præferretur patruo, tunc deberet præferri vel ex consuetudine, vel ex Jure communi: neutrum rectè dicitur; Ergò non præferretur. *min. ostenditur.* Non ex consuetudine, quia consuetudo vult primogenitum secundo genito præferri; atqui patruus genitura præcedit nepotem, ergò. Non ex Jure communi; quia Jus representationis solummodo hæc operatur, ut remotior cum proximiori concurrat, & æqualiter succedat; non verò

ut proximiorē penitus excludat. §. 6. *Inst. b. t.*

Moventur II. Privilegium primogenituræ est personale; quia propter ætatem competit, quæ est qualitas personalissima; ergo ad hæredem non est transmissibile, l. 68. ff. de R. J. cap. 7. de R. J. in 6. ubi dicitur *personalia cum persona expirare.*

Moventur III. Quod in spe duntaxat fundatum est, ad hæredes non potest transmitti l. 10. ff. de Vulg. & pupill. Subst. Ubi substitutus nihil transmittit ad hæredes, si ante hæredem, cui substitutus est, decedat, sed Jus primogenituræ, filio primogenito defuncto, in spe duntaxat competit; ergo id ad suum hæredem transmittere non potuit.

20 Verum, his argumentis non attentis, communiori D. D. calculo munita est sententia, quæ docet, nepotem ex filio primogenito in successione Regni, Marchionatus, Ducatus, aut Majoratus, seu Primogenituræ, præferri Patruo. Ita re ipsa mordicus defendunt Gomez. ad l. Tauri 40. n. 65. Hermes in Fascicul. Jur. publ. cap. 18. n. 25. Tiraquell. de Jur. primogenit. q. 40. Rosenthal. c. 7. conc. 26. n. 12. ubi ait: adeo difficilem esse hanc questionem, ut Nili potius originem, quam ejus veram decisionem inveniri posse, existimavit Bald. in l. cum antiquioribus Cod. de Jure delib. qui post multa, in utramque partem adducta, eam indecisam relinquit, dicens: *Solvat Apollo! Hum. var. resol. lib. 3. tract. 1. q. 26. Harp. prin. Inst. b. t. n. 17. Zoëf. ff. de suis, & legit. hæred. n. 15.*

Nititur hæc posterior sententia, quæ mihi quoque arridet, his fundamentis.

I. Quia certum est, & indubitatum, quod in qualibet successione Nepos succedat Avo suo, representando personam patris sui præmortui, capiendo id, quod Pater recepisset; sed Pater cepisset

primogenituram; ergo capit illam & filius; quia alias Jus representationis nihil operaretur.

II. Ea est conditio, & natura primogenituræ, ut gradatim deseratur primogenitis in linea recta tandem, donec illa linea expiraverit, evacuata, & finita sit, & hoc ex probabili præsumptione constituentis primogenituram, qui sicuti semel filium primogenitum alteri Filio prætulit, ita quoque omnes, ex eo descendentes prætulisse omnino præsumitur, l. 102. ff. de condit. & demonst.

III. In feudo Nepos Patruo præferatur. 2. feud. tit. 50. Ergo idem in primogenitura procedet, cum commoda differentie ratio dari nequeat.

IV. In successione Electoratus Nepos præferatur Patruo. Aur. Bull. tit. 7. ergo etiam in primogenitura.

V. Hanc sententiam ipsa Fortuna, cujus Dux est DEUS, videtur definitivisse, dum nimirum Nepos evasit victor, quando Otto Magnus, Romanorum Imperator, Judicio gladiatorio aleam hujus questionis commisit, ut proinde antagonistæ necesse habeant. Fortunæ inclinare cervicem; eniaverò
- - Tantumne aliquis sibi posse videtur.
Fata quoque ut superet?

Refutantur argumenta contraria.

Ad I. R. Nepotem ex consuetudine præferri Patruo; sicuti enim Nepos gradum Patris supplet, ita ejus Personam in proximitate representat, quasi viventem, & præsentem sistendo: cum Parentes censcantur vivere in liberis. l. in Ju ff. de R. I. proinde sicuti Pater gauderet primogeniturâ, si in vivis esset, ita eadem gaudet filius.

II. Retorquendo eluditur, enimvero, si primogenitura juxta antagonistas Jus personale est, sequitur, nec ad patruium

truum transire; quod ipsum tamen eorum assertioni repugnat.

III. Resolvitur ex §. 4. *Instit. de V. O.* ubi id, quod in spe est, etiam ad hæredes extraneos transmittitur; textus enim ita sonat: *Ex conditionali stipulatione tantum spes est, debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius, quam conditio extet, mors nobis contigerit.* Itaque dum adversarii volunt, id, quod in spe est, non transmitti ad hæredes; intelligendum est de spe vana, & simplici; non verò de spe certa, firma & radicata, qualem primogenitus habet. Plura argumenta resolvit *Hærr. & Hom. loc. cit.* mihi sufficit, potiora relucere.

Non refert IV. In quo gradu sint liberi, primò, an ulteriori? omnes enim æqualiter ab intestato succedunt.

Ubi tamen cautè incedendum, ac distinctio adhibenda, sintne omnes Liberi in primo gradu, an omnes in remotiori, an denique aliqui in primo, aliqui verò in remotiori.

22 Si omnes liberi sunt in primo gradu, successio fit in capita, h. e. quilibet filiorum accipit virilem, seu æqualem portionem, ut ecce! Titius reliquit tres liberos, & in bonis suis 300. fl. Hoc in casu successio fit in capita, quavis liberorum capit 100. fl. *d. N. 118. cap. I. & aub. in Successione Cod. de suis & legit.*

23 Sin omnes liberi sunt in gradu remotiori, refert iterum, an ex eadem stirpe, an ex diversa?

Si descendant ex eadem stirpe, iterum fit successio in capita. Ut ecce! Titius reliquit tres nepotes ex filio suo unico Caso. Hi tres nepotes omnes sunt in gradu remotiori, & descendunt ex eadem stirpe, adeoque succedant in capita, & portiones accipiunt æquales, §. 5. *Instit. b. l. 1. 2. Cod. d. 1.* Si descendant ex di-

versa stirpe, successio fit in stirpes, ut ecce! Titius relinquit ex uno filio quatuor nepotes, ex altero duos tantum: hi omnes sunt in gradu remotiori, descendunt tamen ex diversa stirpe, adeoque succedunt in stirpes, h. e. quatuor nepotes ex uno filio accipiunt dimidiam hæreditatem, & reliqui duo nepotes ex altero filio alteram dimidietatem. Successio enim in stirpes tunc fieri dicitur, quando non tot partes sunt, quot sunt capita; sed tantum recipitur, quantum pater habiturus fuisset, si vixisset, *d. l. 2.* atqui in præfato casu uterque filius receperit dimidiam hæreditatem: ergo quatuor nepotes ex primo filio accipiant unam dimidiam, & reliqui duo nepotes ex altero filio etiam unam dimidiam, ut itaque illam portionem consequantur, quam pater accepisset, si supervixisset.

Si denique aliqui sint ex liberis in gradu primo aliqui verò in gradu remotiori, tunc in gradu primo constituti succedunt in capita. In gradu verò remotiori constituti succedunt in stirpes, h. e. capiunt eam partem hæreditatis, quam parens eorum habiturus fuisset, si vixisset. Ut ecce! Titius habet tres filios: primus moritur, relictis ex se quatuor liberis. Hòc casu secundus, & tertius Titio succedunt in capita. Illi autem quatuor liberi ex primo nati, succedunt in stirpes, h. e. eam portionem accipiunt, quam pater eorum accepisset, si vixisset, h. e. tertiam partem. *d. Nov. 118. c. 1. l. 1. §. 4. & 6. ff. de sub. & legit.*

Dicitur: proximior in gradu excludit remotiorem; Sed secundus & tertius sunt proximiores in gradu, quam liberi, ex primo nati; ergo. *Re. dist. ant.* proximior in gradu excludit remotiorem, si veniat remotior ex persona propria, *con. min.* Si veniat Jure representationis *no. min.* Sed secundus, & tertius sunt proxi-

proximiores, quam liberi è primo nati, si isti liberi venirent ex persona propria, *con. min.* Si veniant Jure repræsentationis, *ne. min. & seqq.*

Nepotes, seu liberi, ex primo nati, cum patruo succedentes, veniunt Jure repræsentationis, h. e. ingrediuntur locum sui patris, capiuntque illam portionem, quam pater accepisset, si vixisset, *d. Nov. 118. cap. 1. in successione. Cod. de suis, & legit. Manz. Inst. §. 6. h. t. & ceteri omnes. Walter de Jure Consuet. Aust. lib. 3. tit. 56. 57. 58. & seqq.*

§. II. De Successione liberorum Legitimatorum.

²⁶ Liberi legitimated per subsequens matrimonium, æquè succedunt, ac liberi, ex justo thoro nati, in, ut nulla inter eos statuenda sit differentia, sed omnibus, & per omnia pro veris, justis, & legitimis habendi sint, §. 2. *Inst. b. t. l. 10. Cod. de Nat. Hæp. n. 271. Manz. n. 87.*

²⁷ Q. VII. an legitimated per subsequens matrimonium etiam in bonis feudatibus succedant? vide *lib. 1. tit. 10. n. 85.*

Legitimated verò per Rescriptum Principis tum demum parentibus succedunt, si non adsint liberi justis & legitimis, *l. 22. Cod. de nupt. Nov. 89. cap. 9.* Ratio quia extantibus justis liberis, i. e. naturalibus & legitimis, Princeps regulariter legitimated non solet. *d. Nov. 89. cap. 12. &* si legitimet, non censetur ad alios effectus legitimated, quam ut portu dignitatem aperiat legitimated, non verò Juri succedendi ab intestato, ne alias justis liberis præjudicet. *Manz. tit. 10. Inst. h. t. §. 1. n. 33 & seqq.*

Sanè si Princeps velit uti plenitudine potestatis, etiam liberis justis existentibus, naturales quoad Juri succedendi legitimated potest: notissimi enim Juri est,

Principem ex justa causa alteri Jus quæsitum auferre posse, modo justa causa moveatur. Deinde Princeps per legitimationem per subsequens matrimonium liberis justis præjudicare potest, ergo etiam per legitimationem per Rescriptum Principis, cum matrimonium non aliter inducat legitimationem, nisi quatenus subleat dispositioni Principis. *Zoes. ad Decret. qui filii sunt legit. n. 27. Gal. lib. 2. obs. 142. n. 10.*

§. III. De Successione liberorum legitimorum tantum.

Liberi legitimi tantum, alio nomine vocantur adoptivi. Hi vel sunt *adoptivi in specie*, vel *arrogati*. Adoptivi in specie (quales dicuntur illi, qui Juri alieni sunt) vel adoptantur ab extraneo vel ab ascendente, v. g. *ab avo materno.*

Adoptatus ab extraneo succedit ab intestato, tam patri adoptivo, quam naturali, *l. pen. §. 1. & §. 2. Cod. de adopt. §. 14. Inst. b. t.* Quod procedit, si adoptio duraverit usque ad mortem patris adoptivi; enimverò si fuerit ab adoptante emancipatus, tunc ei ab intestato non succedit. *d. l. pen. §. fin. autem Cod. de adopt. Brunn. ibid. n. 3. Schneid. §. 10. Inst. b. t. n. 7.*

Adoptatus ab ascendente succedit patri adoptanti, & naturali. *Harp. n. 250. DD. Franz. Inst. b. t. n. 35.* Quod procedit, si adoptio duraverit usque ad mortem adoptantis; enimverò si emancipatione soluta sit, ita demum succedit, si gradu sit proximus. *d. Nov. 118. cap. 1.*

Arrogatus succedit arrogatori ab intestato sicut naturalis, & legitimus, non solum in illis bonis, quæ ad ipsum transiit, sed etiam in bonis ipsius arrogatoris, *d. l. pen. §. fin. Cod. de adopt.*

Quod

Quod procedit, si arrogatio duraverit usque ad mortem patris arrogantis: enimverò si emancipatio intervenerit, hæcque iusta fuerit, à successione removetur. *Schneid. n. 16.* Si verò iniqua fuerit, ex constitutione Divi Pii quartam partem honorum prætereundum potest, §. 3. *Inst. de adopt. Harp. n. 248.*

§. IV. De Successione liberorum Naturalium tantum.

- 29 Liberi naturales tantum, quos alio nomine Bastardos vocare solent, matri, & omnibus, ex linea materna ascendentibus, succedunt unà cum legitimis, l. 2. l. 8. ff. *Unde cognati. l. pen. Cod. ad SC. Orph. Concord. Walter de Jure Consuet. Aust. lib. 3. tit. 16.* his verbis: *Et mag. ein Mutter. . . i. e. potest mater liberorum haud legitime quaesitorum memor in testamento esse: hi quippe matri ab intestato succedere possunt, & hæredes ex ejus testamento existere; præterquam cum mater est persona illustris, vel ex stemmate principum nota.*

Patri verò liberi naturales ab intestato non succedunt; alendi tamen sunt ab hæredibus juxta mensuram substantiæ, & arbitrium boni viri. *Nov. 89. cap. 12. Auth. licet. Cod. de nat. lib. Sane, si pater naturalis nullos habeat liberos legitimos, neque legitimam uxorem, liberi naturales in sextantem, seu duas uncias hereditatis paternæ succedunt, quas cum matre concubina juxta personarum numerum dividunt. d. Nov. 89. cap. 12.* Spurii seu vulgo quasi, patri nullatenus succedunt. l. 5. ff. *de in Jus voc. l. 2. §. 4. ff. unde cognat.* Ratio: quia patrem habere non intelligitur, cui populus pater est, §. 12. *Inst. ne nupt.* Matri verò, ac reliquis, per lineam maternam ascendentibus, unà cum alijs, legitime natis, Spurii

succedunt. Ratio, quia mater certa est; pater verò incertus, d. l. 5. Sane, si mater sit persona illustris, Spurii eidem non succedunt: ita specialiter sancitum est l. si qua illustris. 5. *Cod. ad SC. Orph.*

Cæteri liberi, ex damnato coitu nati, quales sunt *nefarii, incestuosi, sacrilegi, adulterini*, nec patri nec matri succedunt. *Nov. 74. cap. ult. Nov. 89. cap. 12. & Auth. ex complexu Cod. de incest. & inutil. nupt.* Imò! de Jure civili eis ne quidem alimenta à parentibus debentur. *d. Nov. 89. cap. ult. & d. Auth. ex complexu.* ubi dicitur, nullam ipsis impertiendam esse clementiam. *Manz n. 74.* Quod tamen procedit de alimentis, siue quibus vel propria industria, & labore, vel aliò modo licitò vitam conservare possunt; non verò de illis quibus negatis, mori necessum foret: hæc enim alimenta debentur ex lege charitatis; ne alias necare videantur, qui alimenta negant, juxta l. 4. ff. *de agnos. & alend. lib. & cap. 5. de eo, qui dux. in matr. &c.* accurate, & more suo solidè *Clariff. D. D. Franz. Inst. h. t. n. 41.*

SECTIO. II.

De Successione Ascendentium.

Ordine turbato, succedit *Bulgare nato.* Antiquus iste versus est, inveniendus, quod deficientibus liberis, ascendentes, seu parentes nostri ad successorem defuncti admittantur; ita tamen, ut dicatur ordo naturæ quasi turbati; nam ordo naturæ est, ut prius moriatur pater, quàm filius; & si alicui contingat, dicitur ordo naturæ turbari. *Schneid. n. 3.* cum verò ascendentes quoque in multiplici differentia sint, adeò, ut distinctè procedamus, sequitur.

§. I. De Successione Parentum naturalium, & Legitimorum simul.

31 Itaque, si quis decedat sine liberis, primò locò ad successiõnem vocantur parentes utriusque sexûs, *d. Nov. 118. cap. 2.* in infinitum, secundùm gradûs prærogativam, ut videlicet proximior, v. g. *pater* excludat remotiorem, v. g. *avum*, *Schamb. & Harp. n. 367.* cum verò etiam collaterales una cum ascendenti- bus quandoque succedant, ideò pro clariori intellectu hæc distinctio adhibenda.

32 Vel enim parentes soli existunt, & concurrunt ad filii defuncti hæreditatem; vel simul etiam existunt, & concurrunt Fratres, & Sorores defuncti. Si parentes soli existant, & sint gradu proximi, succedunt pariter, & æqualiter filio defuncto, ut ecce! adest pater, & simul mater. Hi succedunt defuncto filio in partes æquales, exclusis omnibus remotioribus, puta, *avò, avià, proavò, proavià, &c. d. Nov. 118. cap. 2. auth. defunctò Cod. ad Sc. Tertull.* Imò, si solus pater, aut sola mater adsit, tunc ille solus, hæc sola in bona defuncti succedit, exclusò avò, avià, & cæteris ascendenti- bus, proximior enim in gradu excludit remotiorem, *d. Nov. 118. cap. 2.* Jus representationis in linea ascendenti- um locum non habet, contra naturam si- quidem videtur, ut parens representet suum filium, à se genitum, cum hic ab illo, non ille ab hoc descendat, & communiter representatio fiat eorum, qui nos genuerunt, non ab iis, à quibus nos geniti sumus *d. Nov. 118. cap. 2. à Sommetting, Inst. b. t. n. 12. Manz. Inst. hic. n. 27. Schneid. n. 22.*

33 Si parentes soli adsint non verò gradu proximi, sed in ulteriori gradu

existant, refert, sintne ex eadem linea? & successio fit quasi in capita, ut ecce! adest solus avus paternus, & sola avia paterna; hi succedunt defuncto nepoti æqualiter, ita, ut mediam partem hæreditatis capiat avus paternus, & alteram mediam partem avia paterna. *d. Nov. 118. cap. 2.*

Si verò sint ex diversa linea, refert³⁴ iterum, sint pares numero an impares? Si pares sint? iterum succedunt in capita, ut ecce! ex linea paterna adest avus paternus, & avia paterna; ex linea verò materna adest avus maternus, & avia materna. Hoc in casu omnes quatuor defuncto succedunt æqualiter, & quilibet accipit quadrantem, h. e. tres uncias, *d. Nov. 118. cap. 2. ver. si autem Manz. n. 30. & ceteri omnes.*

Si numerò sint dispares? successio fit³⁵ quasi in stirpes, ut ecce! adest ex linea paterna, & avus paternus, & avia paterna; ex linea verò materna adest sola avia materna. Hoc in casu hæreditas dividitur in duas partes, ita, ut una pars media devolvatur ad avum paternum, & aviam paternam; altera verò media pars spectet ad solam aviam maternam, *d. Nov. 118. cap. 2.* his verbis: *Si plurimi ascendenti- um vivunt, hos proponi jubemus, qui proximi gradu repertiuntur, masculos, & feminas sive paterni, sive materni. Si autem eundem habent gradum, ex æquo inter eos hæreditas dividitur, ut medietatem quidem accipiant omnes à patre ascendentes, quantumque fuerint: medietatem verò reliquam, à matre ascendentes, quantumcumque eos inveniri contingerit.*

Q. VIII. Succedantne parentes liberis³⁶ cum, vel sine distinctione bonorum? vide *Clariff. D. D. Franz. Inst. hic n. 50.* ubi pro & contra allegatis Auctoribus, hanc quæstionem sæcè deducit; ego huic, & aliis quæ hic ventilari solent, con-

troverſis diſcutiendis manum nolui ad-
movere, certis inflexus rationibus.

Hactenus, quomodo parentes ſoli
ſuccedant. Sequitur, quid Juris, ſi
defunctus relinquat parentes, & ſimul
etiam germanos Fratres, & Sorores,
h. e. utroque latere ipſi defuncto con-
junctos? Quo in caſu hi cum parenti-
bus ſuccedunt defuncto in capita, ſe-
cundum numerum perſonarum, ita,
ut parentes & fratres, quotquot illo-
rum ſunt, viriles, & æquales portiones
accipiant hæreditatis. *d. Nov. 118. cap.
2. verſ. ſi verò.* Ut ecce! Titius deceſſit,
relictis patre & matre, & tribus fratri-
bus germanis. Hi omnes ſuccedunt Ti-
tio æqualiter, ita, ut hæreditas divi-
denda ſit in quinque partes, & ſinguli
virilem portionem conſequantur.

Dixi: *Fratribus Germanis*; Fratres e-
nim, ex uno latere tantum conjuncti,
quales ſunt *Confanguinei* & *Uterini*, cum
parentibus ad ſucceſſionem defuncti non
admittuntur. *Schneid. n. 30. Carpov.
p. 3. conſt. 17. defini. 5. n. 6. Clariff.
D.D. Franz. n. 53. Fach. lib. 6. cap. 8.*
Ratio; quia Fratres Germani duplici
vinculo juncti ſunt; duo autem vincu-
la fortiùs ligant, quàm unum. Ratio
alia redditur à *Manz. tit. 5. hyl. hic. n.
8.* quia (inquit) ſi parentes non am-
pliùs viverent, ſed ſoli Fratres Ger-
mani, uterini, & confanguinei, germa-
ni reliquos excluderent, ut infra de
Succeſſione collateralium (Deo annuen-
te) audiemus: ergò multò magis debent
Ascendentes eos excludere, qui potiores
ſunt, utpote in ſecundo ordine ſucce-
dendi conſtituti.

37 Q. IX. An defuncti Frater, utrinque
conjunctus, præſeratur Avo ſuo, nec ne?

Ratio dubitandi eſt; quia Frater ut-
rinque conjunctus, unà cum Patre ad
ſucceſſionem admittitur; atqui Pater
excludit Avum; ergò Frater quoque

eundem excludet; quia pari Jure cum
Patre fruitur.

Sed nigros dudum calculos tulit iſt-
hæc ſententia, communique harmonià
DD. receptum eſt, avum, ſive pater-
num, ſive maternum, una cum ger-
mano Fratre admittendum. Ita tenent
*Humm. var. reſol. lib. tract. 1. Q. 35.
Fach. lib. 6. cap. 7. Harp. n. 388. Manz.
loc. cit. n. 24. Schneid. n. 24.*

Probatur luculenter per *d. Nov. 118.
cap. 2.* hiſ verbis: *Si verò cum aſcenden-
tibus inveniantur Fratres; aut Sorores,
ex utriſque parentibus conjuncti defunc-
to, cum proximis gradu aſcendentibus vo-
cabuntur.* Ex hoc textu ſic arguo:
Parentes, gradu proximi, ſuccedunt
una cum Fratribus germanis, *d. cap. 2.*
atqui in caſu quæſtionis propoſitæ avus
eſt gradu proximus; quia proximus is
cenſetur, quem nemo antecedit, *l. 92.
ff. de V. S.* ergò avus ſuccedit cum fra-
tribus germanis.

Ad rationem dubitandi. &. Avum
hoc in caſu idem Juris habere, quod pa-
ter defuncti habuit; eſt enim, patre
deficiente, proximior, ideò, ſicut Fra-
ter germanus non potuit excludere pa-
trem; quia ex Aſcendentibus fuit pro-
ximior, ita neque poteſt excludere a-
vum; quia hic, deficiente patre, eſt
proximus.

Diximus, quomodo ſuccedant aſcen-
dentes unà cum fratribus, utroque la-
tere conjunctis; ſequitur, quid Juris,
ſi cum Aſcendentibus concurrant fra-
tres germani, & horum præmortuo-
rum filii? Quo in caſu ſecernenda eſt
*Nov. 118. cap. 3. verſ. ſed & iſſis à Nov.
127. in præfat.*

Inspecta *Nov. 118. cap. 3.* Soli fra-
tres germani cum aſcendentibus admit-
tuntur, excluſis fratrum liberis; ve-
rum, inspecta *Nov. 127.* etiam præ-
mortuorum fratrum liberi cum Aſcen-
dentibus;

dentibus, & fratribus germanis admittuntur, non quidem in capita, sed in stirpes, acceptâ videlicet, illâ portione, quam ipsorum pater consecutus fuisset, & hoc Jure repræsentationis. Ubi

Nota: Quod, tamen si Jus repræsentationis in successione descendendum in infinitum porrigatur; in linea tamen collateralis ultra fratrum liberos non extendatur. *Auth. post fratres Cod. de legit. hered. Nov. 118. cap. 3. vers. si autem defuncto:* ut proinde nepotes, aut pronepotes fratris germani cum aliis fratribus germanis non admittantur. *Marz. loc. cit. n. 56. Schneid. n. 13. Harp. n. 387. Schurf. cent. 2. Consil. 62. per tot.*

§. II. De Successione Parentum legitimorum tantum.

39 Tamen si Jura successioneum soleant esse reciproca, ut proinde videatur dicendum, quod, sicuti filius adoptivus patri adoptanti extraneo ab intestato succedit, ita quoque pater filio adoptivo succedere debeat: tenendum tamen est pro regula, quod pater adoptivus extraneus filio adoptato ab intestato non succedat, sed pater naturalis. §. 14. *Instit. b. t. l. 10. §. 1. & 2. Cod. de adopt.* Si verò pater adoptivus sit ex Ascendentibus, puta! *avus maternus*, filio adoptivo succedit, exclusò patre naturali, *L. pen. vers. si verò pater. Cod. de adopt.* Quod procedit de Jure Codicis: inspectò enim Jure Novellarum, pater adoptivus ascendens unâ cum patre, & matre naturali æqualiter succedit, Ita *Hainold. de J. & J. tom. tit. 5. conf. 3. §. 1. n. 460. Clariff. D. D. Franz. loc. cit. n. 67.*

Arrogator filio arrogato regulariter quidem succedit ab intestato *d. §. 14. Instit. b. t. & l. pen. §. ult. Cod. de adopt.*

procedit tamen eo solo casu, quo arrogatus pubes, non emancipatus, & sine liberis decessit; enimverò si impubes decesserit, bona ipsius restituenda sunt iis, qui ab intestato successissent. *vide, que dicta sunt ad §. 3. sup. de adopt.*

§. III. De Successione Parentum Naturalium.

Quandoquidem correlativorum ea est disciplina, ut statutum de uno, censetur statutum etiam de altero; idè ex dictis facile colliges quomodo parentes, naturales tantum, liberis suis ab intestato succedant: sicuti enim filius naturalis non aliter succedit quàm si neque liberos legitimos, neque uxorem legitimam reliquerit; ita pariter Pater naturalis filio suo non aliter succedit, quàm si filius non reliquerit prolem, vel uxorem legitimam, quo casu duas uncias, seu sextantem accipit. *d. Nov. 89. c. 13.*

Contrà Mater filio naturali sine discrimine succedit ex ratione correlativorum, §. *ult. Inst. de SC. Tertul. l. 2. §. 1. ff. eod. & l. 4. ff. unde cognati.* Quemadmodum etiam succedit Spurio, eò quod mater semper sit certa; Pater verò, cum incertus sit, à successione Spuriorum removetur. *d. Nov. 89. cap. ult.*

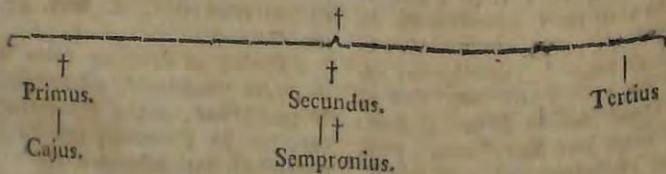
Cæteris, ex damnato coitu susceptis, puta! *incestuosis, adulterinis, &c.* Neque Mater, neque Pater succedit, cum nec hi Parentes, nec illi Liberi nominandi sint, *Schneid. n. 49.*

Porò! quæ hucusque de secundo ordine succedendi dicta sunt, procedunt de Jure communi, à quo Jus Austriacum per constitutionem Albertinam recessit, secundum quam sublata est successio Ascendentium, ita, ut parentes à successione liberorum per collaterales

penitus excludantur. Testis est Joann. Baptist. Suttinger in suis *Manu-Script.* lit. E. vers. *Erbshafft in aufsteigender Linie*, his verbis: *Dem allgemeinen Lands-Brauch nach. . . . i. e. Ex consuetudine generali regionis cujus non possunt parentes liberis succedere. Hinc convenienter priorius, portio quam habent liberi ex hereditate paterna, consanguineis à latere legitime stantibus cedit. Idem testatur Bernard. Walter de jure consuetud. Austr. lib. 3. tit. 63. ibi: und Wievwohl. . . i. e. Sed etsi eo in casu ascendentes, veluti pater, mater, avus, avia, secundum jura Imperialia, cum defuncti fratribus superstitibus ex equali parte admittantur; tamen, quia ex prisca Austria consuetudine, hereditas ab intestato non retrorsum defertur; hinc ii ascendentes à successione per consanguineos collaterales penitus excluduntur: Etenim consuetudo provincialis hereditatem retrorsum deferri non sinit. Et. Tit. 80. ibid. Zum fünfften, Wann. . . i. e. cum aliquis intestatus decedit, nullis liberis, nullisque consanguineis à latere, sed tantummodo patre, matre, avo, avia, aliisque ascendentibus in linea recta relictis; non possunt hi ascendentes hereditatem capere: nam ex prisca admodum consuetudine regionis nostræ, non defertur heredi-*

tas retrorsum, nec remeat gradum. Ubi igitur non alii supersunt, ea hereditas ad fiscum principis pertinet. Hic accedit Joann. Heur. Reutter in suis different. jur. civ. & Austr. his formalibus. In Oesterreich. . . . i. e. In Austria, his etiam temporibus (siquidem nondum prodit nova juris ordinatio, huic fortè juri mutationem allatura) non succedunt parentes in hereditate liberorum: nam hereditas ex consuetudine Austriaca, non retrorsum defertur in linea recta, ita quidem usu exigente, ut deficientibus heredibus aliis, ii ascendentes per fiscum excludantur.

Sequitur I. Quòd si aliquis ex una parte relinquat Patrum, & alterà parte ex secundo patruo filium, iste filius, licet gradu sit remotior; excludat tamen patruum. Ut ecce; Titius habet tres filios, primum, secundum, & tertium. Primus moritur relicto filio Cajò; secundus etiam moritur, relicto filio Sempronio; Tertius verò vivit. Contingit, ut Filius secundi etiam decedat, quæstionis est, qui ei succedat; & Æ. Filium primi Cajum succedere, exclusò Patruò Tertio. Ita *Walter loc. cit. tit. 77. Fustervv. lib. 2. obs. 13. n. 19.* ubi ita judicatum esse refert: Rem ex arbore accipe. :



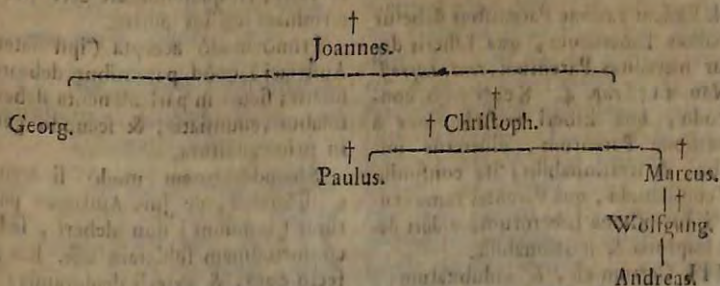
APPLICATIO.

IN posito casu, si Sempronius moriatur, succedit ei Cajus, exclusò Patruò suo Tertio; ratio non est alia, nisi veilen dem Oesterreichischen Lands-

Brauch nach, die Erbschafft nich Zurückfaller. i. e. quàm quòd, ex consuetudine Austriaca, hereditas non retrò defertur.

Sequitur

- 43 Sequitur II. Quòd in casu, quo aliquis neque Fratrem, neque Liberos, sed Nepotem ex suo Fratre ex una parte, ex altera verò Patrum relinquat, Nepos ex Fratre excludat Patrum. Ut ecce:



In posito casu moritur Paulus, qui ex una parte relinquit Patrum suum, Christophori Fratrem: Georgium; ex altera parte fratris suis Marci Nepotem Andream. Iste de Jure Aultriacæ, licet gradu sit longè remotior, excludit tamen Georgium ex nulla alia, quam dicta ratione, cum amor descendat, non ascendat. Plura de hac materia, ad praxin accommodata, vide apud *Walter, & Suttinger, loc. cit.*

44 Illud adhuc memoria dignum existimabam, quòd illa consuetudo Aultriacæ (*hereditas, cum nulli existunt heredes in linea descendente, ad fiscum, non autem ad ascendentes deferitur;*) in linea collateralis ascendenti locum non habeat, sed duntaxat in linea recta ascendenti procedat. Ut ecce! moritur Petrus, relinquens filium Gertrudem, & filium Georgium; Georgius etiam decedit relicto ex se uno filio. Quæstio movetur, an *Gertrudis ipsi filio Georgio; an verò Fiscum succedat?* & R. rationem dubitandi in eo fundari, quòd ipse Petrus, tanquam Pater, eidem non successisset; ergo neque Gertrudis succedet; cum in utroque casu militet eadem ratio, *dass utroque die Erbschaft nicht zurück fällt.*

Verum, hæc dubitandi ratione non attentà, teste *Suttingerò in Manuscripto. lit. E. vers. Erbschaft*, in excessu inferioris Aultriacæ Regimine per sententiam judicatum est, Gertrudem, exclusò Fisco, in præfato casu ad successionem admitti, ex ratione; quòd in exorbitantibus à Jure, & in odiosis non debeat fieri extensio, *cap. odia 15. de R. J. n. 6.* atqui contra limites Juris communis esse, quod Parentes à successione Liberos removeantur, apud omnes in confesso est; ergo ista consuetudo, utpote odiosa, & à Jure communi vehementer exorbitans, nequaquam extendenda est. Deinde te ipsum interrogo, num rationi naturali non videatur refragari, quòd Fiscus præferatur illi, cui lex nature, sanguinis prærogativam secuta, hereditatem addicit? sed manum de tabula!

Q. X. An consuetudo; per quam in Aultria Parentes à successione Liberos intestato excluduntur, non refragetur Juri nature?

Ratio dubitandi præcipua hæc est; quia Parentibus debetur legitima de Jure nature, prout aperte sancit *Nov. 1. §. 2.* ubi; *tanquam hoc secundum ipsam naturam eis debeatur.* Atqui consuetudo

suetudo Austriaca Parentes excludit etiam à legitima: ergo refragator Juri naturæ.

II. Eadem ratione Parentibus debetur hæreditas Liberorum, qua Liberis debetur hæreditas Parentum, *text. express. in Nov. 115. cap. 4.* Sicuti ergo consuetudo, quæ Liberi excluderentur à successione Parentum, videretur improba, & irrationabilis; ita consimiliter consuetudo, quæ Parentes remouentur à successione Liberorum, videri debet improba & irrationabilis.

III. Certum est, & indubitatum, à Liberis Parentibus alimenta deberi, *l. 5. §. 2. & §. 16. de agnos. & alend. lib. & arg. l. 4. ff. eod.* ita, ut alimenta, tanquam de Jure naturæ positivo debita, per consuetudinem tolli nequeant, §. 16. *Inst. de J. N. G. & C.* ergo etiam legitima Parentibus debita, per consuetudinem tolli non poterit, cum sit locò alimentorum. *Gail. lib. 2. Obs. 122. n. 4.*

Verum, his non obstantibus, fortiter tenendum est, *præfatam consuetudinem Juri naturæ nullatenus refragari.* Ratio sola, & solida est; quia Jus succedendi ab intestato, est merissima Creatura Juris Civilis, *Nov. 89. cap. 1. Nov. 74. cap. 1.* ibi: *mox lex introducit successionum mo. los:* & legitima Parentibus debetur solo Jure Civili, non naturali, *l. 12. Cod. de legit. hered. Nov. 13. cap. 1. l. 36. §. 1. Cod. de inoff. test.* ubi Justinianus expressè testatur, *portionem hanc querelam inofficiosi excludentem, leges, suamque constitutionem desinuisse;* ergo consuetudo, quæ parentes excludit à successione; & legitima Liberorum, Juri naturæ non adversatur; quod eodem Jure Civili introductum est, eodem Jure Civili, & per consuetudinem tolli potest, §. *pen. Inst. de J. N. G. & C.*

Pro resolutione rationum dubitandi

notandam est, legitimam dupliciter considerari posse. I. quatenus alimenta lapit, II. quatenus est certa, & determinata legibus portio.

Primò modò accepta (ipsi fatentur Austriaci) quòd parentibus debeatur à liberis; sicuti in pari alimenta debentur filiabus renuntiatis, & secundo genitis in primogenitura.

Secundò autem modò si legitima consideretur, de Jure Austriaco parentibus (inquieti) non deberi, sed per consuetudinem sublatam esse. Res profectò dura, & exteris deploranda; non quidem in casu, quo adsunt collaterales, utpote quibus etiam ratio naturæ suffragatur, sed in casu, quo collaterales deficiunt, & tota hæreditas applicatur Fisco.

Dices: tamen parentes consequuntur alimenta, ut proinde querelandi causam nullam habeant. *R.* etiam cuilibet extraneo alimenta deberi, ubi alendi se deficiunt facultates, ut proinde parentes non forent melioris conditionis, quam quilibet extraneus, nisi dixeris, alimenta etiam deberi Parentibus, qui proprio labore, & industria se sustentare valent.

SECTIO III.

De Successione Collateralium.

Diximus liberos ad parentem: & 46 parentes ad hæreditatem liberorum. Superest, ut de tertio ordine succedendi (puta! collateralium) agamus; enim verò si quis decedat, non relictis descendibus aut ascendentibus, tunc succedunt collaterales, & quidem primò locò fratres, quorum alii sunt *legitimi*, alii *illegitimi*. Legitimi iterum alii *legitimi tantum*, alii *legitimi, & naturales simul*.

Fratres naturales, & legitimi simul 47 iterum

iterum alii *Germani*, h. e. qui ex eadem Matre nati sunt. Alii *consanguinei*, qui ex eodem patre, sed diversa matre nati sunt: Alii *uterini* qui ex eadem Matre, sed diverso patre progeniti sunt.

§. I. De Successione Fratrum naturalium & Legitimorum Germanorum.

Primò locò ad successionem Defuncti vocantur Fratres Germani, exclusis Consanguineis, & Uterinis. Nov. 118. cap. 3. Ratio, quare excludant Fratres consanguineos, & uterinos, est hæc; quia duplex vinculum, quo Fratres invicem juncti sunt, fortius stringit; quàm simplex *Manz. tit. 6. §. 1. n. 7. hic.*

48 Quod procedit I. In allodialibus; non verò in Feudalibus: in his enim non tam attenditur duplicitas vinculi, quàm agnatio, atque adeò consanguinei à Germanis non excluduntur, sed æqualiter succedunt. *Claviff. D. D. Franz. Inst. hic n. 75. Vult. de Feud. l. 1. c. 9. n. 122. Gail. 2. Obs. 151. n. 1.*

49 Procedit II. de Jure communi Romano, secus de Jure consuetudinario Austriaco, secundum quod Frater consan-

guineus cum Fratre Germano in bonis paternis æqualiter, in maternis verò, & ab ipso defuncto acquisitis bonis solus Germanus succedit. Ita testatur famosus Practicus *Walter de Jure Consuet. Austr. lib. 3. tit. 64.* his verbis: *Stirbet ein Mann. . . i. e. Decessit aliquis relictus fratribus, quorum alios simplici, alios duplici vinculo junctos habuit: eo in casu defertur ex jure Imperiali hereditas ad eos tantum, qui defuncto frater duplici vinculo juncti fuerunt; quod quidem ex provinciali consuetudine, in bonis ab ipso defuncto acquisitis procedit: In bonis autem, quæ ipsi ex successione familia obtulerunt, (in denen erbgütern, welche von dem stamm herkommen), hæc differentia servatur; nimirum, qui defuncto junctus fuit frater ex patre, si cum eo qui duplici vinculo frater existit, bona quæ defunctus ex paterna habuit successione, æquis partibus accipit; materna verò eum sequuntur quem ex duplici vinculo adeoque ex matre fratrem habuit; ratio igitur ea servatur, ut bona hereditaria (erbgüter) semper ad eam revertantur stirpem ex qua perfecta sunt, puta; paterna paternis; materna maternis. Väterliches auf Väterliche, mütterliches auf mütterliche geschwistrige.*

Joannes
Pater.

Martha
Mater.

Joannes
Pater.

Anna, secunda
Conjux.

Georgius, primus filius ex utroque latere.

Christophorus ex utroque latere.

Paulus etiam ex utroque latere.

APPLICATIO.

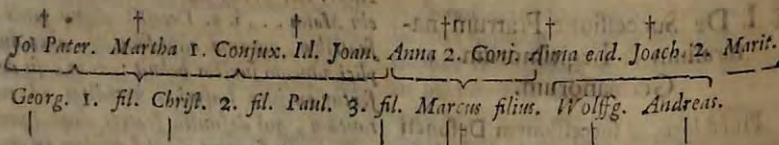
10 **I**N posito casu, si moriatur Paulus, tunc Christophorus acquirit omnia illa bona, quæ Paulus sua operâ congregavit, vel ex successione Matris acquisivit. In illis verò bonis, quæ

Paulus ex successione Patris obtinuit, Georgius, & Christophorus æqualiter succedunt. Vide quoque *Sutting. in Manuscript. lit. E. vers. Erbschafft, Linea der Geschwistrigen von einem und zweyen Banden;*

den, &c. Ratio nulla est, quàm, quia de jure Austriaco cadunt paterna paternis, materna maternis.

51 Sic pariter fac, quòd ad successionem defuncti concurrant fratres consanguinei,

noii, & uterini. Hoc in casu fratres consanguinei succedunt in paternis, uterini in maternis; in acquisitis verò aliunde, consanguinei, & uterini succedunt æqualiter. Ut ecce!



In posito exemplo, si moriatur Matheus, tunc Georgius, Christophorus, & Paulus Marco succedunt soli in bonis paternis, in maternis verò succedunt Wolfgangus, & Andreas etiam soli; in acquisitis autem aliunde, quàm ex successione Matris, omnes succedunt æqualiter. Ita Walter loc. cit. his verbis: *Wann zweyerley &c. i. e. Cum utrinque extant fratres sororesve diverso vinculo, alii à patre, alii vero à matre defuncto juncti; tunc ii sunt heredes in bonis paternis, qui cum eo ex eodem patre, in maternis vero ii tantum qui ex eadem matre nati sunt: quod quidem § de jure scripto procedit, nec non consuetudini provinciali consentaneum est: si autem defunctus bona aliunde quàm ex parentum successione obtinuit, tunc defertur hereditas ad utrosque æquis partibus in capita.*

Dixi: æquis partibus; ubi accuratè observes velim, quòd Walter videatur dissentire à Suttinger; hic enim (quantum licuit colligere) nullam facit differentiam inter casum, quo Germani concurrunt cum consanguineis quoad bona aliunde, quàm ex immediata Matris successione, acquisita, & illum, quo consanguinei concurrunt cum uterinis. Siquidem indistinctè asserit, quòd in utroque casu in bonis, aliunde (puta! per Testamentum, Donationem, aut alio titulo) acceptis, vel proprià industria

acquisita, Fratres æqualiter succedant, prout patet ex loco citato, lit. E, vers. *Erbischoff-Linea in Jure communi*, his verbis: *das contrarium aber. . . i. e. sa- pe tamen contrarium ex Consuetudine Austriaca in Consilio (by der Regierung) defestum est: nimirum fratres sororesque utriusque vinculi etiam alii vinculi duplicis, tam in paternis quàm acquisitis bonis admitti sunt successores æquis partibus.* Walter e contra in bonis aliunde acquisitis, æqualem successionem non admittit in casu, quo Germani cum consanguineis, sed duntaxat eo in casu, quo consanguinei cum uterinis concurrunt, vide quoque *Funferwald. lib. 4. observ. 4. per tot.* Mihi hac in materia, consuetudinem Austriacam allegando, utique arrisisset incitari excurrere; sed instituti ratio abruptè chorum.

Hactenus audivimus, quomodo Fratres Germani succedant. Sequitur, quid Juris, si cum Germanis concurrant Fratrum prædefunctorum Filii? & breviter deciditur, quòd isti filii veniant Jure representationis, h. e. illam portionem capiant, quam Parens ipsorum, si adhuc viveret, accepisset. *d. Nov. 118. cap. 3. representans enim utitur Jure representati. Manz. tit. 6. §. 1. num. 26. Haypr. num. 407. Concord. Jus Austriac. teste Walter. lib. 3. tit. 67. Gebet ein Mann mit Todt ab, . . . i. e. Decessit aliquis relicto*

est, num inter conjuges non sint inita pacta dotalia? *Secundum* est, an non vigeat aliqua consuetudo, aut statutum, quod caveatur, qualiter conjuges sibi invicem succedant?

Si facta sint inter conjuges pacta dotalia, necesse est, ea ad amissim serventur, non attenda dispositione juris communis, statuti, aut consuetudinis. Ratio: quia provisio hominis tollit provisionem legis, & lex silet, ubi homo loquitur. *l. fin. Cod. de pact. conv.*

⁶¹ *Dices*: Pactum de succedendo non valet, *l. fin. Cod. de pact.* ergo non possunt pacta dotalia fieri de mutua conjugum successione. *ꝛ. antecedens* procedere duntaxat de Jure communi; consuetudine enim ferè totius Europæ receptum est contrarium, teste *Gal. 2. ob. 117. num. 6. Mysing. 2. obs. 33. num. 10.*

⁶² Pacta itaque dotalia servanda sunt, ita, ut de Jure Austriaco, defuncto marito, vidua gaudeat Jure retentionis, nec cedere bonis teneatur; donec ei dos, donatio propter nuptias, largitas sponsalitia, paraphernalia, & quæcunque alia, vigore pactorum dotalium debita, integrè restituantur. *Walter de Jure consuet. Austr. lib. 3. tit. 8. Eine Wittib ist, ihres verstorbenen Ehe-Manns verlassene Haab und Güter seinen Erben abzutreten, nicht schuldig; sie werde dann zuvor von ihnen des Vermächts ihres habenden Heyraths-Briefs gantzlich abgefertigt.* Ad hoc tamen, ut vidua Jure retentionis uti, & fructus ex bonis mariti percipere possit, requiritur, ut illa inventarium confici curaverit, sine quo si bonis mariti sese immisceat, perdit hypothecam, & privilegia sibi competentia, *Schwarzenb. in auth. ad proces Jud. ad fin. cap. 2. de minor test. num. 13.* Facit Ordinatio politica Ferd. I. tit.

Von den Pupillen, und minderjährigen. Tu-born. Ibi: Solle solche &c. i. e. Debet mater vel noverca statim post mariti mortem, honorum omnium mobilium & immobiliarum ritè inventarium conficere ab omni suspitione alienum: hoc autem non faciens carebit ut suspensa omni jure hypothecæ; ei tamen salva erit ejus quod aliis suum est perscriptio, ex ratione juris facienda.

Et hæc ita demum procedunt, si dos & similia Jura, quæ vidua sibi deberi præterdit, sint liquida, & in contenti probari possint. Aliàs si sint illiquida, & controversa, tunc mulier Jure retentionis non gaudet, sed vel debet prætare cautionem, vel bona insequestranda sunt, donec mulier prætensionem suam sufficienter liquidaverit: ita testantur *Matth. Berlich. part. 2. Concl. 32. num. 15.* Retentio enim est quasi compensatio. *l. fin. Cod. de commod. debiti autem liquidi cum illiquido compensatio non admittitur, l. fin. Cod. de compens. Carpz. part. 2. const. 25. definit. 17. n. 8. Sutting. Manuscript. lit. W. vers. Wittib. Ibi: Wittiben müssen, &c. i. e. Viduæ debent prætensionem suam sufficienter liquidare ac probare. & ita in excess. Austr. Regim. judicatum esse, testatur.*

Q. XIII. Quid juris, si in litteris ⁶³ dotaliis hæc clausula expressa fuerit? quod utrinque conjuges constante matrimonio acquisiverint, commune est. Ut hac in questione distinctè procedatur, sit

Affertio I. Bona constante matrimonio ⁶⁴ acquisita, in dubio præsumuntur, opera, & labore mariti acquisita esse. Ratio: ut ex parte uxoris evitetur turpis, & inhonesti quæstus suspicio, *l. quintus § 1. ff. de donat. inter Vir. & Uxor. Fausserwald. lib. 4. obs. 6. num. 21. Sutting. in Manuscript. lit. E. vers. Eroberto*

Güter in wählender Ehe. His verbis, *Praesumptio est pro marito, quod acquisita opera & labore ejus sunt parta*, ad evitandam turpem & inhonestam suspensionem, NB. nisi probetur, pecuniam ex parte uxoris extitisse.

- 65 *Affertio II.* Quidquid, stante matrimonio, maritus, & uxor acquisiverunt, non bonum commune est utique, sed ad maritum spectat, vel ipsius hæredes. Ita docent *Finstervald. loc. cit. n. 21. Carpov. part. 2. const. 25. def. 8. num. 5. Guil. 2. obs. 78. num. 9.* Ratio: quia maritus tenetur alimentare uxorem, sobolem, omnemque familiam in victu, & amictu. Item tenetur dotem dare filiabus, l. fin. *Cod. de dot. promiss. ægrotae uxori providere de medico, & cætera onera matrimonii sustinere: ut proinde ipsa ratio æquitatis suadeat, bona, stante matrimonio, eidem decernere, & non uxori, quæ forsitan nihil profuit, nisi in Thalamo; aut in tumulto. Concord. Jus Austr. teste Sutting. in Manuscript. lit. E. vers. de clausula.* Ibi: *bona constante matrimonio acquisita inter conjuges communia esse non fert ratio juris.*

- 66 *Affertio III.* Si ista clausula: quod utrinque conjuges constante matrimonio acquisiverint, id in commune erit, in litteris dotalitatis expressè posita fuerit, tunc, cum pacta dent legem contractibus, l. 1. §. 6. ff. *deposit. bona constante matrimonio acquisita; æqualiter dividenda sunt. Walt. lib. 3. tit. 15. Sutting. loc. cit.*

Limitatur in Litteratis, & iis, qui officia habent; tamen enim præfata clausula: Was beyde Theil. &c. litteris dotalitatis expressè inserta fuerit; inter litteratos tamen, & officio aliquo provisos æqualem successorem non operatur, cum inter Nobiles, & litteratos uxor ut plus

consumat, quam lucretur, quod profectò probatione non indiget, cum fortè tu ipse testem agere posses.

II. Considerati, & inquiri debet, an non existat aliquod statutum, aut consuetudo in eo loco, ubi maritus habet domicilium, quò statutò, aut consuetudine dispositum sit, in quibus rebus, & qualiter conjuges sibi invicem succedant? si vigeat aliquod statutum, aut consuetudo, secundum hanc Judici procedendum erit; Consuetudo enim derogat Juri communi. l. 9. ff. de J. & J. *Schneid. de Success. int. vir. & ux. n. 3. & 4.*

De Jure Austriaco, si Maritus mo⁶⁷ riarur, & uxor litteras dotalitatis pro se nullas habeat, succedit illa marito in tertiam partem bonorum mobilium, si maritus ex prima uxore liberos post se reliquerit; si verò prius uxorem non habuerit, aut habuerit, sed ex ea nullum hæredem reliquerit; tunc uxor in bonis mobilibus succedit in secundam partem. Ita testatur *Bernard. Walter. lib. 3. tit. 67.* ibi: *So ist in solchem Fall bisz-hero Landsbræuchlich gewesen, dasz der Wittib, wann der verstorbene Ebe-Mann zuvor ein eheliches Weib gehabt, und von ihr Kinder hinterlassen, der dritte Theil seiner fahrenden Haab und Güter zustehen, und erfolgen solle; wo aber der verstorbene Ebe-Mann zuvor kein Weib gehabt, oder von derselben keine Kinder vorhanden, so folget der Wittib halber Theil der Fahrnußz.*

Sed quid Juris in bonis immobilibus? R. hac de re quoad plebejos nihil me certi invenire potuisse, nisi quod *Walter, lib. 2. tit. 80. in fine* asserat: *Wann allenthalben &c. i. e. Cùm nulla. ex parte veniunt cognati, tunc admittit jus civile viduam ad hereditatem defuncti mariti capiendam, & reciprocè: id verò mi-*

nimè fert consuetudo, quippè que in eo casu hereditatem ad fiscum defert.

Dixi: Quoad plebejos; inter personas enim illustres dotalia, vulgò die Wittib-Sitz, recepta sunt, circa quæ res ita se habet: des Wittib-Stuhl halber, &c. i. e. Circa dotali solent plebei patisci, eaque juxta pactum debent servari; qualia verò quantaque ea esse debent, eorum nullus ex consuetudine modus est certus; hic quippe ab arbitrio & consensu paciscentium dependet. Ubi autem de dotalibus (Wittib Stuhl) nihil est expressum, ea vidue, matrone, in statu nobilitatis constituta (berren undritter-Stands) debet pro ratione conditionis assignari. Fünsterwald. n. 4. obs. 19. n. 5.

Quòd si tandem nulla pacta dotalia existant: aut nullum statutum in loco, ubi maritus domicilium habet, vigeat, tunc recurrendum est ad Jus commune, casus enim omisus remanet sub dispositione Juris communis, l. 7. ff. de condit. caus. dat. caus. De Jure autem communi inter Jus antiquum, novissimum, & Jus Prætorium distinguendum.

De Jure civili antiquo, & L. XII. Tab. vir & uxor sibi invicem prorsus non succedebant, cum nulla inter eos sanguinis sit conjunctio l. 7. Cod. commun. de success.

Verum, cum Prætori hoc durum & difficile videretur, constituit, ut, si defunctus neque liberos, neque parentes, neque consanguineos reliquerit, successio devolveretur ad conjuges, ita, ut vir uxori, & rotâ versâ, succederet, excluso Fisco, l. unica. Cod. unde vir, & uxor.

86 De Jure civili novissimò, si matrimonium sit indotatum, h. e. mulier nullam dotem, vel maritus nullam donationem propter nuptias habeat, & prætoræa pars superstes sit inops, prætor-

rens verò dives, tunc superstes parti defunctæ succedit, sive extent liberi, vel collaterales; sive non extent: & quidem, si extent liberi, tunc, si numerò sint IV. vel plures, superstes conjux succedit in virilem portionem, h. e. bekommt einen Kindes-Theil. Si verò III. vel pauciores liberi extent, tunc pars superstes ex conjugibus succedit in quartam partem hæreditatis. Ita apertè sancit, Auth. prætoræa Cod. Unde vir, & uxor. Brunn. ibid. Schneid. n. 17. Gail. obs. 98. n. 5.

Idem procedit, si non concurrant liberi, sed collaterales: horum enim si III. adsint, Conjux superstes succedit in quartam partem; si verò IV. sint, vel plures, admittitur in æqualem portionem, cum hac notabili differentia, quòd in casu, quo, superstes conjux concurrat cum collateralibus, portionis suæ, & proprietatem & usum fructum acquirit; si verò unà cum liberis succedat, solum usum fructum consequatur d. auth. prætoræa. Manz. iit. II. §. 5. n. 65. Schneid. n. 14.

SECTIO V.

De Successione Fisci.

SI defunctus neque liberos, neque parentes, neque collaterales, neque conjugem post se relinquit, bona censentur vacantia, & Fisco cedunt: so mag die hohe Obrigkeit die Erblose Gutther zu ihrer Cammer ziehen. l. 1. l. 4. Cod. de bon. vacant.

Ad hoc autem, ut bona dicantur vacantia, requiritur, ut prius inquiratur per proclamata publicè affixa, num non existat aliquis, qui defuncti hæreditatem sibi deberi probare possit, l. si eò tempore. ff. de remiss. pig. ult. Cod. d. 2.

Manz. tit. 12. n. 5. quando, & in quibus casibus in Austria succedat Fiscus? vide *Walter lib. 3. tit. 80 per tot.*

71 Illud adhuc pro coronide notandum, quod, si quis in peregrinatione moriatur, neque Fiscus neque hospes, Jure hospitii, bona defuncti retinere possit; sed per manus Episcopi, si fieri potest, vel hæredibus ab intestato debeant tradi; vel in pias causas erogati. *text. in auth. omnes peregrini. Cod. commun. de success. Manz. loc. cit. num. 25.*

Hoc tamen Jure non utuntur Galli; 72 enim verò in Gallia Jus, (ut vocant) *Albigani* receptum est, vigore cujus Fiscus succedit peregrinis, seu alienigenis. *Manz. n. 26. Perez. ad Cod. qui testam. fac. poss. num. 6.* Quod idem memorie commendare volui, ut intelligant illi, qui ad Gallos peregrinantur, quem exitum bonorum expectare queant, si in Gallia, (sue fortè *Gallicia*) nature debitum persolvant.

TITULUS II.

DE OBLIGATIONIBUS.

SUMMARI A.

- 1 Positiv ratio ordinis.
- 2 Desinitur obligatio.
- 3 & 4 Alia est naturalis; alia civilis; alia naturalis, & civilis simul.
- 5 Explicatur definitio obligationis naturalis, & civilis simul.
- 6 Traduntur regule, quomodo possim cognoscere, an sit obligatio naturalis tantum; an civilis tantum; an naturalis, & civilis simul;
- 7 Recensentur effectus istarum obligationum.
- 8 Pactum quid sit?
- 9 Quomodo differat à sollicitatione?
- 10 Pactum, aliud est nudum; aliud vestitum.
- 11 Secundum consuetudinem pactum nudum quoad effectum non differt à stipulatione.
- 12 Pactum vestitum quid sit?
- 13 Quomodo vestiantur?
- 14 Quid contractus?
- 15 Alim est bone fidei; alim stricti Juris.
- 16 Qua inter illos sit differentia?

- 17 In contractibus bone fidei à tempore mora currunt usure.
- 18 In contractibus stricti Juris usure currunt à tempore litis contestate.
- 19 Contractus alii iterum sunt nominati, alii inominati.
- 20 Differunt, quod in his, re integrã, sit locus penitentia; secus in illis.
- 21 An dolus contractus nullos reddat?
- 22 Quando Dolus, dans causam contractui, & quando in contractum dicitur incidere?
- 23 Dolus, dans causam contractui bone fidei, facit contractum ipso Jure nullum.
- 24 Non etiam contractum stricti Juris.
- 25 Item, si tantum incidat in contractum.
- 26 27 28 & 29 Metus quando contractum irritet?

CONNEXIO.

DICTUM est in §. *fin. hyst. de J. N. G. & C.* omne Jus, quod utimur, pertinere vel ad *Personas*; vel ad *Res*; vel ad *Actiones*. In l. de personis: in II. & III. ad hunc usque *Tit. de rebus actum est.*

est. Sequitur rectâ ratione ordinis de actionibus, quarum mater cum sit obligatio, ideo prius de obligationibus, quam de actionibus agendum.

Ad Principium.

2 In hoc principio Sacratiff. Princeps Justinianus definit obligationem, atque esse Juris vinculum, quod necessitate astringimur, alicujus rei solvenda secundum nostrae civitatis Jura. Antequam hanc obligationis definitionem explicem, juvat vidisse, quotuplex sit Obligatio? Ita enim intelliges, qualem obligationem hic Imperator definiert.

3 Dividitur autem obligatio in naturalem tantum, civilem tantum, & naturalem & civilem simul. Obligatio naturalis tantum est vinculum, adstringens ad præstandum id, quod solo Jure naturæ debetur, l. 95. §. 4. ff. de solut. talis v. g. est, quæ ex nudo pacto provenit; ex testamento imperfecto; ex conventionione patris cum filio, &c. Obligatio civilis tantum, est vinculum, adstringens ad præstandum, quod solo Jure civili debetur, talis est quæ oritur ex litterarum obligatione; ex sententia condemnatoria non debitoris, l. 56. ff. de re jud. Item oritur obligatio, civilis tantum, quando quis, deferente adversariò jurat, eum sibi debere centum, quod petit. Hoc in casu jurans obligat adversarium, esto hic nihil debeat, l. 5. §. 2. l. 9. §. 1. ff. de Jure jur. non naturaliter (uti patet) ergò civiliter. Clariff. D. D. Franz. Inst. hic n. 8. Obligatio naturalis, & civilis simul, est vinculum, adstringens ad præstandum quod Jure naturali, & civili debetur. Talis est, quæ ex negotiis, utroque Jure validis confluit, v. g. ex stipulatione, emptione venditione, locazione conductione, &c. & de hac obli-

gatione naturali, & civili simul procedit posita definitio, in qua

Dixi I. vinculum, quod est genus; omnis enim obligatio est vinculum, l. 59. ff. de condit. indeb.

Dixi II. Juris, quæ vox locò differentie ponitur, nam per eam vinculum obligationis distinguitur ab omnibus aliis vinculis materialibus, hoc est, illis, quibus fortè vinciuntur boves; aut alie res. Harp. n. 8.

Dixi III. Quò necessitate astringimur, quibus verbis continetur vis & officium obligationis, quod in eo consistit, ut invitos etiam, & nolentes necessarîo adstringat, proditò in eum finem remediò actionis; quamprimùm enim quis naturaliter & civiliter obligatur, nascitur inde actio, l. 42. §. ea ff. de procurat. Unde contractus ab initio dicitur voluntatis; ex post facto necessitatis, l. 16. §. 3. ff. commodati. l. 5. Cod. de O. A. Manz. ad prin. n. 4.

Dixi IV. Alicujus rei solvenda, quæ particulæ effectum obligationis declarant; quia verò verbum rei, & verbum solutionis generalia sunt, generaliter quoque intelligenda sunt, ut non tantum, de re aliqua danda; sed etiam de faciendo intelligantur, ut sensus sit: obligatio est Juri vinculum, quò necessitate adstringitur ad aliquid dandum vel faciendum. Manz. num 5.

Dixi V. Secundum nostrae civitatis Jura, h. e. juxta constitutionem in l. 23. quod met. caus. ubi sancitur, quòd nemo debeat propriâ autoritate Jus sibi dicere; sed per legitimas actiones illud persequi, Schneid hic.

Advertis modò, definitam hic esse obligationem naturalem, & civilem simul; neque enim naturalis tantum, neque civilis tantum habet illam necessitatem solvendi. Non naturalis, quia natura-

naturaliter tantum obligatus, nulla actione ad solutionem compelli potest. *l. 1. ff. de pact.* Non civilis tantum, quia per exceptionem docti eliditur; paria autem sunt, actionem nullam habere, & talem, qualis per exceptionem infirmari potest, *Manz. n. 8.*

6 Q. I. Quomodo possim cognoscere: num ex aliquo negotio confurgat obligatio naturalis, & civilis simul? R. hoc posse colligi ex his quatuor seqq. regulis.

Prima est hæc. Quando lex civilis expressè resistit conventioni contrahentium, quando prohibet, actum, vel contractum fieri, tunc neque naturalis, neque civilis obligatio oritur, *l. 5. Cod. d. ubi diserte cautum est*; nullam conventionem nullum contractum inter eos videri subsecutum, qui contrahant, lege contrahere prohibente. Tale exemplum est in prodigo, cui bonis interdictum est, *l. 6. ff. de O. & A.* qui neque civiliter obligatur. *Schneid. n. 13. Zoës. ff. de O. & A. n. 43.*

Secunda regula est hæc. Quando lex civilis vel canon alicui conventioni neque resistit, tunc sola, & nuda obligatio naturalis tantum nascitur propter consensum, & naturalem æquitatem. Talis obligatio naturalis tantum nascitur I. ex nudo pacto; hæc enim talis est conventio, cui lex, vel canon expressè neque resistit, *l. 7. §. 4. ff. de pact.* II. ex contractu, inter patrem, & filium familias inito; pater enim, & filius in jure civili pro una eademque persona habentur, *l. fin. Cod. de impub. & alia subst.* Sicut ergo aliquis sibi non potest obligari, ita nec pater filio, nec filius patri; quia alius sibi obligaretur. Cum verò ista fictio de jure duntaxat civili procedat, & filius, & pater de jure naturali diversè per-

sonæ esse censeantur: idè sibi invicem, saltem naturaliter, obligantur, *Manz. num. 36. Schuei. l. num. 16. III.* Obligatio naturalis tantum confurgit ex testamento imperfecto, propter voluntatem defuncti, quæ de re ex professo exigimus, *lib. 2. tit. 20. n. 24.*

Tertia regula. Quando lex civilis expressè assistit alicui conventioni, & præterea æquitas naturalis, & consensus adfit, tunc oritur effectiva obligatio, & naturalis, & civilis. Illa, propter consensum, hæc, propter approbationem Juris civilis. Exempli nobis sunt omnes contractus, à Jure civili approbati, v. g. *emptio venditio, locatio conductio, Mutuum, commodatum, depositum, &c. Chltingenp. Q. 3. hic.*

Quarta regula. Quando lex civilis alicui conventioni expressè assistit; in qua tamen æquitas naturalis deficit, tunc, propter assistentiam legis, oritur obligatio, civilis tantum. Exemplum profertur in litterarum obligatione & in non debitore, per sententiam condemnato. Dissent. *Zoës. ff. de O. & A. n. 9.* ubi latissime discurrit, num detur obligatio civilis tantum; & tandem *negative* concludit, quæ sententia, si ad lancem solidioris Jurisprudentiæ appendatur, quam exiguis fundamentis nitatur, utique demonstratæ, nisi otiosum tenuissimum, de lana caprina multum contendere.

Quinam sint effectus istarum trium Obligationum?

IV. Obligationis naturalis tantum, 7
tates præcipui sunt effectus. I. est, quòd, licèt non producat actionem, *arg. l. 7. §. 4. ff. de pact.* producat tamen exceptionem, *d. l. 7. §. 4.* Ut ecce! obligatus mihi es naturaliter & civiliter ex contractu

tractu mutui; postea per nudum pactum tecum constituo, quod illud debitum a te nunquam velim exigere. Hoc pactum, ex quo confurgit naturalis obligatio, parit exceptionem, & si ego a te illud mutuam petam, poteris me repellere per exceptionem pacti de non petendo l. 27. §. *pactus ff. de pact.*

II. Effectus obligationis, naturalis tantum, est, quod naturaliter tantum, debitum, si fuerit solutum, repeti non possit. Ut ecce! haeres ex testamento, minus solemnii, relicto legatum praestitit; vel quis ex nudo pacto promissum solvit, hoc in casu soluti non datur repetitio l. 10. ff. de O. & A. naturaliter enim debita, si soluta fuerint, repeti non possunt. *Schneid. n. 25.*

III. Effectus obligationis naturalis est, quod debitum, naturale tantum, compensari possit cum debito, naturali & civili simul l. 6. ff. de compensat.

IV. Quod in constitutum recte deducitur l. 1. §. pen. ff. de const. pecun. *Chrif. D. D. Franz. hic. n. 6.* ubi plures effectus obligationis, naturalis recenset. Effectus obligationis, naturalis & civilis simul, est quod pariat actionem, & si per aliquam exceptionem non elidatur, exactionem l. 27. §. 2. ff. de pact. *Manz. n. 62. Schamb. Inst. hic.*

Effectus obligationis, civilis tantum, est, quod pariat actionem; non autem exactionem, quia per exceptionem, v. g. non numerata pecunie, pacti de non petendo, actio excluditur §. *praeterea. Inst. de except. Schneid. n. 7.*

§. Omnium 1.

Summa seu prima divisio obligationis, naturalis & civilis simul, desumpta est a causa efficiendi remota, secundum quam obligatio alia est civilis; alia praeterea ad Instituta.

quae aliò nomine etiam honoraria vocatur. Civilis vocatur illa, quae à Jure civili vel ex L. XII. Tab. vel ex SC. vel Plebisc. vel Constit. Principum, vel Responsis Prudentum inducta, & approbata est. Talis est legis Aquiliae, obligatio, ab Aquilio, tribuno plebis, & sic à plebiscito inducta l. 1. ff. ad leg. Aquil. Item obligatio de pauperie, quam quaedam fecisse dicitur, à L. XII. Tab. introducta. Idem obligatio litterarum, stipulatio, sponsalitia largitas, &c. *Manz. hic.* Praetoria est, quae à praetore inventa est, est v. g. obligatio ex furto *Prin. Inst. de perpet. & tempor. act.* ex rapina *Prin. Inst. de vi bon. rapt.* ex constituto §. 11. *Inst. de act.* ex Jure Jurando voluntario §. 11. *Inst. eod.*

Differentia inter obligationem civilem, & praetoriam, praeter alias, haec est praecipua, quod illa sit perpetua, & duret XXX. annis, haec vero annalis sit, & unius anni spatio describatur. *Schneid. n. 6. hic.*

§. Sequens fin.

Secunda divisio obligationis est, quod alia oriatur ex contractu; alia ex quasi-contractu; alia ex delicto; alia ex quasi-delicto. Illa verò, quae ex contractu nascitur, iterum vel *re*, vel *verbis*, vel *litteris*, vel *consensu* contrahitur, prout (annuente DEO) per decursum hujus libri videbimus. Interest tamen, priusquam ad contractus in specie descendamus, juvat hic, velut in vestibulo, naturam contractus in genere exoutere; & cum pacta adhuc latius pateant contractu, ideò primò locò differendum de pactis.

Pactum definitur, quod sit duorum & vel plurium in idem placitum consensus l. 1. §. 1. ff. de pact.

9 Dixi I. *duorum, vel plurium*, distinguatur à pollicitatione, quæ solius est offerentis promissam *l. 3. ff. de pollicitat.* Hæc Pollicitatio ejus est naturæ, & indolis, ut nullam omnino obligationem producat, quamdiu ex parte altera non intervenit acceptatio, quâ interveniente, in verum pactum transit, ita ut confurgat obligatio naturalis. Ante acceptationem autem nullam planè producit obligationem, ita ut pœnitere, & pollicitationem promittenti liceat revocare *l. 2 § 6. & l. 10. ff. de donat.* ubi dicitur, licet in aliquem donationem contulerim, remque donatam per nuntium miserim, rei tamen dominium in donarium non transferri, si aut omnino non acceptationem decesserit *P. Engl. ad Decret. de pact. n. 2.*

Limitatur I. Si pollicitatio facta sit Ecclesiæ, pauperibus, vel piæ causæ; hæc enim statim obligat, licet nulla intervenierit acceptatio: quia censetur, à DEO acceptata.

Limitatur II. Si pollicitatio facta sit Reipubl. ex aliqua causâ, puta! ad reparationem incendii, ruinæ &c. enim statim obligat, cum censetur acceptata à lege *l. 1. ff. de pollicitat. l. 3. l. 6. §. 2. l. 9. ff. Eod. Glettle tract. de pact. cap. 1. n. 2.*

Dixi II. *In idem placitum*, subintellige! de dando aliquo vel faciendo: non enim quilibet in idem placitum consensus est pactum; fac enim, quod duo, vel plures in eandem sententiam conspirent, hic datur duorum, vel plurium in idem placitum consensus, & tamen non datur pactum; ergo benè subintelligitur de dando aliquo vel faciendo *Bachov. ad Treutl. vol 1. disp. 6. th. 1. lit. A.*

10 Dixi III. *consensus*, quæ vox generis locum obtinet.

Dividitur I. pactum in nudum & vestitum. Nudum est, quod in nudis placiti finibus consistit. *Schneid. Inst. hic. n. 6.* Seu est id, quod neque causam, nec etiam eam de Jure firmitatem habet, ut actionem generare possit. Ut ecce! placuit inter nos libros nostros permutare. Hæc conventio, antequam ab alterutra parte adimpleatur, dicitur nudum pactum; quia neque speciale nomen habet, puta! *emptiois, venditionis, donationis, &c.* neque causam, hoc est aliquid datum, vel factum certâ lege, ut vicissim alter aliquid det vel faciat. Neque eam de Jure, firmitatem habet, ut actionem generet, ait enim, quæ lex, quæ constitutio hanc ei firmitatem dederit? Aliud exemplum nudi pacti accipe! Ego tibi præsentem, pecuniarum sortem indigo, absque aliqua causa, & nullâ præcedente stipulatione promisi, dare pecunias mutuas, vel commodare meum equum; ut, id tibi per quam gratum fore, respondisti. Hæc in casu ista mea promissio ante rei interventum nihil est, nisi nudum pactum, quod neque nomen, neque causam habet, neque actionem producit *d. l. 7. §. 4.*

Dixi: *nullâ stipulatione præcedente*; si enim stipulatio præcessisset, hoc est, si una pars interrogasset: *promittisne dare centum?* & altera respondisset: *promitto.* Tunc oriretur efficax actio, & obligatio; licet res actualiter non intervenisset. *Zoës. ff. de V. O. n. 4.* Unde patet, quæ sit inter pactum nudum, & stipulationem differentia? Nam si ego alteri præsentem, & consentienti, abique interrogatione præcedente, ex lucrativa causa aliquid promittam; oritur nudum pactum. Secus, si interrogatio præcesserit, & ego desuper responderim atque promiserim; tunc enim non nudum

dam pactum: sed stipulatio nascitur, per quam nudum pactum vestitur. *Schneid. Inst. h. e. de pact. n. 13. Manz. Inst. de V. O. in prin. n. 3.*

11 *Queres I.* An etiamnum hodie aliqua sit inter nudum pactum, & stipulationem differentia? *R.* Secundum consuetudinem ferè totius Europæ quoad effectum inter nudum pactum & stipulationem nullam amplius observari differentiam; verùm ex illo non minus, quàm ex stipulatione, actionem produci. Quod, num veritate valeat? illi noverint, qui inter quotidianos causarum strepitus in Foro, ac Tribunalibus sudant. Vide *Carpz. p. 2. Const. 19. definit. 17. n. 7. Brunnem. l. 45. ff. de pact. Wesenb. in parat. de pact. n. 10.*

12 *Pactum vestitum* est, quod non in solum placiti finibus consistit; sed vel transit in proprium per legem nomen, vel habet causam, vel assentientiam legis, ut actionem producat. Hoc pactum nomine, magis propriò, contractus appellari potest *P. Engel. n. 7. de pact.*

13 *Queres II.* Quot, & quibus modis nudum pactum vestitur? *R.* variis modis vestiri. I. vestitur *legis assentientia*? quando nimirum, ipsa lex alicui negotio, quod alias nudum pactum est, eam firmitatem atque efficaciam accomodat, ut actionem producat. Sic vestitur, & firmatur. I. pactum donationis *l. 35. §. fin. Cod. de donat. §. 2. Inst. eod. II. pactum dotis l. in. Cod. de rei uxor. act. III. Pactum de constituto §. 9. Inst. de act. IV. Pactum hypothecæ *l. 4. ff. de pignor.* & plura alia, quæ recenset *Clariss. D. D. Franz. loc. cit. n. 29. Schneid. n. 9.* II. vestitur nudum pactum re, veluti in contractibus realibus, puta! *mutuo, commodato, deposito pignore, &c.* licet enim centies tibi promittam, mutare centum, commodare meum equum, &c.*

nunquam tamen contrahitur mutuum, aut commodatum; nisi res interveniat, hoc est, nisi numerentur centum, aut tradatur equus. III. vestitur pactum *verbis*, ut in stipulatione *l. 14. Cod. de pact.* Nam si tibi absque prævia solennitate verborum (quæ in interrogatione unius, & congrua responsione alterius consistit) aliquid promittam, nudum pactum erit. Si verò interrogatio præcedat, & subsequatur responsio, v. g. si me ita interroges: *promittisne dare centum?* & ergo respondeam: *promitto.* Tunc producitur actio ex stipulata, prout *infra. 16. latius hac de re differemus.* IV. vestitur pactum *consensu*; tametsi enim in omnibus pactis consensus intervenire debeat; sunt tamen certæ conventiones quæ solo consensu ita perficiuntur, ut statim actionem producant; licet res nondum interveniret; prout patet in *emptione, venditione, locatione, conductione, Mandato, & Societate*, de quibus suo loco. V. vestitur pactum per coherentiam cum *contractu*, si scilicet incontinenti adiciatur *contractibus bonæ fidei*, v. g. si vendo tamen tibi domum meam, appositò istò pacto, ut liceat mihi adhuc per unius anni spatium in ea habitare. *Schneid. n. 17. P. Engel. n. 8.* Huc usque de *pactis*: Sequitur de *contractibus* in genere.

Contractus à variis variè, à paucis bene definitur. Placet, quòd sit *conventio, speciale nomen habens, vel, eo deficiente, causam.* *Glettle tr. de pact. cap. 2. §. 3. n. 7.*

Dixi I. *Conventio*, quæ vox generis vicem sustinet, cum latior sit definitio, omnis enim contractus est conventio; at! versa rotà, non omnis conventio est contractus; nam pactum nudum est conventio: non tamen contractus.

Dixi II. *Speciale nomen habens*, hoc est tale nomen, quò auditò, conceptus no-

statim ferur in certum aliquid negotium, cui nomen illud à Jure est alligatum. Ut ecce; auditò nomine *mutui*, conceptus noster statim tendit in tale negotium, quo res fungibilis traditur cum obligatione, restituendi rem ejusdem generis. Similiter, auditò nomine *emptionis, venditionis*, conceptus noster statim fertur in tale negotium, quo hoc agitur, ut fiat permutatio mercis cum pretio.

Dixi III. *Vel eò deficiente, causam*, nomine autem causæ in præsentia materia nihil aliud intelligitur, quàm conventionis impletio, ab alterutra paciscentium parte facta; sive (ut explicatiùs loquar) nomine causæ nihil aliud denotatur, quàm *datio*; vel *factum*, quo conventio ab uno paciscentium eà intentione impletur, ut alter, ad vicissim quid præstandum, incipiat, efficaciter esse obligatus. Ut ecce; placuit inter nos, equos nostros permutare. Hoc in casu, antequàm tibi dem meum equum, vel tu mihi tuum, nuda est conventio, nudum est pactum pariens quidem utrinque obligationem, sed non exactionem. At, quam primùm ego tibi meum equum dedi; vel tu mihi tuum, desinit ita conventio esse nuda, & illicò in contractum transit. *Ratio*, quia per impletionem, ex alterutra parte factam, causam acquirit, quàm causam ponit impletio unius, eà intentione facta, ut & alter conventionem impleat. *Glette loc. cit. n. 10. Clariff. D. D. Franz. n. 41.* & plures alii ab his allegati.

15 *Dividitur I. contractus, quòd alius sit bonæ fidei; alius stricti Juris. Ubi*

Observa, bonam fidem in Jure nostro bifariam accipi I. quatenus significat, quidquid à *dolo fraude, & calliditate* alienum est, sicuti bonæ fidei emptor dicitur, qui ignorans rem alienam emit I.

109. ff. de V. S. Hòc sensu bonæ fidei gestum dicitur omne illud, ubi abest dolus l. 68. ff. de contrab. empt. II. Quatenus significat id, quòd *æquum & bonum* est, ac à *rigore Juris* alienum l. 81. ff. de positi. & in hoc sensu accipitur bona fides in hac nostra divisione, h. e. pro justo, & æquo, ut sensus sit, quòd contractus bonæ fidei illi dicantur, in quibus bona fides exuberare debet, ita, ut Judex in illis etiam de eo judicet, quòd inter partes conventum non est; modò tamen æquum sit, & bonum arg. l. 31. §. in bonæ fidei ff. de Usur. ubi habetur, quòd in contractibus bonæ fidei à tempore moræ currant usuræ; licèt in casum moræ de iis nihil conventum, nihilque cogitatum sit. Tales autem contractus bonæ fidei dicuntur omnes, quorum actiones enumerantur in §. 28. *Inst. de act. Schneid. n. 17.*

Contractus *stricti Juris* sunt, in quibus Judex de iis duntaxat judicat, de quibus nominatim, & disertè inter partes conventum est. Tales sunt *Mutuum, stipulatio*, & omnes illi, quorum actiones in cit. §. 28. *Inst. de act.* non enumerantur. Unde

Colliges, præcipuam inter contractus bonæ fidei & stricti Juris, hanc esse *differentiam*, quòd in illis Judex etiam de iis judicet, de quibus nominatim actum non est; si modò æqui bonique ratio id suadeat. Contra verò in contractibus stricti Juris Judicis potestas ad rigorem conventionis ita adstricta sit, ut nequeat judicare, vel condemnare ultra id, quòd à partibus expressum est l. 99. ff. de V. O. Ut ecce, ego vendidi tibi fundum, nondum perceptis, sed pendentibus fructibus. Hoc in casu, licèt nulla in contractu fructuum mentio facta sit, nihilominus tamen una cum ipso fundo censentur venditi l. 13. §. 10. ff. de act. empt.

empt. vend. Contrà verò, si eundem fundum stipulanti tibi promiserim, fructus præstare non tenebor, utpote in contractu stipulationis nominatim, & expressè non promissos *l. 78. §. 1. ff. de V. O.* Ponè iterum, quòd equum aliquem, benè ornatum, tui gratià obequitaverim, ac eum postea tibi vendiderim. Hoc casu licet nulla ornamentorum facta sit mentio eo tamen nihilominus tenebor præstare; utpote qui equum talem censeor vendidisse, qualem obequitavi *l. 38. ff. de a. lilit. edit.* At verò si fingamus, me eundem equum tibi stipulanti promississe, hoc in casu (nisi expressè ornamentorum mentio facta sit) ea tibi præstare non tenebor *d. l. 99. ff. de V. O. Glettle loc. cit. cap. 3. §. 1. num. 10.*

18 *Secunda differentia* inter contractus bonæ fidei, & stricti Juris notatu digna est, quò in contractibus bonæ fidei usuræ incipiunt currere statim a die mortis commissæ *l. 3. §. 1. & l. 32. §. 2. ff. de usur. Harp. Inst. de act. §. 28. n. 18. Brunnem. in d. l. 3. §. 1. Wesenb. in paratit. de Usur. n. 3.* In contractibus verò stricti Juris usuræ à tempore mortis non debentur; enim verò expedita res est, in stricti Juris contractibus usuras non deberi; nisi expressè in stipulationem deductæ fuerint *l. 3. Cod. de Usur. Glettle de pact. cap. 3. §. 1. n. 12. Brunnem. in d. l. 3. Schneid. Inst. de act. §. 28. num. 34.*

Quæres IV. à quo ergò tempore in contractibus stricti Juris currant usuræ? Sunt qui autem, in contractibus stricti Juris neque à tempore litis contestatæ deberi usuras; nisi expressè per stipulationem fuerint promissæ. Ita Schneid. & Glettle loc. cit. Hum. ad Treult. vol. 2. disp. 3. rb. 3. Q. 14. Buch. ibid. lit. C. Vsq. Quæst. illustr. lib. 3. cap. 36. num. 47. Moventur per *l. 1. Cod.*

de Condit. 1. in debiti, & l. 3. Cod. de us. quibus locis generaliter, & indistinctè sancitur, usuras in contractibus stricti Juris, qualis etiam est indebitum *arg. §. 28. Inst. de act.* non deberi aliter quàm, si expressè conventionione fuerint promissæ. Sunt è contra alii, qui utraque manu propugnent; in contractibus stricti Juris usuras deberi à tempore litis contestatæ. ita Harp. §. 28. Inst. de act. n. 18. Carpzov. part. 2. const. 20. def. 17. & lib. 4. Resp. 56. Brunnem. in l. 35. ff. de Usur. ubi ait: hanc sententiam judicandò multoties observatam esse. Moventur præcipuè per *d. l. 35. ff. de usur.* in his verbis: *litis contestatæ, usuræ currunt.* Nec est, cur dicis? *d. l. 35. de bonæ fidei contractibus intelligendam esse; si quidem paulò antè in l. 32. §. 2. eod. tit.* apertè definitum est, usuras in contractibus bonæ fidei à litis contestatæ tempore currere, ut proinde verisimile non sit, eandem quæstionem de novo movere, & in *cit. l. 35.* demum definire voluisse.

Mihi in hac rerum concertatione arri-det posteriorum sententia, decentium, à tempore litis contestatæ deberi usuras in contractibus stricti Juris; tum, quia textu fat clarò nititur; tum, quia eidem suffragari videtur Consuetudo Austriacæ. Teste Walter lib. 2. tit. 10. his verbis: *Wann der schuldner i. e. Cum debitor creditori nullam promissit usuram, tunc, nihil eo nomine debetur, nisi ex quo venerit dies sorti solvenda constituta (zahl frist). Si autem die vel primâ, vel alterâ aliâve omni elapsâ, debitor in mora fuerit dolosè; tunc hic damnum ex mora dilationeque injusta ortum, nec non usuras legitimas vicissimas (5 pro 100) à tempore moræ computandas præstabit. Sed etsi à creditore nulla fuerit facta denunciatio, nec ab eo debitor sit monitum ut solvat:*

hoc etiam in casu, cum dies interpellat pro creditore, veniunt usura nihilominus à debito prestanda à tempore mora.

Tertia differentia inter contractus bonæ fidei & stricti Juris est, quòd contractus bonæ fidei ipso Jure nulli sunt, si dolus iis causam dederit: contra verò contractus stricti Juris, dolò malò initi, valeant, & duntaxat producant exceptionem doli contra fraudatorem. *Schn. loc. cit. num. 32.* Qua de re nos infra prolixius.

20 II. *Dividuntur* contractus in *nominatos & innominatos*. Nominati sunt, qui speciale nomen habent, à lege sibi attributum, v. g. *Mutuum commodatum, depositum, pignus, stipulatio, locatio-conductio, emptio-venditio, Societas, mandatum &c.* Innominati dicuntur, qui non habent nomen proprium, habent tamen causam l. 7. §. 2. ff. de pact. Hujusmodi sunt contractus *do, ut des; do, ut facias; facio, ut des; facio, ut facias.* Item *permutatio*, quæ, licet habeat elegans nomen; quia tamen in genere comprehendit omnem contractum, per quem res cum re permutatur, dicitur innominatus, & sic speciali nomine caret. *Schneid. Inst. hic. n. 11. Harp. Inst. hic. n. 20.*

21 Præcipua, & principalis differentia inter hos duos contractus est, quòd in contractibus nominatis, re, etiam adhuc integrâ, non sit locus pœnitentiæ l. 5. Cod. de O. & A. ubi contractus dicuntur esse ab initio *voluntatis*, ex postfacto autem *necessitatis*. Contra verò contractus innominati ejus sunt naturæ, atque indolis, ut in iis, re adhuc integrâ pœnitentiæ locus sit l. 5. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut. ita ut ille, qui ex sua parte contractum implevit, pœnitere possit, & ab eo, qui necdum satisfecit, datum repetere, licet neque

in mora sit, nec in culpa. Imò, etsi paratus sit, ex sua quoque parte contractum implere, vel aliqua præparatoria ad implendum fecerit. *Text. in l. 3. §. 2. & 3. l. 5. §. 1. & 2. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut. Molina de J. & J. disp. 258. num. 3.* Ratio, quia is, qui dictò modo dedit, non obligat se accipienti, sed tantum hunc sibi obligat, ad vicissim quid dandum, vel faciendum: ergò potest ille, qui jam implevit contractum, Jure suo cedere, & nolle alterum, qui accipit, sibi obligatum esse: adeoque libere pœnitere. E contra ei, qui necdum implevit contractum, sed tamen ab altero aliquid accipit, non licet pœnitere sed compelli potest *Actione præscriptis verbis*, ad implendum contractum; vel si malit is, qui aliquid dedit, *conditione causâ, datâ, causâ non secuta*, ad restituendum, quod datum est. Ita *Clariff. D. P. König. ad decret. de pact. §. 3. n. 15. P. Engel. ibid. §. 3. n. 13. Clariff. D. D. Franz. Inst. h. t. n. 13. Fach. lib. 11. cont. 8.*

Hactenus dictum est, quid & quotuplex sit contractus. Jam verò, cum frequenter contingat, contractibus immisceri *dolos*; aut eos celebrari *metri*. Superest inquirere, quid in quovis casu sentiendum? *Queres V.* An dolus contractus ipso Jure nullos reddat?

Ut solennis ista *Questio* accuratius re²² solvatur, referre (exillimo) an dolus dederit causam contractui, an incidet in contractum? *Causam* verò *dare contractui* dicitur *dolus*, quando quis, eò præscitò nullo modo fuisset contracturus. Sin autem adhuc fuisset contracturus, sed non eodem modo tum dicitur *dolus incidere in contractum*, v. g. vult quispiam emere vinum Austriacum, & nullum aliud. Venditor decipit emptorem, dando Moravicum, & afferendo,

do, esse Austriacum. Hoc in casu dolus dicitur, dare causam contractui, quia, præsciò dolò, non fuisset contracturus. Quòd si emptor adhuc emisset Moravicum, sed non eodem pretiò, quo Austriacum, tum dicitur dolus incidere in contractum. *Schamb. § 30. Inst. de act. Zoes. ff. de dolo malo.* His prælibatis, sequitur.

23 *Affertio I.* Dolus, dans causam contractui bonæ fidei, facit contractum ipso Jure nullum ex parte decepti. Ita se ipsa docent *Vinn. lib. 1. sect. 3. quest. cap. 12. Zoes. loc. cit. Glette. part. 1. quest. 25. Schamb. loc. cit. Carpz. part. 2. const. 34. definit. 9. n. 3. Gail. lib. 2. obs. 2. n. 6.* Idque, in foro conscientie etiam veniissimum, tradunt. *Cottare in reg. possessor. part. 2. §. 6. n. 6. varr. in reg. possessor. part. 2. §. 6. n. 6. Molina de J. & J. disp. 352. n. 4. Dissent. Clarif. D. D. Franz. Inst. b. t. n. 85. Hauwold. tom. 3. de J. & J. tr. 8. cap. 2. cont. 1. §. 3. num. 86. Probatur nostra Affertio I. per l. & eleganter 7. ff. de dolo malo, ubi disertè cautum est, nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, minor circumscriptus est. *Brunn. ibid.**

Secundo per l. 3. §. ult. ff. pro Socio, ubi dicitur, Societatem, si dolò malò, aut fraudandi causà, coita sit, ipso Jure nullius momenti esse, ex ratione, ibi subiecta, quia contractus Societatis est bonæ fidei, cui nihil est magis contrarium, quàm fraus & dolus.

Dices I. Ubi adsunt substantialia contractus, ibi non potest contractus esse ipso Jure nullus; sed, licet dolus causam dederit contractui bonæ fidei, adest tamen consensus, adsunt cætera substantialia, puta! *merx & pretium,* ergò contractus non est ipso Jure nullus. *R.* Ad hoc argumentum *neg. min.* dolus enim excludit consensum, ad valorem

omnis contractus essentialiter requisitum.

Instabis: utique adest consensus in corpus? ergo vera est *minor,* videlicet adesse consensum. *R.* In contractibus bonæ fidei non sufficere, adesse consensum in corpus, sed requiri consensum in causam siquidem is, qui contrahit, non absolute sed conditionate consentire, à lege præsumitur, puta, *se omnes circumstantie, que ad contrahendum impulerunt, à parte rei subsint.* Unde, si una ex circumstantiis allegatis deficiat, jam etiam deficere consensum, atque adeò contractum nullum esse, intelligitur, *Zoes. loc. cit. n. 14. aliter Glette tract. de part. cap. ult. §. 2. n. 17.*

Objicies II. Vis, & metus non reddunt contractum ipso Jure nullum, prout infra dicemus; ergò neque doli. *R. concess. ant. neg. conseq.* Disparitas est, quòd metus palam dolus autem clam inferatur, & is, qui, metu inductus consentit, eligendo inter duo mala minus. Contra, dolò circumventi, ut si aliqua voluntas; non tamen tam enixa est, & certa; quàm illius, qui metum passus est, quia decipitur.

Objicies III. ex contractu bonæ fidei, cui dolus causam dedit, transfertur dominium *arg. l. 7. ff. de dolo malo:* ergò contractus talis non est ipso Jure nullus, cum, quòd de Jure nullum est, nullum producat effectum. *R.* Quòd translatio dominii non arguat necessariò valorem cause præviæ, prout patet in solutione indebiti, ubi si quis, errore ductus, solvat, quod non debet, transfertur dominium; licet non subsit causa, de Jure valida, & subsistens.

Objicie IV. l. 5. Cod. de rescind. vend. ubi contractus, cui dolus causam dedit, rescindi dicitur, ergò tenuit, privatio enim supponit habitum. *R.* Venditionem
ibi

ibi rescindi de facto, prout in simili in l. 1. ff. de feriis. Sententia rescindi dicitur, quæ ipso Jure nulla est.

Cæterum, dixi in Assert. I. ex parte decepti; nam, si deceptus, & dolo circumventus contractum servare velit, eundem etiam servare tenetur decipiens, cum ex hujus parte consensus sit absolutus, ut temerè refragetur, si alter valorem contractus urgeat, deberet enim propriam turpitudinem in sui favorem allegare, qualem allegans non auditur, l. 30. Cod. de transact. & dolo nemini debet patrocinari, l. 2. ff. de except. doli.

24 Assertio II. Dolus, dans causam contractui stricti Juris, non reddit contractum ipso Jure irritum, l. 5. Cod. de inut. stipul. ubi obligari, ac efficaci actione conveniri posse, dicitur, qui, dolo inductus promissit stipulanti; competit tamen decepto, si nondum impleverit contractum, exceptio doli mali, qua agentem ex contractu repellit. l. 5. Cod. d. t. § l. 37. ff. de V. O. Si verò contractum jam impleverit, & alia fortè desint remedia, dabitur ei actio de dolo, tanquam ultimum subsidium. Glette tract. de pact. cap. ult. §. 2. n. 23.

Sed an! quæ est ratio disparitatis, quòd dolo dans causam contractui bonæ fidei contractum reddat ipso Jure nullum; fecus contractum stricti Juris? En! hæc est differentie ratio, quia in contractibus bonæ fidei consensus requiritur non tantum in corpus sed etiam in causam, utpote, in quibus exuberare debet bona fides. In contractibus verò stricti Juris sufficit, adesse consensum in corpus utpote qui recipiant strictissimam interpretationem, & in his non veniunt nisi ea, quæ exigunt strictam naturam, ad quam sufficit, adesse consensum in corpus. Ita subtiliter discurreit. Zwef. loc. cit.

Assertio III. Dolus, incidens in contractum, seu bonæ fidei, seu stricti Juris, non annullat quidem contractum; datur tamen decepto actio ex eodem contractu, ut damnum refarciatur, atque illud, in quo damnificatus est, suppleatur l. 9. prin. ff. de dolo malo § l. 13. §. 4. § 5. ff. de act. empt. vend. Ita communiter omnes.

Quæres VI. An metus contractum reddat ipso Jure nullum?

Præquam resolvatur ista Quæstio, notandum venit, quid? & quotuplex sit metus? Itaque

Metus describitur, quòd sit presentis, vel imminens periculi; vel mali causæ, mentis trepidatio. Hic vel provenit à causa necessaria; vel à causa libera. A causa necessaria dicitur provenire, si incutiatur à morbo, periculo naufragii, aut aliò simili principio naturali. A libera, si inferatur ab homine. Metus, à causa libera proveniens, dividitur in gravem, & levem. Uterque iterum vel est justus, vel injustus, prout diximus lib. I. tit. 10. n. 95. quò brevitatè causa remissus esto!

Assertio I. Metus, procedens, à causa necessaria, contractum non reddit irritum, neque irritabilem cap. scut. § de regular. Ratio, quia injuriam non patitur, qui metum, à causa naturali incussum, sustinet. Qua fronte enim, quo colore animi quis Eolo, aut Neptuneo succenscat; vel eos improbos, & injustos arguat; si, concitata horrida tempestate, quam coegerint, ut Jovillaret? Accedit, quòd vota etiam; & juramenta, ac cæteræ promissiones, in gravi tempestate aut infirmitate ex timore mortis facta, irrefcindibiliter valent, ergò etiam valebit contractus. Glette tract. de pact. cap. ult. §. 1. n. 8.

Affertio II. Metus, senturiens à causa libera sed iuste incussus, itidem nullum contractum facit irritum aut irritabilem. Ratio; quia contractum, metu initorum, infirmitas aut rescindibilitas unice desumitur ab injuria, per metum illatâ; sed, quando quis ipse metui causam præbuit, non censetur, ejus illatione injuriam pati. *Confir. ex l. 21. ff. quod. met. caus.* ubi dicitur, quod mulier, quæ, contra patronum suum ingrata, aliquid promissit, ne in servitutum redigeretur, edictò non juvetur, quia, hanc metum sibi ipsi intulisse, creditur.

²⁸ *Affertio III.* Metus, à causa libera injuste incussus, sed levis, iterum contractum non reddit irritum aut irritabilem. Non irritum, quia metus levis ab homine constante spernendus est, & non meretur favorem Juris, qui metu levi frangitur; sed dignum se constituit, ut asininis bombis tumuletur. Non irritabilem quia restitutio ex edicto, *quod metus causâ*, non ob quemlibet metum, sed cum duntaxat, qui est majoris mali, & in virum constantem cadit, conceditur, *l. 5. l. 6. l. 7. ff. quod met. caus. Zoes. ff. eod. n. 25. Clariss. D. D. Franz. b. t. n. 84.*

Affertio IV. Metus gravis, ad extorquendum contractum ab ipsomet contrahente injuste, incussus, non reddit contractum ipso Jure nullum, sed duntaxat irritabilem. Ita *Glettle loc. cit. n. 12. Manz. Inst. de act. §. 25. n. 7. Zoes. loc. cit.* & plures ab his allegati. *Probatur ex l. ult. Cod. de his, quæ vi, &c.*

ubi dicitur, quod venditiones, donationes, transactiones, per vim extortæ, debeant infirmari, ergò ipso Jure tenent, quod enim ipso Jure nullum est, non dicitur infirmari. *Confirmatur per §. 1. Inst. de Except.* ubi, qui, metu coactus, promissit, Jure civili obligatur, eò quod coacta voluntas etiam sit voluntas, *arg. l. 21. §. pen. ff. quod met. causâ.* Is enim, qui vi, metuque cogitur, hòc ipso consentit, dum inter duo mala minus eligit, & mavult contrahere, quàm malum intentatum pati.

Cæterum, sunt certi actus, qui metu initi, sunt ipso Jure nulli, ut est

I. Matrimonium *cap. 13. §. de Sponsal.* in hoc enim plenissima desideratur libertas, siquidem matrimonia coacta difficiles solent habere exitus. II. promissio dotis, metu facta, *l. 21. §. 3. ff. quod met. caus.* quod, ob favorem dotis, utpote speciale, receptum esse, docet *Zoes. loc. cit. n. 10.* III. Votum, ad quod emittendum quis metu inductus est *cap. 3. §. de his quæ vi metusve causâ.* IV. Absolutionis beneficium à sententia excommunicationis, vel alterius censure *cap. un. eod. in 6. V.* Tutoris auctoritas, metu extorta, *l. 1. ff. de aush tue.* VI. Jurisdictionis potestatio, in aliquem facta per metum, *l. 2. ff. de Jud. Zoes. loc. cit. n. 24.*

Porrò, *baptismus, confirmatio, & susceptio ordinis*, etsi maxime metus in causam dederit, tenent, nec rescindi possunt, *cap. 3. §. item §. de baptisim.* Ratio, quia indebillem caracterem ponunt.

T I T U L U S X V.

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR OBLIGATIO.

S U M M A R I A.

- 1 Ponitur commexio.
- 2 Quæ sit etymologia mutui ?
- 3 Definitur mutuum.
- 4 Quenam res dicantur fungibiles ?
- 5 Oves, & Boves non constituunt ob-
jectum mutui.
- 6 Mutuum quomodo differat à commo-
dato, deposito, pignore ?
- 7 Genus & speciem aliter Jurista su-
munt; quam Philosophi.
- 8 Si res in eodem genere non est acquisi-
bilis, sufficit præstari estimationem.
- 9 An dicatur, mutuum contrahi, si de-
tur species, ut pecunia, exinde re-
dacta, habeatur mutua ?
- 10 Ad mutuum sufficit etiam ficta tra-
ditio.
- 11 Pactum, quò conventum est, ut reci-
piens decem, restituat undecim,
non valet.
- 12 Usura usurarum de Jure sunt probi-
bitæ.
- 13 Interesse realiter præstitum, in sortem
redigi potest.
- 14 Quid Juris, si usura non misceantur
sorti; sed super illis specialis obliga-
tio conficiatur, & usura fictione
brevis manus in stipulationem dedu-
cantur ?
- 15 An pecunia credita in eadem moneta
restitui debeat ?
- 16 Quid Juris, si mutatio monete facta
fuerit ? & quotuplex sit mutatio ?
- 17 An civitas, & quando obligetur ex
mutuo ?
- 18 Filii familias non obligatur ex mutuo,
neque in conscientia,
- 19 Indebitum quid sit ?
- 20 Et quotuplex ?
- 21 22 23 24 25 & 26 Quando de-
tur indebiti repetitio ?
- 27 Quid sit commodatum ?
- 28 Quando differat à mutuo ?
- 29 Ex commodato nascitur duplex actio,
directa, & contraria.
- 30 An commodans commodatum ante
tempus revocare possit, si ex inopi-
nato grave subiret damnum ?
- 31 Qualem culpam præstet commodata-
rius ?
- 32 Depositum quid ?
- 33 Nascitur exinde duplex actio, directa
& contraria.
- 34 Qualem culpam præstet depositarius ?
- 35 An depositarius re depositâ uti possit ?
- 36 Quid si pecunia deposita fuerit ?
- 37 An depositarius in periculo incendii,
nausfragii teneatur res depositas præ-
suis salvare ?
- 38 Quid sit sequestratio ?
- 39 Et quotuplex ?
- 40 Quid sit pignus ?
- 41 Res aliena non potest oppignorari.
- 42 Ex pignore nascitur duplex actio.
- 43 An actio pignoratitia detur contra ter-
tium possessorem ?
- 44 Creditor fructus perceptos tenetur im-
putare in sortem.
- 45 Ad qualem culpam teneatur creditor ?
- 46 Creditor probare debet, absque sua
culpa rem, pignori datam, amissam
esse.
- 47 Quid sit pactum anticbrefeose ?
- 48 De Jure canonico reprobatum tanquam
usurarium.
- 49 Quid sit pactum commissorium.

CONNEXIO.

Dixit Imperator in §. ult. *preced. tit.* obligationes, quæ ex contractu oriuntur; aut *re*, aut *verbis*, aut *litteris*, aut *consensu* contrahi. Descendit modò ad singularem specierum declarationem, & primò statim locò declarat contractus, qui re ineuntur, quos enumerat, puta! *mutuum*, *indebitum*, *commodatum*, *depositum*, *pinus*. Qui contractus idèò reales appellantur, quia ad eorum perfectionem rei interventus desideratur. Ita, ut, re non interveniente, nuda pacta, nudæ conventiones sint. Unde licet millies tecum conveniam, quòd velim tibi pecuniam mutuam dare, vel meum equum commodare, vel catenam auream apud te deponere: ex tali tamen conventionem neque mutui, neque commodati, neque depositi obligatio prius confurgit, quàm rei traditio interveniat. *Manz. Schneid. & Wesemb. hic.*

AD PRINCIPIUM.

2 *Primus* contractus, qui re initur, est *mutuum*, circa cujus ethymon varii non fuisse mutui, vehementi inter se agitati dissidiò; non à mutatione? num exinde, quòd ex meo tuum fiat, statuenda foret mutui originatio? mihi placet illa mutui ethymologia, quòd ex meo tuum fiat, ita, ut, vice versà, ex tuo rursus fiat meum, in re scilicet ejusdem generis. *l. 2. ff. de R. C. Harp. Inst. hic. n. 5. & 6. Humm. var. resol. lib. 3. tract. 3. p. 1. q. 1.*

3 *Definitur* mutuum, quòd sit *contractus re initus*, *nominatus*, & *stricti Juris*, quòd *res fungibilis ea lege datur, ut non in specie* (hoc est individuo) *sed in genere radatur ejusdem qualitatis*; & *bonitatis*. *Clingensp. q. 3. h. t. Harp. n. 7. Hæc*

ipsa definitio, utpote ex magnum virorum eliquata definitionibus, ut reddatur luculentior, juvabit accuratam ejusdem analysin posuisse.

Dixi I. Contractus, quæ vox locò generis ponitur; mutuum enim contractum esse, nemo est, qui neget, idque probant text. in §. 2. *Inst. de J. N. G. & C. §. ult. Inst. oblig. junctà l. 1. §. 1. & 2. ff. de O. & A.*

Dixi II. Re initus; quia (ut paulò ante dictum est) ad sui perfectionem requirit rei interventum, ita, ut à traditione rei totam suam substantiam capiat, *l. 1. §. 2. ff. de O. & A. l. 2. §. 3. ff. de R. C. Harp. n. 10. Zoef. d. t. n. 8.*

Dixi III. Nominatus, quoniam speciale nomen & quidem elegantissimum, atque nullis aliis contractibus communicabile, Jure civili proditum, habet, *l. 2. ff. d. t.*

Dixi IV. Stricti Juris, arg. §. 28. *Inst. de act.* ubi dicitur, omnes contractus, ibi non enumeratos, esse stricti Juris; atqui mutuum non enumeratur, ergò est contractus stricti Juris.

Dixi V. Quòd res fungibilis, id est talis quæ *pondere*, *numero*, & *Mensurà* constat; quod tamen ita accipiendum non est, quasi mutui datio consistat in omnibus istis rebus, quæ numerum, pondus, vel mensuram habent; hoc enim sensu omnes, ac singule res mutuo dari possent; siquidem nihil in rerum natura est reperibile, quod numerum, pondus, vel mensuram non habeat, & etiam equi, muli, domus, fundi, &c. numerari possint. Verùm, ex demum res numero, pondere, & mensurà constare dicuntur, quæ ita in genere suo functionem vicissitudinariam recipiunt, & una alterius vice ita fungitur; ut, re ejusdem generis solutà, idem, quod creditum est, quoad

bonitatem, & qualitatem secundum moralem hominum æstimationem redditum esse videatur. Ejusmodi res fungibiles sunt v. g. *vinum, oleum, frumentum, argentum infectum, æs, aurum, pecunia signata*. Vinum Mensurâ, argentum infectum pondere, pecunia signata numero constare dicitur, quoniam existimatio vini, eodem loco, & anno nati, ex sola mensura pendet; argenti infecti valorem solum pondus indicat; pecunie signatæ summam solus numerus conficit. Unde, si tibi mutuò dem decem pondera argenti; licet mihi non hæc ipsa pondera in specie, seu individuò restituas, sed alia pondera ejusdem bonitatis, & qualitatis, censeor, in morali hominum æstimatione idem habere, quod dedi; similiter discurrendo de vino, & pecunia signata. *Clariff. D. D. Woller tract. de Mutuo. cap. I. n. 43.*

Ex dictis suâ sponte fuit in aliis rebus, (puta, *fundis, adibus, libris, vestibus,*) mutuò non contrahi; licet enim etiam ista res numerari, vel appendi, vel mensurari possint, quia tamen in genere suo vicissitudinariam functionem non recipiunt, hoc est, altera alterius vice non ita fungitur, ut re, ejusdem generis solutâ, æquè creditori satisfiat, ac si res ipsa, quæ mutuò data fuit, statim ipsi reddita esset, idèò objectum mutui non constituunt; enimverò, ejusmodi res totaliter diversas esse, videtur; fortè quia fundus unus situ præstantior, ædes arte, & symetria pulchrior, libri typò ornatiores, vestes arte, & formâ nobiliores sunt, ita, ut si alius fundus, aliæ ædes, alii libri, aliæ vestes redderentur, non idem, quod mutuò datum redditum esse intelligeretur. Solidè *Clariff. D. D. Woller loc. cit. cap. 3. n. 51.*

Ex eodem fonte, pronò velut alveò, fuit, *Oves & Boves* in mutuò dari non posse, ita, ut si mihi gregem bovm, & ovium dares, ut totidem tibi reddam, mutuò non constitatur. Ratio: quia vix credibile est, oves tantam habere invicem similitudinem, ut una ab altera neque formâ, neque magnitudine, neque pondere, neque qualitate, aut bonitate differat. Et quavis aliquando in duobus individuò equalitas reperitur (v. g. in duobus equis) merè per accidens & singulare est, ad quod non reflectendum, *l. 5 ff. de ll. Hum. ad Treutl. vol. 1. disp. 18. Q. 8. Manz. n. 9. bic. Haunold. de J. & J. tract. 9. n. 313. Clariff. D. D. Franz. Inst. h. t. n. 38.*

Dixi VI. *Eà lege datur*, quibus verbis differt mutuò à commodatò, depositò pignore in quibus res nostras ita aliis tradimus, non ut accipientium fiant, & dominium transferatur; sed, ut de iis usum, custodiam, vel securitatem crediti habeant. In mutuò verò res ita datur accipienti, ut is rei, mutuò datæ, dominus fiat; dare quippe est, dominium transferre, §. 14. *Inst. de act.* Unde oportet, mutuò dantem, esse dominum rei, mutuò datæ, alias enim transferre dominium non posset: quia, quod quis non habet, alteri dare non potest. Unde mutuò non contrahitur, si pecuniam alienam alteri dederò, *l. 11. §. fin. & l. 13. ff. de R. C. Manz. n. 6. consumptione tamen, bonâ fide facta, mutuò reconvalescit d. l. 13. Brunnem. ibid. Clariff. D. D. Woller tract. de Mut. cap. 1. n. 83. Chlingensp. Q. 7. h. t.*

Dixi VII. *Ut non in specie, sed in genere reddatur*. Ubi observa, quòd Jurisperiti genus, & speciem aliter sumant, quàm Philosophi: enim verò, quòd Philosophi nominant speciem, Jurisperiti genus appellant, & quòd Philo-
sophi

ſophi individuam nuncupant, Juriftæ nominant ſpeciem, *Schamb. hic. Clariff. D. D. Woller cap. 1. num. 54.* Itaque, non in ſpecie, ſed in genere mutuum reddatur, necesse eſt. Ratio, quia idem aliquis mutuum accipit, ut in uſus ſuos impendat; ſed, ſi rem, mutuo accep- tam, in ſpecie deberet reſtituere, eâ uti non poſſe, quia fungibilem uſus conſiſtit in abuſu, & earum non eſt utili- tas, niſi in conſumptione. Deinde, ſi res mutuo data, in ſpecie reddenda eſſet, tunc negotium hoc in ſpeciem alterius contractûs incidere, puta, commodati, depoſiti, vel precarii, *Manz. n. 13.*

Denique in eodem genere res, mu- tuo data, reddatur, necesse eſt, id eſt triticum pro tritico, vinum pro vino, æs pro ære, plumbum pro plumbo, &c. nam, ſi conveniatur, ut res diverſi generis reſtituatur; puta, vinum pro tritico, equus pro oleo, frumentum pro pecunia, ex tali negotio oriretur vel permutatio, vel contractus innomina- tus, do ut des, *l. fin. ff. præſcript. verb. Harp. n. 17. Mynſing. n. 6.*

Dixi VIII. *Ejuſdem qualitatis, & bo- nitatis*, quia aliud pro alio invito cre- ditori ſolvi non poteſt, *l. 2. §. 1. ff. de R. C.* Unde vinum novum pro veteri, ave- na pro tritico non recte redditur, *l. 3. ff. eod. Manz. num. 15.*

Niſi forte res credita in eodem genere non eſſet reperibilis, aut caſu debitor, ſol- vendo reſtimationem, liberaretur, *Nov. 4. cap. 3. auth. hoc: niſi Cod. de ſolut. l. 22. ff. de R. C. Hammold. tract. 9. cap. 3. cont. 7. n. 341. Brunnem. in d. l. 2. §. 1. n. 19. Concord. Einſterw. lib. 2. obſ. 69. per tot. Walter de Jure conſuet. lib. 2. tit. 17. Von Solutionen, Bezahl- und Abrech- tungen derer Schulden. Vers. deſgleichen. Illis verbis: Gleicher Weiſe &c. i. e. Ex*

eadem ratione non poteſt debitor creditori corpus aliud pro alio in ſolutum dare; ve- luti agrum pro prato, vas argenteum pro pecude. Cum autem debitor corpus ipſum, quod tradendum eſſet, penes ſe non habet: idque citra ejus negligentiam perit; tunc creditori incumbit ex bonis debitoris ali- quid accipere ejuſdem pretii: ita tamen ut electio penes creditorem, non vero de- bitorem ſit.

Ex hæcenus dictis facile colligere eſt, quæ ſint requiſita mutui? enimverò *Requiritur I. ut res ſit fungibilis. Ubi*

Quæres I. An poſſit dici, mutuum con- trahi, dando ſpeciem, ut ex ejus distra- ctione procedens pecunia habeatur mutua?

Dixeris, quòd non, l. qui negotia- 34 ff. mandati. his verbis, His argu- mentum eſſe, eum, qui cum mutuum pe- cuniam dare vellet, argentum vendendum dediſſet, nibilo magis pecuniam creditam recte petiturum. Sanè, ſi pecuniam ſtatim petere poteſt, certè non eſt mutua, quia, ut fiat mutua, debet in dominium alterius transferri & non in ſpecie repeti.

II. Mutuum ex eo dicitur, ut ex meo tuum fiat: ergò cum pecunia, ex lance redacta, non fuerit adhuc mutuan- tis; non erit mutua.

Verùm tenendum eſt, in præſato ca- ſu mutuum contrahi. Ita *Zoef. de R. C. n. 9. Hunn. var. reſol. lib. 3. tract. 3. Q. 5. Clariff. D. D. Woller. loc. cit. cap. 3. n. 56 Harp. n. 90.* Nititur hæc *Sen- tentia expreſſo textu l. rogati II. ff. de R. C. ubi habetur iſte caſus: Rogati me, ut tibi pecuniam crederem; ego, cum non haberem, lanceam tibi dedi, ut eam venderes, & nummia utereris; ſi vendi- daris, puto (ait Jctus) mutuum pecuniam factam. Quid, ait, illuſtrius? quid pla- nius? Juris-Confultus, non ipſam lan- cem (dicit) mutuum fieri, ſed pecuniam ex lance vendita redactam.*

Ad I. *R. d. l. 34.* loqui de stricta Juris ratione, secundum quam pecunia, ex argento, vel lance redacta, non potest dici mutua facta. Tum quod mutuuum re, id est numeratio, fieri debeat, & non *muda conventionione* contrahatur: tum quod mutui naturæ non conveniat, ut pecunia, quæ nunquam fuit mea, mutua fiat, cum mutui natura sit, ut de meo tuum fiat; altera autem *l. rogasti* i. intelligenda sit de æquitate, & singulari benignitate Juris, quod fingit, pecuniam, ex re vendita redactam, pervenisse, brevi manu quasi traditam ad dominum lanceis, ac eandem illic ab ipso recepisse. Ita *Zoes. & Schamb* aliter *Harp. n. 9.*

Ad II. ex dictis patet solutio. Jura enim hoc casu fingunt, quod creditor brevi manu pecuniam acceperit, & deinde debitori, tanquam mutuam, dedit.

Quæres II. Quid Juris in hoc casu? Rogasti me, ut tibi pecunias darem mutuas. Ego cum paratas pecunias non haberem dedi tibi chirographum, quo Titius, se meum debitorem esse, confessus est, ut exigas debitum, exactâ pecuniâ utaris; postea verò mihi tantundem restituas. Tu pecuniam (ob ejus fortè inopiam) obtinere non potuisti; *queritur*, an tenearis mihi pecuniam solve-re loco illius chirographi? an ego, chirographum recipere tenear? *R.* me teneri ad recipiendum chirographum, quia ante veram numerationem pecuniæ, à Titio mihi debitæ, non contrahitur mutuuum. Siquidem etiam in fictis traditionibus requiritur, ut creditor per fictam manum accipiat pecuniam. Accedit, quod in *cit. l. Rogasti*, non dicatur, lancem fuisse factam mutuam, sed pecuniam, exinde redactam; ergo & hoc in casu dicendum, non chirographum fuisse mutuuum factum, sed pecu-

niam, ex eo redactam. Ita judicatum fuisse in facultate Juridica Lipsiensi, testis est *Clariff. D. D. Woller cap. 3. n. 99.* Idem tenet *Carp. Part. 2. Decif. 129. Bruun. in d. l. rogasti. §. l. 15. ff. de R. C.* ubi ait, idem tenendum, si uxor marito *nomen* in dotem dedit, & maritus pecunias, ob inopiam debitoris obtinere non valet. *Quem casum*, utpote *quotidianum*, diligenter nota.

II. Ad mutuuum requiritur *consensus* mutuantis, & mutuatarii, & quidem in traslationem dominii: natura enim mutui est, ut ex meo tuum fiat. *Zoes. ff. de R. C. n. 10.*

Unde fuit, si ego, quasi deponens pecuniam tibi dederò, tu, quasi mutuam accipias, aut vice versa. Item, si tu pecuniam, quasi mutuam, dederis, ego, quasi commodatam, ostentandi causa acceperim, contractum mutui non celebrari. Contractus enim *depositi*, & *commodati* non sunt translativi dominii, *l. 1. ff. depositi. l. 1. §. 1. §. l. 10. ff. commodati. Clariff. D. D. Woller. cap. 4. n. 19. §. 20.*

III. Desideratur ad mutuuum *traditio*, ¹⁰ eaque vel *vere*, vel *ficta*. Vera intervenire dicitur, quando quis verè, & realiter rem alteri mutuuum dat; prout, si quis physica numeratione pecunias alteri tradit. Ficta verò traditio intervenit, quando res, quæ creditur, fictione tamen Juris pro tradita habetur; prout contingit, I. si Titio, mutuuum roganti, catenam auream vendendam, ut pecuniam, inde redactam, sibi mutuam habeat, *d. l. rogasti, l. 1. ff. de R. C.* II. si pecuniam meam, apud te deposuero, & postea tibi roganti permiserò, ut ea utaris ex causa mutui, *l. 9. §. fin. ff. eod.* III. si tibi, roganti mutuuum, debitorem meum pecuniam, mihi debitam, dare jussero. Vel, si inter nos convenerit,

rit, ut pecuniam, quam ex causa mandati mihi debes, eam, crediti nomine, teneas, *l. 15. ff. eod.* Nec obstat *l. 34. ff. mandati*, quæ *d. l. 15.* diametraliter refragari videtur; enimverò illa de *stricto Jure*, altera verò *l. 15. de benignitate Juris* intelligenda est. *Zoëf. ff. de R. C. n. 11.*

I IV. Requiritur, ut *tantundem* restituatur, hoc est nec *minus*, nec *plus*, quam mutuo acceptum est; creditor enim ultra creditum, & sortem principalem ex vi mutui & debito Justitiæ nihil petere, aut ullum lucrum accipere potest, ita, ut pactum illud, quo conventum est, ut recipiens decem florenos mutuos, restituat undecim, non valeat, & non nisi decem exigi possint, *l. 11. §. 1. ff. de R. C.* Ratio, quia mutuum re contrahitur; re autem non contrahitur obligatio ultra id, quod datum est, *l. 17. ff. de pact. l. 9. Cod. de non numerat. pecun.* & pactum, contractui stricti Juris adjectum eidem, juxta communem D. adfectum, non inest. *Zoëf. ff. de pact. n. 63.*

Ampliatur, ut, quod ultra sortem numeratam promissum est, neque tanquam *usuræ*, quæ de Jure illicitæ sunt, & improbæ, *l. 20. Cod. quib. ex caus. infam. irrogetur*, neque Jure *donationis*, utpote quæ in dubio non præsumitur, peti possit, *Humm. ad Trentl. vol. 1. disp. 18. q. 12. & 13. clariff. D. D. Franz. hif. hic n. 36.*

Quæ procedunt de rigore Juris communis; aliud obtinet de consuetudine ferè totius Europe, & principaliter inferioris Austriæ, secundum quam quinque, vel sex floreni pro singulis centenis licite recipiuntur. Ita docet, & comprobatur *Neue Nieder Oesterreichische Executions-Ordnung Tit. 10 §. 3. ibi: der auf 5. oder mehrern 6. pro cento zugelassenen Interessen halber &c.* Qui verò 7. 8. 10.

vel 12. pro 100. recipiant, non jacturâ fortis duntaxat, sed poenâ etiam corporali puniuntur. *Neue Nieder Oesterreichische Executions-Ordnung. d. Tit. 10. ibi: derjenige, &c. i. e. Fenerator non modo privatione sortis creditæ, verum etiam præstatione ejus quod interest, nec non animadversione in corpus bonaque, pro ratione delicti feneratorii, penas dabit haud remittendas; qua in re judex etiam ex officio agere debet.* Quo in passu illud quoque singulariter notandum duxi, quòd de Jure Austriaco ex Instrumento obligationis aliquis conveniri nequeat; nisi causa debendi Instrumento obligationis expressè inserta fuerit, *d. N. Executions-Ordnung 1. §. ibi: als setzen, &c. i. e. Volumus & statuimus, ut in omnibus in posterum instrumentis credendi debendique, vera causa obligatorii contractus exprimat. Ac cum ea non ex numeratâ pecuniâ, verum ex aliis rebus datis & creditis erit, tunc earum rerum genus & qualitates, ut & pretium, quo ea data fuerint, erunt exprimenda. His autem in Instrumento crediti deficientibus, nulla propter id executio judicialis priùs impetrabitur, quam iis de rebus sententia causa cognitâ lata fuerit.*

Præterea de Jure Austriaco non minus receptum, quam Jure communi comprobatum est, quòd debitore, in mora existente, usuræ à tempore præfixæ solutionis confestim cutant, eò quòd dies interpellat pro homine, *l. magnum 12. Cod. de trib. & committend. stipulat. Sutting. in Manu. Script. lit. l. Verf. Interesse, illis verbis: dasz nemlichen die Interesse von zeit des aufgesetzten Zahlungs-Termin anfangen zu lauffen; ex eo, quòd dies interpellat pro homine; ist erkennt worden, in causa &c.*

Quòd si verò quis adsponderit, se quam primum solutorum, & usurarum nulla facta fuerit obligatio, usuræ non debentur.

debentur, nisi à tempore litis. *Suting. loc. ibi: Wann sich einer, des Capital mit ehesten zu bezahlen, verschreibet, kan man gleichwohlen ebender keine Interessen alstempore litis, begehren. Concord. Carpz. in Respons. lib. 4. resp. 56. Wo keine Interessen verschrieben, auch kein Terminus solutionis sargefetzt, ist man, das Interesse allein von Zeit der Klag zu bezahlen, schuldig.*

Ex dictis habes, quid Juris? & Praeox sit circa Usuras? jam

Queres III. Quid Juris in Usuris Usurarum? v.g. queritur: an Creditori, Interesse alterius Interesse exigere, concessum sit? Ut ecce! Titius debet Cajo in Capitali 1000. fl. & in singulos annos, loco interesse, 5. pro centum. Jam Titius per quatuor annos Interesse, quod ad 200. fl. excurrit, non solvit. Questionis est, an Cajo concessum sit, non duntaxat istos ducentos florenos: sed & de his 5. pro centum interesse exigere.

- 12 *R. Usuras usuratum de Jure aded esse prohibitas; ut id nemo, nisi insanus, nesciat. Ita enim discretè cautum est in l. 28. Cod. de Usur. his verbis: quapropter hac apertissima lege definimus, nullo modo licere cuiquam usuras praeteriti temporis vel futuri in sortem redigere, & Usurarum iterum usuras stipulari. Et hic modus, quoties usura, sorti conjuncta, alias usuras parit, vulgò Anatocisimus appellatur, in tantum prohibitus, ut, licet usurae usurarum promissae fuerint haud tamen debeantur, quin & solutae conditione indebiti jure repetantur, l. si non sortem ff. de usur. Carpz. part. 2. const. 30. def. 29. n. 3. Finsterwald. lib. 2. obs. 14. n. 2. Wesemb. consil. 72. n. 6. Et tamen Berlic. part. 2. concl. 38. n. 33. & Menoch. de Arbit. lib. 2. Cent. 2. cas. 119. num. 17. & seqq. differentiam ita-*

tuant inter usuras usurarum, & interesse alterius interesse, ita, ut, usuras usurarum prohibitas esse, autument, interesse verò alterius interesse exigi posse, ceaseant; explosa tamen dudum est plena iniquitatis eorum sententia, ac proinde constanter tenendum, nec usuras usurarum, nec interesse alterius interesse licitè exigi posse, ex ratione, quòd interesse non minus sint accessiones ac ipsae usurae, l. 1. §. bellissimè ff. ut legat. caus. caut. accessionis autem accessio nunquam praestanda, & accidens accidentis non detur, arg. l. 1. ff. de usufr. legat. Carpz. loc. cit.

Concord. Jus Aust. per General. Cef. de anno 1659. ibi: Jedoch wollen wir hierdurch anietzo so wenig, als zuvor, die Interessen zu Capitalien zu machen zugelassen haben. Vide Cod. Austr. lit. W. vers. Wucherlichen Contracten.

Sanè! interesse solutum, & realiter¹³ praestitum quin in sortem redigere liceat, dubitandum non videtur, eo quod nova fors constituatur, neque interesse alterius interesse, ob dominium, in creditorem semel translatum, amplius dici possit, l. in re mandata ff. mandati. Zoef. ff. de usur. n. 27. Finsterwald. lib. 2. ob. 14. n. 9.

Queres IV. Quid? si usurae non misceantur forti? sed super illis specialis obligatio contracta, inque ea usurae ex ea pecunia, quae antea usura erat, fictione brevis manus fuerint in stipulationem deductae?

Sunt, qui, hoc licere, existiment. Ratio videtur esse ista, quia nihil interesse videtur, utrum creditor usuras, realiter, & verà traditione acceptas, statim iterum mutuo det; an vorò debitor, ut mutuo fictione brevis manus acceptum, recognoscat: sicuti ergo usuras, realiter praestitas, creditor debitori mutuas

mutuas rectè dat, & in novam sortem reducit; ita quoque videtur concessum esse, ut usuras fictione brevis manus in novam sortem redigat.

Verùm! tamen! hanc sententiam, *Cotmann. Conf. 18. n. 218. Berlich. Decis. 268. n. 8.* suo dignentur assensu; contraria tamen longè verisimilior, & in conscientia videtur esse tutior. Tum quia debitor faciliùs stipulatur usuras usurarum, & fictione brevis manus mutuo acceptas, confiteretur, quàm veteres realiter solvit. Tum, quia *d. l. 28. Cod. de usur.* generaliter Anaticisimum prohibet, & per *Generale Casareum de Ann. 1659.* indistinctè prohibetur, ne usuræ redigantur in sortem. *Accedit*, quòd hæc ipsa via paratissima foret, ad mergendos miseros debitores, qui inopiâ, & necessitate pressi, nescio quid, brevi manu acceptum, confiterentur. Sed, O tempora! O mores! plurima circa materiam usurarum disputantur, & sanciantur, paucissima verò observantur, & quos, infensissimos earum hostes esse, oporteret, spe infamis lucri allectos, intimos amicos experimur. Sunt, qui miserè deplumant, extenerant, trucidantque infortunatos debitores, nunquam desinunt, ut jure liceat exclamare: *Germaniam immensò feure exhaustiri.*

Quintò ad mutuum requiritur, ut restituatur in eodem genere, ejusdem bonitatis, & qualitatis, v. g. vinum pro vino, triticum pro tritico, pecunia pro pecunia. *Wesemb. num. 6. Mmz. n. 14.* Queres V. An pecunia credita in eadem moneta, & eadem materia restitui debeat? v. g. queritur, an, si alicui credita esset certa pecuniæ summa in moneta aurea (v. g. in *Duggaten*) posset in moneta argentea (v. g. in *Thaleren*) restitui?

Dixeris prima fronte, mutuum in eadem moneta, qua datum, restituendum esse; quia creditori aliud pro alio non potest restitui, *l. 2. §. 1. ff. de R. C.* Sed, si pro auro argentum restitueretur, aliud pro alio solveretur, ergò pecunia credita in eadem moneta, qua data est, restitui debet.

Verùm! hæc *dubitandi* ratione non obstante, proposita *Questio* ope *Distinctionis* dirimenda est, an nimirum inter contrahentes conventum sit, ut solutio fiat in moneta aurea, quæ data est, nec ne? Si conventum sit, res expedita est; statum enim pacto, cum contractus ex conventionem legem accipiat, *l. 1. §. 6. ff. depositi.* Concord. *Walter de Jure consuet. Aust. lib. 2. tit. 17.* ibi: *Zu dem anderten, wann die Contrahenten auf den Münz-Form, und Schlag contrahiren, nenlichen Duggaten, Cronen-Thaler &c. so muß der Schuldner mit gleichem Schlag bezahlen.*

Si non sit conventum; mutuum in alia moneta restitui posse. Ita *Zoes ff. de R. C. n. 22. Fach. lib. 2. cap. 50. Harp. num. 190. Menoch. Consil. 49. n. 38. Humm. ad Treutl. vol. 1. disp. 18. th. 12. q. 45.*

Ratio sola sed solida est, quia pecuniæ bonitas non consistit in materia, sive corpore pecuniæ sicuti bonitatis vini in ipso vino; sed in valore impositio, & quantitate, secundum quam æstimatur, uti patet ex *text. l. 1. ff. de contr. ab. emp.* His verbis: *eaque materia, formâ publicâ percussâ, usum, dominiumque non tam ex substantia præbet, quàm ex quantitate.* Ex quo colliges; si quis florenum mutuum det, non censerî, ipsum corpus sed valorem, id est, crucigeros, mutuos dedisse, quos si debitor solvit; idem reddit, tam quoad quantitatem, quàm quoad bonitatem: nam, pecuniæ

bonitas in solo valore, à Magistratu vel principe imposito, consistit.

Ad rationem dubitandi *R. neg. min.* Bonitas enim pecuniæ non in materia, sed valore impositio consistit. Unde, si monetam argenteam pro aurea restituas, modò adæques quantitatem, idem quod accepisti, reddidisse, diceris. *Quero* te: ego habeo Aureum in specie, qui tunc temporis valet 4. florenos. Tu habes duos Imperiales, quorum unus impræsentiarum valet 2. fl.; quis altero est ditior? Hæc alta pace procedunt. At,

16 *Queres* VI. Cujus temporis æstimatione habenda sit, mutatione monetæ facta?

Observa: mutationem monetæ aliam esse *intrinsecam*; aliam *extrinsecam*. Intrinseca fit, quoties eadem æstimatione, sive idem valor manet; sed *materia* pretiosior aut vilior efficitur, *Wann die Thaler, oder Gold-Gulden an der Feine schlechter: oder an dem Gewicht ringer werden.* Extrinseca mutatio fit, quoties materia non mutatur, sed tantum æstimatione, sive quoties valor pecuniæ crescit, vel decrevit. *Also hat der Reichs-Taler gegolten*, Ann. 1610. 1. fl. 24. *kr.* An. 1615. 1. fl. 30. *kr.* An. 1620. 2. fl. 20. *kr.* An. 1621. in dem Martio 2. fl. 30. *kr.* Majo. 2. fl. 48. *kr.* Junio 3. fl. 6. *kr.* Julio 3. fl. 15. *kr.* Augusto 4. fl. Septembri 4. fl. 30. *kr.* Octobr. 5. fl. Novemb. 5. fl. 30. *kr.* Decemb. 6. fl. 30. *kr.* An. 1622. 7. fl. 30. *kr.* His positis.

R. Sive Mutatio monetæ intrinseca: sive extrinseca facta fuerit, tempus contractus inspiciendum esse quantitatem, quæ credita est, eandem quantitatem, quæ credita est, restitui debere, non in tot præcisè aureis, aut in talibus nummis, data est; sed, si æstimatione creverit, pauciores, sin decreverit, plures & quidem in talibus nummis, quales repe-

riuntur tempore solutionis, restituendos esse. Ita *Harp. n. 209* & *n. 211. Menoch. lib. 2. de arbitr. cas. 907. num. 9. & 10. Mysf. cent. 4. Obs. 1. Berlich p. 2. concl. 36. num. 5. Hum. d. disp. 14. lb. 11. Chling. Inst. h. t. q. 12.* Ubi, ita Inclytam Facultatem suam respondisse, dicit. *Ratio* non est alia, quam, quòd pecuniæ bonitas non consistat in corpore, sed in valore impositio, & quantitate, secundum quam æstimatur; ergò debitor non tenetur, tot corpora, quot accepit, restituere; sed quantitatem, & summam illam quam accepit, hæc si restituat, rem in eadem bonitate restituisse, dicitur.

Dices: In æstimatione vini non tempus contractus, sed solutionis, spectandum est. *l. 22. ff. de R. C.* ergò idem in pecunia statuendum. *R. Con. ant. neg. conseq.* Disparitas est, quòd bonitas vini consistat in corpore, ut corpus censetur mutuo datum fuisse: bonitas autem pecuniæ non consistit in corpore, sed in quantitate.

Porro, hæc materia de mutatione monetæ tam *diffusa*, & *confusa* est, ut, illam ex assè discutere, & in certam regulam deducere, temporis angustia non patiantur, nec id exigat instituti ratio. Unde te remitto ad *Resolutionem Casaream* de dato *Vienne* 20. Aprilis Anno 1627. quam recenset *Finstern. lib. 2. obs. 198. n. 5. & Cod. Austri. lit. M. vers. Manz-Resolution.* Ubi aliquot regulæ statuuntur, quas judicando observandas esse, decrevit *Ferdinandus II. Imperator.*

Tametsi, pro ratione instituti jussu plura fors dixisse, videar; non possum tamen, ob materis eximiam utilitatem, continere calamum, quin huic materis adhuc jungam illa duo specialia, quæ in conceptione mutui, à civitate & Filio familias facta, singulariter recepta sunt. Itaque, *Queres*

17 *Quæres VII.* Quid Juris, si civitas mutuam acceperit? *R.* Distinguendum esse, an ipsa civitas (forte per actorem suum, ad hoc nominatim deputatum, communicato prius consilio) pecuniam mutuam receperit; an Administratores & Syndici, nomine civitatis, pecuniam acceperint mutuam?

Si ipsa Civitas, non minus, quam quisque alius privatus, obligatur, tamen pecunia in ejus utilitatem versa non fuerit; civitas enim Jure privatorum utitur, l. 16. ff. de V. S. Si administratores, tunc Civitas prius non obligatur, quam, si à creditore probatum fuerit, pecuniam in utilitatem civitatis conversam esse. Ita sancit, *text. capital. in l. civitas. 27. ff. de R. C. Zoef. ff. d. t. num. 41. Humm. var. resol. lib. 3. tr. 3. p. 1. q. 18. Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. num. 37.*

18 *Quæres VIII.* Quid Juris, si Filiusfam. pecunias mutuas acceperit? *R.* Filios-familias in Jure habere pingue ali-quod beneficium, quod vocatur S. C. Macedonianum, vi cuius beneficii ex contractu mutui non obligantur; ita, ut non tantum in foro civili, sed etiam in foro conscientie non teneantur, pecunias, mutuo acceptas, restituere.

Non in foro civili, l. 1. ff. ad S. C. Maced. §. l. 9. §. 2. ff. eod. Non in foro conscientie: potuerunt enim Legislatores, tum in poenam, & odium foeneratorum; tum ob bonum Reipublice statuere, ut per hanc exceptionem in utroque foro mutuo dantes excludantur, & Jure repetendi priventur, d. l. 9. §. 2. Ita docent *Molin. de J. & J. disp. 101. n. 6. Less. lib. de J. & Just. cap. 20. Dub. 2. n. 2. Panormit. in cap. Novis. 13. de Jud. n. 33. Hauwold. tom. 3. tr. 9. cap. 3. cont. 6. n. 227.* Quod ipsum vel maxime procedit de Jure Austriaco ex *Consuetudine Rudolphi II. Imper. de dato 18.*

Julii 1601. ibi: Die sollen &c. i. e. ii non soliam jacturam patientur ejus quod juvequibus mutuam dederint; verum etiam pro vatione facti, graviter plectentur. Vide Cod. Austr. lit. S. vers. S. C. Maced. & Fünsterv. lib. 2. Obs. 10.

Dices: Si Filiusfam. mutuo, quod accepit, solvit, non habet soluti repetitionem, l. 9. §. 4. ff. ad S. C. Maced. Ergo signum est, quod obligantur naturaliter, argumento eorum, quæ dicta sunt ad *Lib. II. Tit. X. n. 24. vers. Probatur 1. R.* Hoc speciale esse in Filiusfam. quod naturaliter non obligetur; & tamen soluti repetitionem non habeat. Ratio *Specialitatis* est, quia post solutionem, semel factam, cesset periculum, propter quod S. C. Macedonianum introductum est; scilicet, ne filiusfam. à creditore compulsus, insidietur vitæ parentis. *Hauwold. loc. cit. Clariss. D. D. Franz. Inst. hic. n. 27. Zoef. ff. de S. C. Maced.* Quos, utpote hac de materia prolixius discurrentes, consule.

§. Is quoque I.

Secundus Contractus, qui *Re* initur, est *Indebitum*, quod definitur, quod sit quasi contractus *re* initus, quo pars quepiam per errorem solvit parti alteri, credenti, quod sibi debeat, id, quod non debetur *Schamb. Inst. hic.*

Dicitur I. quasi contractus, ita enim sancitur in §. 6. *Inst. de oblig. que ex quasi-contractu, Manz. hic. n. 21.*

Dicitur II. per errorem, siquidem qui scienter indebitum solvit, donasse censetur, ex regula: cuius per errorem dati repetitio: ejus consulto dati, donatio est l. 53. ff. de R. J.

Dicitur III. Credenti, quod sibi debeat; nam, scienter indebitum suscipiens, convenitur ut fur. l. 18. ff. de cond. fur.

Dicitur VI. *Quod non debet*. Ubi,
Premisso, indebitum esse *quadruplex*.

20 I. *Indebitum civiliter sed naturaliter* debitum; puta, si quis solvit id, quod ex nudo pacto debet; vel id, quod alicui ex testamento, minus solenni, relictum est, juxta dicta *Lib. II. Tit. X. n. 24*.

II. *Indebitum naturaliter & civiliter* debitum, quod datur in obligatione litterarum. Item in debito ex causa mutui, quod creditor mihi remisit per nudum pactum de non petendo, quo tollitur naturalis obligatio, remanente solâ civili.

III. *Indebitum naturaliter & civiliter*, ut quando solvitur id, quod nullo Jure debetur.

IV. Est indebitum ope *Exceptionis*, ut quando quis naturaliter, & civiliter obligatus est, competit tamen ei exceptio. Ubi tamen adhibenda *Distinctio*, an sit exceptio *temporalis*, an *perpetua*? Item an *favorabilis* an *odiosa*? His præmissis, sequitur,

21 *Affertio* I. *Indebitum civiliter, naturaliter* tamen debitum, si solvatur, per *Conditionem Indebiti* repetere non possum; in regulam enim jam abiit, quod *repeti prohibeantur, quæ naturaliter debita solvuntur*, l. 3. §. *fin.* ff. quod quisque *Jur. l. 60. ff. de condic. indeb.* Ratio rationis, quia qui taliter solvit, errat in Jure: solvens autem ex errore Juris, repetitionem non habet, l. 10. *Cod. de Jur. & facti ignor. Harp. n. 52.* ubi octo argumenta contraria exactè refutat.

Excipitur tamen *minor. 25. annis*, qui licet per errorem Juris indebitum solveat, conditionem tamen, sive repetitionem habet: error enim Juris minori non officit, l. 9. ff. *d. i. l. 25. §. Sin autem.* ff. *de Prob.*

22 *Affertio* II. *Indebitum naturaliter & civiliter* debitum, indistinctè repeti potest, siue fuerit facta solutio per erro-

rem Juris, sive facti: inique enim petit alter cum alterius jactura locupletari. *Accedit*, quòd id, quod civiliter tantum debetur, neque naturaliter, neque civiliter, propter defectum *consensus*. Non civiliter, propter *exceptionem*; licet enim creditor actionem habeat, hæc tamen actio ejus indolis est, ut per exceptionem elidi possit: nihil autem interest, utrùm quis actionem non habeat? an verò habeat? sed talem quæ per exceptionem infirmari potest, l. 112. ff. *de R. J.* Idque est, quod quotidie auribus infonatur: eum, qui exceptionem perpetuam habet, solum per errorem repetere posse, l. 26. §. 3. & 40. ff. *de condic. indeb. Hum. ad Treutl. vol. 1. disput. 22. Quæst. 19. Schneid. num. 3. Inst. hic.*

Affertio III. *Indebitum naturaliter, & civiliter*, ut, quando solvitur id quod nullo Jure debetur, potest repeti, quacunque ignorantia solutum fuerit, *tot. tit. ff. de condic. indeb.*

Affertio IV. *Indebitum ope exceptionis* temporalis repeti non potest. Unde, si quis mihi debeat centum solvendo A. 1712. & solvat 1711. adeòque unò citius, non poterit solutum repetere, l. in diem 10. ff. *de condic. indeb.* Ratio est, ut evitetur circuitus; & dolò quodammodo facere censetur, qui ab altero petit id, quod paulò post est restitutus eidem, cap. 59. *de R. J. in 6. l. 8. ff. de dol. mal. excep. Manz. n. 11. Schneid. n. 6. Harp. n. 27.*

Dicta procedunt, si debitum debeatur in diem certum; secus, si in diem incertum, hoc enim casu repetitio datur, l. 16. l. 56. ff. *de condic. indeb.* Ratio *Differentiæ* est, quia quod in diem certum debetur, certum est, deberi; id verò, quod in diem incertum debetur, non est certum deberi, quia ab eventu conditionis pendet; quæ exist-

tere non potest, *Harp. num. 27.*

Affertio V. Indebitum ope exceptionis perpetuæ, favorabilis, seu talis, quæ in favorem debitoris, id est, illius, qui indebitum solvit, introducta est; repeti potest, *l. 26. §. 3. ff. de condict. indeb.* Unde, si mulier, pro alio intercedens, non opposita *S. C. Vellejani exceptione*, solvat, repetitionem habet, *l. 40. ff. de condict. indeb. §. leg. 9. Cod. ad. SC. Vellej. Manz. n. 10. Clariss. D. D. Franz. Inst. de obligat. qua ex quasi contr. n. 13.*

Affertio VI. Indebitum ope exceptionis odiosæ, sive talis, quæ in odium creditorum inducta est, semel solutum, repeti non potest. Hinc, si filius-fam. per exceptionem *SC. Macedoniani* ommissa, per errorem Juris solvit, repetitionem non habet, *d. l. 40. §. 1. 9. §. pen. ff. ad SC. Maced. Harp. num. 36.*

Ad vers. Daturque.

Queritur in hoc *Versiculo*, qualis ergo actio detur ad repetendum indebitum? R. quod detur actio condictitia, id est, condictio indebiti, exinde sic dicta, quod indebitum solutum sit.

Ad vers. Nam perindè.

Dicit in hoc *Versiculo Imp.* quod æque indebitum per conditionem in indebiti possit repeti, ac si mutuum alter accepisset, quod per conditionem certi ex mutuo repeti potest, modò a. pareat eum dare oportere, id est, indebitum accepisse. *Manz. n. 17.*

Ad vers. Unde.

Quòd si pupillo indebitum solutum sit, ab ipso repeti non potest, nisi factus sit locupletior. Ratio, quia, sicut pupillus ex mutuo, sine tutoris auctoritate accepto, non obligatur, ita neque ex indebito soluto; in hoc enim contractus mutui, & indebiti comparantur.

§. Item is II.

Tertius contractus, qui *Re* celebratur, 27 est *Commodatum*; quod concinnè definitur, quòd sit contractus realis, quo res gratis ad certum usum & tempus ea lege conceditur, ut, finito usu, & tempore, in specie reddatur.

Dixi I. *Realis*, quia hic contractus non oritur, nisi res interveniat, *text. hic. & in l. 1. §. 1. ff. commodati.*

Dixi II. *Gratis*, ut secernantur à *locatione*, & *conductione*. Siquidem, si usus rei concedatur pro certa mercede, consistente in pecunia numerata, locatio conductio est. *text. hic.* Sin verò usus rei pro alia re, non consistente in pecunia numerata, concedatur, erit contractus innominatus, *l. Si tibi §. 1. ff. prescriptis verbis. Manz. n. 15.*

Sanè, commodati nature repugnare non videtur, ut ex post factò aliquid accipiatur, non quasi merces, sed ut remuneratio, maxime eum in contractu *Depositii* id expressè admittatur, *l. 2. §. fin. ff. vi bon. rapt.* Et etiam in *Mandato*, quod vel maxime debet esse gratuitum, honorarium intervenire possit, *l. Salarium, §. 1. Si remunerandi ff. Mandat. Manz. loc. cit.*

Dixi III. *ad certum usum*, & *tempus*; quibus verbis distinguitur à *Precario*, quod neque ad certum usum, neque ad

certain tempus conceditur, & proinde pro arbitrio concedentis revocari potest, l. 1. §. 2. ff. de precario. *Schneid. num.* Differt etiam his verbis à *Pignore & Deposito*, in his enim contractibus creditor, & depositarius re sibi concessa, absque crimine furti uti non possunt, §. *Furtum*. 6. *Inst. de oblig. qua ex delict. nasc.*

Dixi IV. *Conceditur*, quia in commodato propriè res non datur, id est, dominium non transfertur; sed usus tantum alteri relinquitur. Unde, quando *Imperator in textu* dicit in commodato rem utendam dari, impropriè loquitur, quia dare translationem Domini designat; in commodato autem non *Dominium*, sed *Usus* rei conceditur.

Dixi V. *Ut finitò usu, & tempore*: usum enim & tempus determinatum si commodatarius transgredatur, furtum committit, §. 7. *Inst. de oblig. qua ex delict. Schneid. n. 5. Manz. n. 22.*

28 Dixi VI. *In specie reddatur*: quibus verbis *Commodatum* differt à *Mutuo*, in quo non redditur eadem *Species*, sed idem *Genus*, l. 2. §. 1. ff. de R. C. Unde fluit, in rebus fungibilibus commodatum locum non habere, quia rerum fungibilium usus consistit in abusu, & nulla est earum utilitas, nisi consummantur; consumptæ autem non possunt restitui in specie, quia non entis non amplius sunt qualitates. *Manz. n. 26.* Sanè, res fungibiles (præcipuè pecunie, ad pompam, & ostentationem: forte, ut quis dives apareat, & in oculis clangore resonent) commodari posse, non est, cur negetur. *Schneid. n. 11. Harp. n. 16.*

Ad vers. & tenetur.

29 *Hic Versiculò* explicatur *Effectus* commodati, qui in eo consistit, quòd commodatum producat duplicem actionem, *directam & contrariam*

Directa datur *Commodanti* contra *Commodatarium*, ejusque *Heredes*, ut res commodata, usu finitò, in specie non deteriorata, restitatur; aut, si deteriorata sit, simul interesse preste-tur, l. 3. §. 1. ff. *Commodati*.

Contraria verò datur *Commodatario*, qua repetit, quòd suà interest, nomine rei commodatæ, l. 17. §. *sic ut ff. commodati. v. g.* expensus, si quas, ad perpetuam rei commodatæ utilitatem spectantes, fecerit. Dixi *perpetuam*; nam quæ presentem rei usum concernunt, illas non repetit, l. 18. §. 2. ff. *cod. Man-tic. de tacit. & ambig. convent. lib. 9. tit. 2. n. 6.*

Datur & tunc actio contraria contra commodantem, si scienter rem viciosam commodaverit, & commodatarius exitu-damnum aliquod passus sit, ad damnum illud refarciendum. Fortè si vas viciosum commodaverit, ut vinum infusum aut corruptum fuerit, aut effluerit. d. l. 18. §. 3. *Manz. d. loc. n. 11. Harp. n. 15.*

Limitatur, si commodans vitium ignoraverit, d. l. 18 §. 3. *& l. pen. ff. cod. nam licet alias vitium scire debuerit, hic tamen, ubi de mero beneficio agitur, cessat, Mantica loc. cit.* Unde colligitur, quòd commodatario de dolo, & lata culpa tantum teneatur. *Bachov. ad Treutl. vol. 1. disp. 24. th. 4. lit. C. Brunnem. in d. l. 18. §. 3. n. 5.*

Datur denique actio contraria tunc, si commodans ante completum usum rem commodatam auferat; tamen enim commodatum ab initio sit officii, ex postfacto tamen necessarius est. *Manz. n. 29.*

Quæres I. An non liceat commodan-
ti rem commodatam ante tempus revo-
care, qui alias ex inopinató grave subi-
ret damnum? Fac, v. g. me quatuor
equos

equos habuisse, & tibi commodasse duos, reliquos verò duos casu inopinató perisse. Jam, cum illis duobus equis, quos tibi commodavi, difficulter caream, *queritur*: an eos ante tempus revocare nequeam?

Videtur primá fronte, quòd *non*. I. Quia donatio, ob superveniens infortunium, revocari non potest; ergò neque commodatum. II. Quia nemo potest mutare consilium in detrimentum alterius.

Verum, contrarium tenendum: tum, quia commodans non videtur, voluisse rem alteri gratis utendam, concedere cum suo proprio incommodo, & detrimento; ut proinde ratio æquitatis exigat, rem commodatam, si commodans, de *danno vitando*, certet, ante tempus revocari posse; quilibet enim sibi ipsi proximus est. Ita docent *Molin. tr. de J. & J. disp. 249. n. 8. Haunold. tom. 3. cap. 7. n. 759. Zoes. ff. commod. num. 20. Clariss. D. D. Franz. bic. n. 12.*

Quò facietiam, quòd *locatur*, si res propriis usibus necessaria habeat, expellere possit *Conductorem* ante tempus, *l. 3. Cod. locati*. Ut magis nostrò casu id obtinere re debeat, utpote in quo agitur de concessione *gratuita*, in locatione verò de *onerosa*.

Ad I. *R. neg parit* quia per donationem transferitur *Dominium*; in commodato tantum *Usus*: facilius autem revocatur usus, alteri concessus, quam dominium, semel translatum.

Ad II. *R. sp.* Id procedere; nisi rationabilis causa subsit, prout est in nostrò casu.

Ad vers. At is.

plex sit culpa, latè dictum est in *Lib. I. Tit. 26. n. 10. & seqq.* Quò jam remissus esto, & quò legeris, supposito.

Resp. Ad *Questionem* propositam, statuendo universalem regulam, quam non solummodò pro contractu commodati; verum etiam pro pluribus aliis contractibus; quibus agitur de præstatione culpe, observes, velim. Itaque vel contractus respicit utilitatem utriusque, id est, *accipientis & dantis* simul; vel *accipientis tantum*, vel *dantis tantum*.

Si contractus respicit utilitatem utriusque contrahentis, tunc præstat *dolus*, *culpa lata & levis*, non etiam *levissima*, *l. 5. §. 2. & l. 18. ff. Commodati*. Si accipientis tantum, tunc præstat etiam *levissima culpa*, *text. bic. & d. l. 5. §. 2. junctà l. 18. ff. d. t.* Si verò dantis tantum, tunc alter non, nisi de lata culpa, tenetur, *d. l. 5. §. 10.*

Ex *dictis* jam facile colliges, ad quam culpam præstandam teneatur commodatarius. *Refert* nimirum, an commodatum respiciat utilitatem commodantis tantum (veluti si Sponius Sponsæ commodet ornamenta, ut honestius in nuptiis incederet) & tunc solus *dolus*, & *lata culpa* præstat, *d. l. 5. §. 10.* An respiciat gratiam, & utilitatem utriusque (veluti, si Titius, & Cajus parent simul convivium in ædibus Titii, Cajusque commodaret pocula) & hoc casu præstat *dolus*, *lata & levis culpa*, *d. l. 18.* An respiciat utilitatem commodarii tantum (veluti plerumque contingit) & tunc præstat *dolus*, *lata*, *levis*, & *levissima culpa*, *d. l. 18. ff. Commodati. Brunnem. ibid. n. 1. Carpzov. p. 2. cons. 26. def. 6.*

Casum fortuitum commodatarius præstare non tenetur, *l. 5. §. 4. & 7. ff. commodati, junctà l. 23. ff. de R. J.*

Ratio;

31 *Queritur* hic, ad qualem culpam teneatur commodatarius? Quid & quotu-

Ratio, quia quælibet res perit suo domino; commodatarius autem rei commodatæ dominus non est, ergo. Ratio alia, quia commodatarius non est debitor certæ speciei; debitor autem certæ speciei casum non præstat, l. 207. ff. de Solut. & §. 3. Inst. de empt. & vend. Harp. n. 23. Concord. Walter de Jure consuet. Aust. lib. 2. tit. 19. ibi: Doch werden hiebey, &c. i.e. Excipiuntur tamen casus qui divinitus & præter commodatarii prudentiam, seu fortuito accidunt; qualia sunt incendia, vis bellica & aquarum furta, & similia; hæc quippe non tenentur præstare commodatarius.

Limitatur I. Nisi expressè conventum sit inter partes, de præstando casu fortuito; contractus enim ex conventionem legem accipit, l. 23. ff. de R. J. & l. 1. Cod. Commodati. II. Nisi rei comodatarius, æstimationem, se præstiturum, adponderit, d. l. 5. §. 3. ff. eod. III. Nisi culpa commodatarii intervenierit (forte, quia in mora restituendi fuit) d. l. 5. §. 4. & l. 33. & cap. un. de Commodat. vel, quia rem commodatam per personam, minus idoneam, remisit, l. 10. §. fin. ff. d. 2. Planè, si per nuntium communem remisit, de casu non tenetur; nuntius enim publicus pro idonea persona habetur. Schamb. Inst. hic. vers. Quæres. Item Brunnen. in d. l. 10. vide etiam Carpov. p. 4. const. 11. def. 12. & 13. Item Gomez. var. res. tom. 2. cap. 7. n. 3. Zoef. ff. commodati. n. 13.

Sed quid Juris, si quis per servum suum rem commodatam commodanti remisit, & servo res commodata per vim ablata fuerit, aut servus cum re aufugerit? Ut confestim me expediam, in Quæstionis Decisionem id tibi in medium profero, quod de Jure Austriaco obtinere, scribit Walter lib. 2. tit. 19. vers. Gleicher Weis. ibi: wann der Leyher &c.

i. e. Cum commodatarius servum mittit, ut rem commodatam restituat: hic autem re recepti infideliter agit, vel aufugit, vel res ei ab altero diripitur; tunc damnum non ab eo qui rem concediderat; sed ab ipso commodatario est perferendum.

§. PRÆTEREA 3.

Quartus contractus, qui Re contrahitur³² est Depositum, quod definitur, quod sit Contractus realis, quo res gratis custodienda, alicui traditur eò fine, ut eadem in specie, quando cumque deponenti libuerit, restituat.

Dixi I. Realis, quia hic contractus non aliter, quàm, re ipsa interveniente, celebrari potest.

Dixi II. Gratis; nam si interveniat merces in pecunia numerata, tunc erit locatio conductio; si verò merces in alia re consistat, contractus inominatus erit.

Dixi III. Custodienda; etenim hæc censetur esse forma depositi, per quam ab aliis contractibus, qui in re consistunt, distinguitur: siquidem in reliquis contractibus, qui re ineuntur, res custodienda non datur; sed ut vel accipientis fiat (veluti in mutuo, & indebito) vel, ut eam accipiens utatur (veluti in commodato) vel, ut eam in securitatem crediti habeat (veluti in pignore) Harp. n. 5.

Dixi IV. Traditur, tum, quia in deposito res non datur, id est, rei dominium non transfertur, licet ff. depositi. tam, ut indicetur rerum immobilium depositum non dari, utpote quæ tradi non possunt. Manz. n. 8. Schneid. Zoef. ff. depositi. n. 1. Dissent. Harp. n. 17. Bachov. in Treutl. vol. 1. disp. 26. ib. 4. lit. D. Vinn. Inst. hic. finè Glessle part. 3. cap. 13. Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n. 10. Ego existimo, dissentientium sententiam hæc solâ responsione explodi posse, si dicatur, rerum immobilium dari depositum; sed improptium. Dixi

Dixi V. *Ut eadem in specie*, quibus ve bi. differt à *mutuo*, quod in *genere* restituendum; natura verò depositi est, ut res in specie restituatur. Unde si actum fuerit, ut depositarius non eandem rem, sed aliam restituat, ex hoc negotio contractus innominatus *do*, ut *des*, confurgit.

Dixi VI. *Quandocumque deponenti libuerit*, in hoc enim vel maximè consistit depositi natura, ut ad nutum deponentis restituatur. *Ratio*, quia depositum, solius deponentis gratiâ, regulariter contrahitur, ut proinde, quantum voluerit, id revocare possit, docunque voluerit, *l. 1. §. 12. ff. depositi.*

Et hoc in tantum extenditur, ut, etiam si terminus, faciendæ restitutioni à deponente præfixus, necdum elapsus fuerit; deponens tamen rectè revocet depositum, *Manz. l. 10. tit. 4. n. 7. Pirhing. ad Decret. de deposito §. 3. n. 7. Manz. n. 17.* *Ratio* est, quia depositum unice spectat commodum deponentis, ut proinde non censeatur terminus adjectus in præjudicium deponentis; sed ad definiendam obligationem depositarii, qui proinde non liberatur, si sine justa causa ante præstitutum tempus invito deponenti depositum restituat, *l. 5. §. 2. ff. depositi. Clariff. D. D. Franz. Inst. h. t. n. 30.*

AD VERS. TENETURQUE.

33 Sicuti ex *Commodo* oritur duplex actio, ita etiam ex *Deposito*, *Directa*, quæ datur deponenti, ejusque hæredibus adversus depositarium ejusque hæredes, ut res deposita, non deteriorata, restituatur, *l. 1. §. 16. depositi*, unâ cum fructibus, & omni causa, *l. 1. §. 1. ff. deo ff. eod. Contraria*, quæ datur depositario contra deponentem, qua repetit, quod sibi abest, nomine depositi suscepti; aut, quia in illud impensas fecit; aut, quia damnum passus est propter vitium

Kees ad Institut.

rei depositæ. *Sebnoid. Inst. hic.*

AD VERS. SED IS.

Queritur in hoc *Versiculo*; ad quid 34 teneatur depositarius? *R.* id ex regula, superius data, patere; nimirum, quod non nisi de *dolo* & *lata culpa* teneatur, *text. hic* & in *l. 32. ff. depositi*. *Ratio*, quia depositum deponentis utilitatem tantum respicit, & si negligenti amico, rem custodiendam, commiserit, id suæ imputare debet facilitati, ex qua si damnum sentiat, sentire non videtur, *l. 203. ff. de R. J. Manz. n. 24.*

Dicta, quod depositarius de *dolo* & *lata culpa* tantum teneatur procedunt,

I. Nisi depositarius ultro & sponte propriâ se obtulerit, ad depositum recipiendum; tunc enim, quia per talem spontaneam oblationem Juris interpretatione, omnem diligentiam in re custodienda simul promissa, intelligitur, culpam etiam non tantum levem, sed etiam levissimam præstare tenetur, *l. 1. §. 35. ff. depositi P. Engel. ad Decret. de deposito n. 5. Pirhing. lib. 3. tit. 16. §. 2. n. 5.*

II. Nisi depositarius pro rei custodia *mercedem* acceperit, quo in casu, ad levem culpam præstandam, obligabitur, quia tale depositum migrat in contractum *locationis* *Conductionis*, in quo, quia utriusque utilitatem respicit, levis culpa præstatur, *l. 1. §. 9. ff. depositi. P. Engel. loc. cit. Mantio. de tacit. & ambig. convent. lib. 10. tit. 9. num. 12.*

III. Nisi *nomisatim* conveniarit, ut depositarius omnem culpam vel etiam casum præstaret; hoc enim casu ad præstationem omnis culpæ & casus fortuiti tenebitur; contractus enim ex conventionne legem accipiunt. *l. 1. §. 5. & §. 35. ff. depositi.*

IV. Nisi sint *Nauta*, *Caviones*, aut *Stabularii*; hi enim, ad levissimam

M m m culpam

culpam præstandam, tenentur, l. 1. r. l. 2. l. 3. ff. *Naut. Caup.* Ratio, quia horum officium annexam habet custodiam, d. d. ll. *Clariff. D. P. Konig. ad decret. de depos. n. 22. Zoef. ff. d. t. n. 2. & 3. Brunnem. in d. l. 3. num. 4. Concord. Walter de Jure consuet. Austr. lib. 2. tit. 21. Wann, &c. i. e. Cum aliquis in diversorio publico rem custodiendam seu asservandam Tabernario tradidit, tunc tenetur Tabernarius rem illam præstare; ita quidem, ut cum rem ei conceditam vel domesticis vel hospes aliave persona abstulerit, teneatur Tabernarius damnum sarcire. Quod tamen limitatur, procedere in variis casibus, quos ordine recenset *Walter d. loc.* Illud tamen, in medium non adducere non potui, quod *Walter loc. cit. in fine*, Juris esse, asserit: *Wann ein Gast &c. i. e. Cum hospes Tabernario vidulum, ephippium, saccum, aut sarcinus consignatas custodienda tradidit, & vincula deinceps soluta deprehendantur; tunc tenetur Tabernarius res singulas ibi contentas præstare: sed & cum hospes eas sigillatim prius non indicavit, tamen de illis quæ ablata erunt, ut & de earum prætiò, juramentum ejus fidem faciet.**

Ista pro declaratione *textus*. Cæterum

35 *Quæres I.* An depositarius re deposita uti possit? ð. quod non custodiam enim tantum habet, & si re deposita, invito Dominò, utatur, furti se reum constituit, l. 3. *Cod. depositi*. Et hoc sine omni dubio procedit, si species deposita sit. *Schamb. Inst. hic.* Sed,

36 *Quæres II.* Quid? si v. g. pecunia deponatur, poteritne depositarius eam uti, si paratus sit tantundem restituere?

Ë. I. Extra dubii aleam versari, si pecunia clausa & obliqnata fuerit, quod depositarius eam uti non possit,

quin furtum committat: Ita aperte sancit, l. 29. ff. *depositi*, his verbis: *si sacculum, vel argentum signatum deposuero, & is, penes quem depositum fuit, me invito, contrectaverit, & depositi & furti actio in eum mihi competit.*

Resp. II. Idem dicendum esse, etiamsi pecunia non fuerit clausa, aut obliqnata, l. 3. l. 4. *Cod. h. t.* ubi indistinctè dicitur, depositarium committere furtum, utendo re deposita; quamvis hoc in casu distident, *Humm. ad Treutl. vol. 1. diff. 26. tb. 6. lit. A.* eò quod pecuniam, non obliqnatam, deponens, tacitè ejus usum depositario concessisse videatur; hoc tamen in rigore Juris vix obtinet, ut de æquitate procedat, eò saltem casu, quo depositarius ejus est conditionis, ut omni, quo petitur, momentò depositum valeat restituere. *Schamb. hic.*

Sanè, si pecunia, non obliqnata deposita fuerit, & depositario adnumerata hoc pacto, ut, si opus habeat, eam utatur, utendo furtum planè non committit, & licet tale depositum notissimos depositi terminos egrediatur, depositum tamen manet, & actio depositi competit, propter animum deponendi non mutandi, l. 24. l. 25. l. 26. §. 1. ff. *depositi*. *Zoef. ff. eod. num. 3. Glettie part. 3. quest. 13. Clariff. D. P. Konig. de deposit. num. 7.*

Quæres III. An depositarius in periculo incendii, naufragii, aut hostilis incursionis res depositas præ suis servare teneatur, si utraque non possit?

Res dubid plena est; nam ex una parte S. Pontifex in cap. *bona fides 2. X. h. 2.* generaliter asserit: *bona fides abesse præsumitur, si rebus tuis suis existentibus deposita omisit.* Ex altera verò parte haud culpabile videtur, nec contra bonam fidem, si quis prius de rebus propriis, quam alienis sollicitus sit,

lit; ex quo regula charitatis proximi est, dilectionem incipere à se ipso, *can. si non licet. 9. caus. 23. quest. 5.*

His non attentis, *questio* adminiculò *Dijinctionis* decidenda est: vel enim res depositarii sunt pretiosiores; aut æquè pretiosæ, ac depositæ? & tunc depositarius proprias depositis potest, absque eo, quòd culpam, in deposito præstandam, committat; siquidem verosimile non est, quòd ad rerum depositarum custodiam cum damno ac periculo proprio se obligatè voluerit, & ipsa naturalis ratio dicitur (cæteris paribus) suis potius, quàm alienis invigilandum esse, *Mascard. de probat. vol. 1. concl. 508. n. 4. Mantio. de tacit. §. ambig. convent. lib. 10. tit. 9. n. 40. Hammold. tom. 3. tit. 10. num. 746. Brunnem. ad d. l. 32. ff. depositi n. 9.*

Vel res depositæ notabiliter sunt pretiosiores rebus depositarii? & tunc depositarius illas, relictis propriis, salvare tenetur, & si, neglectis depositis, res suas viliores conservaverit, id dolò fecisse præsumitur, *d. cap. bona fides 2. §. de deposito.* Toties enim dolus præsumptus dari dicitur, quoties major diligentia adhibetur rebus propriis, quàm depositis. *Bartol. & Cujac. in d. l. quod. Ner. va 32. ff. depositi.* Interea depositarius, quòd conqueratur, causam non habet; damnum enim, quòd exinde sentit, deponens per actionem depositi contrarium refundere tenetur. *P. Engel. ad decret. de depos. n. 9. Clariss. D. P. König. ibid. n. 33. Brunnem. loc. cit.* Imò *Mantie. lib. 10. tit. 9. n. 42. Abbas & Gonzalez. in cit. cap. 2.* aperte docent, depositarium non teneri, rebus propriis relictis, depositas pretiosiores conservare; quorum sententia æquitati minùs videtur consona.

Vidimus, quid sit Depositum: sequi 38
tur de *Sequestratione*, quæ etiam depositi species est; & *definitur*, quòd sit *rei litigiosæ, à pluribus facta, depositio.* *Harp. hic. n. 59.* Sive (ut clarius intelligas) sequestratio est nihil aliud, quàm *actus, quo res litigiosæ à pluribus controversantibus, vel Judice eà lege tertio (qui Sequester vocatur) custodienda traditur, ut, finita lite, victori reddatur.*

Dividitur in voluntariam; & necessariam. Illa mutuo consensu partium perficitur. Hæc jussu, & autoritate Judicis (parte etiam invitâ) constituitur. Unde (regulariter) prohibita, tum, quia ab executione non est duendum exordium litis; tum, quia absurdum est, cogi quemquam possessione decedere, antequam sit convictus, *l. in. Cod. de prohib. sequest. l. ult. Cod. d. R. V.*

Dixi regulariter prohibita, certis enim casibus permilla est: puta, si debitor, sive conventus ad inopiam vergat (fortè quia bona sua dissipat, atque profundit) vel, si reus nulla bona immobilia habeat, & de fuga suspectus sit, *l. 7. §. fin. ff. Qui satis dare cog. Harp. n. 107. & seqq.* De sequestrationis materia integram *Titulum* scribit *Walter lib. 2. tit. 22.*

§. CREDITOR. 4.

Quintus, & ultimus contractus, qui Re⁴⁰ initur, est *Pignus*, à *Pugno* dictum, quasi res, quæ pignori datur pugno sive manu tradatur. *Clariss. D. P. König. ad Jus Canon. de pignor. §. aliis caus. n. 1.*

Pignus tripliciter sumitur, I. pro ipsa re oppignorata, §. 7. *Inst. de act. tot. tit. ff. §. Cod. de distrab. pig. II.* Pro Jure reali, quòd creditor in re oppignorata habet, *tot. tit. ff. & Cod. Qui pot. in pig. III.* Pro ipsa contractu seu conventiones, ex qua isthæc pignoris obligatio descendit, *l. 1. §. fin. ff. de pact. in quo sensu acceptum.*

Definitur, quòd sit *contractus*, re initus, quo res creditori traditur in securitatem debiti.

Dixi I. *Re initus*, quia pignus neque nudò consensu, neque verbis, neque literis, sed rei traditione constituitur. *text. bic. §. l. i. §. 6. ff. de O. & A.*

Non obstat l. 18. ff. de pignor. act. & d. l. i in princip. ubi pignus dicitur, etiam nuda conventione, sine traditione, contrahi; enimverò d. d. II. intelligendæ sunt de hypotheca, quæ quandoque in Jure cum nomine pignoris confunditur, promiscuè ponitur. *Harp. Inst. bic. n. 4.*

41 Dixi II. *Quo res* (subintellige propria) res enim aliena oppignorari non potest, tot. tit. Cod. Si res alien. pign. dat. nisi volente vel rati habente in ipsò dominò. l. 20 ff. de pignor. act. Quòd si debitor rem alienam pignore dederit, tenebitur actione pignoratitià, contrarià si creditoris intersit, l. 6. Cod. d. t. & præterea (extra ordinem) crimine *Stellionatus* notatur, l. 16. §. 1. ff. de pignor. act. *Zoes. ff. Quæ res pig. oblig. non poss. Manz. n. 6. Fünsterw. lib. 2. obs. 90. n. 1.*

Dicta procedunt, si res simpliciter sit aliena, ita, ut debitori nullum penitus Jus in eo competat. Secùs si Jus aliquod in re oppignorata habeat. Sic emphyteuta rem emphyteuticam, creditor rem oppignoratam rectè pignori dat, d. l. 16. §. ult. & tot. tit. Cod. Si pignus pignori datum sit. *Clariff. D. D. Franz. n. 16.*

Dices: Res aliena potest vendi, l. 28. ff. de contrab. emp. ergò etiam oppignorari. *R. Con. ant. neg. conseq.* Disparitas est, quòd venditor duntaxat teneatur, ad tradendam possessionem, & usu capiendi conditionem. *Gloss. in d. l. 28.* Contra verò debitor in pignore teneatur transferre Jus in re, quod non potest, nisi Dominus sit, arg. l. Nemo plus Juris

§4. ff. de R. J. Harp. n. 148. Pirhing. ad Decret. de pignor. §. 3. num. 15.

Dixi III. *traditur*; per hanc enim particulam *Pignus* distinguitur ab *Hypotheca*, quando enim res obligatur Creditori sola conventione, absque traditione rei, tunc hypotheca dicitur, sive res obligata mobilis sit, sive immobilis. Proinde, ut intelligas, an pignus sit, an hypotheca, respicias, necessè est, an res sit tradita; an nudà conventione obligata, absque traditione: si prius, pignus: si posterius, hypotheca erit. Unde advertis, *pignus*, (regulariter) in rebus mobilibus; *hypothecam* autem in rebus tam mobilibus, quàm immobilibus, constitui: licèt cæteròquin pignus, & hypotheca in Jure frequenter confundantur, & non, nisi sonò nominis, differre dicantur, l. 5. §. 1. ff. de pignor. & hypoth. *Schneid. n. 91. §. 7. Inst. de Act. Clariff. D. P. Konig. loc. cit. n. 6. Manz. n. 11.*

Dixi IV. *In securitatem debiti*; quibus verbis distinguitur à cæteris contractibus, re initis; *mutuum* enim & *commodatum* rei usum; *depositum*, rei depositæ custodiam; solùm verò pignus securitatem debiti concernit. *Harp. n. 9.*

AD VERS. QUIA.

Explicatur in hoc versiculo effectus pignoris, qui est *Actio*, quæ duplex est. *Directa & contraria.* Directa est, quæ debitor, intergrè solutò, datur debitori, ejusque hæredibus adversus creditorem, ejusque hæredes, ut res pignorata restituantur, *Schamb. bic. & Harp. n. 307.* Dixi integrè, quia quamdiu debitum non universum solvitur, ut quamdiu aliquid, vel modicum ex solutione debiti restat; pignus non liberatur, l. 9. §. 3. de pignor. act. Sicuti enim particularis solutio non relevat debitorem, l. 13. §. 8. ff. de act. emp.

empt. ita quoque non liberat pignus, l. 19. ff. de pignor. & hypoth. Manz. n. 27.

43 *Dubatur*, an actio pignoratitia directa contra tertium possessorem detur? R. *Negative*, quia actio hæc personalis est, utpote descendens ex contractu; ergo non datur, nisi contra eum, cum quo contractum; non est autem contractum cum tertio. *Zoëf. ff. de pignorat. act. n. 5.* Facta tamen solutione primo creditori, vel aliâ ei datâ satisfactio, nec pignus quoad utrumque perimitur. Nec datur tertio Jus aliquod retinendi, vel persequendi pignus. l. *debitor.* 40. ff. d. t. cum, solutio Jure concedentis, resolvatur etiam Jus accipientis, l. *Si ex duobus §. 1. ff. de in diem adict. cap. nuper.* & de donat. inter vir. & uxor. *Card. Tusch. tom. 6. lit. R. Concl. 272.* Ut proinde debitor, rem suam etiam à tertio possessore vindicare, non prohibeatur. Ita judicatum ab excelso Austriæ Regimine in causa *Elisabet Pugarin contra Carl Kleiber, ibi Welcher &c. i. e. Qui sub pignore catene auree actricis, quam ipsa prius Augustino Rueffen pro 80 fl. oppignoraverat, ipse ad petitionem dicti Augustini prioris creditoris, pecuniam fl. 160. crediterat.* Negabat Reus se velle catenam mulieri petenti restituere, ni prius 160. fl. sibi numerarentur. *sententiâ die 14. Septemb. 1789. publicatâ, judicatum est:* Non jure à Reo denegari restitutionem catene auree, ad petitionem actricis offerentis solutionem 80. fl. pro quibus ipsa catenam oppignoraverat, & usurarium ea die debiturum: Reum proinde obligari ad restituendum pignus; ei tamen de residuo solvendi jus remanere in bona debitoris sui Augustini Rueffen.

44 *Cæterum*, si Creditor ex re oppignorata fructus perceperit, illos tenetur computare in sortem, l. 1. & 2. *Cod. de pignorat. act. l. 2. ff. de pignor.* Unde, si

creditor tantum ex fructibus perceperit, quantum est debitum, pignus ipso Jure liberatur, l. 1. *Cod. de distrab. pig.* Fructus enim, percepti ex pignore, lucro creditoris non cedunt, sed computantur in sortem, *cap. 6. §. de pignor.* eamque extenuant, hoc est, exonerant primò usuras, dein sortem. *Schneid. loc. cit. num. 17. Mev. p. 5. decis. 382. Neguzant. de pignor. memb. 5. part. 5. num. 11. Brunem. in l. 2. Cod. de pignor. act. ubi ait:* hoc procedere, si fructus consumpti sunt à creditore; nam, si extent adhuc, non extenuant sortem, l. *Si Convenerit. Cod. d. t.* sed repetuntur per se actione pignoratitia, l. 22. §. 2. ff. *eod.* Illud verò silentiò premere non potui, quòd in casu, quo mutuam à te petitur, & debitor tibi hypothecare velit fundum, consultius sit, ut fundum non accipias pro hypotheca, sed satagas, ut fundum tibi vendas cum pacto retro vendendi: nam, si fundum pro hypotheca accipias, fructus, ex eo percepti, lucro debitoris cedunt; secus, si eundem emas cum pacto retro vendendi, hæc enim casu fructus tuos facis, *Schneid. loc. cit. Zoëf. ff. de retract. n. 25.*

Actio contraria est illa, quæ datur creditori adversus debitorem, ut prætet id, quod sibi ratione pignoris abest, v. g. si quas impensas fecerit, l. 8. ff. de pignor. vel si prius rem alienam, vel vitiosam oppignoratam, damnum passus sit, l. 10. l. 31. ff. *eod. Harp. n. 314. Zoëf. ff. de pignor. n. 13. & seq.*

AD VERS. SED QUIA.

Queritur hic, ad qualem culpam creditor teneatur? Quando quidem iste contractus utriusque gratiam respicit, & quidem debitoris, ut ejus necessitati consulatur; creditoris verò, ut ei ma-

gis in tuto sic creditum. Idem creditor non tenetur, nisi de *dolo, lata & levi culpa*, ex regula, supra de *commodato* tradita. Culpam *levissimam*, *vim majorem*, aut *casum fortuitum* non præstat creditor, l. 23. ff. de R. J. Ratio, quia res quælibet perit suo domino; debitor autem pignoris dominus manet. *Manz. num. 26. Wesenb. in parat. de pignorat. act. n. 7. Zoëf. ff. eod. num. 12.* Nisi forte aliter convenierit inter partes, ut scilicet amissio rei oppignoratae liberet debitorem, l. 5. § 6. *Cod. de pignorat. act. Perez. ibid. n. 15.* Aut, nisi culpa casum præcesserit; culpa enim sua cuique nocet. Ubi

46 *Quæres I. Quid Juris?* si creditor dicat, se rem, pignori committam, amissile; debitor vero contendat, propria creditoris culpa amissionem contigisse? Cuinam incumbet onus probandi, rem culpa, vel absque culpa amissam fuisse?

Ut breviter me expediã in hac ardua, & plena utilitatis *Questione*, R. creditorem probare debere, absque sua culpa rem, pignori datam, amissam esse. Ita *Fach. lib. 1. cont. 87. Finsterwald. lib. obs. 92. num. 7.* Vide etiam *Carpz. part. 2. consil. 26. def. 17. Mascard. de probat. Conclus. 87. Gail. lib. 2. Obs. 21. Wesenb. part. 1. Consil. 36.* & pro hac *Opinione expressè judicatum* est ab *Excels. Regim. Austr. ult. Novemb. 1655. Die Frau & c. i. e. Res incumbere onus ritè probandi, se pignora, que (ut in actis scriptum est) accepit, non minus diligenter ac res proprias curasse: eaque citra suam culpam ablata esse.*

Porro, pignus quoque nonnunquam oneratur *pacti*, quorum potissimum duo occurrunt.

47 *Primum* est pactum *Antichrestos*, quod nihil est aliud, quam conventio, quæ id agitur, ut liceat creditori re oppignorata uti, frui, donec debitum solutum fuerit. *Hannold. tom. 4. tract. 10.*

n. 928. Hoc pactum *Jure civili*, licitum est, & permissum, l. 14. l. 17. ff. de usur. Ratio ponitur in incertitudine fructuum, & compensatione usurarum legitimarum, l. 11. § 1. ff. de pignor. & hypoth. illis verbis: *cum in usuras fructum percipiat.*

At, de *Jure Canonico* ejusmodi pactum, tanquam usurarium, reprobatum, cap. 6. § de pignor. Ratio, quia usura est quidquid ultra sortem accipitur (intelligendo, sortis nomine, etiam *lucrum cessans*, & *dannum emergens*, & quidquid, à creditore *Jure* potest æstimari, & actione pignoratitia peti) atqui, si fructus retinerentur ex pacto, præcisè titulo incerti eventus fructuum & pretii, quicquid acciperetur; & quicunque fructus essent, ultra sortem essent, ergo pactum de illis percipiendis usurarium foret. *Hannold. loc. cit. vide Zoëf. ff. de pignorat. act. Gail. lib. 2. obs. 3. pulchre Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n. 22. & seq.*

Secundum pactum vocatur pactum *commissorium*, & est illud, quo inter Debitorem, & Creditorem convenit, ut, debito, intra certum tempus non soluto, res oppignorata pro quantitate debita creditori committatur, hoc est, ejus fiat. Et hoc pactum, cum eidem sæpe insit fraus intolerabilis, utpotè injustum, iniquum, charitati proximi diametraliter contrarium, & labi usurarie obnoxium, sive ab initio, sive ex post facto adjectum fuerit, non tantum à *Jure civili*, l. 3. *Cod. de pact. pignor.* verum etiam *canonicè*, cap. 7. § de pignor. prohibitum est. Ratio hujus prohibitionis est, quia pignus serè semper excedit in valore debitum, & debitor in necessitate constitutus, ad quævis pacta facile succeditur, ut suæ duntaxat consulat necessitati. *Chriss. D. P. König. ad Decret. de pignor. num. 24. Gonzalez. in cit. cap. 7. Hannold. loc.*

loc. cit. num. 929. Qui omnes admittunt, quod si creditor ita pacifceretur cum debitore, ut, debitò intra tempus non solutò, pignus creditori juxta

boni viri arbitratum pro justo pretio vendatur, non committeretur usura, l. 16. §. fin. de pignor. & Engel. l. c. de pignor. num. 10.

TITULUS XVI.

DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

SUMMARIÀ.

AD PRINCIPIMUM.

- 1 Connexio.
- 2 Definitur stipulatio.
- 3 Enumerantur requisita stipulationis.
- 4 Quare stipulatio inventa fuerit?
- 5 Ex stipulatu oriuntur due actiones.
- 6 Stipulatio pure, & sub conditione rectè contrahitur.
- 7 An stipulatio pura sit: decem aureos annuos dare spondes, quoad vivam?
- 8 Quid, & quozplex sit conditio?
- 9 Conditio potestativa, negative concepta, quid operetur?
- 10 An cautio Mutiana in contractibus locum habeat?
- 11 Spes, debitum iri, an transeat ad heredes?
- 12 An, factum promittens, teneatur præcisè ad factum?

Stipulatio definitur; quòd sit contractus nominatus, Juris, civilis, & stricti Juris, ex interrogatione unius, & congrua secuta responsione alterius resultans. Ex quo colligitur, ad validitatem stipulationis requiri

I. Interrogationem, & Responsonem. 3
Nam, si quis alteri præsentì ex lucrativa causa aliquid promittat absque præcedente Interrogatione; non stipulatio, sed Pactum nudum erit, de Jure communi non producens Actionem, aut efficacem Obligationem.

II. Interrogatio debet præcedere, & subsequi Responso, ita, ut, si responso præcederet, stipulatio invalida redderetur. Ratio, quia hic ordo requiritur de Forma; formam autem neglectam, quidquid agitur infirmum est. Schneid num. 19. hic.

III. Requiritur Verba: Unde sequitur, inter Absentes stipulationem non contrahi. Ludwel. §. 1. hic. neque tunc oriri hunc contractum, si quis interrogat, promittit? & alter capite tantum annuat. Ratio, quia, formam neglectam, quidquid sequitur, infirmum est. Manz. num. 7. requiritur ergò, ut Interrogatio præcedat, & congrua responsio subsequatur; v. g. hoc modo promittisne, mihi dare centum? respondeat: promitto.

CONNEXIO.

Vidimus, quid sint contractus, qui Re celebrantur. Sequitur secunda species contractuum, qui Verbis contrahuntur. Ubi alio vertice eminet Verborum Obligatio, & stipulatio.

Dicitur autem Verborum obligatio, non quòd in aliis contractibus non etiam requiruntur verba, sed, quia in hoc Contractu non quacumque Verba sufficiunt: sed talia, que debita solennitate constant, puta, Interrogatione & Responso. Manz. n. 3.

- 4 Adinventæ est stipulatio, reliquarum obligationum firmandarum causa. Pacta enim nuda obligationem efficacem non producant, nisi stipulatione munita sint, l. 45. ff. de pact. Item contractus inno- minati ante iimplementum ab una parte pœnitentiam admittunt; sed quando stipulatio intervenit, etiam ante imple- mentum efficax obligatio oritur, l. 3. Cod. de rer. permutat. Schneid. n. 9.

A D V E R S. E X Q U A.

- 5 Ex contractu stipulationis duæ oriun- tur actiones, videlicet, *Condictio certi* & *actio ex Stipulatu*. Condictio certi tunc confurgit, si certum quid in stipu- lationem deductum sit, v. g. *Equus nemem Bucephalus decem amphoræ Vini Rhe- nensis optimi*.

Actio ex stipulatu datur, quando ali- quid incerti in stipulationem deductum est; non quidem ex toto suo genere, sed ita incertum, ut ex circumstantiis, vel relatione ad aliud non appareat, *quid, quale, & quantum* sit? v. g. si quis mihi promissit equum in genere, vel ge- neraliter, decem amphoras vini. Hic enim, etsi appareat, *quid* sit promissum, scilicet *Vinum*, & *quantum*, scilicet 10. amphoræ, tamen non appareat, *quale*? *Manz. n. 21.*

§. I N H A C. I.

Imperator in hoc §. declarat, quibus verbis stipulatio hodie contrahatur re- jectâ solennitate verborum, quæ olim ad contrahendam stipulationem neces- saria erat. Nam, olim per quæcunque verba fiebat interrogatio, fieri Responsio- nem (veluti *promissis? promisso. Da- bû dabo.*) & hæc poterat fieri per ver- bum æquipollens; sed hæc sollemnitas hodie sublata est. Uade ex hoc §.

Colliges I. Quòd stipulatio contra- hatur quibuscunque verbis, modò sint *apta*, ac *congrua* ad interrogata, & responsa, interrogatioque præcedat & sequatur responsio. *Mens* enim, non *Verba* consideranda sunt, l. 16. Cod. de *Fidei-Commis.*

Colliges II. Quòd diversitas linguarum non viciet stipulationem, ut si quis *latine* interroget, alter *græcè* respondeat, dum- modò contrahentes se invicem intelligant, vel per *interpretem*, Text. *hic. & Schneid.*

§. O M N I S. 2.

Stipulatio contrahitur vel *purè* (quan- do neque *dies*: neque *conditio* adjicitur) vel non *purè* (quando vel *dies*: vel *con- ditio* adjicitur) Unde,

Si purè stipulatio inita sit, tunc, statim *cedit, & venit dies*, id est, statim *debetur*, & *exigi* potest confestim, quod pro- missum est, l. 213. ff. de *V. S.* quod ipsum tamen cum temperamento, & granò falis intelligendum est; creditor enim etiam non statim, cum sacco para- tus, venire debet, l. 105. ff. de *solut.* *Schneid. n. 8.* sed, miserationis causâ, promissori tempus aliud ad solvendum indulgetur. Quale autem tempus sit, in Jure expressum non est; adeoque ar- bitrio Judicis, secundum personarum qualitates determinandum, relinquitur; quia omnia in legibus expressè non de- finita Judici determinanda, committun- tur. *Manz. n. 5. hic.*

In tribus tamen casibus reperitur Tem- pus, à Jure expressum, I. in *Constituto*, ubi *debitor* ante 10. dies non potest con- veniri, l. 21. ff. de *constit. pecun.* II. in *dote*, quæ intra *annum* est solvenda, l. 1. §. 7. Cod. de *rei uxor. act.* III. in *Re judicata*, quando quis per sententiam condemnatur, dilatio *quadrimestris* ad solvendum ei concessa est. *Schneid. n. 5. Stipulatio*

Stipulatio in diem dicitur, quæ differe-
 rende solutionis gratiâ, diem habet ad-
 jectum, quo pecunia, vel alia res pro-
 missa solvatur, v. g. 10. *Aureos primis*
Calendis Martii dare spondes? Hôc casu
 mox quidem cedit, sed non venit dies,
 id est, debetur quidem statim, peti ta-
 men non potest, priusquam totus ille
 dies elapsus sit.

Dices: Si juxta dicta mox nascatur
Obligatio; ergò & *Actio*, qua peti potest:
 quia positâ *Causâ* necessariâ, statim pon-
 nitur *Effectus*. R. nasci quidem mox ac-
 tionem, sed non exactionem; siqui-
 dem actio in la exceptione elidi potest,
 nimirum hac: quod *plus tempore* petatur.
Schamb. hic.

§. A T S I I T A. 3.

Pro *Intellectu* hujus §. tres casus prin-
 cipales notandi sunt. I. Est, quando sic
 stipularis: 10. *Aureos annuos, quoad*
vivam dare spondes? Et hic est propriè
 casus §. nostri. Sed, an talis stipulatio
 pura erit? *Dixeris*, quod non, quia diem,
 live *tempus vite* habet adjectum. Verum,
 ait hic Imperator: hanc stipulationem
 esse *puram*, & *perpetuam*. Pura quia ex
 ea stipulator confestim agere, adeoque
 decem initiò statim, cujuslibet anni pe-
 tere potest, l. 56 §. 4. ff. b. t. Siquidem tem-
 pus hic non *differende*, sed potius *multi-*
plicande solutionis gratiâ, & sæpius
reiterande puræ obligationis causâ adjici-
 tur, l. 10. Et *seqq.* ff. eod. Dixi: *initiò*
statim cujuslibet anni. Ratio hujus est, quia
 tempus adjectum est in favorem *Credito-*
ris, non *Debitoris*; in ipsius ergò facul-
 tate depositum est, an statim petere ve-
 lit? Nisi fructus singulis annis de quo-
 dam fundo essent præstandi, nam tunc
 expectandum est, donec fructus ex fun-
 do percipiantur, l. 26. §. Pater ff. *Quan-*
dò dies leg. ced. *Schneid. num. 1.*
 Kees ad Instituta.

Perpetua est ejusmodi stipulatio, qua
 in stricto Jure transitoria ad hæredes:
 transitoria autem ad hæredes idè est,
 quia tempus (utpote *Facti*) non est
 modus tollendæ obligationis (utpote
Juris) l. 44. §. *Flacet. ff. de O & A. Ve-*
rùm, si hæredes stipulatoris à promisso-
 re 10. annuos, petant, eos, propter
 apposita verba, *quoad vivam*, per ex-
 ceptionem repellit; tacitè etiam per illa
 verba, *quoad vivam*, conventum vide-
 tur, ne ultra vitam fieret præstatio.
Schamb. hic. Manz. n. 6.

II. Casus est, quando sic stipularis,
 10. *Aureos, quoad vivam, dare spondes?*
 Hôc casu pure obligatio confurgit, &
 stipulans tota 10. non annuatim præ-
 standi, sed simul petere potest; quia
 pro tota vita unica tantum 10. debentur,
 & non plura, l. 56. §. 4. ff. b. t.
Schneid. num. 2. Et, licèt in stricto Ju-
 re hæc obligatio transeat ad hæredes;
 æquitate tamen conventionis propter
 apposita verba promissor hæredes stipu-
 latoris per exceptionem repellit, l. 44. §.
 1. ff. de O. & A. *Schamb. hic.*

III. Casus est, quando quis stipula-
 tur à Cajo Aureos annuos, non adjectò
quoad vivam; tunc sine dubio non uni-
 co, sed singulis annis decem debentur,
 & quia pura est obligatio, peti possunt
 ab initio anni, cum tempus adjectum sit
 in favorem creditoris. *Schneid. n. 3.* Et
 hæc obligatio, quin transitoria sit ad
 hæredes, non ambigo, l. 16. §. 1. ff. b. t.
 quilibet enim, non tantum sibi, sed
 etiam suis hæredibus paciscendo prospice-
 re, intelligitur. *Accedit*, quòd ratio,
 propter quam exceptionem in primo, &
 secundo casu dedimus, hoc in casu ces-
 set. *Schneid. num. 4. Harp. n. 8. Schamb.*
hic.

Dices: si quis decem aureos annuos
 leget, legatum non transit ad hæredes;
 N n n sed

fed morte legatarii expirat, *d. l. 16. §. 1.* ergo in nostro casu dicendum. *R. Con. ant. neg. confeq.* Ratio differentie est, quod testator tantum voluerit bene facere personæ legatarii; in contractu autem non tantum nobis, sed etiam hæredibus nostris prospiciamus.

§. SUB CONDITIONE. 4.

8 Lubeat latius non nihil in hunc §. ob sui *Utilitatem*, excurrere, ac *Naturam conditionum* exactius perspicere.

Conditio est Eventus quidam futurus, in quem Dispositio suspenditur.

Conditio variè dividitur; quædam enim est *propria*, quædam *impropria*. *Propria* illa dicitur, cujus eventus est contingens. *Impropria*, quæ quidem *Figuram* & *Speciem* conditionis præ se fert; *Vim* tamen, ac *Potestatem* ejus non obtinet: qualis est illa, quæ *vel in præsens*, vel *præteritum* concipitur.

Conditio propria quædam est *necessaria*, quædam *impossibilis*, quædam *possibilis*.

Conditio necessaria est vel *certa omni certitudine*; vel *non est certa omni certitudine*. Prior est, quæ habet causam certam, & infallibilem, v. g. *si sol cras orietur*. Posterior est, quæ habet quidem causam certam, & infallibilem, sed tempus valde incertum, v. g. *si Cajus morietur*.

Conditio impossibilis est vel *talis naturæ*, vel *Jure*. *Naturæ talis* est, cujus existentia nature repugnat, v. g. *si calum digito tetigeris*. *Jure impossibilis* est, cujus existentia honestati & bonis moribus adversatur. Veluti: *si Titium machaveris, dabo tibi 10.*

Conditio possibilis est, quæ habet se ad utrumque, quatenus *potest contingere*, vel *non potest contingere*. Hæc triplex est, *potestativa*, *casualis* & *mixta*. *Potestativa*

est, quæ pendet ex mera voluntate ejus, cui promittitur, veluti: *promitto tibi 10. si istud vel illud feceris*, puta, inimicum meum placaveris; est enim in tua potestate, & facultate, num illum placare velis?

Casualis est, quæ dependet ex casu, & fortuna, v. g. *promitto tibi 10. Si Imperator Turcam vicerit.*

Mixta est, quæ participat aliquid de potestativa, & conditionali, sive, quæ partim dependet ex tua voluntate, partim ex casu, veluti: *promitto tibi 10. si redieris ex Gallia*. Hæc conditio dependet partim à tua voluntate, partim à casu, & fortuna; quia multi casus accidere possunt, quo minùs, etiamsi velis, redire possis. Datur & alia conditio, quæ mixta vocatur, quæ partim ex tua, partim ex alterius voluntate pendet, v. g. *spondeo tibi 100. si Titiam duxeris*. His præmissis,

Redeo ad Textum, & dico, quod *sub omni conditione stipulatio fieri*, & tam *affirmativè*, quàm *negativè* concipi possit. *Affirmativè*, veluti: *promitto tibi 10. si Cæsar hoc anno redierit in inferiorem Germaniam*. *Negativè*, veluti: *promitto tibi 10. si Cæsar hoc anno non redierit in inferiorem Germaniam*. Et, si stipulatio taliter contracta fuerit, tunc ante existentem conditionem neque cedit: neque venit dies, *l. 213. ff. de V. S. live (ut Schneid. loquitur) neque Actio*, neque *Obligatio* nascitur. *Ratio*, quia, sub conditione promissa, non ante parient obligationem, quàm conditio extiterit. *d. l. 213.* & quod est in conditione, non est in obligatione, *arg. l. 8. ff. si quis omiff. caus. test. Manz. n. 5. hic. Quod Dicitur*,

Limitatur I. Nisi sit conditio impropria; vel necessaria. Nam talis conditio impropria, quæ videlicet in præsens tempus, vel præteritum concipitur, veluti:

luti : promitto tibi 10. si *Cæsar* hoc mense fuerit *Augustæ* ; vel *jam est Augustæ* : non suspendit obligationem, sed habetur pro pura, l. 37. cum seqq. ff. si cert. petat. Ratio, quia, quæ certa sunt, obligationem non morantur.

Idem ex eadem ratione dic de conditione necessaria; hæc etiam pro pura habetur, l. 9. §. qui sub cond. ff. de novat. Schneid. n. 13.

Limitatur II. Nisi sit *Conditio* impossibilis *Naturæ*, vel *Jure*; talis enim stipulationem vitiat, §. II. Inst. de inut. stipulat. Ubi hujus rei rationem dabimus.

Dices : *Conditio* impossibilis non vitiat actum ultimæ voluntatis, sed habetur pro non adjecta, l. 1. §. 6. ff. de hered. Inst. ergo neque vitiabit actum inter vivos. R. Conc. ant. neg. consiq. Disparitas est, quia testamentum ab uno; contractus à duobus celebratur. Si proinde in contractu adjecerint conditionem impossibilem, vitiatur contractus; sibi enim imputare debent contrahentes, quòd suo contractui legem clariorem non dixerint. Secus est in ultima voluntate; ubi solus testator concurrit, qui, si conditionem impossibilem testamento adjecerit, hæredi nulla potest culpa imputari, proinde, ut voluntas fortiatu exitium, jura talem conditionem pro non scripta reputant. Harp. §. II. Inst. de inut. stip. n. 4. Chling. hic. q. II. objct. 1.

AD V. SI QUIS ITA.

Dictum supra, conditionalem stipulationem posse etiam negativè concipi, sive sit *conditio casualis*, sive *potestativa*. Jam hic ponit Imperator Exemplum conditionis potestativæ, negativè conceptæ, puta, si in *Capitolium* non ascendero, 10. dare spondes? Et dicit, quòd perinde sit, ac si stipulatus fuero : spon-

desne dare 10. cum moriar? Itaque ante mortem meam nihil à promissore peti potest; Ratio, quia in conditionali stipulatione non potest agi, priusquam conditio sit purificata: atqui ante mortem meam non potest purificari (quia nunquam certum, planùmve fiet, me non ascensurum, nisi cum moriar, si enim hodie non ascendere possum) ergo. Schneid. hoc vers. n. 1. Manz. hic. n. 10. Ex his

Colliges, quòd *conditio potestativa*, 9 negativè concepta, ante mortem nullam producat obligationem, neque actionem.

Dubitat, an *Cautio Mutiana* in 10 contractibus locum habeat? Nota si alicui legatum sub conditione potestativa, negativè concepta relictum est, puta, si *Capitolium* non ascenderit: tunc legatarius per Fidejussorem cavere potest, se nunquam ascensurum; si verò ascenderit, se legatum, una cum fructibus, restitutum. Et hanc cautionem hæres tenetur acceptare, legatumque legatario extradere. l. Mutiane. 7. & l. 73. ff. de condit. §. demonstr.

Jam queritur: anne ista cautio habeat quoque locum in contractibus? R. Negativam communem esse. Ratio diversitatis hæc assignatur, quia in contractibus sibi imputare debet, qui conditionem hanc adjicere passus fuit. Ludwel. Inst. hic. Aliam rationem differentie adornat Brum. in d. l. Mut. 7. quia (inquit) in contractibus obligatio conditionalis ad hæredem transmittitur, non verò legata conditionalia, l. un. §. fin. autem aliquid sub. condit. Cod. de caduc. tollend.

AD V. EX CONDITIONALI.

Dictum supra, effectum stipulationis, sub conditione contractæ, esse, quòd, antequàm extet conditio, neque obli-

gatio, neque actio nascatur: tantum spes sit, pendente conditione, debitum iri; sed

II Jam *queritur*: si stipulator decedat ante eventum conditionis, an transmittat illam spem ad hæredem? *Dixeris* quòd non, quia legatum legatario ante eventum conditionis decedente, ad hæredes non transmittitur, *d. l. un. §. Sin autem*. ergò nec debitum ex stipulatione.

Verum, hoc non obstante, statuit hic Imperator, spem, debitum iri, in hæredes transmitti. *Ratio*, quia sæpè in Jure nostro spes fungitur locò rei, *l. 8. ff. de contrab. emp. §. vend. & quod est in Spe*, perinde habetur, atque si esset in *Re*. *Ratio* alia, quia spes, debitum iri, vendi potest, ergò & transmitti. *Antecedens* patet ex *l. 8. §. 1. ff. de contrab. emp.* Ad rationem dabitandi *Re. Con. ant. neg. conseq.* Differentiæ ratio est, quòd in stipulationibus, aliisque contractibus, contrahentes non tantum sibi, sed & hæredibus suis prospicere velle, videantur, *l. 9. ff. de probat.* legata verò, ob meritum aliquod, obveniant. *l. 9. ff. pro socio.* Adeòque testator, legatario tantum, non etiam hæredibus ejus consulere voluisse, existimandus est, *Ludwel. hic.*

§. L O C A. §.

Supra dictum est, stipulationem quamdam esse in diem: & in tali stipulatione in diem quandoque dies est expressa (de qua dictum) quandoque verò tacita (de qua hic); veluti, quando solutio collata est in certum quandam locum, ut: *promittisne, mihi dare 10. Norimberge.* Hoc casu tacite inest tempus, quo commodè eò pervenire possis. Illud adhuc observa, si tempus, adeò angustum, stipulationi adjiciatur, ut impossibile sit, intra illud tempus illuc

pervenire, quòd stipulatio nulla sit, & irritetur, veluti: *promitto, hodie Romæ dare 100.* quia impossibile est, uno die Viennâ Romam venire; impossibilis autem conditio omnes contractus viciat, *l. 31. ff. de O. & A.*

§. C O N D I T I O N E S. 6.

Explicationem hujus §. ex jam deductis habes, ubi diximus: conditionem aliam esse propriam, aliam impropriam. De impropria id juris statuimus, quòd pro pura habeatur; quæ enim per rerum naturam certa sunt, obligationem non morantur.

§. N O N S O L U M. F I N.

Queritur in hoc §. quæ in stipulationem deducantur? *R.* non solum *Res*, sed etiam *Facta* in stipulationem deduci: v. g. *promittis librum scribere? domum adificare? vel alia negotia gerere? vel hoc, vel illud non facere?* Cæterum, si stipulatio facti contracta fuerit, tunc consulit hic Imperator, stipulationi poenam subicere, in casum solvendam, quo factum non impleatur. Nam si promittens factum non præstet, tunc plerumque devenitur ad præstationem interesse, quòd stipulator probare debet. Jam verò, cum interesse consistat in facto, & difficilis plerumque sit probationis, ratione lucris cessantis, & damni emergentis: Ideò præscribit Imperator tale consilium, ut is, qui factum stipulatur adjiciat certam, & definitam aliquam poenam, quæ in locum ejus, quòd interest, succedat, v. g. in hunc modum: *promittisne, mihi adificare domum? §. nisi intra annum hoc feceris, promittisne, poenæ nomine, 100.?* *Ratio* hujus consilii in textu hæc affertur, ne scilicet quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare, quòd ejus interest,

interfit: quasi diceret Imperator, quia, si poena non fuerit adjecta, æstimatio facti incerta erit, quoniam facta ab aliis pluris, ab aliis minoris æstimari solent.

Schneid. n. 7.

12 *Controvertitur*, an is, qui Factum promisit, id præcise teneatur præstare, ut, offerendo id, quod interest, non liberetur? R. I. ex stipulatione dandi præcise quis ad dandum obligari, & præstando interesse, non liberari. Huic sententiæ communi Harmonia D. D. accinunt, puta, *Gleuse tr. de pact. §. n. 22. Harp. prin. in. h. t. n. 59. Schamb. & Schneid. hic. Manz. n. 4. hic. Humm. var. resol. l. 3. tract. 4. quest. 14.*

Nititur hæc sententia I. l. 75. §. fin. ff. de V. O. ubi dicitur, quod, datione fundi Tusculani, in stipulationem deducta, ejus dominium omnino debebat in stipulationem transferri. Ratio hujus datur, quia stipulatori Jus, ad Rem aliam dandam, quæsitum est; aliud autem pro alio invito creditor, non obtruditur, l. 2. §. I. ff. de R. C. ergo.

Nititur II. validò *text. l. 35. §. fin. Cod. de donat.* ubi dicitur, quod promissionem factam necessarius traditionis effectus debeat subsequi, & donator necessitatem habeat omnimodè rem conventam tradendi.

Nititur III. hac inexpugnabili ratione, si ex stipulatione dandi quis non præcise obligaretur ad dandum, tunc posset v. g. venditor rem uni venditam, licitè, ac sine omni culpa alteri vendere: nam secunda venditio non esset contra Jus primi emptoris, utpote, qui non haberet venditorem, ad ipsam rem venditam tradendam, determinatè obligatum, adeoque, posset venditor utrique contractui satisfacere, ac primo quidem emptori interesse solvere, alteri verò ipsam rem tradere; sed consequens

repugnat, l. 21. ff. ad Leg. Cornel. de fals. de qua dicitur, quòd is, qui rem duobus in solidum vendit, poenà falsi sit coercendus, ergò, &c.

§. II. Non tantum ex stipulatione dandi præcise aliquem teneri ad dandum; sed etiam ex stipulatione faciendi præcise promissorem ad præstationem facti teneri, & offerendo interesse, non liberari. Ita *Glette loc. cit. n. 23. Schamb. hic. P. Konig. de solut. n. 19. Dissentit communis D. D. Sebola. puta, Bach. ad Treutl. vol. I. Diss. 28. th. 2. lit. E. Fach. l. 2. c. 30. Harp. prin. Inst. de V. O. n. 59. Humm. var. resol. l. 3. tr. 4. Quest. 13.*

Nostra Sententia fulcitur I. Argumentò, qui Factum promittit, obligat se ad ejus præstationem: sed, ad quod quis se obligat, id præcise tenetur præstare, l. 1. ff. de constit. pecun. ergò qui Factum promittit, tenetur id præcise præstare.

II. Argumentum sic adorno, qui init Sponsalia, tenetur præcise Matrimonium contrahere; nec est in arbitrio debitoris, offerendo id, quod interest, à contractu matrimoniali se liberare: atqui contractus matrimonialis est simplex factum; ergò falsum est, eum, qui factum promisit, satisfacere, si offerat id, quod interest. Item, qui matrimonium contraxit, tenetur omnimodè parti cohabitare, ita, ut non audiatur, si id, quod interest, velit solvere; & tamen certum est, quòd cohabitatio sit factum simplex; ergò falsum est, eum, qui factum simplex promisit, posse se à contracta obligatione liberare, si offerat id, quod interest.

III. Sic dico: in obligationibus dandi non potest aliud pro aliq. creditori invito obtrudi; sed præcise quis tenetur ad dandum, idè videlicet, quia ipsi

ad rem promissam Jus quæsitum est; ergo etiam in obligationibus *faciendi* aliud pro alio invito creditori obrudi non poterit; cum æquè sit ipsi Jus quæsitum.

Obj. I. Eum, qui factum promittit, non obligare se *determinatè* ad ejus præstationem; sed *alternativè*, ac *disjunctivè*; puta, vel ad præstationem *Facti*, vel *Interesse*: atqui in obligatione *alternativa* non *Stipulatoris*, *Creditoris*, aut *Actoris*: sed *Debitoris*, & *Rei* est *Electio*, quodnam ex illis præstare velit, l. 10. §. *fin. ff. de eo, quod cert. locd l. pen. Cod. de condit. indeb.* ergo, si promissor factum præstare nolit; offerendo interesse, se liberare poterit.

¶ *Neg. maj.* qui enim factum (v. g. *Imaginem pingere*) promittit, is promittit *simpliciter*, & *determinatè*, non *alternativè*, vel pingere imaginem, vel præstare interesse. *Accedit*, quòd *alternativam* obligationem debuisset exprimere, si simpliciter se obligare non voluisset.

Dices: promissorem facti implicitè retinere ipsam conditionem: *volo, ad præstationem facti, esse obligatus; nisi malim id, quòd interest, solvere.* Sed *contra* est I. quòd *conditio*, in mente retenta, nihil operetur, l. 7. *ff. de condit. ob caus. dat.* *Contra* est II. quòd *tacitæ* conditione sine expressa *Legis* dispositione non sint temere adstruendæ; nulla autem est *Lex*, nulla *Constitutio* assignabilis, ex qua cum fundamento possit deduci, quòd, qui factum simplex promittit, censerit debeat, potestatem sibi reservasse, solvendi id, quòd interest. *Glettle loc. cit.*

Obj. II. ad factum nemo potest cogi, cum enim facta membrorum, coporisque operà perficiantur, nullà ratione possunt

ab invito extorqueri; ergo liberatur promissor, præstando interesse.

¶ I. ex *Schamb. conc. ant. neg. conseq.* inde non sequitur, quòd phytice compelli nequeat, eum liberari præstando interesse; potest enim creditor dicere: malo, ut perpetuò obligatus maneas, quàm, ut interesse suscipiam.

¶ II. Quòd contractus matrimonialis, & individua vitæ consuetudo etiam non possint ab invito obtineri; & tamen, qui ad memorata facta se obligavit, tenetur ea præcise præstare; ergo ex eo, quòd factum aliquod nequeat ab invito obtineri, non sequitur, id promissum non esse præcise præstandum. *Deinde*, etiam rei promissæ traditio nequit citra violentam impressionem à reluctante haberi, & tamen *plerique Adversarii* (imò ferè *omnes*) nobiscum *sentiunt*, quòd ad *Dationem*, sive ad *Traditionem* debitor præcise sit obligatus; ergo lubricum est fundamentum, cui *Adversarii* innituntur.

Accedit denique, quòd *Reverentia*, parentibus debita, *Gratitudo*, aliivè similes virtutum actus ab invitis nequeunt obtineri; & tamen cadunt sub obligationem: ergo ex eo, quòd factum simplex ab invito non sit obtinibile, minus rectè infertur, id, quòd in contractum deductum, non esse determinate præstandum.

Obj. III. l. 72. *ff. de V. O.* illic in hæc verba rescribitur; *ubi, quid fieri, stipulemur; si non fuerit factum, pecuniam dare oportet.*

¶ *Textum* hunc loqui (& alios similes) de eo casu, quo implementum facti vel est impossibile, vel creditor ipse eligit interesse præ factò, propter moram promissoris, *Glettle loc. cit.*

T I T U L U S X V I I.

DE DUOBUS REIS STIPULANDI, ET PROMITTENDI.

S U M M A R I A.

- 1 *Reus stipulandi, & Reus promittendi quinam dicantur?*
 2 3 & 4 *Enumerantur requisita ad hoc, ut plures rei debendi, & stipulandi constituantur.*
 5 *Duo rei debendi, ambo in solidum obligantur.*
 6 *An habeant beneficium divisionis?*

C O N T I N U A T I O.

HActenus dictum est de *Stipulationibus*, quæ inter *Singulos* (non *Plures*) contrahuntur: verum, cum sæpè *due, pluresve personæ* intervenire soleant, tam à parte *stipulantium*, quàm *promittentium*, ut unus pluribus in solidum obligetur; & contra plures uni in solidum teneantur: idèò hunc *Titulum* de *Cor-Reis* subijcit *Imperator*.

A D P R I N C I P I U M.

Pro *difficilis* hujus *Materiæ* lucidiore *Cognitione*,

Observa I. *Reos stipulandi* dici illos, quibus eadem *Res* in solidum debetur. *Reos* verò *promittendi* nuncupari illos, qui eandem *rem* singuli in solidum debent, *Zoëf. ff. h. t. n. 2.*

Observa II. Non tantùm ex *stipulatione*, sed etiam in aliis *contractibus* (puta, *Emptione, Locatione, Depositò*; item & in *ultimis voluntatibus*) duos, vel plures *reos* debendi constitui posse: cum hæc *tamen* differentia, ut illi, quibus ex *stipulatione* aliquid debetur, *Rei stipulandi*, & qui debent, *Rei promittendi*; contra verò, cui ex alio *contractu* de-

betur, *Rei credendi*, dicantur *Harp. n. 3.*

Porro, ad hoc, ut plures *rei debendi* & *stipulandi* dicantur,

Requiritur I. ut *Rei stipulandi* stipulentur eandem *rem*, & *quantitatem pecuniæ*; & *Rei debendi* promittant, & obligent se ad eandem *rem*, vel *quantitatem pecuniæ*. Hinc, si ego à *Titio* stipuler 10., tu verò stipuleris ab eo *Equum*, vel alia 10., non dicimur duo *rei stipulandi*. Et econtra, si *Titius* mihi promitteret *centum*, & *Cajus* promitteret mihi *Vinum*, vel alia *centum*, non eadem, quæ à *Titio* stipulatus sum; *Cajus*, & *Filius* non dicerentur *correi debendi*. *Ratio*, quia *natura* hujus *contractûs* est, ut illud *idem* in *obligationem* deducatur, & *diversitas* *rei* debite vitiat *constitutionem* duorum *reorum*, *l. 35. ff. h. t.*

Requiritur II. Ut ex *una, eademque causa* fiat & *Stipulatio*, & *Promissio* à pluribus; nam & *diversitas causæ*, in *obligationem* deductæ, duorum *reorum* *constitutionem* vitiat. Unde, si ego stipulor à *Titio* 10. ex *causa Mutui*, tu verò stipularis ab eo *decem* ex *causa Emptionis*: non sumus *correi stipulandi*. Sicut nec *Cajus*, promittens mihi *decem* ex *causa mutui*, & *Titius* alia *decem* ex *causa emptionis*, *correi debendi* dicuntur.

III. Requiritur, ut quilibet in *solidum* promittat; hæc enim est *principalis substantia*, & *natura* duorum *reorum* debendi, ut quilibet in *solidum* sit *obligatus*; aliàs, si quilibet pro parte tantum se obligaret, diceretur *separatim* debitor *sux portionis* *l. 2. ff. eod.*

IV. Requiri-

IV. *Requiritur*, ut quilibet eorum principaliter sit obligatus; secus, si unus principaliter, alter verò se accessorie obligaret. Nam tunc non essent correi debendi; sed unus diceretur principalis debitor, alter verò, qui accessorie se obligavit, Fidejussor. *Schneid. Inj. hic.*

His ita *precognitis* videamus, quomodo, & quibus verbis constituantur duo rei stipulandi; & duo rei promittendi.

Duo rei stipulandi constituantur hoc modo: si Titius interroget Sempronium, promittisne, mihi dare fundum Tusculanum? & deinde ex modo intervallo, priùsquàm Sempronius respondeat, Cajus eum similiter interroget, dicendo: Semproni, eundem fundum Tusculanum & mihi dare spondeas, si postea Sempronius respondeat, dicatque: Utrique vestrum dare promitto; non est dubium, in hoc casu constitui duos reos stipulandi. Illud autem nota, ut duo rei stipulandi fiant, non debere Sempronium Titio particulariter, & Cajo particulariter respondere (tunc enim essent diversae Stipulationes) sed debere, duas interrogationes præcedere, & unam tantum responsionem sequi.

Manz. n. 10. Duo rei promittendi constituuntur hoc modo: *Mavi! decem aureos dare spondes? & Sei! eosdem decem dare spondes?* si singuli separatim respondeant, *spondeo*; vel simul respondeant, *spondemus*: non est dubium, quin hoc casu constituantur duo rei promittendi; quia duo eandem rem, & quantitatem in solidum debent. *Manz. n. 19. b. t.*

Hodie, sublata hæc verborum solennitate, his potissimum verbis duo rei debendi constituuntur: *sammentlich und sonderslich, Einer für alle, und alle für Einen, mit ungescheidener Hand.* *Manz. n. 30. hic.*

§. EX HUIUSMODI I.

Effectus huiusmodi stipulationum est, quòd una sit obligatio in solidum, licet plures sint obligati, vel plures Creditores. Unde, uno ex debitoribus, seu correis promittendi solvente, perit obligatio, & reliqui liberantur. Sicut è contra si uni ex correis stipulandi solvatur, reliqui, quòd prætendant à debitore non habent.

Illud certum est, quòd si plures sint correi, quem ego velim, convenire possim, *l. 2. Cod. b. t.* sed

Quæres, an correis non sit salvum Beneficium *Divisionis*, sicut fidejussoribus? *R.* Inspectò *Jure Digestorum, l. 2. §. l. 11. ff. b. t.* & *Jure Codicis l. 2. Cod. eod.* quòd non, *Jure verò novissimo* secus esse, quò inspectò, hoc beneficium correis debendi competit, *Nov. 89. cap. 1. & auth. Hoc ita. Cod. b. t.* & hanc sententiam communi usu forensi receptam esse, testes sunt *Gail. 2. observ. 14. Carpov. Jur. for. part. 2. conf. 17. definit. 14.*

§. EX DUOBUS. FIN.

In hoc §. *queritur*, an ex duobus reis promittendi, alius pure, alius in diem, vel sub conditione obligari possit? videtur, quòd non: quia diversitas causæ, & quantitatis, vitiat duorum reorum constitutionem, ergò etiam diversitas temporis, sive conditionis adjectæ.

Verùm, hoc non obstante, *R.* *Imper.* quòd rei promittendi bene sic fieri possint, ut unus pure, alter in diem, vel sub conditione obligetur. *Ratio*, quia ista disparitas ad paritatem reduci potest, cum qualitatis, disparem obligationem non faciat.

Ad rationem dubitandi ꝛ. in priori casu identitatem rei, & causæ esse de Substantia constitutionis duorum reorum; ergò diversitas causæ hoc ipso constitutionem vitiat; tempus autem adjunctum tantum est accidens quoddam

stipulationis; accidens autem non mutat rei substantiam. *Manz. n. 8.*

Dicta eatenus procedunt, ut in casu, quo unus purè, alter in diem, vel sub conditione promittit, à priori statim possit exigi, quia statim debetur; secus à posteriori, *text. hic.*

TITULUS XVIII.

DE STIPULATIONE SERVORUM.

SUMMARI A.

- 1 *Servus ex persona Domini rectè stipulatur.*
- 2 *Etiamsi sit hereditarius.*
- 3 *Quidquid autem per stipulationem acquirit, non sibi: sed domino acquirit.*
- 4 *Filiusfam. acquirit patri.*
- 5 *Servus communitis, cui acquirit?*

AD PRINCIP IUM.

Queritur in hoc §. an Servi Stipulari possint? *Videtur*, quòd non, quia stipulatio est *contractus Juris civilis*; servi autem de Jure civili habentur pro mortuis, *l. 32. ff. de R. J. seu*, quia stipulatio fit per verba; sicut ergò naturaliter, mortuus non potest loqui naturaliter, ita civiliter mortuus non potest loqui civiliter.

Hoc tamen non obstante, *deciditur* hic, quòd servus Jus stipulandi habeat, non quidem ex *Persona sua*, sed *Domini sui*: sicut enim vox Filii vox Patris, ita vox Servi, vox Domini intelligitur, *arg. §. 4. Inst. de inut. Stipulat. Manz. n. 4.* Dixi, Jus stipulandi; Jus enim promittendi servus non habet. Unde promittendo nec servus, nec dominus obligatur. Non servus, quia stipulatio est

Juris civilis, cujus incapax est, *d. l. 32.* Non dominus, quia res nostra per servos melior fieri potest, deterior non etiam, *l. 133. ff. de R. J. Harp. n. 7. hic.*

§. AD VERS. SEDET HEREDITAS.

Queritur ex priori *Decisione*, qua statuitur, quòd servus ex persona Domini stipulari possit; an etiam servus hereditarius, sive servus jacents hereditatis stipulari possit?

Dixeris quòd non. Ratio, quia servus stipulari non potest, nisi servus ex persona domini, atqui ex persona domini stipulari non potest, quia dominus mortuus est; ergò, &c.

Sed *contrarium* hic *deciditur*. Ratio, quia hereditas jacens in plenisque defuncti vicem sustinet *text. hic. & in l. 36. ff. de A. R. D.* Hinc talis servus, quidquid stipulatur, acquirit hereditati jacenti, per consequens futuro postea heredi.

Dixi: in plerisque quia in iis, quæ sine vera persona esse nequeunt, & in quibus vivens persona requiritur, hereditas jacens defuncti personam non representat. Sic servus hereditatis jacents hereditatem adire non potest; requiritur enim jussus domini, *§. 3. Inst. per quas personas cuique acquir.* Nec rectè

servus hæreditarius usumfructum stipulabitur, cum uti servitute non possit, nisi sit persona, quæ fruatur, *d. l. 63. ff. de A. R. D. Schamb. hic.* Sic quoque hæreditati jacenti furtum fieri non dicitur, *l. 1. §. Scævola ff. si is, qui, testamentò liber esse, iussus erit. &c.* Siquidem furtum requirit personam veram, cui fiat, cum invito domino fieri debeat, *§. 6. infra de oblig. que ex delict. nasc. l. 40. de Furt. Harp. n. 10.* dicitur tamen, fieri aliud crimen, nimirum expilatæ hæreditatis, *tot. tit. ff. de crim. expilat. hered. Manz. n. 16.*

§. SIVE AUTEM. I.

3 *Queritur hic, cui servus stipulando acquirat; & R. quòd acquirat suo domino, quandocunque stipuletur, puta, si domino, si sibi, si se servus suo, si se impersonaliter. Adeoque, si ita dicat: dabisne mihi 10. si se dabisne domino meo? si se dabisne servus meo? si se impersonaliter, id est, dabisne 10. semper, & perpetuò manet regula: servus quidquid acquirat, domino acquirat. Ratio jam trita est, quia ipse servus, cum in potestate alterius sit, nihil suum habere potest, §. 3. Inst. per quas pers. cuique acquir. l. 118. ff. de R. J.*

AD VERS. IDEM JURIS.

4 *Quod Juris Imperator statuit in Servo respectu Domini: idem Juris esse (ait) in Filio fam. respectu Patris; ut nimirum & iste, quidquid acquirat, patri acquirat. Quod procedit in Peculio duntaxat profectio, & adventitio, quoad Usum-fructum. In castrensi, & quasi tali (cum pro Patrefam. habeatur) patri non acquirat. Manz. n. 11.*

§. SED, CUM FACTUM 2.

Quamvis dictum sit, quòd servus, quidquid acquirat, acquirat domino; id tamen fallit, si servus aliquod Factum stipuletur, quod factum Personam ipsius servi tantum respicit, v. gr. ut sibi liceat ire, vel ambulare per fundum vicini. Nam hoc in casu Jus eundi servus tantum sibi, non Domino acquirat; ita, ut Dominus vi istius stipulationis ire non possit. Ratio est, quia facta personalia ad alios transire non possunt, & que facti sunt, non acquiruntur domino. l. 44. ff. de condit. & Manz. num. 2. Ratio rationis, quia facta naturalia sunt, quorum servus capax est. Harp. n. 2.

Sanè, licet dominus non acquirat Factum per suum servum, acquirat tamen Jus, ut per servum eat, hoc est, potest mittere, & jubere, servum ire per fundum. Sic etiam, si servus itinere impediatur, Actio, que est Juris, cuius servus capax non est, non Servo, sed Domino competit contra impeditentem. Schamb. hic.

§. SERVUS FIN.

Servus communis (id est; qui duorum, aut plurium est dominorum) dominis suis non in solidum, neque pro virilibus, & æqualibus partibus; sed pro portione dominica (hoc est, quantum quisque eorum Juris in servum habet) stipulando regulariter acquirat, l. Servus 5. ff. hoc. tit. At, rem exemplò accipe! Ego, & tu emimus servum communem 30. fl. quorum ego 20. tu 10. exposuisti. Ego Itaque duas portiones habeo in servo, tu tertiam. Jam, si servus stipuletur 300. fl. non acquirentur tibi 150. (id est, portio virilis, si se equalis) sed 100. duntaxat; mihi vero reliqui 200. Ratio est, quia is, qui plus

plus in Societatem contulit, plus Lucri ut ferat, æquum est, l. 29. ff. pro Socio Harp. n. 2. sed melior mihi videtur hæc ratio, quia causa Acquisitionis est Dominium, ergò pro qua parte servus illi acquirit, ut causatum respondeat suæ causæ. Manz. n. 4. hic.

Sed Regule, & Decisionis nostræ Imperator in hoc §. tres ponit Exceptiones.

Prima est, si servus Jussu unius tantum domini stipuletur, tunc enim soli jubenti acquiritur: Ratio quia hic intercedit factum duntaxat unius; factum au-

tem cuique suum (non alteri) nocere, vel prodesse debet. Manz. n. 6.

Secunda est, si servus communis nominatum, & expressè uni ex dominis tantum stipuletur; actus enim agentis non operatur ultra intentionem ejus.

Tertia est, si servus rem talem simpliciter stipuletur, quæ alteri ex dominis acquiri non possit; veluti si domum, quæ jam est alterius dominorum, alteri stipuletur, quia, quod semel meum est amplius meum fieri non potest, Harp. n. 5. hic.

TITULUS XIX.

DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

SUMMARI A.

1 Stipulationes aliæ sunt judiciales, aliæ civiles, aliæ Prætorie, aliæ communes.

2. 3. 4. § 5 Explicatur, quid quævis sit.

1 Recensetur hoc titulo Divisio Stipulationum, quæ quadrimembris, puta, quòd aliæ Judiciales, aliæ prætorie, aliæ conventionales, aliæ communes (id est, tam Prætorie, quàm Judiciales) sint.

§. JUDICIALES. I.

2 Judiciales sunt, quæ à mero Judicis officio proficiuntur, hoc est quarum Author est Judex à Prætoribus datus; non verò Prætor ipse, non partes, inter se litigantes (v. g. Cautio de Dolo) est judicialis stipulatio: etenim illa plerumque in judiciis, jubente Judice, præstari solet: ut si Sempronius rem à fure, aut quovis alio vindicet, & metuat, ne, pendente Judiciò, res à fure corrumpatur, reus cavere de dolo abfuturo in re

restituenda per Judicem cogitur, l. 10. l. 45. ff. de R. V. Sicque Judicialis est stipulatio cautio de persequendo servo, qui in fuga est. Hanc siquidem cautionem sæpe Judex interponi curat, veluti si legatarius servum sibi legatum, ab hærede petat, hæresque eum in sua potestate esse, ut, quia sit in fuga, neget, hæres à Judice, servum suis sumptibus requirere, & legatario restituere, aut pretium ejus præstare jubetur. Harp. num. 3. hic.

§. PRÆTORIÆ. 2.

Prætorie sunt, quæ à mero, seu solo Prætoris officio proficiuntur; sive quæ ex Edicto prætoris interponi jubentur, seu (ut ait Manz.) quæ extra formam Judicii nobili prætoris officio in genere præstari jubentur, &, quando Judex præcisè ex hac causa aditur, ut tales cautiones interponatur, v. g. si vicini ædes ruinam minentur, tenetur vicinus præstare cautionem de damno infecto, quam cautionem prætor sub hac forma
O o o 2 proposuit:

proposuit: quod mihi ex domo tua damnum accidere potest, dare spondes? l. 7. ff. de Damni infecti. Quod si alter cavere nolit, Prætor mittet in possessionem bonorum postulantem ex primo Decreto, cujus finis est, ut vicino per talem custodiam, tædiò affectò, extorqueatur Cautio. Quòd si adhuc vicinus nec dum cavere velit, permittit Prætor ex secundo Decreto, ut vicini ædes possideantur ab eo, qui sibi cautum voluit, expellendo vicinum de possessione, l. 22. §. 20. ff. de dam. infecti.

Alia Stipulatio prætoria est, si alicui Legatum vel Fidei-commissum in diem, vel sub conditione relictum sit; tunc enim (quoniam formido subest, ne hæres mediò tempore legatum dissipet, & ad inopiam deveniat) Prætor jubet hæredem re promittere; sive cavere, se legatum soluturum, cum dies venerit, aut conditio extiterit. Manz. n. 6. Ad stipulationes prætorias referuntur Ædilitiæ,

talis est stipulatio simple, vel duple in casum evictionis, l. § 6. ff. de Evicti. Item, dum venditor de vitio, quod rei venditæ adesse timetur, cavere debet, l. 1. §. 1. ff. de Ædilit. Edict. Schamb. hic.

§. CONVENTIONALES. 3.

Conventionales dicuntur Stipulationes, quæ ex Conventionione Partium, quarum Res & Negotium agitur, interponuntur, & harum Stipulationum tot ponunt esse Genera, quot sunt Contractus; cum omnibus contractibus, ad corroborandos eos, Stipulatio adjici possit. Schneid. num. 9.

§. COMMUNES. FIN.

Communes Stipulationes sunt, quæ jubente Prætorè, extra judicium, & interdum officio Judicis in judicio proponuntur, ut Cautio, rem Pupilli salvam fore quam præstat Tutor. Et Cautio de rato, quam præstat quicumque nomine alienò agit. Perez. hic.

TITULUS XX.

DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

SUMMARI A.

- 1 An valent stipulatio rei, qua non est in rerum natura?
- 2 Res sacra in stipulationem non rectè deducitur?
- 3 An res propria rectè in stipulationem deducatur?
- 4 Stipulatio, qua quis promittit, alterum daturum, an valent?
- 5 Stipulatio, alteri per alterum facta, non tenet.
- 6 Solutio in personam alterius rectè conseritur.
- 7 Stipulatio, ex una parte purè & ex altera conditionate facta, non tenet.
- 8 Inter patrem, & filium, servum & Dominum non valet stipulatio.
- 9 Mutus, & surdus non rectè stipulatur.
- 10 Nec furiosus.
- 11 Pupillus, sibi aliquid dari, rectè stipulatur.
- 12 Stipulatio an vitiat per conditionem impossibilem?
- 13 An rectè fiat inter absentes?
- 14 Stipulatio, præpostere concepta, an valeat?

- 15 An presumatur, *precessisse* interrogatio, si in instrumento fiat mentio promissionis?
- 16 Simpliciter promittens, presumitur omnia promississe, de quibus interrogatus est.
- 17 Si quis alteri stipulari velit, consultum est, ut penam adjiciat.
- 18 An stipulatio conditionalis transeat ad heredes?
- 19 Si quis promittat, se hoc anno daturum, quando teneatur dare?

CONNEXIO.

Hucusque quid? & quotuplex sit Stipulatio? & qua forma valide, atque utiliter fiat? Sequitur, quomodo inutiliter contrahatur? idque ideò, ut Contraria juxta se posita magis elucescant.

AD PRINCIPIUM

Hic traditur universalis regula de materia Stipulationum, qua statuitur, quòd omnes res, quæ Dominio nostro subjici possunt, in Stipulationem deduci possint, mobiles illæ sint, sive immobiles.

§. AT SI. I.

In hoc §. prima exceptio ponitur; nam, si quis rem stipuletur, quæ in rerum natura non est (ut homo mortuus, vel res extincta) nec esse potest (ut hippocentaurus, phynex, pegasis, chinara, &c.) Stipulatio inutilis est, text. hic, & l. 1. §. 9. ff. de O. & A. Quia impossibile nulla est obligatio, l. 185 ff. de R. J. adeò, ut nec debeatur æstimatio, l. 39. §. ult. ff. de legat. 1. & §. 4. hylit. hic. Estque Ratio, quia ubi res ipsa omnino non debetur, ibi nec ejus æstimatio præstanda, dd. text. Harp. n. 6.

Dixi, nec esse potest; res enim, quæ, licet in rerum natura non sit, si tamen esse possit, in stipulationem recte de-

ducitur. Sic id, quod in utero est, aut fructus futuri, Stipulationis Objectum ponere, dubium non est, l. 73. ff. de V. O. quod enim in se est, perinde habetur, atque si esset in re, l. 8. ff. de contrab. emp., Martz. n. 3.

§. IDEM JURIS. 2.

Sicuti res, quæ in rerum natura esse non potest, ita nec res Sacra, religiosa, publica, & liber homo in stipulationem deduci possunt, cum, dominio nostro subjici, & proprietatis Jure nobis acquiri non possint. Et hoc adeò procedit, ut stipulatio non convalescat; licet res sacra, vel religiosa, talis esse desinat, & fiat profana, l. 83. §. 5. ff. de V. O. estque Ratio, quia quod ab initio vitiosum est, tractu temporis non convalescit, l. 1. ff. de Reg. Catori l. 29. ff. de R. J. Item stipulatio rei sacræ, religiosæ &c. sub conditione, si profana erit, &c. non valet, d. l. 83. §. sacra 5. casum enim tantum, seu adversam hominis liberi fortunam sperare, neque civile, neque naturale est, l. 34. §. omnium 1. ff. de contrab. emp. Schneid. n. 3.

Sanè res propria, licet in stipulationem pure deduci nequeat, quia, quod meum est, meum amplius fieri non potest, §. 10. Inst. de legat. & §. 14. de ac. potest tamen res propria sub conditione, si mea esse desierit, in stipulationem deduci, l. 31. ff. de V. O. l. existimo 6. §. 1. ff. de contrab. emp. Estque Ratio differentie, quia nulla hic versatur turpitudò, aut mali ominis nota; & illa, quæ naturâ suâ dominio nostro sunt exempta, in obligationem deduci nullò modò possunt, sicuti sunt res sacræ, & religiosæ, &c. aliud est de rebus propriis, quæ, licet hic, & nunc domino non acquirantur, ex natura sua tamen dominium non respuant, Schamb. hic.

Dices: res sacra, religiosa, &c. potest bona fide emi, & vendi, ita ut emptio & venditio subsistat; modò bona fides adit, l. 4. §. 6. ff. de contrab. empt. ergò & poterit in stipulationem trahi. *Con. ant. negando consequentiam*, quia in stipulatione id agitur, ut dominium omnino transferatur, l. 57. §. ult. ff. de V. O. in Emptione non item. Neque enim venditor cogitur dare, aut emptorem facere dominum, sed tantum rem tradere, & evictionem præstare, l. 4. ff. de contrab. empt. atqui liber homo, res sacra, &c. in Dominio esse non possunt; haberi autem, & possideri possunt. Ratio porò, cur liberi hominis, rei Sacræ, vel publicæ venditio in Jure subsistat, si emptor ignoret, hæc esse videtur, ne scilicet libertas commerciorum impediatur, arg. l. 44. ff. de usurp. & usucap. Harp. n. 9. hic.

§. SI QUIS ALIUM. 3.

4. Inutilis est etiam stipulatio, si quis promiserit, alterum daturum, aut facturum, *text. hic*, & in l. 83. ff. de V. O. Ratio, quia nemo ex alterius contractu obligatur, l. pen. & tot. tit. Cod. ne uxor. pro. Marit. & res inter alios acta, aliis præjudicare non debet, l. 63. ff. de re jud. Ratio quoad promittentem, quia impossibile nulla est obligatio; respectu autem promittentis censetur factum alienum impossibile, quia tertius cogi non potest, ut præter id, quod inter me, & te actum est, quia nemo potest necessitare membra aliena. *Manz. num. 3.*

Et hoc procedit aded, ut promissor facti alieni ne quidem teneatur curare, ut tertius dec, vel faciat, quia peccatum est in formâ contractûs; formâ autem neglectâ quidquid agitur, inutile est, l. 1. Cod. de præd. decur.

Fallit prædicta regula I. in promittente factum alienum sub pœna; tunc enim promissor, non quidem ratione facti, sed pœnæ, obligatur. Unde pro consilio cape, quòd semper pœna adjiciatur, sic enim Promissor facti alieni, licet non ad factum, tamen obligatur ad pœnam. *Schneid. n. 7.*

Fallit II. in promittente factum sui hæredis, l. 38. ff. de V. O. censetur enim suum factum promississe, cum una, eademque persona hæres, & defunctus censeatur. *Novell. 84.*

Fallit III. si quis promiserit, se effecturum, aut curaturum, ut det tertius, vel faciat; quia hoc in casu non alienum, sed suum factum promittit. Et hoc in casu tantam adhibere diligentiam tenetur, quantam potest; hoc si fecit, liberatur. *Manz. n. 9. plures fallentias vide apud Schneid. & Schaub. omnes enim apponere, prohibet Institutum Ratio.*

§. SI QUIS ALII. 4.

Quemadmodum quis factum alterius promittere non potest, ut alter obligetur, ita nec quis alteri, sed sibi tantum, ve Juri suo subjecto rectè stipulatur, alteri enim per alterum non quaeritur obligatio, l. 1. Cod. per quas pers. cuique acquir. & stipulationes adinventæ sunt, ut unusquisque acquirat sibi, quod sui interest. §. 18. infra h. t. Dixi: vel Juri suo subjecto. Fallit enim I. Si Paterfam. vel Dominus servo, aut, vice versa, stipulatus sit; quia habentur pro una persona, & vox patris est vox filii, & è contra. Fallit. II. si promittens, alteri dare, Juramentò promittat; omne enim Juramentum, quod absque interitu salutis æternæ servari potest, servandum est, cap. cum contingat. 28. X. de Jure Jur. Fallit. III. si quis piis locis, & pauperibus

peribus stipuletur, veluti: *dabis in Klagbaum* 100. l. *illud Cod. de SS, Eccles. hic. n. 5.*

AD VERS. PLANE SOLUTIO.

Quamvis alteri quis stipulari non possit: potest tamen solutio in personam alterius conferri; sive persona solutioni adjici, ita, ut, si promissor huic solvat, is, liberetur, v. g. hęc modò: *mibi, aut Titio centum dare, spondes?* stipulatio utilis est, habetque istum effectum, ut promissor Titio solvere possit, eique solvendò liberetur. Hoc tamen verum est, quòd in tali casu promissor mihi soli obligetur, nec ulla obligatio, aut Actio Titio acquiratur, utpote cujus persona, solutionis tantum causa, adjecta est. Ratio autem, quare Titio nulla obligatio, aut Actio quæeratur, est regula universalis, quòd alteri per alterum non quæeratur obligatio, aut actio. *Manz. n. 4.* Ne tamen persona Titii frustra adjecta sit, & actus semper interpretari debeat, ne sit frustraneus, & ut valeat potius, quam pereat, ideò Titio rectè solvitur, etiam, me invito, & reluctantè: ratio, quia solutio, sive datio est alternativa; in alternativis autem electio est debitoris, l. 10. *Cod. de Condit. indeb. cui liberum proinde, cui vellet solvere. Ratio denique, cur solutio in extraneam personam (puta, in Titium, vel Sejum) conferri possit, obligatio non item, hæc assignatur, quia Obligatio est Juris; solutio verò est Facti, l. 7. §. fin. ff. de curat. furior. atqui notissimum est, ea, quæ sunt Juris, sive civilia, alii per alium non acquiri; ea verò, quæ facti sunt, acquiri posse, l. 53. ff. de A. R. D. *Harp. num. 14. Schamb. hic.**

Dices: Ex dictis sequitur, quòd mea obligatio inanis sit; frustra enim quis mihi obligatur, si alteri solvendò libera-

tur. R. Quòd si Titio in memorato casu solvatur, ego stipulator adversus Titium habeam mandati actionem, *text. hic.* quia Titio, solutionis causa adjecto, tacite mandasse videor, ut pecuniam à te promissore acciperet, l. 13. §. 1. ff. de V. O. taciti autem, & expressi eadem est virtus, *Manz. n. 13. Schneid. n. 2.*

AD VERS. QUOD SI QUIS.

Quando quis stipulatur sibi, & extraneo copulative, tunc extraneus nihil acquiritur, sed stipulanti pro media parte ejus, quod promissum est. Et sic stipulatio valet pro parte, & pro parte non valet, ne utile pro inutile vitietur, *cap. utile 38. de R. J. in 6.* Et, licet, *Jur. accrescendi locum habeat in ultimus voluntatibus, l. re conjuncti 89. ff. de leg. 3.* tamen in contractibus locum non habet, *text. in l. si mihi 3. Titio. 100. ff. V. O. Schneid. hic.* sane, si res in stipulationem deducta sit, quæ divisionem non recipiat, (ut Equus, Annulus, statera, &c.) non Dimidium: sed species ipsa tota debetur, l. 5. ff. *communia præd. l. 64. ff. de contrab. empt. Harp. num. 19.*

§. PRÆTEREA. 5.

Inutilis quoque est stipulatio, si peccetur in forma, id est, in congruo ad interrogata responsione, dum scilicet non est congruus, & consonans ex utraque parte intellectus: sic, si ego stipuler pure, & tu respondeas sub conditione, stipulatio nulla est, l. 1. §. 3. ff. de V. O. quia non est responsum congrue, ego enim pure desidero, non sub conditione.

Quæres, si diversitas sit in Quantitate (v. g. si stipuler 10. tu promittas 15. vel 20.) quid Juris? R. hęc casu non vitari stipulationem in totum sed tantum quoad eam partem, in quam non concurrat

concurrat utriusque consensus, scilicet quoad *extremam* l. 1. §. 4. ff. de V. O. estque *Ratio*; quia in minorem Summam concurrat utriusque consensus, cum ea majori infit, ut proinde utle per inutile vitari non debeat. *Schamb. hic.*

§. ITEM INUTILIS. §. 6.

Imperator redit hic ad *secundum vitium* stipulationis, qualiter scilicet *ratione Contrahentium* vitietur. Quando enim quis ab eo, qui suo *Juri* subjectus est, stipulatur, redditur *inutilis* stipulatio. Itaque inter *Patrem*, & *Filium*, *Dominum*, & *servum* nulla consistit *Stipulatio*, ut *efficax Obligatio* inde oriatur: licet enim propter consensum *naturalis* obligatio isto casu orta sit, tamen non *civilis*, quia *patria potestas* est de *Jure civili* introducta, *Princip. Inst. de patria potest.* Sed, de *Jure civili*, pater & filius una persona esse, censentur, l. *fin. Cod. de impub.* & *aliis subst.* Unde, si orietur *civilis obligatio*, sequeretur, partem sibi ipsi fore obligatum. Idem de *Servis*, qui de *Jure civili* pro *nullis* habentur, l. 32. ff. de R. J. *Schneid. hic.*

AD VERS. SED SERVUS.

In hoc *§.* traditur *Differentia* inter *Filium fam.* & *Servum*, & quidem talis quod servus ex *contractu* non tantum domino suo civiliter obligari nequeat, sed ne quidem ulli alii. *Ratio* est, quia servi de *Jure civili* pro *nullis*, sive *mortuis* habentur; aliud tamen est de *obligatione naturali*; nam, cum *Jure nature* inter homines nulla sit *differentia*, §. 1. *Inst. de Libert.* ideo servi obligari possunt, saltem *naturaliter*, §. 2. *Instit. de Fidejuss.* *Filium fam.*, et si patri, ob *rationem* predictam, civiliter obligari nequeant, aliis tamen obligari possunt, *text. hic.* &

in l. 34. ff. de O. & A. *Ratio* quia *Filium fam. juris civilis* (utpote *liber homo*) *capax* est. *Harp. hic.*

§. MUTUS 7.

Quia in stipulatione *verbis* opus est, & alter alterum exaudire debet: ideo nec *Mutus*, nec *surdus* stipulationis contractum celebrare potest, *text. hic.* possunt tamen alios contractus inire, qui solo consensu fiunt, l. 73. ff. de *Jure dot.* Sanè, si hi servos habeant, per illos recte stipulantur; quia, licet hi impedimentum, & vitium habeant, quod minus stipulari possint; cum tamen sit impedimentum *Passi*, & non *Juris*, rectè, per servos suppleri, dixeris. *Schamb. hic.*

§. FURIOSUS 8.

Quoniam in stipulatione *Consensus* requiritur, l. 1. §. 3. de *Pass.* *Furiosi* autem nulla est voluntas, l. 40. ff. de R. J. Ideo *Furiosus* stipulari non potest. Ita quoque ex delicto non obligatur, l. 14. ff. de *off. pres.* Idem dic de *Prodigo*, qui licet sibi stipulando acquirere possit, aliis tamen *promittendo* non obligatur. *Schneid. hic.*

§. PUPILLUS. 9. ET 10.

Suprà in *Tit. de auctoritate Tutorum* traditum est, quod *Pupillus* sine tutoris auctoritate suam conditionem *melio-*rem facere possit, *deteriorem* non etiam. Ex quo sequitur, quod sine tutoris auctoritate aliis *promittere* non possit; sibi autem stipulari queat. Quod tamen intellige de *Pupillo* non *Infante*, quia parum à *Furioso* distat, *Text. hic.* sive *infantive* proximo, qualis ille dicitur, qui *infantive* proximior est, quam *Pubertati*, v. g. *Pater* 8. vel 9. *Amorum*, *Manz. hic. n. 4.* quem tamen sibi stipulari posse, communior opinio est, eò quod tantum *removeantur* infantes, qui 7. scilicet *annorum*

norum sunt, & *text. hic.* expresse decidat, infantiae proximum, sibi stipulari posse, ex ratione subjuncta, quia propter utilitatem eorum benignior Juris interpretatio facta est, ut idem Juris habeant, quod pubertati proximi.

Dices: Filiusfam. impubes ne quidem, auctore *Patre*, obligatur, ergo nec pupillus, auctore *Tutore*. *R. negando conseq.* Ratio *Differentiae* est, quia pupillo semper cautum est contra tutorem, si forte obligatio sit damnosa; filio autem contra patrem cautum non est. Nam tutor *Actione Tutela* pupillo tenetur; filio in patrem *nulla* competit *Actio* ob rem, malè gestam, & paterna reverentia patrem excusat à *Ratiociniis*. *Perez. Inst. hic.* Alia, & succincta *Differentiae* ratio assignatur à *Schamb. hic.* quia filiusfam. patri, pupillus sibi acquirit. Unde pater, in rem suam auctor fieri nequit, tutor verò ad utilitatem pupilli auctoritatem suam rectè interponit. *Ludwell. hic. n. 5.* Planè, cum *Pater*, non ut *Pater*: sed ut legitimus *Administrato* bonorum filii *adventitiorum* consideratur, auctoritatem filio accommodare potest, *l. si infanti. Cod. de Jure delib. l. ult. §. si autem 4. in fine Cod. de bonis, quae liberis. Cbling. quest. 3. ob. un.*

§. SIMPOSSIBILIS. II.

Colliges ex hoc §. qualiter stipulatio, ratione impossibilis conditionis adjectae vicietur. Et *Primo* quidem impossibilis conditio de *natura*, & etiam de *Jure*, *affirmative* concepta, stipulationem, & ceteros contractus viciat, *text. hic.* & in *l. 13. ff. de O. & A. junctà l. impossibilis. ff. de R. J.* estque ratio, quod, promittens sub conditione impossibili, non videatur habere animum, nec voluntatem, se obligandi. Unde contractus, tanquam evacuatus consensu partium, est nullus, *Ad. l.* Non tamen conditio impossibilis *ultimas voluntates* viciat, sed pro non adjecta habetur, *§. 10. Inst. de hered. Inst. & hoc favore ultimorum voluntatum, l. 12. ff. de R. J.* Nec est verisimile, aliquem in ultima voluntate velle *jocari*, aut actum *inutilem* facere. Sicut etiam in *Matrimonio* pro non adjecta habetur, *cap. fin. de condit. apposit. Schneid. hic.* Sanè si conditio impossibilis *negative* concepta sit, v. g. *si digitò caelum non attigero*, Stipulatio valet, & pura est, ita, ut cedat, & veniat dies, quia est certa, & necessaria conditio, & jam existit. Excipe, si conditio sit impossibilis *Lege*, quia haec, etiam *negative* prolata, non valet, v. g. *si patrem non occidero, dare 10. spondes? l. 7. §. maleficium. ff. de pact. quia gratis quis à malo abstinere debet, l. 2. ff. de condit. ob turp. Manz. n. 11. Schamb. hic.*

§. IDEM VERBORUM. 12.

Vitiatur quoque Stipulatio ratione *Absentiae*, cum alter alterum loquentem exaudire & intelligere debeat. Unde etiam per *Epistolam*, & *Nuntium* stipulatio non celebratur, alias non esset differentia inter *Stipulationem*, & alios contractus, qui *consensu* contrahuntur. Sed,

Q. Si Instrumentum, vel scriptura aliqua producatur, in qua habetur, aliquem certo tempore & loco promississis promissor autem excipiat, & dicat, se tunc *absentem* fuisse; cui credendum? an *Scripturae*, an *Promissori*?

Casarienses Advocati circa hunc *Questionem* dubitarunt, ex hac forte *Ratione* dubitandi, quia, licet quis *Scripturam* pro se habeat de pecunia numerata,

tenetur tamen probare se numerasse, ergò etiam videbatur dicendum, licèt quis Scripturam proferat de partium presentia, hanc tamen probare debeat, priùs quàm in Iudicio obtineat.

Verùm, Imperator omnem dubitationem sustulit, statuitque in l. 14. de *contrab. & conmit. Stipul.* tali Scripturæ credendum esse, donec probetur contrariam, arg. l. 18. *Cod. de prob.* estque Ratio, quod in dubio Actus præsumatur eò modò gestus, quo debuit, arg. l. Gallus 29. §. 1. ff. de lib. & posthum. Manz. n. 7. Ita tamen præsumptio, quæ pro Instrumento militat, non est Juris, & de Jure; sed Juris tantum, ideòque probatione in contrarium recipit, ut si is, qui contradicit, vel per scripturam, vel testes, omni exceptione majores probaverit se, vel adversarium toto eò die, quo Instrumentum conficiebatur, aliis in locis fuisse, omnino audiendus erit, *text. & in d. l. 14. Ludwel. Inst. hic.*

Dices: negantis nulla est probatio, l. 2. ff. de prob. sed reus negat, se fuisse presentem, ergò ejus nulla est probatio. *Re. Disting. maj.* negantis nulla est probatio, directè con. indirectè, negò. Non est necesse, ut reus probet, se presentem non fuisse; sed si probare poterit, se fuisse alibi, & sic affirmat; indirectè tamen negat, quia negat, se fuisse presentem. Exinde colligunt D. D. negativam non esse improbabilem, si sit circumscripta *Locò*, vel *Tempore*. Nam, si habeat determinationem temporis, vel loci, potest negativa (saltem per *indirectum*) probari. Ut in casu posito, si scilicet probat, se fuisse alibi, hoc ipso enim probat, se presentem non fuisse. Manz. n. 10.

§. POST MORTEM. 13.

Stipulatio, concepta post mortem Stipulatoris, vel Promissoris, olim non valebat, ratione impossibilitatis, cum post mortem nec stipulator agere, nec promissor conveniri possit. Hodie tamen valet, ita ut *active & passive*, ad *Heredes* transeat, sicut alie actiones, l. 1. *Cod. ut act. ab Hered.* &c. quod procedit, sive sit facta mentio heredum, sive non; quilibet enim, sibi, suisque heredibus prospicere, intelligitur, l. 13. *Cod. de contrab. Stipul. Schneid. hic.*

§. IDEM SI QUIS 14.

Olim stipulatio, præpostere concepta inutilis erat, quando scilicet dies Executionis præcedit diem Obligationis. Ut ecce! *si navis ex Asia venerit, promittisne dare hodie centum?* talis stipulatio olim non valuit, quia Datio eventus conditionis prior esse non debet, sed posterior; & dies Executionis non debet præcedere diem Obligationis.

Verùm, Imperator constituit in l. præposteri 25. *Cod. de testam.* talem stipulationem valere, ex hac fortè Ratione, quia non tam subtilitas Verborum, quàm Mens contrahentium inspicere debet, arg. l. 1. 2. & 3. ff. de Pact. Sanè, Præpositio in Interrogatione, & Responsione stipulationem vitiat; requiritur enim de forma ad stipulationem, ut Interrogatio præcedat, & Responsio subsequatur. Schneid. hic.

§. I T A A U T E M. 15.

Stipulatio, in Tempus mortis collata (v. g. *cùm moriar, vel cùm morieris, dare spondes?*) & olim valuit & hodie valet, quia viventes, & languentes morimur, l. 22. ff. ad SC. Syllan.

Sed quando in tali stipulatione venit, aut cedit dies? *Harprecht* autumat, venire, & cedere diem in *confinio mortis*; creditorem tamen non debere, statim cum sacco paratum venire contra *l. 105. ff. de solut.* & illum molestare, qui cum morte luctatur; sed debere expectare, & post mortem petere. *Schamb. & Manz. hic.*

§. ITEM POST MORTEM. 16.

Quòd post mortem alterius rectè stipulemur (v. g. *post mortem Titii dare spondet?*) non videtur esse *Dubium*. Nec obstat, talis stipulatio videatur ponere votum captandæ mortis, siquidem iusta tali stipulationi causa subesse potest, quæ omnem sinistram præsumptionem auferat, *arg. l. 23. ff. l. de Pact. dotal.* ubi pater rectè stipulatur, post mortem filix dotem sibi restitui, affectus enim paternus omnem sinistram præsumptionem excludit.

§. S I S C R I P T U M. 17.

Colliges ex hoc. §. quod si Instrumentum producat, in quo scriptum, quòd *Titius Mævio promiserit* 10. ly promiserit denotet *Interrogationem*, & *Responsum* intervenisse. Hujusque Ratio est, quia Instrumento inest *Præsumptio*, ut omnia, eo comprehensa, censentur ritè, ac solenniter esse gesta, §. *ult. inf. de Fide-juss. l. 30. l. 134. §. penult. de V. O. tum*, quia verba cum effectu (id est, ut valeant) sunt accipienda, *l. penult. §. 2. ff. ne quis eum qui in Jus voc. vi ex.* cum ergò Promissio sine præcedente Interrogatione sit inefficax, Interrogationem ritè præcessisse, præsumimus, ut sic *Actus* valeat potius, quam, *percat l. 12 ff. de Reb. dub. Gomez. tom. 2. var. resol. cap. 11. n. 17. Harp. hic. n. 1. & 2. Ex Dist.*

Infert *Schamb.* quod in omni actu *Solennitas intrinseca* præsumatur. Dicitur autem (inquit) sollemnitas intrinseca, sine qua verborum significatus aut nullò modo, aut regulariter verificari non solet, uti hic, quia promissio (regulariter) fieri solet, præviâ interrogatione, nec sine illa valere potest: unde perinde habetur, ac si scriptum esset interrogatione præcedente, responsum esse, *l. 1. Cod. de contrah. Stip. Extrinseca* verò sollemnitas qualis est, sine qua actus (regulariter) subsistere potest, v. g. *Emptio & Venditio* sine autoritate Tutoris, aut Curatoris non præsumitur, *Schamb. loc. cit. & ad §. fin. Inst. de Fide-juss.*

Non obstat *l. 1. Cod. de usur.* ubi argumentò, à contrario ductò, sancitum videtur, quòd testi, de promissione tantum deponenti, non credatur, stipulationem intervenisse, ut idem in instrumentis videatur dicendum. R. enim *con. ant. negando conseq.* Ratio *Differentiæ* est, quia *Instrumenta* fiunt de *communi consensu Partium*; idè omnia verba, in iis posita, censentur posita meliori modo, quo possunt. Sed *Testes* producuntur ab *una parte*, & idè ejus dicta *strictò* intelligenda, & deponunt tantum de his, quæ percipiuntur sensu aliquo corporeo, *l. testim. ff. de test.* non verò de iis, quæ percipiuntur intellectu, quia tunc magis *Judices* essent, quam *Testes*, *Brann. in d. l. 1. Cod. de usur.* ubi infert, quòd sollemnitas intrinseca in testibus non præsumatur; vide etiam *Schneid. hic.*

§. Q U O T I E S. 18.

Quando *Stipulator* interrogat de pluribus rebus, & *Promissor* respondet simpliciter, & *indistinctè*, tunc in omnibus obligatur *Promissor*; quia *res nominatè* in

Stipulatione, consentur tacite *repetita* in *Responsione*; talis enim censetur *responsio*, qualis precessit interrogatio. *Manz. n. 2.* Quod si verò ad unam, vel aliquas ex rebus specificatis respondeat, tunc non ad omnes, sed ad illas, quas in specie promittit, obligatur, *text. hic.* & in *l. 138. §. 3. ff. de V. O.*

§. ALTERI 19.

17 Quod alteri *Extraneo* nemo stipulari possit, *suprà* dictum. *Ratio* hujus hic datur, quia inventæ sunt stipulationes & obligationes, ut unusquisque acquirat sibi, quod suâ interest. Quod si tamen quis alteri stipulari velit, & exinde ponere effectum, hoc consilium sequatur, necesse est, nimirum poterit stipulationi pœnam adicere dicendo: *promittisne Sempronio centum? & nisi ei dederis, promittisne, mihi 20. fl. nomine pœne?* si alter promittat, stipulatio quidem, quoad centum non valet, valet tamen quoad 20. fl. quos exigere poterò, *text. hic.* & *Autores.*

§. SED ET SI 20.

Valet quoque stipulatio, alteri facta, si stipulantis *interfit* vel *intererit*. Sic *Con tutor* rectè stipulatur *Pupillo*, rem salvam fore, nam suâ interest, ne *Actione Tutela* conveniatur. Item, si quis procuratori suo stipuletur, valet stipulatio, v. g. ego habeo *Procuratorem Augustæ*, qui pro certis usibus opus habet pecuniâ. Cùm scirem, Augustum profecturum, ita à te stipulatus: *Si Augustanus veneris, Procuratori meo 100. dare, spondes?* Hoc in casu valet stipulatio. Et, si promissor dederit, *Actione Mandati* id à *Procuratore* repetere possim, *Manz. n. 5. & 6. Harp. n. 15.* Denique, si *Debitor* stipuletur, suo *Creditori* aliquid solvi, valet stipulatio, quia mea interest, debitum meo *Creditori* persolvi. *Sebamb.*

§. VERSA VICE 21.

Factum alienum promitti non posse §. 3. *suprà h. t.* dictum est. Ut tamen talis stipulatio sortiatur *Effectum*, consilium tale est, ut *Pœna* adiciatur stipulationi, quo in casu promissor tenetur aut id efficere, aut pœnam solvere, *text. & Author. hic.*

§. ITEM, NEMO 22.

Ex hoc §. aliud nihil *Colligas*, nisi, quod stipulatio *Rei*, nondum quidem in *presenti* sua, in casum tamen collata, quo *futura* est *sua*, non valeat, v. g. *dabisne mihi Stichum, si à domino mihi legatus fuerit?* - *Manz. hic.*

§. SI DE ALIA RE 23.

Resultat quoque *Vitium* stipulationis ex *Re*, puta, si non concurrat *utriusque* (& *Stipulatoris*, & *Promissoris*) *consensus* in eandem *Rem*, *text. hic.* & *l. 83. §. 1. ff. de V. O.* veluti si hominem *Stichum* à te quis stipulatus fuerit, & tu de *Pamphilo* senseris, quia non concurrit *consensus* in idem. *Sebamb. hic.*

§. QUOD EX TURPI 24.

Si *turpi* ex *causa* quid promissum fuerit, nulla stipulatio est, v. g. *si quis, Homicidium se facturum, promittit.* *Ratio*, quia *Turpia* in *Jure* comparantur *Impossibilibus*, *l. filius. 15. ff. de condit. inst.* & *Pacta* *invitantia* ad *delinquendum*, non valent. *l. 5. ff. de pact. dotal.* Et hoc verum est, ut nec *Pœna* talis stipulationi rectè adiciatur, nec *Juramentum*, *cap. non est. 58. de R. J. in 6.*

§. CUM QUIS 25.

In *conditionali* stipulatione, si antè *conditionis* eventum sive stipulator, sive promissor moriatur, nihilominus eorum *Heredes*

Heredes & convenire, & conveniri possunt, text. hic. & in l. 57. ff. de V. O. aliud est in Legato conditionali l. 41. ff. de condit. & demonst. Ratio Differentiæ est, quia stipulatio conditionalis jam ab initio est aliquid; Legatum conditionale non idem. Ratio rationis, quia in stipulatione conditionali intervenit factum stipulatoris, sibi, & heredibus suis prospicere volentis, l. 9. ff. de Prob. At, in legato conditionali nullum legatarii factum intercedit; sed à sola Testatoris voluntate pendet, qui tantum personæ legatarii bene facere voluit; eique soli (ob Meritum fortè, vel singularem Amorem) non ejus heredi prospicere voluisse, intelligatur, l. 9. ff. pro Socio. Harp. §. 4. Inst. de V. O. n. 12.

19 §. QUI HOC ANNO. 20.

Quid Juris? si aliquis mihi promiserit, hoc Anno: vel hoc Mense solvere certam pecunie summam, possumque pro lubitu meo quandoque petere? R. Quid tu meo sed tunc demum, si omnes anni: vel mensis partes præteritæ sint. Ratio, quia Tempus illud totum pro debitore est, & dies arbitrio solventis tibi debet, §. 2. Inst. de V. O. Manz. n. 4. hic.

Dices: si quot annis, vel in Annos singulos vel annum aliquid quis promiserit, in principio statim cuiusque anni peti po-

terit, §. 3. Inst. de V. O. & l. 56. §. 4. ff. eod. ergò etiam, si quis, hoc Anno se soluturum, promiserit, ab initio anni soluti peti poterit. R. Con. ant. neg. cons. Ratio Differentiæ est, quia in primo casu tempus adjicitur, multiplicandi obligationis causâ, & sic in favorem stipulantis. Unde Interpretatio pro eo faciendâ, nec Finis, sed Initium anni attendendum. Secus est in secundo casu, ubi tempus adjicitur, differendæ solutionis causâ, & sic in Favorem Debitoris, qui, quandoque voluerit, solvere poterit. Harp. §. 3. Inst. de V. O. Manz. hic. pro tradita hoc. §. Doctrina cape hos Versiculos.

Annua si debes, tunc inspicies Caput anni, Anno si debes, in Fine teneberis Anni.

§. SI FUNDUM, 27. ET FIN.

Subnectit hic Imperator, eum, qui Fundum, vel Hominem dari, stipulatur, non continud agere posse. Quamvis enim hæc stipulatio pura sit, & idem contestim agere posse, videatur, §. 2. Inst. de V. O. id tamen, benignè, & cum aliquo temperamento temporis intelligendum est; neque enim cum Sacro statim Creditor venire debet, l. 105. de solut. Illud igitur tempus expectandum est, quo executio stipulationis, id est, traditio commoda, fieri potest, l. 73. ff. de V. O.

TITULUS XXI.

DE FIDE-JUSSORIBUS.

SUMMARIA.

- 1 Fide-jussor quid sit?
- 2 Fide-jussio definitur.
- 3 Mandator quis dicatur.
- 4 Quomodo differat à Fide-jussore?

- 5 Quid sit constitutor?
- 6 Quid sponsor?
- 7 Quid expromissor?
- 8 Cui obligationi possit accedere fide-jussio?
- 9 An fide-jussor accedere possit obligationi, descendentis ex delicto?

- 10 *Fide-jussio an transeat ad heredes?*
 11 *Quid sit beneficium ordinis?*
 12 *An de Jure Austriaco locum habeat?*
 13 *Quid sit beneficium Divisionis?*
 14 *Quando locum habeat?*
 15 *Quid sit beneficium cedendarum actionum?*
 16 *Quando cedi debeant?*
 17 *Fide-jussor non potest in plus obligari, quam principalis.*
 18 *Qualem habeat contra principalem actionem?*
 19 *Quando petere possit liberationem?*

CONNEXIO.

Hucusque egimus de Verborum obligatione, seu Stipulatione principali. Nunc de accessoria, id est Fide-jussione, agendum.

AD PRINCIPIUM.

Pro pleniori hujus Tituli cognitione observes (velim) quinque esse Genera Personarum, quæ pro aliis Fidem suam interponere solent, & quidem altò vertice eminent.

- 1 I. *Fide jussor*, qualis est is, qui alienam obligationem in suam fidem recipit, debitore principali nihilominus manente obligatò. Unde
 2 *Fide-jussio bellè definitur*, quod sit Contractus verbalis, quo quis alienam obligationem in suam Fidem recipit, debitore principali nihilominus manente obligatò.
 3 II. *Mandator*, qualis est is, qui sponte proprià, alteri pecuniam credi mandat. Quo in casu, si mandatarius mandanti obtemperat, & pecuniam credit, is, qui pecuniam accepit, obligatur ex causa Mutui, & constituitur principalis debitor, utpote, cujus causa mutuum comparatum fuit. Is verò, qui mandavit, creditori ex causa Mandati obligatur, ita, ut creditor utrumque, & mutuatarium,

& mandatorem habeat obligatum, l. 13. ff. h. t.

Differt *Mandator* à *Fidejussore* I. quòd *Fidejussio* principale debitum & procedere, & subsequi possit, §. 3. *Inst. h. t.* Mandatum verò semper precedat. II. *Fidejussio* non fit, nisi per solemnem *Stipulationem*: Mandatum vero solo consensu constituitur. *Manz. n. 10.* De *Consuetudine* quin nudò etiam *Pactò* *Fidejussio* rectè constituitur, dubitandum non est. *Zoef. ff. h. t. n. I. §. 2.*

III. Occurrit *Constitutor*, qualis est is, qui per nudum pactum constituit, se soluturum id, quod vel ipse: vel alius debet.

Differt à *Fidejussore*, quòd *Constitutum* fiat nudò *Pactò*, & semper obligationem, jam contractam, sequatur. *Fidejussio* verò vel precedat, vel subsequatur, & fiat per *Stipulationem*. *Hum. ad Treutl. vol. I. disp. 27. th. I. lit. B.*

IV. *Sponsor*, qualis est is qui sponte proprià (unde *Sponsor* dicitur) non rogatus, pro alio intercedit. Et talis habet *Mandati Actionem* contra *Debitorem principalem* si ejus nomine aliquid solverit, l. qui patitur. 18. ff. *mandati*. Differt à *Fidejussore*, quòd *Fidejussor* rogatus: *Sponsor* verò sponte, & non rogatus intercedat pro alio. *Schneid. Inst. hic. n. 8.*

V. *Expromissor*, qualis est is, qui alienæ obligationi non accedit, ut *Fidejussor*; sed novam principalem init, §. 2. red liberato, se solum, ejus loco, obstringit. *Harp. n. 5.*

Differt à *Fidejussore*, quia *Expromissor* solus, & principaliter obligatur: *Fidejussor* verò unà cum *Debitore* principali, & accessorie tantum. Item, *Fidejussor* habet *Beneficium Excussionis*: *Expromissor* non etiam, *Schneid. loc. cit. n. 12.*

AD VERS. QUOS HOMINES.

Redditur hoc versiculò *Ratio*, quare *Fidejussores* soleant constitui, videlicet idè, ut diligentius cautum sit *Creditori*, & in casu, quo *Debitor* principalis facultatibus labitur, ac non solvendo efficitur, creditor habeat, quem convenire possit. *Manz. n. 17.*

§. IN OMNIBUS. I.

Queritur in hoc §. cui obligationi possit accedere *Fidejussor*? Et traditur *Regula generalis*, quòd *Fidejussor* accedere possit omni obligationi, qualitercunque contractæ, sive *Re*, sive *Verbis*, sive *Lit-teris*, sive *consensu*. Item, non obligationi duntaxat *naturali* & *Civili simul*: sed etiam *naturali tantum*, & *civili tantum*, *Text. hic. & l. 1. l. 2. ff. h. t.* Quæ ipsa tamen *Res* ut magis reddatur perspicua, sit

Affertio I. obligationi *naturali*, & *civili simul* potest accedere *Fidejussor*. *Text. hic. & d. l. 1.* De hocque nemo, nisi qui de exilentia solis in meridie, dubitat.

Affertio II. obligationi *naturali tantum* (qualis ex *nudo pacto*, vel ex *Testamento imperfecto*, vel ex *contractu Filialis*, cum *Patre inito* producitur) etiam potest accedere *Fidejussor*, ita, ut talis *Fidejussor* obligetur, & teneatur tam *naturaliter*, quàm *civiliter*, atque adèdè *efficaciter* conveniri possit, *l. 7. ff. de except. §. arg. l. 35. ff. h. t. Manz. num. 12. Schneid. n. 3.*

Non obstat, quòd *Fidejussor* in plus obligari nequeat, quàm *Debitor* principalis, §. 5. *Inst. hic. & l. gradè 8. §. 7. ff. h. t.* Siquidem *De* *Fidejussorem* in plus obligari non posse *extensivè* (hoc est, *fortius, rem summam*), posse tamen in plus obligari *intensivè* (hoc est, *fortius*, & *efficacius*) prout rem *Exemplo* demonstrat; tamen enim *Debitor* principalis

simpliciter obligatus sit: *Fidejussor* tamen cum *Juramento*, aut cum *Hypotheca* se obligare potest. Item, potest *Fidejussor* obligationem suam corroborare adjectione *Pane*; quamvis *Panam* non promiserit principalis *Debitor*, *Molin. tract. 2. de J. & disp. §. 4. n. 7. Zoës. ff. h. t. n. 12. §. 13.*

Affertio III. Obligationi *civili tantum* etiam rectè accedit *Fidejussor*, *Text. hic. & l. 16. §. 3. ff. h. t.* Ita tamen, ut *Exceptio Principali* competens, etiam *Fidejussori* competat, *l. 32. ff. h. t. l. 7. §. 1. ff. de Except. & l. 12. Cod. de non numer. pecun. Schneid. num. 4. Clariff. D. D. Franz. Inst. h. t. n. 18.* *Ratio*, quia *Exceptiones reales* rem ipsam minuunt, & quasi aufertur principale debitum, quò sublato aut diminuto, accessorium quoque profertur. Deinde, si *Exceptio*, competens principali debitori, non etiam competeret ejusdem *Fidejussori*, sequeretur, quòd principali debitori competens *exceptio*, eidem nihil prodesset, utpote, qui à *fidejussore Actione Mandati*, ad illud, quod solvit, consequendum impediti posset, atque ita *fidejussor* contra principalem debitorem regressum haberet. *Zoës. ff. de except. num. 23.*

Affertio IV. Non solum principali, sed etiam *accessoria* obligationi potest *Fidejussor* accedere, atque ita *Fidejussor* *Fidejussoris* fieri, *l. 8. §. ult. ff. h. t.* Et talis *fidejussor* appellatur: eint *Schad loser Burg*, qui *Jure* etiam *Austr.* excusò principali conveniri debet, id est, *Fidejussor* *indemnitatis*. *Schneid. num. 6. Clariff. D. D. Franz. n. 28.*

Quæritur I. An *Fidejussor* accedere possit *Obligationi* descendenti ex *Delicto*, vel *Quasi delicto*? *De* *distingendum* esse, num tale *delictum* sit, cui venit imponenda *pæna pecuniaria*? num vero tale, cui venit imponenda *pæna corporalis*?

Si prius, extra aleam *Disputationis* est, *Fide-jussorem* admitti posse, ita ut *Reus*, carcere detentus, datò idoneò *Fide-jussore*, custodia, & squallore Carceris relaxandus sit. *Ratio* est, quia *Azoris*, vel *Fisci* nihil quicquam interest, uter pœnam pecuniariam solvat, ipsemet *Reus*, an *Fide-jussor*, vel *quis alius*, *arg. l. 23. l. 53. ff. de solut. Accedit l. 70. §. ult. ff. b. t. ubi apertè rescribitur*, in crimine *Furti* (cujus Pœna *Jure Justitiam* pecuniaria fuerat, §. 5. & §. ult. *Inst. de oblig. qua ex delict. nasc.*) *Fide-jussorem* pro *Reo Furti* accipi posse. Si posterius? *Fidejussor* nequaquam admittendus est. *Ratio*, quia *Fide-jussor* deberet se obligare ad pœnam corporalem, ad quam se obligare non potest, cum nemo sit membrorum suorum dominus, *l. 13. ff. ad Leg. Aquil.*; & *Justitiam* refragari videretur, ut pœnam corporalem sustineret is, qui non deliquit, præcipuè, cum *Jura* velint, ut *Delicta* teneant suos *Autores*. Ita docent *Harp. n. 29. Gomez. var. resol. tom. 3. cap. 9. n. 8. Covar. lib. 2. var. resolut. lib. 2. cap. 8. n. 8. Manz. n. 20. Concord. Walter de Jure consuet. Austr. Lib. 2. tit. 15. §. de würtliche Burgschafften*, ibi: *in Malefiz-Sachen aber hat einige Burgschafft nicht statt, es were dann Siche, dass die Unthat, und Verbrechen mit keiner leiblichen straffe gebuffet, sonderen in andere Weeg abgetragan musse werden.*

§. FIDE-JUSSOR. 2.

10. *Queritur* hic, an *Fide-jussio* sit *transitoria* ad hæredes? *Ratio dubitandi* in eo ponitur, quod creditor sequatur fidem hujus personæ, quæ fides non est alia, & ubi *Fides*, & *Persona Industria* est electa, res non transit ad tertium, *l. in. §. 9. Cod. de ead. tollend.* Sic per mortem solvitur *Mandatum*, *l. 27. §. 3. ff. Man-*

dati. Tutela. Inst. quib. mod. tut. finit. *Societas*, §. *solvitur. Inst. de Societ.* *Ratio* non est alia, quàm, quòd in his *Negotiis* sit electa *Persona industria*, ergò etiam *Fide-jussio* per mortem expirabit, cum & in hac videatur esse electa *Persona industria*.

Verùm, hæc dubitandi ratione non obstante, *De. Imp.* quòd *Fide-jussio* sit *transitoria* ad hæredes, ex ratione, quia *Accessorium* sequitur naturam sui *Principalis*; sed principalis obligatio est *transitoria* ad hæredes *arg. §. 5. Inst. de oblig. qua ex quasi cont.* ergò etiam *Fide-jussio* quæ est obligatio *accessoria*. Et hoc in tantum *ampliatur*, ut *active*, & *passive* obligatio *Fide-jussoria* ad hæredes transeat; sive facta sit mentio, sive non, *l. 49. ff. de O. & A.* contractus enim omnes ita censentur initi, ut etiam hæredes includantur.

Ad rationem dubitandi *R.* hic non tam fidem personæ, quàm *Bona & Facultates* ejus electas esse, adeoque, non considerari *Industriam Fide-jussoris*, sed id duntaxat, num *Bona* habeat, & *Facultates*? ut in casu, quo debitor principalis non est solvendo, creditor habeat, quem convenire possit.

§. FIDE-JUSSOR. 3.

Fide-jussorem & *sequi* & *præcedere* obligationem posse, non solum *Justitiam* hoc loco disertè statuit; verùm etiam liquidè constat ex *l. 6. §. ult. & l. 4. ff. b. t.* Nec obstat, quòd *Fide-jussio* sit obligatio *accessoria*; *accessorium* autem sequatur, non præcedat principale, *l. 178. ff. de R. J.* Siquidem *R.* *fide-jussoria* obligationem præcedere quidem posse obligationem principalem ordine *Temporis*, & *Conceptione Verborum*, non verò *Effectum*, & *Re ipsa*; priusquam enim debitor principalis debet, *Fide-jussor*

jussor conveniri non potest l. 57. ff. h. t.
Harp. & D. D. hic.

S. SI PLURES. 4

Non unus tantum: sed plures pro eodem Debitore principali intervenire possunt Fide-jussores, & quidem, si plures Fide-jussores pro uno principali sese obstrinxerint, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur, l. 3. Cod. h. t. Ita, ut creditor totum debitum, à quocunque eorum velit, exigere possit, text. hic. & in l. 5. Cod. h. t. Natura enim (ut ait Schneid. Inst. hic. n. 17) plurium Fide-jussorum est, ut quilibet in solidum teneatur, & hoc, inspecto Jure antiquo, in tantum extenditur, ut in electione, & arbitrio creditoris consistat, quem primò locò convenire velit, num Fide-jussorem, num Debitorem principalem, d. l. 5. Cod. h. t.

Verum, cum Imperatore Justiniano rigorosum, & perquam durum videtur, ut in casu, quo plures dati sunt Fide jussores, omnes in solidum conveniri possent, & præterea in electione creditoris consisteret, quem primò locò convenire vellet. Ideò jure novissimò Fide jussoribus tria data sunt Beneficia?

I. Vocatur Beneficium Ordinis seu Excussionis, quo constitutum est, ut Creditor servet Ordinem, & non conveniat Fide-jussorem; nisi exactò & excusò prius Debitore principali, Nov. 4. c. 1. & auct. presente. Cod. h. t. Canoniste in cap. pervenit. \ddagger de fide juss. Quæ excussio Debitoris principalis adeò rigorosa est, ut usque ad Saccum, & Peram fieri debeat, antequam Fide-jussor conveniri possit. Carpz. Jurisprud. forens. part. 2. Consl. 18. definit. 5. n. 2.

De Jure Austriaco contrarium obtinet, & Fide jussor post moram ante Principalem sine Discussionem conveniri debet; Kees ad Intitula.

aliàs Fide-jussor liberatur. Fünflerwald. lib. 2. obs. 94. n. 5. Sutting. in Manuscript. lit. B. v. Bürg his verbis: Bürgen müssen zahlen &c. i. e. Fide-jussores debent solvere non excusò principali, per tacitam Consuetudinem, longò usu firmatam, ubi, multoties ita judicatum esse, asserit.

Quòd autem Fide-jussor liberetur, si creditor debitorem principalem primò locò convenierit, testatur idem Sutting. loc. cit. Wann einer, &c. i. e. Si quis dato fide-jussore, principalem, non fide-jussorem convenierit; eo fide-jussorium onus ipso jure cecidit.

At, quid Juris, si Fide-jussor non simpliciter se obligasset, sed in casum, quo debitor principalis? esset solvendo Fünflerwald. loc. cit. n. 11. ita scribit: Wann aber, &c. i. e. Si verò, ut supra dictum est, fide jussio non simpliciter facta est, sed in casum, quo principalis non haberet in bonis quo solvendo esset: tunc excussio (principalis) prius est ritè facienda. Fünflerw. loc. cit. ubi sup. obs. 95. ex Waltero de Jure consuet. Austr. Praxeos esse ait, quod, tametsi, inspectò Jure communi, Miles fidejuberere nequeat, de Consuetudine tamen Austriaca contrarium observetur: Es vermagen, &c. i. e. quantum de jure scripto, qui actu sunt in militia, fide jussores esse negantur: tamen, quia de Consuetudine provincia contrarium obtinet; hoc etiamnum est observandum.

II. Beneficium, Fide-jussoribus concessum, nominatur Beneficium Divisionis seu beneficium Epistole Divi Adriani, quo constitutum est, ut si ex pluribus Fide jussoribus unus in solidum conveniatur, petere possit, ut creditor actionem dividat, quemlibet Fide jussorem pro rata duntaxat portione conveniat, text. hic. & l. 26 l. 27. § ult. l. 28. ff. junctà l. 20. §. un. Cod. h. t.

AD VERS. IDROQUE.

14 In hoc \dot{V} . traditur *Limitatio* ad prædicta, nimirum, ut tum demum Fidejussor, in solidum conventus, gaudeat Beneficiò *Divisionis*, si *litis contestata* Tempore reliqui Fidejussores sint solvendo; secus enim reliqui tenentur etiam ad partem præstandam, quam teneretur is persolvere, qui *litis contestatae* tempore desinit esse solvendo, *text. hic. & l. Fidejussor. Col. h. t.*

Dixi *litis contestatae tempore*, nam, si creditor inter Fidejussores semel *Actiōnem* dividerit, & unus, vel alter confidejussorum post litem contestatam facultatibus labatur, periculum erit Creditoris, non confidejussorum, qui solvendo sunt, *l. § 1. §. 4. ff. h. t. Brunnem. ibid. Clariss. D. D. Franz. h. t. n. 43.*

AD VERS. SED, SI AB UNO.

Quid *Juris*? si unus ex fidejussoribus à creditore conveniatur in *solidum*, & non opponat *Exceptionem Divisionis*, sed totum solvat, poteritne à creditore repetere id, quod suam portionem excedit? \mathcal{R} . Imp. *negativè*. Ratio redditur à *Manz. hic. num. 15.* quia Fidejussor ipso jure in solidum obligatus erat, ergò repetere non potest, quod solvit; quæ enim efficaciter debita solvuntur, repeti prohibentur, *l. 60. ff. de condict. indeb.* Habet tamen Fidejussor inposito casu regressum adversus debitorem principalem, ad repetendum id, quod pro eo expendit, *§. 6. Inst. h. t. Manz. tract. de Fidejuss. cap. 6. n. 50.*

Alit, quid *Juris*, si debitor principalis solvendo non sit? \mathcal{R} . quòd inanis tunc sit actio, quam inopia debitoris excludit, *l. 6. ff. de dolo malo.*

Sed, Nunquid Fidejussor habebit *Regressum* contra reliquos suos *Confide-*

jussores? poteritque ab his repetere, quod solvit ultra ratam suam? \mathcal{R} . non posse, *per text. apert. in l. 11. Cod. h. t.* Ratio quia nihil negotii cum iis contraxit, & nulla inter Fidejussores invicem est *Obligatio*, neque ex *contractu*, neque ex *quasi contractu*; ergò neque *Actio Manz. n. 20. hic. Brunnem. in dict. l. 11.*

Dices: Fidejussor, qui *Solidum* solvit, videtur reliquos confidejussores ex *quasi contractu* (puta, *Negotium-Gestione*) sibi habere obligatos: ut proinde, *Actiōne Negotiorum gestorum* contra ipsos experiri posse, videatur. \mathcal{R} . ad *subtile & acutissimum* hoc *dubitum*, quòd fidejussor *principaliter* censeatur debitoris principalis negotium gessisse; Fidejussorum verò tantum per *accidens*, & in *consequentiam*, quod non attenditur, *arg. l. 6. §. 1. ff. de Negot. gest. Brunnem. loc. cit.*

Itaque Fidejussor, qui, non posita *Exceptione divisionis*, *solidum* solvit, contra confidejussores nullum regressum habet.

Verùm, cùm & hoc Imperatori *Justiniano* perdurum videretur, ideò

III. *Beneficium* introduxit, quod *vo. 15* catur *cedendarum actiōnum*, quo Beneficiò constitutum est, ut creditor Fidejussori, *solidum* exfoventi, vel solvere parato, actiones suas, quas ipse habet, tam contra debitorem principalem (qui etiam fidejussori *Actiōne Mandati* tenetur) quàm confidejussores, cedat. *D. D. in Nov. 4. cap. 1. & l. 13. l. 17. l. 36. l. 39. ff. h. t. & hoc adeò procedit, ut Fidejussor, non antè ad solvendum coarctari possit, quàm creditor omnes actiones, reales, & personales, atque totum Jus, quod tum contra reum principalem tum contra confidejussores habet, cum omnibus qualitatibus Fidejussori cesserit, ad. II. Clariss. D. D. Franz. n. 58. Schneid. n. 23. §. 24. Quæ ipsa exceptio*

exceptio cedendarum actionum etiam in executione post latam sententiam opponi potest, l. 51. §. *fin. ff. b. t.* Ratio est, quia non impugnat sententiam, quales exceptiones admittuntur etiam post rem judicatam. *Mev. part. 1. decis. 145. n. 3. Brummem. in d. l. 51.* Quæ omnia *impense tibi notes*, etiam, atque etiam velim: paucis enim abhinc diebus res ista me multum juvit; contigit nimirum, ut meus quisdam *Principalis ex Fide-jussione* conveniretur. Ego Creditori *Exceptionem* opposui *cedendarum Actionum*. Creditor *Instrumentum obligationis*, quod à debitore principali habuit cedere quidem annuit; sed pignora sibi reservare voluit. *Decisum* est, meum principale *Actione* ex *Fide-jussione* impeti non posse, donec & *Pignora*, & omnia cætera *Jura*, quæ adversus debitorem habuit, cessarit; & hoc fundamentum est in l. 2. *Cod. b. t.* *Perez. ibid. n. 36. Brummem. ibid.*

Quæres. II. Quando Fide-jussor petere debeat, cedi sibi actiones?

Sunt, qui morticis propugnent, ante *solutionem*, vel in *ipsa statim solutione* peti debere, ita, ut, solutione jam facta, fide-jussor petere non possit, ut actiones sibi cedantur. Ita *Treitl. vol. 2. disp. 28. eb. 6. lit. B. Menoch. de præsump. lib. 3. præsumpt. 45. num. 26. Berlich. part. 2. conclus. 22. num. 67.*

Moventur I. hæc Ratione, quia per solutionem ejus, quod debetur, solvitur omnis obligatio; ergo tunc creditori nulla amplius Actio remanet; per consequens etiam nulla potest cedi, cum non *entis nulle sine qualitates*, & quod non est, cedi non potest.

Moventur II. per l. Modestinum. 76. ff. de solut. ubi perspicue traditur, si post solutionem factam Actiones cessent, nihil eâ cessione actum esse.

Verum, tamen si huic *Sententia Rigor Juris* suffragetur, & in apice Juris propugnari possit; *Æquitati* tamen (quæ in omnibus spectanda, l. 91. *ff. de R. J.* & teste *Menochio de arbit. l. 1. quæst. 13. n. 17.* Thyriaca contra *Venenum* appellatur) longè proximior est *Sententia*, Cessionem Actionum etiam post factam solutionem peti posse, datâ ad hoc fide-jussori adversus creditorem Actione empti, eò quòd Fide-jussor, solidum solvens, videatur quasi *emisse* nomen debitoris; in *Emptione* autem, & *Venditione* Juris sit, ut Jus à venditore, quocumque tempore postulaverit emptor, cedatur, l. 36. *ff. b. t.* Ita reipsâ docent *Carpz. part. 2. consil. 17. def. 16. n. 7. Bart. in d. l. 36. Harp. Inst. hic. n. 62. Perez. ad Cod. b. t. n. 37. Manz. tract. de fide-juss. cap. 10. n. 34. Et seqq.*

Ad Argumenta contraria Æ. quòd ea procedant de *Rigore*, & *Apice Juris*; tamen si fortassis de hac nostra solutione *Nasium*, aut *Fronem* corruges, & fortè, hanc esse solutionem miserorum, regeras: *Zafid* tamen teste in l. 23. *ff. de R. C.* hæc in casu legis novæ dicitur optima solutio, quæ leges, contrarias quandoque, ita interpretatur, ut procedant de rigore Juris.

Illud, incidenter *notandum* duxi, quòd videlicet is, qui fide-jussit cum *Muliere*, solus ex fide-jussione tenetur in solidum: *Secus*, qui fide-jussit cum *Minore*; hòc enim casu non nisi pro virili portione tenetur. Ratio *Diversitatis*, vulgò hæc assignatur, quòd *Sexus* ignorari non possit, bene verò *Ætas*, & *Beneficium SC. Velleiani* semper certum sit, *Prætoris* verò *Resitutio* incerta, utpote, quæ pendet ex cognitione causæ. *Brummem. in. l. 74. ff. b. t.*

§. FIDE-JUSSORES. §.

Quo Fide-jussor *extensivè* in plus obligari nequeat, quam debitor principalis obligatus est, diximus ad §. I. b. t. §. *Asseritio* II. hic, idem repetitur, & præterea sancitur, in minus, quam debitor principalis, obligari posse Fide-jussorem, ex *Ratione*, quia major summæ inest minor, l. I. §. ff. b. t.

AD VERS. ITEM, SI ILLE.

17 Quid; si debitor principalis promississet purè, & simpliciter, potestne Fide-jussor sub conditione, vel ad certum tempus promittere? & posse, contra verò, si Principalis se se obligasset sub *conditione*, vel ad *diem*, Fide-jussor se non possit obligare purè & simpliciter. *Ratio*, quia (ut *Multa Paucis* comprehendam) Fide-jussor in *duriorè* causam obligari non potest, quam debitor principalis, potest tamen in *mitiore* obligari. *Manz. n. 17.*

Dices: stipulatio profus vitiatur, in qua pura est interrogatio. Promissio verò *conditionalis* §. 5. *Inst. de inut. stip.* ergò idem in Fide-jussione dicendum, quia fit per stipulationem *R. conc. ant. neg. conseq.* quia stipulatio, & promissio pariunt tantum unam obligationem, quæ non potest esse partim pura, partim *conditionalis*: hic autem obligatio Rei, sive Debitoris principalis tota pura est, Fide-jussoris tota *conditionalis*.

§. SI QUID. 6.

18 Ex hoc § nihil habes, quòd colligas, quam, quòd Fide-jussor id, quod pro debitore principali solvit, aut expendit, *Actione Mandati* ab eodem repetere possit. Tum, quia *Officium* suum nemini debet esse *damosum*. Tum, qui alteri non *prohibes*, pro se solvere, *mandare* creditur, l. 47. ff. de *condict. indeb.*

Dicta procedunt, si quis pro *præsente*, vel aliàs *sciente*, ac *patientè* Fide-jussor aut solverit, l. 18 ff. *Mandati*. Secus, si pro *absente* aut *ignorante* Fide-jusserit, vel solverit: hoc enim casu *Actio Negotiorum gestorum* competeret, cum nulum *Mandatum* præcesserit, l. 20. §. I. l. 53. ff. *Mand. Harp. n. 3.*

Porrò, reperiuntur nonnulli *Casus*, 19 quibus Fide-jussor ante solutionem, à se factam, contra debitorem ad *Liberationem* agere potest.

I. Est, si debitor principalis *nimis diu* solutionem protraxerit, l. 38. §. I. ff. *Mandati*. Diu autem videtur protrahere, cum intra *Decennium* non solverit; quamvis, arbitriò *Judicis* ponderandum, alii rectius relinquunt. *Harp. n. 8. Schneid. n. 4.*

II. *Casus* est, si debitor post Fide-jussorem ita in *Prodigalitatè* incidit, ut facile omnibus bonis exinde labi possit, tunc enim *Periculum* est in *Mora*. *Gail. l. 2. obs. 28. n. 6. Concord. Walter. loc. cit. §. Erslichen*. Sanè, si Fide-jussor *sciens*, vel per *Ignorantiam Juris*, *Exceptionem*, debitori principali competentem, neglexerit, & solverit aliquid, repetere ab eodem non potest; *damnum* enim, quod habet, sive imputet facilitati. *Manz. n. 12.*

§. FINALIS.

In hoc §. *Imperator* statuit, quòd si quis *Instrumentum* producat, in quo continetur, aliquem Fide-jussisse, & Fide-jussor opponat, nullam *Stipulationem* intercollisse, videantur omnia solenniter acta, ita ut *Instrumento* standum sit, donec probetur contrarium, cap. 14. *de fid. instrum. Manz. num. 3.*

DE LITTERARUM OBLIGATIONIBUS.

S U M M A R I A.

- 1 *Casus Litterarum obligationis.*
- 2 *An illa producat obligationem naturalem?*
- 3 *Quid sit exceptio non numeratæ pecunie?*
- 4 *Reus excipiendo fit actor, quomodo intelligendum?*
- 5 *Quandiu exceptio non numeratæ pecunie locum habeat?*
- 6 *Quid? si Creditor actionem ultra biennii metas malitiosè extendat?*
- 7 *Explicatur, quid de Jure Austriaco de exceptione non numeratæ pecunie obtineat?*
- 8 *Illam non remoratur paratam executionem.*
- 9 *An post biennium exceptio non numeratæ pecunie objici possit, si debitor probari velit, pecuniam sibi numeratam non esse?*
- 10 *In causa depositi, empti, transactionis, exceptio non numeratæ pecunie non habet locum.*

T R A N S I T I O.

Dictum *suprà*, obligationes alias contrahi *Re*, alias *Verbis*, alias *Litteris*, alias denique *Consensu*. Explicatis itaque *Obligationibus*, quæ *Re*, & *Verbis* contrahuntur, subjicitur nunc *tertia Divisio*, *suprà* positæ, *species*, puta, *Obligatio Litterarum*.

A D P R I N C I P I U M.

Olim *Obligatio Litterarum* fiebat *Nominibus*: quomodo autem fuerit facta? *Imperator* non tradit; nec ego trado,

cùm ista *Nomina* (*Teste Imperatore hic*) ab usu recesserint. Vide *Harp. n. 4.*

A D V E R S. P L A N E.

Hodie *Litterarum obligatio* contrahitur tunc, quando quis, spe futuræ numerationis, dat alicui *Chirographum*, in quo confitetur, se certam quantitatem pecuniæ ab eo mutuo accepisse, quam tamen non accepit. Ut ecce! ego, indigus pecuniarum, conveni cum aliquo *Mercatore* vel *Cambiaro*, ut mihi crederet 100. Ipse annuit, & petit, ut ei mitterem *Chirographum*. Ego bonâ fide scripsi *Chirographum*, & in eo fassus sum, me à *Mercatore* 100. accepisse, spe fretus, fore, ut eosdem mihi mitteret, vel numerari faceret.

Verum, ipse recepit *Chirographum*; pecuniam autem mihi non mittit: hoc non obstante, post aliquod tempus *chirographum* producit, & ad solvendos 100. confessus, me urget. Jam

Quæres I. an ego *Mercatori* sim obligatus? *R.* certum esse, me eidem *Re*, seu ex *Mutuo* obligatum non esse, quia *Mutuum* non contrahitur absque *actuali*, & *reali* pecuniæ numeratione. Neque sum obligatus *verbis*, quia *Stipulatio* nulla intercessit. Neque obligor *Consensu*, quia non aliter *consensu* in hanc confessionem, nisi *Actualis* sequeretur *Numeratio*. Sum tamen obligatus *Litteris*, non quidem *naturaliter*, quia deficit *consensus*, sed *civiliter*; tum, quia hanc obligationem *litterariam* *Jus civile* approbat; tum, quia *Chirographum* contra *seribentem* probat, l. 26. *Depositii. Manz. n. 11.*

Quæres II. an ergò isti *Mercatori* dabitur contra me *Actio*? Dixeris primâ fronte, quòd non, quia nemo *Improbitate* suâ actionem debet consequi.

Verum *R.* dati contra me *Actionem*, quam aliqui *Conditionem chirographariam*, alii *Conditionem ex Litteris* baptizant.

3 *Ista* autem *Actio*, si eâ impetar, à me potest elidi per *Exceptionem non numeratæ Pecuniæ*, qua ego non nego me illam confessionem in litteris fecisse; sed dico, pecuniam mihi actualiter numeratam non fuisse. Adeòque onus probandi *Numerationem*, rejicio ad ipsum *Creditorem*, qui probare tenetur, pecuniam confessatam numeratam esse; quòd si in *Probatione* defecerit, potero *Chirographum* condicere, l. 14. *Cod. de non numer. pecunia. Harp. n. 5.*

4 *Dices*: Reus in *Exceptione* sit *Actor*, & *Exceptionem* suam probare tenetur, l. 1. ff. *de except.* ergò *Debitori* incumbit onus probandi; non *Creditore*. *R. antecedens* procedere, quando excipiens affirmat aliquid factum esse; secus, si neget, numerationem factam esse; tunc enim negantis nulla est probatio, l. 2. ff. *de probat. Manz. n. 20.*

5 *Quæres III.* *Quandiu* exceptio non numeratæ pecuniæ opponi possit? *R.* *Textus*: ultra biennii metas hujusmodi *Exceptio* minimè extenditur. *Concord.* *Jus Austr.* exceptio non numeratæ pecuniæ ultra biennium non habet locum: siquidam biennium istud non utile sed continuum tempus habet; esque beneficium odiosum contra tenorem, & fidem instrumenti, cuius vim suspendit, & probationem transfert in eum pro quo militat, minimè extendendum: verùm elapso tempore, remanet instrumentum, & cessio obligationis in communi vigore, quemadmodum & salvæ sint *debitori* convento *exceptiones ordinariæ*.

Quæres IV. *Quid*, si *Creditor* intra 6 biennium nunquam agat, & malitiosè differat *Actionem*, donec tempus illud elabatur? *R.* quòd *Debitor* hoc in casu possit nihilominus *exceptionem* opponere, & *conditione chirographariâ*, per modum *querelæ*, adversus *debitorem* agere, vel ad hoc, ut sibi pecunia confessata numeretur, vel *chirographum* reddatur. Quòd si *debitor* nec hoc fecerit, postea non audiatur; sed, tanquam verus *debitor* condemnabitur, & ad *solutionem* tenebitur, l. 14. *Cod. de non numerat. pecun. Harp. n. 10.* Ratio est, tum, ut puniatur *Negligentia* *debitoris*, qui per integrum *Biennium* *syngrapham* penes *creditorem* reliquit, & non repetiit; tum, quia *debitor* non presumitur, tam supinus, & negligens, ut intra *biennii* spatium pecuniam non exigeret; aut *cautionem* datam non reposceret.

Dista procedunt de *Jure communi scripto*; cum autem parum prodesse videatur, habere notitiam *Juris communi*; ignorare verò ea, quæ de consuetudine in *Curiis* & *Tribunalibus* practicantur, Ideò

Quæres V. *Quid* ergò in hac nostra *Austria* circa *Exceptionem* non numeratæ pecuniæ *Juris* & *Stylis* fit?

Ut rem exactè intelligas, præ omnibus tibi impensè notes (velim) quòd de *Jure Austriaco* quævis scriptura privata, manu propria, & Sigillò *Debitoris* munita, paratam post se trahat executionem. *Reid. Dest. Execut. ord. Tit. I. §. 10. §. 1. Joann. Henr. Reutter in suis Tabul. de different. Jur. communi. §. Austr. ad Tab. 16. n. 19. Sutting. obs. 103. n. 2. Eine jedwedere Privat. Berschreibung, &c. i. e. Quodlibet privatum instrumentum, ex consuetudine provinciarum paratam habet executionem, nec in executione altiore indaginem requirentes ullave*

ullave appellatio admittuntur: multò minus partes in parato cursu executionis, Commissionibus debent impediri: sed debitor per gradus executionis compellitur ad solvendum numeratà presentique pecunià: tunc potest NB. facta solutione, aut etiam intra cursum executionis, qui tamen non interruptitur, quas habet exceptiones, juxta ordinem juris proponere.

Quæ constitutio in tantum extenditur, ut nec Exceptio solutionis, nec compensationis executionem remorari possit. Per Generale Ferd. II. de dato 5. Decemb. A. 1633. ibi: auch keine, i. e. Ne ulla dilatoria exceptio, aliave longius tempus vel judicium requirens, ullave appellatio admitti debeat. Ita judicatum sub dato 9. Jan. 1642. ut domine Comitissa de Marsperg executio ulterius prosequenda concederetur: Exceptionem autem solutionis, juxta juris ordinem solutione facti proponendam haberet Domina Comitissa de Megau. His in antecessum præmissis,

8 R. Ad propositam *Questionem*, Exceptionem non numeratæ pecuniæ de Jure quidem Austriaco locum habere, non tamen remorari paratum executionem, per cit. *Generale Ferd. II. Stebet also*, &c. i. e. igitur in dicto casu, qui adversus propriam scripturam, de non numerata pecunià excipit; is hoc habet beneficium, ut post factam solutionem, possit intra biennium petere, ut sibi succurratur Atque incumbit tunc creditori onus, vel docendi actualem pecuniæ numerationem; vel, in casu succumbentis, pecuniam sibi nuper insolutum numeratam, & omnes per viam executionis factas impensas. Itaque de Jure Austriaco Debitor confessatam summam creditori tenetur solvere; post solutionem verò factam demum rejicit onus probandi in creditorem, qui pecuniæ numerationem probare tenetur. *Fünsterw. lib.*

2. *obs. 7. n. 6.* Quod utique procedit, si intra biennium debitor exceptionem non numeratæ pecuniæ moverit. Sed,

Q. VI. An post biennium Exceptio non numeratæ pecuniæ objici possit, si debitor liquidò probare velit, pecuniam sibi numeratam non esse?

Negativam acerrimè teneatur. *Glettle select. quest. part. 3. cap. 2. Harpprecht. n. 13. Hum. lib. 3. tract. 6. Q. 2. Fach. lib. 2. cap. 81. & plures ab his allegati.*

Movetur I. per l. 8. *Cod. de non num. pecunia.* Ubi perspicuè cautum est, Debitorem post legitimum tempus (id est biennium) omni modo compelli, debitum solvere. II. per *text. l. 14. Cod. eod.* ubi dicitur, elapsò Biennio, Quærum nullò modo amplius introduci posse. III. per d. l. 14. §. 3. *Cod. eod.* ubi statuitur, elapsò biennio, debitorem audiendum non esse, si creditori Juramentum deferat.

Verùm, tamen in rigore Juris hæc *Sententia* facile defendi potest; mihi tamen contraria (utpote *Æquitati* consona) magis arridet, quæ docet elapsò biennio, exceptionem non numeratæ pecuniæ adhuc locum habere, si debitor liquidò probare possit, pecuniam numeratam non esse. Hujus *sententia* Patronos producit *Clariff. D. D. Franz. n. 23. hic. Gomez. var. resol. tom. 2. cap. 6. ult. Bachov. ad Treutl. vol. 1. disp. 20. th. 2. lit. C. Carpov. part. 1. cons. 32. def. 66. n. 24.* qui, in judicando ab hac *sententia* ait, recedendum non esse. *Mev. part. 2. Decis. 22. n. 3. Zoes. ff. de O. & A. n. 34. Briemem. in l. 12. Cod. de non num. pecun. Fünsterwald. lib. 2. obs. 8. Sutting. in Manuscript. &c.* Exceptio non numeratæ pecuniæ. Ubi pro hac *sententia* allegat aliquod præjudicium.

Nititur I. hâc efficaci ratione, quia nimirum illicitæ, & iniquæ exactiones, sive petitiones in Jure non sunt admittendæ, *l. 6. ff. de off. presid.* atqui petere pecuniam, quæ numerata non est, utique est iniqua petitio, ergò non admittenda.

II. Exceptio doli est perpetua *l. 5. §. fin. ff. de dol. mal. except.* exceptioni verò non numeratæ pecuniæ exceptio doli conjuncta est, & una succedit in locum tertii, *l. 3. Cod. de non numer. pecun.* licet itaque exceptio non numeratæ pecuniæ temporalis sit, atque biennii metâ circumscribatur; exceptio tamen doli perpetua erit.

III. Introducta in alicujus favorem non debent torqueri in ejus odium, *l. 6. Cod. de LL.* atqui hõc modò Exceptio non numeratæ pecuniæ in favorem debitoris introducta, in odium ejus retorqueretur, siquidem absque illa de Jure communi habuisset exceptionem communem de dolo perpetuam, ergò.

Argumenta contraria unâ *Responsione* confunduntur; *allegati enim textus* procedunt de eo casu, quo debitor *contrarium probare* non potest. *Brumm. & omnes, supra recensiti.*

Ceterum, ista *Exceptio*, quam hæcè *10* nus exposuimus, in nullo alio contractu, quam *Muzui*, & in *Causa Dotis* locum sibi vendicat. Unde, si quis ex alia causa (puta, *Depositii*, *Empti*, *Transactionis* &c.) confiteretur se debere *120.* talis confessio contra scribentem, & confitentem probaret, *l. 26. §. fin. ff. depositi.* Ratio specialitatis est, quia homines in his contractibus ad effrenatè confitendum sunt procliviores, ut nimirum consequantur Pecunias, aut Uxores, quam in aliis. *Schneid. n. 15.*

Dices: In hac nostra Austria rarò exceptio non numeratæ pecuniæ sortietur locum; quotquot enim obligationes legeris, aut videris, semper clausula subjicitur, qua debitor renuntiat omnibus exceptionibus (puta, *non numerata pecunia: rei non sic: sed aliter gestæ; de non in rem verso, &c.*) &c. hac renuntiatione non obstante, exceptioni non numeratæ pecuniæ nihilominus locum esse; quia enim fragilitate quis inducitur ad confitendum, eadem quoque inflectitur ad renuntiandum, *Harp. n. 19.*

TITULUS XXIII.

DE OBLIGATIONIBUS EX CONSENSU.

Obligationibus (quæ *Re*, *Verbis* & *Litteris* ineuntur) discussis, sequitur *quarta species* obligationum ex contractu; nempe obligatio, quæ solò consensu perficitur: etsi enim omnes obligationes consensum necessariò requirant, hæc tamen quatuor, quæ hic recensentur (puta, *Emptio*, *Venditio*, *Locatio Conductio*, *Societas*, & *Mandatum*) consensu contrahi ideò dicuntur, quia nu-

quæ voluntate, nudò, & solò consensu contrahentium perficiuntur; in cæteris verò contractibus præter consensum, aliud quid necessarium est; in iis puta quæ re celebrantur rei traditio; in stipulatione, verborum solennitas, in litterarum obligatione, scriptura: atque hæc est præcipua inter contractus consensuales, & cæteros differentia.

T I T U L U S XXIV.

DE EMPTIONE ET VENDITIONE.

S U M M A R I A.

- 1 Definitur emptio venditio.
- 2 Quare dicatur, solo consensu contrahi?
- 3 Resolvitur l. 13. §. 8. ff. de act. empt.
- 4 Emptio domus, quam emptor ignorabat conflagrasse nulla est.
- 5 Venditor tenetur tradere, non dare.
- 6 Evictio de jure communi prestanda; licet nihil conventum sit.
- 7 Secus de Jure Austriaco.
- 8 & 9 Emptio venditio quando dicatur perfecta?
- 10 Quid? si sit rerum fungibilium?
- 11 In scriptis celebrata, non aliter perfecta dicitur, quam si instrumenta confecta fuerint.
- 12 Si una pars asserat, in scriptis celebratam esse, altera vero neget, quis probare teneatur?
- 13 Arrba, adjecta emptioni venditioni, quid operetur?
- 14 Pretium debet esse certum, & consistere in pecunia numerata.
- 15 An in arbitrium tertii recte conferatur?
- 16 Quid Juris? si in instrumento emptionis venditionis quantitas pretii expressa non sit?
- 17 Qualis sit contractus, si partim in pecunia; partim in specie consistat pretium?
- 18 Si res empti ante traditionem pereat, cujus sit periculum?
- 19 Deciditur, emptoris esse.
- 20 Resolvuntur objectiones.
- 21 Limitatur, si dolus, vel culpa venditoris intervenierit.
- 22 Item si res alternativè vendita: Kees ad Instituta.

- 23 Vel fungibilis sit.
- 24 An valeat emptio venditio, si equus intra tot dies tibi placuerit?
- 25 Adornatur effectus hujus contractus?
- 26 An venditor, interesse prestando, liberetur à traditione?
- 27 Explicatur, ad quid venditor obligetur?
- 28 Monopolia Jure civili prohibita.

Prima species contractus, solo consensu initi, est Emptio. Venditio, quæ commodè definitur, quòd sit contractus, solo consensu initus, de re, pro certo pretio tradenda, Clariff. D. D. Franz. Inst. h. t. n. 4.

Dixi l. solo consensu initus, ut differat emptio venditio à reliquis contractibus, qui (præter consensum ad sui perfectionem) requirunt vel solennitatem verborum, vel scripturam, vel rei interventum, emptio enim, & venditio solo consensu ita perficitur, ut statim, simul atque de re, & pretio conventum est; producatur actio, l. 1. l. 9. ff. de contrab. empt. Harp n 15.

Non adversatur l. 13. §. 8 ff. de act. empt. vend. ubi dicitur, quòd actio empti, & venditi non nascatur, priusquam res sit tradita, offerri (ait textus) pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, & ideo, etsi pretii partem asserat, nondum est ex empto actio; venditor enim, quasi pignus, retinere potest eam rem quam vendidit. Non (inquam) lex ista adversatur: enimvero nascitur quidem actio ex emptione venditione, etiam ante traditionem rei venditæ, & solutionem pretii; sed illa actio exceptione non soluti pretii eliditur, l. 25.

ff. d. t. Adeoque sensus *d. l. 13. §. 8.* est, quòd ante traditionem, & solutionem pretii non nascatur actio, quæ fortiatu plenum effectum; utpote elidenda per exceptionem; non autem sensus est, quòd nulla penitus nascatur actio ante traditionem, *Harp. n. 16.*

4 Dixi II. *de re*, quia sine re (puta, merce, quæ veneat) nec emptio: nec venditio potest intelligi, *l. 8. ff. de contrab. empt.* Unde, sua sponte fuit, quòd emptio alicujus domus, quam emptor ignorabat, esse exustam, sit nulla, *l. 57. ff. d. t.* Ratio, quia deficit merx, requisitum essenziale emptionis - venditionis, *Manz. n. 10.*

Dixi III. *pro certo pretio*, ratio, quia sine pretio nulla venditio est, *l. 2. ff. de contrab. empt.* cum pretium sit etiam substantiale requisitum emptionis - venditionis, *l. 36. ff. d. t.*

5 Dixi IV. *tradendi*, quandoquidem tradere: non dare mercem emptori tenetur, *l. 11 §. 2. l. 30. §. ult. ff. de act. emp.* atque per hoc emptio venditio distinguitur à permutatione, quæ rei alienæ nulla est, *l. 1. §. 3. ff. de rer. permut. Zoef. ff. eod.* Quòd si tamen mercis sit Dominus venditor, facit & emptorem Dominum, modò pretium sit solutum. Sin venditor Dominus non fuerit, usufruendi conditionem transfert in emptorem, & ei, evictionis nomine, obligatur; etiam si nihil expressè de ea convenerit, *l. 11. §. 2. ff. de act. emp. Harp. n. 29.*

7 Quòd procedit de *Jure communi*; secus obtinet de *Jure Austriaco*, secundum quod, si de præstanda evictione expressè conventum, atque venditionis instrumento inserta non sit; evictà re, emptor adversus venditorem nec agere, nec legitime, efficaciter denunciare potest. *Sutting obs. 14. 31. & 33. Fünsterwald. lib. 2. obs. 88.*

AD PRINCIPIMUM.

Queritur hic in principio, quando 8 contractus emptionis venditionis dicatur esse perfectus? multum refert, accuratè intelligere, quandonam emptio-venditio dicatur perfecta? Nam I. non est ampliùs locus pœnitentiæ. II. Oritur statim obligatio, & actio. III. periculum rei emptæ ad emptorem pertinet. Itaque,

R. Ad propositam *questionem* sub triplici distinctione. I. vel emptio-venditio purè contrahitur, vel sub conditione: II. vel sit in scriptis, vel sine scriptis: III. vel est rerum, quæ *ponderè, numerò, mensurà* constant, vel aliarum rerum: v. g. *domus, agri, vineæ, equi, vestis* &c. his positis, sequitur

Conclusio I. si emptio-venditio purè 9 celebrata est, tunc statim simul atque de pretio, & merce inter contrahentes conventum est, perficitur, quamvis pretium nondum numeratum sit, & ne arrha quidem data fuerit, *text. hic.* Ratio quia contractus emptionis venditionis solò consensu constat, ergò non requiritur in eo actualis rei interventus, ut vel merx tradita, vel pretium numeratum sit. *Manz. n. 4. hic.* & sic, non obstante, quòd neque res tradita, nec pretium numeratum fuerit, contractus nihilominus perfectus: nec ampliùs pœnitentiæ locus erit. *Sutting. in Manu-Script. lit. R. Fünsterwald. lib. 2. obs. 75. num. 4.*

Dixi procedunt si emptio venditio sit 10 rerum non fungibilium, v. g. *domus, agri* &c. secus, si sit rerum fungibilium, quæ *ponderè, numerò, & mensurà* constant; harum enim emptio venditio non aliter perficitur, quam si adnumeratæ, admensuræ, & appensæ fuerint, *text. notabilis in l. 35. §. 5. ff. de contrab. empt. Clariff.*

Clariff. D. D. Franz. b. t. n. 81. Zoef. ff. de peric. & commod. rei vend. Ratio, quia id genus res censentur venditæ sub conditione mensurationis, appensionis, vel adnumerationis, emptio autem conditionalis (prout statim audiemus) non prius dicitur perfecta, quàm ubi conditio extiterit, ergò. *Cbllingsp. Inst. b. 1. Quest. II. Berlich. Decis. 346. 347. & 348.*

Dixi: *ne quidem arrha intervenit*; ratio est in *textu*, quia arrha tantum, evidentioris probationis causa, interponitur, non ad substantiam contractus; sive ergò arrha intervenit, sive non, modò de pretio convenerit inter partes, emptio perfecta esse, intelligitur. *Harp. num. II.*

Conclusio II. Si emptio-venditio sub conditione celebrata fuerit, non prius dicitur perfecta quàm si conditio extiterit; conditionalia enim pendent ex eventu conditionis, l. 8. §. quòd si ff. de peri. & commod. rei vend. Unde, si, pendente conditione, res empta tota perierit, periculum venditoris erit, l. 8. ff. d. t. *Wesemb. in parat. eod. tit. n. 3. Schneid. n. 5.* Dixi tota, periculum enim deteriorationis spectat ad emptorem, d. l. 8. v. sanè si extet res, *Brunnem. ibid. n. 17.*

Conclusio III. Si emptio venditio in scriptis celebrata fuerit, non aliter perfecta intelliguntur, quàm si instrumenta desuper confecta fuerint, *text. hic & l. 17. Cod. de fide instrum.* ratio quia nihil censetur actum, quàm diu aliquid restat ad agendum, l. ult. *Cod. ad SC. Syl. Manz. n. 10.* Unde, si contractus in instrumentum scripturæ redactus non fuerit, quisque contractum impunè recedere poterit ab eo, *text. hic.* nisi quid arrhæ nomine fuerit datum, quod amittitur; aut duplum

restituatur, *text. hic.* ut ecce: pretium alicujus libri licitatus sum à ferulario, cumque ille dubitaret de consensu domini, ego interim, donec consensum requireret, arrham obtuli. Hoc in casu possum resilire ab isto tractatu; ita tamen, ut arrhæ patiar dispendium, l. 17. *Cod. de fide instrum. Glettle part. 3. cap. 20. n. 13. Fünsterwald. lib. 2. obs. 76. n. 1.*

Sed quid *Juris?* si una pars asserat *12* venditionem in Scriptis celebratam esse; altera verò neget? R. asserentem probare debere, inter contrahentes in principio statim actum, & conventum esse, ut emptio-venditio redigeretur in scripturam. *Brunnem. in d. l. 17. Schneid. n. 4. hic. Mascard. de probat. Conclus. 435. n. 8. Klok Consil. 16. num. 117. vol. 2. Menoch. lib. 3. presump. 148.* Qui omnes communi harmoniâ testantur hanc esse communem opinionem, ita, ut, si de voluntate partium, quòd contractum in scriptis fieri voluerint, satis non constat, solò consensu perficiatur emptio venditio, & hoc vel maxime procedit in Austria, i. e. ubi *Instrumentum emptionis venditionis magis pro testimonio venditionis habetur, quàm pro necessario requisito ad contractum, & sapius post rei vendite traditionem consici solet. Sutting. in Manuscript. lit. K. ibi, ita judicatum, refert.*

Illud adhuc *notandum*, arrham alii¹³ quando ab emptore dari in signum, & argumentum emptionis, ita, ut postea nihilominus solvatur integrum pretium, inter contrahentes conventum, & hóc casu procedunt ea, quæ diximus, ut nimirum, si unus contractum invitò altero, à contractu resilire velit, arrha vel perdat, vel duplicata restituatur. Dixi: *invitò altero* nam,

nam, si mutuo consensu ab emptione recederent, emptor reciperet, quod, aritharum nomine, dedit, l. 11. §. 6. ff. de act. empt. Schneid. n. 11. Mynsing. n. 7. Aliquando verò datur arrha non in argumentum, & securitatem contractus, sed ut pars pretii; & hoc in casu, cum res non amplius sit integra, neutri permittitur, à contractu resilire. Gomez. Var. resol. tom. 2. cap. 2. n. 18. Manz. n. 33.

§. PRETIUM. I.

Pretium in emptione venditione adeò est necessarium, ut nulla emptio sine pretio esse possit: ratio, quia *substantialia actus* ab actu abesse non possunt, atqui substantialia emptionis venditionis sunt *consensus, merx, & pretium*, ergò.

ADVERS. SEDET CERTUM.

14. Debet autem pretium *duas qualitates*, seu *proprietates* habere. I. est, ut sit certum. II. ut consistat in pecunia numerata; certum autem pretium esse dicitur, cujus quantitas, aut ipso nomine expressa est; aut conveniente aliqua relatione, seu demonstratione designatur, quæ vice nominis fungitur, V. g. hic fundus sit tibi emptus 100. aureis; vel, hic fundus sit tibi emptus tanti, quanti ego eum emi; vel emo à te fundum tanti, quantum pretii in area, vel crumena habeo; vel tanti, quanti in proximis mundiis res valebit, l. 7. §. 1. ff. de contrab. empt. ratio, quia in hisce posterioribus casibus non tam incertum dicitur pretium, quam ignotum. Harp. num. 4.

ADVERS. ALIOQUIN.

15. *Queritur hic an valeat emptio venditio, si determinatio pretii in arbitrium*

tertii conferatur, v. g. ut res tanti sit tibi empta, quanti Titius eam æstimaverit? Tametsi veteres multum dubitaverint? num talis emptio-venditio valeret nec ne? Imperator tamen hic statuit, quòd pretium possit conferri in arbitrium tertii, ex ratione fortassis ista, quia contrahentes sepe ignorant condigna rerum pretia, ut proinde, ne impediantur commercia, necesse fuerit permittere, quòd æstimatio in peritum aliquem arbitrum conferri possit: Manz. n. 13.

Illud tamen substantialiter desideratur, ut ille tertius, in cuius arbitrium determinatio pretii refertur, certus sit & *specificè nominatus*, v. g. *vendo tibi equum tanti, quanti Titius æstimaverit*. Unde, si ille tertius non exprimat, prout sæpenumerò faciunt plebei in casu, quo de pretio convenire non possunt; dicentes: *faciamus rem æstimari & quanti æstimata fuerit, tanti sit tibi vendita*, talis emptio-venditio nulla est; ex ratione, quia semper disceptare contrahentes, in eligendo æstimatore, & sic contractus facile redderetur elusorius, cum homines ad dissentendum faciles sint, l. 17. *principaliter*. ff. de recept. arbit. Schneid. Inst. hic. n. 4. Ex eodem fonte fluit, quòd etiam talis venditio non valeret, si partes dicerent, quòd postea motus animi jam concordare velint. *Sie wollen sich des Kauf-Schillings halber, hernach schon ver gleichen*. Harp. n. 13.

§. ADVERS. EMPTORE QUIDEM.

Ex hoc &c. nihil aliud colligas, quam quòd, si tertius, specificè nominatus pretium definiverit, tunc emptio venditio teneat, & producat actio empti venditi, qua contractum servare recusans ad ejus implementum compellitur.

AD VERS. SIN AUTEM.

16 Sed quid? si tertius ille vel noluerit: vel non potuerit definire pretium? tunc emptio-venditio nulla erit, *text. hic.* ratio, quia talis emptio venditio, in qua determinatio pretii confertur in arbitrium tertii, conditionalis esse, censetur, puta, si Titius, vel ille tertius arbitratus fuerit; conditionalia autem conditione non existente perimuntur, l. 8. §. quod si ff. de per. & comod. rei vend. Munz. n. 24. cæterum, si tertius iniquè arbitratus fuerit, tunc recurritur ad arbitrium discreti Judicis, qui arbitramentum ad terminos æquitatis reducat. Zoëf. ff. de contrab. empt. num. 35. Arbitrium autem dicere, nemo compellitur; nisi illud acceptaverit. Schneid. n. 6.

Quæres I. An ex instrumento emptio-nis venditionis agi possit, in quo quantitas pretii expressa non est? Ratio dubitandi est, quia ex instrumento, in quo fit mentio promissionis, agi potest perinde ac si scriptum esset, interrogationem præcessisse, §. 12. & §. 16. *Inst. de inut. stipul.* ergo idem hic dicendum erit

Verum, contraria Sententia verisimilior est, cui subscribunt *Guil. lib. 2. obs. 13. Zoëf. loc. cit. n. 36. Fach. lib. 2. cont. 34. Bachov. ad Treutl. vol. 1. disp. 28. th. 6. lit. D.* Ratio sola, sed fundamentalis est, quia in emptione & venditione pro forma requiritur, ut pretium sit certum, & determinatum; quale dici non potest, cujus quantitas non patet. Deinde, licet in instrumento aliquo scriptum esset, dotem fuisse promissam, ex eo tamen agi non potest; si non constet de certitudine, & quantitate dotis promissæ l. 1. *Cod. de Dot. promiss.* ergo idem hic differendum.

Ad rationem dubitandi *Æ. con. an. neg. conseq.* Disparitas est, quia in stipulatione facile currit præsumptio Juris, quod interrogatio præcesserit, si constet de promissione; nemo enim censetur voluisse aliquid promittere, quin per illam promissionem se simul etiam obligare voluerit. Jam, cum ad obligationem sola promissio non sufficiat, sed interrogatio præcedere debeat, facile præsumitur præcessisse, ut actus potius valeat quam peteat, *Harp. §. 16. Inst. de inut. stipul.* Secus est in emptione, & venditione, ubi, licet vellemus præsumere, de pretio conventum esse, certitudinem tamen pretii, quæ essentialiter requiritur, præsumere non possumus.

AD VERS. QUOD JUS.

Quemadmodum in emptione venditione pretium debet esse certum, & determinatio ejus in arbitrium tertii conferri potest: ita etiam de mercede in locatione conductione par Jus obtinet. De quo suo loco.

§. ITEM PRETIUM. 2.

Secunda qualitas pretii est, quod debeat consistere in pecunia numerata, non in specie: alias enim permutatio foret, *text. hic.* Quod tamen cum mica salis intelligendum, ut pretium in pecunia numerata ab initio determinetur, nam, in solutione bene potest res alia solvi pro pecunia, volente tamen venditore: non autem, eò invito, l. 9. *Cod. de resind. vend. Schneid. n. 1.* Ratio quia in omni negotio primaria contrahentium intentio inspicienda est, non id, quod ex postfacto per accidens sequitur. *Munz. n. 15.* Unde advertis, emptionem venditionem, & permutationem esse diversos contractus;

permutatio enim tunc propriè fieri dicitur, quando *species certa pro specie certa* datur, veluti *hic bos pro illo equo, hic liber pro illo pileo*, &c. Emptio venditio verò quando pro specie datur pretium in pecunia numerata. *Schneid. n. 4.* ubi plures differentias inter emptionem venditionem, & permutationem enumerat.

17 *Queres II.* Qualis sit contractus, quando ex una parte certa species tantum, ex altera vero parte species, & simul pecunia datur? *R.* cum primis inspiciendam esse contrahentium intentionem. Si inter partes actum sit, ut sit emptio venditio, erit judicanda talis; si ve pretium superet valorem speciei, si ve non. Si verò inter contrahentes actum sit, ut esset permutatio (forte, quia *conventioni nomen permutationis* semper attribuerint) tunc *permutatio* erit; licet pecunia major sit, quam æstimatio speciei, *l. 6. §. 1. §. 2. ff. de act. empt. vend. Gloss. ibid.* Ratio est, quia intentio dirigit tam ultimas voluntates, *l. 76. §. donationis ff. de legat.* quam contractus, ne alias agentium intentionem, & mentem negligamus, quod leges non ferunt, *l. 19. ff. de R. C. l. multum. Cod. si quis alteri, vel sibi, &c. Covar. var. resol. lib. 2. cap. 4. n. 9. Zoef. ff. de rer. permut. n. 6.*

Sed quid? si de mente, & intentione contrahentium non constat? Tunc distinguendum est, num pecunia prævaleat, num res? Si prius, censébitur emptio venditio. Si posterius, permutatio erit, *cap. 6. §. de permut. Manz. n. 18. Inst. hic. Zoef. loc. cit.* Ratio est, quia à potiori fit denominatio. *Covar. var. resol. loc. cit. Gomez. var. resol. Tom. 2. cap. 2. n. 10.*

At, quid tunc Juris, si res, & pretium sint æqualis valoris? Tunc

sunt, aliqui, qui docent, esse contractum innominatum. *Gomez loc. cit. Harp. n. 7. Schneid n. 9. Bart. in l. 1. ff. de rer. permut. Moventur per l. 1. l. 2. §. l. 3. ff. de præscript. verb.* ubi regula generalis proponitur, quòd quoties de nomine alicujus contractus dubitatur, toties danda sit *actio præscriptis verbis*, & consequenter censéatur *contractus innominatus*.

Verum, alii tenent, partim esse emptionem venditionem, partim esse permutationem. *Facb. lib. 2. cap. 44. Covar. loc. cit. Manz. num. 19.* Moventur hæc ratione, quòd nimirum tale negotium utriusque contractus substantialia habeat, novi autem nihil esse, ut aliquis contractus diversò Jure censéatur, ut partim sit venditio partim donatio, *l. 32. §. pen. l. 5. §. 5. ff. de donat. inter vir. & uxor.* Sanè, hæc *questio*, prout forte primò intuitu videri posset, non est de lana caprina, sed magni effectus, & utilitatis: enim verò in permutatione Jus retractus locum non habet; secus in emptione-venditione. *Zoef. ff. de retract. num. 85. & seqq.*

§. CUM AUTEM. 3.

Ille §. *concordantem* habet *integ. Tit. 18 in ff. de pericul. & commod. rei vend.* qui ut dilucidè intelligatur, fac, *v. g. me tibi vendidisse catenam auream*, vel *domum meam*, & antequàm catenam vel domum traderem, fortuitò incendiò catenam vel domum comburi. *Questionis est, ad quem pertinet periculum?* Videtur primà fronte statuendum, quòd periculum pertineat ad venditorem.

I. Quia quælibet res perit suo domino, *l. 6. §. 9. Cod. de figurat. act.* atqui ante traditionem venditor adhuc manet dominus rei venditæ, quia non nudis pactis, sed traditionibus transferuntur rerum

rerum dominia, l. 20. Cod. de pact. ergo.

II. Quia rei oppignoratæ periculum non spectat ad creditorem, pignus possidentem, sed ad debitorem, ex ratione, quia est dominus pignoris, d. l. 6. § 9. ergo etiam rei venditæ periculum non spectat ad emptorem, sed venditorem, quia hic est dominus rei venditæ.

III. Quia pecunia, quam emptor, tanquam pretium rei venditæ, solvere venditori, destinavit, si pereat, perit emptori; ergo similiter, si res vendita ante traditionem pereat, peribit venditori.

IV. Per l. 32. ff. locati. ubi dicitur, si fundus venditus, antequam traderetur, fuerit publicatus, quod periculum spectat ad venditorem, & hic pretium restituere teneatur.

V. Per l. lectos. 12. ff. de pericul. § commod. rei vend. ubi in hæc verba refertur. Lectos emptos adilis, cum in via publica positi essent, concidit, si traditi essent emptori; aut per eum stetisset, quod minus traderentur, emptoris periculum esse, placet. En! in hac lege asseritur, quod tunc demum periculum ad emptorem pertineat, si res ei tradita fuerit, aut per eum steterit, quominus traderetur; ergo à contrario, si res ei tradita non fuerit, aut per eum non steterit, quod minus traderetur, non ad emptorem, sed ad venditorem spectare debet periculum.

VI. Per l. 14. §. 1. ff. eod. tit. his verbis: Materia emptæ si furto periisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo, ostendit; sin minus venlicariis; videri autem trabes traditas, quas emptor signasset. En! aperte hic dicitur ante traditionem periculum rei venditæ spectare ad venditorem.

Verum his argumentis, quæ ponderantur, non carent, in contrarium nihil remorantibus, communi Doctorum calculo approbata est Sententia, quæ docet, periculum rei venditæ ante traditionem pertinere ad emptorem. Ita Bachov. ad Treutl. vol. 1. dijs. 37. th. 8. lit. C. & D. Glette. part. 3. quæst. 20. Zoef. ff. de pericul. § commod. rei vend. n. 6. Covar. lib. 1. cap. 15. n. 2. Brumem. in l. 8. ff. d. t. Carpz. part. 2. Confit. 26. def. 19. Gomez. var. resol. tom. 2. n. 32. & communiter omnes.

Nititur I. hæc Sententia apertissimò textu nostro §. 3. Inst. hic cum autem emptio venditio perfecta est, quod effici diximus, simul atque de pretio convenerit, periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet; tanetsi ea res emptori nondum sit tradita. Non explico hunc textum, ne soli lucernam addidisse, videar.

Nititur II. l. 5. §. 2. ff. de rescind. vend. ubi dicitur, mortuo homine venditò, perinde habendum esse venditionem, ac si traditus esset, utpote, cum venditor liberetur, & emptori homo pereat.

Rationes porrò pro hac sententia à variis variæ allegantur, mihi illa placet, quæ in ipso textu continetur, puta, quia scilicet omne commodum rei venditæ ante traditionem spectat ad emptorem; ergo etiam incommodum ad eum spectabit, cum secundum naturam sit, ut eum sequantur incommoda, quem sequantur commoda, l. 10. ff. de R. J.

Argumenta contraria nullo labore diluuntur.

Primum quidem quod attinet, ad 20. miniculò distinctionis resolvitur: quælibet res perit suo domino, nisi dominus sit

fit debitor certæ speciei, *con. maj.* si dominus fit debitor certæ speciei, *neg. maj.* & sic *distingua min. neg. conseq.* Venditor hic non consideratur ut dominus, sed ut debitor certæ speciei: Juris autem est, quod debitor certæ speciei casum fortuitum non præstet, *l. 23. ff. de R. J.* Accedit, quod emptor suæ debeat imputare negligentæ, quod rem, quam statim post solutionem pretii auferre poterat, penes venditorem reliquit.

Ad II. *R.* quod commodum rei oppignoratæ non spectet ad creditorem, sed ad debitorem: non mirum ergo, quod periculum ad debitorem, non verò ad creditorem spectet.

Ad III. *R. con. ant. neg. conseq.* ratio differentie est, quia emptor non est debitor certæ speciei, sed generis: genus autem perire non potest, *l. 11. Cod. si cert. pet.* Sanè, si rem emisset pro his taleris, in cista existentibus, cum hoc in casu emptor debitor esset certæ speciei, non video, cur, damnum ad venditorem pertinere, dici non posset, utpote, qui etiam sentiet commodum incrementis valoris pecuniarum. *Chlengenß. Inst. h. t. quest. 9. ob. 2.*

IV. Exinde convellitur, quod in casu *d. l. 33.* fundus ob delictum, à venditore commissum, publicatus fuerit, adeoque venditor in culpa fuit, quod fundus perierit; non mirum ergo, quod pretium restituere teneatur, quia paulò post audiemus, nostram sententiam limitari in casu, quo casum fortuitum præcessit culpa venditoris.

V. Eadem ferè *Responsione* prosterminatur, siquidem lecti non casu fortuito, sed culpa venditoris, lectos in via publica temerè reponentis, periere.

VI. Et *ultimum* idèò neo hili, nec pili est, quia loquitur de *casu*, quo non certa *species*, sed *genus* venditur, est. Quando autem genus venditur, periculum ante traditionem non ad *emptorem*, sed *venditorem* spectat, prout statim latius explanabimus. *Harp. n. 21.*

Ex hæctenus fusè *deductis* patet, periculum rei venditæ ante traditionem pertinere ad ~~venditorem~~ *venditorem*. Hæc tamen *doctrina*

Limitatur I. si res dolò, vel culpâ venditoris perierit, *text. hic. & l. 35. §. 4. ff. de contr. h. emp.* junctam *l. 5. §. 2. ff. commodati.* ratio, quia dolus, & culpa ei nocere debet, qui dolum, aut culpam commisit, *l. 9. que in fraud. cred.* Sed, qualem culpam præstabit venditor? *R.* levem, ex ratione, quia emptio venditio utriusque contrahentis utilitatem respicit, ergo præstanda est levis culpa, *arg. l. 2. §. ff. commodati. Carpzov. loc. cit. n. 6. Manz. n. 15.*

Limitatur II. si res *alternativè* fuerit vendita (v. g. *Stichus aut Pamphilus*) & unus eorum mortuus sit ante traditionem, tunc venditori perit, & adhuc debetur, *l. 34. §. pen. ff. de contrah. emp.* Si verò alter quoque superstes postea moriatur, emptori perit, quia jam determinatè, & in specie debeatur emptori, *Pirhing. ad Decretal. de empt. vend. n. 51.*

Limitatur III. si in *genere*, vel res ²³ aliqua *fungibilis* (quæ scilicet *ponderè*, *monerò*, *Mesurâ* constat) vendita sit, hoc enim casu periculum venditoris est, *l. 14. ff. de peric. & commod. rei vend.* ratio, quia genus perire non potest. *Carpz. part. 2. const. 26. def. 23.* Nisi res fungibiles per aversionem venditæ sint, hoc est, *überhaubt*, per *Pausch*, v. g. *certum*, & *integrum dolium vini*, hoc enim casu periculum ad emptorem spectat,

ſpectat, quia cenſetur certa ſpecies vendita l. 25. §. 5. ff. de contrab. empt. Clariff. D. D. Franz. n. 80. bic. Schneid. n. 3.

AD VERS. QUOD SI FUGERIT.

Queritur hic, quid Juris, ſi fugerit ſervus, qui venditus eſt; aut ſubrepta res ſit, quæ venit, ita, ut neque dolus, neque culpa venditoris interceſſerit? R. Interſeſſe, an venditor cuſtodiam ſuſceperit, nec ne? Illo caſu periculum ſuſtinet, quia contractus ex conventionem accepit. Hoc caſu non etiam, quia culpam leviffimam, & caſum fortuitum non præſtat; ſupponitur autem, culpam levem non interveniſſe. Manz. n. 19.

AD VERS. UTIQUE.

Quando res vendita ante traditionem ad alium devenit, tunc certum eſt, quòd ab ipſo venditore poſſit revocari, & repeti, idque vel per rei vindicationem, vel actionem Furti. Quod ſi verò ipſe has Actiones intentare non velit debet eas emptori cedere, text. bic.

§. E M P T I O. 4.

24 Jam ſuprà dictum eſt, emptionem venditionem purè, & ſub conditione celebrari poſſe. Hic queritur an talis conditio valeat: ſi equus iſte infra octo dies tibi placuerit? ſi tibi venditus 10. fl. Ratio dubitandi eſt, quia talis venditio non valet: vendo tibi, quanti voles, l. 35. §. 1. ff. de contrab. emp. ergò neque iſta: vendo tibi, ſi intra certum tempus tibi placuerit.

Verùm, hoc non obſtante, hic dicitur, valere, quia pure, & ſub conditione emptio venditio fieri poſſeſt.

Ad Rationem dubitandi R. con. ant. neg. conſeq. illa enim emptio venditio: quanti voles, longè diverſa eſt à noſtra. Kees ad Inſtitus.

Ibi enim de nullo certo pretio convenitur, ut emptio contracta videri non poſſit quia tota ſubſtantia obligationis conſertur in alterius voluntatem. In caſu autem §. noſtri non ſubſtantia contractus, ſed accidens duntaxat (puta, conditio) conſertur in arbitrium alterius, poſtquam de certa merce, & pretio certò convenit. Manz. bic. alicet Harp. n. 2. §. 3.

§. L O C A, F I N A L I S.

Queritur hic, quænam res emi, vendique poſſint? Imperator hanc queſtionem non decidit, ſed obiter ſtatuit; loca ſacra, vel religioſa, item publica emi, vendique non poſſe; ratio eſt, quia ſunt exempta commerciò, l. 4. ff. de contrab. empt. Quòd ſi tamen emptor ignorans emerit, & à venditore deceptus ſit, contractus quidem eſt nullus; dabitur tamen emptori ex eo actio, non quidem ad implementum contractus, ſed ad id, quod ſua intereſt, ſe deceptum non eſſe, l. 4. l. 62. ff. de contr. empt. Schamb Inſt. bic.

Effectus emptionis-venditionis eſt, quòd venditor obligetur, ad tradendam rem venditam, liberam, vacuum ab alterius poſſeſſione, non vitioſam cum omnibus fructibus & acceſſionibus, nec non ad damna, dolò vel culpà ſua illata, reſarcienda. Solide Clariff. D. D. Franz. Inſt. h. t. n. 88.

Dixi I. ad tradendam rem venditam, ſuprà enim in explanatione definitionis audivimus, quòd tradere non dare venditor tenetur, l. 25. §. ſin. ff. de contrab. emp. unde etiam res aliena vendi poſſeſt. l. 28. ff. d. t. ita tamen, ut Venditor, eviſionis nomine, emptori obligetur, l. 11. §. 3. ff. de act. emp. Que eviſio de Jure communi à venditore præſtanda eſt; etiamſi nihil expreſſè de

illa conventum sit, l. 60. ff. de evict. Harp. n. 30. prin. Inst. b. t. Wesenb. in parat. de act. empt. n. 2. Menoch. vol. 1. conf. 48. n. 18. Quod de Jure Austriaco (diximus) non procedere; quid autem sit evictio, vide tot. tit. ff. de evict.

26 *Quæres III.* An venditor rem venditam præcisè teneatur tradere; an verò præstando interesse, liberetur?

Sunt nonnulli, qui posteriùs sustineant, quos inter eminent Donell. ad l. 4. Cod. de act. empt. Socin. in l. certi ff. si cert. pet. Fach. l. 2. cont. 30. Covar. var. resol. vol. 2. cap. 10. num. 1. Mysing. cent. 1. obs. 53. Humm. Var. resol. quæst. 7. pag. 119.

Moventur præcipuè per l. 1. ff. de act. empt. & l. 11. §. 9. ff. eod. Quibus locis perspicuè traditur Venditorem ad tradendum præcisè compelli non posse, sed, præstando interesse, liberari.

Verum, hoc non obstante, tenendum est, venditorem præcisè obligari ad tradendum. Ita Zoëf. ff. de act. empt. vend. n. 13. Carpzov. part. 2. consil. 1. definit. 15. ubi ait: hanc sententiam praxi ubique locorum receptam esse, prout similiter, ab *Excelsso Austriæ Regimine* judicatum esse, testatur *Suttinger in Manu-Script. lit. R.*

Ratio, quia aliud pro alio invito creditori non solvitur, l. 2. §. 1. ff. de R. C. & alteri per alterum non debet inferri iniqua conditio, l. 74. ff. de R. J. præterea hoc ipsam satis evincit text. in l. exemptio 13. §. 2. ff. de act. empt. ubi *Ulpianus* v. venditorem oportere ipsam rem præstare. Harp. princip. Inst. n. 33. b. t. ubi 16. argumentis hanc *Sententiam* instruit.

Ad *textum oppositos* facilis est solutio, eum intelligendi sint de casu, quo aut emptor sponte propria præstationem interesse recipit; aut, quo traditio rei

venditæ est impossibilis, fortè, quia non amplius est acquisibilis. Vide, quæ scripsimus ad §. fin. de V. O.

Dixi II. *liberari*, hoc est, immunem à servitutibus, insuetis pensionibus, nexu pignoris, annuis redditibus, & similibus oneribus. *Clariff. D. D. Franz. loc. cit. 89.*

Dixi III. *non vitiosam*; nam, si res vendita vitio affecta sit, tunc emptori succurritur ex *Edicto adilitio*; per quod duæ actiones proditæ sunt, puta, *redhibitoria*, & actio *quanti minoris*. Priori ad hoc agitur, ut venditio in totum rescindatur, venditor rem vitiosam recipiat, pretium emptori restituatur, atque omnia in priorem statum reducantur, l. 23. ff. de adib. l. 1. Cod. de adilit. act. *Perez. ibid.* Posteriori ad hoc agitur, ut tantum pretii restituatur, quanti minoris emisset, si emptor vitium perspectum habuisset, l. 61. ff. d. t. *Schamb. Inst. b. t. pag. 659.*

Dixi IV. *cum omnibus fructibus, & accessionibus*, constat enim ex prædictis, quod post emptionem venditionem perfectam omne commodum, & incommodum ad emptorem spectet. *text. in prin. Inst. b. t.*

Vidimus, ad quid venditor obligetur. 27 Emptor tenetur I. ad solvendum, hoc est, ad dandum pretium, & transferendum ejus pretii dominium, l. 11. §. 2. ff. de act. empt. ita ut, solvendo numeros alienos non liberetur, & conveniri possit ex vendito, ut vel numeros alios solvat, vel, si consumpti sint, eorum nomine, venditori indemnitatem promittat, l. 7. Cod. d. t. II. Emptor tenetur solvere usuras, si moram, non solvendo pretio, commiserit, l. 13. §. 20. ff. eod.

Dices: Venditor tantum tenetur tradere rem venditam, & non dare, prout superius

superiùs diximus; ergò etiam emptor non tenetur dare pretium, sed tantùm tradere; ne aliàs emptor, & venditor ad imparia obligentur: *R. Con. ant. neg. conseq.* In assignanda ratione disparitatis vehementer se torquent Doctores.

Harprecht. princ. Inst. h. t. n. 73. hanc assignat, quia emptor est debitor generis, venditor verò certæ speciei, cujus præstatio videtur esse difficilior, & gravius onerare venditorem, quàm præstatio generis, seu quantitatis, itaque venditor relevatur in eò, ut tradere, non dare teneatur. Deinde nisi emptor, pretium dare, necessum haberet, nullus ejus foret usus, cum rerum fungibilium usus consistat in abusu, §. 2. *Inst. de usufr.* rei autem, in specie debita, usus est; licet non sit accipientis propria, potest enim locari, commodari, &c.

Aliter ex *Wesembecio* resolvit hanc difficultatem *Schambogen Inst. h. t. p. 658* atque, regulariter quidem verum esse, quòd debitor rem dare debeat, & aliàs non liberetur; ista tamen regula pariatur exceptionem in contractu emptionis venditionis, tum, ne propter incertitudinem, & difficultatem probationis dominiorum impediatur hic contractus, tum, quia per evictionis præstationem, ad quam venditor tenetur, jam indemnis servatur emptor, perinde, ac si dominum nactus esset.

Dicta de Emptione Venditione satis sunt; non quòd plura dici nequeant, sed, quòd extenderent terminos iustitiam nostram, in eo potissimum consistentes, ne rudis adhuc, & infirmus animus studiosi, multitudine, ac varietate rerum oneratus, desertor studiorum efficiatur. Illud tamen memorià dignum existimavi, quòd Monopolia (vulgò *Fur-Kaufe*) utpote civilium morborum

causæ, manifestò manifestiores, non tantùm de Jure Justiniano, *l. un. Cod. de Monopol.* Verùm etiam per multas Imperii constitutiones severissimè prohibeantur, *Recess. Imper. de Anno 1584. sub tit. die Monopolia, und schädliche Für-Kauffe belangend.*

Pulchrè de Monopoliis scribit *Becher in seinem Commerciens-Tractat. pars. 2. cap. 2.* his verbis: *Das Monopolium bestebet, &c. i. e. Monopolium in hoc consistit: cum nempe membrum civitatis solum ad se nutriendum id retinet, quo alii multi alii e civitate præter illum, vitam tolerare possent. Cùm enim finis societatis civilis multitudinem civium requirat, utque hi omnes victum habere queant; monopolium contrà uni vel paucis tribuat, quo multi honesti viverent: hinc fit ut quibus victus eo pacto subducitur, vel pereundum, vel patria carendum sit, sique civitas tenuitate ac solitudine debilitetur; quòd iterum fini Societatis civilis est adversum, quippe ea hominibus bene multò constare debet. Nam essi qui monopolium exercet, eo ditior fit, quo aliorum victum ad se trahit: tamen magis civitatis communiter interest, ut in ea multi cives rem mediocriter amplam ac generi honesto sufficientem possideant; quam si tennes in ea sint multi, paucissimi que divites. Cum enim premittitur egestate civitas, ruunt cum ea universa ipsi divites. Ex quibus suà sponte fluit, reipublice regulariter Monopolia esse perniciosissima, quòd ipsum latè ponderasse videret hæc nostra Austria, dum per varia generalia eorum usum severissime prohibuit, de quibus vide *Cod. Aust. lit. F. v. Fur-Kauf.*, & *Pinslerwald l. 2. Obs. 83.* ubi 17. casus recenset, quibus Monopolium dicitur committi. Cæterum, quoniam Princeps, exigente id causâ publicæ utilitatis, aut ipsi Monopolia exercere, vel horum liberum exercitium*

aliis indulgere possit, extra dubitationem est, prout id ipsum testatur *Arist.*
 1. *polit.* 7. *Bes. de arar. pub. c. 3. n. 6.*
 enim verò salus reipublicæ suprema lex

esse: & utilitas publica commodo privato nunquam non præferri debet,
 l. *un. §. 14. Cod. de Cad. tollend.*

TITULUS XXV.

DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

SUMMARI A.

- 1 *Locare, & conducere quis dicatur?*
- 2 *Quid sit locatio conductio?*
- 3 *Explicatur definitio?*
- 4 *Quomodo differat à contractu inominato?*
- 5 *Locatio conductio censetur renovata, si conductor, locatore sciente, finitò conductionis tempore, manet in re conducta.*
- 6 *Reconductio quomodo de Jure Austriaco procedat.*
- 7 *Et*
- 8 *Actio conducti cui detur? Et ad quid?*
- 9 *An merces in arbitrium tertii rectè conferatur?*
- 10 *Merces debet consistere in pecunia numerata.*
- 11 *An possit in re fungibili constitui?*
- 12 *Quid sit emphyteusis?*
- 13 *Dominus directus quis dicatur?*
- 14 *Quis emphyteuta?*
- 15 *Explicatur definitio emphyteusos.*
- 16 *Scriptura an ad emphyteusin requiratur?*
- 17 *Emphyteusis quomodo differat ab aliis contractibus?*
- 18 *Canon propter Sterilitatem an remittatur, aut diminuat?*
- 19 *Emphyteusis alia est Ecclesiastica, alia civilis.*
- 20 *Alia perpetua, alia temporalis.*
- 21 *Quomodo finiat? Emphyteusis?*
- 22 *An ex taciturnitate censetur renovata?*
- 23 *An res interitu pereat?*
- 24 *Emphyteusis, ob non solum canonem, amittitur.*
- 25 *Mora purgatio quando locum habeat?*
- 26 *Alienatio, irrequisitò domini, facta, facit perdi Emphyteusin.*
- 27 *Deterioratio quando faciat eam amitti?*
- 28 *Si conveniam cum Auri fabro, ut ex suo auro mihi conficiat anulum, & ego ei velim dare decem, qualis sit contractus?*
- 29 *Qualis sit contractus, si tecum conveniam, ut in fundo meo domum mihi adifices, & omnem materiam suppedites?*
- 30 *Ad quid obligetur conductor?*
- 31 *Qualem culpam præstet?*
- 32 *Casum Fortuitum non præstat.*
- 33 *Limitatur in tribus casibus.*
- 34 *Merces quando solvenda?*
- 35 *Locator ad quid obligetur?*
- 36 *Si domus incendiò consumpta sit, quis probare debeat, culpà vel sine culpà perijisse?*
- 37 *Locatio conductio transit ad heredes?*

Secunda species contractuum, consensus initorum, est locatio-conductio, circa quam, antequam ad explicationem principii hujus Tit. accedamus, videndum est, quid sit Locatio conductio? Item, quis locare: quis conducere dicatur?

1 Locare autem dicitur, qui alicui usum rei concedit, constitutâ certâ mercede: Conducere verò dicitur, qui accipit usum rei pro certa mercede. Unde advertis, quis locator, quis conductor nominetur. Locator is dicitur, qui mercedem accipit, conductor qui eam præstat. *Schneid. n. 3.*

2 *Definitur locatio conductio, quòd sit contractus Juris gentium, nominatus, bonæ fidei, solò consensu initus, quo vel personarum operâ, vel rei usus pro certa aliqua mercede, in pecunia numerata consistente, præstat.*

3 *Dixi I. Juris gentium: Ita enim habet l. 5. ff. de J. & J. ibi: ex hoc Jure gentium emptiones venditiones, locationes conductiones, &c. & l. 1. ff. locat. cond. ibi: Locatio, & conductio cum naturalis sit, & omnium gentium, &c.*

Dixi II. Nominatus, bonæ fidei, &c. arg. §. 28. Inst. de act.

*Dixi III. Solo consensu, quia hic contractus perfectus esse censetur, statim atque partes contrahentes de re ipsa, sub certa mercede locanda, conveniunt; neque ulla litterarum, vel verborum sollemnitas, vel actualis rei traditio, aut pecuniæ numeratio requiritur. *Manz. n. 9.**

*Dixi IV. Vel personarum opera, vel rei usus, solemus enim non tantum pro certa mercede locare res nostras (v. g. equos, agros, domus, &c.) verum etiam operas hominum, puta, mercenarii, nuntii, officii &c. *Harp. num. 3.**

Dixi V. Usus, ut distinguatur locatio conductio ab emptione venditione, in qua dominium transfertur, vel saltem usufructuendi conditio.

*Dixi VI. Pro certa mercede, quia si usus rei non concedatur pro certa mercede, sed gratis, tunc non locatio, sed commodatum erit, vel precarium. *Harp. n. 10. hic Zosf. ff. de precar. n. 3.**

4 *Dixi VII. in pecunia numerata, ratio*

est, quia, si aliam rem, quam pecuniam numeratam, locò mercedis promiseris, vel si convenerit, ut una res detur usui pro alia, non est locatio, sed contractus innominatus, *facio, ut facias*, v. g. si equos meos tibi hodie concederem, ut cras tuos haberem. *Mysf. n. 5.* Vel, si concederem alteri meos agros, & convenirem cum ipso, ut mihi dimidiam, vel tertiam partem fructuum solveret, esset contractus Societatis, vel si habitationem concederem, ut mihi vinum, vel frumentum præstaret, esset contractus innominatus, *facio ut des*, *Manz. n. 16.*

AD PRINCIPIMUM.

Dicitur in hoc principio, quòd locatio conductio magnam similitudinem habeat cum emptione, & venditione, iisdemque Juris regulis consistat.

Prima autem similitudo est, quòd, quemadmodum emptio & venditio censetur esse perfecta statim, atque de merce & pretio inter venditorem & emptorem conventum est, sic locatio & conductio statim habetur pro perfecta, quando locator, & conductor de mercede conveniunt, ratio est, quia uterque contractus solò consensu perficitur, idque vel expressò vel tacitò: *expressò*, si verbis expressis, & vivâ voce rei usus pro certa annua pensione locator, & conducitur. *Tacitò*, qui exinde colligitur si conductor, finito conductionis tempore, maneat in re conducta, locatore id sciente, & patiente; hoc enim casu locatio conductio censetur renovata, l. 13. §. ult. l. 14. ff. locat. cond. l. 16. Cod. eod. *Clariff. D. D. Franz. Inst. h. t. n. 25. Concord. Walter de consuet. Aufl. hb. 2. tit. 5. ibi: Wann der Bestand Herr seinen Bestand zu ordentlich und bedingter Zeit nicht auffkündet, so wird der Bestand wieder tacitò confirmiret.*

Sed ajunt, quoque censetur renovata locatio conductio? R. Si prædium conductum sit rusticum, locationem conductionem censi renovatam usque ad anni spatium, d. l. 13. §. ult. *Brumm. ibid. n. 16.* Si verò prædium conductum fuerit urbanum, ad tantum tempus renovatam censi, quantum conductor post conductionem primam finitam habitavit, & dominò patiente, manserit, non verò in primum tempus locationis. *Brumm. in d. l. 16. Cod. h. t. Mantie. de tacit. & amb. cono. l. 5. tit. 15. Menoch. l. 3. præsumpt. 80. n. 6.* ratio differentie est, quia utilitas prædii rustici consistit in perceptione fructuum, qui solent semel tantum, & ad finem anni percipi. Econtrà utilitas prædii urbani consistit in habitatione, quæ singulis momentis percipitur, *Franz. loc. cit.*

Cæterum; quandoque fit Reconductio, antequàm tempus locationis finitum est, puta, si inter partes convenerit; aut consuetudo loci exigat, veluti in hac nostra Austria, ut resignatio fiat ante elapsam tempus locationis, interjecto nimiram semestri vel trimestri tempore. Quo casu locatio ad medium annum tacitè renovata censetur. *Brumm. in cit. l. 16. n. 3.* Quæ ipsa tacita Reconductio locum etiam sortitur in operis locatis, v. g. si quis Advocatum conduxerit ad annum, & expressè conventum sit: ut alter alteri utrinque resignationem facere debeat semestri tempore præcurrentem. Si nulla resignatio facta fuerit, reconductio videtur opera Advocati. *Mev. part. 3. Decis. 61.* Paciter, si quis alteri certam summam pecunie, à 6. pro cento, mutuum dederit ad unius anni spatium, hoc pacto adjecto: ut sortis solutio trimestri termino prænunciatur. Si resignatio tempore convento facta non fuerit in-

vito creditori ante lapsum anni fortem solvere non potest, eò quòd, in alium annum tacitè reconduxisse, videatur. *Vide Menoch. lib. 3. præsumpt. 85. Manz. lib. 5. tit. 15. n. 43.*

II. Similitudo est, quòd, quemadmodum, constitutò pretiò, emptori actio ex empto: venditori actio ex vendito competit, ita quoque constitutò mercede, locatori actio locati, & conductori actio conducti competit; ratio non est alia, quàm quòd uterque contractus solò consensu perficiatur. *Manz. n. 7.*

Actio verò locati datur locatori, 7 ejusque hæredi adversus conductorem, ejusque hæredem, *text. hic. & l. 29. Cod. h. t. ad hoc, ut merces, una cum usuris post moram solvatur, l. 2. ff. in quibus causis pig. vel hypoth. tacit. contrab.* Item, ut omnia damna, quæ conductoris culpa obtigerant, refundantur, *l. 9. §. 3. ff. locati. Harp. n. 43. ubi sub n. 44. asserit, quòd si equus conductus creperit, præsumatur casu, & sine culpa conductoris periisse, ita, ut locator, asserens, culpa conductoris equum periisse, eam probare debeat; omnis enim, qui dolum, aut culpam allegat, eandem docere, & probare debet, l. 18. §. qui dolo ff. de probat. Gomez. var. resol. tom. 2. cap. 3. 22.*

Actio conducti datur conductori l. 8 15. ff. locati. ejusque hæredi, l. 19. §. 2. ff. eod. adversus locatorem ad hoc, ut reconducta uti frui liceat, & impensæ utiles, ac necessariæ refundantur, l. 19. §. Si inquilinus. ff. Locati, *Schaub. hic.*

§. ET QUÆ I.

Tertia Similitudo consistit in hoc, 9 quòd, sicuti in emptione, & venditione determinatio pretii potest conferri in arbitrium tertii, ita & in hoc contractu determinatio mercedis in arbitrium tertii

tertii conferri possit; & , sicuti tunc, cum emptio venditio in arbitrium tertii confertur, in suspenso tamdiu manet obligatio, tanquam conditionalis, donec ille pretium definerit, & , si definire vel noluerit, vel non potuerit, tunc pro nihilo habetur emptio venditio, ita quoque locatio, in arbitrium tertii collata, non pura est, sed conditionalis, & , donec definitio mercedis sit subsecuta, vel in suspenso maneat obligatio, vel definitione non subsecuta, pro nihilo habeatur, utpote conditione non existente, *Manz. n. 4.* Ex *Distis* sua sponte fluit, non contrahi locationem conductionem tunc, si quis factori vestimenta facienda, aut fulloni polienda, curandave dederit, nullam certam mercede constitutam, promittens, cautum se daturum postea, quantum inter eos convenerit; *ratio*, quia deficit requisitum substantiale, puta, *certa merces*, erit proinde contractus innominatus censendus, ex quo actio *prescriptis verbis* nascitur, *l. 22. ff. prescript. verb. Schamb. Inst. hic.*

§. PRÆTEREA. 2.

10 Quarta Similitudo, quæ intercedit inter contractum emptionis, & locationis, est hæc, quod, sicut pretium emptionis venditionis tantum consistit in pecunia numerata, ita merces locationis non possit in alia materia constitui, nisi in pecunia numerata, *text. hic.* Unde, si vicinus vicino usum bovis commodat, ut vicissim sibi postea etiam usum sui bovis commodaret, non erit contractus locationis conductionis, sed innominatus, *do, ut des.* Quare, si bos dolò, vel culpa perit, non *Actio locati* (cum merces non intervenit) neque *Actio commodati* (cum commodatum debeat esse *gratuitum*) sed *actio prescriptis*

verbis dabitur, *Manz. Mynf. & Schneid. hic.*

Objicies I. Si olei 21. *Cod. h. t.* ubi fructus annui sub olei certa ponderatione locati esse dicuntur, ergo merces in locatione conductione potest etiam in re fungibili, & non semper debet in pecunia numerata consistere. Ut istum *Text.* in concordiam reducerent, varii varia excogitarunt. Sunt enim, qui statuunt, in contractu locationis conductionis mercedem constitui posse in quacunque alia re fungibili. Ita *Vult. ad prin. Inst. h. t. n. 17. Harp. §. 4. n. 2. h. t.* Sunt alii, qui *text. d. l. de contractu innominato* intelligant. Verum, his *refragatur*, quod in *text.* expressè verbum *locare* positum sit, à cuius proprietate non facile recedendum. Deinde, sunt præterea alii *Text.* puta *l. 35. ff. h. t. §. l. 8. Cod. eod.* in quibus aperte cautum est, mercedem in fructibus, & annuis quantitibus consistere posse.

Ego in hac rerum alteratione illam *probo Sententiam*, quæ docet, *distinguendum* esse, inter locationem rei *frugifere*, & *non frugiferae*. Illo casu merces etiam in certa parte fructuum consistere poterit. Hoc casu merces pecuniaria sit, necesse est. Ita re ipsa strenuè propugnant, *Bachov. ad Treutl. vol. 1. disp. 29. Theß. 3. lit. G. Brunner. in d. l. Si olei. 21. à Sommer. Inst. h. t. n. 7. Clariff. D. P. König. ad Decret. h. t. n. 16.*

§. ADEO. 3.

Trattatur in hoc §. materia de *Emphyteusi*, ab utilitate & sui frequentia nulli secunda. *Emphyteusis* verò græcâ voce implantationem, seu insitionem significat: nam, & primæva natura, & institutione hujus Contractus fuit, ut non nisi res steriles, & incultæ in *Emphyteusin*

teusim concederentur eò sine, ut ab Emphyteuta per implantationem, culturam & Seminationem frugiferæ redderentur. *P. Engel. ad Decret. de locat. cond. n. 11.* Hodie verò, etiam res cultæ, & frugiferæ in emphyteusim conceduntur, declarante id *Consuetudine*, optimâ rerum interprete, *Clariff. D. D. Franz. hic. n. 7.*

- 12 Emphyteusis definitur, aut potius quòd sit contractus Jurisgentium, consensu initus, bonæ fidei, quo prædium alteri utendum fruendum conceditur pro certo canone, in recognitionem directi domini annuatim solvendo. Germanicè vocatur: Ein Erb-Zinß Gut. Ein Erb-Lehen Ein Hoff-Gut. Ein Gült - Hoff. Ein Bauren-Lehen.

In Austria Emphyteusim *Walterus de Jure consuet. lib. 4. tit. 1.* his verbis describit: *Wann ein Pralat, Herr, oder Land-Mann, &c. i. e. Cam prælatus, Dominus, vel rusticus fundum seu prædium alicui pro canone (zinß) ac præstatione (dienst) annua, nimirum ipsi ejusque heredibus, (erblich) concedit eo pacto emphyteuta (der Zinß-mann) qui fundum ea lege accipit, in eo habet dominium utile (das nutzliche eigenthum).* Et quoniam ejusmodi concessio prædii, non modo in heredes (erblich) sed etiam in numerum annorum præfinitum, vel in aliquot tantum personas (leiber) possit conferri: tamen in hac provincia, magis consuetudo viget, ut ea concessio à domino fiat in heredes (erblich): qua propter ea prædia dicuntur grund-erb-güter, erbgrund: Uti vero concessio sit in numerum annorum præfinitum, vel in aliquot personas (leiber): tunc non solet concipi eam clausula, pro eo ejusque heredibus; sed in modum locationis (bestand-weiß) quem quidem sensum trahunt verba *hinlassen vel verlassen*, in instrumentis locationis vel dotalitii (leibgeding) usitata.

Ex istis verbis poteris colligere intelligentiam certorum terminorum & vocabulorum, quæ in Contractu emphyteutico usitata, eique communia, & ad cognitionem hujus materiæ perquam necessaria sunt. Itaque *Dominus Directus*, 13 qui concedit bona, seu prædia in emphyteusim, noltrâ vernaculâ vocatur *der Grund-Herr. Emphyteuta* verò, qui 14 prædia excolenda, & utenda fruenda recipit, nostro idiomate nominatur *der Zinß-Mann. Emphyteusis* ipsa, seu illa prædia, quæ conceduntur, appellantur *ein Erb-Gut. Ein-Erb-Grund. Annua pensio* denique, quæ ab emphyteuta annuatim præstatur, dicitur latinè *vectigal*, seu *canon emphyteuticus*. Germanicè *leiblicher Zinß; oder Dienst*. Cæterum, priusquam ultra progrediamur, pro principio teneas, velim, nimirum toties, quoties de materia emphyteutica sermo sit, autè omnia tenorem, & conventionem investituræ inspiciendum esse, qui quandoque tam Juri communi, quàm naturæ emphyteuseos, ob singularem conventionem, quæ dat formam, & legem contractui, derogat, & ante omnia servandus. *Wesemb. consil. 331. n. 54. Part. 7. Fünsterwald. l. 2. obs. 37. n. 8. § 9.* His præmissis, in viam, & explicationem Definitionis redeo.

Dixi I. quòd emphyteusis sit *Contractus*, quia ex illa ultrò, citròque nascitur obligatio: siquidem dominus directus tenetur, emphyteuta rem emphyteuticam tradere, & post traditionem pati, ut emphyteuta eâ libere utatur, & fruatur. Emphyteuta econtrâ obligatur, agros colere, atque *canonem annuatim præstare. Harp. n. 14.*

Dixi II. *Juris gentium*, puta, quoad originem, quia non solum apud Romanos, verùm alias quoque gentes ante *Constitu-*

Constitutionem Zenonis usus emphyteusos receptus fuit. Sic testatur *Aristotel. lib.*

2. *Oeconom.* ubi scribit *Bizanzios*, cum, *exhausto arario, pecuniis indigerent, finibus publicos certa mercede locasse, fertiles ad tempus, steriles in perpetuum, Clariss.*

P. König. *ad decret. loc. cit. n. 32.* Dixi quoad originem, quoad formam enim *Juris Civilis est*, idque propter *Constitutionem Imperatoris Zenonis*, qui eidem robor suum, & formam certam communicavit, atque peculiare nomen tribuit. *Manz. n. 13. Harp. n. 17. hic.*

Dixi III. *Consensus initus*, ratio, quia emphyteusis ad similitudinem locationis conductionis solò consensu constat, & ad sui perfectionem neque rei traditionem, neque solennitatem verborum requirit; sed sola conventio de concedendo prædio fruendo, & præstandâ annuâ pensione, obligationem, & vim illi tribuit. *Harp. n. 15.*

16 *Quæres I. An scriptura ad substantiam contractus emphyteutici requiratur?* *Scripturam ad valorem contractus emphyteutici requiri, constanter docet Schneid. num. 7. hic Hist. var. resol. lib. 3. tract. 7. Part. 2. quæst. 11. Cravetta Consil. 112. num. 8. Sard. Decis. 331. n. 10. lib. 2.*

Moventur l. 1. Cod. de Jure emphyte. per illa verba: *Scriptura interveniente, qui ablativus, absolute positus (inquunt) importat conditionem, arg. l. 109. ff. de condit. & demonstr.*

Verùm, hoc non obstante, solidior, & veritati conformior semper mihi visa est illorum doctrina, qui docent, vehementer consultum esse ut emphyteusis in scripturam redigatur; non tamen esse de necessitate, ita *Zoes. ff. locat. cond. n. 55. Clariss. D. P. König. lo. cit. n. 38. Harp. num. 58.* Consultum verò quòd sit, est ista ratio, quia emphyteusis per *Scripturam* commodè probari potest,

& cum emphyteusis quandoque ad tempus, memoriam hominis excedens, constituitur, & præterea varix conventiones eidem immisceantur, idè ad faciliorem emphyteusos, & conventionum, eidem adjectarum, probationem per quam multum cooperabitur scriptura. *Surd. Decis. 10. Mascard. de probat. conclus. 603. vol. 3.*

De necessitate verò quòd non sit *Scriptura*, ratio est, quia emphyteusis est ex ordine contractuum consensualium, *text. hic.* quorum nullus ad sui valorem exigit scripturam, *l. 4. ff. de fide instrum.*

Dixi IV. *Quo prædium*: quibus verbis indigitatur, quòd contractus emphyteuticus non, nisi in rebus immobilibus, constituitur, *l. 1. ff. si. ager. vect. Harp. n. 88.*

Dixi V. *Utendum fruendum*, ut appareat, emphyteutam non fieri dominum rei, in emphyteusin concessisse; sed duntaxat adipisci dominium utile, quale habet usufructuarius. Et in hoc contractus emphyteuticus differt à contractu censuali, qualis tunc dicitur celebrari, si quis alteri concesserit plenum dominium rei immobilis, cum hac conditione, ut ipsi annuam pensionem, vel censum solvat. *Manz. n. 24.*

Differt etiam emphyteusis à contractu emptionis venditionis, & locationis conductionis. Ab illo, quòd in contractu emptionis venditionis transferatur dominium directum & utile; in emphyteusi verò duntaxat utile. Ad hoc, quòd in locatione conductione solummodò usus & quidem temporalis; in emphyteusi verò dominium utile transferatur. Deinde, in locatione pensio solvitur, tanquam juxta æstimatio fructuum, vel usus; in emphyteusi verò canon præstatur principaliter in recognitionem domini directi. *P. Engel. loc. cit. n. 12.*

Dixi VI. *Pro certo canone, annuatim solvendo*, hæc enim annua pensio præcipue est propria contractus emphyteutici; nam, sine ea transfret in speciem vel donationis, vel usufructus, vel feudi, *Manz. n. 32.*

18 Dixi VII. *In recognitionem domini directi*, paulò enim ante dictum est, canonem emphyteuticum non solvi, ob fructus perceptos, sicuti merces in locatione conductione, sed in signum superioritatis, & honoris gratiâ. *Wesemb. n. 6.*

Unde sua sponte fluit, quòd, licet merces, seu pensio, quam colonus in locatione conductione solvit, propter sterilitatem remittatur, vel saltem diminuat; diversum tamen in emphyteusi obtineat, utpote in qua, ob annorum sterilitatem canon neque remittitur, neque diminuitur: ratio *Disparitatis* est, quia canon non solvitur in compensationem fructuum, sed in recognitionem domini directi, quod in superiori recognoscere debet; sive fluant anni *fertiles* sive *steriles*. Colonus verò mercedem solvit intuitu fructuum, quales si nulli, aut pauci nascantur, æquitati consonum est, ut merces aut remittatur, aut diminuat. *Manz. n. 42. Gail. lib. 2. obs.*

23. *Clariff. D. P. Konig. n. 43.*

19 *Dividatur I. Emphyteusis in ecclesiasticam, & civilem.* Illa dicitur, cum bona *Ecclesie*: hæc, cum res *profane* (quæ ad *Principem*, ad *Civitatem*, ad *Fiscum*, vel etiam ad *privatum* spectant) in emphyteusin conceduntur, *l. 4. & auct. præterea Cod. de SS. Eccles. l. 1. Cod. de Jure emphyt.* Illud *notandum*, ad hoc ut emphyteusis dicatur ecclesiastica, & prærogativis suis gaudeat, requiri, ut in rebus ecclesiasticis constituatur v. g. *fundo*, ad *ecclesiam* pertinente, & non sufficere, ut à *persona ecclesiastica* tan-

tum constituatur. *Clariff. D. P. Konig. loc. cit. n. 29. Harp. n. 119.*

Dividitur II. In perpetuam, & tempo-20 ralem, de qua divisione sunt, qui dubitent, *an detur emphyteusis non perpetua?* Verùm, ex usu & consuetudine constat, dari emphyteusis, non perpetuas, hoc est ad *duas, tres generationes*, vel ad *30. annos &c.* & idem confirmat *Novell. 120. cap. 5. & 6.* In dubio tamen semper intelligitur, esse perpetua. *Harp. num. 94.* Nisi sit emphyteusis ecclesiastica, quæ, nisi expressè hæredum fiat mentio, præsumitur tantum ad vitam accipientis, vel certè non, nisi usque ad tertiam generationem concessa. *Nov. 7. cap. 3. P. Engel. num. 14. vide Zoëf. ff. locat. cond. n. 65.*

Amittitur emphyteusis variis modis. 21
I. *Lapsu temporis*, ad tempus enim concessa eò lapsò censetur negata, *l. 1. l. fin. ff. Si ager vœdical. Zoëf. loc. cit. n. 73.*

Quæres II. an, transactò tempore, em-22 phyteusis ex utriusque partis taciturnitate conseatur renovata?

Ratio *dubitandi* in eo posita est, quia Emphyteusis est species locationis conductionis, quæ (ut *suprà* latius discussimus) ex tacito partium consensu renovari dicitur. Verùm, tenendum est, lapsò tempore, ad quod emphyteusis constituta est, ex taciturnitate partium non censi renovatam, siquidem, in emphyteusi majus versatur præjudicium quàm in locatione conductione, utpote, in qua merces correspondet fructibus, ut hujus intuitu consensus in relocationem faciliè præsumatur. Quod secus se habet, in emphyteusi, ubi canon plerumque exiguus est, adeoque non præsumendum quòd dominus directus in continuationem utilis domini tam faciliè consentiat. *Fach. lib. 1. cons. 84.*

Clariff.

Clariff. D. P. Konig. ad Decret. de locat. cond. n. 47.

23 II. Amittitur emphyteusis totali ipsius rei, in emphyteusis concessa, interitu, v. g. si ager casmate vel diluvio pereat: aut à mari occupetur, l. 2. Cod. de Jure emphyte. Hoc in casu expirat tota emphyteusis, ita, ut emphyteuta penitus liberetur à præstatione canonis, ratio, quia, cessante causâ, cessat effectus, cap. 60. §. de appellat. & non entis nullæ ampliùs sunt qualitates. Manz. Inst. h. t. n. 27. Zoef. ff. h. t. n. 74. Brummen. in d. l. 1. n. 6. Finsterw. lib. 2. obs. 43. n. 5. Fach. lib. 1. cont. 90. Sanè, si pars tantùm rei emphyteuticæ perierit, emphyteuta nihilominùs tenetur præstare integrum canonem, text. hic. & d. l. 1. Fach. d. loc. cont. 89. Harp. n. 373. ratio, quia canon solvitur in recognitionem dominii directi, quæ recognitio adhuc locum habeat, tametsi pars rei emphyteuticæ perierit, Manz. n. 29. Unde

Colliges, licèt damnum notabile, aut magna sterilitas annorum contingat, eà tamen propter emphyteutæ canonem neque remittendum, neque diminuendum esse, ita, ut Carpov. Jurisp. Forens. part. 2. consil. 38. desin. 19. num. 2. aperte asserat, etiamsi omnes fructus absumperit sterilitas, emphyteutam tamen ne quidem à parte pensionis liberari. Huc quadrant vulgares illi rithmi:

Si peris res tota, non dolet Emphyteuta.

Si peris pro parte, nullà se liberat arte.

Concordat Jus Austriac. teste Walter lib. 4. tit. 12. ibi: Da ein Grund-oder Erb-Guth &c. i. e. Cùm fundus emphyteuticus bello, incendio, vi aquarum, partem peris vel destruitur; tunc non tenetur Dominus directus pensionis quidquam remittere, sed emphyteuta tenetur nihilominus eam præstare. Est autem ipsi ea pensio ni-

mia onerosa? potest tunc fundum qualencumque existentem Domino directo resignare. Ita etiam; cùm colono per gelu vel tempestatem deficiunt fruges; nihilominus tenetur à Domino pensionem solvere.

Sanè si emphyteuta propter bellum fundum prorsus ingredi non possit; & sic ab omni fructu impediatur, æquitati videtur consonum ut remissio fiat canonis. Ita Gail. 2. obs. 23. n. 23. Finsterw. loc. cit. n. 5. Brummen. in d. l. 1. num. 7. Carpov. loc. cit. n. 6. & Resp. 91. lib. 1. tit. 9.

III. Extinguitur emphyteusis, dilata²⁴ Solutione Canonis, etenim, si emphyteuta in emphyteusi ecclesiastica per biennium, in sæculari per triennium continuum in solutione canonis cessaverit, toto Jure, quod in te emphyteutica obtinet, cadit, cap. fin. §. h. t. & l. 2. Cod. de Jure emphyte. Brummen. ibid. num. 2. etiamsi numquam fuerit interpellatus, d. l. 2. tempus enim interpellat pro homine. Clariff. D. P. Konig. l. cit. num. 50. Glettle part. 2. select. quest. 24. num. 1.

Limitatur, si emphyteuta celeri solutione moram purgaverit. Ubi tamen emphyteusis ecclesiastica severenda à civili. In illa procedit, quod diximus, hoc est, si lapsò bienniò canonem emphyteuta celeriter obtulerit, expelli non potest fundò emphyteuticò, d. cap. ult. h. t. In hac diversum obtinet, neque mora purgatur, licèt post triennium emphyteuta pensionem, seu canonem promptè obtulerit, d. l. 2. Cod. de Jure emphyte. ibi: Sed, omnimodò eo, si dominus voluerit, repellendo: quæ verba arguere videntur, ita absolute repelli posse, ut nec moram purgare possit emphyteuta. Deinde d. l. 2. executionem caducitatis committit voluntati Domini directi, ex cujus arbitrio, & voluntate

non penderet executio caducitatis, si emphyteuta caducitatem celeri satisfactione declinare posset. Ita more suo solidissime *Glettle loc. cit. num. 2. & Clariff. D. D. Franz. Inst. b. t. Part. 2. n. 16. Jafon. in d. l. 2. n. 73. Covar. var. resol. lib. 3. cap. 17. n. 4. Facb. l. 1. cont. 89. Berlich. Part. 2. Concl. 46. n. 47.* Quòd autem aliud definitum sit in emphyteusi ecclesiastica, rationem differentie ponit, *Zoef. ff. b. t. n. 85.* quòd Ecclesia, ut durius agit, inducendo jus commissi per cessationem biennii, ita vicissim mitius, admittendo purgationem moræ. Vide etiam *Fünsterwald. lib. 2. obs. 42. n. 6. & 7. & Carpz. p. 2. const. 38. def. 11.*

Illud tamen singulariter notandum; tamen si emphyteuta canonem per triennium non solverit; Domino tamen directionem licere, propria autoritate emphyteutam ex fundo emphyteutico expellere, sed opus esse Judicis pronuntiatione, & sententiâ. *Fünsterw. lib. 2. obs. 41. n. 3. Mynsing. obs. 77. cent. 6.*

Concord. *Jus Austr. teste Sutting. in Manuscript. lit. G. v. Grund-Recht. ibi: Wann ein &c. i. e. Cum emphyteuta pensionem annuam non solvit; non idcirco potest Dominus, citra juri formam & sententiam in fundum ire.* Item testatur *Walter. lib. 4. tit. 6.*

26 IV. Amittitur emphyteusis, si emphyteuta rem emphyteuticam, irrequisito Domino, alienaverit, *l. fin. Cod. de Jure emphyt.* licet enim emphyteuta Jus suum alienare & vendere possit; prius tamen id debet Domino directo denunciare, & hujus consensum requirere, *d. l. ult.*

Concord. *Jus Austr. teste Waltero, lib. 4. tit. 16. Einem jeden solden oder Zinsz Mann &c. i. e. cuilibet Emphyteuta*

licet fundum emphyteuticum aliove citra Domini contradictionem vel intercessionem vendere: ita tamen ut venditio Domino, hujusve curatori vel judici (pfleg oder richter) prius denuncianda sit.

Quod adeò verum est, ut Domino directo liberum sit, rem, ita commissam revocare, etiam nullò pretiò, emptori restitudo. Doctores in *l. 3. Cod. de Jure Emphyt. Carpz. part. 2. const. 38. def. 13. num. 1.*

Cæterum, si emphyteuta alienationem denunciaverit; & dominus per duos menses consensum suum non declaraverit, poterit is, citra periculum commissionis, emphyteusin pro libitu, cui velit, vendere, *d. l. fin. Zoef. loc. cit. n. 100. Fünsterwald. l. 2. Obser. 47.* Interim tamen Dominus non tenetur quemcumque, ab emphyteuta presentatum, acceptare, & emphyteuta venditionem tandiù obligator suspendere, donec emptorem invenerit, quem Dominus rationabiliter repellere nequeat, *Walter loc. cit. tit. 16. Desgleichen, &c. i. e. Similiter, cum Dominus rationales habet causas, cur emptorem in locum Emphyteuta admittere nolit; tunc potest venditionem tandiù suspensam tenere, donec idoneus emptor vel emphyteuta (stiftmann) sibi presentetur.* *Fünsterw. loc. cit. n. 7.* ubi adhuc latius hac de materia scribit, & adhuc illud memoriâ dignum existimavit, quòd, licet prædium emphyteuticum meliorationibus auctius, & pinguius reddatur; canon tamen, litteris emphyteuticis comprehensus à domino augeri non possit, & melioramenta in commodum emphyteute cedant. *Borcholt. de Feud. cap. 3. n. 13. Carpz. 2. Const. 38. def. 22. n. 4. Fünsterwald. lib. 2. obs. 89. ibi: Ob ein Grund-Herr seine Unterthanen mit dem Grund-Dienst steigern mag?*

Concord. *Walter lib. 4. tit. 4. Wann der Unterthan &c. i. e. Cum emphyteuta sub emphyteuticâ prestatione certâ fundum tenet; fundus autem ita possessus melioratione auctior fit; non idcirco debet Dominus ullam novam prestationem imponere, nec canonem olim constitutum in majorem mutare; verum debet impositâ jam olim prestatione contentus esse.*

27 V. Finitur emphyteusis culpa, & insigni rei deterioratione, utpote, ob quam Emphyteuta omni suo Jure cadit, *Nov. 120. cap. 8. & auth. Qui rem Cod. de SS. Eccles. ut si arbores, fructiferas de SS. Eccles. ut si arbores, fructiferas etiam, quas ipse posuit, incideret, sylvas extirparet, vineas devastaret, vel agros substitueret. Ego. Gail. 2. obs. 67. n. 7. Clariss. D. P. Konig. loc. cit. n. 52. Ratio est, quia legi contractus non satisfecit, quæ est, ut nomen ipsum sonat, rem meliorare. Zoef. ff. locati condicti. Mysing. cent. 6. obs. 86. Carpz. part. 2. const. 38. def. 23. Requiritur tamen, ut ista deterioratio dolò, latâ, vel saltem levi culpâ facta fuerit. Menoch. de arbit. Jud. cent. 1. lib. 2. cas. 78. Siquidem, ob culpam levissimam, in Rei emphyteuticæ deterioratione commissam privationis pœnam emphyteuta subire non debet, *Carpzov. loc. cit. n. 5.**

Sed quid? si pars duntaxat fundi deteriorata fuerit, an tota emphyteusis privanda erit? Sunt qui docent, non, nisi pro parte, privandum esse, ex ratione, quod pœna commensuranda sit delicto, *arg. l. Sancimus Cod. de pen. Clariss. D. P. Konig. loc. cit. n. 51. Zoef. n. 98. Carpzov. loc. cit. num. 9.*

Verum, Consuetudine Austriacâ contrarium receptum est, secundum quam, bona emphyteutica raro dividere, aut nunquam, concessum est, *Walter lib. 4. tit. 14. ibi: Wann ein Dienst-Mann &c. i. e. Cum ex negligentia vel prava Em-*

phyteuta economia fundus deterior vel inutilis fit, tunc potest Dominus, juxta morem provincie, novam ei Emphyteusis imponere, (die zuffistung anfferlegen).

§. ITEM QUÆRITUR. 4.

Enumeravimus aliquot similitudines, quæ inter locationem conductionem, & emptionem venditionem intercedunt, jam in hoc §. proponitur facti species, in qua dubitare possis, num emptio venditio, num locatio conductio sit? est autem talis: cum auri fabro conveni, & pactum feci, ut ex suo auro mihi conficias anulum, & ego velim ei dare 10. *Questionis est, an ex tali negotio consurgat emptio venditio: an vero locatio conductio?*

Cassius autumabat, materiæ esse emptionem venditionem, operæ verò locationem conductionem, rationem pro se habeat istam, quia, licet quoad aurum dici posset emptio venditio, quod interveniat pretium: quoad operam tamen emptio venditio dici non potest, cum nemo dicatur vendere, sed locare operam, *l. 22. §. 2. ff. locati.*

Verum, hoc non obstante, *Justiniano* placuit, tantum emptionem venditionem contrahi, ratio redditur à *Pomponio* in *l. 20. ff. de contrab. empt.* ubi ait; non posse ullam locationem esse, ubi materia non datur ab eo, cui res fiat, ergo, cum aurum non fuerit datum auri fabro, non locatio conductio, sed emptio venditio erit, quasi aurifaber suum aurum certo pretio vendiderit. *Manz. n. 4. bic. & Harp. n. 2. Qui posterior solide docet, semper distinguendum esse, utrum is, qui sibi aliquid fieri petit, etiam aliquid det, ex quo id fiat; nec ne? Nam, si aliquid dederit? erit emptio venditio, Arg. d. l. 20. Unde, si conveniat inter me, & Titum, ut mihi numerum*

aliquem tegularum pro certa quantitate pecuniæ præbeat. Si tegulæ ex meo fundo fiant, locatio conductio, si ex fundo Titii, emptio venditio erit.

Sed, qualis erit contractus, si tecum conveniam, ut in fundo meo domum mihi ædifices, & omnem materiam suppedites? Erit locatio conductio *arg. l. 22. §. 2. ff. locati*, quia aliquid dedi, puta, fundum, & arcem, quæ dicitur maxima pars domûs, *l. 98. §. ult. ff. de Solut. Menoch. de retinend. poss. remed. 4. n. 16. Harp. Inst. hic. n. 4.*

§. CONDUCTOR. §.

30 Queritur in hoc §. ad quid conductor obligetur? *R. Imperator* generaliter, quod omnia secundum legem conductio- nis (hoc est: secundum pacta & conven- ra) facere debeat, quia contractus ex conventionem legem accipiunt, *l. 23. ff. de R. J.* Quod si autem nulla pacta inter locatorem, & conductorem interces- serint, tunc ea præstanda sunt, quæ æquo, bono congrua sunt, iste enim contractus est bonæ fidei, adeoque in ea multa veniunt præstanda, de quibus inter partes conventum non est, modò æquitati conveniat, *Manz. mun. 2.*

31 *Queres, qualem culpam conductor teneatur præstare?* Dixeriſſimam per *text. hic.* ubi disertè dicitur, à conducto- re talem custodiam desiderari, *qualem diligentissimus Paterfamilias suis rebus adhibet.*

Verum, hoc non obstante, com- muni harmonia DD. obtinet, conduc- torem non, nisi ad levem culpam præst- andam, obligari. *Text. satis aperti ha- ben tin l. 3. §. 1 ff. Nauta, cauponas, &c. l. 9. §. 3. l. 11. §. 3. l. 13. §. 1. ff. & l. 28. Cod. h. t.*

Præterea, *suprà* pro regula statuimus, quod levis tantum præstetur culpa, si

contractus utilitatem utriusque respiciat; talis autem contractus est locatio con- ductio, *l. 5. §. 3. ff. commodati. ergò Clariss. DD. Franz. n. 39. h. t. Manz. n. 19. Harp. n. 8. & communiter omnes.*

Ad rationem dubitandi *R.* quod *Superlativus* ibi politus sit pro *positivo*, prout omnes ita interpretantur. Vel dic, *text.* loqui de tali conductore, qui se per expressam conventionem ad exactis- simam diligentiam obligavit.

Casum fortuitum conductor non præstat, *text. hic.* quælibet enim res perit suo domino, *l. 9. Cod. de pignor. Act.*

Limitatur I. Nisi casum in se expres- sò pacto susceperit, tunc enim contrac- tus ex conventionem legem accipit, *l. 1. §. 6. ff. de posite.*

Limitatur II. Nisi conductor in mora restituendi fuerit, mora enim cuique nocet, *l. 47. §. fin. ff. de legat.*

Limitatur III. Nisi casum præcesserit culpa conductoris, tunc enim casum præstat, cujus culpa notabiliter præces- sit, *l. 3. Cod. de peric. tut. Clariss. D. P. Konig. ad decre. h. t. n. 23.* ubi non referre, ait, ex culpa propria Conduc- toris, sive ex culpa famulorum vel do- mesticorum contigerit casus, *l. 11. §. fin. ff. h. t. l. 27. §. 9. ff. ad Leg. Aquil.*

Præterea conductor obligatur *l. ad sol. 34* vendam locatori integram mercedem, *l. 25. l. 58. ff. h. t. & quidem post moram cum usuris, 32. §. 2. ff. de Usur. l. 13. Cod. h. t. Concord. Jus Austriac. teste Walter. lib. 2. tit. 5. circa finem: Ibi: Wann der, &c. i. e. Ciam conductor mercedem promissam tem- pore terminoque definito non solvit; tunc tenetur Domino seu locatori usuras à tempo- re solutionis faciendæ, ipsamque mercedem præstare. Est autem merces illo tempore solvenda, de quo inter partes conven- tum est, *l. 34. ff. d. R. J.* vel quo tem- pore consuetudo obtinet, *d. l. 34. §. 1. 8.**

l. 8. *Cod. b. t.* Quod si nulla sit consuetudo, nulla intervenerit conventio, solutio mercedis præstanda est in fine anni, vel temporis, locatione præfixi. *Bald. in l. Divortio. ff. solut. Matrim. Walter. loco citato. ibi: Die rechte Zeit &c. i. e. Terminus est is quem contrahentes constituerunt, ubi autem de eo nihil est conventum; tunc conductor mercedem non ineunte sed exeunte non solvere tenetur.*

II. Obligatur Conductor, re conducta ita uti, ut deceat bonum patrem familias, *text. hic. & l. 25. §. 3. ff. b. t.* Unde, si levi ipsius, vel domesticorum culpa, *Sera, Fenestra, Fornaces, & similia fracta sint, vel domus combusta, aut res locata deterior facta fuerit, damnum refarcire debet. l. 43. ff. b. t. Clariss. D. P. Konig. loc. cit. n. 23.*

III. Conductor obligatus intra tempus conductionis à contractu non recedere, ita, ut si recesserit, nihilominus ad totius temporis pensionem teneatur, *l. 55. §. ult. Locati conducti. Nili iusta emigrandi causa subsit, qualis esse censeatur. I. Si domus ruinam minetur, l. 7. §. ult. ff. b. t. II. Si domus infestetur spectris, Gomez. var. resol. tom. 2. cap. 9. num. 3. Covar. resol. lib. 4. cap. 6. Brunem. in d. l. 27. §. ult. III. Si bellum, vel si pestis ingruerit. Gail. lib. 2. obs. 23. n. 7. His, & id genus aliis casibus conductor obligatur tantum ad pensionem pro rata. Carpz. part. 2. Const. 37. def. 10. Munz. Inst. hic. n. 8. & seqq.*

35 Conductor obligatur I. ad præstandum liberum rei locatæ usum, *l. 15. ff. b. t. l. 24. §. eod. II. Ad rem locatam, sumptibus reficiendam, l. 25. §. 2. b. t.* Fortè, quia ostia, scala, fenestra, fornaces &c. successu temporis, & vetustate deterioratae sunt. III. Locator obligatur ad refarciendum damnum, conductori illatum ex re vitiosa locata, quod proce-

dit tantum in eo casu, quo scivit, rem esse vitiosam, *l. 19. §. 1. ff. b. t.* ubi dicitur, quòd, si quis ex ignorantia locaverit *poscum saltuosum*, in quo nascuntur herbe male & pestifera, ex quibus pecora demortua sunt, ad refarciendum damnum non teneatur; mercedem tamen remittere debeat. *Brunem. in d. l. 19. §. 1. n. 4.*

Dices: in d. l. 19. §. 1. statuitur, quòd si quis dolia vitiosa, NB. ignarus locaverit, & deinde vinum effluerit, teneatur in id, quod interest, nec ignorantia ejus sit excusata. *Text. intelligendum esse de eo, qui artem vasorum proficitur, in tali enim error circa artem est improbabilis, Zoës. ff. b. t. n. 29. Brunem. in d. l. 19. §. 1.*

IV. Locator obligatur ad restituendas Impensas, à conductore factas, *l. 55. §. 1. & l. 61. ff. b. t.* quod tamen procedit de impensis necessariis, & utilibus, puta, si in equo conducto, ferreae soleae factae, vel pro curatione ejus aliquid expensum, *Clariss. D. P. Konig. loc. cit. 20.* poterit autem conductor impensas vel de mercede, nondum soluta, deducere, vel rem conductam tam diu retinere, donec impensarum nomine satisfiat *d. l. 61.* Vide, quae de impensis latius dicta sunt. *Lib. II. Tit. l. num. 51. & seqq.*

Controversia non levis est, cujus sit damnum? locatoris, an conductoris, si domus conduda incendiò conflagarit?

Certum est I. Conductorem non teneari, ad damnum aliquod refarciendum, si incendium casu fortuito, & sine ejus culpa exortum sit, v. g. per fulmen, milites, aut malitiam exterorum hominum, casum enim fortuitum conductor non praestat.

Certum est II. Si incendium lata, vel levi conductoris culpa excitatum fuerit, conductorem, & damno refarciendo,

ciendo, obligati, levem enim culpam præstare tenetur, prout paulò antè diximus.

36 In eo tantùm rotatur *difficultatis* cardo, si nescitur, an culpa, an casu incendium coortum sit, ad quem tunc damnus pertineat, & quis probare debeat, culpa, vel casu incendium consurrexisset?

Sunt, qui onus probandi rejiciant in conductorem, ex ratione, quia (*inquiunt*) locator habet pro se præsumptionem Juris, l. 3. §. 1. ff. de officio Præf. Vigil. ubi dicitur, quòd incendia plerumque culpà inhabitantium fiant. Jam, qui habet præsumptionem Juris pro se, ille rejicit probandi onus in adversarium, l. ult. ff. quod met. caus. Ita Fachin. l. 1. cont. 87.

Verùm, *contraria sententia*, quæ onus probandi locatori injungit, benigniores calculos tulit, teste Gail. lib. 2. obs. 21. P. Engel ad decret. h. t. n. 7. Arume disp. 24. quest. 10.

Ratio, sola, sed solida est, quia triviale est, quòd actori incumbat probatio, l. 2. ff. de probat. & l. 4. Cod. de edendo, & culpa vel delictum non præsumatur, sed probari debeat, l. Merito ff. pro socio. Vide etiam Menoch. lib. 2. de Arbit. cas. 390. & l. 6. præsumpt. 61. n. 31. Item Carpzov. de Criminal. quest. 39. n. 28. Bachov. ad Treutl. vol. 1. disp. 18. lit. C. Brunem. in d. l. 3. §. 1.

37 Ad *Rationem* dubitandi R. quòd, licèt in legibus, pro anteriori Sententia allegatis, dicatur, incendia plerumque culpà inhabitantium fieri; non tamen exinde mox inferri posse: esse præsumptionem de tali culpa, quæ ex contractu locationis præstanda venit, cum possit esse culpa levissima, quæ obligationem, resarciendi damnus, non inducit. Deinde, licèt in l. Si vendita. ff. de peric. & commod. rei vend. dicatur, negligentia

fervorum potuisse coortiri incendia: malè tamen domino imputatur culpa, siquidem comune est Doctorum dogma, Dominum non aliter teneri ex delicto sui famuli, quàm si delinquat circa officium sibi commissum, arg. l. 1. §. Familia ff. de Publican. Sic, si stabularius in stabulo candulam negligenter custodierit, Dominus de resarciendo damno tenebitur, eò quòd culpæ nota sit, negligentis hominis operà uti. Quòd si verò stabularius in culina aliquid coxerit, & ibi per incuriam domum incenderit, nullatenus imputandum Domino, cum stabularius extra suum officium deliquerit, Gail. l. cit. n. 6.

§. MORTUO. FIN.

Locatio conductio finitur variis modis. I. Mutuò consensu, *fin. quib. mod. toll. oblig.* & arg. l. 35. ff. de R. J.

Q. An morte Locatoris, vel conductoris solvatur? Dixeris, quòd sic, quia mors omnio solvit Nov. 22. cap. 2.

Verùm, contrarium hic deciditur, ita, ut tam conductoris, quàm locatoris hæres locationi conductioni usque ad tempus conventum stare teneatur. Conductoris, quia succedit in omne Jus defuncti, l. 27. ff. de acq. vel amit. hære. & contractus semper censentur ita iniri, ut etiam includantur hæredes, l. 12. l. 49. ff. de V. O. Locatoris, quia contra factum defuncti venire non potest, l. 3. Cod. de reb. alien. non alien.

Ad *rationem* dubitandi R. illam regulam procedere in *personalibus*, &c. non in *realibus* aut in *contractibus*, Manz. hic.

II. Finitur locatio-conductio lapsu temporis præfiniti, quia, ad tempus concessa, post hoc elapsum censentur negata, l. 13. §. ult. ff. b. t.

III. Si res locata ante finitam locutionem vendatur: emptor tamen aut quisvis alius successor singularis locationi stare non tenetur nisi eò pacto rem acquisierit, l. 9. C. b. t. l. 12. ff. eod. ratio, quia non representat personam venditoris, Zoef. ff. b. t. n. 40. Conar. 2. Var. resol. cap. 15. num. 1. Carpz. Part. 2. Const. 37. Defin. 4. num. 3. Hinc etiam illud vulgate brocardicò: *Kauff gehet vor Mäthe*. Concord. *Jus Austriac. teste Walter lib. 2. tit. 5. ibi: Wann der Bestand-Herr &c. i. e. Cum locator vendit rem locatam, debet conductor emptori cedere: nam cedere nolentem potest expellere emptor; quia emptio venditio rumpit locutionem. Sutting. in Mann-Script. Lit. K. ubi refert, ita judicatum esse.*

Interim, ne rei locatæ venditio conductori nociva sit, poterit contra locatorem actionem ad Interesse intentare, quanti nimirum sua interest, rem locatam ante lapsum temporis venditam esse. l. 2. §. 4. l. 30. §. l. 33. ff. *Locati Fynslerwald. l. 2. obs. 18. n. 6. Gomez. Var. resol. tom. 2. cap. 3. n. 9. Zoef. loc. cit. n. 41. Beylich. Part. 2. concl. 45. n. 10. Perez. ad Cod. de Locat. cond. n. 16.*

Concordat *Jus Austriac. Loc. cit. dach siehet dem, &c. i. e. potest tamen conductor mercedem jam autè solutam, pro ratione temporis per quod rem tenuit repetere, nec non id quod int. rest. adversus locatorem persiqui ob successione non prævisam.*

IV. Si locator rem locatam propter supervenientem, & ante non prævisam causam probet, propriis suis usibus domum suam esse necessariam, v. g. si domus, in qua habitavit, incendiò perierit, vel si uxorem duxerit, & familiam habere incipiat, L. 3. Cod. b. t. Zoef. ff. eod. n. 33. Fynslerwald. lib. 2. obs. 17. 33. n. 3.

V. Si domus egeat necessariâ refectione, d. l. 3.

VI. Si conductor re locatâ malè utatur, d. l. 3. *Sichard. ibid. §. Menoch. de Arbit. cas. 78.* fortè, quia domum multum deteriorat, trabes incidit, ostia confringit, fenestras destruit, vel etiam in domum conductam meretrices inducat, cum & talis deteriorat rem conductam, l. non aliter ff. de usu. §. *habitat.*

VII. Si mercedem conventam constitutò tempore, vel, (si certum solutionis tempus non fuit adjectum) intra biennium non solverit, d. l. 3. Cod. b. t.

TITULUS XXXVI.

DE SOCIETATE.

SUMMARI A.

- 1 Quid sit Societas?
- 2 Socii Socii mei non est Socius meus.
- 3 Quomodo differat Societas à Communionem?
- 4 Societas alia universalis, alia est particularis.
- 5 Natura Societatis est ut Lucri, & Damni Communicatio aequalis fiat.
- 6 & 7 Tractantur pacta, Societati adjici solita.
- 8 An valeat hoc pactum, ut quis lucri partem ferat: damno autem non reueatur?
- 9 Leonina Societas?
10. 11. 12. 13. 14 Explicantur modi, quibus Societas solvitur?
- 15 Quam culpam Socii Socio præstet?

1 **T**ertia Species Contractuum, consensu initorum est *Societas*, quæ nostrâ vernaculâ vocatur *eine Gewerks-Gemeinschaft*, & definitur, quod sit Contractus Juri gentium, nominatus, bona fidei, solo Consensu ad animi initus, ut res, operave honesta earumque rerum lucra, & damna inter socios communicentur.

Dixi I. (Cetera enim vocabula ex dictis recipiant sui cognitionem) solo consensu, quia simul, atque de communicandis lucris, & damnis partes consenserunt, societatis contractus perfectus, atque absolutus esse, dicitur; nec opus est Scripturâ, Solemnitate verborum, aut Rei Traditione, L. 2. §. 1. ff. de O. & A. Manz. n. 17. Harp. n. 6.

2 Requiritur autem consensus in tantum, ut Socius mihi esse non possit, quem ego Socium esse nolui. Unde regula nata est: Socius Socii mei socius meus non est, L. 47. §. 1. ff. de R. J.

3 Dixi II. *Ed animi initus*, contractus enim Societatis non inducitur, si absque animo, & affectione Societatis contrahendæ, aliquis in communionem incidit, sic v. g. si duobus una, & eadem res legata sit in aliquo testamento, vel, si duobus eadem hæreditas relicta sit, Societas non contrahitur, sed communicatio; ratio, quia animus deficit, *Obliugensperg. Quæst. 1. ob. im. h. t. Harp. n. 8.*

Dixi III. *Ut res, operave*; ratio, quia Societas aliter rata non est, nisi ab utraque parte res, vel opera, vel ab una parte res, ab alia verò opera in Societatem conferatur; ratio rationis, quia substantialia ab actu abesse non possunt, atqui substantialia Societatis sunt *Conferenda*, & *communicatio lucris*, *damni*, ergo, *Man. n. 19.* ubi infert, si quis neque operam, neque rem in Societatem intulerit, magis esse *Dominacionem* quàm *Societatem*.

Dixi IV. *Ut lucra, & damna inter Socios communicentur*, principalis enim Societatis finis est, ut omnia lucra, & damna inter Socios, Jure quasi Fraternitatis, communia sint, in hoc differt ab aliis contractibus.

AD PRINCIPIUM.

Dividitur Societas in *universalem*, & *particularem*. Universalis dicitur, qua inducitur univrsarum rerum communicatio, hoc est, qua communicantur omnia bona, quæ Socii habent, non tantum *presentia*, sed etiam *future*, non tantum *acquisita*, sed etiam *acquirenda*, nulla factâ differentia; sive ex prospera fortuna, sive ex industria, sive ex contractibus, sive ex ultimis voluntatibus proveniant, L. 3. §. 5. ff. pro Socio, & hoc in tantum

Ampliat, ut bona, quæ Socii tempore contractus possident, ipso Jure sine apprehensione, aut traditione communicentur, & eorum dominium in socios hinc inde transferatur, L. 1. §. 1. & L. 2. ff. pro Socio. Ratio porrò est, quia omnium rerum, quæ in patrimonio cujusque socii sunt, traditio valde foret difficilis, & sine magno incommodo fieri non posset; ideò, utilitatis causâ, Jura fingunt traditionem, & apprehensionem intervenisse, d. l. 2. *Schaub. Inst. hic.*

Dixi bona, quæ Socii tempore contractus possident; ea enim, quæ post contractum acquiruntur, ipso Jure non communicantur, l. 74. ff. pro Socio. Harp. n. 16. Manz. n. 4. Brumm. in l. 1. ff. end. Rationem differentie *Zoef. ff. pro Soc. n. 6.* reddit istam, quod traditio rerum in universali initio sit difficilis, ut lex eam pro facta habeat: non etiam sit difficilis eorum, quæ postea acquiruntur.

Particularis

Particularis Societas vocatur illa, qua res singularis aut res plures quidem, sed nominatim expressè communicantur, v. g. quando duo pluresve super aliquam certam, & speciali negotiatione (veluti vini, frumenti, olei emendi, vendendi) conveniunt, & hæc Societas ultra rem, in Societatem deductam, & negotiationem ejus non extenditur, limitata enim causa limitatum producit effectum, *Manz. n. 9.*

§. E T S I T. I.

Natura Societatis potissimum in eo consistit, ut lucri, & damni fiat communicatio æqualiter, pro contributione scilicet quantitatis, ita, ut inæqualis contributio faciat etiam portiones inæquales; quia æquum est, ut is, qui plus contulit, etiam plus percipiat, *L. 6. ff. pro Socio.* Unde, si Titius contulerit 200. fl. Sejus vero 100. hoc in casu spectant ad Titium duæ partes lucri, & damni, ad Sejum vero una pars lucri & damni, *Manz. & Schneid. hic.*

Quòd si aliter conventum sit inter Socios, quales nimirum debeant esse partes lucri, & damni, conventioni statuitur, eò quòd pacta dent legem contractibus, *cap. 85 de R. J. in 6.* & requiriti nihil magis conventionibus bonæ fidei custodire, quod inter contrahentes actum est, *L. 1. §. 6. depositi. l. 11. §. 1. ff. de act. emp. Finsterwald. lib. 2. obs. 87. num. 2. Carpz. Jurisprud. forens. Part. 2. consl. 39. Def. 38. num. 4.*

A D V E R S. N E C E N I M.

Quandoquidem dictum est, pacta Societatis esse servanda, idèd nunc in specie hic nonnullis pactis dubitatur, num, Societati adjecta, valeant? & I. Q. an tale pactum inter socios subsistat, ut ad unum due partes & lucri, & damni pertineant, ad alium tertia?

Resp. Imperator hic: nunquam fuisse dubium, quin valeat conventio, si duo inter se passi sunt, ut ad unum quidem due partes, & lucri, & damni pertineant; ad alium tertia.

Verùm, hæc generalis, & indistincta Imperatoris constitutio non obstant, *Harprechtum & Manz.* cum pluribus alijs rectius statuunt, Decisionem Imperatoris non aliter procedere, quam, si is, qui plus lucri, & damni habet, plus pecunie, vel opere Societati contulerit, *L. 29. ff. pro Socio, ibi: Si modo aliquid plus contulit Societati;* ratio est, quia alias tale pactum induceret inæqualitatem, quæ naturæ Societatis contraria est, licet proinde noster §. indistinctè loquatur, temperamentum tamen recipit ex *d. l. 29.*

§. D E I L L A. 2.

Queritur hic, an in Societate aliæ conventio valeat, ut ad Titium due partes lucri, & tertia damni: ad Cajum vero due partes damni, tertia lucri pertineat?

Quintus Mutinus putabat, id genus conventionum Societati contrariari, ex ratione, quia in Societate æqualitas observanda est, *l. 63. ff. pro Socio.*

Verùm, Servus Sulpitius negavit, hoc pactum contra naturam Societatis esse, ex ratione, hic subjuncta; quia sepe quarundam ita preposita est opera in Societate, ut eos, injuriam sit, conditione meliori in Societatem admitti; hoc est, quia sepe fieri potest, ut ex Sociis unus duntaxat opera sua Societati proficit, ut æquissimum sit, plus illum lucri percipere, quam alterum otiosum, vel minus industrium. Putabat itaque Sulpitius, posse Societatem esse æqualem, etiam partibus lucri, & damni inæqualibus constitutis, ratione scilicet vel rei, vel opere quam aliter copiosioram in Societatem iniecit, *Manz. n. 4. Harp. n. 12.*

ADVERS. NAM ET ITA.

- 8 In hoc Ψ . Imperator ulterius confirmat *Sulpii* Sententiam argumentò ductò à majori ad minus; atque, ita coiri posse Societatem, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune sit; ratio, quia sæpè opera alicujus pro pecunia valet, ergò multò magis valebit Societas: si uterque pecuniam contulerit, & conventio facta fuerit, ut ad alterum duæ partes lucri, & tertia damni, ad alterum duæ partes damni, & tertia lucri petineat.

Ceterùm, si una pars pecuniam conferat, & altera duntaxat operam, finitâ Societate fors ipsa, seu capitale non venit in communicationem, sed fors revertitur ad dantem, & solum lucrum communicatur, L. 52. §. 2. ff. pro Socio. Schneid. in. §. Harp. n. 26. Fünserwal. l. 2. obs. 87. n. 6. Zoef. loc. cit. n. 21.

ADVERS. ET ADEO.

In hoc Ψ . Queritur, utrum valeat Societas, hoc pacto inita, ut quis lucri partem ferat, de damno autem non teneatur?

In hac quæstione tantò inter se dissilio colliduntur Doctores, ut tot ferè sint Sententiæ, quot Capita; enimverò,

Sunt, qui tale pactum valere putant, ita tamen, ut tanti sit opera Socii, quanti verisimiliter damnum foret, si pecuniam contulisset. Ita *Wesemb. Inst. b. t. n. 3.* rationem assignat istam, quia satis perdit ille, qui operam suam perdit.

Sunt alii, qui tale pactum valere, absolutè negant, ex ratione, quia usurariam pravitatem sapit, eò quòd pecunia non tam communicetur, quàm potius alteri mutua detur sub lucro, quòd

forte salvà mera usura est. Ita *Zoef. ff. pro Socio. Gail. 2. obs. 24. n. 5.*

Sunt iterum alii, qui censent, valere tale pactum non quidem Jure Societatis, sed Jure Conventionis, tribuentis legem contractui. Ita *Manz. b. t. n. 19.* ubi ait, licèt respectu ejus qui omne damnum sustinet, tale pactum videatur sapere inæqualitatem, ei tamen, injuriam fieri, arg. cap. *Scienti* 27. de R. J. in 6.

Sunt denique qui aliter sentiunt, sicuti *Harp. Inst. hic. n. 15. Bach. vol. 1. disp. 27. thes. 9. Lit. B. Brunnem. in l. 29. §. 1. ff. pro Socio.*

Sanè, illa conventio, ut alter Sociorum omne lucrum ferat, alter verò omne damnum, Societati contraria, & invalida est, utpote *Leonina*, l. 29. §. 2. ff. d. t. vocatur autem *Leonina*, quia iniquissimam illam sapit *Divisionem*, quam *Leo* cum *Vulpe* fecisse fertur, cum enim *Leo*, & *vulpes* prædam communem occupassent, hanc *Leo* instituit *divisionem*. I. (inquit) pars erit mea ratione Societatis, tecum inite. II. itidem mea erit, quia majorem tuâ contuli operam. III. verò pars similiter mihi remanebit, quia te sum fortior; & IV. partem qui mihi eripuerit, amicus meus non erit. *Harp. n. 19.*

§. ILLUD. 3.

Illud ex hoc §. habes, quòd colligas, nimirum in casu, quo partes in una *Causa* (v. g. *veri*) sunt expressæ, altera verò (v. g. *Damni*) omisissæ; Illas in causa omisissæ partes censeri repetitas, quæ in altera causa expressæ fuere: *contrariorum enim eadem est disciplina.*

§. MANET. 4.

Visò, quomodò *contrahatur*, sequitur, quomodò *dissolvatur*, & *finiatur* Societas?

¹⁰ *Finitur* autem I. *Renuntiatione*, quæ, si sit *mutua*, & *reciproca*, illicò facit, dissociari Societatem, *arg. l. Nihil tam naturale*, 35. ff. de R. J.

Sed, quid Juris, si una duntaxat pars renuntiaverit? *Idem esse*, cum nemo invitus stare tenetur in Communione, *l. fin. Cod. Commun. divid.* Et hoc est speciale in Societate, siquidem in aliis contractibus, alterò invitò, recedere, concessum non est, *arg. l. 5. Cod. de O. & A.* Et hoc procedit, etiamsi conventum sit, ne intra certum tempus à Societate recedatur, *l. 14. ff. b. r. ratio*, ut evitetur *Rixarum Occasio*, quas Communio parere solet, *Gail. 2. obs. 24. Manz. n. 9.*

AD VERS. SED PLANE.

Dicta procedunt, quatenus *Renuntiatio sit bona fide*, sine fraude, & *Dolo*: si enim quis *callidè*, & *malitiosè renuntiariis*; ut, qui institutus est hæres, in Societate universali solus retineat hæreditatem, renuntiatio non teneret. Imò callidè renuntians hæc pœnâ afficitur, quòd tenetur lucrum, quod captavit, communicare, damnum verò, quod fortè præter spem emergit, solus perferre, *Text. hic. & l. 65. §. 3. ff. pro Socio.* Illud etiam lucrum, quod alter, cui renuntiatum est, post renuntiationem tulit, sibi soli acquirit. Damnum verò cum Socia malitiosè renuntiante communicat. *Text. hic. & d. l. 65. §. 3. Schneid. Inst. hic. n. 3.*

§. SOLVITUR. 5.

Secundò solvitur Societas morte etiam unius Socii, *Text. hic.* cò quòd in Societate censetur electa persona industria, qualis contractus ad hæredes non transit, *Gail. l. 1. obs. 97. num. 2. Manz. n. 4.* Etiam si, ut ad hæredes transiret, pactum, aut conventio facta fuerit, *l. 29. ff. pro Socio*, ratio non est alia, quàm ut rixis, & discordiis, quarum mater est communio, obviam eatur, *Schneid. num. 2. Harp. n. 17.*

Dicta procedunt etiam in casu, quo tres, quatuor, vel plures Societatem coierunt, ut morte unius tota Societas solvatur, *Text. hic. & l. 65. §. morte ff. pro Socio.*

§. ITEM SI 6.

Tertiò finitur Societas *Fine negotii*; fac enim, quòd alicujus certæ rei (v. g. *unia equi comparandi gratià*) contracta Societas, & istud negotium finitum sit; tunc enim ipsa quoque Societas finitur: cessante enim causâ, cessat effectus, & limitata causâ producit limitatum effectum, *Text. hic.*

§. PUBLICATIONE. 7.

Quartò finitur Societas *Publicatione*, si omnia Socii bona publicentur & censentur, quia tunc deficit materia, cujus sit Societas, *text.*

§. ITEM, SI QUIS. 8.

Quintò solvitur Societas *Cessione Bonorum*, ratio est eadem, quia deficit materia, cujus sit Societas.

§. SOCIUS. FIN.

- 15 *Queritur, quam culpam Socius Socio præset? & R. secundum ea, quæ Lib. III. Tit. XV. de Commodato proposita sunt, quod Socius Socio non præset, nisi dolum, latam & levem culpam, eo quod contractus Societatis respiciat uti-*

litatem utriusque; quo in casu non præsetur, nisi levis culpa. L. 5. §. 2. ff. Commodati l. 23. ff. de R. J. Dissent. Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n. 16. qui contra communem DD. Sententiam evincere laborat, in Societate non aliam, quam *latam culpam* præstari.

TITULUS XXVII.

DE MANDATO.

SUMMARIA.

- 1 *Quid sit Mandatum?*
- 2 *Debet esse gratuitum.*
- 3 *Mandatarius quomodo differat à Negotiorum gestore?*
- 4 *Mandatum aliud est expressum, aliud tacitum.*
- 5 *Aliud iudiciale aliud extrajudiciale.*
- 6 *Aliud generale, aliud speciale.*
- 7 *Aliud generale cum libera, aliud generale simplex.*
- 8 *Mandatum contrahitur quinque modis.*
9. 10. 11. 12 & 13 *Explicantur illi modi.*
- 14 *Ex Consilio quando, & quomodo quis obligetur?*
- 15 *Mandatum contra bonos mores nullum est.*
- 16 *An pena mortis teneatur, qui mandavit vulnera, & Mandatarius intulit Mortem?*
- 17 *Fines Mandati diligenter sunt custodiendi.*
- 18 *Si plures erant Mandatarius, quam mandatum est, actionem Mandati contrariam perdit.*
- 19 *An, quoad excessum, non habeat actionem Negotiorum gestorum?*
- 20 *Mandatum expirat per Revocationem.*

- 21 *Item mortem Mandatarii.*
- 22 *Item per Renunciationem.*
- 23 *Ex Mandato nascitur duplex actio, directa, & contraria.*

Quarta species Contractuum, qui solo Consensu constant, est Mandatum, definiturque quod sit Contractus, solo consensu initus, quo negotium gratis gerendum, committitur, & suscipitur.

Diximus I. Solo Consensu initum, quia ad sui Perfectionem Mandatum nihil quidem (præter Consensus) requirit nullam verborum Solennitatem, neque litteras, neque alicujus rei actualem Traditionem.

Diximus II. *gratis*: Mandatum enim, nisi sit gratuitum, nullum est, nam Originem ex Officio, atque Amicitia trahit, cui contraria est Merces. Interveniente igitur Mercede, sive pecunia, non Mandatum sed Locatio, & Conductio contrahi intelligitur, quemadmodum *infra* §. 13. h. t. (Deo annuente) audiemus. *Harp. n. 16.*

Diximus III. *Committitur*, nam si quis non ex Commissionem sed sua sponte Negotium alienum in alicujus absentia gerat, non dicitur Mandatarius, vel Procurator, sed Negotiorum Gestor, & nascitur

nascitur inde non obligatio, vel contractus Mandati, sed quasi contractus, scilicet *Negotiorum Gestio*, de qua in *seq. tit.* Dein vox committitur etiam posita est, ad differentiam commendationis; nam, si quis solum commendat, non contrahitur obligatio, quia commendatio potius vim rogandi, quàm mandandi habet, *Schneid. n. 5.*

Diximus IV. *suscipitur*, quia, si negotium non ex commissione suscipiat, sed ultro interveniat, & studii solum causa deferat officium, Mandati non tenetur. *Manz. n. 26.*

4 *Dividitur I. Mandatum in expressum & tacitum.* Illud est, quod in verbis expressis consistit, v. g. *volo, rogo, mando, &c.* Istud est, quod non quidem verbis apertis: sed per *Silentium, Patientiam, Ratificationem* declaratur, ut, si alio pro me fidejubente, vel aliud negotium gerente taceam, videor ei mandare, ut pro me fidejubeat, negotiumve gerat & in tali casu Mandati teneor. *l. 6. §. 2. ff. b. t. Harp. n. 22.*

5 *Dividitur II. Mandatum in judiciale, sive ad Lites, & extrajudiciale, sive ad Negotia.* Illud qui suscipit, plerumque Mandatarius dicitur; hoc vero qui suscipit, *Procurator* nuncupatur. Licet non raro ista negotia confundantur.

6 *Dividitur III. Mandatum in generale, & speciale.* Generale est, quod sine ulla negotii definitione alicui committitur, & procurationem omnium rerum, sive universorum honorum, & negotio unum habet, *l. 60. l. 68. l. 63. ff. de Procurat.* Speciale, cum negotium unum, vel plura (sed certa, & determinata) gerenda alteri committimus.

7 *Mandatum generale subdividitur in generale cum libera, & generale simplex, sive sine libera.* Generale simplex, sive sine libera est, cum negotia omnia sim-

pliciter alteri committimus. Tale qui mandatum habet, simpliciter *res administrandi potestatem* consequitur, non *transigendi*, non alienandi.

Generale cum libera est, cum liberam alteri potestatem concedimus, ea omnia facienda, quae ipsi verisimiliter facturi fuisset. Tale qui habet, non simpliciter tantum administrare; sed & *alienare, vendere, exigere novare, solvere creditoribus potest*, & ea denique omnia facere, quae ipse Dominus verisimiliter faceret, si adesset, *L. 58. ff. de procurat.* Excipiuntur ea, quae speciale Mandatum requirant, puta, *Matrimonium, &c. Zoes. ff. Mandatu n. 2. Harp. n. 27.*

AD PRINCIPIMUM.

Mandatum contrahitur quinque modis. 8

I. Si Mandator, sua tantum gratia, aliquid Mandatario committat, sive, quando quis negotia solius Mandantis suscipit.

II. Quando quis sua, & ipsius Mandatarii gratia, aliquid mandat.

III. Quando quis aliena, sive alicujus tertii causa, potissimum mandat, vel, quando quis talia negotia suscipit, quae neque ipsum neque Mandantem respiciunt.

IV. Quando Mandator, sua, & aliena gratia, aliquid mandat; vel quando Procurator negotia mixta, mandantis, & alicujus tertii suscipit.

V. Quando quis ipsius procuratoris, & alicujus tertii causa mandat, *Text. bic.*

§ MANDANTIS. I.

Mandantis tantum gratia, intervenire Mandatum, dicitur, si quis tibi mandat, ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emereres. Ratio, quia ad cognoscendum cujus gratia Mandatum fiat, inspiciunt.

inspiciendum est, cujus utilitatem concernat negotium, quod mandatur, atque inposito casu Mandatum concernit utilitatem mandantis tantum, ergò, *Mauz. bic.*

§. T U T A G R A T I A. 2.

10 Mandantis, & Mandatarii gratiâ, contrahitur Mandatum in sequentibus Casibus.

I. Si tibi mando, ut pecuniam Titio sub usuris credas, qui eam in rem meam versurus est. Ratio cur utriusque gratiâ, dicatur contractum, est, quia utriusque utilitas hic vertitur. Tua, quia usuræ tibi obveniunt. Mea, quia in rem, & utilitatem meam pecunia vertitur.

Duos alios casus, exempli causa ponit *Mauz. bic.* ad quem te remitto. Ego (ne diu his subtilitatibus nugis inutiliter inhaereamus,) puto, hoc exemplum dari posse ex quo reluceat, quando mandatum dicitur, Mandantis, & Mandatarii gratiâ, contractum, puta, si mando ut mihi & tibi emas fundum.

§. A L I E N A. 3.

11 Alienâ tantum causa intervenit Mandatum, v. g. si quis tibi mandaret, ut negotia Titii gereres, vel, ut Titio fundum emeres.

Dices: In hoc Mandato, quod alienâ tantum gratiâ fit, nulla versatur utilitas Mandantis, ergò mandatum esse non videtur, quia si nihil intersit Mandantis, negotium expedire, non verò Mandatum, sed consilium potius esse, videtur; nec Mandati actio competit, l. 8. §. 3. ff. Mandati, Harp. n. 35. R. Licet non vertatur utilitas Mandantis, periculum tamen ejus subest, cum mandatum semper periculo mandantis controlatur, & adversus eum actio Mandati datur, Harp. num. 36.

Dices: supra de inutil. stipulat. §. 4. dictum est, quòd alteri per alterum non quaeratur actio, ergò non poterit, alienâ tantum causa intervenire Mandatum. Resp. I. Quosdam velle hoc esse in Contractum Mandati singulare. R. II. Non alii, quàm mandanti, ex hujusmodi Mandato acquiri actionem, & soli Mandanti Mandatarium obligari ad Mandatum illud exequendum: quamquam utilitas hujusmodi Mandati in tertium redundet. Vides ergò quòd tertio non acquiratur actio, ut d. §. 4. nobis non adversetur. *Schamb. bic.*

§. S U A, E T A L I E N A. 4.

Mandantis, & alienâ gratiâ, intercedit Mandatum, si v. g. mandet tibi Mævius, ut sua, & Titii communia negotia geras.

§. T U A, E T A L I E N A. 5.

Mandatarii, & alienâ gratiâ, intercedit Mandatum, si v. g. mando tibi, ut Titio sub usuris credas. Ratio, quia tibi, & Titio principaliter prodest. Tibi, quia usuras recipis. Titio quia ejus necessitati consultum.

§. T U A T A N T U M. 6.

Mandatarii tantum gratiâ Mandatum fit, si v. g. Titio mandem, ut pecuniam suam in emptiones praediorum potius collocet, quam sub usuris mutuas det. Verum hoc propriè Mandatum non est, unde etiam non obligatorium, quia est Consilium. Ex consilio autem quis non obligatur, cap. 62. de R. J. in 6. & l. 47. ff. eod. Ratio, quia consilium, non necessitas est ita, ut quis illud cogatur sequi. Et unusquisque potest ac debet diligenter explorare, an expediat sibi consilium? l. 2. ff. Mand. Schuid. bic. n. 2.

14 Diximus: ex consilio neminem obligari. Verum, cum id *indistinctè* non procedat. Ideò referre existimo, an consilium detur contrahenti, an delinquenti?

Si contrahenti datur consilium, quod tanti ponderis est, ut aliàs non fuisset contracturus, consulens *Actio Mandati* tenetur per *Clariff. Text. L. 6. §. 5. ff. Mandati*. His verbis: *aut si non esset facturus, nisi ego mandassem? etsi mea non interfuit? tamen erit Mandati Actio.* *Harp. n. 4. Schamb. hic.*

Si verò consilium tale fuerit, ut contracturus tamen fuisset, refert iterum, an *fraudulentum fuerit, nec ne?* Si prius, tenetur consulens; veluti, cum scires eum, cui mutabam, labi facultatibus, tamen lucri tui causà, idoneum eum affirmasti, quia tunc teneris de dolo, *L. 18. ff. de dolo malo*. Si posterius, licet res postea male succedat, non tamen consulens tenetur, *d. l. 47. ff. de R. J. §. c. 62. de R. J. in Schneid. hic. n. 2.*

Si denique consilium detur delinquenti, consulens *indistinctè* tenetur, sive alter aliàs delictum commissurus erat, sive non; si enim non erat facturus, de bono facit malum; si facturus erat, de malo facit deteriorem. Nec enim laudando oportet malitiam augeti, *L. 1. §. Sed. utrum. v. Non enim. ff. de serv. corrupt.* *Schneid. loc. cit. Manz. n. 7.*

A D V E R S. E T A D E O.

Nulla Regula sine exceptione est. Diximus supra: Ex consilio in contractu aliquem regulariter non obligari. Hoc recipit limitationem, ut procedat, si consilium *indistinctè* conceptum sit; focus verò, quando certa persona designata fuit, *l. 6. §. 2. ff. Mandati*, v. g. si mando tibi, ut Titii pecunias serenes. Ratio, quare hoc casu obligetur, est, quia non tantum Mandatarii; sed Titii etiam

Kees ad Instituta.

causà, Mandatum factum esse, intelligitur, & consilium non est, quando alterius, quàm Mandatarii causà, mandatur. *Manz. n. 10.*

§. I L L U D Q U O Q U E. 7.

Mandatum contra bonos mores non est obligatorium. *Text. hic. & in L. 6. §. 3. ff. h. t. sic qui, ad edens sacram spoliandam, hominem vulnerandum, occidendam*, Mandatum suscipit, nihil Mandati Judiciò consequi potest, hoc est, non habet, itius facti nomine, ullam adversus Titium mandati actionem, neque regressum, si res malè cedat, *L. 22. §. 6. ff. eod.* Ratio, quia rerum turpium nulla est obligatio, *L. 26. ff. de U. O.* imputet proinde sibi, qui tale Mandatum executus est, cum ei parere non debuerit.

Porrò, tamen Mandatarius contra Mandantem in rebus turpibus nullam habeat adversus Mandantem Actionem. Interim tamen habet is, cui nocitum, & in cujus perniciem mandatum datum est, saltem Actionem contra mandantem, non quidem mandati (quia res, inter alios acta, aliis ad pariendam actionem, non prodest) sed ex delicto, cum nequè eum violat, qui mandat delictum: quàm qui perpetrat. Unde is, qui persuasit, iussit, mandavit, ut injuria fieret, Actione Injuriarum tenetur, *L. 11. ff. de injuriis*, & qui damnnum alterius procuravit, utli Actione Legis Aquiliæ conveniri potest, *Manz. n. 7. Schamb. hic. Chlengersperg. Quest. 6. obj. un. h. t.*

Controversia non levis est, an is qui mandavit, hominem vulnerari tantum protestans, prohibentique diservit ne occidat, si, cum Mandatarius occiderit, ordinarià legis Corneliae de Sicariis penà teneatur?

Affirmativa subscribunt non infimæ notæ Authores, *Zoff. ff. Mandati n. 11. Menoch. 2. Arbit. cas. 352.*

Movetur I. quia quoties quis aliquid facit, ex quo cogitare potest, mortem subsequituram, vel subsequi posse, toties ultimò supplicio tanquam homicida, afficiendus est, *L. 6. Cod. ad L. Jul. de Sicar.* atqui ex vulneribus mors subsequi potest, cum vulnera non dentur ad mensuram, ergò.

II. Nihil interest quoad pœnam *Legis Corneliae* ordinariam, occidat quis, an causam mortis præbeat, *L. 15. ff. ad L. Cornel. de Sicar.* atqui is, qui vulnerari jubet, causam mortis præbet, si ex vulnere moriatur vulneratus, ergò, perinde, ut homicida mortis supplicio afficiendus erit.

III. Per *L. 38. §. Qui Abortionis ff. de pen.* ubi afficitur capitali pœnâ qui alicui poculum abortionis, vel amatorium præbuerat, & quidem propter hanc rationem, quia ex tali poculo mors subsequi potest; ergò, cum etiam eadem ratio in vulnere militet, idem Jus statuatur, necesse est.

IV. Dans operam rei illicitæ ad ea omnia tenetur, quæ etiam, præter expectationem sequuntur, *arg. cap. Tua sequuntur 19. §. de Homicid. & cap. ult. eod. in 6.* atqui, qui jubet vulnerare, dat operam rei illicitæ, *L. 10. §. l. 30. ff. de Homicid.*

V. Quid vult antecedens, vult etiam consequens, *L. 2. ff. de Jurid.* antecedens est vulnus, consequens est mors, ergò qui vult vulnus, mortem quoque intendisse, censetur.

Quamquam Achilleâ fortitudine nitantur hæc Argumenta; ea tamen non sunt, ut recti tenacem animum in sui dedicionem trahant. Assumpto in negativæ sententiæ propugnatione debito *Hun. var. resolut. lib. 3. tract. 7. part. 4. Quest. 5. Harp. n. 18. hic. & §. 5. de pub. Jud. n. 80. Fach. I. c. 36.*

Ratio sola sed solida est, quia nemo pœnâ homicidii ex *L. Cornelia* afficitur, nisi qui occiderit, & animum simul occidendi habuerit. En, rebelle caput; duo ad Homicidium conjunctim, puta, occidendi animus & eventus, *L. 1. §. 3. §. ad Leg. Cor. de Sicar.* ubi in hæc verba rescribitur: *eum qui hominem occidendi animò admisit, absolvi posse, & qui hominem non occidit, sed vulneravit, ut occidat, pro homicidio damnandum.* Jam verò, qui mandavit vulnerare, prohibuit autem occidere, nec occidit, nec etiam animum habuit occidendi, ergò qua fronte (ais) ut homicidam damnari posse?

Accedit, quòd verba Mandati strictissime sint intelligenda, adeòque Mandatum de vulnerando nullatenus intelligi potest de occidendo.

Ad I. Resp. *min.* procedere de eo casu, quo regulariter, frequenter, & facile mors sequi potest. At, ex vulnerare non facile, non frequenter, non regulariter mors sequitur. Nam quanti (obsecro) faciuntur, qui tamen non moriuntur?

Ad II. *R. d. l. 15.* de eo exaudientdam esse, qui directè, dolòque malò causam mortis præbuit. Deinde, non sufficit, ut quis causam mortis præbuerit, sed requiritur etiam, ut hoc ipsum intenderit, ejusque animi fuerit, ut mors sequeretur. Quod in nostro casu asseri non potest.

Ad III. repono I. quod ex poculo Abortionis, seu Amatorio frequenter & regulariter ferè mors sequatur: secus ex vulnere. II. Dico id singulare esse, in poculo abortionis, seu amatorio, cum res sit maximi mali, & pessimi exempli. Quod ergò contra regulam Juris, quòd nempe homicidii delictum sine animo, & proposito occidendi non committit-

committat, d. l. i. §. 3. constitutum est, ad exemplum, & consequentiam non est producendum, L. 4. §. 5. ff. d. ll.

Ad IV. R. illam regulam procedere de casu, quo quis dat operam rei illicitæ, ex qua frequenter, & necessariò mors sequitur; at ex vulnere mors frequenter, & necessariò non sequitur.

Ad V. Dico: *majorem* propositionem de eo consequenti intelligendam, quod ex antecedente necessariò. Imò, ex eo vulnere, quod infligi Mandans iussit, nunquam mors sequitur, siquidem vulnus, non lethale, infligi mandavit.

§. Is, QUI EXEQUITUR. 8.

²⁷ In hoc §. explicatur Officium procuratoris, quod in eo consistit, ut diligenter observet *quid, quale, quantum, quousque mandatum sit*, si excessum fecerit, sibi facit. Uno verbò: Fines Mandati sunt diligenter custodiendi, *cap. 27. de Præbend. in 6. Nam, qui excessit, aliud quid facere videtur, l. 5. ff. Mandati.* Ideòque Mandatarius non modò nullum mandatori damnum, aut præjudicium infert, & adversus mandantem, ratione excessus, actionem non habet, L. 36. §. Mandati. e. g. mandavit tibi aliquis, ut rem suam certò venderes, tu verò minoris vendidisti, & venditione factâ, rem venditam emptori tradidisti. Hoc casu dominium in præjudicium ipsius Mandantis in emptorem non transiisti, L. 12. Cod. Mand. l. 19. Cod. de Procurat. igitur non obstante Traditione rem suam vendicare Mandator poterit, nec ei vendicanti *Exceptio rei venditæ & traditæ* nocebit, cum non ex voluntate ipsius vendita sit, ac propterea perinde habeantur, ac si vendita non esset,

l. i. §. 3. ff. de except. rei vend. Sane, si emptor Mandatorem velit indemnem servare, & id, quod definitò pretio deest, superaddere, mandans rei vindicationem intentare non potest, L. 5. §. 4. ff. Mandati. Harp. n. 9.

Non obstat L. 26. ff. de contrab. Empt. Ubi debitor, qui in fraudem suorum creditorum rem vendidit minoris, dominium transfert. *Resp.* debitorem esse rei venditæ/dominium: procuratorem, sive Mandatarium non etiam. Ille ergò faciliùs, quàm hic, dominium in emptorem transferre poterit, Harp. n. 7.

AD VERS. UT ECCE!

Quæritur in hoc v. quid Juris, si quis alteri mandaverit, ut fundum Cornelianum, Mandantis nomine emeret 100. aureis? R. rem *Distinctionis* administrandi dirimendam esse: *vel Mandatarius certò pretiò, à Mandatore definitò, vel pluri, vel minoris emit.*

Si certò pretiò à Mandatore definitò, emit, dubium nullum est, quin id à Mandatore actione mandati sit repetiturus.

Si pluri emit, certum est, quòd Mandatarius, quoad excessum contra Mandantem non habeat actionem Mandati, *text. hic. & in l. 3. ff. Mandati. Schneid. n. 3.*

Quæres I. An saltem, quoad concurrentem summam sive summam Mandatam, actionem Mandati habeas? *Sabinus, & Cassius id negabant, sed diversæ Scholæ Authores, (Nervæ scilicet & Proenbii) rectè usque ad summam mandatam Mandatarium acturum existimant, & hæc sententiâ veluti benignior, prævaluit, L. 3. §. ult. & l. 4. ff. Mand.* Ratio, quia utile per inutile vitari non debet, c. 37. de R. J. in 6. quoties res ipsa separationem recipit. *Manz. n. 11.*

19 *Quæres II. An Mandatarius pro excessu non saltem habeat actionem Negotiorum gestorum?* R. Interesse, num specialiter Mandator prohibuerit, rem majori pretio comparari, nec ne? si prius? indistinctè tenendum, quòd Mandatarius Actionem *Negotiorum Gestorum* non habeat. Ratio, quia negotia non sunt, quæ prohibenti fiunt. *Manz. n. 13.* & Actio negotiorum gestorum non competit ei, qui gessit invitò dominò. *l. fin. Cod. de Neg. Gest.*

Poterit tamen hoc in casu Mandatarius sibi consulere rei retentione & exceptione Doli mali. Ita, ut cogatur Mandans vel totum contractum approbare, vel improbare. Adeoque, vel integrum pretium solvere, vel rem totam Mandatario relinquere, *Schneid. n. 3.* Ratio, quia officium suum nemini debet esse damnosum, *L. 7. ff. Testam. quemad. aper.* & iustum non est; ut Mandans locupletetur cum aliena jactura *cap. 38. de R. J. in 6. Manz. n. 14.*

Si mandator specialiter non prohibuerit rem majori pretio comparari, communi autem hominum existimatione iustum sit pretium, quod ipse pro fundo expendit, & sic utiliter negotium Mandatoris gessit, puta, ex æquitate saltem Mandatario competere, quoad excessum actionem *Negotiorum Gestorum*, tum, quia, quoties negotia utiliter geruntur, actio ista competit, *L. 2. ff. §. l. 2. Cod. de Negot. gest.* tum, quia nemo debet cum alterius jactura locupletari, *cap. 48. de R. J. in 6. Schamb. hic. Manz. n. 12.*

Si denique minoris emit? tenetur tradere rem mandanti, & residuum restituere, *Text. hic.* Ratio, quia majori summa inest minor, *L. 1. §. Si stipulanti. ff. de V. O.* & plus continet in se minus, *cap. 35. de R. J. in 6.* Lucrum

sanè retinere non potest, cum officium Mandatarii debeat esse gratuitum, *l. 26. ff. Mand. Schneid. n. 3. in fin.*

§. RECTE. 9.

Visò, quomodo Mandatum contrahatur, sequitur, quomodo dissolvatur?

Dissolvitur, autem I. per *Revocationem*, quando scilicet Mandans, pœnitentiâ ductus, re integra, revocat Mandatum. Ratio, quia Mandatum fit plerumque in favorem mandantis; Favori autem, pro se introducto, quilibet renunciare potest, *L. pen. C. de pact.* Quod procedit licet Mandatum tertii gratiâ contractum sit, quia res principaliter inter Mandantem, & Mandatarium geritur. *Manz. n. 6.*

Illud tamen ad *Revocationem* Mandati validam requiritur, ut revocatio fiat, *re adhuc integra.*

Quæres, quamdiu res censetur esse integra? R. tunc si necdum cepit interesse ejus, qui Mandatum suscepit, *arg. l. 8. §. 6. ff. Mand.* censetur autem ejus interesse regulariter, si jam quasdam, intuitu Mandati, expensas fecit. v. g. si mandavi Titio, ut mihi ædificet domum, quamdiu lapides, & ligna non parantur res integra dicitur. Si verò lapides & ligna comparaverit, res integra amplius esse, non censetur, ac proinde Mandatum revocari non potest. Ratio quia mutare cum alterius jactura non licet, *l. 75. ff. de R. J.* nisi Mandatario refundatur id, quod suâ interest; tunc enim etiam, re non integra, Mandatum revocari potest, *L. 8. §. 6. ff. h. t. Schamb. hic.*

§. I T E M , S I A D H U C . 10.

21 Secundò exspirat Mandatum, si adhuc, integrò Mandatò Mors alterutrius interveniat, seu Mandantis, quia cessat voluntas, seu Mandatarii, quia electa est personæ industria, quæ personæ cohereret, adeoque ad hæredes non transitoria.

Dixi: integrò Mandatò, nam si res non sit integra, videtur hæredi incumbere, ut exequatur, quod cepit defunctus, juxta regulam: hæres inchoata defuncti negotia absolvere debet, arg. l. 5. §. 5. & l. Tutorem 37. §. 1. ff. de administ. Tut.

Sanè, si Mandatarius ignoret, Mortem Mandantis & negotium expediat, adhuc Mandati actionem habet, Text. hic. & in l. 26. ff. b. t. ratio quia ignorantia justa, & probabilis nemini damnum debet asferre.

§. M A N D A T U M . II.

22 Tertio extinguitur Mandatum per Renuntiationem Mandatarii, quatenus res adhuc est integra. Ratio I. quia, cum liceat Mandanti revocare, licebit etiam Mandatario renuntiare propter Jus æqualitatis: imò, plus videtur tribuendum Mandatario, utpote, qui gratuitum officium præstat. Ratio II. quia licet Mandatarius, susceptò Mandatò, statim sit obligatus, nulla tamen nascitur contra Mandatarium actio, quamdiu non interest Mandantis.

Dixi: quatenus res adhuc est integra, Nam, licet Mandatum suscipere, cullibet ab initio sit liberum, susceptum tamen consummandum est. Non enim licet mutare consilium suum cum alterius detrimento, d. l. 75. ff. de R. J. & paria sunt aliquid non facere, & non idoneò tempore facere, L. 3. §. 7. ff. de eo. quod. cert. loc.

§. M A N D A T U M . 12.

Mandatum & in diem differri, & sub conditione contrahi potest, v. g. mando tibi, ut post octiduum hoc agas. Vel, mudo tibi, ut, si navis ex Asia venerit, hoc agas. Ratio quia quilibet est rei suæ Moderator, & Arbitrator: cur ergò rei suæ, aut negotio non liceat legem ponere, quam quisque vult?

§. I N S U M M A . 13.

Ex hoc §. notabitur, de natura mandati esse, ut sit gratuitum, aliàs transferret in aliam speciem contractus. Si enim datur pecunia numerata, est locatio conductio. Si verò certa species datur, est Contractus innominatus, facio, ut des, vel do, ut facias, & ideò actio præscriptis verbis competit, l. 1. ff. Mand.

Sanè, si Mandatarius expeditò negotio Honorarium accipiat, non vitabitur hic contractus, quia honorarium est signum duntaxat Gratiitudinis, & Remunerationis, L. 6. ff. b. t. ubi dicitur: si remunerandi gratià honor intervenerit, erit Mandati Actio, Schamb. hic.

Quæres, si quis ab aliquo Doctore consilium petat, dicatque, quòd ipsi bene velit retribuere officium, & non futurus sit ingratus, vel etiam certum honorarium promittat, qualis datur Doctori contra promittentem actio? Resp. Mandati non, quia hoc est gratuitum, veque locati, quia nulla merces est constituta, neque præscriptis verbis, quia Salarium incertum est genere, & specie. Nullum proinde remedium ordinarium competit.

Quid ergò agendum Doctori? debet ille per implorationem officii Judicis suum consequi. Unde dicitur, extra ordinem peti solet, L. 7. l. 56. §. pen. & l. 1. ff. Mand.

Et si enim sanctissima civilis Sapiencia pretio numerario non sit dehoneftanda, L. 1. §. 5. *de extraord. cognit.* labor tamen, & ftudium reftimationem recipit, non quidem per modum mercedis, fed honorarii. Unde ait *Manz. n. 20.* quod Doctores, dum ftalarium petunt, non foieant dicere pro hoc confilio, *peto 30. fed exspecto. Schamb. hic.*

Ex Mandato nascitur duplex actio, *Directa, & contraria. Directa est actio*

personalis, civilis, rei persecutoria, bone fidei, que datur Mandanti, ejusque heredi contra Mandatarium, ejusque heredem, ad id, quod sua interest, non peractò, vel malò peractò negotiò commiffò. L. 8. §. Mand. ff. h. t.

Contraria verò datur Mandatario contra Mandantem, ut Mandatum peractum ratum habeat, & refundat, quod Mandatario nomine Mandati, abelt, ne officium suum fit illi damnosum. *Schamb. hic.*

TITULUS XXVIII.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ EX QUASI CONTRACTU NASCUNTUR.

SUMMARIA.

- 1 *Quid fit Quasi-Contractus?*
- 2 *I. species Quasi-Contractus est Negotiorum gestio.*
- 3 *Quid fit illa?*
- 4 *Quam culpam præstet Negotiorum gestor?*
- 5 *II. species Quasi-Contractus est Tutela Administratio.*
- 6 *III. Rei Communio.*
- 7 *IV. Hereditatis Communio.*
- 8 *V. Hereditatis aditio.*
- 9 *VI. Indebiti Solutio.*
- 10 *Insciando lis quando dicatur crescere.*

CONNEXIO, ET PRINCIPIUM.

Hucusque diximus de Obligationibus, quæ ex vero Contractu: sequitur de his, quæ ex Quasi contractu descendunt. Dicitur autem quasi contractus, quia duntaxat improprie contractus est, quoniam in quasi contractu neutrius voluntas, neque expresse, ne-

que tacite concurrat; sed unius tantummodò actus, sive factum, sæpè altero, id ignorante, ut hic non contrahatur re ipsa, & veritate, sed *presumptive* fictione Juris contractus intervenisse censetur, Jura enim hominis factum suppleant, & interim pro une parte consentiunt, præsumendo neminem esse tam stultum qui etiam absens & ignorans non velit conditionem suam meliorem fieri. *Schneid. hic.* Ex dictis quasi contractum haud ineleganter definire possis, quòd fit præsumpta conventio, ex qua, ob factum aliquod nascitur obligatio, *Glethe. Iust. hic.* Dicitur autem præsumpta conventio, ut differat à vero contractu, ubi expressus utriusque consensus desideratur. In quasi autem contractu intervenit duntaxat tacitus consensus, quem Jura ob aliquam æquitatem naturalem adesse præsumunt: licet alterutrius consensus præsumitur, ignorans, aut etiam invitus existat, *l. 2. ff. de Neg. gest.* Ubi dicitur, hoc æquum esse, ut alter, cujus

ejus negotia gesta sunt, obligetur, *Schamb. bic.* Quasi contractuum species VI. occurrunt, de quibus sequitur.

§. I G I T U R. I.

Prima obligationis ex quasi contractu species est, *Negotiorum Gestio*, quæ, ut clarè intelligatur, figuremus hunc casum: Sempronius profectus est in longinquas regiones & reliquit domum suam, penitus vacuum. Quæ cum vi ventorum, & injuria imbrum ita vexaretur, ut ruinam, lapsumque minaretur, Titius, volens absenti favere, domum reparat, tecta reficit.

Questio est, an Sempronius Titio, ad refundendos sumptus obligatus sit? Possit videri, quòd non. Ratio dubitandi est, quia sine consensu nulla nascitur obligatio, *L. 1. §. ff. de Pact.* cum ergò Sempronius non consenserit, sed ignorans fuerit, quomodo poterit obligari? Deinde culpa est, se immiscere rei alienæ, ergò damnum, quod sentit, propria culpa sentit, quod sentire non videtur, *l. 203. ff. de R. J.*

Hòc tamen non obstante ꝑ. Sempronium ex quasi contractu negotia gerenti obligari, *Text. bic.* Ratio est in *textu*, ne absentium, qui, subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregrè profecti essent, deferuntur negotia, quæ sanè nono curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem.

Ad *Argumenta contraria* ꝑ. saltem ad esse consensum ex præsumptione legis, quem propter utilitatem, ne negotia aliena deferrentur, intervenisse præsumunt. Deinde culpa Negotiorum gestori non potest obijci, eò, quòd obijcientis conditionem reddiderit meliorem. *Manz. n. 6. §. 7.* & regula illa, quòd culpa sit reialienæ se immiscere, pro-

cedit tunc, si quis intendat utilitatem propriam, *Schamb. bic.*

Ex dictis facilè colliges, quòd Negotiorum gestio sit quasi contractus, quo quis alterius absentis, & ignorantis negotia sine Mandato utiliter gerit, *Harp. n. 4.*

Diximus I. *absentis*, quia mandare censetur, qui præsens patitur, alium sua negotia gerere, *l. 18. ff. Mandat.* Et idèò Mandati potius, quàm Negotiorum gestorum actio inter presentes competit.

Diximus II. *ignorantis*, quia, sicut is, qui præsens est, ita quoque ille, licèt absens sit, nihilominus tamen sciens patitur, suum negotium geri, mandare censetur, *Manz. num. 13.*

Dixi III. sine mandato. Quibus verbis differentia specifica Negotiorum gestionis, ac Mandati continetur. Si quis enim negotia alterius ex Mandato ipsius gesserit, Mandatum erit, sicque verus contractus. Si verò citra Mandatum gesserit; negotiorum gestio atque ita quasi contractus erit, *l. 5. ff. de O. & A. Harp. n. 29.*

Dixi IV. & ultimò *utiliter gerit*, quia ad hoc, ut repetitio sumptuum locum habeat, necesse est, ut alterius negotia utiliter gerantur, vel utiliter saltem incipiantur, licèt effectum gestio non habuerit, veluti si Medicus curaret absentis cujusdam filium, & is nihilominus moreretur, Medico actio Negotiorum gestorum contra patrem competeret. *l. 10. §. 1. ff. Mandati.* nec enim semper est in Medico, releveretur ut æger, *Schneid. n. 9.* Utiliter porrò, negotium gestum esse, dicitur, quando dominus idem erat facturus, quia erat impar impensis. Nam tunc actio Negotiorum gestori non datur, sive ignoret, *l. Sed an ultro §. 1. ff. Mand. Schneid. eod.*

Idem est, si voluptatis tantum causa, negotium gerat; tunc enim, ad sumptus repetendos, actionem non habet, *l. 26. ff. de Negot. gest. Manz. n. 20.* Ratio, quia debet ex eo onerari dominus, quod ipse facturus non esset, *l. in fundo 38. ff. de R. V. Sanè, in universum (puto) determinari non posse, quando negotium utiliter gestum esse, dicatur, sed id discreti Judicis arbitrio relinquendum erit, quemadmodum docet Manz. n. 21.* Vidimus quæ sit Negotiorum gestio, sequitur quæ ex ea nascantur actiones. Quarum dux occurrunt, *directa & contraria.* Directa est actio prætoriana, personalis, bonæ fidei, competens ei, cujus negotia gesta sunt, ejusque hæredibus adversus Negotiorum gestorem, ut rationes negotii gesti reddat, & si quid dolo culpæve ejus commissum, vel omisissum est, id præstet.

Contraria vero actio datur e contra Negotiorum gestori adversus dominum, ejusque hæredes, ut, si quid sibi ratione administrationis vel adsit, vel abfuturum sit, sibi præstet, & se indemnem servet, ne officium suum sit sibi damnosum. *Schamb. hic.* Naturam harum actionum in *Lib. IV.* fusiùs explicabimus. Sufficiat ergò, hanc obiter non nihil perstrinxisse.

AD VERS. QUO CASU.

4. *Quæritur in hoc. v. quam culpam Negotiorum gestor præstare teneatur?* Ut hæc quaestio radiis, & splendore niteat claritas, certa ab incertis, & clara ab obscuris discernenda sunt, quod, ut obtineamus, juvat cautè processisse. Itaque

Prima fronte videtur dicendum, quòd non nisi de dolo, & lata culpa tenetur, quia totum negotium solius domini utilitatem respicit; sicuti ergò Depositarius ex dicta ratione *dolum & latam cul-*

pam tantum præstat, ita idem dicendum videtur de *Negotiorum gestore.*

Verum, hoc non attentò, sine alteratione inter DD. obtinet, quòd Negotiorum gestor præstet etiam levem culpam, *l. 20. Cod. de Neg. gest.* cum enim sponte negotii istis se ingerat, videtur, promittere diligentiam, id est culpam *levem, l. 23. ff. de R. J. Schamb. hic.*

Imò, illud quoque sine concertatione procedit, quòd Negotiorum gestor tantum dolum, & latam culpam præstet, si negotia deserta accesserit, *l. 3. § inter dum ff. de Neg. Schneid. §. 28. de act. n. 10.*

Denique & illud indubitatum est, quòd gestor levissimam culpam præstet, quando alius adfuisse, qui negotia diligentius administraturus fuisset, *text. hic. Schneid. & alii hoc. loc. cit.*

Ad rationem dubitandi ex regula generali, supra de commodato posita & eam procedere in contractibus, non in quasi contractibus. Nam, etiam in administratione tutelæ utilitas tota ad pupillum pertinet, & tamen tutor de dolo, lata, ac levi culpa tenetur, *L. 7. Cod. Arbit. tut. Manz. n. 34.*

Dicta proinde sine litigio procedunt. Sed controvertitur, an indistinctè, etiam extra casum, quo alius negotia diligentius administraturus fuisset, Negotiorum gestor teneatur præstare levissimam culpam? Sunt non pauci Auctores, qui gestorem, ad levissimam quoque culpam præstandam, adstringunt. Quos inter agmen ducit, *Hunn. ad Treutl. vol. I. Disp. 10. th. 5. Quæst. 19. Hart. hic. num. 32.*

Argumentum I. producent ex *l. 24. Cod. de usuris.* ubi dicitur, quòd omnis culpa à negotiorum gestore præstari debeat, ergo & levissima, cum is, qui omnia dicit, nihil excludat.

II. Depromunt ex L. 21. *Cod. Mand.* ubi *Constantinus Imperator* rescribit, in administratione alienorum negotiorum nihil quidquam neglectum, ac declinatum culpa vacuum esse: atqui Negotiorum gestorem aliena negotia gerere in confesso est; sequitur ergo, quod si quidquam in eorum gestione neglexerit, ac declinaverit, culpa haud vacuum sit, ac eapropter de culpa levissima conveniri possit. Sunt adhuc plura argumenta quæ pro hac sententia adducunt: at possis illa sola indignatione enervare, aliud enim non merentur. Itaque,

His non obstantibus, placet, quod Negotiorum gestor regulariter tantum præstet culpam levem. Ita *Arumæ. exercit. 15. th. 11. Zoes. ff. de Neg. num. 8.*

Pro hac sententia *Facti I. l. 20. Co. l. Mand.* ubi tantam mentio culpæ *late, & levis*, non etiam *levissime*; ergo ad hanc non tenetur, inclusio enim unius est exclusio alterius.

Facit II. l. 11. Si Negotia ff. de Neg. gest. his verbis: *Qui negotia aliena gerit, & bonam Fidem, & exactam diligentiam rebus ejus, pro quo intervenit, præstare debet. En, exactam (ait Imperator) non exactissimam.*

Facit III. efficacissima ratio; enim verò, quæ causa fuit, introducendæ actionis Negotiorum? numquid, ne absentium negotia desererentur? at, nisi, si exigatur à gestore levissimæ culpæ præstatio, quis adeò supinus erit, ut negotia aliena gerat, cum is deberet majorem, quam diligens Pater familias suis rebus adhibet, diligentiam impendere?

Ad I. 7. omnem diligentiam in d. l. si Mater 24. non pro exactissima diligentia (quæ levissima culpæ opponitur) sed pro exacta accipi, & pro ea, quam *Keos ad Instituta.*

Negotiorum gestio requirit. Hoc vel ex eo verosimile est, quod levissimæ culpæ, quæ culpa pene non est, raro in libris Juris nostri mentio fiat. Vel, *positò* (non tamen *concesso*) sub omni culpa levissimam includit: non tamen improbabilius dixeris, textum loqui de casu, ubi alius, negotia diligentius gesturus se Negotiorum gestioni obtulit. Cujus rei conjectura oritur ex eo, quod in d. l. Si Mater proponatur, gestisse negotia, matrem, cum qua & alii concurrerant, qui se gestioni offererant. Sed, quia Mater, pietatis necessitudine ducta, propensiore animo liberos, eorumque negotia prosequitur, meritò aliis præfertur; meritò iridem se ad levissimam culpam obstringit. Ita, *Arumæ. loc. cit.*

Ad II. R. d. l. 21. non de gestione negotiorum loqui, sed de Mandato, in quo pro diversitate utilitatis, cujus scilicet gratiâ contractum est, nonnunquam lata tantum, nonnunquam levis, nonnunquam levissima præstatur. Ut argumentum à Mandato ad Negotiorum gestionem neutiquam procedat.

§. TUTORES. 2.

Secunda species Quasi-contractus recenseretur *Tutele Administratio*. Ratio, cur Tutela, seu administratio tutele sit quasi-Contractus, hæc redditur, quia verus Contractus requirit aliquod negotium (puta *Conventionem inter partes*) aut, inter tutorem, & pupillum nihil actum, nihil tractatum *Text. hic. Ratio alia*, quia omnis verus contractus est voluntarius, l. 5. C. de O. & A. sed tutela non est voluntaria, quia tutor datur pupillo ignorantis, & invito, L. 6. ff. de Tut. & curas. dat. & invitus cogitur qui tutor esse, l. 1 ff. de Administr. tut. Tutela enim est *munus publicum* l. 9. ff. de hi, qui sunt sui, vel alieni

alieni Jur. ad publica autem munera potest quis invitatus cogi, arg. l. 1. ff. de numer. & honor. Harp. n. 2.

Ex tutelæ administratione nascuntur duæ actiones, *directa & contraria*. Directa est *civilis personalis, bona fidei, competens pupillo ejusque heredibus contra tutorem, ut rationes administrationis reddat, & præset, quod sibi abest, vel ab futurum est, ob ejus culpam, etiam levem. Dico levem, ratio est in favore pupilli posita, l. 23. ff. de R. J.*

Contraria verò datur tutori, ejusque heredibus contra pupillum, & heredes, ut se indemnem servet, impensas factas restituat, & si se pro pupillo obligaverit, debitum solvendo liberet, & exsolvat, l. 1. & fin. ff. de contrar. tutel. act. Schamb. hic. Ratio, quare tutori applicetur actio contraria, est, ne officium illi suum sit damnosum. l. 1. ff. de contrar. Tutel. act.

Dices: Quomodo datur actio contra pupillum; cum tamen pupillus sine Auctoritate Tutoris non possit obligari? Resp. pupillum obligari ex lege, lex enim ipsum obligationi subjicit.

§. ITEM, SI INTER. 3.

Tertia Quasi-Contractus species est *Rei Communio*, dum scilicet duo, vel plures rem quampiam sine Societate communem habent, puta, quia duobus eadem res est legata, vel donata, hoc est, potest, & solet contingere ut unus ex ea solus percipiat fructus, vel solus faciat expensas, quo casu ex quasi contractu sibi obligati sunt, ut alter pro rata alteri fructus præset vel expensas pro rata refundat, res enim communis non debet uni soli esse lucro nec damno, l. 6. ff. b. t.

Dixi sine Societate, quia, si res sit communis ex contractu Societatis,

tunc dabitur actio pro Socio, pro lucris, & damnis communicandis. Vides, in quo differat Societas à communiōe: nimirum in hoc, quod Societas expressam conventionem requirit; communiō vero sine voluntate, & consensu contrahatur.

Datur ex hoc quasi-Contractu actio communi dividendo, quæ utringue *directa est, competens ei, qui rem cum altero communem absque Societate habet adversus eum, cum quo habet, ut res æqualiter dividatur*. Dicitur utringue *directa*, quia utrumque æquè principaliter respicit, & uterque actoris, & rei partes sustinet; habetur tamen pro actore, qui provocat, l. 2. ff. b. t.

§. IDEM JURIS. 4.

Quarta species quasi contractus est *Hereditatis Communio*. Quando videlicet ad duos, vel plures eadem hereditas pertinet. Differt à rei communiōe, quod in illa res universalis, in hac res singularis cum altero sit communis. Eodem tamen modo, sicuti in rei communiōe, ratione fructuum, & expensarum, unus alteri quasi ex contractu obligatus est. Nascitur exinde actio *familie heriscunde*, id est, hereditatis dividendæ; hereditas enim nomine familie, & dividere verbo heriscere hic venit. De hac actione nolo hic agere, sed ejus applicationem ad propriam usque sedem remitto, videlicet, §. 20. *infra de Act.*

§. HERES QUOQUE. 5.

Quinta species quasi Contractus enarratur *Aditio hereditatis*, dum enim quis hereditatem alterius adit, obligatur hic Legatariis, & Fidei Commissariis non ex contractu, cum non concurrat utriusque consensus, potest enim & heres ignorare.

ignorare, an, & cui, & alter etiam ignorare, quod sibi legatum relictum sit. Obligatur ergo ex quasi contractu, quia adeundo agnoscit, & tacite dicit quod voluntatem defuncti adimplere velit. Unde, & Legatarius, & Fidei-Commissarius datur actio personalis ex testamento, qua hæredem, ad sibi præstandum, quod debet, compellere possunt.

Dices, Creditoribus defuncti tenetur hæres ex vero contractu, ergo etiam Legatariis. *Resp. conc. ant. neg. consequ.* quia Creditores inter & defunctum intervenit verus contractus, ut hæres, tanquam illius personam representans, eidem contractui satis-facere teneatur; respectu legatariorum verò, neque cum hærede, neque cum defuncto negotium, vel contractus intercessit, *Schamb. bic.*

§. I T E M I S. 6.

Sexta quasi-contractus species est *Indebiti Solutio*. Quando enim quis per errorem alteri solvit quod non debuit, & alter per errorem etiam accepit, tunc ad restitutionem accepit, quasi ex contractu obligatus videtur, *l. 5. §. 3. ff. de O. & A.* nemo enim debet cum alterius jactura locupletari. Ex hoc quasi-contractu nascitur conditio *Indebiti*, de qua late differuimus *suprà §. 1. tit. quibus modis re contrab. oblig.*

§. EX QUIBUSDAM. 7. ET ULT.

In superiori §. Regulam posuimus istam, repeti potest, quod indebitè per errorem solutum est. Hic ponitur ad regulam *Exceptio*, ut videlicet ex iis causis indebitè solutum, repeti non possit, ex quibus inficiando lis crescit.

Dicitur autem lis inficiando crescere in iis causis, in quibus quis propter inficiationem vel negationem condemna-

tur in duplum. In *exemplo*: aliquis mihi damnum dedit, v. g. *vestes maculavit, vel laceravit*, hoc in casu, si reus fateatur culpam, condemnatur ex *Lege Aquilia* in *simpulum* damni dati. Si verò neget, se dedisse damnum, & postea convincatur, condemnatur in duplum. Quod inductum est in *ponam mendacii*.

Aliud exemplum: si quis tempore *incendii, ruine, naufragii, & tumultus* aliquid apud alterum deposuit, eo, postea depositum repetente, depositarius rem depositam simpliciter, sive *simpulum* restituere, compellitur, quando fateatur: si verò inficiatur, & convincatur, tunc, præter rem depositam, tenetur etiam illius rei depositæ pretium restituere, *l. 1. ff. de incend. ruin. & naufrag. Manz. mun. 4. §. 7.*

Illud etiam *notandum*, quòd hodie inficiando lis tantum crescit in legatis piis, quæ v. g. relicta sunt *Ecclesiis & cæteris venerabilibus locis*, ita ut negans tale legatum condemnatur in duplum.

Jam his positis, facile poterit intelligi *exceptio §. nostri*, videlicet ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis indebitum solutum non repetitur. In *exemplo*: Titius convenit me ex *lege Aquilia* quasi ipsi damnum dedissem, quod æstimat 20. fl. quia igitur incertus sum, vel dubito, utrum ego vel aliquis alius damnum dederit? ideo, ne ob negationem contingat, me condemnari in duplum, solvo 20. fl. postea apparet, non à me sed ab alio Titium fuisse damnum. *Quæstio* est, an possim 20. fl. à Titio repetere? *Responsum* Negative, quia ex quibus causis inficiando lis crescit; indebitè solutum repeti non potest. *Ratio rationis*, quia videor, tacite transigisse cum Titio. Ex causa autem transactionis solutum, ut indebitum, repeti non potest, cum ipsa transactio sit

justa debitionis causa. *Manz. n. 15.* Vides, quod tota res in præsumpta transactione posita sit, quæ, si causa semel sopita sit, resuscitari non amplius debet.

NB. Si transactio tacita rescindi non possit, ubi nihil prorsus debetur, multò minus expressa, si quis enormiter, sive ultra dimidium iusti ledatur, rescindi poterit. *Manz. loc. cit.*

Exemplum aliud: Prælati quidam instituit contra me actionem ex testamento, quasi Parens meus defunctus Monasterio ipsius reliquisset, legati nomine, 100. fl. Ego, putans, vel dubitans, legatos esse, metu incurrendi duplum ob inficiationem, solvo 100. fl.

Hoc in casu, si postea appareat, à Patre meo legatum non esse relictum, nulla mihi repetitio datur. Ratio tum in favore piæ causæ, tum in præsumpta transactione posita est. *Manz. n. 16.*

Illud non *ignorandum*, ad hoc, ut decisioni hujus §. locus sit, requiri, aliqua ut subsit causa, scilicet *damnum datum*; licet fortè non ab eo, qui convenitur, sed ab alio, legatum aliquod in pios usus relictum esse, licet fortè minus solemniter fuisse aliquid eo tempore depositum, licet, non apud hunc, sed alium. Nam si nullum *damnum datum* sit, aut nihil relictum vel depositum, puto locum esse repetitioni. *Schamb. hic.*

TITULUS XXIX.

PER QUAS PERSONAS NOBIS
OBLIGATIO ACQUIRITUR.

SUMMARIÀ.

- 1 *Possessio acquiritur per Liberos nostros, & servos.*
- 2 *Quod procedit de servo, bona fide Possessò.*
- 3 *Et etiam servo communi.*

Actum est de Contractibus; & quasi, ex quibus obligationes nascuntur; sequitur, per quas personas nobis obligatio acquiritur. Acquiritur autem nobis obligatio non solum per nosmetipsos, sed etiam per Liberos, & servos, nostræ potestati subiectos. Estque ratio, quia per liberos nostros, & servos condicio nostra melior fieri potest, deterior non item, ac proinde acquirere nobis possunt, alienare nostra non possunt. *Harp. n. 3.*

Ea tamen inter Servos, & liberos differentia est, quòd, Servi quidquid acquirunt, totum, & omne nostrum fiat. Liberi autem secundum *distinctionem peculiorum*, parentibus acquirant. Nam si obligatio respiciat *peculium castrense*, & *quasi tale*, tota obligatio ipsi filiosam. si *profectitium*, tota Patri, si *adventitium*, quoad usumfructum Patri, quoad proprietatem filio acquiritur. Pater tamen semper respectu adventitii, & profectitii, actionem intendat, quia adventitii legitimus administrator est, *Schamb. & Manz. hic.*

§. ITEM. I.

Liberi homines, vel servi alieni, bona fide à nobis, vel, ut liberi, vel ut servi nostri possessi, quæcumque obligatio-

tius sumpta denotat eam tantum satisfactionem, quæ contingit per veram debiti præstationem, quo in sensu solutio accuratè definitur, quod sit ejus, quod debetur, *realis, legitime facta, præstatio.* Harp. n. 6. sive, est actualis, & naturalis pecunie, vel alterius rei debite adnumeratio, præstatio. Manz. n. 2. Et, cum hæc materia frequens sit, & perquam utilis, ideò paulò uberiùs discutienda, quod commodè sic fieri poterit, ut I. videamus, quid, & quantum solvendum sit? II. qua forma? III. à quo? IV. cui? & V. quis sit effectus Solutionis?

Primum proinde quod attinet, dico, quòd id solvendum, sit, quod debetur; invito enim Creditori aliud pro alio solvi non potest, l. 2. §. 1. ff. de R. C. Ut, si cui debeat pretium, vel pecunia, ei nolenti species, vel corpus (puta, equus, fundus, domus, podium, &c.) solvi nequit, cum aliud sit res, aliud pretium, l. 1. ff. de rer. permut. l. 88. ff. de V. S. quòd facit illud Seneca: æquissima (inquit) vox est, & Jus gentium præferens, redde quod debes. Harp. n. 7. P. Konig. de solut. n. 15.

2. Quæres, num totum, quod debetur, solvendum sit? an verò particularis solutio invito Creditori fieri possit? R. particularem solutionem invito creditori fieri non posse. Ita Harp. n. 146. tit. quib. mod. re contraab. oblig. ad Princip. Manz. n. 7. hic. Fach. lib. 10. cap. 59. fusè. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disput. 29. th. 2. lit. B. Engel de solut. n. 4. Konig. ibid. n. 21. Gomez. var. Resolut. lib. 2. cap. 10. n. 5. Guil. lib. 2. observat. 19. n. 7. Et hæc Sententia adeò vera, adeò frequens, adeò justa est, ut capere nequeam, quæ tenebræ Humii mentem, ingeniumque obscuraverint? ut in suis var. resolut. lib. 3. tract. 3. part. 1. quest. 11. se rebel-

lem exhibeat, fundamentis instructus adeò frivolus, ut risum potiùs, quàm solutionis nisum mereantur.

Probatur autem nostra Sententia ex regula universali, quòd aliud pro alio creditori solvi non possit d. l. 2. §. 1. ff. de R. C. & alteri per alterum iniqua conditio inferri non debeat, l. 155. de R. J. at creditori, si particularem solutionem recipere teneretur, inferretur iniqua conditio, quia particularis solutio (Teste ipso J. Cto in l. 3. ff. fam. heres.) maxima, & plurima damna secum trahit; eò quòd pecunia, minutim accepta, facile consumatur, aut dispergatur.

Roboratur hæc Sententia ex validiss. text. l. 41. §. 1. ff. de Usur. Ubi queritur, an Lucius Titius, qui debitor erat 100. fl. & usurarum aliquanti temporis; cum obsignaverit, & apud Judicem deposuerit minorem pecunie summam, quam debebat; an (inquam) saltem respectu quantitatis, & summæ depositæ usurarum cursus retardetur? & Respond. negativè hunc in modum: si non hac lege mutua pecunia data est, ut liceret, & particulatim, quod acceptum est, exsolvere, non retardari totius debiti usurarum præstationem. Jam aures præbe, nunquid depositio pecunie debite cæteroquin tantum operatur, quantum solutio; at depositio partis non liberat debitorem; ergò neque solutio partis.

Hæc tamen Sententia suas etiam patitur Exceptiones, in quibus solutiones argumentorum adversantium, veluti speculo, relucunt. I. Si Creditor ultrò admittat particularem solutionem, quòd refertur §. 1. Inst. quib. mod. recontrab. oblig. Ubi in hæc verba rescribitur: quod debetur, pro parte rectè solvitur (intelligit creditori volenti) non etiam invito.

II. Si aliter in Debitorem, & Creditorem conventum sit *d. l. 41. §. 1. ff. de Usur.* Hoc autem, conventum esse, præsumitur, si solutio promissa sit in duobus locis copulativè, v. g. *Ephesi, & Capue, l. 1. §. 4. ff. de eo, quod cert. loc.*

III. Si favor libertatis hoc suadeat, quò pertinet *l. 4. §. 6. ff. de stat. liber.*

IV. Si tantum per partes creditum sit, tunc enim etiam per partes rectè solvitur, quia obligatio non eo modo dirahi potest, quo contracta est, *l. 25. de R. J. de qua tamen exceptione vehementer dubito.*

V. Si ex diversis causis debeatur, v. g. 100. ex mutuo, 100. ex empto, &c. tunc enim, cum diversa sint debita, unum sine altero potest exsolvi, etiam invito Creditore, *l. 1. Cod. de solut. Eng. loc. cit. & Konig. n. 22 Harp. n. 183.*

VI. & ultimò, si debitum ex una parte sit liquidum, vel confessatum, non ex alia, tunc enim Creditor cogitur, accipere partem liquidam, aut confessatam debiti, donec de altera parte constet, utrum verè debita sit, nec ne? *arg. l. 21. ff. de R. C. §. 1. 8. ff. si pars. hered. petat. Brumm. in l. 9. Cod. de solut. plura argumenta contraria enodat Harp. loc. cit.*

Vidimus, quid? & quantum solvendum sit? sequitur de forma solutionis, quæ in eo potissimum consistit, ut solutio fiat legitimo tempore, loco, modo, & causa. De quibus in ordine.

Tempus quod attinet, illud metiendam venit ex qualitate obligationis, hæc enim vel est pura, vel est conditionalis, vel in diem. Si obligatio est pura, neque diem, neque conditionem habens, debitor confessim solvere tenetur, *§. 2. Inst. de V. O. l. 14. ff. de R. J.* Ratio, quia in obligatione pura statim cedit, & venit dies, *l. 213. ff. de V. S. Harp. n. 7.*

Sanè, dicta cum grano salis intelligas, necesse est; non enim eodem mox die, qua mutuum accepisti, ejus solutio facienda; sed tempus aliquod pro solutione arbitrio Judicis assignari debet, *l. 105. ff. de solut.* Ratio, quia aliàs tales contractus elusorii redderentur. *Engel. n. 6.* Si obligatio est conditionalis, solutio facienda est, conditione existente, quia tunc primùm cedit, & venit dies, conditionalia enim ab existentia conditionis pendent. *Confer. §. 4. Inst. de Verb. Oblig.* Unde, quod ante existentiam conditionis solutum est, quasi indebitum, repeti potest, *l. 16. l. 18. l. 48. ff. de condit. indebit. Harp. n. 16.*

Sanè, si debitum sit in diem contractum, puto ante dici adventum solutionem fieri posse. Ratio, quia in favorem debitoris adjectus esse, censetur, cui proinde renuntiare non prohibetur, *l. 38. §. 16. l. 137. §. 2. ff. de V. O.* secus est, si dies in favorem, & commodum creditoris adjectus sit, *l. 15. ff. de annuis legat. Zos. ff. de solut. n. 31. Harp. ad princ. Inst. Quib. mod. recontrab. oblig. n. 101. Engel de solut. n. 6.*

Locus quod attinet, res ope distinctionis dirimenda. Vel enim certus locus solutioni adjectus est, vel non. Si certus locus solutioni adjectus sit, solvi debet in loco convento, *l. 9. ff. de eo, quod cert. loc. nec alibi à debitore peti potest, & si alibi creditor peteret loco plus petiisse, diceretur, l. 2. §. Si quis ff. eod. Quòd si debitor tergiversaretur ad locum, solutioni destinatum, venire, in alio etiam loco utiliter convenitur. *l. 1. ff. eod. Engel. n. 7. loc. cit.* Si certus locus solutioni adjectus non sit, tunc in loco contractus, aut domicilii solutio petenda. *Zos. ff. de eo, quod cert. loc. n. 3. Harp. n. 18. bic.**

Modum quod attinet, is in eo versatur, ut perfectè, & plenè fiat solutio, tam ratione rei solvendæ, quàm ipsius Juris transferendi. *Harp. num. 19.*

Causam quod attinet, debet solutio fieri ex illa causa, ex qua agitur, non ex alia. Hinc, si quis id, quod, alterius causa, solvere necesse habet, solvit nomine propriò, nec se ipsum, nec alterum, pro quo solvere debuisset, liberat, *l. 17. ff. de solut. l. 72. ff. de Jure Dot. Harp. n. 23.*

Figimus de forma solutionis; sequitur, quis possit solvere? Potest autem solvere

I. Ipse debitor, habens liberam rerum suarum administrationem; qui hanc non habet, se solo non rectè solvit, *l. 5. l. 17. Cod. de solut.* Ratio, quia solutio est species alienationis, unde pupilli, qui Tutores: & Minores, aut Prodigii, qui Curatores habent, solvere non possunt sine horum Authoritate, & consensu. *Konig. de solut. n. 4. Harp. n. 24.* Sed quid, si pupillus: vel minor defacto solverit? Vide §. ult. *Inst. Quib. alien. licet, &c.*

II. Solvere potest debitoris Procurator, & quidem non tantum ille, cui solutio speciali Mandato commissã est, sed etiam Procurator universalis, qui instructus est Mandato universali cum libera, *l. 58. l. 59. ff. de Procur. Konig. num. 5. Glessle part. 1. Select. Quest. 27. sub n. 3.*

III. Non tantum ipse debitor: sed quicumque alius pro ipso, etiam ignorante, vel invito, solvere potest; atque in eundem ipso Jure à debito liberare, *est hic. in prin. l. 23. l. 40. l. 53. ff. de solut.* non enim interest Creditoris, a quo recipiat suum, modo recipiat. *Manz. n. 24. hic.* Ratio alia, quia naturalis simul, & Civilis ratio suadet, alienam conditionem aneliorem quidem (etiam ignorantis, & invito) nos facere

posse; deteriorem non posse, *Konig. loc. cit. num. 6.* Id tamen observandum est, quod, qui solvit pro debitore sciente, ac volente, actione Mandati, *l. 6. §. 2. ff. Mand. qui pro ignorante actione Negotiorum gestorum, totum ab eo, pro quo solvit, repetere possit, l. 43. ff. de Negot. gest.* Ille verò, qui pro debitore invito, vel contradicente solvit, careat omne actioni, eò, quòd animo donandi alium deobligasse, videtur, *l. fin. Cod. de Negot. gest. Zoef. ff. de solut. n. 4. Konig. n. 6. Manz. n. 29. hic.*

Dices: Invito non detur beneficium, *l. 156. ff. de R. J.* ergò pro invito solutio fieri non potest. *Resp. antecedens* procedere, si respiciatur illius, cui beneficium confertur, solus favor; hic autem concurret etiam interesse tertii, puta, Creditoris, *Harp. n. 38. Sebamb. hic.*

Discutimus, qui possint solvere? sequitur, cui possit solvi? Rectè autem solvitur

I. Ipsi Creditori, qui rerum suarum habet administrationem, & quidem volenti, & invito, vel certè, si creditor solutionem, debito loco, & tempore factam, recipere nolit, poterit debitor eas pecunias Magistratui consignare, & ita à debito principali, & ab usuris impofterum liberatus erit, *l. 9. Cod. de solut. & ibi Brunnen.*

II. Quod si Creditor rerum suarum administrationem non habeat, rectè ipsius tutòri, vel Curatori solvitur, *l. 14. ff. b. t.* rectius tamen, & cautius Decretum, Authoritalque Judicis adhibetur; tunc enim debitor plenissimam liberationem consequitur, aded, ut nec beneficium restitutionis in integrum locum habeat, utcumque pecunia soluta malè pereat; cum alius Pupilli, & Minorenes ex causa etiam contra solutionem, sibi cum Authoritate Tutoris,

& Curatoris; vel ipsi tutori: aut curatori factam, restitutionem in integrum petere possint, §. ult. *Inst. quib. alien. licet. vel. non.* & l. 1. *Cod. si advers. solut. Konig. n. 11. de solut. Harp. n. 46. ubi late hac de re discurret.*

III. Rectè solvitur Procuratori creditoris, speciale, vel generale Mandatum habenti. *Harp. n. 60.*

Effectus Solutionis est, quòd per eam, omnis obligatio, sive ea sit naturalis, sive civilis; sive re sit contracta; sive verbis, sive consensu, sive denique sit principalis, sive accessoria (ut *usuararia*, & *fide-jussoria*) ipso Jure perimatur. Si igitur debitor solverit, non solum ipse liberatur, sed & fide jussor, item pignora, & hypothecæ, l. 43. ff. *de solut.* è contra, si solverit fide-jussor, etiam reus obligatione creditoris liberatur, *text. hic.* Dico *Creditoris*, quia debitor fide-jussori manet obligatus, §. 6. *sup. de fide-juss.* *Harp. n. 67.*

Quæres IV. In quibus debitum solutio imputetur, si, ex pluribus causis obligatus, aliquam summam solvat, nihil exprimens, quam causam, seu debitum velit dissolvere?

Resp. Interesse, an debita sint paria, an disparia; si debita sint disparia, (Fortè quòd alia sint sub hypotheca, alia sine hypotheca; alia sub usuris; alia sine illis; alia sub pœna, alia sine pœna) tunc semper, in duriorè causam solutione facta esse intelligitur, l. 1. l. 3. l. 27. l. 103. ff. *de solut.* cum enim tali casu in potestate debitoris sit, liberè determinare, in quodnam debitum velit solutionem imputare, l. 1. *Cod. eod.* semper in dubio præsumitur, facere id, quod sibi utilius est. *Konig. n. 31. Engel. n. 5.* Si debita sint cuncta paria, ex omnibus Summis, pro portione solutum, videbitur, l. 8. ff. *de solut. Harp. n. 70.*

Disa procedunt, si utrumque debi-

rees ad Instituta.

tum sit *principale*, nam, si alterom sit *accessorium* (puta, si debeat aliquis mille ex Mutuo, & quingentos ex usuris, quas decem annis non solvit) si offerat quingentos; tali casu censetur debitor solvere usuras, non capitale; quamvis enim debitori utilius foret, talem pecuniam ex capitali deducere, quando quidem hoc modo minuerentur usuræ, cum usuræ usurarum non debeantur, attamen de Jure quia in tali casu non est in potestate debitoris, sed Creditoris, in quam summam velit imputare, cum creditor justè possit petere, solvi prius usuras, quàm capitale, ideo non censetur id actum, quod debitori, sed quod Creditori utilius est, l. 5. §. 3. ff. *de solut. l. 1. Cod. eod. P. Konig. eod. n. 31.* & ista de Solutione te facient; reliqua quæ hoc titulo occurrunt, parum utilitatis habent.

§. I T E M. I.

Secundus modus, & quidem Juris civilis, obligationem tollendi, est *Acceptilatio*, dicta à verbo *acceptum*, & supino *latum*, desumpta denominatione à forma, sub qua sit, quæ est imaginaria solutio; seu (ut clarius loquar) quæ est *conceptio verborum quibus interrogatus creditor, debitor congruè, & incontinenti respondet, se id, quod sibi debetur, acceptum ferre*, l. 1. ff. *h. 2.*

Dixi: esse modum tollendi obligationem, à Jure civili inductum, l. *pen. ff. de solut.* ex quo sequitur, per eam obligationes alias, quàm ex contractu, Jure civili introducto, provenientes, & verbis contractas, qualis est stipulatio, tolli non posse. Fit autem ista acceptilatio per interrogationem, & responsionem, v. g. *acceptosne fers 100. Solidos, quos tibi debeo; si Creditor respondeat, acceptos fero, sublata est omnis obligatio, Schamb. hic.*

§. EST AUTEM. 2.

Dictum, quod per acceptilationem nulla alia, quam verborum obligatio, tolli poterit. Verum, cum utile foret, ut & alix obligationes hoc modo tollerentur; ideo *Aquilus* hunc modum prescribit, ut prius illa obligatio in stipulationem transfundatur, & ubi transfusa fuerit, postea per acceptilationem tollatur. In *Exemplo*: debes mihi 100. ex Mutuo. Hanc obligationem realem transfero in stipulationem, hoc modo: promittisne illos 100. quos mihi ex Mutuo debes? si respondeas: Promitto. Sic teneris mihi ex stipulatione, si jam ex postfacto me interroges, acceptosne fers illos 100. & ego respondeam, acceptos fero. Ipso jure sublata est obligatio. *Perez. Inst. hic.*

§. PRETEREA. 3.

Tertius *modus* tollendæ obligationis, est *Novatio*, quæ nihil est aliud quam prioris obligationis in aliam obligationem transfusio, atque translatio, *l. 1. ff. de novat.* Fit duobus modis. I. cum mutatur, & novatur persona debitoris. In *exemplo*: Sejus mihi debet ex Mutuo: quoniam verò timeo, ipsam mihi satisfacere nolle, accedo Titium, ejus amicum, & in hunc modum interrogo: Titii, promittisne solvere illos centum, quos mihi Sejus debet? si respondeat: promitto, solvitur obligatio, quoad Sejum; & nova constituitur quoad Titium. Vides modò, quare hæc promissio dicatur novatio? quia videlicet novatur persona debitoris; sive novus constituitur debitor. *Manz. n. 5.* Illud non refert, quænam præcesserit obligatio, naturalis, an civilis, sive re, sive litteris, sive verbis, sive consensu contracta; omnis enim obligatio verbis novari potest,

l. 1. §. fin. ff. de novat. Non solum Juris civilis obligatio; sed etiam Juris gentium. Et in hoc differt ab acceptilatione. Estque ratio diversitatis, quia natura acceptilationis est, radicitus tollere obligationem, quæ cum sit introducta à Jure civili, non potest tollere obligationes, causatas à Jure gentium; sed natura novationis est, non penitus, & radicitus obligationem tollere, sed illam potius in aliam transfundere; non nimirum proinde; si obligationes Juris gentium tollantur per novationem, non etiam acceptilationem, cum facilius aliquid transferatur in aliam speciem, quam in totum perimatur. *Schneid. num. 5.*

AD VERS. ADEO.

Dicta ampliantur, ut etiam prior obligatio tollatur, & debitor liberetur; licet obligatio posterior sit nulla, v. g. si id, quod Sejus mihi debet, à Titio pupillo sine Tutoris sui Autoritate stipulatus sum, hoc in casu, etiam si maxime promiserit; tamen posterior obligatio in persona pupilli vana, inutilis est, quia pupillus absque consensu, & Autoritate tutoris sic obligari non potest. *Manz. n. 15.* Ratio autem, quare liberetur prior debitor, est, quia actus eò modò valere debet, quo potest. *l. 80. ff. de V. O.* & si id, quod ago, non valeat, ut ago; valeat saltem, ut valere potest. Neque ea propter mihi creditori sit injuria. Nam, vel scivi, pupillum obligari, vel nescivi; si scivi, mihi imputare debeo, quòd cum eo novatione usus sim. Si nescivi, non excusor, quia est ignorantia Juris, quæ neminem excusat. Si denique errabam in factò, & putabam, eum esse adultum, adhuc non sum excusatus, quia, qui contrahit cum alio, ejus conditionem ignorare non debet, *l. 19. ff. de R. J. Manz. n. 17.*

Dices:

Dices; Si servus, pro debitore se soluturum, spondeat, non fit novatio; ergò neque, si pupillus promittat. *Resp. neg. conseq.* quia Servus personam non habet, l. 32. ff. de R. J. debet autem fuisse persona, ut novatio fiat. *Schamb. hic.* Ratio alia, quia, ut novatio teneat, requiritur, ut sequens obligatio teneat, vel naturaliter, vel civiliter. Servus autem naturaliter non obligatur, *Schneid. n. 6.*

Clamabis: ergò, cum in persona pupilli novatio fiat, sequitur, quòd pupillus (naturaliter saltem) obligetur, quod nos negavimus, *sup. tit. de Auctorit. Tut. ad prin. Quest. 3. Vers. Resp.* Sed inanis est clamor, plus enim non sequitur, quàm, pupillum obligari naturaliter obligatione fictâ, non verâ. *Vid. loc. cit. & Glettlè ibi alleg. n. 7.*

AD VERS. SED, SI EADEM.

Secundò fit Novatio, quando eadem persona, quæ priùs obligata erit, manet obligata, adeòque quando non mutatur persona, sed causa debendi, v. g. si, quod Titius mihi debet ex causa Mutui, deducam in Stipulationem. Vel, si in 12 posteriori obligatione, ejusdem generis, quid novi sit, die, conditione, fidejussore adjectis, aut detractis, v. g. si mihi priùs promiseris 100. fl. in Festo S. Michaelis solvendo, & obligas to mihi nunc in præsens, &c. *Perez. hic.*

AD VERS. QUOD AUTEM.

Si obligationi puræ per Novationem Condicio adjiciatur, talis Novatio non priùs perficitur, quam conditio extiterit. Ratio, quia conditionalis ex eventu conditionis pendet, *cap. 5. de condit. appof.* Quòd si conditio defecerit, novatio nihil valet, & prior obligatio inextincta manet. Non enim præstat impedimentum, quod de Jure non sortitur effectum, l. Non præstat ff. de R. J. acta

autem sub conditione non sortuntur effectum, nisi conditio evenerit, l. 213. ff. eod. *Mantz. n. 30.*

Ex dictis facile colliges, quæ sint Novationis requisita? Nimirum requiritur I. quòd sequens obligatio teneat, aut civiliter, aut saltem naturaliter. Si neutro modo tenet, vacillat, & inutilis est novatio, l. 1. §. 1. ff. de novat. II. ut fiat per stipulationem, *text. hic.* Nam, quando qui nudo pacto constituit, se soluturum, quod alius debet: non fit novatio, sed constitutum per quod non liberatur proit debitor, sed novus debitor priori obligationi adjicitur, quæ tamen prior obligatio in suo vigore permanet, l. 28. ff. de cons. pec. *Mantz. n. 10. III.* animus novandi: Circa quem discernendum Jus tus à Jure novo. Jure veteri animus novandi ex variis conjecturis desumebatur, *text. hic.* Jure autem novo non aliter novatio inducitur, quàm, si partes nominatim, & expressè profiteantur, quòd animum novandi habeant. *Schneid. n. 8.*

Porrò, eum delegatio fit species novationis, & magnam cum ea affinitatem habeat, idèò voluntas etiam aliquid de ejus natura differere. Delegare autem nihil est aliud, quàm vice suâ alium reum creditorì dare, quod fit tunc, quando quis mandat debitori suo, ut pro eo solvat creditorì ejus, ita, ne creditor consentiat, ac debitor per solemnem stipulationem ei debitum promittat. *Wann einer seinem Glaubiger seinen Schuldner anweist, v. g. deo tibi 100. & vice versa, 100. mihi debet Titius. Ego Titii personam pro me tibi delegeo, cui & tu acquiresis, & Titius promittat solutionem. Requiritur autem I. ad delegationem, ut consentiat creditor meus, l. 16. Cod. de Solut. Ratio, quia invitus nemo cogitur mutare debitorem suum, etiam si magis idoneus offeratur, l. 45.*

§. *item si ff. Mand. II.* ut consentiat debitor meus. Ratio, quia nova obligatio confurgit; invitus autem nemo obligatur. In hoc differt delegatio à cessione, & Venditione nominis debitoris. *Wann einer einen Schuld-Brieff dem andernem verkauffet; oder seine Schuld einem andernem ubergibet.* Et in tali Cessione, aut venditione non requiritur consensus debitoris; sed venditio; & Cessio (etiam ignorante, & invito debitor meo) fit. Ratio differentie, quia in Cessione, & Venditione non fit nova obligatio, adedque novus consensus non requiritur; sed tantummodo solutio, & exactio veteris debiti alteri mandatur. *Schamb. hic. v. Querens Manz. n. 8.* ubi infert, quod pro abundanti cautela hodie instrumentis talis clausula adjungi solet: *promitto solvere creditori, ejus hereditibus, & omnibus iustis, sine legitimis possessoribus hujus Chirographi, allen rechtsmäßigen Im-haberen dieses Brieffes.*

§. HOC AMPLIUS 4. ET ULT.

Quartus modus, tollendæ obligationis, est, *contraria voluntas*, seu *dissensus*, nihil enim est tam naturale, quam unum quodque eò modo dissolvi, quo colligatum est, *l. 35. ff. de R. J.* Ad hoc tamen, ut hæc conclusio procedat, requiritur, quod res sit integra. ¹⁵ Unde: si vendita est res eaque tradita, aut pretium solutum est, non potest simpliciter contraria voluntate recedi à contractu emptionis; nisi interveniat actus, priori similis, ita ut pretium restituitur, & ultra dissensum res vendita retro tradatur. Estque ratio in, *d. l. nihil damnatur. 35. posita. Schneid. n. 2.* Ex quo sequitur, quod alie obligationes, quæ solò consensu non contrahuntur, sed re ut *mutuum*, vel *Verbis*, ut *Stipulatio*, sola contraria vo-

luntate non tollantur; sed debeat intervenire actus, retro similis priori, v. g. in *Mutuo* retro traditio in stipulatione, ut obligatio in *Aquilianam* stipulationem transferatur; *ibid.* Sunt præterea præter recensitos, obligationes dissolvendi, modos aliqui alii, de quibus *breviter.*

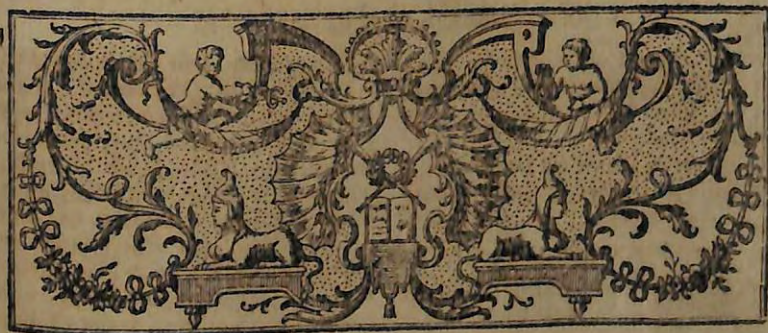
I. Est *compensatio*, quæ est, *debiti & crediti inter se contributio*, de hac specie agemus *infra §. 30. de Act.*

II. Modus est *Confusio*, si v. g. debitor suo creditori; vel Creditor suo debitori hæres existat, tunc enim confunduntur ipsorum bona, & Jura, & dissolvuntur eorum obligationes. Ratio, quia hæres & defunctus censentur una, eademque persona, & nemo potest sibi ipsi debere, *§. 15. Inst. de act.*

III. Modus est *Interitus rei debite*, si enim res in specie fuit debita, nocet interitus creditoris, *l. 23. ff. de V. O. & §. 3. Inst. de Empt. & vend.*

IV. Modus est *oblatio realis rei debite cum depositioe, in loco debito*, puta, *judicio, l. 9. Cod. de solut. Schneid. hic. n. 1.* Dico, *realis*, quia verbalis, quando quis dicit, se paratum esse solvere, non sufficit; nec sinit usurarum cursum. *Schneid. ibi.*

V. Modus est *Redditio Chirographi*. Nam creditor, restituendo debitori Chirographum, videtur, facere pactum de non petendo, *l. 2. ff. de Pact.* Secus est in restitutione pignoris, quia creditor, restituendo pignus, non videtur remittere debitum. Ratio differentie, quia *Restitutio Instrumenti* non potest importare aliam *Commoditatem*, quam *Remissionem debiti*, quod secus est in pignore. *Schneid. n. 19. hic.* ex eo tamen non præsumitur liberatus debitor, quod instrumentum apud ipsum reperitur, sed debet instrumenti redditionem probare, nisi sit persona talis, quæ non est domestica, *l. 24. ff. de probat. Schneid. loc. cit. in fin.*



INSTITUTIONUM
IMPERIALIUM
LIBER IV.

TITULUS PRIMUS
DE
OBLIGATIONIBUS,
QUÆ EX DELICTO NASCUNTUR.

SUMMARIA.

- 1 Qualis oriatur Obligatio ex Delictis?
- 2 Quotuplicia sint Delicta?
3. 4. 5 Actiones penales quando transceant ad Heredes, vel quando non transceant?
- 6 Desinitur Furtum.
7. 8. 9. 10 & 11 Explicatur Desinitio.
- 13 Etymologia Furti unde ducatur?
- 12 Furtum aliud manifestum, aliud nec manifestum.
- 14 Furti pena Jure Austriaco.
- 15 Si Fur, rupto laqueo, decidat, an liberetur?
- 16 Judex an à Collo, an à Pede suspendi debeat?
- 17 Usus, & Possessionis quomodo committatur Furtum?
- 18 Liberi Hominis quomodo committatur Furtum?
- 19 Item, quomodo rei sue?
- 20 Opem ferens, vel Consilium prabens ad Furtum quomodo puniatur?
- 21 Filius an Patri dicatur Furtum facere?

- 22 Cui competat Actio furti ?
 23 Creditori, ratione pignoris, an detur?
 24 An fulloni ?
 25 An Depositario ?
 26 An contra impuberem competat ?
 27 Quid sit civiliter & quid criminaliter agere ?

AD PRINCIPIUM.



Quandoquidem Ordine, & rectâ Methodò nihil vel pulchrius est vel præclarior, vel ad Usum accommodatius, Teste Socrate (accuratus enim Ordo tum ad Rei, de qua agitur, Cognitionem & Intelligentiam quam plurimum conducit, tum Memoriam, cæteroque labilem, l. 44. ff. de acquir. vel amit. Poss. vehementer iuvat, informatque) idcirco Imperator noster laudatissimus ipse Rationem subnectit, quare Libro IV. Materiam de Obligationibus ex Delictis subijciat? idem nimirum, quia omnis Obligatio descendit ex Contractu, vel Quasi-Contractu, ex Delicto, vel Quasi-Delicto. De iis, quæ ex Contractu, vel quasi tali descendunt in Libro III. dispeximus. Supereß, ut de iis, quæ ex Delicto, vel quasi oriuntur, agamus. Differunt autem in eo, quòd illæ in quatuor genera dividantur, adedque Re aut Verbu, aut Litteris aut Consensu contrahantur; hæc verò unius generis sint, & omnes ex re, id est, ex ipso facto, sive delicto nascuntur, *tex. hic.* & in l. 4. ff. de O. & A. Harp. n. 10. *hic.*

Q. I. qualis Obligatio ex Delictò oriatur? R. utramque oriri, naturalem, & civilem. De civili dubitandum non est, quoniam & Nomina, & Pœnas Delictorum à Jure civili inventas esse, in confesso est, & Delicta puniri debere, omnes Leges statuunt l. 51. §. 2. ff. ad Leg. Aquil. l. 13. de Off. Praef. l. 3. Cod. de

Episcop. audient. Ipso deinde Seneca teste, sanctissimum Officium est, si fiat Justitia de criminosis; nec potest pinguior Victima maectari Deo, quam Homo sceleratus. Unde Judex Malefactorum non debet concedere Puellæ, petentium Maritum, l. Servos 8. Cod. ad l. Jul. de Vi publ. cum solus Princeps remittat Pœnam, l. 27. ff. de Pœn. Schneid. n. 3. *hic.* De naturali Obligatione, num hæc ex Delictis oriatur, major est dubitandi Ratio; tametsi enim Delinquens in hoc consentiat, ut delictum fiat; non tamen in hoc consentire videtur, ut ex Maleficio obligetur, Verum unò ore DD. statuunt; ex delictis etiam naturalem Obligationem oriri. Jure enim naturali ut quis obligetur, non semper Consensu opus est, cum sufficiat, quòd naturalis æquitas id statuatur. Sic, qui Beneficium accepit, naturali Equitate ad beneficium obligatur; licet in hoc, ut obligetur, consensum non sit, l. 25. Consultuit. ff. de petit. Hæred. Quinimò, quis delinquendo se ad pœnam delicto prædeditutam, obligare intelligitur, eò quòd, cum Antecedens voluerit, Consequens simul etiam voluisse, censeatur, l. 34. ff. de Jure Fisci. Non proinde attenditur, consensus in Obligationem ex Dilecto adlit, nec ne. Sufficit enim quandoque ad hoc, ut Obligatio naturalis consurgat, quòd naturalis Equitas id suadeat, prout in nostro casu suadet, ut Delicta puniantur, ne Societas humana turbeatur, l. 70. §. 5. ff. de Fidejuss. ubi dicitur: Pœnas ob Maleficia solvi, magna ratio suadet. Accedit, quòd naturalis Obligatio ex Sententia condemnatoria oriatur, licet Condemnatus non consentiat. Judicium enim in Invitum redditur, l. 83. §. 1. ff. de V. O. ex illa scilicet Equitate naturali, quæ vult, Magistratibus obtemperandum esse, l. 2. ff. de

ff. de J. & J. Arume. Exercit. 17. tb. 1. Schneid. hic. Harp. n. 11.

Viso qualis Obligatio nascatur ex Delictis, sequitur, quotuplicia sint Delicta? sunt autem duplicia, publica, & privata. Publica sunt, quæ speciali Lege publicè sunt affecta. Qualia sunt, Crimen læsæ Majestatis, Parricidium, Homicidium, Adulterium, Falsum &c. de quibus Tit. 18. hoc. lib. Privata dicuntur, quorum Persecutio privata duntaxat Personæ, cujus interest, conceditur. Id genus hic quatuor enumerantur, puta, Furtum, Rapina, Injuria, Damnum &c. Porro, priusquam ad Expositionem horum quatuor Delictorum descendamus, pro pleniori hujus materiæ Intellectu aliquot Principia notanda, duxi.

I. Est, Actiones pœnales, ex delictis defuncti descendentes, adversus hæredes, & cæteros successores, non comedes, l. 38. ff. de R. J. pœnâ (inquit) petunt, l. 38. ff. de R. J. pœnâ (inquit) ex delicto hæres teneri non debet, l. 20. ff. de Pen. si pœna alicui irrogatur, receptum est, ne hæredes transeat. Id ipsum confirmatur ex Jure Divino. Non occidentur parentes pro filiis, nec filii pro parentibus; sed unusquisque pro peccato suo moriatur. Estque ratio, quia pœna constituitur in emendationem delinquentis, qui, si moriatur, meritò pœna, utpote quæ suos duntaxat Authores sequitur, l. 26. ff. de Pen. definit, præcipue, quia delicta morte delinquentis extinguuntur, l. 5. ff. de Calum. Harp. num. 14.

Limitatur I. prædicta regula: nisi lis cum defuncto contestata fuerit, l. 139. l. 164. ff. de R. J. l. 26. ff. de Pen. l. 22. Cod. eod. estque ratio, quod per litem contestationem defunctus quasi contractit: sicut ergò debitum ex vero contractu ad hæredem transit, ita id, quod per litem contestationem quasi contractum est, ad eos transmittitur; qualiscum-

que ergò sit actio, sive pœnalis, sive rei persecutoria, sive mixta, per litem contestationem continuatur ad hæredes. Hum. var. resol. lib. 4. part. 6. Quest. 2. in fine, quod intelligendum de delictis duntaxat privatis. Brunem. in l. un. Cod. de delict.

Limitatur II. nisi ad hæredes quid pervenerit, hoc enim casu ex delicto defuncti hæres tenetur, l. 38. ff. de R. J. & l. un. Cod. ex delict. Defunct. in quant. hered. conven. quod non tantum in privatis, sed & publicis delictis procedit. Brunem. in d. l. un. estque ratio, quia turpia lucra etiam ab hæredibus extorquenda sunt, l. 5. ff. de Calumniat. Harp. n. 16. Ex his à contrario inferitur, si nihil ad hæredes pervenerit, quod ex delicto defuncti non teneantur hæredes. Verùm, hoc ipsum

Limitatur, ut procedat de Jure civili, non verò de Jure Canonico, de hoc enim Jure hæres tenetur pro vicibus hereditariis ad exonerandam defuncti conscientiam, etiamsi nihil ad eum pervenerit, cap. ult. de sepult. cap. in litteris 5. de rapt. cap. tua 9. de usur. Gomez. var. resol. tom. 3. cap. 1. n. 85. Covar. lib. 3. var. res. cap. 3. n. 7. Brunem. in d. l. un. Zoëf. ad Jus Canon. de sepult. n. 11. Unde aliquod notabile sequitur; puta, quod si quis stupraverit virginem, & deeedat ante litem motam, non poterit talis delibata virgo agere contra hæredes pro damno, & interesse de Jure civili, secus de Jure Canonico, de quo hæres pro vicibus hereditariis tenetur exonerare conscientiam defuncti. Gomez. l. cit. n. 84. in fine.

Secundum axioma est: nunquam plura delicta concurrentia faciunt, ut unius Impunitas detur. Qui igitur hominem surripuit, & occidit, quia surripuit, furti, quia occidit, legis Aquilæ actione tenetur,

tenetur, neque una harum actionum alteram consumit, l. 27. ff. ad leg. Aquil. l. 2. ff. de privat. delict. Harp. num. 34.

5 Tertium principium est, quod ex quocunque maleficio, sive privato, sive publico duplex Judicium nascatur, & agatur vel civiliter, vel criminaliter. Civiliter quis agere dicitur, quando illud, quod petitur, est parti applicandum, licet sit poena, & ex delicto agatur. Quando verò ad poenam, Fisco applicandam, agitur, licet sit poena pecuniaria, criminaliter agi dicitur. *Schneid. n. 8. hic.* aliter explicat *Manz. de Injuriis §. 10.* ubi ait, quod is dicitur criminaliter agere, qui petit, ut reus puniatur ex arbitrio Judicis corporaliter, vel, ut poena Fisco inferatur, *Gail. I. Obs. 65. n. 2.* Illud tamen non ignorandum, quod una harum actio consumat alteram, l. 56. §. 1. ff. de Furt. estque ratio, quod nemo debeat ob idem crimen duplici poenâ affici, l. 14. ff. de Accusat. & cum utraque actio & civilis, & criminalis ad poenam, & vindictam tendat, Juris autem sit, quod si plures actiones ad idem concurrant, una tantum experiri possit, rectè asseritur, quod una alteram absumat. Ita *Gail. d. loc. Harp. n. 43. hic. Hum. ad Treutl. vol. 2. disp. 30. Quæst. 17. Manz. 10. §. Inst. de Injuriis num. 7.* Dissentit *Gomez. var. resol. tom. 3. cap. 5. n. 4.* & quidem I. per l. ult. ff. de furt. ubi, postquam decisum, quod quis criminaliter ex furto agere possit, hæc verba subjiciuntur: non idè tamen minus, si quis velit, poterit civiliter agere; sed R. Juris-Consultum non velle, ut simul, & semel, sive cumulative, de furto agi possit, sed alternativè: ut sensus sit, quod quis non tantum criminaliter, sed civiliter ex furto agere possit. *Harp. d. loc.*

II. per *Ausb. sed novo Jure Cod. de serv. fugit.* sed R. quod ista constitutio de latrone specialiter concepta sit. His in antecessum præmissis, subintrat

§. FURTUM. I.

Definitur furtum, quod sit *contractatio fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei vel etiam usus, possessionisve; quod lege naturali prohibutum est admittere, text. hic.* adde: invito Domino, facta.

Dicitur I. *Contractatio*, id est, rei aliquis ablatio, sive amotio de loco ad locum.

Unde sequitur I. Si quis ingrediatur in domum alienam animò furandi, quod fur non sit, nec furti poenâ affici debeat: ratio, quia non contractavit aliquid aut de loco ad locum amovit: ratio alia, quia delicta de assumpto actu, & subsequuto eventu intelligenda sunt, non secundum propositum tantum, l. 225. ff. de V. S. nam propositum, in mente retentum, nihil operatur, l. 7. Cod. de condit. ob caus. Ratio, quare poenâ furti affici non debeat, est; quia cogitationis poenam nemo patitur, l. 18. ff. de Pen. quia tamen talis ingressus est mali exempli, idè talis, saltem extra ordinem, puniendus. *Manz. n. 6.* Illud tamen certum est, à tali committi furtum Theologicum; sive in foro poli, de quo sola animi intentio ad tribunal vocatur, *Exod. cap. 20. v. 17. Harp. n. 5.* Sanè, licet subinde res de loco ad locum non amoveatur, tamen committitur furtum: sic, licet debitor non auferat instrumentum, sed tantum inter deleverit, furtum tamen committit, amovisse enim videtur, qui corrumpit, l. 27. in fine ff. de furt. *Schneid. hic. n. 2.*

Sequitur II. *rerum immobilium furtum non committi, quia moveri de loco in locum non possunt. Perez. Inst. hic.*

Sequitur

Sequitur III. quòd inficiendò depositum, quis furtum non committat: ratio, quia non Inficiatio sed Contrectatio furtum ponit; licet talis inficiatio propè furtum sit, ut ait, *l. 67. ff. de furt. Manz. n. 7.*

8 Dicitur II. *Fraudulosa*, furtum enim sine dolo malo non fit, *l. 50. §. 2. ff. eod.* unde, si quis rem alienam auferat, putans suam esse, furtum non facit, §. 7. *Inst. h. t.*

9 Dicitur III. *lucri faciendi causa* unde, si quis rem absque lucri animo auferat (v. g. *Vitrum*) & frangat illud, non committit furtum; sed incidit in aliud delictum, quod vocatur *damnum*, injuria datum, vindicatur *ex Lege Aquilia*. Sic & is furti non tenetur, qui libidinis causa, alienam Ancillam meretricem rapit: qui tabulas testamenti, aut alia instrumenta, occultandæ veritatis causa, amovet, *l. 39. ff. de furt. l. 27. ff. eod.* talis enim plagium, *l. 43. §. 4. ff. eod.* & crimen falsi committere dicitur, *l. 16. ff. ad leg. Cornel. de fals. Harp. n. 24. §. num. 25. Manz. n. 14.* Maleficia enim propositum, & voluntas delinquentis distinguit, *l. 53. ff. de furt.*

10 Dicitur IV. *vel ipsius rei* (puta, *corporalis*) incorporales enim res, cum tangi non possint, furtum non ponunt, ob sui ablationem. *Mobilis*, quia immobiles objectum furti non constituunt. *Aliene*, rei enim suæ furtum non committitur.

Dicitur V. *vel usus ejus*, potest enim fieri furtum usus. Sic depositarius utens re deposita, creditor re oppignorata, commodatarius aliter re commodata, quam conventum est, id si faciant, deponente debitore, & commodante invito, furtum committunt, §. 8. *h. t. Schamb. hic.*

Dicitur VI. *Possessionis*: sic si debitor rem oppignoratam Creditori auferat, *Keyss ad Institut.*

rat, cum possessio debitoris non sit, furtum committit, §. 10. *Inst. h. t.*

Dicitur VII. *quod lege naturali prohibitum estmittere*. Ista verba ad substantiam definitionis parum videntur esse necessaria. Denotant tamen, furtum natura turpe esse, *l. 42. ff. de V. §.* quæ vult neminem debere cum alterius iactura locupletari, *cap. 48. de R. I. in 6.* unde etiam præceptum Decalogi sancit: *non furtum facies!*

Dices: si furtum esset natura turpe, esset, & fuisset apud omnes gentes prohibitum; atqui non fuit prohibitum apud Spartanos, Lacedæmonios, Ægyptios &c. furta enim impunita relinquunt, ergo natura turpe furtum non videtur. R. ex perversa unius, vel alterius gentis natura non bene inferri, mutari Jus naturale. Esto proinde, furta apud nonnullos populos fuisse impunè relicta; exinde tamen male intuleris, & jus naturale illa concessisse; aut apud nos concessa esse, *Schanb. hic. Harp. n. 55.*

§. FURTUM AUTEM. 2.

Furti ethymon vel à *furvo*, id est, nigro, trahitur, vel obscuro, quia plerumque clam, & obscure, sive de nocte in tenebris fieri solet, tenebræ enim ad delinquendum sunt aptæ, *l. 1. §. 4. ff. de vent. inspic.* vel à fraude, quia sine fraude non committitur; vel à ferendo, id est, auferendo, quia in iis solummodo rebus locum habet, quæ de loco ad locum moveri possunt; quidquid sit, parum isthæc inquisitio utilitatis habet.

§. FURTORUM. 3.

Furtum dividitur in *manifestum*, & *non manifestum*. Illud dicitur, quando fur in ipso flagranti crimine deprehenditur,

§. P O E N A. §.

tur, veluti in loco, ubi maleficium commiserat, vel etiam in alio loco, publico, vel privato, antequam eo pervenerat, ubi destinavit, rem furtivam deponere, vel eo die manere cum furto, l. 4. ff. de furtis. Idem est, etiamsi non apprehendatur: sed conspiciatur ab ipso Domino, vel etiam ab alio, & ei acclametur; licet, furtiva adjecta, auferentur, l. 7. §. 1. ff. eod. Non manifestum vocatur, quando fur rem eò jam pertulit, quò perferre eo die destinaverit, vel, quando non apprehensus est, nec ei acclamatio facta, contrariorum enim est eadem disciplina, ita ut, cognito uno de contrariis, cognoscatur & alterum, text. hic. Illud certum est, quòd si Dominus furem viderit se autem occultaverit, ne à fure conspiciatur, fortè quia necem timuit, non dicatur fieri furtum manifestum, l. 7. §. 1. ff. b. t. Schneid. hic. n. 4.

§. C O N C E P T U M. 4.

Erant olim adhuc quatuor alia furtorum genera. Furtum *conceptum*, *ablatum*, *prohibitum*, & non *exhibitum*, de quibus vide, Manz. n. 9. hic. ubi testatur istas quatuor species furtorum exolevisse. Illud tamen observa; quòd si constet, in domo quapiam furem latere, vel rem furtivam, sive indicia, circumstantiæ, aut fama sit, rem ibi occultatam esse, implorato Judicis officio nobili, Inquisitio fieri adhuc hodie possit, & soleat. Schamb. Manz. & Harp. hic. ita ut is, qui scienter rem furtivam suscipit, eamque cedat, actione furti nec manifesti teneatur, text. hic. & l. 14. Cod. de furt. qui verò furem celat, teneatur pœna de receptatoribus, l. 48. §. Qui furem ff. de furt. Schneid. n. 5.

Varie olim pœnæ fures sequebantur; postea tamen eo deventum, ut pœna manifesti furti quadrupli esset, pœna autem nec manifesti dupli, ita ut quadruplo vel duplo æstimatio rei furtivæ non insit, ut ecce: abstulit mihi quis argenteum Scyphum valentem 20. fl. si clam furtum intulit præter Scyphum teneatur 40. fl. Sin palam 80. fl. restituere. Ratio porrò hujus pœnæ dari non potest, quia pœnarum constitutio Juris est constituti non recepti, & pœnæ omnes Principi sunt arbitrarie. Manz. n. 5.

Hodie furti manifesti, & nec manifesti ratio differentie vix ulla habetur. Fredericus enim Imperator in §. fin. tit. de pace tenenda, & ejus violat. lib. 2. feud. tit. 27. constituit, ut furtum, manifestum illud sit, sive nec manifestum, capitale foret, & quidem is, qui 5. solidos contrectavit, laqueo suspendatur; qui minus, scopis & forcipe excorietur, & tundatur.

Verum, & ista constitutio non amplius per omnia viget; sed non nihil reformata est à Carolo V. Imperatore in sua Constitutione penali, (in der seylichen Hals-Gerichts Ordnung), ubi constituit, ut pro qualitate personarum, pro quantitate rerum ablatarum, pro frequentia contrectationum, & varietate aliarum circumstantiarum fures vel ad duplum, vel quadruplum, vel ad pœnam carceris sustigationis, relegationis, aurium abscissionis, vel etiam ad laqueum condemnentur, prout videre est in lingua nostra germanica ab art. 157. usque ad art. 158.

De Jure Austriaco Constitutio criminis nalis part. 2. art. 84. ita se habet: Wann der erste Diebstahl, &c. i. e. Cùm primum furtum est 25. fl. vel amplius; aut cùm fur

fur jam antea ob furtum parvum, bis penas dedit, nec tamen se emendavit, est furta iteravit; quanquam ea non ascendant ad summam 25. fl. debet masculus laqueo, femina gladio puniri. Cum vero furtum non majus est ac 10. fl. nec ultra secundam vicem patratum; vel cum alie mitigandi circumstantie adsint: tunc pena ipsi erit inflexenda quam iudex arbitrabitur.

Dubitatur, an fur, ad laqueum legitime condemnatus, si, rupto laqueo, incolumis de patibulo in terram deciderit, iterata vice suspendi debeat?

Negative subscribunt Authores Fide & Doctrina non infimi. Gomez. tom 3. cap. 13. n. 37. Wesenb. in parat. ff. de pen. num. 9. Arum. exercit. 17. ib. 8. Moventur ideò, quia ejusmodi delapsum miraculo attribuunt; eò quòd raro, & insolite accidat; contra miraculum autem non agendum sit. Deinde (ait sacra Scriptura) laqueum contritus est, & nos liberati sumus, Psal. 174. v. 7. ergò & fur liberandus, si, fracto laqueo, deciderit.

Verum affirmativa Juri conformior est, quia Sententia Judicis suum debet Effectum fortiri, & realiter Executioni mandari, l. 10. Cod. de Pen. Const. Carol. Art. 162. *wid solle der Mann mit dem Strang von dem Leben zu dem Tode gestraffet werden. &c. i. o. & debet masculus laqueo mortifere puniri. Et is domum pro absoluto habetur, qui Pœnam persolvit, arg. l. 7. ff. de Jure pat. Harp. n. 86. Hum. ad Treutl. loc. cit. Quæst. 27. & ibi Bachov.*

Ad Rationes dubitandi 2. Miraculo adscribi non debere, quæ naturalem causam habent, puta; infirmitatem Fœnis, aut Catene & gravitatem Oneris appensi, aut Negligentiam Carnificis. Deinde, Psalmus iste ad rem planè nullatenus facit, quoniam gratiarum actionem

Populi Israelitici continet, eò quòd à Philistæorum Armis, quibus dudum peracerbè vexabantur, liberati fuerint. Sanè, si de sua Innocentia protestatus sit, & desuper, Fune ruptò, deciderit, non video, cur res suspecta fieri debeat? ut proinde absolvi possit, cum tutius sit, quam Innocentem damnari. Arum loc. cit.

Quæres: an Judæus à Collo, an à pedibus suspendi debeat? Resp. à Collo, nisi aliud Consuetudine receptum sit. Ratio, quia Judæi Jure communi Romano utuntur, & secundum Leges Romanas judicantur, l. 8. Cod. de Jude. In Jure autem Romano nullibi reperitur cautum, quòd Judæus Fur à Pedibus suspendi debeat, ergò id sine Lege non asserendum, præcipuè quòd Judæi pro Furtis eadem, qua Christiani, pœna, non duriori, affici soleant. Harp. n. 104. hic.

§. FURTUM. 6.

Furtum non solùm committitur per rei¹⁷ aliene Amotionem; sed etiam per quamcunque Rei, usum, vel Possessionis Contentionem, velati si Creditor utitur Pignore, Depositarius Re deposita, Commodatarius Re commodata ad alium usum, quàm conventum est. Item si longius abeat eum Re commodata &c. in hoc Furto duplicatur non ipsa Proprietas Rei, sed solus Usus, sive Interesse Domini concernens usum. Schneid. hic.

§. PLACUIT. 7.

Diſta autem non aliter procedunt, quàm si soliant, aut probabiliter scire possunt, id, invito Domino, facere, eumque, si intellexisset, non permisurum, quia fortam sine affectu furandi non committitur, text. hic. & in l. 77 § 2. ff. de Usucap. Schamb. Ratio alia, quia furtum non est sine dolo; à dolo autem excusatur quolibet credulitas, & error. Manz. n. 1.

§. SED ET SI. 8.

Quæritur hic, an furtum committatur, si aliquis credat, se rem commodatam, vel aliam quamcumque, invito Domino, committere; Dominus autem, invito non sit. Resp. in textu furtum non fieri propria enim furti natura est, ut, invito Domino, fiat. Quod procedit de foro fori; non foro poli: quia in foro conscientie talis revera furtum commisit; licet ad restitutionem non teneatur.

AD VERS. UNDE.

In hoc. §. proponitur talis casus: Titium Servum Mævii incitavit, ut quasdam res domino suo surriperet, & ad eum perferret. Servus id domino suo patefecit. Dominus, volens Titium in delicto deprehendere, permisit, ut Servus quasdam res ad Titium perferret. Quæritur, utrum Titius teneatur iudicio furti, an vero servi corrupti? Quidam putabant, neutro iudicio teneri. Non furti, quia furtum non fit, sciente, & volente domino. Non servi corrupti, quia servus corruptus non fuit. Imperator tamen statuit, quod furti, & servi corrupti actio adversus Titium detur, text. hic. & in l. 20. Cod. de furt. Ratio est duplex in text. quia, tametsi servus corruptus non fuerit, consilium tamen corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum erat, & ne ex huiusmodi impunitate in alium servum, qui facile posset corrumpi, tale facinus à quibusdam perpetretur, text. & Manz. hic.

§. INTERDUM 9.

Imperator ostendit in hoc. §. quod etiam liberi hominis (v. g. filiiam.) in potestate existentis, furtum fieri possit, ita ut pater contra furem consequatur actionem furti ad duplum, vel ad quadruplum, text. hic. & in l. 14. §. 13. ff. de furt.

Dices, quomodo pater poterit ad duplum, vel quadruplum agere; cum tamen liberum corpus non recipiat estimationem? R. à fure præstandum esse duplum, aut quadruplum ejus, quod patris interest, filium non esse ablatum, v. g. quia interea pater opera filii carere debuit. Schneid. hic. Mater, cum filium non habeat in potestate, actionem furti pro filio ablato non habet, l. Mater. 48. ff. eod. Illud notandum, quod subtrahens filium, vel alium hominem liberum, animo celandi, vel privandi, incidat etiam in poenam capitalem, & ex Lege Fabia, tanquam Plagiarius puniatur, l. 3. ff. de plag. Harp. n. 3. hic.

§. ALIQUANDO. 10.

Aliquando etiam quis potest suæ rei furtum facere, v. g. si debitor rem suam, creditori oppignoratam, subtrahat, text. hic. & l. 19. §. 5. ff. Furt. Ratio, quia aufert ei possessionem, quæ ad creditorem spectat, l. 16. ff. de usucap. quo tamen casu res propriè furtiva non sit, ita ut tamen usu capi possit, l. 4. §. 21. ff. d. t.

Non obstat, l. 6. Cod. de usu-cap. pro amp. ubi aperte negatur, rem à debitore subtractam usu capi posse. Resp. sic quidem usu capi non posse, ita ut Jus creditori salvum non maneat. Salvo tamen Jure creditoris, usu-capi potest. Schamb. §. 3. Inst. de usu cap. aliter Harp. hic. n. 7.

§. INTERDUM. II.

Quæritur in hoc §. an & is teneatur furti, qui consilium, ad furtum faciendum, dedit, vel opem tulit?

Observa, quod is dicatur opem ferre, qui ministerium, servitium, sive adiutorium, ad surripiendas res, præbet, Text. in l. 5. §. 3. ff. de furt. v. g. qui

scalas fenestris supponit; aut ipsas fenestras, vel ostium effringit, ut alius furtum faceret. Item is, qui claves adulterinas, scilicet aut ferramenta ad effringendum commodaverit; vel etiam ille, opem tulisse, dicitur, qui tibi nummos excussit, ut alius raperet; aut obtentu toge, corporisque objectu aspectui tuo obstitit, ut alius rem surriperet, &c. Consilium dare dicitur, qui persuadet, & impellit, atque instruit consilio, ad furtum faciendum, l. 50. §. 3. ff. de furt. His præmissis,

Resp. I. Certum esse, illum, qui opem, & consilium copulativè tulit, furti teneri, *Text. hic*, quia non multum abest à contractatione, furtò videlicet subsequitò. Idem est, si quis opem tantum tulit, *Text. hic, v.* At ubi opem *Mevii Titius furtum fecerit, ambo tenentur*: licet enim talis rem à parte rei non contractet; interpretatur tamen, contractasse. *Manz. n. 11.* Illud tamen requiritur, utroque casu sciat; ad quid opem ferat; & concurrat, *Text. hic. Sciens, cujus rei causa?* quia furtum sine dolo non committitur. Unde, si bonà fide scalas commodaverim, & ut iis ad furandum usus fueris, ego furti non teneor; ignorantia enim facti alieni excusationem meretur, *l. fin. ff. pro suo.* Item, si quis ex petulantia, & levitate opem aut consilium ferat in actione furti, sed in factum tenetur, *Text. hic.* Ratio, quia furtum, sine effectu furandi, non committitur. Item, voluntas, & propositum distinguunt maleficia.

AD VERS. CERTE.

Queritur: an ille furti tenetur, qui Consilium tantum præbet? *R.* interesse, an furtum sit subsequitum, nec ne? si prius, tenetur, *l. 36. ff. de furt.* si posterius, non tenetur, quia furtum non verbis, sed factis committitur, *l. 52. §. Neque verbo, ff. eod. Harp. n. 5.*

§. III, QUI 12.

Queritur in hoc. §. an etiam filius, & servus furtum faciant, quando Patri aut domino rem quandam surripiunt? *R.* videri dicendum, quòd non; quia pater, & filius, servus, & dominus una, eademque persona esse, intelligitur; sihi autem ipsi nemo potest furtum facere. Deinde filius, vivò adhuc patre, dicitur esse rerum paternarum dominus, *l. 11. ff. de lib. & posthum.* rei autem suæ non datur furtum, ergò, &c.

Verùm contrarium hic deciditur, & in *l. 17. ff. de furt.* Ratio, quia magis veritas, quàm fictio civilis attenditur, juxta regulam: *concurrente Veritate, & Fictione, præfertur Veritas, l. 23. ff. de lib. & posthum.* itaque res, à filio subtrahita, efficitur furtiva, & ita vitiosa, ut usucapi non possit, nisi redeat in potestatem patris, vel domini, *l. 48. ff. de furt.* Caveas proinde, ne emas rem, Patri subtraham à filio; si enim hoc factis scienter, furti teneris, *arg. l. Eod. Cod. de furt.* si verò ignoranter, non potes usu capere, §. 2. *sup. de usu cap. Schueid. n. 1.*

AD V. SED FURTI.

Tametsi in casu §. nostri in rei veritate committatur furtum, tamen contractante actio furti non datur. Ratio est in *textu*, quia nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci. *Accidit*, quòd actio famosa, qualis est actio furti, inter patrem, & filium locum non habeat, *l. 11. ff. de dolo.* Idem est in uxore, faciente furtum de rebus mariti, *l. 52. ff. de furt.* si proinde Uxor, stante matrimonio, furatur Marito, non actione furti, sed rerum amotarum convenitur, *tot. tit. ff. rer. amot.* *Manz. n. 8. hic.*

§. FURTUM. 13.

Quæritur hic: *cuinam competat actio furti?* & *ꝑ.* quod ei, cujus interest, rem non esse subreptam, sive dominus sit, sive non, *Text. hic.* & *l. 16. junct. l. 11. ff. de furt. l. ult. Cod. eod.*

Requiritur autem I. ut intersit ex honesta causa, *l. 11. l. 76. §. 1. ff. de Furt.* si enim ex inhonesta causa intersit, ut, si male fidei possessori, aut ipsi furti res surripiatur, furti actio, regulariter non datur, *l. 12. §. 1. ff. eod.* Estque ratio, quia nemo ex improbitate sua actionem consequi debet. *Manz. n. 4. §. hic.*

II. Requiritur, ut intersit propter damnum datum, nam, si præcisè intersit propter ereptam lucri occasionem, hæc actio non datur. Unde si rem tibi subtraxerim, quam pro hærede possides, furti actione non teneor, *l. 71. ff. de furt.* ubi dicitur, interesse enim ejus videtur, qui damnum passurus est, non ejus qui lucrum facturus esset. *Manz. n. 3. hic.*

Non obstat *l. 13. ff. rem ratam haberi*, ubi *Paulus* interesse definit, non tantum damnum emergens, sed etiam lucrum cessans. Siquidem *ꝑ.* in nostro casu solum damnum emergens contineri, fortè ideò, quia hæc actio odiosa est, & proinde restringenda. *Harp. n. 6.*

III. Ut intersit, ratione Juris realis, v. g. proprietatis, pignoris, possessionis, usus, &c. nam rei, solum promissæ aut debite, nulla habetur ratio. Unde, si mihi res quædam per stipulationem promissa aut vendita fuerit; postea verò ante traditionem promissori vel venditori subtrahatur, contra furem actione furti agere non possum, *l. 85. ff. de furt.* quia ante traditionem tantum Jus ad rem, non in re habeo, adeoque mea, ratione Juris realis non interest. *Harp. n. 7.*

§. UNDE CONSTAT. 14.

Ex dictis sequitur I. Quòd creditor de ²³ pignore surrepto, quamvis ipse debitor surripisset, furti agere possit, *Text. hic.* & *l. 12. §. 2. ff. de furt.* quia ejus interest, cum expediat ei, pignori potius incumbere; quam in personam agere, *Text. hic.* & plus sit cautionis in re, quam in persona, *l. 25. ff. de R. J.*

§. ITEM, SI FULLO. 15.

Sequitur II. Si Sartori v. g. vestis reparanda vel facienda sub certa mercedo data, eique furto subrepta sit, sartori actionem competere, & non domino: estque ratio, quia is actione furti agere potest, cujus interest; domini autem parum interesse, censetur, quia contra fullonem actione locati experiri potest, si culpa sartoris levi furtum admissum, & res surrepta fuerit. Et hoc procedit, quando fullo, & sartor sunt in totum solvendo; aliàs datur domino furti actio, inanis enim esset actio locati, quam inopia debitoris excluderet, *cap. 16. de reslit. spoliat.*

AD V. SEDET BONÆ FIDEI.

Datur & actio furti bonæ fidei emptori, cui res tradita est, & deinde subtrahatur; licet adhuc dominus non sit. Ratio, quia interest ipsius I. propter perceptionem fructuum, qui bonæ fidei possessori cedunt, §. 35. *Inst. de R. D. II.* propter usu-capionis conditionem, *Manz. n. 9.*

§. QUÆ DE FULLONE. 16.

Ex hoc. §. *notabilis*, hodie inter *Com. 24. modatarium, Fullonem, & Sarcinatorum* circa furti actionem, hanc esse *differentiam*, quòd Fullo, & Sarcinator agant furti actione contra furem, eo demum casu,

casu, quo sunt solvendo, ut in §. *preced.* diximus. Et licet olim idem fuerit in commodatario, tamen Imperator in *l. fin. Cod. de furt.* hoc emendavit, statuens, ut commodans statim habeat electionem agendi, vel actione commodati contra commodatarium, cui res commodata culpa sua subtracta est, vel actione furti contra furem, non considerato hoc, an commodatarius sit solvendo, nec ne? *Ratio*, quia in commodato (*regulariter*) celebratur contractus gratia commodatarii: plus igitur debet subveniri domino, qui exercuit liberalitatem commodando rem alteri gratis, quam in casu *preced.* §. ubi contractus fit gratia utriusque Dominus minus tamen, alterutra actionum electa, ad aliam redire non potest. Quod est verum, si sciens utramque sibi competere, unam elegit. Secus, si ignorans *Text. hic.*

§. S E D I S 17.

27 Quæritur in hoc §. quid si res deposita furto subducta sit, cui actio competat, deponenti, an depositario? *R.* Imperator, deponenti, quia illi datur actio furti, cuius interest, rem salvam, & furto non subreptam esse, atque depositarii non interest, quia depositarius, ob rem depositam, furto amissam, non tenetur; sed Dominus sibi imputare debet, quod negligentiam rem custodiendam dederit. §. *Præterea* 3. *Inst. quib. mod. recontrab. oblig.*

Sed, an non tunc demum depositarius habeat actionem furti, quando is in dolo fuit? *v. g.* si cum fure collusit? videtur, quod sic, quia depositarius dolum præstat deponenti, ut ipsius interesse videatur.

Sed contrarium *hic* deciditur, ex ratione, quia absurdum est, ut aliquis ex dolo suo actionem habeat, *l. 14. §. 3. ff. de furt.* Nemo enim ex sua im-

probitate actionem consequi, *l. 48. §. 4. ff. eod. l. 1. §. 1. ff. de dolo malo, &c.* vel ex dolo suo præmium reportare debet, *l. 10. §. 1. ff. solut. Matrim. Manz. num. 3.*

Ad rationem dubitandi *R.* tunc alicui accomodari actionem furti, si ipsius interest ex honesta causa; secus, si propter dolum admissum.

Porrò, cum Depositarius etiam culpam latam præstet; quid *Juris* erit, si lata culpa furtum admisit? sunt, qui deponenti tantum actionem tribuunt ex ratione, quia dolum, & lata culpa æquiparantur, *l. quod Nerva. 32. ff. depositi.*

Sed *Schneid.* hoc in casu etiam depositario actionem furti concedit; ita tamen ut Dominus electionem habeat, & tunc demum depositarius furti agere possit, quando dominus scienter elegit actionem depositi. *Ratio* autem, cur depositario actionem furti præbeat, est, quia dolum furis præponderat late culpæ depositarii, *Arg. l. 9. §. fin. ff. ad L. Aquil.*

Ad rationem dubitandi *R.* dolum non æquiparari late culpæ, si ex parte alterius dolum concurrat; hoc enim casu dolum præponderat late culpæ. *Manz. n. 6. hic.*

§. I N S U M M A. 18.

Quæritur hic, an actio furti detur etiam 26 contra impuberem? *R.* cum distinctione, vel est adhuc infans aut infantie proximus? & non facit furtum, *l. 1. Cod. de fals. monet.* quia infans caret intellectu, & nescit, quid agat, nec dolum in talem ætatem; sine hoc autem furtum non committitur. *Schneid. hic.* Si verò pubertati sit proximus, doli capax, & malitia suppleat ætatem, utique furti tenetur: quia intelligit, se delinquere, & sic sit reus, *Text. hic.* Poena tamen semper

semper temperatur, ita ut ætas à furti pena ordinaria excuset, *Consl. Carol. art. 164. Von jungen Dieben.*

Quisnam verò pubertati proximus dicendus sit, variant *D. D.* cum in Jure non reperiatur definitum. Sunt, qui illum dicant pubertati proximum, qui excessit medium temporis inter infantiam, quæ anno septimo terminatur, & pubertatem, quæ in masculo anno 14. in femina anno 12. inchoatur addeoque masculum à decimo anno, & dimidio, feminam à nono anno cum dimidio pubertati proximam dici; sed communior opinio id Judicis arbitrio relinquit, qui expendat necesse est, an doli, malitiæ, fraudis, & delicti capax sit; nec ne? *Manz. n. 7.*

§. FURTI ACTIO 19. ET ULT.

Pro Intellectu hujus §. notandum, ex Furto dupliciter agi posse, civiliter & criminaliter. I. casu si agatur, Odio Furum quatuor Actiones proditæ sunt. I. Actio ad exhibendum, quæ est preparatoria ad Rei Vindicationem. II. Rei Vindicatio. III. Condictio furtiva, & IV. Actio furti, qua agitur ad Panam Dupli, si furtum est nec manifestum, vel Quadrupli, si furtum est manifestum. Cæterum, quid sit Rei Vindicatio, & Condictio furtiva? cui? adversus quem? & ad quid competat? *Infrà. §. 14. Inst. de Act.* videbimus, ubi ex *Instituto* de his Actionibus agemus.

TITULUS II.

DE VI BONORUM RAPTORUM.

SUMMARIA.

- 1 Quid sit Rapina?
- 2 Qua actio furti Raptio teneatur?
- 3 An actio vi bonorum raptorum pro re nimina competat?
- 4 Qui, rem suam esse existimans, rapuit, raptor non est.
- 5 Cui competat actio vi bonorum raptorum?

CONNEXIO.

Imperator in principio *preced. Tituli* quatuor species delictorum privatorum enumeravit. Discussa itaque prima specie, vide icet Furtum, sequens est, ut altera species, puta Rapina ad lancem examinis appendatur; priusquam autem ad ipsam actionis vi bonorum raptorum explicationem accedamus, præmittamus

Definitionem Rapinæ. Quæ nil est aliud, quam *contractatio fraudulenta; & violenta rei aliene mobilis.*

Dixi I. *contractatio*, quæ vox locò generis ponitur, & in eo convenit cum furto.

Dixi II. *fraudulenta*, nam, sine fraude, & dolo non committitur rapina, §. I. *hic. §. l. 2. ff. eod.* unde rapina non dicitur, si quis rem alienam suam esse credens, rapuerit, §. I. *h. t.*

Dixi III. *violenta*, quia ad rapinam requiritur interventus Violentiæ; si enim clam res auferantur absque vi, non rapina, sed furtum commissum, dicitur.

Dixi IV. *Rei mobilis*, quia res immobiles propriè non dicuntur rapti, sed invadi, ideoque in his actio vi bonorum raptorum locum non habet, *l. I. h. t. l. 5. l. 7. & l. 9. Cod. unde vi*, sed ei? qui

qui vim passus est, interdictum unde vi conceditur, l. 1. ff. de vi, & vi armat.

AD PRINCIPIMUM.

2 Queritur in hoc §. *quenam actio detur contra Raptorem?* R. Quod actio furti, quis enim (ait *text.*) magis rem alienam, invito domino contrectat quam, qui vi rapit? ergo datur contra raptorem actio furti, de quo nullus est, qui ambigat. Sed

Q. *quid actione furti raptor teneatur, manifesti, an nec manifesti?* Rem dubiam efficiunt duo textus, quorum primus est in l. 1. ff. b. t. his verbis: *qui rem rapit, & furti nec manifesti tenetur, & vi bonorum in quadruplum. Secundus* exilit in l. Si vendidero 80. §. 3. ff. de Furt. ubi in hæc verba rescribitur: *cum Raptor omnimodo furtum facit, manifestus furti existimandus est.* Varii variè hos textus combinant: *communis solutio* est, quæ distinguit, num raptor deprehensus sit, nec ne? Si prius, fur manifestus: si posterius, nec manifestus erit. Ita *Harp. num. 12. hic. Schamb. hic. Schneid. num. 10. Manz. num. 7. & 11. hic.*

Dices: raptor semper deprehenditur, cum rapere sit de manu auferre. l. 4. ff. ne quis eum, qui in Jus vocat. est. Resp. I. Negando, semper deprehendi, fac enim, *Infanti, vel Cæco* rem eripi. II. pone alium casum ex l. 52. §. fin. ff. de furt. quod aliquis domum alienam armatus ingrediatur, & res quasdam auferat, à nemine deprehensus, talis erit raptor nec manifestus, d. l. 52. §. fin. *¶ furti, non manifesti videlicet, si nemo eum deprehenderit tollentem.* III. figura adhuc alium casum, quod quis in turba ad hominem aditum accesserit, eique v. g. pilum ex capite rapuerit, ignorante domino, quis ex numero plurimum id fecerit? talis, utpote non deprehensus, furti nec manifesti tenebitur.

Kees ad Instiuta.

AD V. SED TAME N.

Præter actionem furti Prætor adhuc aliam actionem, puta, *vi bonorum raptorum* contra raptorem concessit.

Dices: hæc actio videtur esse superflua, cum sufficere videatur actio furti, ergo nulla videtur esse ratio, cur Prætor hanc actionem introduxerit. R. I. hanc fuisse rationem, ut *Vis*, quæ maxime Juri contraria est, coerceretur; sive, ut innotescat, etiam Prætozem habuisse curam reprimendæ improbitatis. Resp. II. actionem vi bonorum raptorum non duntaxat esse non superflua, sed quandoque necessariam. Fac enim rapinam non fieri, lucri faciendi causa, sed injuriæ causa. Hoc casu, cum furtum non fiat, nulla superest actio, quam vi bonorum raptorum. *Manz. n. 16.*

AD V. ET EST.

Hæc autem actio vi bonorum raptorum intra annum in quadruplum est, post annum in simplum, *Text. hic.* Ratio, quia actio, prætoricæ, quatenus sunt poenæ persecutoricæ, sunt annuæ; quatenus sunt rei persecutoricæ, perpetuè durant, l. 35. ff. de O. & A.

AD V. QUÆ ACTIO.

An actio vi bonorum raptorum etiam 3 pro unica aliqua re, & quidem pro re minima, competat? *Dixeris*, quod non. I. quia actio vi bonorum raptorum in plurali concepta est, & pluralis locutio singulari non acquiescit; minimum duo requirit.

II. De minimis non curat Prætor, l. Scio 4. ff. de integer. rest. & parum pro nihilo reputatur, l. 25. ff. locat l.

Verum, *contrarium hic deciditur.* Ratio, quia non à materia, sed à causa efficiente (atrocitate scilicet delicti) actio æstimatur.

Ad I. dico, sæpè pluralem locutionem ad unum restringi, sic actio negotiorum gestorum datur etiam ad unum negotium.

Ad II. Resp. in extraordinariis, odiosis, & criminalibus quandoque modicum non curari; secus in actionibus, & judiciis ordinariis; vel dic, odio violentie specialiter contrarium inductum esse, cum propter spoliū, & violentiam sæpè à regulis Juris recedatur.

AD V. QUADRUP LUM.

Queritur, An quadruplo insit rei persecutio? videtur quod non, quia in actione furti manifesti res non continetur; sed quadruplum est merè poenale, ergò id ipsum locum habebit in rapina, cum gravius delinquant raptor, quàm fur.

Verum, hoc non obstante, R. Imperator rei persecutionem quadruplo inesse, ita ut poena tantum sit tripli sive raptor in delicto comprehendatur, sive non, Harp. n. 20.

Ad rationem dubitandi R. rationem differentie esse, quia raptor multis aliis poenis afficitur, pluribusque actionibus implicatur, quàm fur. Sic fur de Jure ff. & Cod. poena tantum pecuniaria afficitur; raptor autem etiam judici publico, ex *Lege Julia de vi privata*, & *publica*, tenetur. Deinde, poena rapinae semper uni formis est, & perpetua, puta, tripli; sive raptor deprehendatur, sive non. Secus in fure *Schneid.*

§. I T A T A M E N I.

Traditur in hoc §. quòd ad hoc, ut actio vi bonorum raptorum competat, requiratur, rapientem esse in dolo, adeoque vim, & dolum concurrere, *Text. hic.* & l. 2. §. 8. ff. b. t. Unde

Q. quid? si aliquis, errore facti ductus, anxiante rem, quam rapit, suam esse?

vel, errore Juris deceptus, putet, licere domino, rem suam per vim ab alio auferre, rem alienam rapuerit, poteritne etiam actione vi bonorum raptorum conveniri? Rationes dubitandi variae sunt. I. quia Ignorantia Juris neminem excusat, l. 9. ff. de Jur. & Fact. Ignor.

II. Error in facto proprio non est tollerandus, l. 7. ff. ad SC. *Vell.* Bonus enim, & diligens pariterfam. non debet ignorare, quid suum, quidve alienum sit, arg. l. 15. Cod. de rescind. vend.

Verum, his dubitandi rationibus nihil refragantibus, Imperator R. cum neque actione vi bonorum raptorum, neque actione furti impeti posse. Ratio, quia in utraque dolo desideratur; quælibet autem Ignorantia, Error, Credulitasve à dolo excusat, l. 1. ff. de Abigeis. l. 14. Cod. ad L. *Flav. de Plag. Manz.* n. 4. & 5. *Schneid.* n. 1.

Ad rationes dubitandi R. Ignorantiam Juris, & Facti proprii neminem quidem excusare à culpa; excusare tamen à dolo, & poena, quæ propter delictum aliquod, dolo commissam, insigitur. Illud tamen certum est, non statim alleganti se ignorasse, rem esse alienam, credi; nisi adsint aliqua indicia, aut conjecturæ, quibus verisimiliter decipi potuit. *Schneid.* n. 2.

AD V. S E D N E.

Tametsi rapiens per vim rem suam, penes alium constitutam, vel alienam putans esse suam, actione vi bonorum raptorum, propter dolum cessantem, non teneatur; nihilominus tamen si ne inveniatur, per quam raptores impune suam exerceant avaritiam, sancitum est, ut nemini liceat vi rapere, vel rem mobilem, vel se moventem, v. g. *Equum, Bovem*, &c. licet suam eandem existimet, ita quidem, ut rapiens

rem suam propriam, ejus dominiò cedat; rapiens verò alienam, hanc non tantum teneatur restituere, sed & hujus æstimationem præstare, *Text. hic.* & in *l. 7. Cod. Unde vi.* Ratio, quia nemo sibi ipsi Jus dicere debet, *l. un. Cod. Ne quis in sua caus. Jud.* nec quis quidquam propriam auctoritate, aut vi quadam, sed legitimis actionibus consequi debet, *l. Extat. 13. ff. Quod met. caus.* Unde & violentus creditor etiam Jure suo cadit, quia debitum à Judice legitimis actionibus reposcere debet, *l. pen. ff. ad L. Jul. de vi privat.*

AD V. QUOD NON SOLUM.

Dicta procedunt non tantum in rebus mobilibus: sed etiam immobilibus, quando quis per vim earum possessionem invadit, *Text. hic. & d. l. 7.* quia æqua-

le delictum sequitur æqualis poena. Idem denique procedit in rebus incorporalibus, de quo *vide Schneid. hic. n. 3.*

§. F I N.

Q. in hoc §. cui competat Actio vi bonorum raptorum? & Æ. quòd ex quibus causis Furti actio competit, ex iisdem competit Actio vi bonorum raptorum. Adeoque non requiritur, ut agens sit dominus; sed sufficit, si ejus inter sit rem non esse furtivam, quo casu tamen non agitur ad quadruplum ipsius rei, per vim subtractæ, sed ad quadruplum ipsius interesse. Ex quibus colliges, hanc actionem non tantum domino, sed etiam bonæ fidei possessori, conductori, commodatario, creditori, depositario, in casu quo omnem culpam in se recepit, competere. *Text. & AA. hic.*

T I T U L U S I I I.

DE LEGE AQUILIA.

SUMMARI A.

- 1 Damnum quid sit?
- 2 Recensetur primum Caput Legis Aquiliæ.
- 3 Ob occisum liberum Hominem utilis Actio legis Aquiliæ datur.
- 4 Quæ sint Requisita ad actionem Legis Aquiliæ?
- 5 Quid sit Injuriam occidere?
- 6 Miles in loco consueto ludens, de damno non tenetur.
- 7 Putator arborum quando teneatur?
- 8 Item, quando Medicus?
- 9 Imperitia an culpam ponat?
- 10 Mulio quando ex Lege Aquiliæ conveniri possit?
- 11 An cum ista actione alia concurrant?
- 12 Ex tertio Capite quinam teneantur?

- 13 Actio directa que dicitur?
- 14 Item, que utilis?

CONTINUATIO.

Recensetur in hoc Titulo tertia privati delicti Species, nempe damnum Injuria datum, pro quo actio Legis Aquiliæ competit, ita ab Authore Aquilio Tribuno plebis, dicta. *Perez. Inst. hic.* Desinitur autem Damnum, quòd sit patrimonii nostri diminutio, prout ea sit vel corruptione rei, vel deterioratione, *l. 3. l. 5. §. 1. ff. ad Leg. Aq. Quibus ultimis verbis differt à Furto & Rapina quia furtum, & rapina sunt quidem etiam patrimonii nostri diminutio, sed cum amotione rei. Deinde damnum, in-*

injuriâ datum non fit lucri causa; sedis furtum, & rapina. *Cblig. Inst. Q. I. Ob. 1.* Ut autem damnum ex Lege Aquilia vindicari possit, requiritur, ut damnum sit datum injuriâ. Injuriâ autem datum dicitur, quod non Jure datur. Unde bruta damnum inferre non dicuntur, sed pauperiem facere, quia carent ratione, atque ad eò nec Jure, vel non Jure quidquam agere censentur. *tot. tit. Inst. Si quadr. pauper. ficere dicatur: sic Furiosus, & Insanus non dicuntur damnum injuriâ dare, licet alteri incendiant ædes suas, quoniam usu rationis carent, & reputatur tale incendium inter casus fortuitos, l. 5. §. Ideo. ad Leg. Aquil. Cblig. hic. Quest. 2. Schneid. num. 5.*

AD PRINCIPIUM.

2 Legi Aquiliæ olim tria Capita extiterunt: quid Primum, & quid tertium sit, videbimus. Secundum ab usu recessit. Primum autem Capite cautum erat, ut, si quis servum alienum, alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero sit, injuriâ occiderit; tantum domino dare damnetur, quanti plurimi illares eò anno fuerit.

Dixi I. Servum, quia, si quis liberum hominem occiderit, hæc actio non tenetur, sed Lege Cornelia de Sicariis, juxta quam gladio punitur, secundum illud: *Homicida, quod fecit, expectet, l. 3. Cod. de Epif. Jud.* Ratio rationis est, quia actio Legis Aquiliæ datur ad æstimationem rei interemptæ; atqui liberum corpus non recipit æstimationem, l. 1. §. 5. ff. de his. qui effud. Manz. n. 4. hic. deinde æstimatio debet prelati domino; atqui liber homo neque in suo, neque in alterius dominio est, sed solius Reipublicæ. *Harp. n. 7. hic.* Sanè, licet ob interemptum aut vulneratum hominem liberum actio directa Legis Aquiliæ non datur, utilis tamen v. g. patri

ob occisum filium, uxori ob necem Mariti, liberis ob mutilatum patrem, non deneganda est, non quidem ad consequendum corporis æstimationem, sed ad consequendas impensas, in curatione factas. Item lucra, & operas, quibus post interfectionem carere debet. Fac enim, patrem fuisse hominem industrium, ac artificiosum, ita, ut arte suâ & labore integram familiam commodè aluerit. Hoc in casu liberi, cum alimentis, ob trucidatum patrem destituantur, ad damnum datum agere possunt, *arg. l. 13. ff. ad leg. Ag. Manz. n. 1. Harp. n. 8.*

Dixi II. Servum alienum, nam qui suum servum occidit, sibi ipsi damnum dat, quod sentire damnum non videtur, l. 203. ff. de R. J. Perez. hic.

Dixi III. alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero continetur. Ut enim hæc actio detur, requiritur, tale sit animal, quod pecudum numero continetur, id est (ut sequenti §. explicabimus) gregatim pascitur.

Dixi IV. Injuriâ, quod §. 2. explicabimus.

Dixi V. occiderit, hæc enim actio non aliter competit; nisi quis Gladio, Fuste, Lapide, Telo, aut aliò Instrumeto occiderit, l. 7. §. 1. ff. b. t. Unde, si quis causam tantum mortis dederit, v. g. includendo aliquem, ut fame perierit, utili tantum actio Legis Aquiliæ datur, §. fin. *Inst. b. t.* Item, si quis alterum duntaxat vulneraverit, aut aliò modo læserit, non ex primo: sed ex tertio capite agitur, §. 13. b. t. Manz. num. 13.

Dixi VI. Domino, hæc enim actio directa soli domino datur, l. 11. §. legis l. 14. ff. b. t. In quo differt ab actione forti & vi bonorum raptorum, quæ datur omnibus illis, quorum interest. Sanè, bonæ fidei Possessori, Usu fructuario, Creditori, commodatario utilis actio Legis

Legis Aquiliæ, aut actio in factum non deneganda, *Harp. n. 17. Schneid. n. 13.*

Dixi VII. *Quanti plurimi &c.* quæ verba explicabimus *infra §. 9. b. t.*

§. QUOD AUTEM. I.

- 4 Ut ex primo Capite Legis Aquiliæ actio detur, requiritur inter alia, ut tale animal occidatur quod pecudum numero continetur; *pecudes* autem dicuntur, quæ *gregatim* pascuntur, v. g. *Oves, Boves, Equi, Muli, Asini, &c.* Ex quibus *deduces I.* quod si quis feras, bestias, v. g. *Ursum, Leonem, &c.* in alterius dominio constitutum, occiderit, ex hoc capite primo non teneatur, *Text. hic. & l. 1. ff. b. t.* Ratio, quia *gregatim* non pascuntur. *Deduces II.* idem dicendum esse de *Canibus, Felibus, &c.* quia nec istæ (licet sint quadrupedes) *gregatim* pascuntur. *Deduces III.* nec *Anseres* hoc primo capite contineri; tametsi enim *gregatim* quandoque pascantur, tamen non sunt quadrupedes *Manz. n. 2. & seqq.*

§. AD V. DE SUIBUS.

Ratio *dubitandi*, num *Sues* hoc primo capite contineantur, ista est, quia *Pecudes* dicuntur, quasi *Pocuniam* dantes, & utilitatem hominibus præstantes; sed *sues* nihil profunt, ergo.

Verum, Imperator *Æ.* etiam *sues* hoc primo capite contineri, quia etiam *sues* aliquid utilitatis adferunt, scilicet per *scærum*, & insuper sub cura subulei *gregatim* pascuntur, *Harp. n. 15. hic.*

§. INTEREA. 2.

- 5 Enumeravimus hucusque *duo Requistia* ad hoc, ut ex primo capite Legis Aquiliæ agi possit, puta, I. ut *servus* vel

animal occidatur, non tantum vulneretur. II. ut sit tale animal, quod *gregatim* pascitur. Hic recenseretur *tertium Requistum*, ut videlicet *Injuria* occidatur. Dicitur autem *injuria* occidi, qui non *Jure*, sed contra *Jus*, id est, *dolo*, sive per culpam levem, & levissimam occisus est, *l. Sed & ff. 6. §. 1. ff. b. t.* Quare, si nullus *dolus*, nullave culpa subest, huic maleficio, aut *Actioni* ex Lege Aquilia locus non est, velut si à *Furioso*, & *impubere*, sive *Infante* damnatum detur, *d. l. 5. §. 2.* Item si à *Bellua*, vel *Quadrupede* inferatur *damnum*, tunc enim *bellua* non proprie *damnum*, sed *pauperiem* fecisse, dicitur, *l. 1. §. 3. ff. Si quadrup. paup. fec. dicat. Harp. v. 2.* Item is qui *Latronem*, *insidiantem* sibi, & se *invadentem*, vel quemcumque alium *ferro* se *potentem*, *l. 5. ff. b. t.* occiderit, hac *Lege* non tenetur, si aliter *periculum* effugere non potuit. Ratio est in *l. 4. ff. b. t.* quæ ait: nam adversus *periculum naturalis ratio* permittit se defendere, & vim vi repellere, omnes leges, & omnia jura permittunt. *l. Scientiam 4. & 5. ff. ad Leg. Ag. Et*, quod quis ad *defensionem* corporis sui facit, *Juro* fecisse dicitur, *l. 3. ff. de J. & J. Manz. n. 3.* Modò id fiat cum *moderamine* *incolpate* *tutolæ*. De qua materia *infra §. Item Lex. Cornelia 5. de pub. Jud. agimus.* Interea vide *Gail. hb. 1. Obs. 16. de pace publ. Manz. Schamb. & Schneid. hic. Harp. fuso d. §. 5.*

§. ACNE IS 3. ITAQUE. 4.

Colliges ex *bis* §§. quod casu occidens *servum* vel *animal*, hac lege non tenetur, si dederit *operam* rei licite, nec præcesserit aliqua culpa, quia, quæ ex *improvviso casu* proveniunt, *lato* potius: quam *noxæ* imputantur, *l. 1.*

Cod. ad leg. Cornel. de Sicariis. & casus fortuitus nemini venit imputandus. Itaque si miles in loco consueto bombardam se exercuit, servum, eò loco commorantem, aut transeuntem jaculando occiderit, culpæ reus non erit; nisi datâ operâ id fecisse probetur, §. 4. *hic.* Requiritur tamen *duo.* I. ut sit jaculator ad istum Lusum deputatus. II. ut ludat in loco consueto & ordinato. Unde, si non miles luserit, Lege Aquiliâ, tenebitur. Ratio est in *d. §. 4. hic.* quia culpæ reus est, fecit enim, quod non debuit, & culpa est, se immiscere rei, ad se non pertinenti, *cap. 36. de R. J. in 6.* & operam danti rei illicitæ omnia imputantur, quæ sequuntur, *l. 30. §. In hoc quoque. ff. b. t. ludus autem illicitus est ratione Personæ, & Loci, Manz. n. 5.* Ex dictis aliud infert exemplum *Harp. hic. n. 5.* quod scilicet quis, si, dum pila tempestivè luderet, ubi ex consuetudine ludebatur, pila, vehementius percussa, aliquem ex spectantibus eluscaverit, de hoc damno non tenetur. Ratio, quia dedit operam rei licitæ & (ut supponitur) nullum propositum, nullamque nocendi voluntatem habuit. Sanè, licet *Occidens* culpâ ex *Lege Aquilia* teneatur; non tamen tenetur ex *Lege Cornelia de Sicariis*, quia in criminalibus dolus requiritur, nec lata culpa dolo æquiparatur, *l. 7. Leg. Cornel. de Sic. Schneid. n. II. hic.*

§. ITEM? SI PUTATOR. 5.

7 Aliud est exemplum, si putator penes viam publicam, aut vicinalem, id est; quæ in vicis ducit, ex arboribus ramos amputet, transeuntem servum casu occidat vel vulneret, si non proclamavit, aut serò nimis hac lege tenetur, *l. 31. ff. b. t.* quia publicè interest, posse sine metu, & periculo per itinera commeari.

Sanè, si quis extra viam in fundo suo ramos putet, proclamatione opus non est; nisi transeuntem videat, ne dolose agat quia alter alienum ingrediendo fundum, sibi debet imputare, si casu lædatur, cum ei eo in loco commeari Jus non competat, *d. l. 13. ff. b. t.*

§. P R Æ T E R E A. 6.

Pergit *Imperator* exemplis declarare, quomodo aliquis propter culpam ex lege Aquilia teneatur? & *Q. an Medicus possit actione Legis Aquilia conveniri, si curam alicujus susceperit, & is postea mortuus fuerit?* R. certum esse, quod conveniri nequeat, si secundum præcepta artis suæ curaverit, quia eventus Mortalitatæ Medico imputari non debet, *c. 19. de Homicid.* Secundum illud:

Non est in Medico semper releveretur ut Ager?

Interdum doctâ plus valet Arte Malum.

Et sufficit in Jure officium fecisse, quamvis finem quis non semper assequatur, *l. 56. §. fin. ff. Mandat. Manz. n. 2.* Quod si verò *Medicus* curationem ægroti deseruerit, & propterea servus ægrotus decesserit, eo nomine *Medicus* ex *Lege Aquilia* conveniri poterit, *Text. hic. & l. 7. §. ult. ff. b. t.* Ratio, quia curationem ægroti derelinquere, culpa est, *Schneid. n. 2.* Et hæc adeo vera sunt, ut, etiam si salarium à paupere non percipiat, tamen curationem debeat absolvere, quia, si pauperibus gratis inservire debent *Advocati*, & *Procuratores*, ita quoque *Medici.* *Gail. Obs. 43. n. 10.* & plus debet valere vita proximi, quam amor pecuniæ, *Schneid. n. 2. hic.*

§. I M P E R I T I A. 7.

Imperitia quoque culpæ adnumeratur, *Text. hic. & l. Imperitia 232. ff. de*

§. ILLUD NON. IO.

Non dantaxat perempti corporis æstimatione in lege Aquilia habenda est, sed placuit ex *Interpretatione* hujus *Legis* ejus quoque æstimationem haberi, quod interest, id est, damni, hac occasione illati. Unde, si quis servum tuum instituerit hæredem, & is, antequam jussu tuo adisset hæreditatem, si occisus à Titio, tenebitur Titius, præter corporis æstimationem, præstare damnum, quod Dominus sentit ex amissa hæreditate, id est, æstimationem hæreditatis, quia in hac actione æstimatur omne, quod ullo modo interest. *l. 21. ff. b. t.* Idem *Juris est*, si ex parimularum unam, vel ex quadrigis equorum unum quis occiderit, habitâ ratione ejus, quod cætera corpora depretiata sunt, propter causas, corpori coherentes, si forte equi propter parilitatem lineamentorum, & coloris aptissimi ad quadrigam erant. *Perez. Inst. hic.*

§. LIBERUM II.

II Q. in hoc §. utrum cum actione Legis Aquilie concurrant etiam alie Actiones? Et *ff. affirm.* adedque, si quis servum meum occiderit, possum civiliter agere, puta, ex Lege Aquilia ad emendationem damni, & interesse. Item criminaliter ad vindictam publicam, *Text. hic. & l. 23. §. 9. ff. b. t.* Estque ratio, quod ad diversos fines tendant istæ actiones; ut tamen accusatio ex *Leg. Cor. de Sicar.* competat, requiritur, ut servus dolo sit interemptus, *l. 3. Cod. ad L. Corn. de Sicar.* quia lex Cornelia requirit dolum. *l. in lege ff. de Sicar.* Unde, qui non dolo: sed culpâ quacunquæ (que in criminalibus dolo non comparatur *Jul. Pac. hic.*) servum occidit, lege Cornelia non tenetur, *l. 7.*

ff. ad leg. Cor. de Sicar. sed accusari poterit ex *Tit. de extraord. criminibus* ad pœnam pecuniariam, vel arbitriam. *Schneid. n. 2.*

§. CAPUT SECUNDUM. 12.

Diximus in principio Legis Aquiliæ tria esse Capita; de I. egimus. II. exolevit; de III. in §. seqq.

§. CAPITUM TERTIO. 13.

Ex tertio capite legis Aquiliæ vindicatur omne aliud damnum præter servi, & quadrupedis occisionem. Itaque, si quis servum, pecudemque alienam vulneraverit; vel, si quis talem quadrupedem, quæ pecudum numerò non est. veluti *canem*, vel *feram Bestiam* vulneraverit, aut occiderit; vel denique, si quis res inanimatas deteriores reddiderit, *utendò, frangendò, secandò, collidendò, effundendò, commiscendò, rumpendò, &c.* ex hoc tertio capite ad emendationem damni tenetur. Unde apparet differentia inter primum, & tertium caput legis Aquiliæ. Nam primum caput est de servo, & pecude occisis. Tertium est de servo & pecude vulneratis. Item de non pecude, id est quadrupedibus quibuslibet, ut *ferâ*, vel *canis* occisis aut vulneratis. Denique de reliquis animalibus, ut *avis*, aut *piscibus* vulneratis, aut occisis, nec non tandem de rebus quibuscunque aliis inanimatis, v. g. *supellectile, vindò, olei, arbutò, segete, libris, vestibus, &c. fractis, combustis, corruptis, &c. Harp. n. 2. hic.* Porrò cum in *textu §. nostri* illa legis verba, *usserit, fregerit, ruperit, &c.* exprimantur, ille autem, qui vinum alienum ebibit, panem alterius comedit, &c. neque urat, neque frangat, neque propriò rumpat. Ideo *Q. an etiam actione Legis Aquiliæ tenetur?*

Re. directâ non; benè verò utili. Ita statuit l. 30. §. 2. ff. b. t. quin *Vinum*, & *Panis* res sunt tales, quæ à DEO ad usum videntur esse conditæ, *Brummum*, d. l. 30.

§. ILLUD PALAM. 14.

Quemadmodum ex primo capite legis Aquiliæ ita demum occisor tenetur, si dolo, aut culpâ etiam levissima, Homo, aut quadrupes occisus, occisive fuerit ita quoque ex tertio capite is demum tenetur, qui in dolo, vel culpâ fuit. Casum, planè fortuitum, ex hoc capite vindicari non posse, in propatulo est, quia, quæ ex improvise casu accidunt, fato, non noxæ imputantur, l. 1. *Cod. ad leg. Cor. de Sicar. Manz. n. 1.* Illud notandum, quòd ex tertio capite damnificans non tanti teneatur; quanti res deteriorata totò eò annò: sed quanti in diebus 30. proximis, retrò numerandis, fuerit, ratio differentie est, quia in primo capite majus, in tertio minus damnum versatur, plus enim est occidere, quàm vulnerare. *Harp. n. 3.*

§. AT NEC PLURIMI. 15.

Quamvis in hoc tertio capite non addatur verbum *plurimi*; sed simpliciter dicatur *quanti*; prudenter tamen subintelligitur, sufficit enim, quod in primo capite eò verbò plebs usa sit:

§. CÆTERUM FIN.

13 Pro cognitione hujus §. sciendum, quòd damnum, Injuriam datam, tribus actionibus vindicetur. I. actione *directâ* II. *utili*, & III. actione *subsidiaria* in *factum*. Dicitur autem actio directâ, quæ competit ex *mente*, & *verbis*: Utilis verò, quæ non constat ex manifesta mente, aut verbis legis, sed ex interpre-

tatione; propter æquitatem, & similitudinem rationis introducta est. *Schneid. num. 1. hic* & *Harp.* licet autem sit differentia inter actionem directam, & utilem quoad verba; quoad effectum tamen idem important, idem enim quis consequitur per utilem quod per directam, l. 47 §. 1. ff. *de Negot. gest.* Actio autem in *factum*, quæ datur tunc, quando neque ex mente, neque ex verbis legis, neque ex interpretatione Juris Consultorum actio datur; & tamen æquum est, actionem dari. *Manz. n. 7. Vile*, quæ in §. 18. *de Ad. script.* II. sciendum, quod damnum triplici modo dicatur inferri; aliquando enim datur damnum de corpore in corpus, v. g. si manu tuâ occidas servum meum, vel de jicias eum de ponte in flumen, & suffocetur. Et hoc in casu datur directâ actio legis Aquiliæ, quam tunc dari diximus, quando ex mente, & verbis legis constat; atqui constant sic per §. 9. & 14. b. t. ergò. Aliquando datur damnum in corpus de non corpore, v. g. si qui servum alienum, vel pecudem incluserit, ut fame periret; vel pecus ita exagitaverit, ut præcipitaretur, vel alicui persuaserit, ut in puteum descenderet, & in descendendo mortuus, aut læsus fuerit. Et in hoc casu datur actio *utilis*; non directâ Legis Aquiliæ, quia lex nihil expressè statuit, quæ actio detur, si à non corpore in corpus damnum datum sit; sed Juris-Consulti, ex præsumpta legis voluntate actionem dari voluerunt, quæ dicitur actio utilis. *Manz. num. 5.* Nota, in hoc ultimo casu etiam dari actionem in *factum*, principium enim est, ubi locum habet actio legis Aquiliæ utilis, ibi quoque actionem in *factum* fortiri locum, sed non vice versa sicut ex casu sequenti patebit, ubi tantum datur

actio in factum, & non legis Aquilæ, neque directa, neque utilis. *Schneid. num. 5.* Aliquando datur damnum de non corpore in non corpus, veluti si quis ex Misericordia liberat servum alienum, quem Dominus ad castigandum posuit in compedibus, qui postea aufugit. Hoc in casu datur actio in factum,

& non actio legis Aquilæ *directa*, aut *utilis*, quia neque de corpore, neque in corpus damnum datum est, *Schamb. hic.* cum tamen æquum sit, damnificato actionem applicare, ideò Jura ei accomodant actionem in *factum*, quæ tunc, quando omnis actio deficit datur.

TITULUS IV.

DE INJURIIS.

SUMMARI A.

- 1 Injuria dupliciter accipitur.
- 2 Injuria definitur.
- 3 Si verba sine indifferentia, an censeantur injuriosa?
- 4 Injuria tribus modis committitur.
- 5 Realis quomodo fiat?
- 6 Item quomodo verbalis?
- 7 An Injuriam inferens cum protestatione Honoris teneatur Injuriarum?
- 8 An veritas excuset ab injuria?
- 9 An Injuriam verbalem aliâ verbali liceat repellere?
- 10 Per quos patiamur Injuriam?
- 11 Que sit pena Injuriarum?
- 12 Que dicatur Injuria atrox?
- 13 De Injuria & civiliter & criminaliter agi potest.
- 14 Actio recantatoria qua dicatur?
- 15 An cum astimatoria concurrat?
- 16 Illustri Persona per Procuratorem in criminalibus stare potest in Judicio.
- 17 Explicantur modi, quibus Injuria soluitur.

AD PRINCIPIMUM.

3 **Q**uarta delicti privati species est Injuria, quod nomen varias Significationes habet: accipitur enim I. Pro omni

ni eo, quod non Jure fit, *hic & in l. 1. ff. b. t. II. Pro damno Tit. preced. III.* Pro Injustitia, quando Judex iniquam, & injustam sententiam pronuntiat. *Hoc 2* autem Titulo Injuria sumitur pro Contumelia, à Contemnendo sic dicta, & haud inconcinne definitur, quod sit delictum privatum, quo quis dolo malo, sive contumeliose Corpus, Dignitatem, aut Famam, & Existimationem alterius ladir. *Manz. §. I. h. t.*

Dixi dolo malo, cum primis enim ut injuria facta esse dicatur, dolus interveniat, necesse est, nam in dolo & affectu facientis injuria consistit, neque sine consilio, & mente consilari potest, *l. 11. ff. b. t.* Quare neque is, in quem dolus non cadit, qualis est Furiosus, & Impubes: Neque is, qui dixit, vel fecit, quod per se quidem injuriosum est, non ex affectu injuriandi, sed potius animo jocandi, vel corrigendi profectum, injuriarum actione conveniri potest, *l. 3. §. 1. & 3. l. 13. §. Que Jure potestatis ff. b. t.* Reus tamen probare compellitur, se, non animo injuriandi, id fecisse, vel dixisse. Ratio, quia dolus, & animus delinquendi præsumitur, in eo qui in re illicita est versatus, *l. Si non. 5. Cod. b. t. Wesenb. in paratit. h. t. num. 8. Gail. lib. 2. Obs. 106. n. 1.*

8 Quòd si verba sint indifferentia, quæ possunt, & non possunt importare injuriam, actor probare debet, injurioso animo prolata esse, *Harp. n. 9.*

Sed quid? si Reus constanter dicat, se non dixisse injuriandi animo; id autem neque conjecturis, neque aliter probare possit, an ei Juramentum purgatorium deferri poterit? Sunt, qui id *negant*; sed alii rectius *affirmant*. Ratio in proclivi est, siquidem, quæ in conscientia & animo consistunt, non nisi Juramentò, probari possunt. Et ita practitari, testatur *Harp. n. 12. Guil. lib. 2. Obs. 48. n. 30.*

§. INJURIA. I.

4 Exponit hic Imperator, tribus principaliter modis Injurias fieri, *Re scilicet, Verbis & Litteris*. Omnes autem hi modi ad *duo Genera* non incommode revocari possunt, ut omnis injuria dicatur, fieri aut *Re*, aut *Verbis*, l. 1. §. 1. h. t. Hinc est, quòd communiter D. D. Injuriam aliam dicant esse *realem*, aliam *verbalem*. *Schneid. n. 1. Guil. 2. Obs. 104. n. 4.* Realis dicitur, quando Manus inferuntur, aut alio quodam Facto Injuria infligitur. Exempla hujus Injurix in *Text. tria* proponuntur.

I. Est, quando quis *pulsatur, verberatur*, aut *caditur*, quia tales Actus cedunt in Contemptum, ut non mirum, quòd Injuriòsi dicantur.

II. Est, quando quis sciens, se nihil sibi debere, *patit vel facit*, se inmitti in Possessionem Bonorum meorum. Talis mihi tenetur Injuriarum. Ratio, quia me prostituit, esse *pauperem*, & non *solvendo*. *Manz. n. 8.* diffamare autem aliquem de *Paupertate* non minima Injuria est, *Paupertas* enim multam limitat *Exclusionationem*. *Schneid. num. 10. bit.* Dixi: *sciens, se sibi nihil debere*, nam,

si quis Immissionem petat à Judice in veri Debitoris Bona, ille non peccat, sed Jure suo utitur. Jure autem suo utens nemini facit Injuriam, l. 55. ff. de R. I.

III. Est, quando quis honestam Feminam, & Matremfam. vel etiam prætextatam, vel prætextatam affectatus est (qui tacitus, nihilque omnino loquens aliquam frequenter insequitur, quocunque vadit) vel pudicitiam attentaverit, hoc est blandis, & impuris verbis compellaverit, aut etiam ad flagitium invitavit, talis Injuriarum tenetur; quia tales Actus notam *Scorti* incurrunt. *Manz. n. 12.*

Dixi *honestam Feminam*. Unde Injuriarum non tenetur, si publicam *Scortam* impuris Verbis attentaveris, quoniam hujus *Pudicitiam* nemo lædere dicitur, utpote & *Manibus & Pedibus*, & *omnibus totius Corporis Membris* dudum in Forum propulsam. *Manz. ibid.*

Dixi insuper: *prætextatam, vel Prætextatam*, hoc est ingenie vestitam, vel tali *Habitu* incedentem, qui *Ingenuitatem*, & *Honestatem* præ se fert. *Schneid. n. 23.* Unde, qui *Matronam*, aut *Virginem*, *meretricia Veste* indutam, affectatur, aut impuris verbis compellat, *Injuriarum* non tenetur, l. 15. §. 15. ff. h. t. sed sibi imputare debet, si, ut *Meretricem*, attentetur, quia talis quis presumitur, in quali *Habitu* reperitur. *Schneid. n. 22.* Plura *Exempla* Injurix realis, & quidem contenta adducit *Harp. à n. 4. usque ad 70.*

Verbalis Injuria dicitur, quando *Matrem* non inferuntur; sed aut *Voce*, & *Dicto* alicui *Contumelia* inuritur, aut *Scripto*, & *Litteris*, l. 1. §. 1. ff. h. t. *Voce & Dicto*, quando v. g. aliquis *Scurra*, *Fur*, *Nebulo*, *Spiritus*, *Boyardus*, aut aliò ignominioso *Nomine* compellatur; vel etiam quando aliquis *mentiri* dicitur;

tamen, ut talia verba *Animo injuriandi* proferantur, Injuria enim in *Affectu* Injuriantis consistit. Unde si ad te, Crimen mihi objicientem, dicam, tu *mentiris*, Injuriarum non teneor, quia non injuriandi animo facio, sed mei *Honoris* defendendi causa, quod autem ad defensionem corporis, & honoris sui facit, recte fecisse dicitur. *Schneid. num. 8. Gail. 2. Obs. 100. n. 3. Scripto & Litteris committitur Injuria*, quando quis ad *Infamiam* & *Dedecus* alterius *Libellum*, aut *Carmen*, aut *Historiam*, aut *Cantilenam* scripsit, aut composuit, l. 5. § 6. ff. h. t. *Marz. num. 22.* Ut hæc materia reddatur luculentior, lubet aliquas *Quæstiones* subnectere. Itaque,

7 Q. I. an injuriam inferens cum protestatione, v. g. tu mentiris, salvo honoratio, injuriarum teneatur? Affirmantium dogma commune est. Ratio, quia protestatio nihil operatur, c. *Solicitudinem. 54. de Appellat. at.*, hæc protestatio talis est, quia verbum injuriosum præcedens declarat, quod alterius honori parcere non voluerit, ideoque duo pugnantia conjungit, & per consequens talis protestatio, utpote actui contraria nihil operatur. Ita docent *Gail. lib. 2. obs. 101. num. 2. Aruon. exercit. 17. th. 16. Schneid. n. 8. bic. Harp. num. 77. bic. & ad ff. de Injur. n. 7.*

8 Q. II. an veritatis convitii, quo nocens infamatur, excuset? Dixeris prima fronte, quod veritas criminis objecti ab injuria non excuset. I. per l. Si non *Cod. h. t.* ubi sola criminis objecti veritas ab actione injuriarum neminem excusat, nisi citra animum injuriandi illud objecerit.

II. Per l. 2. *Cod. quando, & quibus quæta pars?* &c. ubi aperte scribitur, quod veritas convitii nullam præbeat excusationem.

III. Per c. *Cum Minister &c. Relevantes* 43. Q. 5. ubi dicitur, pravum animum relevantis rem facere iniquam, sive verum sit crimen, sive non.

Secunda Sententia, quæ docet, ob veritatem criminis aliquem ab injuria excusari, nititur his fundamentis: I. l. 18. ff. h. t. his verbis: *cum, qui nocentem infamavit, non esse lentum, æquum, ob eam rem condemnari: peccata enim nocentium nata esse, & oportere, & expedire.*

II. Per l. 3. *Cod. de Officio Rector. Provin.* ubi *Constantinus* Imperator omnibus concedit potestatem, injustos, & maleficos publicè judicandi.

III. Per l. un. *Cod. de famos. lib.* ubi capitali pœna punitur, qui crimen obiectum non probat, sequitur à contrario, quod non puniatur, si crimen probet.

Tertiã *Sententia* rem *Distinctionis* opo componit, & ista sententia mihi quoque aridet, eamque suo vincunt patrociniò *Gail. l. 2. obs. 99. n. 1. Zoef. loc. cit. num. 8. Schneid. n. 14. Harp. n. 98. Gomez. var. Resolut. tom. 3. cap. 6. num. 2.* Refert nimirum, an Reipublicæ expediat, convitium sciri, an non expediat? si prius, non tenebitur, si probet illud, veluti si quis alium *latronem, furem, homicidam, adulterum, lenonem, leprosum, infamen* vocaverit. Ratio, quia interest Reipublicæ, infamiam esse notam d. l. 18. ut delicta puniantur l. 51. ff. ad leg. *Aquil.* & ne leprosi conversentur cum aliis, & ab iis morbos contrahant c. 1. *de conjug. leprosi.* & denique infames ad dignitates sublimentur contra l. 1. *de infam.* Si posterius? veritas convitii injuriantem non excusat; sed injuriarum tenebitur, veluti, si quis aliquem *pauperem, claudum, strabonem, luscum, monoculum, lupidem, cacum, mutum, surdum, gibosum* nominaverit, vel

vel etiam crimen, jam punitum, alicui, cui honor restitutus est, objecerit. Ratio, quia nemo debet alterius infamiam detegere, cum defectus nostros detegi inhumanum sit, & injuriosum l. 2. Cod. quando, & quomodo quarta pars Sc. atque secundum istam distinctionem in Camera Imperiali judicatum esse refert Gail. loc. cit. in fine.

Q. III. an Injuriam verbalem liceat alia injuria verbali repellere? v. g. vocasti me latronem, & ego, à te provocatus appellavi te furem, vel etiam latronem? Q. an cuilibet nostrum competat actio injuriarum? Vehementi conflictu in hujus controversie certamine inter se colliduntur A. A. pugnandi causam prebent non levium dubitandi rationum momenta. Et quidem prima fronte dixeris, injuriam verbalem alia injuria verbali repelli posse, & per consequens neutri competere actionem.

I. Quia vita, & fama pari passu procedunt l. 9. ff. de manumiss. vind. sicut igitur ad defensionem vitæ vim vi repellere licet l. 3. ff. de J. & J. ita quoque ad defensionem honoris injuriam injuria retorquere, permittum erit.

II. Quia paria delicta mutua compensationem tolluntur c. fin. de adult.

III. Per l. 10. §. Quoties ff. de Compensationat. ubi dicitur, in omnibus delicti criminibus compensationem admitti, ex quibus ad poenam pecuniariam agitur; at, in judicio Injuriarum ad poenam pecuniariam agitur §. 7. b. 2. ergò.

IV. Potest quis ad defensionem suæ Innocentiæ ad alterum dicere: tu mentiris: ergò poterit ipsum quoque furem compellere, quia æquè injuria est dicere: tu mentiris, quàm appellare furem.

V. Per l. 14. §. 6. ff. de Bonis libert. ubi refertur talis casus: libertus patroni filium ob aliqua crimina accusavit,

accusatus ista crimina in illum retorfit. Q. an filius Patroni honorum liberti possessionem à Patre petere possit? videbatur, quod non, ob d. l. 14. in princ. ubi, qui libertum capit accusavit, à possessione contra tabulas removetur. Sed affirmativè R. ex hæc subjuncta ratione, quia ignoscendum est ei, qui provocatus se ulcisci voluit. Ex quo patet, injuriæ retorsionem in foro fori esse impunibilem.

Verùm, ut sua hæc Rationes dubitandi mole non careant, mentem tamen, veritatis tenacem, non expugnant. Sto proinde, petre similis, pro Sententia, quæ injuriam verbalem injuria verbali negat repelli posse, adeoque in memorato casu, & statu Questionis utriusque actionem injuriarum accommodat. Ita tenent Schneid. n. 12. hic. Harp. n. 87. Gail. lib. 2. Obs. 100. n. 9. Bachov. ad Treutl. vol. post. disp. 30. th. ult. in fin. Probatur I. per l. Neganda. 19. Cod. de his, qui accusare non poss. Ubi Reus, vel accusatus alicujus criminis lite pendente accusationem reaccusare noquit. Ratio redditur in l. 5. ff. de publi. Jud. ubi dicitur Reum non relatione criminum sed innocentia se se purgare debere. II. per c. Veniens. 16. de Jure jur. ubi reciproca injuria invicem non compensatur; sed uterque injuriator obligationis vinculo obstringitur. III. Per rationem fundamentalem, quia omnis vindicta privata (regulariter) prohibita est l. Extat. 13. ff. quod met. caus. Jam verò, si ego, accepta verbali injuria, vicissim tibi crimen objicio, hæc replicatio non ad defensionem sed ad vindictam tendit. Neque enim per reciprocam criminis objectionem eliditur crimen, quod mihi objecisti, adeoque talis retorsio non videtur fieri ad defensionem, sed præcisè ad vindictam, quæ concessa non est.

Et ex hac ratione ruit primum Argu-

mentum, licet enim vim vi repellere, jura, & leges permittant; non tamen licet injuriæ retorsione uti: argumentum enim à defensione corporis ad defensionem honoris non procedit, quia termini non sunt pares. Pro vita enim tuenda agitur defensione vitæ, & sic vis vi removeri potest; Sed injuriæ verbali agitur de vindicta, quæ, semel illata, non potest removeri, & per consequens non ad defensionem, sed vindictam videtur facta.

Secundum argumentum etiam parum, aut nihil evincit, quia illud procedit, quoties crimina circa idem factum committuntur, veluti mutuum adulterium uxoris, & mariti, idem Matrimonium concernit, & ad eundem finem civiliter agitur, scilicet ad dissolvendum Matrimonium, quoad thorum & mensam, & lucrandam dotem; secus, si sunt diversa facta, uti in *d. l. Neganda* 19. Atqui hic sunt separate injuriæ, & versantur circa diversa facta, nec injuria prosequendo propulsatur, *Schneid. loc. cit.* Aliter *ꝑ. Harp. n. 92. hic*, ubi ait in *d. c.* singulari Matrimonii favore receptum, ut mutuum uxoris, & mariti adulterium mutua compensatione tollatur, ac proinde, ad consequens non producendum, *l. 14. ff. d. ll.*

Ad III. *ꝑ.* nam ibi dicitur duntaxat, quod compensatio pœnæ pecuniariæ liquidæ cum alio debito liquido fieri possit; *negamus* autem nos facti ad factum compensationem dari.

Ad IV. *ꝑ. con. ant. neg. conseq.* quia, quando quis dicit: *tu mentiris*, agitur ad defensionem, ut repellatur delictum obiectum, & negatur in effectu, quod dictum est, adeoque non tendit ad vindictam. *Schneid. n. 12. hic.* Aliter (*puto*) sic *ꝑ.* posse, quod in casu, quo ego vixissim crimen obijcio, v. g. *latrosinii*,

vel *furti*, revera aliquem furem, vel latronem appellam, quod non tendit ad defensionem honoris mei, sed præcisè ad vindictam. In casu autem, quo dico, tu mentiris, crimen furti eidem non impingo, sed me defendo, quando autem latronem, vel furem te compello, videntur ista verba, exaggerandi duntaxat mendacii causa, adjecta.

Ad V. *ꝑ.* in *cit. l. 14. §. 16.* hoc tantummodo statui, quod propter retorsionem criminis in eo non puniatur, ut amittat bonorum possessionem. Non verò statuit, immunem ab injuriarum judicio. *Harp. n. 95.* Deinde: *retorsio*, sive *reaccusatio* ideo ubi in casu *l. 14. §. 19.* concessa est, quia reaccusator ut pote socius criminis, accusare non potuit. *l. 8. ff. de accusat.* Sanè, licet provocatus alteri injuriam intulerit, utendo Jure retorsionis, & sic injuriarum, teneatur; mitius tamen puniri debet, quam provocans & propter justam dolorem, quem compescere, & temperare difficilimum est, ita omnes ferè DD. *Gail. loc. cit. n. 10. Harp. n. 79.* & ista pro hac *Controversia* sufficiant.

§. PATITUR AUTEM. 2.

Q. in hoc §. *quinam?* & *ꝑ.* per quos injuriam patiatur? & *ꝑ.* Imperator, quod aliquis injuriam patiatur, vel per se ipsum, vel per alias personas. Per se ipsum, cum immediatè, seu directò ipsi Patrifam. aut Matrifam. sive præsentis sive absentis injuria infertur. Per alias personas, cum alteri quidem injuria infertur; sed in eum per consequentiam redundat, & ipsum (mediatè saltem) contingit. Sic per alium dicitur quis injuriam pati, cum illa infertur liberis meis, in potestate constitutis, vel uxori meæ, vel sponsæ meæ, vel nurui, vel cadaveri, aut famæ defuncti, cujus ego hæres

§. P O E N A. 7.

II Q. in hoc §. quæ sit poena injuriarum? Olim ex *Leg. XII. Tab.* propter membrum ruptum, poena erat *Talio*, id est, licebat illi, cui membrum ruptum esset, retaliando itidem membrum rumpere: propter os verò fractum, percussumque nummaria poenæ erant constitutæ; ob reliquas autem injurias tantum erat poena 25. *assium*. Verùm Prætores postea poenam hujusmodi minus dignam judicantes, abrogarunt eandem, & permiserunt, ut injuriam passus eam æstimaret, æstimatam Judex ex æquo, & bono augetet, vel minueret secundum gradum dignitatis, vitæque honestatem. Et, si Reus conventus solvendo non sit, Judex poterit poenam Pecuniariam in corporalem convertere juxta tritam præxiam, qui non habet in ære, luat in pelle, *l. fin. ff. de in Jus vocand. Schneid. n. 8.* Illud tamen certum est, quando quis uno impetu plura verba injuriosa dixit, unam solummodo injuriam esse, *l. 15. §. 4. ff. b. t.*

§. SED ET LEX CORNELIA. 8.

In superiori §. explicatum fuit, quomodo de Jure prætorio vindicentur injuriæ? in hoc verò §. ostenditur, quomodo de Jure civili? De Jure autem civili propter injuriam realem in tribus tantummodo casibus ex *Lege Cornelia* injuria vindicatur, scilicet tunc, quando quis pulsatus, vel verberatus est, vel quando domus alicujus vi est introita, *Text. hic. & in l. 5. ff. eod.* non autem interest, si domus ea alicujus sit propria, siue aliena, & mercede conducta, siue gratis concessa, imò amplius, si quis Hospitio tantum receptus sit, in omnibus enim casibus turbatur quieta Habitatio. *Manz. num. 2. & 3. Extra*

istos tres *Casus* omnis actio Injuriarum prætoria est, quam prætoriam actionem etiam in istis tribus casibus intentari posse, dubium non est, sed, vice versa, actio civilis non potest extra istos casus moveri. *Schneid. n. 1.*

Dices: quid prodest actio civilis ex lege *Cornelia*? nunquid superflua est, quoniam sufficit actio prætoria? R. ad hoc prodesse, quod actio civilis sit perpetua. Prætoria verò annualis & hoc ex Theoria universalis, quia videlicet remedia civilia plerumque perpetuò, id est, 30. annis durant, prætoria verò per annum, uti *infra de perpet. & tempor. act. videbitur, Manz. n. 9. & Mynsing. cent. 5. obs. 7.* ubi ait: ita judicando observatum esse.

§. A T R O X. 9.

Duplicem ob *Causam* Imperator in hoc §. declarat, quæ sit atrox Injuria. *Prima* quidem *Causa* est, quod ea gravior puniatur quam levis, *l. 16. ff. de Pen. Secunda*, quia quibusdam Personis actio Injuriarum non datur, nisi pro atroci Injuria, §. *Servis 3. b. t. Schneid. n. 2. hic.* Injuria autem atrox dicitur, & fit *12* tribus principaliter *Modis*, puta ex *Facto*, ex *Loco*, & ex *Persona*. Ex *facto* fit injuria atrox, si quis ab aliquo vulneratus, vel sustibus quævis sit, vel os, seu facies, alicui percussus, *l. 7. §. fin. ff. b. t.* Ex *loco* æstimatur, & redditur Injuria atrox dupliciter. I. ex loco corporis, ut si quis violeatur in oculo, in quo injuria facta gravior est, quam in quacunque alia corporis parte. II. ex loco extra corpus, ut si quis in loco publico, puta in *Theatro*, aut in *Foro*, aut in *Templo*, aut in *conspectu* Judicis Injuriam accipiat, *text. hic. & in l. 8. ff. b. t.* Ex *persona*, quando *Magistratus à Subdito*, *Parenti à Filio*, *Patrone à Liberto*, *Præceptor*

tori à Discipulo: vel Viro, in Dignitate collocato, ab *abjecta fortis Persona* Injuria inferitur, l. 7. §. 2. 3. & ult. ff. b. t.

Has tres species Poeta ita canit:

His tribus ex causis injuria dicitur atrox.

Facti, Personæ, vel ratione Loci.

S. I N S U M M A. 10.

13 Quemadmodum de aliis *privatis delictis*; ita & de *Injuriis vel criminaliter*, vel *civiliter* agere licet, *Text. hic.* & in l. 7. §. 6. ff. de *Injur. Civiliter* autem quis dicitur agere, quando actor injuriæ maculam, sibi inustam, æstimat, ac certam pecuniæ quantitatem, *Pene loco*, Reo imponi, sibi que (salva tamen *Moderatione*, & *Taxatione Judicis*) adjudicari petit, v. g. si in libello dicat: *se malle carere 1000. fl. quam talem Injuriam pati.* Judex autem solet injuriæ æstimationem moderari, & taxare, ac dein *injuriato* defert *Juramentum*, ut juret, quòd injuriam tanti æstimet. Quo præstito, sequitur definitiva ad summam juratam, prout in taxatione expensarum receptum est. *Gail. Obs. 102. num. 10* & 11. quòd si injuriatus ad taxationem Judicis jurare nolit: fortè quòd Judex minus, sua opinione & petitione, injuriam æstimaverit, poterit Judex sub comminatione *absolutorie Sententiæ Juramenti præstationem* injungere, *Gail. num. 11. loc. cit. Harp. n. 1. Criminaliter* agere tunc quis dicitur, quando quis, commissa æstimatione, petit simpliciter, Reum puniri. Et tunc pœna arbitraria est, adeo ut Judex possit Reo imponere vel pœnam corporalem, pro qualitate, & atrocitate facti, vel pecuniariam, applicandam *Fisco.* *Schneid. n. 1. Porro*, quamvis, ratione injuriæ, agi possit *civiliter*, & *criminaliter*; hoc tamen *Limitatur*, procedere non *cumulativè*, ita ut una intentata alteram tollat, l. 1.

Kees ad Lysituf.

Cod. quando Civil. actio crimin. prejud. Ratio, quia utraque ad vindictam comparata est, & neutra rem familiarem, seu damnum pecuniarum concernit, *Harp. n. 78.* concurrentibus autem pluribus actionibus, ejusdem rei nomine ad idem, una tantùm quis experiiri potest, l. 43. §. 1. ff. de *R. I. Munz. n. 8.* Sanè si actio civilis & criminalis tendant ad *diversa*; Illa ad *Persecutionem rei familiaris*; altera ad *Vindictam*, tunc una per alteram non tollitur, l. 7. §. 1. ff. b. t. unde, si actor egit injuriarum civiliter, pro injuria reali atroci, poterit etiam contra eundem agere ex l. *Aquil. ad emendationem Damni*, & *Interesse*, &c. alia quippe est æstimatio damni, alia contumeliæ. *Schneid. n. 2. Wesenb. in paratit. b. t. n. 14.*

Præter duas præmissas actiones est ¹⁴ hodie & alia in usu, quæ vocatur *Actio recansatoria*, sive *actio ad Palinodiam*, *auf einen Widerruf*, per quam quis petit, ut injurians injuriam verbalem falsam publicè in *Judicio* revocet, recanter, honoremque restituat, & veniam roget. *Harp. n. 63.*

De hac actione dubitatur, an illa cum ⁵ actione injuriarum ad æstimationem *cumulari possit?* dubium (ut perspicue loquar,) in eo vertitur, *utrum actio recansatoria criminalis sit, an verò civilis.* Nam, si, *criminalis* esse, dicas, notum est, cumulationem non habere locum, cum utraque actio ad vindictam spectet. Quo stante, una alteram absorbet, uti dictum. Et quidem, hanc actionem *criminalis* esse multi sunt, qui autemnt.

Verùm communiter, imò etiam in *Camera Imperiali* receptum est, illam esse *civilem*, *Teste Gail. lib. 1. Obs. 67. n. 8.* Ubi ait *quotidie libellos injuriarum in Camera recipi ad Palinodiam, qui recipi, & admitti non possent, si criminale*

judicium esset, seu, cum, vigore Ordinationis, nulla causa criminalis (excepta fracta Pace) ibi agitari possit. Harp. n. 64. & seqq. Manz. n. 11. accedit, quod in actione recantatoria admittatur Procurator, Teste *Mynsing. cent. 2. Obs. 9.* & ad hunc §. in criminalibus autem Judiciis neque ad agendum, sive persequendum, neque ad defendendum (regulariter) Procurator admittitur, *l. pen. §. 1. ff. de c. Tua 5. de procur. Schamb. hic. §. Quæstio prima.*

Non refragatur, quod actio recantatoria infamet, ea propter criminalis dicenda sit. Quia Secundario duntaxat infamat, non primario, principaliter enim ad honoris restitutionem agitur. Sic actio Depositi etiam civilis est, & tamen, ex ea condemnatus, fit infamis, *l. 6. ff. de his, qui not. infam. Schamb. hic.* Idem hic de actione Tutelle, pro Socio Mandati, &c. quæ omnes civiles sunt, & tamen infamant. Harp. n. 71. *hic.* Accedit, quod actio ad Palinodiam, juxta multos AA. apud Harp. n. 109. non infamet, ex ratione, quia in Constitutione Caroli V. inducente hanc tertiam Actionem, nulla fit mentio de Infamie Macula, vide quoque *Hunn. ad Treutl. vol. 2. disp. 30. Q. 46. Ex dictis*, veluti fonte, fluit, actionem recantatoriam cum actione injuriarum restimatoria cumulari posse, nec ab una alteram consumi. Illa enim ad Restitutionem Fame & Honoris, hæc ad Vindictam tendit. *Schamb. d. loc. v. Quæstio secunda.* Et, cum ista actio civilis sit, (uti ostendimus) sequitur, illam non unius anni spatio circumferri, sed perpetuam esse, prout sunt omnes actiones civiles. *Schamb. loc. cit.*

AD VERS. HOC VIDELICET.

Q. in hoc v. utram actionem injuriarum liceat actori per Procuratorem perse-

qui, vel Reo per Procuratorem suscipere? R. cum *Dist. si civiliter agatur*, Procurator omnino admittitur, *l. 11. §. 2. ff. h. t. si verò agitur criminaliter*, Procurator (regulariter) non admittitur. Ratio, quia poena injuriæ arbitraria est, ut Judex poenam quoque, corporis afflictam, imponere possit: quo in casu judicium redderetur elusorium, *Sententia enim neque in Persona rei*, neque *Procuratoris Executioni* mandari posset. Non rei, quia absens est, vix enim, ad poenam corporis sustinendam, comparebit. *Gail. 1. Obs. 109.* non Procuratoris, quia is innocens est, & delicta tenere debent suos Authores, *l. 22. Cod. de Pen. Manz. n. 16.*

Excipitur Persona illustis, quæ actio-
nem injuriarum, etiam oriminaliter intentatam, per Procuratorem suscipere potest, *Text. hic. & l. fin. Cod. h. t.* Ratio exceptionis, & hujus Privilegii fortè ista est, ne facile id generis personæ infamie macula imburatur. Harp. n. 92. Et quamvis, *d. l. fin. Cod. h. t.* discretè caveat, etiam in hoc casu sententiam ferri in principalem, non in procuratorem, id ipsum tamen in praxi non observatur; sed, quia condemnatus ex actione injuriarum sive civiliter, sive criminaliter intentata, fit infamis, *l. 1. ff. de his, qui not. infam.* idèò sententia, ad evitandam infamiam, plerumque in Procuratorem fertur. *Gail. 1. Obs. III. num. 2. & 3. juxta Regulam: Infamiam effugit, qui alium suo loco supponit. §. 1. Inst. quib. ex caus. manumit. Manz. n. 20.* nec id procuratori nocet, quia, condemnatus alieno nomine, non redditur infamis, *l. 6. §. Si quis alieno ff. de his, qui notantur infam.* Unde *Schneid. n. 11. Cautelam* proponit, quomodo quis in actione injuriarum, civiliter intentata; evitare possit? videlicet, eam suscipiendo per Procura-

Procuratorem, quia, ut, quis fiat infamis, requiritur ut præsens in Judicio condemnatur, §. 2. *infra de Pen. temere litig. Schamb. v. Observa.* Illud notandum, juxta modernum stilum raro Infamiam incurri, etiam si quis nomine proprio ex injuria condemnatur, quia plerumque reservatio Honoris sententiæ adjectitur: *d. sz ibme solches an seinen Ehren solle unmacht beilig seyn. Gail. I. Obs. 65. num. fin. Manz. num. 21.*

§. NON SOLUM II.

Non solum is, qui fecit injuriam, v. g. qui percussit, vel convitium alteri dixit, tenetur injuriarum, sed etiam ille qui mandavit, *Text. hic. & fin. l. 11. ff. b. t.* Ratio, quia *paria sunt facere, & mandare, & qui facit per alium, per se ipsum fecisse, intelligitur.* Idem est, si quis alios conduxerit, ut in alterius contumeliam cantilenas cantent, aut verba injuriosa spargant.

§. HÆC ACTIO FIN.

17 Diximus: *quid sit injuria, & qualiter inferatur? Q. modo, qualiter tollatur?* ac I. quidem tollitur injuria *Dissimulatione*, si nimirum alicui inferatur injuria, isque eam non statim ad animum revocet, nec pro injuria reputet; sed rideat, & non curet, ita ut appareat, sibi non displicere, quod factum. Quo in casu ita tollitur injuria, ut per dissimulationem eam semel remissam, postea, ut maxime velit, ex poenitentia recolare nullo pacto possit, *l. 11. §. 1. ff. b. t. cò quòd volenti non fiat injuria, c. 27. de R. J. in G. l. 154. ff. god. Hinc bene faciunt, qui injuriati libello inferunt: se injuriam confessam ad animum*

revocasse, *dasz er alsobald die Schmach zu Gemuthe gezogen. Manz. num. 2.* Actus autem familiaritatis, & dissimulationis censentur isti, si *Injuriatus rideat, ludat, motu proprio edat, & bibat, cum injuriante amico salutat, munus porrigat, osculum prabeat, &c.* Ratio quia tales sunt id genus actus, qui inter amicos tractari solent, *Manz. n. 4. & Schneid. n. 3.* Sanè, si quis statim injuriam ad animum revocaverit; licet postea injuriantem salutat, vel ei dexteram porrigat, vel edat, aut bibat, non tamen propterea injuriam; sed rancorem præsumentur remississe. *Harp. n. 1. & Schneid. hic.* Item, si quis actum familiaritatis ad alium finem, & perfunctorie fecerit vel, honoris causa, eum omittere non potuerit, injuriam remississe, nequaquam intelligitur, v. g. fac. post injuriam injuriantem, & injuriatum, ad idem convivium esse invitatos, & positos ad unam mensam, hoc in casu per actus familiares injuria remissa non intelligitur. *Schneid. num. 3.* Unde solent aulici (inquit *Harp. loc. cit.*) poculum injuriantis Jure aulico accipere, hoc est, citra præjudicium injuriæ. II. Tollitur Injuria *Præscriptione, sive lapsu unius Anni, l. 5. Cod. b. t. III. Per Juramentum, delatum Reo, qui jurat, se non fecisse; sed vel Joco, vel calore Iracundiæ. IV. Per Mortem injuriantis, vel injuriati ante litem contestatam, l. 13. ff. b. t. actiones pœnales ad heredes non transeunt, §. Non autem. 1. de perpet. & temp. act. Dixi ante litem contestatam, quia, si lis cum defuncto contestata sit, actio perpetuatur, & instantia litis in ejus heredes transfertur, l. Injuriarum 12. ff. b. t. Harp. n. 77.*

TITULUS V.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ EX QUASI-
DELICTO NASCUNTUR.

SUMMARI A.

- 1 *Imprudencia est Quasi delictum.*
- 2 *Medicus, imperitè curans, verè delinquit.*
- 3 *Quatenus quis teneatur de Delicto, & effuso?*
- 4 *Et quis teneatur?*
- 5 *De suspensio quando quis teneatur?*
- 6 *Exercitor, & Caupo quatenus teneantur?*
- 7 *An invitus cogi possit, recipere Hospites?*

CONNEXIO.

IN §. supra de Obligat. dictum est omnes Obligationes aut ex Contractu, aut ex Quasi Contractu; aut ex Delicto, aut ex Quasi delicto, nasci. De tribus speciebus hucusque egimus; sequitur de quarta & ultima. Quasi autem delictum est factum quoddam, cui ne verus dolus, nec vera culpa causam dedit, seu quod fit absque vero dolo, & vera culpa; lex tamen fingit, vel supponit, esse culpam, Schamb. Res exemplo fiet clarior.

AD PRINCIPIUM.

- 1 Prima species Quasi delicti est *Imprudencia Judicis, malè judicantis.* Nam si Judex imprudentiam, vel imperitiam malè pronunciat, tunc litem suam facit, hoc est, in tantum parti læsæ tenetur, in quantum alteri Jus dicere æquum videbitur, *Text. hic & in l. 132. §. ff. de O. & A.* Ratio quia imperitia annumeratur culpæ, l. 5. §. ff. R. I. Manz. n. 2. Ratio autem, quare dicatur quasi delictum, assignatur in *textu*, & desumi-

tur à sufficienti partium enumeratione, quia non est contractus, nec quasi contractus, nec proprium delictum, ergò est quasi delictum. Non contractus, vel quasi talis, quia contractus à Jure est permissus; imperitè autem judicare non licet. Non propriè delictum, quia dolo caret, sibi que persuasum habet, quòd optimè judicet, ita ut propter bonam hanc sui persuasionem verè delinquere non intelligatur. *Harp. n. 4.*

Dices, Medicus, per imperitiam malè curans, verum committit delictum, & convenitur ex lege Aquilia, §. 7. sup. de leg. Aquil. ergò & Judex, malè judicans. R. varios varias dare differentie rationes: placet ista, quia Medicus artis suæ peritiam profiteretur, Judex verò non professione Jurisprudentiæ, sed publica autoritate constituitur, etiam invitus. DD. ad l. 17. Cod. de Jud. unde communiter dicitur, Judicis officium, utpote publicum, esse coactum, Medici, vel Chirurgi magis voluntarium. Schamb. hic. ubi ait: de hac Questione, multum disputare, esse frustraneum, cum JurisConsultorum Medicorumve errores vix unquam in judicium vocentur. Justè profecto: quoniam nullus foret litium finis.

Q. tamen quomodo vocetur hæc actio, que contra Judicem imperitè judicantem, datur R. ab aliquibus vocari actionem ex Syndicatu; à nonnullis actionem male judicati; ab aliis actionem in factum. Tu de nomine non te multum angas, si ne illam baptizari, ut velint: sufficiat tibi, quòd sit actio prætoris in factum, quæ

quæ datur ei, qui per sententiam Judicis, ex imperitia malè judicantis, læsus est, adversus eum, ut damnum litis solvat, in quantum æquum alteri Judici videbitur, considerato errore, & imperitia malè judicantis. Nam si erravit in lege facili, gravius punietur, quam si in lege difficili, aut obscura errasset.

Manz. n. 16.

Hactenus dicta procedunt, si per Imperitiam malè judicaverit, quia, si Judex dolo malo, scienter, & ex proposito, vel etiam pecunia, gratia, favore, odio, vel timore corruptus perperam Jus dicit, verum, & proprium delictum committit, & severiori pœnæ subjicitur, *l. fin. Cod. de pen. jud. qui malè judic. sci. licet*, ut famæ patiatur dispendium, & veram litis ei, quem læsit, præstet restitutionem, *l. 15. §. 1. Cod. de Jud.* Imò juxta *Auth. Novo Jure Cod. d. t. si pecunia corruptus sit*, & causa pecuniaria sit, dati triplum, promissi duplum Magistratui restituere tenetur, dignitate, & cingulo amisso: si verò causa criminalis fuerit, confiscatis omnibus bonis, in exilium mittetur. *Schamb. hic.*

§. I T E M I s. 1.

3 Secunda, Quasi-deliçti species est *Dejectio*, vel *Effusio*, ex cœnaculo facta. Nam is, ex cujus cœnaculo vel hypocausto, cubiculo, vel alio conclavi, aut parte domus superiore (sive domus illa propria ipsius sit, sive conducta, sive gratis ad habitationem concessa) lapis, tegula, vel aliquid simile in plateam, vel locum, quo vulgo itur, dejectum, vel aqua, oleum, aut urina, effusum fuerit, ita ut prætereunti in corpore, vel vestibus nocuerit, ad duplum damni dati ex quasi deliçto tenebitur. Dixi: *ex cujus cœnaculo*, quia, si ipse habitator facit, non ex quasi deliçto, sed ex vero

deliçto, lege Aquilia teneretur; quia in vera culpa est. *Harp. num. 2. Schamb. hic.* Ratio hujus pœnæ est, quia publicè interest, vias publicas salvas, & ab omni periculo liberarè esse: sic ergò effundentes, vel dejectientes geminato peccant, bonum publicum & hominem privatum lædendo. *Manz. num. 2.*

Sed, cur dicitur, quòd inhabitans, ex quasi deliçto teneatur? Ideò, quia plerumque ob aliorum culpam tenetur, puta, fervorum; aut liberorum hominum; aut aliorum domesticorum, qui improvidi, aut incauti fuerunt, *text. hic.*

Sed, ulro ais, quare inhabitans ex alterius deliçto teneatur? Ideò, quia inhabitanti semper culpa imputatur; vel enim domestici, vel hospites dejectenda nocuerunt. Si domestici? inhabitans in culpa est, quòd tales personas in ædibus retineat, qui ita imprudenter operantur. Si peregrini, & hospites? debuisset eos admonere, ne incautè quid deicerent, aut effunderent, quo non factò, culpa non vacat.

Sed quid, si monuerit, & tamen peregrini, sive hospites quid dejecerint? *R.* tamen teneri; non quidem ex culpa, utpote cessante; sed hac ex causa, quæ specialis est, cur ex alieno deliçto innocens teneatur, quia nimirum publicè interest, sine metu, & periculo per itinera commeari. *Schneid. nu. 1. Manz. num. 2.*

Dixi: *contra inhabitantem ex hoc Quasi-deliçto agi*, quia contra dominum velium hęc actio in factum non datur, *l. 5. §. Hęc in factum, q. ff. b. t.* Dicitur autem *inhabitare*, qui in sua domo, vel in conducta, vel, etiam gratis concessa habitat, Hospes non tenetur, *d. l. 1. §. pen. Schamb. hic.* poterit tamen habitator per actionem in factum ab hospite, qui damnum dedit, id recuperare,

quod propter ipsius effusionem præstare coactus est, *l. Si vero 2. §. 4. ff. de his, qui dejec. vel effud. Schneid. num. 5.*

4 Q. quid si plures in tali cœnaculo, vel domo habitent? *R.* cum *distinct.* aut plures in eadem domo, & eodem cœnaculo æqualiter, & pro indiviso habitant, & tunc, si constat, quis dejecerit, is solus tenetur, quia pœna suos debet tenere authores, *l. 22. Cod. de Pen.* si non constat, in dubio omnes tenentur, & quilibet in solidum, *l. 1. §. fin. ff. de his, qui dejec. &c.* uno tamen solvente, cæteri liberantur, & is, qui solidum solvit, adversus reliquos pro rata agere poterit, *l. 4. ff. eod.* Aut sunt plures habitantes in eadem domo, sed in separatis, & distinctis cœnaculis, & tunc actio in eum solum in solidum dabitur, unde dejectum, effusumque aliquid fuit. *l. 5. ff. eod. Schneid. n. 7.*

AD VERS. OB HOMINEM.

Vidimus, qualis, sit pœna in eos statuta qui dejeciendo, aut effundendo nocuerunt rei, quæ æstimationem recipit.

Jam Q. quid Juris, si liber homo, qui nullam æstimationem recipit, occidatur, vel ei noceatur? *R.* si liber homo occisus sit, quod 50. aureos, pœnæ nomine, solvere oporteat. Si verò duntaxat vulneratus fuerit, tunc de Jure communi certa pœna non est expressa, sed condemnatur Reus in id, quod Judici, æquam esse, videbitur, adeoque pœna est arbitraria. *Manz. n. 16.* Debet autem Judex computare mercedes, Medicis præstitas, cæterosque sumptus, & impendia, quæ in curatione facta sunt. Item denique operas, quibus heus illo tempore caruit, & quibus impofterum, ob membrum aliquod fortè perditum, cariturus est, *text. hij. & in l. fin. ff. de*

his qui dejec. vel effud. Sed an *Cicatricum*, & *Deformitatis* etiam sit habenda ratio? *d. l. fin. id. negat.* Quod volunt procedere in *Masculis*, non etiam in *Fæminis*, quia his deformitas magis nocet, quàm illis, vide *Manz. num. 19. Schamb. v. Quæres.*

AD V. CUI SIMILIS. §.

Tertia Quasi-deliicti species est, quando quis eo loco, quo vulgo itur, *suspensum quid habet*, vel positum, quod facile cadere vel alicui nocere potest; tunc enim, licèt adhuc nulli nocitum sit, cui libet de populo actio prætoriana in factum datur ad pœnam 10. Aureorum, quia ipse metus à Prætorè punitur, & melius est in tempore occurrere, quàm post vulneratam causam remedium quærere. Dixi: *facile*, quia, si ita sit positum, ut prætereuntibus nocere nequeat, non tenetur, *l. 5. §. II. ff. b. t.* Unde mulieres hoc modo, ne facile cadant, viridaria in ollis ante fenestras licèt habere possunt, *Schneid. n. II.*

§. SIFILIUSFAM. 2.

Quamvis paterfam., ex cujus cœnaculo, vel domo quid dejectum effusumque est, pro liberis, & servis, proque tota familia ex quasi delicto obligetur, ut diximus, si tamen filiusfam. seorsim à patre habitaverit, & quid ex cœnaculo ejus dejectum, effusumque fuerit, sive quid positum, suspensumque habuerit, quod facile decidere potuit, nulla in patrem, sed in ipsum filium, ex quasi maleficio in factum actio dabitur. *Text. hij. & l. 1. §. 7. ff. de his, qui dejecer. &c.* Ratio, quia de peculio in patrem ex filiam. contractu, vel quasi competit, non ex delicto, vel quasi, *§. 4. infr. & Quod cum eo, qui in alieno potest. &c.* Quod si tamen etiam ex delicto; vel quasi

quasi filiusfam, sit condemnatus, tunc quoque & pater peculiotenus conveniri potest. *l. 35. ff. de noxal. act.* Ratio, quia tunc non tam ex deliçto, vel quasi, sed potius quasi ex contractu obligatus est, cum per iudicium quasi contrahatur, *l. 3. §. Idem scribit. ff. de peculio Schamb.* Quod dictum est de filiofam. ob dejectionem, vel effusionem quasi delinquente, idem (adjungitur in fine hujus §.) sentiendum est de Iudice, per Imperitiam malè judicante.

§. ITEM EXERCITOR FIN.

6 Nota, quòd exercitor navis, sive nauta ille dicatur, ad quem quotidianus questus navis pertinet, §. *Si igitur 1. infra. Quod cum eo, qui in aliena potest.* Exercitor cauponæ, sive caupo, qui viatores hospitio recipit, *l. Nauta ff. Naut. caup.* Exercitor stabuli, sive stabularius, qui permittit Jumenta apud se stabulari, *d. l. Nauta §.* Hi omnes, aliorum hominum opera uti, necesse habent. Quòd si itaque ab iis hominibus, quorum opera utuntur, alicui in navi, caupona, aut furtum factum datum, aut furtum factum est, tunc tenetur nauta, caupo, stabularius ex quasi deliçto, quia quasi culpa est, opera hominum malorum uti. *Text. hic. & in l. fin. §. 4. ff. Nautæ, Caup. &c.* Ut intellectus hujus materiæ reddatur facilius, scias, necesse est, quòd deponens rem suam in navi, caupona, vel stabulo, triplicem actionem pro re subtracta habeat; quarum tamen una electa ea contentus esse debet, *l. licet. 6. §. Possumus. 4. ff. Nautæ, Caup. &c.*

Prima est actio in factum prætoriam, ex quasi deliçto descendens, quæ datur ei, cui in navi caupona, aut stabulo damnum datum, vel furtum factum est ab iis, quorum opera utitur dominus, adversus dominum in duplum.

Dixi I. Prætoriam, quia hæc actio datur ex edicto prætorio; *l. 101. §. 3. ff. furt. advers. naut.* ubi tamen notandum, quòd præter istam actionem, ex edicto prætorio descendente, etiam dantur actiones civiles, locati, si merces intervernerit; aut depositi, si gratis res susceptæ sint, *l. 3. §. 1. ff. nauta, caupones, &c.* verum utilis esse videtur remedium prætorium; quia actio locati ad culpam duntaxat levem, & depositi ad latam; hæc verò etiam ad levissimam datur, quod speciale est in hac actione, *d. l. 3. §. 1. nauta, caup. &c. Schamb. hic. Schneid. n. 4.*

Dixi II. ex quasi deliçto, quia, culpa esse, censetur, opera malorum hominum uti. *Manz. n. 17.*

Dixi III. quæ datur ei, cui damnum datum, aut furtum factum est. Illud non interest, in quibuscumque rebus id contigerit, sive sint merces, sive vestes, sive nostræ, sive alienæ, dummodo nostra inter sit, salvas esse, *l. 1. §. Act. prætor. d. 1.* Nec refert, sive exercitor sciat, res esse immixtas, sive non, *d. l. 1. §. fin.* ubi dicitur: recepit, res salvas fore, sive sint ei assignatæ, sive non, eo ipso enim, quòd in navim immixtæ sint, receptæ videntur. *Accedit,* quòd periculosum foret, semper exercitoribus ostendere bona, quæ quis navi infert; per hoc enim immineret periculum vitæ, & quandoque quis insidiis latronum, & furumque exponeretur. *Schneid. n. 2.*

Dixi IV. in navi, caupona, aut stabulo, quia exercitor non tenetur, si nauta, v. g. extra navem, furtum fecit, *l. 7. ff. nauta caup. &c.* famulus cauponis extra officium, sibi commissum, aliquid recepit, *l. 3. §. 2. eod.* Ratio, quia regulariter dominus non tenetur pro delictis famulorum, extra officium delinquentium. *Manz. n. 2.* Sic quoque dominus non tenetur, si quis in nuptiis focariæ pallium traderet pro custodia, eamque amitte-

ammitteret, quia cellarius, non focaria, ad hoc officium deputatus est. *Manz. §.*

Dixi V. quorum opera utitur dominus, nam; si alii homines, qui in navi vehuntur, puta, *extranei*, aliis damnum dent, aut *Furtum* faciant, exercitor non tenetur. *l. 6. §. 3. ff. nautæ, caup. &c.* juxta *l. un. §. 6. fur. advers. naut. Sebamb. hic. Schneid. n. 2.*

Obj. l. 1. §. ult. l. 2. l. 3. ff. naut. caup. stabul. &c. in quibus apertè cautum, quòd caupo etiam *Viatorum* præstare factum teneatur; ergò non tantùm tenetur pro sua familia. *R. cum Harp. n. 7. Sebamb. hic. & pluribus aliis*, præter actionem, jam discussam, cauponem, exercitorem, &c. ob furtum viatorum conveniri posse in factum de recepto actione, quæ quasi ex contractu descendit, & in simplum adversus cauponem, &c. propter damnum, aut furtum à viatoribus factum, competit. Atque de hac actione præmemorati textus intelligendi sunt, *l. un. §. 3.* loquitur de actione, quæ ex quasi delicto adversus cauponem in duplum oritur, neotiquam verò propter furtum, vel damnum, à viatoribus illatum, contra dominum datur. Itaque ad hujus rei evidentiam diligenter notandum est, duo Edicta fuisse de nautis, cauponibus, & stabulariis, quo-

rum uno prætor in factum actionem de recepto dedit, quæ ex quasi-contractu oritur: altero in factum actionem ex quasi delicto in duplum. *Differunt hæc duæ actiones*, quòd illa sit rei persecutoria, & idèò in hæredem datur, *l. 3. §. 4. ff. naut. caup. &c.* Hæc verò pænalis sit, Ideoque in hæredem non competat, *l. ult. §. ult. ff. eod.* In illa caupo, exercitor, stabularius præstat factum omnium, etiam vectorum, id est, qui navi vehuntur, *l. 2. §. 3. ff. eod.* in hac verò exercitor non tenetur nomine vectorum, aut caupo nomine viatorum, sed eorum, quorum opera utitur, *l. pen. ff. eod. Schneid. n. 5.* Et hæc est secunda actio, quæ vocatur in factum de recepto, ex quasi contractu competens, *Sebamb. hic.*

Tertia est actio furti, competens deponenti contra eum, qui res furto subtrahit, quicumque ille fuerit, *l. 5. §. fin. ff. h. t. & de hac actione Tit. supra egimus.*

Q. An quis invitus cogi possit, recipere hospites? R. regulam esse, quòd cogi non possit, *l. 1. §. 1. ff. Naut. caup.* Excipe, si quis hospitari cæperit, vel hospitii signa ostentaverit, quod de casu procedit. *l. un. §. fin. ff. furt. adver. naut.* in his verbis: *nec repellere potest; nisi nimia sit hospitum affluentia.* *Harp. n. 9.*

TITULUS VI.

DE ACTIONIBUS.

SUMMARIUM.

- 1 Quid sit actio?
- 2 Officium Judicis aliud nobile, aliud Mercenarium.
- 3 Advocatus pro mercede sua non habet actionem.

4 *Auctoritate propria nemo potest rem suam occupare.*

5 *Quomodo de Jure Austriaco puniatur rem occupans sine auctoritate Judicis?*

6 *Actio alia realis, alia personalis.*

7 & 8 *Casus actionis personalis.*

9. *Actio*

- 9 *Actio alia directa, alia utilis.*
 10 *Actio realis definitur.*
 11 *Usque.*
 16 *Ponitur casus Rei vindicationis.*
 17. 18. 19. 20 *Quid sit actio confessoria? cui? contra quem? ad quid competat? Et qua sint ejus Requisite?*
 21 *Usque.*
 27 *Quid sit actio negatoria? cui? contra quem? ad quid competat? Et que sint ejus requisita?*
 28 *Actiones alie sunt pratorie, alie civile.*
 29 *Quid intersit, an actio sit pratoria, an civilis?*
 30 *Actiones ex statuto an sint civiles, an pratorie?*
 31 *Et 32 Actio Publiciana quid sit?*
 33 *Quibus competat?*
 34 *An vero domino competat?*
 35 *Contra quem competat?*
 36 *An detur contra titulo possidentes?*
 37 *Que sint requisita actionis Pauliana?*
 38 *Ponitur casus actionis rescissorie.*
 39 *Remedium rescindens, Et rescissorium an detur?*
 40 *Restitutionem in integrum quis concedat?*
 41. 42. 43 *Recensentur requisita ad restitutionem in integrum.*
 44 *Intra quale tempus actio rescissoria intentari debeat?*
 45 *Usque 49. Quid sit Actio rescissoria?*
 50 *Ponitur casus actionis Pauliana.*
 51 *Quid sit actio Pauliana?*
 52 *Alienare in fraudem Creditorum.*
 53 *An ille dicatur alienare in fraudem Creditorum, qui non acquirit?*
 54 *Quibus competat?*
 55 *Titulus alius onerosus, alius lucrativus est.*
 56 *Quid intersit, an titulo oneroso, an lucrativo alienatio in fraudem creditorum facta sit?*
 57 *Quid requiratur ad actionem Paulianam?*
 58 *Fraus alia est consilii, alia eventus.*
 59 *Qualis fraus requiratur ad actionem Paulianam?*
 60. 61. 62. 63 *Et 64 Quando proponenda sit actio Pauliana, Et ad quid competat?*
 65 *Actio Serviana exponitur.*
 66 *Illata, Et invecita in pradium rusticum an tacite pignori obligentur?*
 67. 68. 69. 70. 71 *Et 72 Actio Serviana cui? contra quem? Et pro quibus rebus competat?*
 73 *Merces an tacite pro pignore obligentur?*
 74 *Que sint requisita actionis Serviana?*
 75. 76. 77. 78. 79. 80 *Quid sit actio quasi Serviana? cui? Et contra quem competat?*
 81. 82. 83 *Et 84 Exponitur actio de constituta pecunia.*
 85. 86 *Et 87 Quale debitum consilium possit?*
 88 *Ad quid competat actio de constituta pecunia?*
 89 *Usque 93 exponitur actio de peculio.*
 94 *Definitur Juramentum.*
 95 *Et 96 Quot sint species Juramenti.*
 97 *Quid sit Juramentum voluntarium extra judiciale?*
 98. 99 *Et 100 Exponitur Juramentum judiciale.*
 101 *Et 102 An Juramentum judiciale operetur necessitatem acceptandi, aut referendi, si actor penitus nihil probaverit?*
 103 *Quid sit Juramentum necessarium?*
 104 *Que sint ejus requisita?*
 105. 106. 107 *Et 108 Exponitur in quibus causis Juramentum necessarium non habeat locum?*
 109 *Et 110 Cui sit deferendum Juramentum suppletivum?*
 111. 112 *Quid sit Juramentum in litem?*
 113 *Et 114 An Judex rem ultra duplum vera estimationis condemnare possit?*

CONNEXIO.

TRiviale est, omne *Jus*, quod utimur, vel ad *Personas* pertinere, vel ad *Res*, vel ad *Actiones*, *S. ult. Inst. de J. N. G. & C. De Jure personarum in Libro I. dictum est. De rebus Libro II. III. & IV. ad hunc usque Titulum*, rebus enim etiam obligationes annumerantur, cum sint res incorporales. Superest, ut actiones quoque ad lancem examinis appendantur. Quam materiam, nomine compendii, eorum omnium insignire possis, quæ hactenus dicta, & in cæteris partibus Juris latissime hinc inde quasi sparsa, & disjecta sunt. Itaque operæ pretium est, ut *atque huic Titulo omnium virium impendio, & contentione animi impigrè insudetur, meretur idne Dignitas materix, suadet Utilitas, efflagitat Necessitas; Jurista enim, qui Cognitione Actionum caret, est instar Militis, carentis gladio.*

AD PRINCIPIUM.

Actio definitur hic in princip. quòd sit *Jus persequendi in Judicio, quòd sibi debetur, text. hic. & l. 51. ff. de O. & A.*

Dicitur I. *Jus*, id est, facultas, seu potestas legitima, à Jure tributa.

Dicitur II. *persequendi*, ut differat ab aliis rebus, in Jure constantibus, v. g. à *Via, Ustifructu, Dominio, &c.* Via enim est *Jus eundi, &c.* Ustus fructus est *utendi fruendi*; dominium est *Jus disponendi*, actio verò est *Jus persequendi*, hoc est, *Rei, vel Juri nostro tam diu insistendi, donec aut consequamur, quòd nobis debetur; aut ejus obtinendi, quòd nobis præcindatur. Harp. n. 30. hic. quòd utrumque contingit officio Judicis, ubi observa, officium Judicis aliud nihil esse, quam potestatem cognoscen-*

di, & judicandi secundum modum Jurisdictionis, vel facultatis concessæ, arg. l. 12. §. 1. ff. de Jud.

Dividitur in nobile, & mercenarium. 2
Nobile est, quod per se stat, non deserviens alicui actioni, & hoc aliquando exercet Judex motu proprio, absque eo, quòd requiratur, aut rogetur, ut si in sceleratos propria autoritate inquirat, *arg. cap. 24. de Accusac.* Aliquando verò ad petitionem, & instantiam partis; veluti quando Judex suum officium alicui impartitur, qui nullam habet actionem, sequimur tamen est, aliquid fieri, vel præstari, v. g. si quis petat, se restitui in integrum, *lib. 1. §. 1. ff. de Minor. vel alimentari à patre suo, filius enim ad consequenda alimenta nullam habet in Jure actionem, l. 4. ff. de Jud. ut proinde ei necesse sit, nobile Judicis officium implorare, l. fin. Cod. de alend. lib.*

Sic pariter Advocatus, vel Medicus, 3
qui per stipulationem sibi de salario expressè non prospexit, non quam, aliquid consequendi viam habet, quam si ad nobile Judicis officium confluat: excellentiam enim artis, quæ non est pretio æstimanda, actionem non habet, sicuti illi, qui operas suas pro mercede locant; sed à Judice ei pro modo facultatis, & impensæ laboris qualitate decernatur, necesse est, *l. 1. §. 1. ff. de variis, & extraord. cognit. Schneid. num. 10. Gail. lib. 1. obs. 44. Carpov. p. 1. cons. 1. def. 11. Med. p. 3. decis. 332. num. 7.* Mercenarium Judicis officium est, quod per se non stat, sed actioni deservit, quasi ancilla suæ dominx. Hoc exercere Judex toties dicitur, quoties alicui ex contractu, vel quasi, ex delicto, vel quasi tali actionem in judicium deducit, & Judex desuper cognoscit, aut judicat. *Harp. num. 21.*

Dicitur III. *in judicio*, tum ut actio.

nes judiciales fecernantur ab extra judicialibus postulantibus. Nam si quid *extra* iudicium ab aliquo requiratur, non dico *agere* sed *requirere*, *petere*, &c. quoniam actio exigit iudicium. *Manz. num.*

4 13. *Harp. num.* 36. tum ut indicetur, quod nemo debeat propria auctoritate jus sibi dicere, aut rem, quem sibi deberi contendit, occupare, sed potius legitimis actionibus experiri, ac suum consequi debeat, *l. 13. ff. quod met. causa*. Imò in jure gravissimæ pœnæ in illos constitutæ sunt, qui propria auctoritate, vi quadam ablativa, vel expulsiva possessionem rei, penes alium constitutam, occupant. Nimirum, ut is, qui præfato modo, propria scilicet auctoritate, rem violenter occupavit, eam non duntaxat teneatur restituere, sed &, etsi dominus sit, dominium ejus amittat; si vero dominus non sit, æstimationem ei, cui adempta, præstare teneatur, *l. 7. Cod. unde vi. Brum. ibid. n. 3.* Imò, talis, propria auctoritate facta, occupatio, pacis publicæ Edicto continetur. *Gail. de pace publ. lib. 1. Cap. 1.* Et tamen si

7. hujus legis constitutionem à toto Christiano orbe abolitam esse, autumat; contra tamen sentit *Menoch. de recuper. poss. remed. 9. num. 3.* & *Brum. loc. cit. mon. II.* qui posterior, pœnam juxta hanc legem irrogandam esse, asserit; nisi per consuetudinem probetur sublata.

5 De Jure *Austriaco*, qui rem propria auctoritate sine decreto iudicis occupat, de vi tenetur. *Suttinger obs. 124. num.* 2. his verbis: *Und deswegen hat sich der Gegenheil, deme solcher gestalten etwas (außer derer Gerichtlichen Commissarien) entzogen wird, eines Gewalts billig zu beklagen.* Quævis autem (etiam minima) vis pœna 50. fl. mulctatur; si verò armata manu illa sit, vim inferens 100.

fl. punitur. Teste *eod. Suttinger obs. 134. num. 1.* ibi: *Wann einer &c. i. e. Qui alteri vim fecit, ac de ea ut parti lesæ satisfaciatur, sententia est condemnatus; ei propter vim illatam etiam minimam, solent multa 50. fl. imponi, si autem manu armata vis facta est; multa est 100. fl. ad minimum.*

Dicitur IV. quod sibi debetur. Ubi, tamen si aliqui, amantes subtilitatem, existiment, per ista verba non comprehendi, nisi actiones personales, utpote per quas petimus, quod nobis debetur, rectè tamen dixeris, sub *ly debetur* etiam comprehendi actiones reales, quia & illud, quod nostrum est, hæcenus debetur, ut nobis restituatur. *Manz. n. 29. Harp. n. 43. Humm. var. resol. lib. 4. p. 2. q. 3.*

S. O M N I U M. I.

7 - Exposita actionis definitione, progreditur modò *Justinianus* ad ejus divisionem. Dividitur autem actio I. in *realem*, & *personalem*, omnium enim (inquit *text. hic.*) actionum, quibus utimur, ea est natura, ut aut in personam dirigantur, aut in rem. Actio personalis illa dicitur, qua agimus contra eum, qui ex contractu, vel quasi, ex delicto, vel quasi nobis obligatus est, ad aliquid dandum; vel faciendum. *Schneid. n. 12.*

Causa *Actionis personalis*. Titius vendit mihi equum, &, aliquoties interpellatus, recusat, illum tradere, vel dedit mihi damnum, & non vult illud resarcire. Q. qualis mihi adversus Titium competat actio? *R.* quod personalis, ratio, quia (quo ad equum) est mihi obligatus ex contractu venditionis, ad illum mihi tradendum: & (quo ad damnum) ex delicto, ad illud faciendum.

dom. *Manz. n. 13.* Dicuntur autem actiones, quæ ex contractu, vel quasi, ex delicto, vel quasi prognerantur, ideò personalis, quia omninò infixæ sunt personis litigantium, & offibus actoris tenacissimè inhaerent, sicuti character baptismi inhaeret animæ, hinc etiam personam ejus comitari dicuntur, sicut lepra leprosum. *Schneid. num. 2.*

Unde *Infero*: siposito casu Titius equum mihi venditum postea alteri vel vendat, vel donet, vel quacunque alia ratione alienet, quod mihi contra tertium, in quem facta est alienatio, nulla competat actio. Non personalis, ratio, quia personalia personam non egrediuntur, & iste tertius mihi ex nullo contractu, vel quasi, ex nullo delicto, vel quasi obligatus est. Non realis, quia actio realis ex parte agentis præsupponit dominium, quod in me ante traditionem translatum non est; *traditionibus enim, non nudis pactis* transferri rei dominia, in propatulo est. *lib. 20. Cod. de pact. Manz. num. 15. § 16.*

Dices: omnes actiones personales transunt ad hæredes. Item tertio cedi possunt, ergo actio personalis personam contrahentium egreditur. *¶ ad I.* quòd hæres, & defunctus censentur esse una eademque persona, cum hæres in universum Jus defuncti succedat, *l. 59 ff. de R. l. Manz. n. 19. hic.* Ad II. dico, quòd in cessionarium actio duntaxat utilis, non directam transferatur. *Schneid. num. 11.* Sic, si, accepto certo pretio, actionem vendidi, quam habeo adversus Titium, tibi cessi, non directam, sed utilem contra Titium actionem exercere potes. *l. 1. Cod. de O. & A. Item creditor, cui debitor nomina in futurum dedit, utilem actionem rectè intentat, l. 6. cod. Perez. ad Cod. de O. A. n. 14.*

Quod, ut melius percipiatur, *Obfer-* va Actionem directam appellari illam, quæ non tantum ex mente, & voluntate legis, sed ex ipsis verbis datur. *Utilis*, quæ non ex verbis, sed mente legis, suadente, & exigente & puritatis ratione, datur. Ut ecce! *lex XII. Tab. si verba legis consideremus, illis duntaxat actionem de pauperie accommodat, quibus animal quadrupes nocuit. Jam fac, quod non bos, vel equus, sed animal bipes v. g. grus, ciconia, &c. pauperiem tibi fecerit. Hoc in casu utilis tibi de pauperie actio contra dominum bruti competit. Schneid. n. 5. Quæ tamen actiones in effectu non differunt, §. n. 2. Inst. ad leg. Aquil.*

Actio realis illa dicitur, qua quis non contra eum, qui ex contractu, vel quasi, ex delicto, vel quasi, sed contra illum agit, qui possidet rem, in qua actor dominium, vel aliud jus habet. *Manz. n. 20.* Vocatur realis, quia rem ipsam sequitur, & semper adversus eum datur, qui rem possidet, etsi illa per mille manus ambulaverit, *l. 25. ff. de O. & A. Species actionum realium varie occurrunt, puta, rei vindicatio, actio confessoria, actio negatoria, actio Publiciana, rescissoria, Pauliana, & quasi Serviana, de quibus in ordine, & cum exempla declarant regulam, ideò cuilibet actioni præmittam casum. Itaque sit*

Casus rei vindicationis. Cum ambularem in campo, exiit mihi de digito, annulus, quem postea invenit Titius. Vel for quidam subtraxit mihi scyphum argenteum, eumque vendidit Titio. Ego interpello Titium, ut annulam, aut scyphum restituat. Ille recusat. Q. qualis mihi contra Titium competat actio? *¶. quod rei vindicatio, text. hic. & in l. 25. ff. de O. & A.*

12 *Quid sit Rei vindicatio?* Definitur, quod sit actio realis, qua dominus agit adversus possessorem rei suae corporalis, & petit, se dominum declarari, eamque sibi una cum fructibus restitui. Dicitur *corporalis*; pro rebus enim incorporalibus non rei vindicatio, sed actio contestatoria, vel negatoria datur, de quibus §. seq. Deinde rei vindicatio in eum dirigitur, qui possidet, *text. hic. & l. 6. ff. de R. V.* Sed res incorporales possideri non intelliguntur, *l. 4. §. 27. ff. & usucap. ergo Harp. n. 39.*

13 *Cui competat?* Rei vindicatio ei competit, qui iure gentium, aut civili, rei petitor dominus est, *l. 23. ff. b. t. Zoef. n. 4.* Unde, cum dominium aliud sit directum, & aliud utile, prout *lib. II. tit. I. n. 28.* dictum est, idem rei vindicatio alia directa, alia utilis. Illa datur domino directo. Haec domino utili puta *empheutea vasallo usufructuario*, *Schneid. n. 64. Manz. n. 16. Zoef. ff. de R. U. n. 3.*

14 *Contra quem competat?* Rei vindicatio regulariter competit contra possessorem, *l. 9. l. 24. ff. de R. V.* Cum vero varii sint possessores; Ideo competit. I. adversus eum, qui rem possidet *naturaliter*, & *civiliter*, hoc est, qui rem corpore & animo habet. II. competit contra naturaliter possidentem tantum, *l. 9. ff. de R. V.* cum & iste habeat facultatem rei restituendae. III. contra civiliter possidentem tantum, hoc est, qui animo tantum retinet possessionem, actu autem rei non infilit, ut in *l. 6. §. Qui ad nuditas ff. de acq. vel amit. poss. IV.* adversus eum, qui nudam habet *detentionem*, puta contra *commodatarium, depositarium, colonum*, &c. *l. 1. §. de R. V.* Qui tamen iudicium evitare possunt, laudando, & nominando dominum, *l. 2. Cod. ubi in rem actio, &c. Schneid. n. 81. Zoef. loc. cit. num. 38. V.* adversus dolo desinentem

possidere, *l. 27. §. 3. ff. de R. V.* Ratio, quia paria sunt, possidere, & dolo desistere possidere, dolo enim representat rem, *lib. 150. ff. de R. I. & lib. 131. ff. eod. Manz. n. 25.* Dolo autem desistere possidere dicitur, qui rei vindicationem, sibi imminet, metuit, & rem alienat, aut perdit, ne apud se reperiat. *Schneid. n. 84.*

Ad quid competat? Competit rei vindicatio ad hoc, ut res restituatur cum omni causa, hoc est, utilitate, quae ex illa re causatur, vel producitur. Unde, si dolo possessoris; vel culpa res perierit, vel deterior post litem contestatam facta fuerit, vel fructus perceperit, aut aliud emolumentum ex re restitutum sit, horum omnium ratio in rei restitutione habebitur, *l. 17. §. 1. ff. & l. 7. §. 12. Cod. de R. V.* Fructus autem non aliter adjudicantur in hac actione, quam si ab actore nominatim petiti fuerint, *l. 25. §. 8. ff. de adlit. edict. Manz. num. 42. Schneid. n. 136.* Secus in petitione hereditatis, fructus enim augent hereditatem, *l. 1. Cod. de hered. petit. Perez. Cod. de R. V. n. 19.* Quales vero fructus bonae, vel male fidei possessor teneatur restituere, diximus *l. II. tit. I. §. 35. per tot.* Interca ex dictis utique hausieris.

Qua requirantur ad Rei vindicationem? Nimirum duo: unum ex parte Actoris; alterum ex parte Rei. Ex parte Actoris requiritur *Dominium*, quod probare debet, actori enim incumbit probandi onus, eoque nihil probante, reus absolvitur, *l. 4. Cod. de edendo.* Ex parte rei possessio, seu detentio, & rei restituendae facultas, *l. 9. ff. de R. V.* Quomodo autem dominium proberur, late deducit *Schneid. hic. n. 66. & seqq.* Ceterum, cum dominii probatio sit difficillima, §. 4. *Inst. de Interdict.* Ideo te monitum velim, ut diligenter attendas, an aliquo

aliquo interdicto rei possessionem nancisci, & adversus possessorem experiri possis. Quo habito, inepte faceres, si rei vindicationem in iudicium deduceres, cum in casu intentati interdicti solam probare debeas possessionem, cujus probatio longe est facilior. *d. §. 4.*

§. Æ Q U E. 2.

17 Dictum est, quæ competat actio pro rebus corporalibus, traduntur in hoc §. duæ actiones pro rebus incorporalibus, quarum prima vocatur *confessoria*; altera *negatoria*.

Casus actionis confessoria. Titius concessit mihi servitutum aquæ ductus per fundum suum ad meum. Ego aquam per fundum Titii constanter absque ulla Titii contradictione duxi. Postea, fundo vendito, novus dominus, sive emptor impedit me in usu aquæ ductus. Quæ jam quomodo mihi contra impediendum jam consultum sit? R. per actionem confessoriam, à confitendo dictam, actor enim eam proponendo constituitur, & asserit, sibi jus aliquod in fundo alieno competere. *Schneid. n. §. Harp. n. 2.*

18 *Quid sit actio confessoria?* Dico, quòd sit actio realis, competens alicui ratione servitutis constitutæ, vel alterius juris, contra impediendum, ad hoc, ut iudex per sententiam declaret, atque pronuntiet, actori jus competere, & condemnet reum, ut cesset ab impediendo, & de non amplius turbando caveat, fructusque perceptos, & interesse præstet.

19 *Cui competat?* Actio confessoria ei datur, cujus est, v. g. qui servitutum habet, hoc est, qui contendit, sibi competere jus *enudi, agendi, aquam ducendi per fundum vicini ad suum*, *Perez. ad Cod. de Servit. num. 31.* Illud autem non refert, utrum actionem confessoriam intentans, in fundo dominante habeat sive

directum dominium tantum, vel utile tantum, quale habet *emphyteuta*, vel *vassalus*. Illis enim directæ: his utilis datur. *Manz. num. 11. Schneid. n. 11.* An usufructuario datur? Affirmat, *l. un. §. 4. ff. de remiss.* Negat contra *lib. 1. & lib. 5. §. 1. Si usufruct. pet.* Refertur existimo, quis impediatur usufructuarius in usu, & exercitio servitutis? Si ab ipso proprietario impediatur, actio confessoria neque directæ, neque utilis ei datur, *d. l. 1. §. 5.* Ratio, quia adversus proprietarium jus utendi fruendi principaliter persequitur, & sic servitus, fundo fructuario debita, venit in consequentiam, ne aliâ servitutum servitutis petere videatur. *Schneid. & Manz. loc. cit.* Si à quodam tertio in exercitio, & usu servitutis impediatur, usufructuario datur actio confessoria, saltem utilis, *d. l. un. §. 4. Sometting. Inst. b. t. n. 33. Harp. n. 6.*

Contra quem competat? datur contra dominium prædii servientis, qui constituit servitutum, postea impedit dominum prædii dominantis in usu, & exercitio servitutis, *l. 6. §. 3. si Servit. vind.* Dices: Actio confessoria semper est inutilis; vel enim servitus debetur ex testamento? & datur actio personalis ex testamento? Vel debetur ex stipulatione? & datur actio ex stipulatu, vel debetur ex alio contractu, puta, emptionis, &c. & datur actio ex empto; ergo nunquam sortitur locum hæc actio, imò inutilis est, utpote quæ 10. inter præsentis; 20. inter absentes: actiones verò personales ex contractu 30. demum annis extinguuntur. R. actionem confessoriam non tantum non esse inutilem, sed quandoque maxime necessariam: fac enim, quòd extraneus quidam me in usu, & exercitio servitutis turbet: hoc in casu actio personalis ex contractu ideò lo-

cum non habet, quia personam contrahentis non egreditur: contra actio confessoria datur contra quoscunque impediētes. *Schneid. n. 14.*

- 20 *Pro quibus Rebus competat?* Quandoquidem hæc actio duplex est, alia *directa*, alia *utilis*. Ideo directa datur pro servitutibus, nulla facta differentia, personales illæ sint, sive reales, urbanae, sive rusticae. *Harp. hic. Utilis* verò competit pro quolibet jure incorporali, puta, jure *decimandi*, *piscandi*, *venandi*, *praesentandi*, &c. *Mysing. n. 22. Schneid. n. 10. & communiter omnes.*

Ad quid competat? Datur ad hoc, ut *Judex* declaret, auctori *Jus in re* competere, reumque condemnet, ut cesset ab impedimento, & de non amplius turbando, caveat, atque *Fructus* perceptos, & *Interesse* praestet. *Manz. num. 27.*

De *Actione negatoria*. Actio negatoria confessoriae actioni contraria est, *l. Si cui ff. si servit. vind.* cum verò, teste *Philosopho*, contraria, juxta se posita, magis elucescant. *arg. l. un. §. 2. Cod. de Caduc. toll.* ideò praefata actio recta methodo hic subjicitur discussioni, itaque sequitur

- 21 *Casus Actionis negatoriae.* Habeo praedium vicinum praedio *Sempronii*, &, ut *Sempronius* ad suum praedium pervenire possit, magno ipsi opus erat circuitu, quem ut evitaret, me in scio, & invito, constanter per meum praedium ad suum duxit vehiculum, vel egit jumentum, hæc persuasus fide, sibi, in meo fundo competere servitutem actus. Ego aliquoties *Sempronium* requisivi, ut ab usu, & exercitio, ducendi vehiculum desisteret; at is, spreta omni adhortatione, non desistit. Quaestio est, quomodo mihi adversus *Sempronium* consultum sit? *¶. per actionem negato-*

riam, exinde sic dictam, quia nego, *Sempronio* in meo praedio, aut fundo servitutem actus competere.

Quid sit Actio negatoria? Puto, concinnè taliter describi posse, quòd sit *actio realis*, qua quis negat, praedium suum alteri servitutem debere; sed asserit, illud, quoad adversarium, esse liberum, petique, ut *Judex* declaret, praedium suum esse liberum, condemnetque reum, ut ab usu servitutis desistat, cautionem de non amplius molestando praestet, damna illata restituat, fructusque & interesse praestet. *Manz. num. 10. Dixi* notanter: quoad adversarium esse liberum; tamen enim praedium meum non in totum sit liberum; sed forte alicui tertio serviat, si tamen liberum sit respectu ejus, cum quo ago, rectè procedit actio negatoria, *arg. l. 4. §. 7. ff. si servit. vind.* ubi dicitur, quòd, licet serviant aedes meae; si tamen ei non serviant, cum quo ago, verum sit dicere, quoad te liberas aedes habeo, *Schneid. num. 43.*

Cui competat? Actio negatoria duplex est, *directa*, & *utilis*. Illa datur habenti *plenum*, vel *directum* dominium in praedio, in quo adversarius praetendit, sibi *jus*, vel servitutem competere, *l. 2. l. 4. ff. si servit. vind. Struv. Syntag. Jurisprud. lib. 8. tit. 5. num. 49. Schneid. num. 31.* *Utilis* verò competit, habenti dominium utile in fundo, quo alter servitutem sibi arrogat, v.g. *emphyteuta*, *vassallo usufructuario*, &c. *Manz. n. 13. hic.*

Contra quem competat? Negatoria actio competit adversus eum, qui in praedio nostro servitutem praetendit, *l. 8. §. 5. l. 17. ff. eod.* Item contra eum, qui alter utitur servitute, quam uti debebat, *l. 11. ff. commun. praed. l. 14. ff. si servit. vind. Struv. d. loc. n. 50.*

Pro quibus Rebus competat? Quomodo 24 modum

modum actio confessoria (ut *supra* diximus) directa datur pro servitutibus, nulla facta differentiâ, personales illæ sint, an reales, urbanæ, an rusticæ: ita quoque actio negatoria dicta toties competit, quoties adversario nostro negamus servitutem, personalis illa sit sive realis, rustica, sive urbana, *Schneid. n. 30.* Item, sicuti actio confessoria utilis pro quolibet alio jure incorporali, puta jure *decimandi, piscandi, movetandi, colendandi, &c.* competit: ita quoque negatoria datur, dum quis alteri simile jus negat competere, *Struv. loc. cit. § 2.*

Manz. n. § 2. Mynsing. n. 35.

25 *Quæ sint Requisita actionis negatorie?*
Unum ex parte actoris, alterum ex parte Rei. Illud exigit, ut prædium sit liberum, nec debeat servitutem. Hoc, ut à reo sit usus attentatus, *Schneid. n.*

26 34. Quem usum attentatum actor probare debet. *Manz. num. 22.* Sed, Debentne actor etiam probare, fundum suum esse liberum, atque aded alteri non servire? Ratio dubitandi est; quia fundamentum intentionis suæ quilibet probare debet, *l. 23. Cod. de probat. & actori incumbit onus probandi, l. 4. Cod. de edendo.* Verùm contrarium omnes tenent *arg. l. 8. Cod. de servit.* ubi dicitur quod quælibet res in jure præsumatur esse libera. Unde sic licet argumentari: qui habet præsumptionem juris pro se, relevatur ab onere probandi, *arg. l. § 5. r. ff. de probat. & onus probandi rejicit in adversarium, l. ult. ff. quod met. caus.* ergò in actione negatoria non actori, sed reo incumbit probandi onus, ex ulteriori hac ratione, quia affirmatio, non negatio probanda est, *l. 23. Cod. de probat.* atqui reus affirmat, sibi deberi servitutem, actor verò negat; ergò reus, non actor probare necesse habet, negantis enim nulla est probatio

Kees ad Institut.

l. 2. ff. de probat. Manz. num. 16. Schneid. num. 38. & cæteri omnes. Ad rationem dubitandi &c. allegatas leges procedere; nisi actor habeat præsumptionem juris pro se, hanc enim qui ancillantem habet, rejicit probandi onus in adversarium. *d. lib. ult. ff. quod met. caus. & lib. §. ff. de probat.* Manet proinde inconcussum dogma quòd in actione negatoria onus probandi incumbat reo. Verùm hoc Limitatur in casu, quòd reus est in quali possessione servitutis. Ut ecce, ego habeo in muro Sempronii apertam fenestram, præstantem mihi servitutem luminis. Sempronius mihi de repente negat servitutem luminis, ac me impedit actione negatoria. Hoc in casu ego, utpote reus, non teneor necessitate probandi, in muro Sempronii servitutem luminis mihi competere; sed Sempronius probare debet, domum suam ab onere servitutis esse liberam. Ita *Alciat. de præsumpt. rog. 2. præf. 1. 2. Ant. Faber. ad Cod. lib. 3. tit. 24. num. 4. Mascard. conclus. 1306. num. 4. Man. huymer. in select. emuleat. cas. pract. part. 1. cas. 75. fol. 255.* qui omnes concordanti harmoniâ docent, quòd negatoria agenti, si adversarius in quali possessione sit, incumbat onus probandi, ratio videtur esse illa, quia præsumptio, quæ pro libertate prædii mihi ita, est generalis, illa verò, quæ pro possessore facit, est specialis; vulgatum autem, & apud omnes est indubitatum, quòd præsumptio speciei semper vincat generalem. *Fach. lib. 11. cap. § 6. Barb. ad loc. commun. lib. 14. cap. 9. ax. 10.*

26 *Ad quid competat?* Datur actio negatoria, ad hoc, ut iudex declaret, rem esse liberam, & nulli serviri, *l. 4. §. per. ff. si serv. vind. reumque condemnat,* ut cesset ab usu servitutis, vel cuiusque alterius juris attentato, atque

FFF cau.

cum non habet, quia personam contrahentis non egreditur: contra actio confessoria datur contra quoscunque impediētes. *Schneid. n. 14.*

- 20 *Pro quibus Rebus competat?* Quandoquidem hæc actio duplex est, alia *directa*, alia *utilis*. Ideo directa datur pro servitutibus, nulla facta differentia, personales illæ sint, sive reales, urbanae, sive rusticae. *Harp. hic.* Utilis verò competit pro quolibet jure incorporali, puta, jure decimandi, piscandi, venandi, presentandi, &c. *Mynsing. n. 22. Schneid. n. 10. & communiter omnes.*

Ad *quid competat?* Datur ad hoc, ut Judex declaret, actori Jus in re competere, reumque condemnet, ut cesset ab impedimento, & de non amplius turbando, caveat, atque Fructus perceptos, & Interesse præstet, *Manz. num. 27.*

De *Actiōe negatoria.* Actio negatoria confessoria actioni contraria est, *l. Serviti ff. si servit. vind.* cum verò, teste Philosopho, contraria, juxta se posita, magis elucescant. *arg. l. un. §. 2. Cod. de Caduc. toll.* Ideo præfata actio recta methodo hic subjicitur discussioni, itaque sequitur

- 21 *Casus Actiōis negatorie.* Habeo prædium vicinum prædio Sempronii, & ut Sempronius ad suum prædium pervenire possit, magno ipsi opus erat circuitu, quem ut evitare, me infcio, & invito, constanter per meum prædium ad suum duxit vehiculum, vel egit jumentum, hæc persuasus fide, sibi, in meo fundo competere servitutem actus. Ego aliquoties Sempronium requisivi, ut ab usu, & exercitio, duocendi vehiculum desisteret; at is, spreta omni adhortatione, non desistit. Quæstionis est, quomodo mihi adversus Sempronium consultum sit? *Id.* per actionem *negata-*

riam, exinde sic dictam, quia nego, Sempronio in meo prædio, aut fundo servitutem actus competere.

Quid sit Actio negatoria? Puto, concinne taliter describi posse, quòd sit *actio realis, qua quis negat, prædium suum alteri servitutem debere; sed asserit, illud, quoad adversarium, esse liberum, petique, ut judex declaret, prædium suum esse liberum, condemnetque reum, ut ab usu servitutis desistat, cautionem de non amplius molestando præstet, damna illata restituat, fructusque & interesse præstet.* *Manz. num. 10.* Dixi notanter: *quoad adversarium esse liberum;* tamen si enim prædium meum non in totum fit liberum; sed fortè alicui tertio serviat, si tamen liberum sit respectu ejus, cum quo ago, rectè procedit actio negatoria, *arg. l. 4. §. 7. ff. si servit. vind.* ubi dicitur, quòd, licet serviant ædes meæ; si tamen ei non serviant, cum quo ago, verum sit dicere, quoad te liberas ædes habeo, *Schneid. num. 43.*

Cui competat? Actio negatoria duplex est, *directa*, & *utilis*. Illa datur habenti *plenum, vel directum dominium in prædio*, in quo adversarius præterdit, sibi jus, vel servitutem competere, *l. 2. l. 4. ff. si servit. vind. Struv. Syntag. Jurisprud. lib. 8. tit. 5. num. 49. Schneid. num. 31.* Utilis verò competit, habenti dominium utile in fundo, quo alter servitutem sibi arrogat, v.g. *emphyteuta, vasallo usufructuario*, &c. *Manz. n. 13. hic.*

Contra quem competat? Negatoria actio competit adversus eum, qui in prædio nostro servitutem præterdit, *l. 8. §. 1. 17. ff. eod.* Item contra eum, qui alter utitur servitute, quàm uti debebat, *l. 11. ff. commun. præd. l. 14. ff. si servit. vind. Struv. d. loc. n. 50.*

Pro quibus Rebus competat? Quemadmodum

modum actio confessoria (ut supra diximus) directa datur pro servitutibus, nulla facta differentiâ, personales illæ sint, an reales, urbanæ, an rusticæ: ita quoque actio negatoria dicta toties competit, quoties adversario nostro negamus servitutum, personalis illa sit five realis, rustica, five urbana, *Schneid. n. 30.* Item, sicuti actio confessoria utilis pro quolibet alio jure incorporali, putâ jure decimandi, piscandi, monetandi, collegendi, &c. competit: ita quoque negatoria datur, dum quis alteri simile jus negat competere, *Siruv. loc. cit. § 2.*

Manz. n. § 2. Mynsing. n. 35.

25 *Que sint Requirita actionis negatoria?*
Unum ex parte actoris, alterum ex parte Rei. Illud exigit, ut prædium sit liberum, nec debeat servitutum. Hoc, ut à reo sit usus attentatus, *Schneid. n.*

26 34. *Quem usum attentatum actor probare debet.* *Manz. num. 22.* Sed, Debetne actor etiam probare, fundum suum esse liberum, atque adeo alteri non servire? Ratio dubitandi est; quia fundamentum intentionis suæ quilibet probare debet, *l. 23. Cod. de probat.* & actori incumbit onus probandi, *l. 4. Cod. de edendo.* Verùm contrarium omnes tenent *arg. l. 8. Cod. de servit.* ubi dicitur quòd quælibet res in jure presumatur esse libera. Unde sic licet argumentari: qui habet præsumptionem juris pro se, relevatur ab onere probandi, *arg. l. 5. §. 1. ff. de probat.* & onus probandi rejicit in adversarium, *l. ult. ff. quod met. caus.* ergò in actione negatoria non actori, sed reo incumbit probandi onus, ex ulteriori hac ratione, quia affirmatio, non negatio probanda est, *l. 23. Cod. de probat.* atqui reus affirmat, sibi deberi servitutum, actor verò negat; ergò reus, non actor probare necesse habet, negantis enim nulla est probatio
Kees ad Insitut.

l. 2. ff. de probat. Manz. num. 16. Schneid. num. 33. & cæteri omnes. Ad rationem dubitandi ꝑ. allegatas leges procedere; nisi actor habeat præsumptionem juris pro se, hanc enim qui ancillantem habet, rejicit probandi onus in adversarium. *d. lib. ult. ff. quod met. caus. & lib. §. ff. de probat.* Manet proinde inconcussum dogma quòd in actione negatoria onus probandi incumbat reo. Verùm hoc Limitatur in casu, quo reus est in quasi possessione servitutis. Ut ecce, ego habeo in muro Sempronii apertam fenestram, præstantem mihi servitutum luminis. Sempronius mihi de repente negat servitutum luminis, ac me impedit actione negatoria. Hoc in casu ego, utpote reus, non teneor necessitate probandi, in muro Sempronii servitutum luminis mihi competere; sed Sempronius probare debet, domum suam ab onere servitutis esse liberam. Ita *Alciat. de præsumpt. reg. 2. præf. 1. 2. Aut. Faber. ad Cod. lib. 3. tit. 24. num. 8. Mascard. conclus. 1306. num. 4. Münchmeyer. in select. enucleat. cas. pract. part. 1. cas. 75. fol. 255.* qui omnes concordanti harmoniâ docent, quòd negatoria agenti, si adversarius in quasi possessione sit, incumbat onus probandi, ratio videtur esse illa, quia præsumptio, que pro libertate prædii militat, est generalis, illa verò, que pro possessore facit, est specialis; vulgatum autem, & apud omnes est indubitatum, quòd præsumptio specialis semper vincat generalem. *Facb. lib. 11. cap. 56. Barb. ad loc. commun. lib. 14. cap. 9. ax. 10.*

Ad quid competat? Datur actio negatoria, ad hoc, ut iudex declaret, rem esse liberam, & nulli servire, *l. 4. §. pen. ff. si Serv. vind.* reumque condemnet, ut cesset ab usu servitutis, vel cuiusque alterius juris attentato, atque

cautionem præstet, de impostero, neque per se, neque per successores suos non amplius turbando, aut inquietando, l. 7. ff. d. 2. damna denique illata refarciat, fructusque, & interesse præstet, d. l. 4. §. 2. V. Sed. Zoës. ff. si serv. vind. n. 9.

§. SED ISTE. 3.

Traditur hic *secunda* actionum *diviso*,
 28 desumpta à causa efficiente, scilicet quòd actiones aliæ dicantur *civiles*, aliæ *Prætorie*. Civiles sunt, quæ à jure civili inventæ, & introductæ, sunt, cum verò jus civile constat ex his partibus, puta, *lege*, *Plebiscito*, *Senatus consulto*, *Principum placitis*, *responsis Prætorum*, idè actiones civiles illas esse dixeris, quæ ex una istarum juris civilis partium introductæ sunt. Prætorie sunt, quæ prætor ex sua jurisdictione comparatas habet; sive quæ ex edictis prætorum introductæ sunt. Quandoque enim jus civile nullam actionem tribuit eò quòd rigorem juris observet; Prætor autem, utpote qui semper habet æquitatem ob oculos, actionem accommodat, & jus civile supplet, ubi æquitati naturali convenit, aliquid dari, vel fieri *Manz. Schomb. Et alii hic*. Dices: Nihil interest, num actio dicatur civilis, num Prætorie? R. hoc interesse; quòd actiones civiles sint perpetuæ, id est, durent 30. annis, Prætorie verò sint annales, & lapsu unius anni circumferbantur, prout audiemus *infra* ad
 30 *Tit. de perpet. Et tempor. act. Dubitatur*: an actiones, ex statuto modernorum *Aucum*, *magistratum*, vel *civitatum* introductæ sint dicendæ prætorie, an civiles? ut ecce, ponamus, quòd ex jure statutario alicui delata sit hereditas, ad quem jure communi non pertinet, eritne petitio hereditatis, inde resultans,

civilis, an prætorie? R. communiùs obtinere, esse civilem. Ita *Harp. n. 15. hic. Manz. n. 31. Gail. lib. 2. obs. 17. n. 7.* Ratio, quia jus civile illud dicitur, quòd quisque populus, aut quæque civitas sibi proprium constituit: §. 1. *lyf. de I. N. G. Et C.* ergò civiles sunt actiones, quas quisque populus, aut quæque civitas introduxit.

§. NAMQUE

De *actione Publiciana*. Dicitur est *su-*
 31 *petius*, actiones alias esse *civiles*, alias *Prætorias*. Jam incipit *Imperator* declarare, quæ sint prætorie: ubi alio vertice eminet actio Publiciana, pro qua figuratur talis casus: profectus sum *Lin- zium*, & in itinere, vel ibi in foro emi à quodam extraneo, mihi incognito, equum, credens, venditorem istius equi dominum esse. Amitto hujus equi possessionem, forte, quia à me aufugit, & equus pervenit ad *Titium*. Ego requiro *Titium*, ut mihi equum restitueret. At ille recusat, aitque, venditorem illius equi non fuisse dominum. Q. qualis mihi contra *Titium* competat actio? Certum est quòd rei vindictio non datur, quia non sum dominus istius equi, *arg. l. Nemo plus 54. ff. d. R. J.* tradens enim dominum, quod non habuit, in me non potuit transferre. Deinde, suppono, quòd equum trienniò nondum ufuceperim, ergò de jure civili actionem non habeo. Verùm cum Prætori iniquum videtur, ut habens bonam fidem, & justum titulum, nullam haberet actionem, idè introduxit actionem *Publicianam*, quam illis accommodat, qui bonâ fide, & justo titulo rem aliquam à non domino acceperunt, & eam ante completam ufucapionem amiserunt. *Manz. num. 4. hic. Schneid. n. 14.*

32 Quid sit actio Publiciana? Definiri potest, quod sit actio Prætoria in rem, quæ petimus id, quod nobis ex iusta causa à non domino bona fide traditum est, & nondum usu captum, iura cum fructibus, damnis, & interesse restitui. Schneid. mon. 14.

33 Quibus competat? Datur hæc actio quasi dominium habenti, hoc est, illi, qui rem ex iusta causa, puta, translativâ dominii à non domino traditam accipit, & antequam usu caperet casu aliquo amisit, ac hæredibus ejus, text. hic. Glettle Inst. h. t. n. 45. Zoef. ff. de Publ. act. n. 2. Dubitatur an actio Publiciana vero domino competat? Certum est,

34 quod domino, quâ tali, actio Publiciana non competat, I. per l. i. §. I. ff. de act. Publ. his verbis; merito Prætor ait, nondum usucaptam, nam si usu-captum est habet civilem actionem, puta, rei vindicationem non honorariam. II. per l. 18. ff. de pignor. ubi dicitur eius Publiciana uti, qui dominium non habuit. III. quia Prætor voluit succurrere actori, quia alias actionem non haberet, text. hic. atqui verus dominus habet rei vindicationem, ergo. Schneid. n. 32. Harp. n. 18. Zoef. loc. cit. mon. 3. Hum. ad Treut. vol. 1. disp. 25. q. 35. Cæterum si verus dominus dominium (cujus probatio in jure dicitur difficillima, §. 4. Inst. de interd.) facile probare non possit & hac actione sub qualitate iusti tituli, & bonæ fidei possessoris experiri velit, non video, cur removendus esset? eod quod in l. 39. §. 1. ff. de huius. dis. fertè cautum sit, quod is, qui egit rei vindicatione, & amisit, quia fortè dominium probare non potuit, redire possit ad publicianam. Quid minus? inepit ego illum dixero, qui petere valens restitutionem, alicujus rei amissæ, rei-

vindicationem solam in iudicium deduxerit, difficillima enim est probatio dominii. Melius proinde fecerit si rei vindicationem, & actionem Publicianam simul intentaverit, ac libellum alternativè conceperit, v. g. peto hanc rem jure dominii, aut si in probatione dominii deficerem, jure quasi dominii. Ita, praxi recentum esse, tradit Gal. I. obs. 62. num. 4. à Sometting. Inst. h. t. p. 4. num. 53.

Contra quem datur? Competit actio Publiciana contra eum, qui jus infirmum habet actore, rei que possessor, vel detentor est. l. ult. ff. de Publ. in rem act. Contra verum dominum regulariter non datur, hæc enim actio ideò introducta est, ut vincat is, qui jure firmiori nititur, d. l. ult. atqui actor jus firmius non habet, quàm verus dominus; ergo. Deinde, dolo actor peteret id, quod mox domino esset restitutorus, l. 173. §. Dolo ff. de R. I. Schneid. n. 34. Zoef. n. 5. à Sometting. loc. cit. mon. 54. ubi aliquot casus recenset, quibus etiam contra verum dominum datur hæc actio. Q. num actio Publiciana datur contra titulo possidentem? R. regulariter contra titulo possidentem non dari. Ita Schneid. num. 28. Zoef. loc. cit. mon. 4. Schneid. hic. Mauz. num. 40. Harp. n. 24. Jafou, n. 16. Ratio sola, sed solida est, quia is, qui possidet cum titulo, habet duo jura, possessionem scilicet, & titulum; actor autem habet duntaxat titulum, ergo merito removetur, quia duo vincula fortius ligant, in pari causa melior est conditio possidentis, c. 65. de R. J. in 6. Limitatur. I. si possessor ex titulo lucrativo possideat, tunc enim melior est conditio actoris, utpote de damno vitando certantis. Videtur hic. n. 18. Schamb. Zoef. loc. cit. Limitatur II. si possidens habeat titulum à fure, vel ab alio,

qui rem cum vicio tenet; titulus enim, à fure quaesitus, habetur pro non titulo. *Schneid. n. 29. Dubitatur*, an contra eum detur, qui titulo pro herede possidet? Vide *Schneid. n. 32. Harp. n. 25. Chlingensp. Inst. h. t. q. 31. ob. Bachov. tract. de act. disp. 3. Th. 21.*

Quae sint Requisita actionis Publicianae?

Ex parte actoris requiritur I. traditio, l. 1. l. 7. ff. de Pub. in rem act. Ratio, quia is, qui hac actione experitur, habetur pro quasi domino: nisi autem traditio praecesserit, non est, cur pro tali habeatur? quia non nudis pactis, sed traditionibus transferuntur rerum dominia, l. 20. Cod. de pact. *Gletle loc. cit. num. 38.* II. requiritur, ut traditio facta sit ex justa causa, hoc est, titulo ad transferendum dominium habili, l. 1. l. 2. l. 3. d. e. talis causa est emptio, venditio, donatio, legatum, &c. Unde colliges, quod si quis mihi rem alienam locasset, commo- dasset, vel oppignorasset, & ego rem illam amitterem, mihi actio Publiciana non competeret, l. 13. §. 1. ff. d. e. quoniam isti tituli non sunt habiles ad transferendum dominium. *Manz. n. 29.* III. Ut quis rem bona fide nactus sit, l. 7. §. fin. & l. 8. Publ. in rem act. in quibus legibus pro regula traditur, quod Publiciana actio locum habere nequeat, ubi praescriptio non procedit, atqui, stante in illa fide non procedit praescriptio, c. 2. de R. J. in 6. ergo *Mynsing. Inst. hic. ff. l. cit. num. 6.* IV. requiritur, ut res nondum sit usucapta, hoc enim casu competeret rei vindicatio, & actio civilis, usucapio enim tribuit dominium, prout *Lib. II. tit. VI. diximus, Manz. num. 36. Myns. n. 34.* Dices: Ecclesia, civitas, vel publica actioem Publicianam habet; etiam si res donata, legata, vel vendita non sit, l. 23. Cod. de Sacros. Eccles.

ergo traditio non requiritur. R. *distinq. conseq.* ergo traditio non requiritur, in casibus, ubi potestate legis res habetur pro tradita, con. secus *neg. conseq.* Speciale hoc est privilegium Ecclesiae, civitati, & rei publicae concessum, ut res eidem donata, legata, vendita habeatur ipso jure pro tradita; à specialibus autem non ducitur legitimum argumentum. *Chlingensp. Inst. h. t. q. 28. obj. 2. Vinn. & Hopp. hic.* Sanè actionem Publicianam dari in omnibus casibus, ubi ipso jure absque traditione transfertur dominium, vel quasi, nullus est, qui dubitet, l. 1. §. 2. l. 12. §. 1. ff. h. t. *Struv. Syntag. jur. civilis lib. 6. tit. 2. n. 43.* Ex parte rei in actione Publiciana requiritur I. possessio, vel detentio, hoc est, ut habeat facultatem rei restituendae; vel, ut dolò deserit rem possidere, *Schneid. n. 47. Manz. n. 38.* II. ex parte rei conventi requiritur, ut jus infirmiter habeat, quam petitor, nam ut actor in hac actione vincat, debet niti jure potentiori; alioquin prevalere non potest; quia, si reus aequali jure munitus sit, defenditur praerogativa possessionis, cujus in pari causa melior est conditio, l. 91. §. 3. ff. de V. O. Unde diximus supra hanc actionem contra titulo possidentem non dari.

Dices: actio Publiciana nunquam potest habere locum, ergo gratis de illa inquiritur. *Anteced. prob.* Qui actionem Publicianam intentat, malam fidem habet, novit enim, se non esse dominum, ergo sicuti is, qui malam fidem habet, non praescribit (puta de Jure Canonico) ita quoque is, qui malam fidem habet, actionem Publicianam intentare non potest, praecipue, quia paulò antè circa requisita hujus actionis quasi pro regula diximus, quod ibi locum non habeat

habeat hæc actio, ubi non procedit præscriptio. Et tamen is, qui actionem Publicianam movet, eatenus malam fidem habeat, quatenus intelligit, se non esse rei petite dominum; ea tamen propter non sequitur, actionem hanc ei denegandam esse, utpote, quæ non datur ad hoc, ut verum dominum rei dominio privet; sed ad hoc, ut is, qui infirmius jus possidendi habet, rem restituat ei, qui plus juris habet, & ab hoc possideatur, donec in notitiam veri domini perveniatur. Qui ergo hanc actionem intentat, intelligit quidem, se dominum non esse; non tamen scit verum dominum, adeoque hoc tantum intendit, ut, cum de vero domino non constet, saltem sibi res restituatur in qua plus juris habet, quam alter, qui possidet. *Schneid. Inst. hic. n. 59.* Deinde, illa *Regula de præscriptione procedit affirmativa*, hoc est, locum habet præscriptio; ergo etiam publiciana, non autem *negativa* veluti præscriptio locum non habet, ergo neque Publiciana, *Schneid. n. 57.*

Ad quid datur actio Publiciana? Datur ad hoc, ut quis declaretur quasi dominus, & res restituatur tamen cum fructibus, & expensis. *Manz. n. 41. 42. Et seqq.*

§. R U R S U S. 5.

Secunda actio Prætoria vocatur actio *restituitoria*, vel *restitutoria*, cuius est ille. *Cusus*, Perdidi meum horologium, idque invenit Cornelius, & ignarus, ad quem spectaret, vendidit Sulpitio Postea Sulpitius legationem, Reipublice causa, suscepit, & à Principe suo ad regem Hispanie, tanquam Ambasciator, missus est, meumque horologium, bona fide emptum, secum tulit, atque per triennium absuit. Cum autem reverteretur, vidi apud ipsum horologium meum, quod peto mihi restitui. Sulpitius recusat. Conspurgit *Questio*, quomo-

do mihi adversus Sulpitium consultum sit? Certum est, quòd inspectò iure civili, nulla mihi competat actio. Ratio, quia Sulpitius horologium, utpote rem mobilem triennio præscripsit. *L. in. Cod. de usucap. transform.* adeoque Sulpitius meam actionem per exceptionem præscriptionis elideret, illudque mihi soluturi remaneret, quod sancitum in *L. 23. & L. 112. ff. de R. J.* puta, quòd actionem nullam habere videatur, qui perpetua exceptione à limine iudicii repelli potest. *Manz. n. 5.* Verum, cum absentia alterius nulli debeat esse præjudiciosa, *L. 140. ff. de R. J.* Ideò Prætor, *æquitate motus*, actionem *restituitoriam* induxit, quæ imploro officium iudicis nobile, ut me in integrum restituat, usucapionem rescindat, & me ad agendum pro meo horologio, perinde admittat, ac si usu capta non esset. *Manz. n. 6.*

Hic *observa*, vehementer inter se collidi *DD.* an in actione restituitoria duplex detur remedium, *rescindens*, & *restituitorium*, an unum duntaxat; Sunt: qui duplex statuunt remedium, *rescindens*, & *restituitorium*. Rescindens (*contendunt*) illud esse, quando Prætor, imploratus à lælo, rescindit usucapionem, & removel omne obstaculum, per quod actor ab intendenda actione impediabatur. Restituitorium vocant illud, quod competit, rescisò obstaculo, per remedium rescindens, & hoc remedium restituitorium est ipsa actio restituitoria, quæ post rescissam usucapionem competit. *Manz. n. 2. & Zoff. hic.*

Sunt alii qui statuunt iudicium *restituitorium*, & restituitorium esse quidem duo diversa, uno tamen actu expediiri, adeoque non opus esse duplici libello, duplici pronuntiatione sententiæ, &c. sed in uno libello, in una litis contestatione,

& sententiâ totum iudicium expediri posse. Ita Zoëf. ff. de minor. n. 60. Cujac. lib. 7. obj. 31. Imò Harp. l. 7. h. c. n. 7. constanter asserit, ita se rem habere, ut, cum à Magistratu redditur hæc actio rescissoria, tacitè, & re ipsa simul quoque usucapio rescindatur, l. 23. Cod. de post. l. i. revers. l. 9. ff. quod met. caus. Verùm, ut sit, ista disceptatio de jure duntaxat veteri procedit.

40 Aliud obtinet de jure novo, quod pro tua utilitate, ut perspicuè intelligas, Nota, Quòd de jure novo (saltem Austria-60) restitutionem in integrum solus Princeps impertiri possit, adèoque pro ipsius concessione solus ille implorandus sit. Ita D. Joan. Heur. Reuter in suis different. jur. civil. & Austr. tab. 14 n. 98. Concordat Walter de jure consist. Austr. lib. 1. tit. 37. in illis verbis. *Wiewvohlen die restitutio in integrum, daromben vvir vielfaltig. angelanget werden, ein volksliches Regal, auch unserem Herren, und Landt-Flirsten aus habender Macht ohne Mittel zu sehet, &c.* Vide etiam Finsterwald. lib. 1. obj. 94. n. 4. & præcipue Sutting. obj.

102. Itaque in præmissò casu debeo accedere principem, eique supplicare, ut me restituat in integrum, & usucapionem rescindat. Ubi tamen Nota, quod notandum monet Sutting. loc. cit. nimirum advocatum, qui restitutionem in integrum petit, impensè debere considerare sequentia. I. num non competat remedium ordinatum, per quod læsio emendari possit? habet enim remediò ordinariò, non est excurrendum ad extraordinarium, l. 16. ff. de minor. Unde pendente appellatione, restitutio in integrum non petenda. Walter loc. cit. in hängenden appellations. Sachen &c. i. c. *Pendente appellatione nemo a rebus conveni-ur restitutionem impetrare debet: non enim concurrere & cumulari possunt remedia or-*

dinaria & extraordinaria. II. num cause sit sufficiens, ob quam quis petit, se restitui in integrum? qualis est *minorennitas, persona miserabilis, metus, dolus, absentia necessaria, & probabilis.* Cæterùm, læsio minima attendi non solet. Sutting. loc. cit. n. 7. his verbis: *Wann moi das Gericht &c. i. e. Cùm judex super meritis cause, nullas videt novas rationes restituendi in integrum: qui restitutionem petit ex prætoris causula: si qua justa causa mihi videbitur: leve ex ea præsidium habet.*

III. num restitutionem petens læsionem legitimè probaverit? restitutio enim non, nisi læsionis gratiâ, conceditur. Unde ca-44 veant ad vocati, patrocinantés implorantibus restitutionem in integrum, ne libellum offerant absque expressione læsionis, sive cause, ob quam clientes in integrum restitui velint. Sutting. n. 4. Carproz. jur. prudent. foren. p. 1. cons. 16. definit. 23. mon. 1. IV. num restitutio intra legitimum tempus petatur? Sutting. n. 5. Tempus autem petendæ restitutionis est quadriennium continuum tam de jure communi, l. fin. Cod. de temp. in integr. restit. quàm de Jure Austriacò. Reuter loc. cit. n. 99. Quòd minorennibus de jure communi incipit currere finitâ demum minori ætate, id est, ab initio anni vigesimi sexti. De jure autem Austriacò ab initio anni vigesimi tertii, juxta dicta ad Tit. XXII. lib. I. Aliis verò à die cessantis absentie, aut alterius impedimenti, l. fin. Cod. de temp. & in integr. restit. Reute. cit. num 99. Jenson. verò in auth. Quæ actiones. Cod. de SS. Eccles. & Finsterwald. lib. 1. obj. 105. n. 1. generaliter à tempore scientie currere, docent.

Sed, ain, quid sequitur, si præmissa concurrant? tunc advocatus rectè petit, ut à principe restitutio in integrum concedatur, & in hunc finem porrigen-

dus est principi libellus supplex, quem
 dein de princeps remittit ad iudicem ordi-
 narium ejus, contra quem petitur resti-
 tutio, ut ei communicetur ad responden-
 dum; habitò responsò, id ad principem
 remittitur, & si principi æquum, ius-
 tumve videatur, restituit læsum ex absentia
 in integrum; causa verò principalis,
 num videlicet in casu posito horologium
 meum sit, nec ne? cognoscenda relin-
 quitur iudici ordinario. Ita *Suting. obs.*
 102. n. 1. his verbis: *Wann eine Parthey*
 &c. i. e. Cùm alter contententium restitu-
 tionem petit à principe, à quo ea ex provin-
 cia consuetudine petenda est: tunc exigite
 principis responsum (*bericht und gutachten*)
 per consilium regiminis, a iudice ordinario
 (*Land-marschallischen gerichte*); hic vero
 ab altera parte (*von dem gegenheil*) respon-
 sum capit, ac pergit juxta ordinationem
 agere, ut in responsò ad principem consulen-
 dum remittendo fieri solet.

Dubitatur, intra quale tempus inten-
 tari debeat actio rescissoria, & quamdiu
 duret? *R. I.* ad primam partem, inf-
 pectò Jure communi, intra illud tempus
 intentandam esse actionem rescissoriam,
 ad quod læsus restitutus est, ut, si ad
 10. dies, restitutus sit intrà illos; si ad
 annum, intra annum, *l. ult. Cod. de*
temporib. restit. & l. 26. §. 8. ff. ex quib.
caus. major. R. II. ad secundam partem,
 durare uno annò utili, *text. hic. Schneid.*
n. 76. & Schamb. hic. §. Q.

De jure Austriaco restitutioni finiende
 certus terminus non est præscriptus. *Son-*
doren es pfluges &c. i. e. Verum, cùm pars
 adversa in mora est respondendi super pe-
 tenda restitutione tunc qui petit, solet ad-
 versarium ad id compellere per ordinarias
 literas compulsorias, adhibita demum clau-
 sula hac comminatoria: nisi responsionem cir-
 cù petitam restitutionem ab adversario bra-

vi fiat propter moram ab ipso iudice ex offi-
 cio con-epitum, ad regimem aulicum remissionem
 iri. Ubi autem ipse restitutionis petitor ne-
 gotium haud prosequitur; pars adversa,
 cùm possit sententiam contra eum latam,
 aliave iudicis decreta, ex juris ordine per-
 sequi, eo pacto potest eum, qui restituti-
 onem petebat, ad continuationem adigere.
Sed intrà quod tempus remittendum sit
responsionem illud, quod de ipso regimine auli-
co, & per hoc de prima instantia iudice re-
quiritur; id jam diximus haud esse desi-
nitum, nec terminum esse constitutum;
quin, multa sunt cause cur id definire,
penè impossibile sit.

Quid sit actio rescissoria. Definitur 45
 quòd sit actio Prætoria, qua, rescissa usu-
 capione, agitur ad rem à possessore usucap-
 tam, quasi nunquam usucapta sit. 46

Q. An realis sit, an personalis? *R.* tal-
 lem esse, qualis fuit actio, per præ-
 scriptionem amissa, ita, ut si illa realis
 fuerit, & hæc realis erit. Si personalis,
 hæc quoque talis erit; hæc enim actio
 non est propria actionis species, sed so-
 lum qualitas adjunctiva actionis amissa,
 & hinc, si ante usucapionem mihi com-
 petierit actio realis, etiam actio rescis-
 soria erit. Contra, si prior actio perso-
 nalis fuerit, etiam hæc personalis erit. Ut
 ecce; Titius mihi vendidit vides suas,
 & nondum tradidit. Ego postea, Repub-
 licæ causâ, 30. annis abesse cepi, ita,
 ut actio ex empto per præscriptionem ex-
 tinctâ sit. Hoc in casu ex legatione re-
 dux supplico principi, ut præscriptio-
 nem rescindat; & pristinam actionem
 mihi restituat, quæ deinde vocabitur
 actio personalis ex empto rescissoria.
Schneid. n. 9. à Sommering. Inst. b. 2.
n. 59.

Cui competat, & contra quem? Cùm
 actio rescissoria, ob illatam ex absentia
 læsio.

hensionem, detur; non omnis autem sufficiat absentia, ideo videndum, qualis requiratur absentia Ubi *Observa* V. dari absentia species. I. est absentia necessaria, & probabilis simul: tali absentia abesse dicitur, qui, ægritudinis causa, abest, *l. 60. ff. de re jud.* Item, qui Reipublicæ causa abest, forte, quia degit in militia, vel legatione fungitur, *l. 1. ff. ex quib. caus. major.* & *l. 45. ff. eod. Brunn. ibid.* II. est absentia probabilis tantum, hæc sententia abesse dicitur, qui abest, studiorum causa, *l. 87. ff. de legat.* III. est absentia necessaria tantum, qualis in eo datur, qui abest, delicti causa, forte, quia relegatus est, vel qui, metu criminis, fugam cepit, *l. 10. ff. ex quibus caus. major.* vel, qui sine dedecore in publico comparere non audet. *Brumm. in d. l. 10. n. 2.* IV. absentia est voluntaria sine contumacia, qualis est in mercatoribus, qui vadunt ad nundinas, *arg. l. 36. ff. eod. Brumm. ibid.* V. absentia est voluntaria cum contumacia, hæc abesse dicitur, qui citatus ad iudicem, contumaciter non comparet, *l. 53. ff. de jud. pulchrè Schneid. Inst. hic. n. 22.*

His prælibatis I. datur actio rescissoria presenti contra absentem, quacunque absentia quis abfuerit, *text. hic.* ubi actio rescissoria datur contra eum, qui Reipublicæ causa abfuit, ut proinde multò magis contra illum dabitur, qui alia ex causa abfuit. *Ratio* hujus est, quia absentia unius alteri non debet esse præjudicialis, præcipue quòd presenti nulla culpa, aut negligentia imputari possit. *Manz. num. 23. Schneid. man. 24. Limitatur* ut dicta conclusio procedat; nisi absens reliquerit domi procuratorem, quem præsens convenire, atque ita remediò ordinariò uti potuisset, *text. in l. 22. §. 2.*

ex quib. caus. major. Schneid. num. 26. num. in d. l. 21. n. 2.

Dices, non valenti agere, non currit præscriptio. *l. 1. §. fin. Cod. de annal. Except.* Sed præsens contra absentem non potest agere, ergò contra illum non currit præscriptio, consequenter nullà opus est restitutione. *Re. l. 1. §. fin. procedere de eo, qui non potest agere, ob aliquod impedimentum juris, sicut filiusfam. durante potestate patrià, bona adventitia à patre alienata, revocare: aut eo nomine agere non potest. Jus enim civile patri jus agendi concedit, l. 6. §. 2. Cod. de bon. quæ lib.* Secùs est in eo, qui, ob impedimentum facti, agere non potest, qualis est præsens respectu absentis. *Hup. num. 14. Inst. hic.*

Datur II. actio rescissoria absenti contra præsentem, qui rem absentis ufucepit, *l. 1. §. 2. ff. d. t.* Modò autem absens quis fuerit absentia necessaria, & probabili simul *d. l. 1. §. 2.* vel absentia probabili tantum, *l. 28. ff. d. t.* Illis enim, qui ex causa voluntaria, vel necessaria tantum abfuerunt, actio rescissoria nullo modò accommodatur. *Schneid. num.*

34. Manz. n. 24. Et 25. Mynsing. num. 25. Ratio prioris est, quia absentia, Reipublicæ causa, nemini debet esse damnosa, *l. 140. ff. de R. J.* Ratio posterioris, quia, necessariò absens ex delicto non debet sperare lucrum, *c. 7. de jud. c. 9. de dolo.* absens verò voluntarie sibi debet imputare, quòd domi procuratorem non constituerit, vel suis negotiis ipse non attenderit, *dd. AA. loc. cit.*

III. Datur actio rescissoria absenti contra absentem per *text. l. ult. ff. ex quib. caus. major. Brumm. ibid. Menoch. lib. 4. presumpt. 189. n. 124.*

Non obstat, quòd privilegiatus non utatur privilegio contra æquè privilegiatum, *arg. l. Affiduis. 12. Cod. qui pot. in pig. Re. enim I. quod hoc procedat;*

cedat, si diversa, non verò, si paria sint privilegia, prout diximus *Lib. I. tit. II. n. 41. §. 2. neg.* præferentem esse privilegiatum, quia non sola absentia, sed etiam læsio causat hoc privilegium, & actionem rescissoriam; præscribens autem læsus non est. *Schneid. n. 47.*

49 *Ad quid competat?* Cùm hæc actio aliquando sit *realis*, aliquando vero *personalis*, pro qualitate actionis, per præscriptionem extinctæ, & per restitutionem resuscitatæ. Ideò in reali competit ad declarationem domini, vel juris, ad declarandum auctorem præteritum. In personali ad dandum, vel faciendum id, ad quod reus se obligavit. *Schneid. n. 22.*

§. ITEM, SI QUIS. 6.

III. Actio Prætoriana est actio *Pauliana*, qua revocantur res, in fraudem creditorum alienatæ.

50 *Casus Actionis Paulianæ:* Sempronius mihi debet ex causa mutui 200. fl. quos esse in festo S. Michaelis soluturum, adfpondit. Ego, finito solutionis termino, Sempronium interpellavi, quatenus me solveret. Ille recusat, & cùm adverte-ret, me actionem intentaturum, scyphum aureum, quem forte solum adhuc in tota sua substantia habuit, alienat, & pecunias, inde redactas idem dissipat, ut nihil de debito meo consequeretur. Q. quomodo mihi in simili casu consultum sit? *Certum* est, quòd contra Sempronium, debitorem meum in usum agerem, si quidem inanis est actio, quam inopia debitoris excludit, *l. 6. ff. de dolo malo.* & tamen ad penam possem agere, *l. fin. §. fin. ff. si quid in fraud. credit.* id tamen minus arridet mihi, cùm parum utilitatis exinde feram, quòd Sempronius mancipetur carceri.

Kees ad Injurat.

Ideò Q. an non aliud remedium suppetat, quo meæ indemnitati valeam consulere? *Res. suppetere* remedium actionis *Paulianæ*, à prætoribus idem introductæ, ne fraudulenta alienatio creditori mihi noceat, per quam actionem revoco scyphum, à debitore in fraudem meam alienatum, à quocumque possessore, perinde, ac si alienatio, & traditio, à debitore facta nunquam fuisset. *Manz. n. 7. Schneid. n. 13. & text. hic.* Unde patet,

Quid sit actio Pauliana; definitur enim, quòd sit actio prætoriana, qua creditores revocant id, quod per debitores in fraudem creditorum alienatum, & traditum est, perinde, ac si alienatio, & traditio nunquam facta fuisset, *text. hic. §. in l. 1. Cod. de revocand. iis, quæ in fraud. Chlimgensp. Inst. hic. q. 36.*

Pro quibus rebus competat? Sic statuo: 52 per actionem Paulianam revocari possunt res non tantum *mobiles*, & *immobiles*, in fraudem creditorum alienatæ; sed etiam *incorporales*, veluti, si debitor utilitatem *usufructus*, vel aliam *servitutem*, aut *Jus venandi, piscandi, collectandi*, &c. in fraudem creditorum alienaverit, pecuniasque, inde redactas dissipaverit, *Schneid. n. 17.* Alienare autem in fraudem creditorum dicitur non tantum ille, qui *vendit, donat*, &c. sed etiam, quando alio quodam modo patrimonium suum *diminuit*, v. g. qui rem pro *derelicto*, habet, ut alius eam occupet, qui debitorem suum liberat per *acceptilationem*, vel pactum de *non petendo*. Item, qui litera mori, id est, in causa *appellationis, satisfactionis*, labi patitur, vel rem *hypothecæ*, supponit; aut *fundem* facit, &c. *l. 3. l. 4. ff. quæ in fraud. cred. Brunn. ibid. Zoes. n. 7. Perez. ad Cod. de revocand. l. 1. quæ in fraud. Cred. n. 8.*

Dubitatur, an ille etiam in fraudem

G g g g credi-

creditorum alienare dicatur, qui, dum potest, non acquirit, v. g. *hereditatem* delatam, vel *legatum* relictum repudiat? *Re. negativè per l. 6. ff. d. t. ubi dicitur*, quòd hæc actio ad diminuèntes patrimonium suum pertineat, non verò ad eos, qui id agunt, ne locupletentur; atqui ille, qui non acquirit, dum potest, non dicitur diminuere patrimonium, sed duntaxat illud non augere. *Perez. loc. cit. n. 18. Schneid. n. 20.*

53 Non obstat, *l. 45. ff. de jure Fisci*. Ubi *Paulus* respondit, si quid in fraudem fisci quaesitum, seu acquisitum non sit, revocari. Etenim id singulare privilegium est in fisco, quod ad alios non spectat, *Harp. n. 12.*

Urges: Id etiam, quod acquiri potuit, si non sit acquisitum, non videtur in fraudem fisci factum, *l. 26. ff. de jure fisci*. Vide *Perez. loc. cit. n. 14. Zoëff. ff. que in fraud. cred. n. 9. Brum. in d. l. 26.*

Quibus competat? Competit actio Pauliana omnibus creditoribus, in quorum fraudem alienatio facta est, eorumque successoribus, *l. 10. ff. que in fraud. credit.* Nec refert, sive ex contractu, sive ex quasi-contractu: sive ex delicto, sive ex quasi delicto: sive pure, sive in diem, sive sub conditione debeatur; hi enim omnes, nomine creditorum, comprehendi intelliguntur, *l. 10. l. 11. & 12. ff. de R. V. Schneid. n. 22. Et seqq.*

Contra quos competat? Antequam de-
55 *sinamus*, contra quos hæc actio Pauliana detur? *Observa*, Titulum alium esse *onerosum*, alium *lucraticum*. Titulus *onerosus* est quando res pervenit ad aliquem cum onere *dandi vel faciendi*, talis est titulus *Emptionis Venditionis Permutationis*, &c. Titulus *lucraticus* est, quando res ad aliquem pervenit sine onere & gravamine, aliquid dandi, vel faciendi, talis est titulus *Donati, Legati*,

&c. *Schneid. n. 31. Manz. n. 29.* His præmissis *Re.* actionem Paulianam competere contra omnes illos, in quos bona in fraudem creditorum translata sunt, eorumque successores, eatenus saltem, quatenus ad eos aliquid pervenit, *l. 10. §. 1. l. 11. ff. que in fraud. cred. Glettle Inst. h. t. n. 61.*

Multum tamen refert, an is in quem facta est alienatio, rem titulo *lucratico*: an *oneroso* possideat? Enim verò, si rem titulo *oneroso* possideat, actione Pauliana tunc demum tenetur quando utriusque, id est tam *alienantis*, quam *accipientis* fraus, & dolus intervenit, *l. 10. §. 1. Et 2. ff. d. t.* ubi disertè cavetur, quòd is, qui titulo *oneroso* rem recipit, non sit particeps fraudis, & hac actione non teneatur. Si verò titulo *lucratico* rem, in fraudem creditorum alienatam, quis possideat, revocatoria actione tenetur, etiam si fraudis particeps non fuerit, *l. 6. §. 11. ff. d. t.* Ratio *differentia* est, quia is, qui titulo *oneroso* possidet, certat de damno vitando; qui verò titulo *lucratico* possidet, certat de lucro captando.

Non mirum ergò, quod contra illum non detur actio Pauliana, quia in pari causa melior est conditio possidentis, *l. 2. ff. uti possid.* bene verò detur contra hunc, quia melior est conditio certantis de damno vitando, quam de lucro captando. *Manz. num. 20. Harp. n. 14. Concord. Walter de jure consuet. Aust. lib. 2. tit. 8. per tot.*

Quæ requirantur? Ut actio Pauliana competat, plura concurrant, necessè est, I. alienatio fraudulenta, hoc est, in fraudem & præjudicium creditorum facta, *l. 10. §. 1. ff. d. t.*

Q. Qualis fraus requiratur? *Observa*,
Fraudem esse *duplicem*, aliam *consilii*, aliam *eventus*. Fraus *consilii* illa dicitur, quæ

ex dolo decipiendi & fraudandi animo, & proposito descendit. Fraus eventus est quæ non descendit ex dolo, & fraudulento animo, sed defraudat citra animum dolum. Talem fraudem committit, qui credit, se, non obstante alienatione, tamen solvendo esse. P. Konig. lib. decret. tit. 14. p. 1. n. 3. Schamb. Infi. qui, & quib. ex caus. manumitt. His positis. R. dijting. esse inter alienationem, quæ fit per actum *ultime voluntatis*, & illam, quæ fit per actum inter vivos. Si alienatio facta sit per actum *ultimæ voluntatis*, v. g. *legatum, fidei commissum, donationem mortis causa*, &c. tunc sufficit sola fraus eventus, l. 1. §. 1. ff. si quid in fraud. patron. Ratio, quia, taliter relicta, non antè debentur, quàm, deducto omni ære alieno, l. 1. §. 7. ff. ad SC. Trebell. Si proinde debitoris bona expungendis debitis non sufficiant, legata rediguntur ad nihilum, utpote, quæ non debentur, nisi ære alieno deducto, d. l. 1. §. 7. Perez. ad. Cod. de revocand. que in fraud. cred. Manz. n. 27. Schneid. n. 55. Zoef. ff. que in fraud. credit. n. 12. Si alienatio facta sit inter vivos, tunc requiritur fraus consilii, & eventus. *Consilii*, quia actio Pauliana propter fraudem debitoris introducta est, d. l. 10. §. 1. cessante ergò fraude, cessat actio. Unde, si debitor non per fraudem, sive titulo oneroso, sive lucrativo bona sua alienaverit & crediderit, se, non obstante alienatione, solvendo esse, Pauliana non competit Manz. n. 25. Schneid. n. 15. Ratio, quia cuilibet licet rem suam alienare, dummodò fraude careat & sepe de facultatibus suis amplius sperant homines, quàm in illa est. Hoim. ad Trent. vol. 2. Dissp. 24. th. 5. §. 35. v. Datio. pag. 503. Brumm. in l. 10. ff. que in fraud. credit. n. 3. ubi ait, ad ponendam Paulianam actionem nec fraudem even-

tus sine consilio, nec fraudem consilii sine eventu sufficere. Ita *doctores præallegati DD.* constanter tenentes, creditoribus actionem Paulianam non competere, si debitor non habuerit fraudem consilii, sive deinde accipiens titulo oneroso, sive titulo lucrativo rem possideat. Verùm (salvo melius sententium Judicio) mihi non Theoriæ, sed æquitatis rationi consonum videtur, etiam in actibus inter vivos solam fraudem eventus sufficere ad hoc, ut creditoribus actio Pauliana contra illos detur, qui à debitore, etiam fraudis non particeps, titulo lucrativo rem acceperunt, eò quòd semper sit melior conditio creditorum, de damno vitando certantium, quàm illius, qui titulo lucrativo possidet, utpote certantis de lucro captando. Fraus *Eventus* requiritur, quia alias non habet, quòd conqueratur creditor, cui regressus vacat in aliis bonis *Auth. allegat.* Cæterum, an in ista fraus ex parte tam alienantis, quàm accipientis desideretur, paulò ante deductum est. Cum verò fraus non præsumatur, sed probari debeat ab actore, ideò quomodo probetur? vide Schneid. n. 69. Mascard. de prob. vol. 2. concl. 815. Menoch. lib. præsumpt. 2. à num. 42. usque ad n. 114.

II. ad actionem Paulianam requiritur⁶⁹ ut prius excutiatur debitor, & hic invenitur non solvendo, l. 1. Cod. d. t. Ratio viva est, quia ad hoc, ut actio Pauliana intentari possit, requiritur, ut constet, creditores esse damnificatos: atqui non potest constare, eos esse damnificatos, nisi prius excutiatur bona debitoris, ergò Schneid. n. 59. Perez. ad Cod. d. l. n. 7. Brum. in d. l. 1. Concord. N. O. consuetud. lib. 2. tit. 8. Zum dritten... i. e. Tertio, possunt alienata bona tunc demum revocari, cum sentiant ex eis creditores lesionem damnumque, ita ut ipsis ratione

ratione crediti sui non plene satisfieri queat. Cum vero debitor, etsi dolosa facta sit alienatio, nihilominus solvendo est, habetque quo ceteris creditoribus suis satisfaciat; tunc locum non habet revocatio; siquidem creditorum non interest.

III. Requiritur, ut creditores, alienationem debitoris ignoraverint. *Walter de Jure consuetud. lib. 2. tit. 8. Zion anderen. . . . i. e. Deinde, locus revocationis est, cum creditoribus insciis alienatio est facta: cum enim eam hi compertam habuerunt, nec intercesserunt, aut contrahenti quicquam adversus eam significaverunt; tunc non possunt revocationem petere.*

61 Quando proponenda sit? Actio Pauliana intra annum utilem intentanda est, l. 1. h. 10. ff. que in fraud. credit. Ratio, quia hæc actio est Prætoria; remedia autem Prætoria plerumque sunt annualia, Schneid. num. 80. Manz. numero 3.

62 Sed a quo tempore currit annus iste? Sunt, qui doceant, annum currere à tempore alienationis, factæ à debitore. Ita *Wesemb. in Paratit. d. t. numero 12.*

Moventur I. per l. ult. ff. eod. ubi in hæc verba rescribitur: *Hujus actionis Annus computatur utilem, quo experiendi potestas fuit, ex die factæ venditionis.*

Moventur II. per l. 20. §. 18. ff. eod. his verbis: *annus hujus in factum actionis computatur ex die venditionis bonorum.*

Alit communior est, & longè verisimilior sententia, quæ docet, annum utilem currere à die factæ excussionis. Ita *Hannold. tr. de J. & J. tom. 5. tract. 2. cap. 2. cont. 3. num. 174. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 24. th. 5. lit. F. Perez. ad Col. de revoc. his, que, &c. n. 3. Schneid. num. 83. Myus. Bargal. &*

dolo, & culpa lib. 5. cap. 8. num. 24. Brionem. in d. l. 10. §. 18. n. 27. Schamb. hic, in fine. Facit I. pro hac sententia, l. 1. ff. que in fraud. credit. ubi dicitur, quòd annus utilis incipiat currere à tempore, quo experiendi potestas fuerit; atqui ante excussionem debitoris non est experiendi potestas, l. 1. Cod. d. t. ergò.

Facit II. hæc ratio, quia non valenti agere non currit præscriptio, l. 1. Cod. de annal. except. sed, ante excussionem debitoris contra bonorum possessores non potest agi, d. l. 1. & nos pau'ò ante v. 2. ergò. Concord. *Walt. de Jure consuet. Anstr. loc. cit. in illis verbis: Von dato*

ibyer Wissenheit au zu raitten; atqui creditores non possunt scire, in suam fraudem à debitore bona alienata esse, nisi facta sit excussio, opinari enim possunt, non obstante alienatione, debitorem adhuc solvendo esse. At textus oppositus, & illos non sic esse interpretandos, quasi annus computaretur à die venditionis, factæ à debitore; sed à die venditionis bonorum, factæ à creditoribus ex decreto prætoris, ut sensus sit, actio Pauliana incipit currere ab illo tempore, quo debitoris bona auctoritate Judicis vendita sunt, & constat, ea expungendis debitis non sufficere. Perez. & Bach. loc. cit. Ex dictis habes, actionem Paulianam duntaxat esse annalem; hæc tamen conclusio patitur duas notabiles Limitationes. I. est in rebus incorporalibus, five in actionibus, veluti, si debitor in fraudem creditoris debitorem suum liberasset, quo casu creditori, ad revocandam illam liberationem, tantum tempus datur, quantum actio illa debitoris durasset, l. 10. §. 23. ff. eod. II. est in alienatione, facta ex causa lucrativa, illud enim, quod ex causa lucrativa ad possessorem perpetuò hoc

hoc est, intra 30. annos, revocari potest, *d. l. 10. §. 24. Eriom. ibid. Schneid. n. 81. & Carpzov. p. 2. conf. definit. 20. n. 3.*

63 *Ad quid competat?* Actio Pauliana datur, ut res, in fraudem creditorum alienata, etiam, non refuso pretio, *l. 7. ff. eod. una cum fructibus restituatur, l. 10. §. 20. ff. h. t. §. l. 38. ff. de usuris.*

64 Sed, quales fructus sunt restituendi? Dicendum videtur, omnes indistincte fructus restituendos esse, *arg. §. 35. Inst. de R. D. §. l. 22. Cod. de R. V. ubi dicitur quod male fidei possessor universos fructus teneatur restituere; atqui is, qui fraudis particeps, à debitore emit, est utique male fidei possessor: ergo.*

Verum, hoc non obstante, communiter obtinet, illos duntaxat fructus esse restituendos, qui tempore alienationis terræ cohaeserunt, &, qui post inchoatum iudicium percepti sunt. Illos verò; qui medio tempore, quod interest in ter alienationem, & litis contestationem, percepti sunt, in restitutionem non venire. Ita aperte sancit *text. l. ult. §. 4. ff. que in fraud. credit.*

Non obstat dubitandi ratio, aliud enim est in rei vindicatione, in qua de domino quaeritur, aliud in revocatoria, seu Pauliana actione, quæ tantum rei alienate traditionem rescindit. In illa enim fructus omnes restituuntur à male fidei possessore, qui sciens rem alienam tenuit, eoque fructus percepit, *d. l. 22.* In hac verò tantum agitur ad restituendum id, quod in bonis debitoris fuit, & in fraudem creditoris alienatum est, *d. l. ult. §. 4.* Sed fructus, melio tempore percepti in bonis debitoris nunquam fuerunt, utpote percepti post translatum à debitore dominium *Zoesii ff. Quæ in fraud. credit. Perez. l. cit. n. 15.*

Urges in actione Pauliana omnia re-

vocantur, perinde, ac si nulla alienatio facta esset, per *differt. text. l. 10. §. 22. ff. d. t.* ergo restituendi quoque sunt fructus, medio tempore percepti; alias enim non omnia reponerentur in pristinum statum. *d. l. 10. §. 22.* intelligendam esse secundum *l. ult. §. 4.* ut nimirum nulla alienatio censeatur facta respectu fructuum, qui tempore alienationis terræ cohaeserant, & post litis contestationem percepti sunt. Ita *Bartol. ad d. l. fin. Zoesii & Perez. loc. cit.* rationem, more suo subtilem, reddit *Bachov. ad Treutl. l. 2. disp. 24. th. 5. lit. E.*, quia nimirum Praetor succurrere voluit creditoribus cum nimia injuria eorum, qui à debitore emerunt, & satis putavit esse, si creditores rem recuperarent, quæ à debitore alienata fuit; qualis alienatio fructuum, medio tempore perceptorum, facta fuisse, dici non potest, eò quod debitoris non fuerint.

Instabim ex l. 10. §. 20. ff. eod. ubi etiam fructus percipiendi restitui jubentur, ergo multò magis fructus, medio tempore percepti. *R. d. l. 10. §. 20.* esse intelligendam de illis fructibus, qui percipi poterant post litem contestatam, vel de terris coherentibus tempore alienationis, *Eriom. in d. l. 10. §. 20.*

§. Item Serviana. 7. de Actione Serviana, & quasi Serviana.

IV. Actio Praetoria est Serviana, *§ 65 Servio Praetore talis dicta. Myn. n. 10.* pro cuius meliori cognitione *Nota*, Pignus aliud esse expressum; aliud tacitum. Illud est, quod expressa conventionione partium constituitur; puta, si debitor, & creditor expresse conveniant de rei in securitatem creditoris oppignoratione. Hoc est, quod, paribus etiam tacentibus, absque expressa conventionione ex dupli-

tione legis constituitur. Sic bona tutorum, & curatorum tacite pupillis, & minoribus pro administratione tutelae, vel curatela hypothecata sunt, l. 20. ff. de administ. tut. Item bona mariti tacite sunt oppignorata uxori. pro dote l. 1. §. 1. Cod. de rei uxor. act. Pariter, qui in rescindendam domum pecunias credidit, tacite habet domum sibi hypothecatam, l. 1. ff. in quib. caus. pig. vel hypoth. tacit. contrah. Item locatori pro annua pensione omnia illata, & investita à conductore tacite obligata sunt, text. apert. in l. 2. & 4. ff. d. t. & hoc, quoad locatorem praedii urbani, sine altercatione procedit, ita, ut omnes admittant, ea, quae in praedium urbanum illata, & investita sunt, locatori esse obligata, sive ignorante locatore, illata & investita sint.

66 Sed Q. an idem procedat in illatis, & investitis in praedium rusticum? Sunt viri non infimae auctoritatis, qui mordicus propugnent, ea, quae in praedium rusticum illata, & investita sunt, puta, aratra, ligonis, &c. non aliter pignori obligari, quam per expressam partium conventionem de pignore interpositam. Ita Menoch. de adipiscend. remed. 3. q. 4. nu. 33. Bachov. tract. de act. disp. th. 34. Arumae. exercit. 18. th. 7. Vinn. Inst. hic. num. 8. Hayp. num. 12. Zoef. ff. in quib. caus. tacit. &c. num. 2. Schamb. hic. Moventur I. arg. l. 4. ff. de pact. ubi cautum est in praedium urbanum illata, & investita pignori obligata esse locatori, etiam si nihil nominatim convenerit, ergo illata in praedium rusticum non erunt pignori obligata, nisi nominatim conventum sit.

Moventur II. per l. 4. ff. in quib. caus. tacit. pig. his verbis: eo jure utimur, ut, qui in praedia urbana inducunt, & illata sunt, pignori esse, credantur, quasi id tacite convenerit, in rusticis praediis NB. contra observatio,

Moventur III. hac potissimum ratione, quia (dicunt) locatori praedii rustici fructus tacite obligari, l. 7. ff. eod. ut proinde per hos ei sufficienter prospectum, consultumve sit. Secus autem se habeat in praediis urbanis, utpote in quibus nulli alii sunt fructus praeter ipsam pensionem annuam, ut proinde necesse fuerit, locatori per illata, & investita providere; cui alias pro pensione annua in nihilo provifum foret.

Sed, Tametsi haec sententia, veritatis speciem fulgeat, suisque non sit destituta fundamentis; communiori tamen DD. calculo obtinuit, ad hoc, ut illata, & investita in praedium rusticum locatori pignori obligentur, expressa partium conventionem non opus esse; sed sufficere scientiam, & voluntatem domini. Ita tenent Schneid. mon. 15. Inst. hic. Neguzant. de pignori. p. 2. memb. 4. mon. 145. Hum. ad Treutl. vol. 2. disp. 25. th. 2. q. 32. Scharf. ad l. Certi. §. Cod. de locat. Pro hac sententia facit I. l. 3. ff. in quib. caus. tacit. his verbis: Si horreum conductum fuit, vel diversorium, vel arca, tacitam conventionem de investitis, & illatis etiam in his locum habere, putat Neratius, quod verius est; atqui horreum, utpote in quo reponi fructus solent praedium rusticum esse, quis ita in Jure hospes est, qui ignoret?

Facit II. l. Certi. §. Cod. de locato. ubi in haec verba disertè rescriptum est: certi juris est, ea, quae voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris jure dominis praediorum teneri. Quando verò domus locatur, non est necessaria in rebus inducitis, vel illatis scientia domini, nam ea quoque pignoris jure tenentur. Advertis, ad hoc, ut illata à colono in praedium rusticum domino Jure pignoris teneantur, scientiam ejusdem requiri?

Argumenta *contraria*, si ad lancem veritatis appendantur, nullius sunt hili, nec pili. I. Quod attinet *de conc. ant. negand. conseq.* Argumentum enim à contrario, licet in Jure fortissimum sit illud tamen non procedit, ubi aperti Juris textus resistunt, prout refragantur, l. 3. §. l. 5. paulò *antè* allegatæ.

II. Aliud non probat, quàm in prædiis rusticis requiri scientiam, & voluntatem domini, ita, ut hæc scientia, & voluntas illud sit, quod in prædiis rusticis contra observatur: nos verò ipsi ultro largimur, ad hoc, ut illata in prædium rusticum nexu pignoris obstringantur, scientiam & voluntatem domini considerari.

III. Ipsorum adversariorum inane commentum est, existimantium, per fructus locatori prædii rustici sufficienter cautum esse. Sed quid? si nulli nascantur fructus? Quid? si non sufficientes? Mala profectò est consequentia: Fructus locatori prædii rustici tacite obligantur, ergò sufficienter pro securitate, ergò nullæ aliæ res obligantur. Nos ipsi *concedimus*, fructus locatori prædii rustici pro annua pensione obligari; sed *negamus*, & *pernegamus*; non etiam obligari reliqua, in prædium rusticum illata, & invec-ta. Manet itaque inconcussa veritas, illata, & invec-ta in prædium rusticum nexu pignoris obstringi, modo scientia, & voluntate domini illata, & invec-ta sit. Imò praxi, & usu receptum est, illata, & invec-ta in prædium rusticum domino obligari haud aliter, quam locatori prædii urbani, hoc est, sive sciverit, sive ignoraverit, aliquid illatum, aut invec-tum esse. Testes agunt *Mov. p. 4. decis. 127. Brunn. in d. l. 3. ff. in quib. caus. tacit. n. 4.* His in antecedum præmissis, sequitur

Casus Actionis Servianæ: Ego locavi

Sempronio primam mearum ædium contignationem pro annua mercede 700. s. Ille variis res, puta, *cistam, picturas, tapetes, arma, sclopesa, &c.* intulit, & anno finito, pensionem debitam non solvit; res verò, quas intulit, *clam avexit*, & in *Cornelium alienavit*. Ego Sempronium aliquoties interpellavi, quatenus solveret mercedem annuam; at ille recusavit. Q. *quomodo mihi consultum sit?* Certum est, quod contra Sempronium mihi competat actio personalis ex locato; verum hæc, Sempronium non esse solvendo, atque adeò inane fieri actionem, quam inopia debitoris excludit. Quid *Re. 68. medii?* Habeo actionem *Servianam* contra *Cornelium*, quæ concinne definitur, quòd sit actio *Prætoris*, realis, quæ datur locatori pro rebus in prædium locatum à conductore eo animo, ut perpetuo illic essent, invec-tis, & illatis, contra quemvis possessorem, excusso prius conductore, ad hoc, ut res alienata actori restituantur ei que satisfiat pro annua pensione, & damnis, à conductore factis. *Manz. n. 22. Schneid. n. 17.*

Cui competat? Hic opus, hic labor, tot 69 enim ferè occurrunt sententiæ, quot capita. Sunt, qui hanc actionem nulli alii accommodent, quàm locatori prædii rustici, pro rebus coloni, expressa partium conventionne obligari. Ita *Harmold. de J. & J. tom. 5. tract. 2. cap. 2. num. 178. Chlengenp. Inst. hic. q. 41. Schamb. hic. Gletle. num. 66. à Sometting. num. 77. Moventur per 3. Item Serviana 7. hic. in verbis: Serviana quis experitur de rebus coloni, que pignoris Jure pro mercede fundi ei tenentur. Qui hanc sententiam admittunt, simul docent, actionem quasi servianam competere pro aliis omnibus, tam generalibus, quàm specialibus; tam expressis, quàm tacitis hypothecis. Sunt alii, qui actionem servianam omnibus illis tribuant, qui tacitum qualescun-*

que pignus habent. Ita *Oldendorp. class. 3. act. 11. Jul. Pac. Inst. hic. Mynsing. num. 26.* Sunt denique alii, qui hanc actionem nulli alii applicent, quam locatori, non adhibita differentia, an locator sit prædii rustici, an urbani? modò locator sit. Ita *Manz. num. 25. Schneid. n. 54. Harp. num. 1. Andler. Inst. hic.* Moventur præcipuè per *text. §. 7. hic.* qui, tametsi de locatore prædii rustici tantum loquatur; ob identitatem tamen rationis ad alios locatores rectè extenditur. Dico *locatores.* Unde *Colliges*, quòd is, qui alteri gratis, vel mercede, in pecunia numerata non constituta, habitationem concessit, pro deterioratione rei concessæ hanc actionem non habeat, eo quòd non adit contractus locationis conductionis. *Manz. & Schneid. loc. cit.* Ego huic rei, cui videlicet competat serviana vel quasi serviana actio? multum anxie insudandum esse, non duxi; haud ignarus, eas in effectu non differre, & in Jure frequenter confundi, atque promiscuè usurpari. *Jul. Pac. Inst. hic. v. Nota V.*

70 *Contra quem datur? Actio Serviana datur I. contra conductorem fundi rustici, qualis vocatur Colonus. Schneid. n. 23. II. contra conductorem prædii urbani, qualis vocatur Inquilinus, l. 5. Cod. de locato. Schneid. ibid. III. contra heredes tam coloni, quam inquilini, activè enim & passivè transit ad heredes. IV. datur contra quemvis possessorem extraneum, qui res, à conductore illatas, possidet. Schneid. num. 50. Manz. num. 43. Mynsing. hic. Ratio prima est, quia hæc actio realis est. Jul. Pac. Inst. hic. v. Not. III. ergò rem comitatur, Oldendorp. class. 3. act. 11. q. 5. Ratio secunda, quia res transit cum sua causa, & onere, l. 22. Cod. de distr. act. pign. Brumm. ibid. Quod sine altercatione procedit, quando Inclu-*

sio, seu Arrestatio bonorum facta est, hoc est, quando de ipsis bonis investitum est publicum Instrumentum, l. 56. ff. locati. ubi sciendum, quòd locator, si conductor in mora sit solvendæ annuæ mercedis, possit curare confici aliquod *Inventarium*, & in eo bona conductoris conscribi; quæ (ut vocant) *Inclusio*, seu Arrestatio juxta omnes hanc vim producit, ut bona conductoris alienata transeant cum suo onere in quemcunque possessorem. *Myns. num. 25. Oldendorp. loc. cit. §. 2. q. 7. Schneid. num. 52. Wesenb. in parat. ad ff. in quib. caus. tacit. num. 6.*

Sed *Q. an bona illata ante inclusionem⁷¹ etiam cum suo onere tacite hypothecæ transeant in quemvis possessorem?* Sunt, qui *negativè* subscribant per *text. l. pen. ff. in quib. caus. pig. vel hypoth. tacit.* ubi incipia illata, tametsi pro pignore obligata sint, manumittit tamen possunt ante præclusionem, seu arrestationem. Item per *l. Generaliter 29. ff. Qui, & à quib. manumitt.* Ubi generalis hypotheca non impedit, quò minus servus manumissus liber fiat. *Affirmativa* magis aridet, quæ docet, bona, à conductore illata, & ante Inclusionem alienata, transire cum onere tacite hypothecæ in quemcunque possessorem. Ita *Schneid. num. 53. Manz. num. 48. Harp. §. 5. quib. mod. recontrah. oblig. num. 29. Schamb. hic. Neguzant. p. 2. memb. 4. num. 131. Zoef. ff. in quib. caus. tacite. non. Alt. Perez. ad Cod. eod. n. 15.* Ratio sola, sed solida est, quia alia tacita hypotheca ante inclusionem esset inanis, & ferè nullius effectus, si liberè alienari posset. Deinde, absurdum est dicere, res simul atque in prædium urbanum inducta fuerint, obligatas esse, & nihilominus sine onere hypothecæ alienari posse, ita, ut loca-

tur, earum causa, actione serviana adversus possessorem experiri nequeat.

Ad *Textus oppositos* & id, favore libertatis, singulare esse, ut generalis hypotheca manumissionem non impediatur atque adeo perinde magis con: quam infirmari nostram sententiam, eò quòd *Jus singulare in uno* significet *Jus commune* esse contrarium in aliis. *dd. AA.*

72 Pro quibus rebus competat? Competit actio Serviana pro iis rebus, quæ nexu taciti pignoris locatori obstricta sunt, *text. hic.* Sunt autem taliter obligatæ illæ duntaxat res, quæ à colono, vel inquilino in prædium rusticum, vel urbanum eò animò illatæ, vel investæ sunt, ut perpetuò ibi mancant, *l. 7. ff. quib. caus. & l. 32. ff. de pignor. ly perpetuò* autem ita velim, intelligas, ut non æternitatem: sed illud tempus designet, quamdio durat locatio conductio. *Menoch. 2. arbit. cas. 441. Schneid. n. 36.* Unde *Colliges*, pecunias, ad usum quotidianum destinatas, Item *Vestes quotidianas*, *Libros studiosorum*, & alias res ad quotidianum usum destinatas, tacite obligare. *Schneid. num. 40. & seqq. Harp. §. 4. Inst. quib. mod. ve cont. oblig. à. n. 22. usque ad. n. 43.* Ratio fundamentalis est, hæc, quia illæ res, quæ sub generali hypotheca expressa non veniunt, etiam nexu tacite hypothecæ non obligantur; ne aliàs major vis sit taciti, quam expressi contracti, *l. 195. ff. de R. J.* atqui præmemorata res sub generali hypotheca expressa non veniunt, *l. 6. §. 2. & seqq. ff. de pignor. Zoëf. ff. de pignor. n. 12. Neguzant. p. 2. memb. 2. n. 24. ergò*

73 Dubitatur, an merces, in domum conductam investæ, tacite pro pensione censentur obligata? Dixeris, quòd non, ea enim est natura, & conditio mercium, ut quotidie distrahantur, & commuten-

tur, ita ut non perpetuò mancant in domo conducta.

Verum, *contrarium* tenendum, puta merces pro pensione obstrictas censeri, non in *specie*, sed in *genere*, quasi pignus duret, per substitutas alias merces in locum alienatarum, *l. 34. ff. de pignor.* Facit etiam huc, *l. 13. ff. eod. ubi grege*, pignori obligatò, si aliquæ decedant, & aliæ subnascantur; subnatæ pignoris Jure tenentur, ut idem in nostro casu statuendum sit, atque ita verificetur, species, quæ tempore cessæ, & solvendæ pensionis extant, pignori affectas esse. *Perez. ad Cod. in quibus caus. num. 5. Zoëf. eod. n. 4. Schneid. n. 39. Harp. loc. cit. n. 28.*

Quæ requirantur ad actionem Servianam? Requisite actiones Servianæ absolventur quinque. I. est, ut præcesserit contractus locationis conductio *text. hic. & l. certi Juris Cod. de locato.* Unde, pronò velut alvedò fluit, actionem servianam non dari, ubi habitatio pro mercede non consistente in pecunia numerata, concessa est, eò quòd non esset contractus locationis conductio. II. requisitum est, ut res fuerint illatæ, & investæ in prædium conductum *arg. l. 5. Cod. in quib. caus.* Unde, quæ illatæ non sunt vel extra domum relictæ, pro pensione tacite obligatæ non censentur *d. l. 5. Mysing. n. 14. Manz. n. 40.* Et in hoc differt tacite hypotheca, locatori constituta, ab aliis tacitis hypothecis, utpote, quæ circa illationem obligantur, veluti res mariti pro dote, res Tutorum pro administratione, &c. *Schneid. num. 55.* III. est, ut sint tales res, quæ in generali expressa hypotheca veniunt, *l. 6. ff. de pignor.* Unde omnes illæ res, quæ non veniunt sub hypotheca expressa generali, nexu tacite hypothecæ non tenentur, sic, quia vestes quo-

tidiane, pecunie ad quotidianum usum destinatae, bona, fidei commissio subiecta aut alienari prohibita, sub hypotheca generali non veniunt, l. 6. 7. § 8. ff. de pignor. l. fin. §. 2. & 3. Cod. commun. de legat. Zof. ff. de pig. mun. 12. Neguzant. p. 2. memb. 2. n. 42. Ideo nexu tacite hypothecae non obstringuntur. *Schneid. n. 57. Manz n. 34.* Ratio, quia non debet plus operari tacitum, quam expressum *arg. l. 3. ff. si cert. per. IV. est*, ut res eo animo illatae sint, ut perpetuo ibi maneat, prout, *V. pro quibus competat?* paulo ante diximus. V. requisitum est, ut prius bona debitoris excutiantur, quam actio serviana contra extraneos intentari queat *auth. hoc si debitor. Cod. de pignor.* Ubi *Observa*, De Jure Codicis posse extraneum actione Serviana impetiri etiam ante excussum principalem, l. 8. & 24. Cod. de pignor. Verum, Jure Novelliarum aliud obtinet *d. auth. hoc si debitor. Perez. ad Cod. de pignor. num. 14. Zof. loc. cit. num. 21. vide Brunn. in d. l. 28. Berlich. p. 2. concl. 24. 66. & seqq.* porro, *qua & qualis probatio in actione serviana requiritur? longum foret excutere.* vide *Schneid. n. 58.* Illud tamen nota bene, commodius esse, & consultius, intentare Interdictum *Salvianum*, quam actionem *Servianam*, vel quasi talem, cum in illo sufficiat probare possessionem debitoris absque dominio *arg. l. 24. ff. de R. V. contra vero in actione Serviana, in bonis debitoris fuisse, probari debeat, quae probatio difficilior, quam possessionis.*

75 *Ad quid competat?* Competit actio Serviana ad hoc, ut Judex declarat, actori Jus hypothecae in illis competere, remque restituat reus actori, donec satisfiat de annua pensione. *Manz. num. 50.*

Dicitur: Actio Serviana penitus videtur esse inutilis, ergo in casum est, tanta de

hujus actionis natura abstruxisse. *Anteced.* ostenditur exinde; quia pro persolvendis tacitis pignoribus competit Interdictum *Salvianum*, quod intentare tutius est, quam actionem *Servianam arg. l. 24. ff. de R. V. R. I.* Inutile non esse, habere plures actiones, plura remedia, ut nimirum in casu, quo uni remedio renuntiavit, habeat quis regressum ad illud. *R. II. dari casum, teste Schneid. hic. n. 67.* in quo Interdictum *Salvianum* locum habet, sed praecise opus est actione *Serviana*, nimirum tunc, quando debitor obligat rem, quae quidem tempore obligationis in bonis ejus fuit, illam tamen non possedit, hoc in casu, cum possessionem debitor probare non posset, necessario intentanda est actio *Serviana*, de qua sit dictum satis, sequitur.

De actione quasi Serviana. Haec actio quasi *Serviana* alio nomine vocatur hypothecaria, *text. hic. & l. 1. Cod. Commun. de legat. pro* ejus meliori intellectu figuratur iste.

Casus: dedi *Pamphilo* 2000. fl. mutuos, & ut de debito magis mihi cautum foret, hypothecavit mihi fundum suum. Postquam tempus, solutioni praefixum, effluxit, interpello *Pamphilum*, vel mutuum redderet, vel hypothecam in solutum cederet. Ille recusat, forte, quia non vult, vel, quia non potest, eo quod fundum alienaverit in tertium. *Q. quomodo mihi consultum sit?* Certum est, quod inspecto Jure civili, nulla mihi competat actio, quia pacta non afficiunt rem, sed personam & ex nudo pacto quo hypotheca constituitur, de Jure civili non producit actio. Pretor tamen, cum videret, quod hypotheca parum proderet; nisi Jus reale poneret, constituit, ut hypotheca ipsam rem afficiat, producatque Jus reale, *l. pignoris. ff. de pignorat. act. l. 18. Cod. cod.*

eo. I. *Neguz. part. 3. memb. 1. num. 1.* atque adeò actionem hypothecariam, quæ *Definitur*, quòd sit actio Prætoria, realis, perpetua, quæ datur creditoribus, expressam, vel etiam tacitam, hypothecam habentibus, adversus debitorem, & excusò debitore, quemcumque possessorem ad hoc, ut actor hypothecam retinere, vel alienare possit; si debitor solutionem non præstiterit. vide *Schneid. num. 69. Dixi I. Prætoria*, quia ex nudo pacto proficiscitur, l. 4. ff. de pignor. l. 1. ff. de pignorat. act. adeoque non competeret, l. 7. §. 4. ff. de pact. nisi Prætor æquitate inflexus, eam introduxisset, *Harp. n. 26. Dixi II. p. n. perpetua*, tamen enim hæc actio Prætoria sit; cum tamen sit rei persecutoria, quandoque durat 30. quandoque verò 40. annis *Oldendorp. q. 5. in fine v. perpetuo.* & nos *Lib. II. Tit. VI. n. 39.* cetera verba ex decursu patebunt.

Cui competat? Antequàm dilucidetur, cui actio hypothecaria: seu quasi Serviana detur? Nota, actionem quasi servianam ab actione Serviana in duobus præcipue differre, I. est, quòd actio quasi Serviana, seu hypothecaria competat tam pro expressa, quàm pro tacita hypotheca. Serviana econtra detur tantùm pro tacito pignore, quod lex in solo contractu locationis in rebus, à conductore illatis, constituit, ita, ut Serviana actio pro nullo alio pignore detur, quàm illo, quod à lege in bonis, in prædium urbanum, vel rusticum illatis, constitutum est; actio verò quasi Serviana generaliter competat pro omni alia hypotheca, tam expressa, quàm tacita *Schneid. num. 73. II. est*, quòd actio Serviana pro rebus duntaxat mobilibus: quasi verò Serviana detur pro rebus tam mobilibus, quàm immobilibus, prout patet post latius examinabimus. Interea Colliges quòd actio quasi Serviana detur I. creditori,

cui bona sunt hypothecata *text. hic. II. competit hæredibus creditoris, l. 1. §. 2. Cod. si unus ex plurib. hered. III. Legatariis, & fidei-Commissariis, l. 1. Cod. contin. de legat IV. Cessionario vel emptori pignoris, hypothecæ, h. t. ff. & Cod. de hered. vel. act. vend. V. alteri creditor cui primus creditor obligavit suum nomen debitoris, l. Nomen Cod. quæres pign. oblig. poss. vel, cui pignus pignori dedit, l. grege. §. cum pignori ff. de pignor. §. h. t. Cod. si pign. pignor. dat. sit. *Neguzant. p. 8. memb. 2. n. 2. Schneid. n. 78. §. 79.**

Contra quem detur? Actio hypotheca-ria datur I. contra principale debitorem l. 24. Cod. de pignor. §. hypoth. II. contra heredes debitoris, l. 1. §. 2. Cod. si unus ex plurib. hered. III. contra quemvis tertium possessorem. Ratio, quia hæc actio realis est, adeoque sequitur quemlibet possessorem, l. 17. ff. de pignor. §. l. 18. Cod. eod. *Schneid. n. 80. Neguzant. loc. cit. num. 1. Marz. n. 26.* requiritur tamen, ut prius exequatur debitor, quàm conveniatur tertius possessor *auth. hoc, si debitor. Cod. de pignor. Berlich. p. 2. concl. 24. n. 66.* qua de re paulo post latius.

Dices: actio hypothecaria datur contra tertium, etiam non excusò debitore principali *Nov. 112. cap. 1. §. 1. ergo. B. d. Nov. 112. cap. 1. §. 1.* loqui de casu singulari, quo debitor, actione hypothecaria jam in iudicio conventus, rem hypothecatam alienavit *Fach. lib. 8. cap. 105. Brun. in l. 10. Cod. de pignor. n. 10. aliter Carpzov. p. 2. consil. 18. def. 18.*

Quæ sint Requisita quasi Serviana actio-78 nis? I. requiritur, ut creditor hypothecam, sibi constitutam, habeat l. 23. ff. de probat. II. ut sit talis res, quæ obligari potuit, unde res sacre, sanctæ, religio-

sa, &c. in actionem hypothecariam non veniunt. III ut prius excutiatur debitor principalis, quam contra tertium actio hypothecaria moveatur, *d. auth. hoc si debitor Cod. de pignor.*

79. *Quæ probari deb. at in actione Hypothecaria?* Adminiculò distinctionis dirimenda venit hæc Q. vel enim creditor agit advesus ipsum debitorem, vel contra tertium. Si prius? tunc sufficit, quòd creditor probet, rem sibi hypothecatam esse; nec opus est, quòd actor probet debitorem rei oppignoratæ dominum esse; enim verò, si debitor exciperet, & diceret, se rei oppignoratæ dominum non esse? non audiretur, utpote allegans propriam turpitudinem, *l. 21. §. 1. ff. de pignor. §. l. 41. ff. de pignor. at. act. Schneid. n. 59.* Si posterius, hoc est, si creditor agit contra tertium, non sufficit probare, rem nexu pignoris obligatam esse, sed insuper creditor probare debet rem hypothecatam in bonis debitoris fuisse, hoc est, debitorem re hypothecatâ, tanquam suâ, usum esse, *l. 15. §. 1. ff. de pignor. l. 3. Cod. eod.* Unde colligere possis, longè commodius, & consultius esse, intentare interdictum Salvianum, vel quasi, quàm actionem Servianam, vel quasi, in priori enim casu sufficit probare possessionem debitoris absque dominio, *l. 24. ff. de R. V. Schamb. hic. in fine.* videatur quoque Bachov. ad Treutl. vol. disp. 1. th. 7. lit. H. Gail. 2. obs. 26. num. 2.

80. *Ad quid datur?* Datur ad hoc, ut actor hypothecam retinere vel alienare possit, si debitor solutionem præstare recuset. *Schneid. num. 89.*

§. IN PERSONAM. 3.

Hactenus videmus de prætoriiis *realibus* actionibus, sequuntur modò *personales*, puta, actio de *constituta pecunia*, actio de *preiudicio*, & actio in *factum* ex Jure.

jurando. Actio *receptitia* exolevit, differbat ab actione de constituta pecunia, quòd illa pro omnibus indistinctè rebus: hæc pro rebus tantum fungibilibus competierit.

§. DE CONSTITUTA. 9.

Constitutum nihil est aliud, quàm nudum pactum, quo quis promittit, se soluturum id, quòd ipse, vel alius debet, cum reflexione ad prius debitum. *Schamb. hic.* Quæ ultima verba impensè notes, velim; enim verò, si debitum nullum præcesserit, non *constitutum* erit, sed *nudum pactum*, non producens actionem, *l. 7. §. 4. ff. de pact.* Itaque, ut actio de constituta pecunia locum habeat, debet promissio fieri debiti præ existentis, prout ex dicendis lucentius patebit, interim pro meliori intellectu confurgat iste

Casus; Credili *Sticho* 50. fl. quos in festo S. Michaelis se soluturum adspondit; verum, promissis non stetit, adeoque statui, *Stichum* in Judicium trahere, eumque actione impetere. Supervenit *Titius*, me rogans, ne *Stichum* coram Judice conveniam; sed potius adhuc per duos menses feram patientiam, se postea soluturum id, quòd *Stichus* mihi debet. Ego *Titii* petito detuli, atque per duos menses expectavi. At, nec tunc *Titius* (licet aliquoties interpellatus) solutionem præstat. Q. *qualis mihi contra Titium competat actio?* Certum est, quòd de Jure civili nulla mihi competat actio. Ratio, quia constitutum fit per nudum Pactum; ex nudo autem pacto de Jure civili actionem non produci, in confessio est *d. l. 7. §. 4. de pact.* ex ratione, tum, ne nimium constringatur oris libertas, tum, quia nuda pacta videntur ex levitate emissa, circa animum, efficaciter se obligandi, tum, ut evitetur litium multitudo.

Verum, quia fidei humanæ nihil magis

gis congruit, quàm ea, quæ placuerunt, custodire, l. 1. ff. de pact. l. 20. Cod. de transact. & præterea promissio, cum reflexione ad prius debitum facta, non videatur tam leviter emissâ; quàm nudum pactum. Ideò, Prætor, naturalis æquitatis ratione inflexus, introduxit actionem de constituta pecunia, de qua in ff. & Cod. de constit. pecun. integri Tituli existunt.

81 Concinnè autem describitur, quòd sit actio Prætoris, personalis, rei persecutoria, perpetua, quæ datur contra eum, qui per nudum pactum constituit, se soluturum id, quòd prius ipse, vel, alius quidam ex nudo pacto; vel quacumque causâ debebat text. hic. § l. Cod. eod.

Dixi I. Prætoris, ratio, quia Prætor eam induxit, l. 1. l. 16. ff. de constit. pecun.

82 Dices: ergò est annalis arg. princip. Hist. de perpet. § temp. act. ubi dicitur, actiones ex edicto Prætoris descendentes, plerumque esse annales. R. Actionem de constituta pecunia esse rei persecutoriam l. 18. § 2. ff. d. t. adeòque esse perpetuam, prætoris enim actiones, quæ sunt perpetuæ, hoc est, omnes sunt perpetuæ, hoc est, durant 30. annis, l. 2. Cod. eod. & propterea dicitur in princip. Hist. de perpet. § temp. act. plerumque. Harp. Manz. & communiter omnes in d. princip. ubi DEO dante; & nos discutimus, quæ prætoris actiones sint annales? quæ perpetuæ?

Dixi II. personalis, ratio, quia non ex domino: sed ex conventionione oritur. Harp. n. 5.

Dixi III. per nudum pactum, ratio, quia in casu, quo quis per stipulationem promisit, se soluturum id, quòd ipse vel alius debet, non actio prætoris: sed civilis ex stipulatu competet. Schneid. n. 12. Mynsing. n. 4. Ratio, quia habitò remedio, ordinario non est excurrendum ad extraordinarium, l. 16. ff. de Minor. Unde, si te præsentem interrogo: constituisme, te

soluturum, quòd Titius debet? & tu, R. constituo. Adversus te actio ex stipulatu datur, non verò de constituta pecunia; utpote, quæ tunc demum competit: si quis absque prævia interrogatione, fortè per nudum pactum, per Epistolam, vel per Nuntium promittat, se soluturum id, quòd ipse, vel alius debet.

Cui competat? Competit I. ei, cui per nudum pactum constitutum est id, quòd ipse, vel alius debet text. hic. II. ejushæredibus, l. 1. l. 2. Cod. de constit. pecun. num. 14.

Contra quem competat? Competit I. contra eum, qui soluturum se, promisit, quòd ipse, vel alius debebat, etiam ex delicto text. hic. § l. 29. ff. de constit. pecun. Harp. n. 20. II. datur contra hæredes constituentis, l. 1. & 2. Cod. d. t. III. datur etiam contra fœmijas, si pro se constituerent; fœcus, si pro aliis, l. 1. § 2. ff. h. t. Sicut enim mulier juvatur SC. Vellejani beneficio, si pro alio fide jussit, ita quoque juvatur, si pro alio constituerit. Schneid. num. 36. Zoes. loc. cit. n. 4. Brum. in d. l. 1. §. 2. P. Engel. de fidejuss. §. 1.

Quæ sint requisita actionis de constituta pecunia? Ad actionem de constituta pecunia desideratur I. ut constitutum fiat nudo pacto; aliàs, si per stipulationem quis constituat, se soluturum, quòd ipse debet vel alius, non actio hæc: sed actio ex stipulatu producitur, prout paulo ante dictum est. II. ut debitum aliquod præcedat, l. 2. Cod. de constit. pecun. Ratio, quia constitutum est prioris debiti confirmatio, ut proinde dari nequeat; nisi debitum præcedat. Schneid. num. 21. Perez. ad Cod. eod. n. 4. Verùm, cum debitum triplex sit, aliud naturale tantum, aliud civile tantum, aliud naturale & civile simul. Schneid. d. lo. ideò videndum, quale debitum reserò in constitutione deducatur? Itaque sequitur.

86 *Affertio I.* Naturale, & civile debitum simul quin non tantum ab ipso debitore: sed etiam a tertio; antea non obligato, in constitutum recte deducitur, nemo, nisi qui lucem in meridie, negat l. 5. §. 2. ff. de const. pecun. Jason hic. n. 45.

Dices: Ad quid prodest constitutum in casu, quo ipse debitor ex naturali, & civile obligatione tenetur, nunquid ordinaria actio ex contractu precedente competit? R. ad hoc prodesse, ut commodiori loco, & tempore solvatur, v. g. tu promissisti, te solviturum *Rome*, hoc casu potest constitui, ut solvatur *Vienne*. Vel, tu debes 100. fl. in moneta *atquea*, constitui potest, ut solvantur in moneta *argentea*. Vel, tu debes mihi *natur. i. liter* tantum, ut proinde contra te actio mihi competat, potest constitui, ut pro illo debito mihi detur actio. *Myrsing. num. 9. 10. §. 14. Schneid. num. 22.*

87 *Affertio II.* debitum naturale tantum etiam in constitutum recte deducitur, l. 1. §. fin. ff. d. t. Ratio, quia praetor naturalem tantum aequitatem in hoc edicto attendit, quae ad producendam hanc actionem sufficit; atqui in debito naturali versari aequitatem naturalem, nemo est, qui non intelligat; ergo *Manz. num. 29.* Unde fac, tibi ex testamento imperfecto *legatum* deberi, hoc in casu, ad illud consequendum, nulla tibi competit actio, l. 12. *Cod. de testam.* Si tamen haeres per nudum pactum constituat, se illud legatum solviturum tantum robur legato accedit, ut per actionem de constituta pecunia efficaciter peti possit, *Schneid. n. 23. Wessing. n. 9.*

88 *Affertio III.* Debitum civile tantum constitui non potest, l. 2. §. 1. ff. de const. pecun. Ratio quia tale debitum nullam habet naturalem aequitatem, cui soli Praetor suffragari voluit. *Manz. num. 30. Mantica. lib. 19. de amb. §. tacit.*

convent. tit. 3. n. 4. Barbou. ad Treutl. vol. disp. 23. tit. 7. Lit. F.

Dices: obligationi, civili tantum, potest accedere fidei-jussio §. 1. *hij. de fidejuss.* ergo etiam obligatio, civilis tantum, poterit constitui. R. *con. ant. neg. conseq.* Disparitas est, quia fidei-jussio est contractus *Juris civilis*, quoniam per *stipulationem*, quae mera *Juris civilis* creatura, est, contrahitur, ut mirum non sit, obligationi, civili tantum, aliam obligationem civilem, puta fidei-jussoriam, accedere posse, ita, ut ipso quidem *Jure* obligetur, licet per exceptionem *non munerata pecunie* elidatur. Constitutum verò ex *Edicto Praetoris* est introductum, & Praetor tuetur *solum naturalem aequitatem*, quae si non subsit, constitutum locum habere non potest. *Manz. num. 41. Obliung. q. 48. ob. 1. Schneid. n. 26.*

Ad quid competat? Actio de constituta pecunia datur ad hoc, ut fiat, quod constitutum est v. g. ut solvat pecunias, quas promissit; vel praestet factum, quod praestandum in se recipit *Oldendorp. in pract. n. 4. §. q. 4. §. tenendum.*

Debitatur, an is, qui pro alio constituit, habeat beneficium ordinis, seu excusationis? vel, si plures pro alio constituerint, habeant beneficium divisionis? R. *affirmative.* Ita *Schneid. num. 29. Perez ad Cod. loc. cit. num. 14. Zoef. ff. de const. pecun. num. 20. Moventur per Nov. 4. cap. 1.* ubi generaliter cautum est, quod omne omnino genus intercedentium possit opponere exceptionem *ordinis* vel *divisionis*; atqui constituens pro alio dicitur utique intercedere, ergo. Illud silentio nolui involvere, quod, si quis se solviturum promittit, omne id, quod constituerit, *Cajum* debere, non teneatur; nisi in vita *Caji* calculus subducatur, & de debiti quantitate constet,

constet, adeoque, si prius moriatur Cajus, quàm constet, quid & quantum debeat? promissor liberetur per *differt. tex. l. 122. §. Agerius 4. ff. de V. O.* Ratio, quia fortè debitor, si viveret, suas rationes; & exceptiones, quibus debitum impugnare posset, haberet. Et iste casus adeò specialis est, ut, nisi expressò textu niteretur, quilibet contrarium diceret, testante id *Schneid. n. 52. & Brum. ad l. 22.*

§. ACTIONES. IO.

Quid? & quotuplex sit peculium? *Lib.*

II. Tit. IX. §. 1. exposuimus, sequitur

89 Casus Actionis de peculio. Sulpitius concessit filio suo certam summam pecunie, ut cum ea, quasi cum proprio patrimonio ageret. Filius deinde à me bovem emit 20. fl. quos promissis solvere in festo S. Michaelis; sed promissis non stetit, & pater interea filio ademittit peculium. Q. an contra patrem possim intentare actionem? Certum est, inspectò Jure civili, quòd non. Ratio, quia nemo ex contractu alterius obligatur, *l. pen. Cod. ne uxor pro marit. & filius non tenetur pro patre*, nec pater pro filio *l. t. Cod. ne filius pro patre*. Quare de jure civili si velim agere contra ipsam filium, sit fortè *Castranse*: vel quasi-tale peculium habet, agam, necesse est; si verò id genus peculium non habeat, possum actionem de peculio contra patrem intentare, pater enim, concedendo peculium filio suo, tacite concedere, & permittere videtur, ut illud peculiotenus obligare possit. *Manz. n. 22.*

90 Quid sit actio de peculio? Describitur, quòd sit actio Prætoris, personalis, quæ detur ex contractu filii contra patrem ad hoc, ut solvat, quatenus est in peculio.

91 Cui competat? Competit actio de peculio contrahendi cum filiosam, cui pater concessit peculium.

Contra quem competat? Datur contra patrem. Ratio quia filius ex præsumpta voluntate patris censetur contraxisse. Sane, si pater peculium filio ademerit, hac actione amplius non tenetur, *l. 45. ff. de peculio*, cessat enim præsumpta voluntas qua pater, in contractum filii consensisse, videtur. *Manz. n. 43.* dummodò bonà fide ademerit, *l. 21. ff. eod.* nam, si dolò, & in detrimentum creditorum ademisset peculium, adhuc teneretur pater, dolus enim in omni actu censetur exceptus. *Schneid. n. 14.*

Quæ sint Requisitæ actiones de peculio? 93

I. requiritur, ut filius habeat Peculium, puta, *profectitium*; de adventitio enim pater conveniri non potest, ratio, quia filius in eo patri præjudicare non potest. Quòd si verò pater filio remiserit usumfructum, poterit etiam pater, ut legitimus administrator, peculiotenus conveniri. *Schneid. n. 15.* II. requiritur debitum, à filiosam, factum ex contractu; vel quasi. Enimverò ex delicto, vel quasi ipse filius tantum, non etiam pater conveniri potest juxta illud: ex pecuniis causis non solet de peculio actio in patrem dari, *l. 58. ff. de R. J.* pater enim, non ad delinquendum; sed ad contrahendum dedidit peculium, intelligitur, Sane, si filius ex delicto in Judicio condemnatus fuit, executio sit peculiotenus contra patrem, *l. 35. ff. de noxal. act.* ratio quia per litis constellationem filius quasi contraxit, ut proinde non ex delicto; sed quasi ex contracta obligatus sit. *Harp. hic.*

Ad quid detur? Datur actio de peculio ad hoc ut solvatur id, quòd ex contractu filii debetur; quatenus tamen se peculii quantitas extendit, ultrà enim pater conveniri non potest limitata enim causa limitatum producit effectum. *Manz. mon. 46.*

Illud

Illud adhuc pro *coronide* hujus actionis notandum, quod pater, hac actione impetitus, habet privilegium deductionis, id est ante omnia possit deducere, quod sibi aut personis, suae potestati subiectis, debetur, l. 1. §. 1. & 2. ff. de peculio. Manz. n. 54. Schneid. n. 38.

Dices; sic reliqui creditores nihil accipient, quia patri debetur totum peculium. R. sensum esse non de peculio concessio; sed, si post peculium datum filius cum patre contrahat, debitorque ejus maneat, tum pater hoc debitum prius poterit deducere.

Porro haec actio de peculio concurret cum actione exercitoria, institoria, & actione de in rem verso. Ita tamen, ut, si quis unam ex his elegerit, ad aliam recurrere nequeat, praeterquam, si, iusto errore ductus minus commodam elegerit arg. l. 22. ff. de except. rei jud. Unde colligitur, quod, quoties de eadem re agitur, excepti rei iudicatae obtet, quod minus denuo agi queat, prout hanc rem late demonstrat. Hum. var. resol. lib. 4. p. 8. q. 5. ubi vide. Cum vero ista actio plerumque ex contractu servorum, & filiorumfamil. descendat; hodie autem servitus ex orbe Christiano, tanquam dura Tyrannis, exulare iusta sit, ideo.

Dubitatur, an etiam in Monachis locum habere possit? Vide Treutl. vol. 1. disp. 24. th. 11. lit. G. & Bachov. ibid. Ego huic rei, ob eius nullam, aut exiguam utilitatem, multum laboris tribuere, opere pretium non duxi.

94 §. ITEM SI QUIS II.

Materia de Jure-jurando & utilis est, & in foro frequens. Juramentum enim optimum dicitur litium expediendarum Remedium l. 1. ff. de Jure jur. Quare huic materiae impigre insudandum. De-

finitur Juramentum, quod sit *Invocatio Divini nominis in testimonium veritatis*. P. Konig. ad Decret. de Jure-jur. num. 2. S. Thom. 2. 2. q. 89. n. 1.

Dividitur I in *assertorium*, & *promissorium*. Assertorium est, quo rei *presentis*, vel *praeterita* veritas asseritur; sive quod interponitur, quidpiam vel *asserendo*, vel *negando*, esse vel fuisse, v. g. Juro, me in DEUM credere. Juro, me Titium non occidisse. Juro, me hanc rem furatum non esse. De futuris hoc Juramentum non emititur; nam, cum de futuris contingentibus ordinariè non habeatur certa cognitio, temerarium foret, de iis *assertive* jurare. Promissorium est, quo promittimus, nos aliquid *daturus*, vel *facturus*, aut *non facturus*, adeoque confirmatur dictum de futuro, v. g. juro, me *elemosynam daturum*, Romanam peregrinaturum, non blasphematurum, &c. Pirrhing. ad Decret. Sect. 1. §. 1. n. 12. de Jure-jur.

II. Juramentum discernitur in *voluntarium*, *judiciale*, & *necessarium*. Ita Pirrhing. loc. cit. num. 20. P. Konig. Lib. 2. Tit. 24. n. 42. & seqq. Zoef. ad Jus Can. de Jure Jur. man. 33.

DE JURAMENTO VOLUNTARIO.

Juramentum voluntarium (quod alii *extrajudiciale* aut *conventionale* vocitant) *definitur*; quod sit illud, quod ex *conventionione* pars parti *desert extra* Judicium *sub ea* conditione, quod velit ab alteriori *processu* abstinere, & *Juramento stare*, se *praestiterit*, v. g. Ego, remotis arbitris, Titio 100. fl. mutuos dedi, quos cum termino praefixo non restituerit, requiro ipsum, quatenus mihi illos redderet. Titius absolute negat, se à me aliquid recepisse. Ego, omnibus aliis remediis probatoriis destitutus, & lites judiciales exorsus, Titio defero Juramentum, ut juret, se

se mutuum non accepisse. Hoc Juramentum vocatur voluntarium, seu extrajudiciale, & si præstitum fuerit, Titius à solutione debiti liberatur, eò quòd ego, quasi transgressus, videar, & post Juramentum præstitum non amplius interrogatur, num aliquid debeatur? sed tantum num juratum fuerit? l. 22. §. fin. ff. de Jure Jur. l. 5. §. 2. ff. eod. P. König. loc. cit. num. 43. Dixi notanter: *absolutè negat*; enimverò, si Titius confiteatur, se quidem mutuum accepisse; sed excipiendo asserat, illud jam solvisse, non debeo tam incautus esse, ut eidem deferam Juramentum, quia Titius excipiendo fit actor, adeoque hujus exceptionis affirmativam ipsi probare incumbit, arg. l. 2. §. l. 19. ff. de probat. P. Engel. ad Decret. de Jure Jur. num. 20.

DE JURAMENTO JUDICIALI.

98 Juramentum *judiciale* vocatur illud, quod pars parti defert in Judicio, ap-
probante id Judice, seu autoritate Judicis interveniente. Pirrhing. loc. cit. n. 20. Juramentum hoc *judiciale* differt à
20. *voluntario*, seu *extrajudiciali* I. quòd *judiciale* deferatur in *judicio*; *voluntarium* vero extra *judicium*, arg. l. 17. ff. de Jure Jur. P. Engel. loc. cit. n. 21. II. quòd, si alicui deferatur Juramentum *judiciale*, si vel teneatur jurare, vel, si nolit jurare, debeat referre, l. 38. ff. eod. ita, ut, si neque juraverit, neque retulerit, habetur pro confesso, & teneatur solvere, l. 34. §. fin. ff. eod. Contra se habet, in *juramento voluntario*, quod non habet tantam necessitatem; sed, si malit is, cui delatum est per viam juris procedere, & in *judicio litigare*, poterit pro arbitrio facere, l. 17. ff. de Jure Jur. P. Engel. loc. cit. n. 21. Zoef. ad Jus Canon. de Jure Jur. num. 34. Dixi: quòd is, cui Juramentum delatum est, teneatur ex
Kees ad Iustit.

his tribus unum facere; vel jurare, vel Juramentum referre, vel solvere.

Sed, ain! quid Juris? si Juramentum 99
retulerit actori; hic autem præstare recuset? Tunc actor perdit actionem, & reus absolvitur, l. 34. §. fin. ff. eod. ibi: *ex relatione, non jurante actore, absolvitur reus*, Brumm. ibid. num. 25. Limitatur, nisi actor justam, relatum juramentum detrectandæ, causam habeat, sicut in casu, l. Marcol. II. §. 1. ff. de act. rerum amot. ubi, qui rerum amotarum actione experitur, potest alteri Juramentum deferre, ut juret, se nihil amovisse, quale Juramentum referri non potest, d. l. 11. §. ult. Carproz. p. 1. conf. 14. def. 10. & 11. Ratio, quia deferens non habet scientiam facti alieni. Porro, sicuti actor Juramentum, à reo sibi delatum, ex justa causa recusare potest, d. l. 11. §. 1. & §. fin. ita, rota versa, reus Juramentum, ab actore delatum, retractare potest, si justam retractandi causam habeat. Qualis est I. Si is, qui 100
Juramentum *judiciale* defert, jurare nolit de calumnia, d. l. 34. §. 4. II. Si deferens non habeat potestatem detrahendi, l. 35. §. eod. III. Si is, cui deferatur Juramentum *judiciale*, jam antè intentionem suam *plene* probaverit; vel saltem alio modo *legitimo* probare velit cap. 2. de probat. Zoef. ibid. n. 41. IV. Si deferatur super facto alieno, ignoto ei, cui deferatur v. g. si deferatur heredi super facto defuncti, arg. l. 11. §. 2. de act. rer. amot. Tutori, vel Curatori super facto pupilli, arg. l. 4. ff. de in lit. jur. V. causa, recusandi Juramentum delatum est, si quis semel delatum, & revocatum Juramentum iterum deforat, l. 11. Cod. de Jure Jur. ubi dicitur, quòd, si quis alteri detulerit Juramentum, & illud, quia credit, se posse testibus, vel instrumentis causam suam probare, iterum
Iiii revoca-

revocaverit; postea in defectu alterius probationis, amplius Juramentum deferre non possit; & per consequens reus delatum recte recusat. Ratio videtur esse ista, quia delationi Juramenti per revocationem censetur renuntiasse. *Zoef. ff. de Jure Jur. n. 36. P. König. loc. cit. n. 68.*

101 Controversia non levis est, an Juramentum judiciale operetur necessitatem acceptandi, aut referendi? Actor penitus nihil probaverit? Utramque in partem vehementi altercatione divelluntur. *AA.* ita, ut dubitare possis, quae sententia sit communior? Mihi, stando in theoria, illa semper visa est verisimilior & adhuc videtur sententia, quae docet, Juramentum judiciale locum habere; etiamsi actor penitus nihil probaverit. Ita re ipsa tenent *Carpzov. Jurisprud. forens. p. 1. Conf. 12. def. 2. Berlich. p. 1. Conclus. 29. num. 8. Boëtius Decis. 95. Cravetta Confil. 207. num. 4. Zoef. ff. de Jure Jur. num. 34. Schneid. Inst. hic. num. 21. Fach. lib. 1. cons. 19. Vinn. lib. 1. select. Q. 42. Brunneus. inl. 38. ff. de Jure-Jur. Facit. I. pro hac sententia text. in l. Manifesta 38. ff. de Jure Jur. ubi sine ulla distinctione, num actor aliquid probaverit: nec ne generaliter asseritur, manifesta turpitudinis, & confessionis esse, nolle nec jurare, nec Juramentum referre. *Facit. II. text. in l. 35. ff. eod. ubi dicitur, tutorem omnibus aliis probationibus deficientibus, posse Jus Jurandum deferre; ergo necesse non est, ut actor aliquid probet. Facit. III. text. in l. 25. §. pen. ff. de probat. ubi iterum sine distinctione asseritur, quod ei, cui onus probationis incumbit, licentia danda sit, adversario suo de rei veritate juramentum deferendi. *Facit. IV. Text. in l. ult. §. 10. Cod. de Jure delib. ibi: vel per Sacramentum illum, si alie probationes defuerint. Facit. V. Solida haec, & valida Ra-***

tio, ut nimirum actor, cum omnes ei deficient probationes, saltem metu divini Numinis extorqueat veritatem ab adversario. *Facit. VI. quod ipsum Jus Divinum cujus author DEUS est, fons, & origo Justitiae, huic nostrae sententiae suffragetur Exodi c. 22. v. 10. & 11. ubi clare, & perspicue ostenditur, quando hominum desunt testimonia, ad DEUM testem posse provocari, praesertim ubi asserendum est, quod in conscientia latet. Quibus omnibus accedit denuò, quod reus, cui Juramentum deferretur, nullam ejus recusandi justam causam habeat, eò quod quasi Judex constituatur in propria causa, ita ut si jurare velit? victoriam suam in partem trahat. Sinvèrò jurare nolit, Juramentum referre possit. *Franz. select. Q. 19. num. 101.**

Objicies I. l. 4. Cod. de edendo ubi, 102 actore nihil probante, reus absolvendus venit; etsi nihil praestiterit, hoc est, etsi reus non juraverit. Verum, nec hili, nec pili est hoc argumentum; negatur enim suppositum, quod actor, deserens Juramentum, nihil probet; ipsum enim Juramentum species probationis est, arg. l. 5. §. 2. ff. de Jure Jur. *Zoef. loc. cit. num. 35.*

Obj. II. probationes non sunt petendae de domo adversarii; aut è sinu Rei, l. 7. Cod. de testibus. Re. probationes non sumi de domo Rei; sed potius reum constitui Judicem, & testem effici in causa propria, eò quod praestare, aut referre Juramentum possit.

Obj. III. Judex non potest deferre Juramentum necessarium; nisi praecesserit semiplena probatio, l. 3. Cod. de Jure-Jur. ergo etiam actor non poterit deferre Juramentum judiciale, nisi semiplene probaverit. Re. *Concess. ant. neg. consequ.* Disparitas est, quod in Juramento necessario non detur referendi potestas si-

cuti in juramento voluntario, & illud est necessitatis; hoc voluntatis.

Obj. IV. In dubio favendum est reo *cap. 11. de R. J. in 6.* ergò, cum, actore nihil probante, dubium sit, quinam causam justam foveat, Reo favendum, adeoque onere Juramenti gravandus non erit, R. Reum per delationem Juramenti nequaquam gravari, eò quòd jurare necesse non habeat, sed possit Juramentum referre. Neutrum si facere velit audiendus non est, enim verò vel foveat *justam*, vel *injustam* causam? Si justam; quæ erit, Juramentum præstare, recusandi ratio? cum omnes laudent Deum, qui jurant in eum *Psal. 62.* Si injustam? indignus est, quem favore prosequamur.

Obj. V. Actor, & reus ad imparia non debent obligari, *l. fin. Cod. de fruct. & lit. expens.* Sed, actore, plenè probante, reus condemnatur, ita ut actori juramentum deferre nequeat *cap. 2. de probat.* ergo etiam, actore nihil probante, reus absolvendus erit, ita, ut ad juramentum non debeat compelli. In hoc argumento *Antagonista* quasi *Achillem* ponunt; verùm ea, qua allegatur, retunditur facilitate. *Neg.* enim in *conseq. suppos.* quod actor nihil probat, dum Juramentum defert, hoc enim ipsum probationis est. Deinde, hoc argumentum est à dissimili, unde non fiat bona illatio, nam si actor Instrumentis, aut Testibus intentionem suam legitime probaverit, & de Jure suo plenè docuerit, causa satis est liquida, ut non oporteat eum onerari superfluo Juramento, ut, nulla facta probatione, contendente Actore, sibi debeat, Reoque id negante, res est dubia, & tamen decidenda. Jam, cum deficiat probatio ordinaria, confugiendum est ad subsidiariam, illato Jure Jurando. *Vim. loc. cit.*

Obj. VI. *l. 35. §. 1. ff. de Jure-Jur.* ubi reus Juramentum delatum nec præstare, nec referre tenetur. *Re. Text. d. l. 85. §. 1.* loqui de eo, qui, Juramentum deferendi, potestatem non habet, puta, de *prodigo*, qui, si Juramentum deferat, reus justam, id præstare, recusandi causam habet prout supra diximus.

Obj. VII. *l. 26. fin. C. de Usurâ.* Sed *Re. d. l. 26. §. fin.* loqui de Juramento *Purgationis*, quod necessarium est, adeoque non potest referri.

Obj. VIII. *l. 11. §. 2. ff. de act. rer. amov.* ubi nec pater, nec hæres uxoris, vel mariti jurare cogitur. Sed, an non advertis? *Text.* loqui Juramento, quod super facto alieno, puta, *defuncti*, delatum est, quale recusandi justam reus causam habet, prout etiam supra dictum.

Obj. IX. *l. 12. §. 2. Cod. de R. C.* ubi apertè deciditur, quòd, si reus jurare non velit, compelli non debeat. *Re.* in illa lege dubium fuisse, nam actor justam causam, deferendi Juramentum, habuerit? & propterea ait *Text.* quòd de causa inquiri debeat, & non statim compelli reus, ut juret; dubium autem esse potuit, quia super facto alieno Juramentum deferrebat. Ex hæcenus deductis patet, nostram sententiam argumentis niti validissimis, quibus tamen non franguntur alii, quin contrarium sententiam veniorem stant. *Mascard. de Probat. vol. 2. Conclus. 957. n. 7. Menoch. lib. 1. de præsumpt. Q. 81. n. 2. Bart. in l. 3. Cod. de R. C. Glessle part. 3. cap. 4. n. 12. Suttinger Observat. 145. num. 2.* his verbis: Actor autem deferens necesse habet, ut ante semi-plenè probaverit. Ast, ut verum fatear, mihi videtur *Suttinger* æquè, ac ceteros contrariam sententiam amplexatos esse ex confusione Juramenti necessarii, & judicialis, prout

pariter ita dijudicat *Brunnem. de process. inquisit. cap. 23. num. 6.* Accedit quòd *Wolter de Jure consuetud. Austr. lib. 1. tit. 27.* indistinctè asserit: *Der Klager kome. . . i. e. quod potest actor causam principalem juramento rei committere: ubi autem reus delatum juramentum nec prestare nec reserve vult: tunc ea contumacia ut confessio rei probanda periunde habeatur; atque ex ea condemnari potest reus.* Verùm, de Juramento judiciali dicta sufficiant. Sequitur.

DE JURAMENTO NECESSARIO.

Juramentum necessarium exinde tale dicitur, quia, in defectu plene probationis, *judicium necessario deferendum: & à parte, cui defertur, necessario prestantum* est, *P. König. ad Decret. de Jurejur. n. 73.* Definitur, quòd sit illud, quod *Judex, causa cognita, ob inopiam plene probationis, uni ex litigantibus defert* l. 31. ff. de *Jurejur. l. 3. & 12. Cod. de R. C.* vocatur alio nomine *suppletivum*, eò quòd in supplementum probationis deferatur. *Funsterwals. lib. 2. obs. 64. n. 4.* Ut Juramentum necessarium deferri possit, plura concurrant, necesse est

I. Ut ea pars, cui defertur semiplenè, idque *conclusivè, non presumpitivè, v. g. per unum solum Testem, omni exceptione majorem, Intentionem suam probaverit? contraria verò pars nullas pro se habeat probationes aut presumptiones.* *Sutshg. obs. 146. num. 3. Mysing cent. 1. obs. 68. num. 5. P. König. loc. cit. num. 86. Alex. ind. Consil. 32. vol. 1. & Consil. 19. vol. 4.* Quid verò sit semiplena probatio? vide apud *Mascard. vol. 1. Q. 11. per tot.*

II. Ut ille, cui defertur, sciat verisimiliter veritatem per sensum corporalem, hoc est, habeat talem aliquam scien-

tiam, quæ sensu corporeo percipitur. *Bart. in l. admonendi 31 ff. de Jurejur. Mysing. cent. 1. obs. 68. num. 3. Menoch. de Arbitr. Cas. 190. num. 6. Mascard. vol. 2. Conclus. 958. num. 61.*

Unde *inferunt* I. hoc Juramentum su- per *credulitate, scientia ex fama, aut ex auditu defertur non posse Brunnem. in d. l. 31. num. 16 Mascard. loc. cit.* Ratio, quia jurans succedit loco *Testis*, & dicitur testis irregularis, propterea, quòd in propria causa testetur, sicut ergò testis non probaret, de credulitate dep- nens, ita neque is, cui necessarium Ju- ramentum defertur.

Inferunt II. hoc Juramentum non de- ferri hæredi super factò defuncti, eò quòd, ignorare illud, presumatur. *Mysing. loc. cit. Mascard. d. loc. num. 63. Menoch. d. loc. num. 6.* ubi ait, idem procedere, quando jurans actui non interfuit, sed solum dicit se per famam audivisse. Sic etiam ex eadem ratione hoc Juramentum defertur non potest *Abbatisse*, quæ in officio, & dignitate alterius successit, ut juret super factò il- lius, cui successit. Sanè, si hæres multum conversatus fuerit cum defuncto, & cum eo fortè cohabitaverit, ita, ut de factò defuncti verisimiliter informa- tus sit, posse ei hoc Juramentum deferri, testantur *Menoch. & Mascard. loc. cit. Concord. Walter de Jure Consuet. Austr. lib. 1. tit. 28. ibi: Zum dritz. . . i. e. Tertio debet ipse principalis juramento defuncti: nam ejus heres ad id non admittitur: nisi cum hic negotium gessit de quo contentio est, vel jugiter cum defuncto principali versatus est, aut alias hujus factorum gnarum imprimis existit.*

III. *Requiritur*, ut is, cui defertur Juramentum necessarium, sit persona *honestæ & integræ vitæ, neque suspecta de perjurio, uno verbo, sit talis, quæ in causa,*

causa, etiam aliena pro teste, omni exceptione majore habetur, *Mysing. loc. cit. Menoch. d. loc. num. 14. Mascard. d. Conclus. 958 num. 66. Walter d. loc. ibi: Erslich, daß die Persohnen, so den Ayl thun sollen, eines ehrlichen Ruffs, Wandels, und Lebens seyen.*

IV. Ut causa non sit ardua, sed *mollis*, & *civilis*, *Mysing. loc. cit. Schwarzenhaller lib. 2. act. 10. cap. 2. num. 16.* in causis enim arduis, & magni momenti Juramentum suppletivum locum non habet, *Gail. lib. 1. obs. 108. n. 11.* Ratio est, quia timore plenum est, ne jurans, lucri aviditate excæcatus, perjurium committat, *P. Engel. ad Decret. de Jurejur. num. 36.* Quæ autem causa sit ardua, vel modica? arbitrio Judicis, ex qualitate, & conditione personarum determinandum, relinquitur. *Suttinger. loc. cit. num. 3. Schneid. Inst. n. 45.* Ex eodem principio fuit, quod Juramentum necessarium in causis criminalibus locum non habeat, hoc est, accusatori in supplementum probationis deferri nequeat. Ratio est, quia est causa ardua, & talis, ubi probationes debent esse luce meridiana clariores, *l. ult. Cod. de probat. Schwarzenhaller de Process. jud. lib. 2. act. 10. cap. 2. num. 15. Pirrhing. ad Decret. de Jurejur. num. 95. Fach. lib. 1. cont. 15. Siehard. in l. 3. Cod. de R. C. n. 5.* Sanè, quin accusatore, crimen plene non probante, Reo, seu accusato, ad ostendendam suam Innocentiam, Juramentum purgatorium (quod etiam necessarium dicitur) deferri possit, *dubitandum non est, Schwarzenhaller loc. cit. num. 17. P. Engel. loc. cit. num. 35.* Item Juramentum necessarium locum non habet in causis matrimonialibus præcipue, si agatur de impediendo, vel dissolvendo matrimonio. *P. König. loc. cit. n. 83.* Ratio est, quia causa matrimonii gravis, &

ardua est, *arg. cap. ult. de procurat. in 6. & æquipatur causa criminali, Zoef. vol. 2. consil. 3. num. 27. Pirrhing. loc. cit. num. 97. Mascard. loc. cit. num. 43. Gail. l. 2. obs. 24. Dixi: si agatur de impediendo: vel dissolvendo matrimonio; locus est, si de contrahendo, vel firmiendo matrimonio lis sit, fortè, actor semiplenè probaverit, sponsalia contracta esse, hoc enim casu ad Juramentum suppletivum admittendum esse actorem, testes sunt *Panormit. in cap. 84. num. 7. de Jurejur. Pirrhing. d. loc. num. 97. Gail. cit. lib. 2. obs. 94. n. 12.**

V. Ut Juramentum necessarium locum habeat, requiritur, ut semiplena probatio (quam supra diximus, requiri) contraria aliqua præsumptione d lui non possit. *Bald. in l. Cod. qui, & advers. quos, &c. Mysing. loc. cit. Sutting. obs. 146. num. 3. Mascard. vol. 2. Conclus. 958. num. 23.*

Unde *Infertur I.* non deferri hoc Juramentum, quando adversario dolus objiceretur, nam, contra semi plenam probationem doli obstatet præsumptio bonitatis, *Masc. d. loc.*

Infertur II. non deferri, quando quis vellet probare, sibi aliquam rem donatam esse, non proponeretur causa, qua verisimiliter donans fuisset inductus, obstat enim generalis præsumptio, neminem præsumi jactare suum. *Mascard. d. lo. n. 25.* ubi adhuc aliquos casus recenset, in quibus juramentum ob præsumptionem, ei refragantem, locum non habet. Cæterum, timetis Juramentum necessarium ei, cui dolus objicitur, deferri nequeat, in ordine ad hoc, ut reus condemnatur, poterit tamen Reo deferri Juramentum purgationis. *Mascard. loc. cit. n. 29.*

Difficultate non caret, cuinam sit deferendum Juramentum, suppletorium, ad

ri, an Reo? In tam varias opiniones hac in re divelluntur AA. ut, arduum esse, videatur certi quid statuere, & hinc *Sut. ting. cit. obs. 146. n. 4.* positum (ait) esse in Judiciis potestate, actori, an reo deferre velit Juramentum? prout ei æquitas pro eruenda veritate suggerit. Verum enimverò cum Judici incumbat, arbitrium suum regulare, & gubernare secundum terminos, & tramites Juris, ac æquitatis, l. 1. ff. de Usur. Carpzov. in *pract. crimin. part. 3. q. 20. n. 4. Memoch. de arbit. Jud. Q. lib. 2. caus. 270. n. 4.* Ideo Judici attendendum esse, existimo, num Reus penitus nihil probaverit, & actor semiplenè, num uterque semi plenè probaverit? Si actor semi plenè intentionem suam probaverit, & Reus nihil præstiterit? actori deferendum erit, cum Judex prudenter opinari possit, meliorem esse actoris, quam Rei causam. Sin verò æqualis sit utriusque probatio? Reo Juramentum deferat, necesse est, in causa enim dubia favorabiliores sunt partes Rei, quam actoris, l. 125. ff. de R. J. Ita re ipsa tenent *Fusslerwald. lib. 2. obser. 65. per tot. P. Engel. ad Decretal. de Jure Jur. n. 37. Fach. lib. 1. cont. 18.*

110 Ex hæcenus deductis patet, quæ sint inter Juramentum necessarium & judiciale differentie. I. Quòd judiciale possit referri; necessarium non etiam c. ult. x. de Jure Jur. *Berlich. part. 1. Conclus. 53. n. 66.* II. Judiciale deferatur à parte parti, necessarium verò à Judice. III. Quòd Juramentum judiciale ita habeatur pro veritate, ut sententia desuper lata, propter instrumenta, noviter reperta, non retractetur; secus, si, lata sit super Juramentum necessarium, hoc enim casu ob Instrumenta, noviter reperta, sententia retractari potest, l. 31. ff. de Jure Jur. c. ult. x. eod. Ratio differentie est,

quia Juramentum judiciale ex consensu utriusque partis emittitur, ut videatur esse species transactionis, quæ propter Instrumenta, noviter reperta, non retractatur, l. 19. *Cod. de transact.* necessarium verò deferitur à Judice, altera parte enim invita. *Schneid. n. 42. Zoef. ff. de Jure Jur. n. 45. § 52.*

DE JURE - JURANDO IN LITEM.

Juramenti necessarii species est Juramentum in litem, ab etymologia nominis idè tale dictum, quia in ipsam litis seu Rei, in Judicium deductæ, æstimationem concipitur, unde etiam litis æstimatio, & Juramentum, litis æstimatorium, appellatur. *P. König. ad Decret. de Jure Jur. part. 5. n. 91. Hannold. tom. 5. tract. 4. cap. 6. num. 1071. Definitor, quòd sit illud, quod res in Judicium reducta æstimatur, arg. l. 1. & seqq. ff. de in lit. jurand. Zoef. ff. eod. n. 1.* Hoc Juramentum plerumque tunc locum habet, quando ab adversario contumaciter, & dolo malo res vel non exhibetur, vel non restituitur, aut dolo ejus factum est, quò minus exhiberi, vel restitui possit. *Weselin. in parat. ff. de in lit. Jur.*

112 Deferri autem hoc Juramentum in litem solet tripliciter, I. ad probandam veram æstimationem rei, in Judicium deductæ, l. 2. §. 1. ff. de in lit. Jur. & l. 68. ff. de R. U. & vocatur Juramentum veritatis, ut ecce: Titius debet mihi equum in specie, ego aliquoties, equum mihi restitui, petii; at Titius dolo malo equum non restituit, & post moram restituendi equus periit. Ego peto æstimationem istius equi; cum verò illam per testes probare nequeam, sic Judex defert mihi Juramentum in litem, hoc est, ut ego jurem de vera litis æstimatione, quanti

quanti nimirum secundum verum rei valorem mea interfit, equum petiisse, *Schneid. n. 39. Inst. hic.*

II. Solet deferri, ad probandam rei æstimationem, non secundum veritatem, quanti scilicet res communi æstimatione valet, sed ratione interesse singularis secundum affectionem ipsius actoris. Ecce: Commodavi tibi Codicem, mihi valde charum, tu, non obitante quò per sententiam Judicis ad restitutionem condemnatus fueris, contumaciter tamen non restituis, sed dolo malo dilaceras codicem, qui in rei veritate non valet 40. fl. ego tamen potius carere vellem 20. fl. quàm isto codice, & de hoc pretio affectionis ego juro. Quòd si juraverim, Judex reum condemnare debet in summam juratam; ita tamen, ut si Judex summam juratam credat esse exorbitantem, jam ad summam verisimilem moderari possit. l. 4. §. 2. & 3. ff. de in lit. jurand. *Hainol. loc. cit. num. 1115. Struv. Exercit. 17. lib. 12. tit. 3. Thef. 66. & 67. Schneid. loc. cit. num. 36. Zoef. ff. de in lit. jurand. n. 5.*

Q. an Judex reum ultra duplum veræ æstimationis condemnare possit? Ratio dubitandi I. desumitur ex l. un. Cod. de Sentent. que pro eo, quod interest, &c. ubi Judici præcipitur, ne taxando interesse, excedat duplum veræ æstimationis.

II. Ex l. 93. ff. ad leg. Aquil. ubi in hac verba disertè rescribitur: Si servum meum occidisti, non affectiones æstimandas esse, puto (veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno impium velles) sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait, pretia rerum non ex affectione, nec utilitate singulorum; sed communitè fungi. Ex hoc Textu forsitan *Schneid. loc. cit. num. 37. & Bartolus in d. l. un. Cod. de sentent. tuere mori, quòd Juramentum, in Juramento affectionis Ju-*

dicem, taxando Interesse, ultra duplum veræ æstimationis non posse excurrere.

Verùm, maneat sua *Schneidvino*, & *Bartolo* fides, mihi magis arridet altera opinio, quæ sustinet, Judicem in Juramento affectionis, taxando interesse, duplum veræ æstimationis excedere posse. Ita docent *Hainold. loc. cit. n. 1118. Struv. d. loc. tb. 67. lit. A. Facit. huc l. l. 8. ff. de in lit. jurand. ibi: non est æquum pretio (id est, quanti res est) litem æstimari cum NB. & contumacia puniendi sit, & arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit, potestate petitori, in litem jurandi, concessa. Facit. II. Ratio, quia alioquin sequeretur, quòd quis compelli posset, rem suam duplo justì pretii vendere, quod absurdum foret. *Sequela prob. nam per Juramentum, quo res æstimatur, censetur vendi res æstimata, quia æstimatio est venditio Hainold. loc. cit.**

Non obstat prima dubitandi ratio; enim verò d. l. un. loquitur de interesse, non de æstimatione affectionis, quæ utique potest interesse excedere. Deinde, id, quod interest, de quo agitur in d. l. un. multam differre ab eo, super quo in litem juratur, manifestè docet, l. 64. ff. de jud.

Altera dubitandi ratio facili etiam labore diluitur; enim verò d. l. 33. intelligenda est de casu, quò reus in restituendo contumax non fuit; factus, si fuerit contumax, contumacia enim, vel dolus facit, ut Judex ultra duplum veræ æstimationis Reum condemnet, l. 1. ff. de in lit. jurand. ibi: non enim res pluri sit per hoc; sed ex contumacia æstimatur ultra rei pretium. *Hainold. loc. cit. num. 1079.* Itaque, quòd Judex in Juramento affectionis, taxando interesse duplum veræ æstimationis possit excedere, hæc potissima videtur esse ratio, ut nimirum

contu.

contumacia, vel dolus rei, rem non restituentis castigetur. *Zoef. ff. de in lit. jurand. num. 1.* vide etiam *Humm. ad Treutl. vol. 1. disp. 21. th. 11. Q. 44. §. 45.*

114 III. Deferri solet Juramentum in litem ad aestimationem interesse singularis extra rem, ut ecce, deposui penes te 1000. fl. quos ad petitionem meam, non restituiti, ita, ut contra te moverim actionem depositi, & Judex te ad restituendum condemnaverit. Sed jussui Judicis non obtemperas; ego propterea incidi in pœnam, quia Titio sub pœna 100. fl. promisi, quòd 1. Februarii, ipsi velim debitos 100. restituere. Hoc in casu defertur mihi Juramentum in litem, ratione interesse singularis extrinseci, id est, extra nummos, ut jurem de damno, propter contumaciam tuam mihi ilato. *Schneid. loc. cit. n. 37. Haurold. loc. cit. num. 1078.* His latiori fortè, quàm par erat, discursu excussis, tandem propius ad actionem in factum ex Jure Jurando, quæ in hoc §. II. tractatur, juvabit accessisse. Cujus figurari potest talis.

115 Casus: vendidi tibi equum 60. fl. cum autem pretium peterem, contendisti, equum tibi 50. fl. fuisse venditum. Ego id nego; tu defers mihi juramentum in Judicio. Judex, advertens contractum, remotis arbitrīs, esse celebratum, Juramentum approbat, illudque ego accepto, & juro equum fuisse venditum 60. fl. Tu ex post facto adhuc 60. fl. solvere, temere retractas. Q. quomodo contra te experiri possim? R. Quòd mihi competit adversus te actio ex Jure Jurando in factum *text. hic.* Quæ concinnè *Definitur:* quod sit actio prætoria, personalis, quæ datur illi, qui legitime juravit, sibi aliquid deberi, contra deferentem ad hoc,

ut debitum solvatur; vel res una cum fructibus, & accessionibus restituatur. *Manz. Inst. hic num. 25.* Dixi I. Prætoria, quia Prætor illam introduxit *text. hic.* Dixi II. Personalis, quia non ex dominio nascitur, vel ex Jure, quod quis habet ex re; sed ex Jurejurando, quod speciem habet transactionis, l. 1. & 2. ff. de Jurejurand. *Harp. n. 3.*

Cui competat? Datur actio in factum ex Jurejurando ei, qui deferente adversario, juravit, rem suam esse, vel sibi deberi, l. 9. §. fin. l. 11. §. ff. de Jurejurand. Item etiam datur ei, cui, ad Jurejurandum parato, Juramentum ab adversario remissum est, d. l. 9. §. 1. paria enim sunt jurare, remitti Juramentum, l. 5. §. ult. ff. eod. *Manz. num. 28.*

Contra quem competat? Competit hæc actio contra illum, qui Juramentum detulit, & ejus hæredes, d. l. 9. §. fin. hæres enim una, eademque persona est cum defuncto, defunctus detulit, ab ipso hærede delatum esse, intelligatur *arg. l. 22. ff. de Usurpat. & usucap.* Cæterùm, hæc actio adversus tertium possessorem non datur in casu, quo postulante adversario, juravi, rem ab illo possessam, meam esse, & res per alienationem devenit ad tertium, d. l. 9. §. ult. & l. 11. eod. Ratio fundamentalis est hæc, quia hæc actio personalis est, ergo personam ejus, cui Juramentum delatum est, non egreditur, prout in simili diximus ad princip. *hujus Tit. de actione personali Manz. num. 39. Schneid. n. III.*

Quæ sint Requisita Actionis in factum ex Jure Jurando? I. Requiritur, ut Juramentum juranti delatum fuerit, & ab eo postulatum. Unde? si quis juraret ultro, nemine id postulante, aut Juramentum deferente; sibi tantum juraret, & hanc Actionem non sibi pateret, l. 3. ff. de

ff. de Jure Jurand. imò talis, qui illicò se ad Juramentum desert, se suspectum redderet *Schneid. num. 72. Manz. num.*

119 21. II. Requiritur, ut Juramentum præstetur, giudice id approbante. Ratio, quia quandoque partes ad jurandum faciles sunt, nec perpendunt gravitatem rei, *l. Generaliter §. 1. Cod. de R. C. ne ergo committantur perjuriam*, approbatione, & autoritate Judicis opus est. *Manz. n. 32.* III. Requiritur, ut Juramentum in continenti acceptetur, quale etiam dicitur, si is, cui delatum, dilationem ad deliberandum petierit. *Schneid. n. 78. Mynsing n. 19.*

120 *Ad quid competat?* Comperit hæc actio ad hoc, ut debitum solvatur, vel res petita restituatur cum omni causa. Et cum Juramentum interponi possit, tam in actione reali, quam in actione personali, ideò sequitur naturam illius actionis, cui adjectum est. *Schneid. n. 115.*

121 Illud in aleam *Controversiæ* rapitur, an, si is, contra quem juratum est, dicat, actorem perjurasse, & perjurium probare velit, audiendus, & Juramentum retractandum sit? *Dixeris* primo fronte, quòd sic. I. Quia aliàs jurans ex delicto actionem consequeretur, adeoque reportaret lucrum ex sua malitia quod absurdum foret, *l. 12. §. 1. de furt. l. 14. Cod. eod.* II. Quia delicta non debent manere impunita, *l. 41. §. ult. ff. ad leg. Aquil.*

Verùm, his non attentis, & adversarium, qui, jurantem pejerasse, ait, audiendum non esse, neque causam; Juramento semel determinatam, prætextu perjurii, aut per Instrumenta, noviter reperta retractari posse, *l. 31. ff. de Jure Jur.* Ratio sola est, quia post Juramentum semel præstitum, non amplius de debito, sed tantum interrogatur, an juratum sit? *l. 5. §. 2. ff. de Jure Ju-*

Kees ad Institut.

rand. & Juramentum habet vim Transactionis, *l. 21. ff. de dol. mal.* quæ semel perfecta, nec probationem in contrarium, neque appellationem recipit, *l. 12. §. 3. Cod. de R. C. Manz. num. 44. Schneid. num. 114. Harp. n. 14.*

Ad I. &. Jurantem non ex sua improbitate: sed ex conventionem, quæ Jurjurando inest, actionem consequi, voluit enim, ut sub hac conditione, si alter juraret, rem suam esse, vel sibi deberi, causa decideretur, conditione proinde impleta, non est iniquum, actionem competere, volenti enim non fit injuria. Ad II. &. perjurium non manere impunitum; tamen si facultas, Juramentum retractandi, non concedatur, quidem aliæ poenæ adversus eum, qui perjurium commisit, constitutæ sunt, de quibus vide *Menoch. lib. 2. de arbit. Jud. cent. 4. cas. 319. D. D. ad §. 1. Inst. de pen. temer. litig. Harp. n. 16.*

§. POENALES. 12.

Postquam expositæ sunt actiones Prætorix reales & Personales, recta methodo subjiciuntur poenales, quarum tres occurrunt, puta, de albo corrupto, actio de non in Jus vocando parentem, vel patronum. Et actio de in Jus vocato, *vi exempto.*

Actio de albo corrupto definitur, quod 122 sit actio Prætorica, poenalis, in factum, competem cuilibet de populo contra eum, qui id, quod in albo: seu tabula gyfata & dealbata à prætoribus propositum est, per se, vel per alium dolo malo, corruptus, vel amovet, ad panam 50. aureorum, actori applicandam, *l. Si quis. ff. de Juridic. Harp. n. 10.* Hæc actio tunc locum habet, si qui Mandata, litiſa, Decreta, aut alia Programmata, à Magistratibus portis vel valvis Ecclesiæ, Curie, vel Academiæ affixa, corruperunt, avulerunt, aut dilacerarunt, & poena est extraordinaria.

K k k k

traordi.

traordinaria Zoef. ff. h. t. Cblingensp. Inst. bic. Q. 63.

Actio de non in Jus vocando definitur, quod sit actio Prætoris, pœnalis, qua in 50. aureos tenetur, qui parentem, vel patronum sine permissu Prætoris in Jus vocavit text. hic. l. 4. & l. ult. ff. de in Jus voc. Hodie ista actio nullum amplius usum habet, eò quòd ille modus, in Jus vocandi, qui Jure veteri manu injecta, & (ut ajunt) obtorto collo exercebatur, in usu esse desit. Imò, hoc ipso, quòd Judex quem ad instantiam alicujus citet, venia intelligitur impetrata. Cujac. lib. 1. obs. 10. Zanger. lib. 2. de except. cap. 7. num. 9. ubi sub n. 30. addit, quòd, si pater hac exceptione non impetratæ veniæ hodiernis moribus uti velit, ea non attenda, litis contestatio ipsi imponatur.

Actio de in Jus vocato, vi exempto, describitur, quòd sit actio prætoris, pœnalis in factum: competens contra eum, qui aliquem, in Jus legitimum vocatum, vi exempti, vel detinuit, vel dolo malo fecit, ut vi eximeretur, ad hoc, ut actori prester non id duntaxat, quòd in veritate est sed tantum, quanti res controversa ab actore, prævio Juramento in litem, de affectione estimata fuerit l. pen. §. 1. ne quis eum, qui in Jus voc. Harp. n. 38. Schneid. n. 72. Brunnem. in d. l. pen.

§. PRÆJUDICIALIS. 13.

Actiones præjudiciales exinde tales nominantur, quia præjudicant aliis quæstionibus, inter reum, & actorem controversis, quæ, ante causam status decisam, dirimi non possunt, ut ecce, mortuus est patruelis meus, cujus hæreditatem cum solus adire vellem, intervenit Titus, contendens, ut cum ipso dividerem hæreditatem. Ego nego illam cognatum, vel ab intestato hæredem esse. Ista Cognitio, num Titius cognatus,

& ab intestato hæres sit; præjudicialis dicitur, præjudicat enim quæstioni controversæ; puta, num hæreditas cum Titio dividenda sit? in tantum, ut decidi nequeat, donec quæstio præjudicialis decisa sit. Manz. n. 4. & 5. Harp. n. 1. ubi ait, hoc etiam in casu actionem præjudicialem fortiri locum, v. g. Patet petit alimenta à filio; filius negat patrem suum esse, qui alimenta petit. Ecce, hic, priusquam decernantur alimenta, decidenda est quæstio præjudicialis, num is, qui alimenta petit, pater sit, nec ne? Porro, tametsi innumeræ in Jure nostro cognitiones præjudiciales reperiantur; hoc tamen loco tres præcipuè tractantur, & quidem.

Prima actio præjudicialis est, in qua Q. de libertate, liber sit quis, an servus? ut ecce, petit aliquis à me operas, tantquam à liberto; ego autem nego, me libertum esse. Hæc cognitio, an libertus sim, debet præcedere cognitionem, & decisionem, an tenear, ad operas, & cum talis cognitio prius fieri debeat? ideo præjudicat actioni, qua possem compelli, ad operas præstandas. Schamb. Inst. bic. Hodiernis moribus, quibus prædura Tyranis, servitus, inter Christianos exulare, iussa est, hæc actio præjudicialis directa, locum amplius non habet. Dixi directa; utilis enim conceditur Principibus, comitibus, Nobilibus, & Dominis prædiorum adversus Russicos, Colonos, Censitos, & Homines proprios, in casu, quo à longo tempore præstiterunt operas Serviles, & postea sine consensu, & dimissione migrarunt in aliam Civitatem, ubi se pro liberis hominibus gesserunt, & Dominum suum abnegarunt, adhoc, ut Judex ejusmodi censitos proprios declaret, & ad servitia debita condemnet, donec doceant, se legitime dimissos esse. Manz. n. 16.

Secunda actio præjudicialis est, per quam cognoscitur, an aliquis sit *libertus*? vel *ingenuus*? Competit *Patrono* contra *libertum*, qui se gerit pro ingenuo; & e contra datur ipsi *liberto* contra *tertium*, tractantem eum, ut *libertum*; cum tamen *ingenuus* sit. *Manz. n. 4. hic.* Hodie hæc actio præjudicialis de ingenuitate *directa* locum non habet. *Utilis* tamen datur modernis *Dominis*, qui *Rusticos* suos, vel Homines proprios manifestaverunt, & eis liberam facultatem, à suis prædiis migrandi, concesserunt, cum etiam hi *Dominis* suis honorem debeant, *l. 2. Cod. de in Jus voc. Gail. tract. de Arrest. Imp. cap. 8. n. 19.*

Tertia actio præjudicialis est de *partu agnoscendo*, per quam Q. num aliquis *filius* sit, nec ne? Et quidem hæc actio præjudicialis datur *Patri* contra *Filium*, negantem, se *Filium* esse; & e contra *Filio* adversus *Patrem*, negantem, se esse *Patrem*. Ut ecce, *Joannes*, *Filius Petri*, acquirit aliquam hæreditatem, quam Pater ad se recipit, usumfructum, tanquam ex bonis adventitiis, inde percepturus. *Joannes* negat, se *Filium Petri* esse. Hoc in casu datur *Petro* actio præjudicialis, qua petit, ut *Judex* eum declaret, legitimum *Patrem*, & *Genitorem Joannis* esse, eumque condemnet ad debitam reverentiam, & obedientiam, & ut patiat, eum hæreditate uti, & frui. *Manz. n. 3. Zoef. Inst. hic. n. 12. & 13.* *Filio* contra *Patrem* Actio hæc præjudicialis datur hoc in casu: *Petrus* negat alimenta *Joanni*, dicens, *Joannem* *Filium* suum non esse. Hic *Joannes* potest intentare hæc Actionem præjudicialem, ac petere, ut declaretur *Filius Petri*, adeoque *Petrus* condemnatur, ut agnoscat *Joannes* pro *filio*, ei que alimenta præstentur. *Chlunov. Inst. b. 1. g. 70. Quomodo vero filiatio probe-*

tur? fusissimè tractat *Mascard. de probat. vol. 2. concl. 789. & pluribus seqq.* Ex quo illud, memoria dignum existimavi, nimirum, natum ex uxore in domo mariti, cum ea cohabitantis, in tantum præsumi, *filium*, esse legitimum, ut *Matri*, neganti, illum esse *filium mariti*: natumque esse ex adulterio, non credatur per *cap. Per tuas. & de probat.*

§. SIC ITAQUE 14.

Tametsi (*regulariter*) nemo possit 125 adversus alterum actione personali experiri, qui, rem suam esse, asserit; sed potius debeat intentare actionem realem. Nihilominus tamen, singulari odio furum, receptum, constitutumque est, ut dominus contra furem Actione etiam personali (puta, *condictione furtiva*) experiri possit *text. hic.*

Dices; in actione personali petimus, nobis rem dari, instituitur enim omnis Actio personalis sub ista formula: *ajo, te, mihi dare, oportere*; atqui fur dare non potest, dare enim translationem domini significat, quod non habet fur, *ergo* &c. Hoc non obstante, contra furem actionem personalem (puta, *condictionem furtivam*) rectè intentari *text. hic.* & tametsi hæc Imperatoris decisionem nonnulli mirentur, & varias desuper difficultates, & inutiles moveant subtilitates, ac variis laborum tricis se implicent; dicendum tamen est, speciale esse in *condictione furtiva*, ut contra illum detur, quem *ajo*, non dare oportere, sed restituere. Specialitatis autem ratio in singulari odio furtum posita est. Ita *Schneid. n. 1. Harp. n. 9. & plurim.* ab his allegari.

Dices; adversus furem datur Actio 126 *furti* ad pœnam *dupli*, vel *quadrupli*. Item *Rei vindictio*, *ergo* *condictio furtiva* otiosa est, & supervacanea &c. *con. ant.*

ant. neg. confeq. Tametsi enim Dominus contra furem actionem furti intentare queat; hanc tamen eligere non vult, quia poenalis est ad quadruplum, vel duplum, & præterea infamat, potest enim velle mitius cum fure agere, adeoque conditione furtiva experiri, quæ infamiae non est irrogatoria. *Schneid. n. 7.* Deinde Rei-vindicationem fortè ideò intentare tenuit, quia in ea dominium probare debet, quæ probatio difficilis est, ita mavult intentare, & movere conditionem furtivam, in qua aliud necesse non est, quam, ut doceatur, rem furto sublatam esse. *Manz. n. 20.*

§. APPELLAMUS. 15.

Ex hoc §. illud pro ornatori loquendi norma notandum, Actiones in rem proprie nominari *Vindicationes*, in personam verò *Conditiones*, l. 25. ff. de O. & A. rationes hujus differentie accumulatae *Manz. Inst. hic.*

§. SEQUENS. 16.

127 Huc usque absolvimus duas Actionum divisiones, nempe, quòd I. Actiones aliae sint in Rem, aliae in Personam. II. Aliae sint civiles, aliae Prætoriae. Sequitur nunc tertia Actionum Divisio, quæ talis est, quòd aliae actiones sint rei persecutoriae, aliae pene persecutoriae, aliae mixtae. Differunt ab invicem I. Quia actiones poenales lapsu unius anni extinguuntur, rei persecutoriae verò sunt perpetuae, hoc est, durant 30. annis §. 1. *Inst. de perpet. & temp. act.* Actiones rei persecutoriae transeunt in heredes activè & passivè l. 49. ff. de O. & A. actiones verò poenales neutro modo transitoriae sunt, maleficia enim suos debent tenere authores, l. 22. *Cod. de poen.* & heres ex delicto defuncti non tenetur l. un. *Cod. ex delicto defuncti.*
Dices: si ego ita stipuler: dabisne mille

intra 14. dies; & nisi dederis, dabisne 100. poenæ nomine? actio transit ad hæredes, l. 68. ff. d. V. O. ergò etiam actiones poenales transitoriae sunt ad hæredes *R. con. ant. neg. confeq.* Suppositum enim falsum est, actionem ad poenam, ex conventionem partium debitam, esse poenalem; rei enim persecutoria est, sicuti sunt omnes, quibus poenam, ex conventionem debitam, persequimur. *Harp. n. 5.*

§. REI PERSEQUENDÆ 17.

128 Actiones, rei Persecutoriae, dicuntur illae, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, sive id nostrum sit, & ab alio possideatur, sive nobis debeatur. *Harp. num. 2. Schneid. num. 3.* clarius rei persecutorias actiones describit *Manz. n. 1.* dicens: esse illas, quibus persequimur non poenam, sed vel rem nostram, vel nobis debitam. Unde *Infertur*: omnes actiones reales, quas supra longa serie enumeravimus, v. g. *Rei-vindicationem*, actionem *confessoriam*, *negatoriam*, *Publicianam*, *rescissoriam*, *Paulianam*, *Servianam*, esse rei persecutorias, quia in omnibus petimus id, quod nostrum est, vel nobis debetur. Item actiones personales, quæ ex contractu; vel quasi contractu nascuntur, ferè omnes rei esse persecutorias, per illas enim, ferè omnes rem, nobis debitam, persequimur, sicuti est actio *mutui*, *commodati*, *depositi* *Mandati*, *pro Socio*, *empti venditi*; *locati conducti* &c. *Perez. Inst. hic.* Dixi: ferè omnes, quia actio depositi, licet ex contractu descendat, & personalis sit, in certis tamen quibusdam casibus, tam ad rem, quam ad poenam competit, videlicet tunc, quando quis incendii, ruinae, naufragii, aut tumultus tempore res suas apud alterum deponit, depositarius autem dolose inficiatur.

ciatur. Hoc in casu, ob pœnam mendacii, actionem in duplum concedit, l. 18. ff. *depositi. Schamb. Inst. hic.*

§. EX MALEFICIIS. 18.

129 Actiones *pœnae persecutoria*, dicuntur illæ, quibus actor petit, quod nec sibi *abest*, nec Reo *adest*. Quò spectat actio *furti manifesti*, & *nec manifesti*, quæ *mère pœnalis est*, ita ut res furtiva non in sit duplo; aut quadruplo: illa enim per alias actiones, rei persecutorias, petitur, aut condicitor. Cui, & *adversus quem?* & *ad quid actio furti competat?* vide Tit. I. *supra hoc. lib. per tot.* Illud tamen *memoria non excidat*: nostris moribus pœnam *dupli*, vel *quadrupli* ab usu penitus recessisse, sed fures, puniri vel pœna corporis, vel *pecunia*, pro qualitate furti.

De Jure consuetudinario Austriaco: *Wann der erste Diebstahl* i. e. *Ubi furtum primum ad 25. fl. vel supra ascendit, aut plura concurrunt furti, vel fur jam antea furti parvi pœnam bis tulit, nec tamen se emendavit, aut furtum denuo commisit: quanquam id minus fuerit ac 25. fl. debet in masculum laqueo, in feminam gladio animadverti. Ubi autem furtum minus est ac 10. fl. nec iterum patratum, vel alie adfuit mitigandi circumstantie, tunc pœna ex arbitratu judicis est irroganda.*

§. VI AUTEM. 19

Hoc §. tractantur actiones *mixtæ*, quibus partim *pœnam*, partim *rem* ipsam persequimur, quales hic recensentur tres: puta actio *vi bonorum raptorum*, actio *legis Aquilæ*, & actio *ex testamento* competens pro *legatis*, quæ *venerabilibus locis relicta sunt*. Quid sit actio *vi bonorum raptorum*, & *legis Aquilæ*? cui? *adversus quem?* & *ad quid competam?* abundè dictum est *supra Tit. 2. §. 3.*

Actio verò *personalis ex Testamento licè (regulariter) ad simplicum* competat, in *duobus tamen casibus ad duplum* datur. I. Quando hæres *negat*, legata relicta esse *venerabilibus locis*. II. Quando legata id *genus locis relicta*, solvere & præstare differt, donec conveniatur *cotam* Judice. *Schneid. & DD. hic.* De Jure Austriaco hæc actio, quatenus *pœnalis est*, locum habere, non videtur, cum aliud non desideretur, quam ut legata ad *pias causas præ omnibus aliis illico solvantur*. *Walter de Jure consuet. Austr. lib. 2. tit. 48. ibi: Zum vierden sollen die Geschaffte, i. e. quartò, debent legata, qua testator propter Deum vel anima salutem reliquit, ante cetera omnia legata solvi.*

§. QUÆDAM. 20.

Sunt adhuc quædam *alix actiones*, quæ *mixtæ* vocantur; non quidem hoc sensu, quasi partim *rem*: partim *pœnam* persequantur; sed, quia partim in *rem*: partim in *personam* directe sunt, quarum *tres* occurrunt, puta *familie herciscunde*, *communii dividundo*, & *signium regundorum*.

Casus *Actionis Familie herciscunde*. 132
Debitum nature persolvit ante duos menses *Sempronius*, nullo condito testamento, & reliquit post se duos fratres *germanos*. Hi ab intestato defuncti bona occuparunt, & hereditatem per aliquod temporis spatium pro indiviso possederunt. At, cum, durante *communione*, varix inter eos orirentur discordiæ, *senior* Frater, hereditatem dividi, petit; *junior* verò id recusavit. Q. *quomodo ad Divisionem compelli possit?* R. per actionem *familie herciscunde*, circa quam *Observa*, Familiam hic nihil aliud denotare, quam hereditatem; *herciscere* verò idem esse, quod dividere, ut sensus

fit: actio *Familie herciscundæ* est actio *Hereditatis dividendæ*. Definitur, quod sit actio civilis, mixta, duplex, quæ datur *hereditatem*, inter ipsos dividendam. Dixi I. *Civilis*, quia descendit ex *Leg. XII. Tab. l. 1. ff. Familie hercis.* Zoef. ff. *Familie hercis. n. 2.* Dixi II. *Mixta*, quia partim in *Rem* est partim in *Personam*. In *rem* esse dicitur, quia respectu portionis meæ ago ad id, quod meum est, & sic in *rem*. In *personam* esse dicitur; quia omnes illæ actiones, personales esse dicuntur, per quas petimus id, quod nobis debetur ex *Contractu*; vel *quasi*, ex *Delicto*, vel *quasi*. Unde, si alter fructus ex *hereditate* solus perceperit, peto, mihi dimidiam partem præstari. Si ego expensas solus fecerim, peto, eas pro rata mihi refundi. Si dolo, aut culpa lata, & levi aliquo amissum vel deterioratum sit, resuscipere *Serv. lib. 10. exercit. 15. tit. 2. th. 13. lit. D. Schneid. n. 4.* Dixi III. *duplex*, quia unusquisque hæredum & rei & actoris partes sustinet, ille tamen (sicuti in omni *Judicio duplici*) pro actore habetur, qui primus ad *Judicium* provocat, l. 2. §. 1. ff. *commun. divid. l. 13. ff. de Jud. Manz. n. 10.*

133 Cui *competat*? Quandoquidem hæc actio duplex est, *directa*, & *utilis*. Ideò sciendum, quod *directa* datur cohæredi de *Jure civili*, sive ex *testamento*, sive ab *intestato*, l. 2. §. 3. *Familie hercis.* *Utilis* verò datur I. *hæredibus* de *Jure Prætorio* tales existentibus. II. *Fidei-commissariis* l. 24. §. 1. l. 40. & l. 49. ff. *cod. Struv. loc. cit. th. 4.*

134 *Contra quem competat*? Tametsi hæc actio *mixta*, hoc est, partim in *Rem*; partim in *Personam* concepta sit, non tamen datur contra quemcumque possessorem rerum *hereditariarum*, sed tantum inter ipsos cohæredes locum habet, l. 1. ff. *Famil. hercis. Schneid. n. 6.* Unde,

si quis *noget*, rem esse *hereditariam*, sed *affirmet*, esse suam *speciali* titulo, vel *Empti*, vel *Præscriptionis*; non datur contra eum actio *Familie herciscundæ*; sed agendum est *Rei-vindicatione*; vel actione *Publiciana*. *Surdus vol. 3. conf. 345. n. 11* & *seqq.* Ratio est, quia hæc actio contra possidentem titulo singulari non datur, l. 25. l. *Quod pro emptore. ff. d. t. Zoef. loc. cit. num. 3. Schneid. n. 6. Brunnem. in d. l. 25. §. 7.*

135 *Quæ sint Requisita actionis Familie herciscundæ*? I. *Requiritur*, ut actor sit *Cohæres*, & à Reo pro tali agnoscat. Quod si, hæres esse, negetur? *disting.* est, *num cum altero hereditatem possideat; nec ne*? Si *prius*? non excluditur ab actione *familie herciscundæ*; nec opus habet, ut probet, cohæredem esse, cum præsumptio ex possessione pro eo militet, *Brunnem. in l. 1. ff. famil. hercis.* Si *posterius*? repellitur *Exceptione Præpotationis*; id est, debet prius docere esse hæredem, adeoque, recursum suum ad petitionem *hereditatis* sumat, necesse est, petetque, se declarari hæredem, quo obtento poterit deinde descendere ad actionem *familie herciscundæ. Manz. n. 11.* Illud extra *aleam Dubitationis* est, actionem, *familie herciscundæ* cumulari posse cum *petitione hereditatis*, hoc est, posse, actorem petere, ut declararetur *Hæres*, & *Divisio hereditatis* fiat, *Schneid. n. 10. Brunnem. in d. l. 1. Struv. loc. cit. th. 5. l. G. II. Requiritur*, ut cohæredes possideant *hereditatem* pro indiviso, siquidem, si testator *divisionem* fecerit, standum erit *divisioni*, l. 10. *Cod. fam. hercis.*

Ad quid competat? Actio *familie herciscundæ* datur, ad *hereditatem dividendam*; sive ex *testamento*, sive ab *intestato* *hereditas* delata fuerit, l. 2. ff. *famil. hercis.*

137 Q. quomodo faciendæ sit divisio hereditatis? *De*. Si cohæredes; ratione divisionis, inter se ipsos convenire nequeant, tunc debere Judicem partes suas interponere, ac divisionem facere pro æquo, & bono, l. 4. §. 3. l. 5. l. 16. l. 22. l. 26. ff. *famil. hercis.* Prius autem quàm Judex ad divisionem progrediatur, res dividendæ diligenter *consignari*, & *estimari* debent. *Carpzov. Part. 3. Const. 15. def. 1. n. 2.* Quòd si *estimatio* facta fuerit? tunc faciendæ sunt *Quota*, quas singulas singulis hæredibus adjudicat ex officio, l. 5. ff. *famil. hercis.* & si partes timeant, ne Judex, affectu privato ductus, uni plus adjecerit, quàm alteri? res forti committitur. *Struv. Exercit. 15. lib. 10. tit. 2. th. 9. lit. Z. Schneid. n. 25.* Si verò res sit *individua*? poterit Judex uni ex hæredibus *rem*: alteri verò vel reliquis *pecuniam* adjudicare, d. l. 22. §. 1. *dassz derselbe*, qui rem habet, *denen ubrigen Erben, nach Proportion musse* Struv. *loc. cit.*

138 *Dicta* procedunt de Jure civili; aliud obtinet de Jure Canonum per *text. in cap. 1. de Paroch.* ubi rescriptum est; quòd major dividat, & minor eligat, ad exemplum divisionis, quam ab *Abrahamo* cum *Loth*, fratris filio, sic factam esse, S. Scriptura proditum est *Genes. cap. 13. v. 8.* Et hæc canonica Constitutio passim in foro, & *Cameta* observatur. *Gail. 2. Obs. 116. n. 4. Mynsing. cent. 4. Obs. 37. n. 1.* Imò, *Berlichio teste*, *Part. 3. Com. l. 21 n. 7.* generali totius *Germaniæ* Consuetudine recepta est, ita circa divisionem hereditatis res expedita sit, quòd natu major frater portiones, quales vult, constituat; minor autem, utram velit, eligat. *Gail. loc. cit. n. 12.*

Quem dividendi aorem Jus quoque

Austriacum expressè probat, teste *Waltero de Jure consuetud. Aust. lib. 3. Tit. 96. Bey Herren und Ritter - Stände*, i. e. *Apud nobiles & Equites*, cum inter fratres agenda divisio est, debet natu major divisionis partes constituere, totidemque diversa divisionis instrumenta (*theil ubell*) conficere, quos sunt fratres. Ea instrumenta debet natu major minoribus natu fratribus proponere, ut quod velint liberè eligant: que electio juxta juris ordinem ab ipsis fieri ita potest, ut natu minimus primo loco, qui proximus huic est atate, secundo loco eligat, & sic porro gradatim. Ubi autem moras necit natu major, non statuens partes divisionis, vel natu minor non eligens; valent tunc in eos judicis auctoritas, faciat que judex divisionem ex officio, si eorum tanta est contumacia. Ceterùm, si femina cum Mascululo in divisione hereditatis concurrat? licet illa natu minor, dividit tamen, & masculus eligit. *Carpzov. Part. 3. Const. 15. def. 7.*

139 Quod ipsum an & Jure Austriaco maneat? nullibi desuper potui invenire Constitutionem, & impensè optandum foret, ut tandem aliquando determinata de hereditatibus Constitutio in apicem prodiret. Interim quomodo, in major divisionem debeat constituere? vide *Walter. loc. cit.* ubi ait *Es sollen die Theile i. e. Non oportet partes ex voluntate natu majoris constitui: Sed ea ex consuetudine praestorum judicio* (*nach herren anschlag*) constitui debent & *estimari*. Res autem mobiles, veluti *clenodia*, *vasa argentea*, & *similia*, secundum pretium apertis *hominibus juratis dictum* estimantur. Plura de hac divisione videre possis apud eundem *Walter. Carpzov. loc. cit.* Quibus annuera *Schurpff. cent. 1. Const. 71.* & *Struv. loc. cit. thes. 11.* & *thes. 16. per tot.*

140 *Actiois Communi dividendo* Casus; ego, & Pamphilus habemus hortum communem quem nobis donavit, vel legavit quidam cognatorum. Cum verò circa fructuum perceptionem frequentes inter nos rixæ orirentur, ideò ego peto, fundum dividi. Pamphilus recusat.

141 Q. quomodo, mihi contra Pamphilum consultum sit? R. Per actionem communi dividendo, Quæ vulgò definitur, quòd sit civilis, mixta, duplex, quæ inter eos datur, inter quos res aliqua particularis communis est, ad hoc, ut dividatur. Et, quod alteri ab altero prestari æquum est, præstetur. Dixi I. Civilis, quia descendit ex Leg. XII. Tab. & ideò introducta est, quia nemo invitus cogitur manere in communione, eò quòd communio pariat discordia; Reipub. autem intersit, ne inter cives discordiæ sint, l. 21. §. fin. ff. de captiv. Et postlim. revers. Manz. n. 7.

142 Dices: Ad rem communem dividendam datur actio pro Socio; aut familie herciscundæ, ergò hæc actio communi dividendo est otiosa, Et superflua. R. Actionem pro Socio tunc competere quando res communis est ex contractu, aut conventionione: & actionem familie herciscundæ competere, pro dividenda re aliqua universali, puta, hereditate: actionem verò communi dividendo fortiri locum, quando res aliqua sit communis non ex conventionione, aut contractu, sed incidenter, fortè, quando una, eademque res duobus legata; vel donata fuit; vel, quando una, eademque res à duobus simul empta est simpliciter sine affectione Societatis, l. 2. ff. commun. divid. l. 2. Cod. pro Socio.

Dixi II. mixta, quia partim realis, partim personalis. Realis quidem, quantum scilicet ad portionem suam, quam quis petit. Schneid. n. 2. Personalis,

quia ex quasi contractu oritur, § 3. Inst. de oblig. que ex quasi contract. Dixi III. duplex quia par est utriusque causa, & uterque rei communis dominus est; actoris tamen loco ille habetur, qui prius ad iudicium provocavit. Manz. n. 9.

Cui competat? Hæc actio communi dividendo duplex est, directa, & utilis. Directa datur habitis, qui rem aliquam communem habent, eamque pro indiviso possident, l. 1. ff. commun. divid. Nec refert, res illa mobilis sit, sive immobilis. Item, quoquo modo communis; sive causa Societatis; sive alia, l. 2. communi divid. modo possessio non sit injusta, l. 7. §. 4. ff. eod. ubi inter prædones hæc actio non datur. Zoef. ff. d. t. n. 6. Manz. num. 12. Utilis datur emphyteuticæ Usufructuario d. l. 7. §. S. Sicutio. Item ei, qui in fundum, quem creditur, sibi esse communem cum Titio, communis erat cum Sejo, expensas, vel sumptus fecit, l. 6. ff. commun. divid. Zoef. loc. cit. Schamb. Inst. de Oblig. que ex Quasi Cont. §. 4.

134 Contra quem detur? Datur contra illum, qui rem communem possidet, ad hoc, ut res communis dividatur, & reus ea præstet, quæ præstari æquum est; puta, fructus, quos fortè solus percepit, dividat & expensas pro rata refundat, damna quoque, ex dolo lata, & levi culpa illata, resarciat. Struv. lib. 10. Tit. 3. Exercit. 15. thes. 23. Disceptatur, an pater in testamento possit præcipere, ut filii in perpetua maneat communione? Vide Harp. Inst. de Oblig. que ex quasi cont. §. 3. num. 48. Et Schneid. Inst. hic. n. 21.

Casus Actiois finium regundorum. Habeo, agro tuo confinem, agrum, qui per terminos lapidales invicem discreti sunt. Tu arando evellis limites lapidales, & præterea aratrum ultra, quam decet, in

in meum agrum infer. Ego peto ut novi termini ponantur; tu recusas. Q. quomodo mihi consulatur? R. Per actionem finium regundorum, quâ ego peto, ut novi termini, id est, *Neue March-Stein* ponantur, & Sempronius condemnatur, ne deinceps aratrum suum ultra limites exerceat; & partem occupatam mihi restituat.

145 Unde *Definitur* actio finium regundorum, quod sit *actio civilis, mixta, duplex, qua inter eos agitur, qui confines agros habent, ad constitutionem novorum terminorum, vel reparationem antiquorum, item ad præstationem fructuum, & interesse.* *Manz. & Schneid. Inst. hic.* Unde sua sponte fluit, quod regere hic nihil aliud significet, quam *dividere, discernere, vel fines in pristinam formam restituere, Zosf. ff. finium regund. n. 4.* cæterum! cui? contra quem? & ad qui hæc actio competat? facile est conjicere, possis etiam videre *Struv. Exercit. 14. Lib. 10. tit. 1. per tot.* ubi latissime de materia finium, & terminorum lapidalium scribit.

§. OMNES 21.

Absolvimus tres actionum *Divisiones*; sequitur nunc *quarta*, videlicet, quod aliæ in *simpulum* conceptæ sint, aliæ in *duplum*, aliæ in *triplum*, aliæ in *quadruplum*; ultra quadruplum autem nulla extenditur actio ut aliquis in Jure pœnatur finis, & modus sit. Deinde! cum pœne omnes Legislatori sint arbitrariæ, merito stat pro *Ratione Voluntatis*, ut, proinde in inquirenda ratione, quare hæc: vel illa pœna pro hoc: vel illo delicto statuta sit? solliciti, & anxii esse non debeamus.

§. IN SIMPLUM. 22.

In *simpulum* agere, dicimur, cum rem nostram, vel nobis debitam, petimus
Kees ad Institut.

absque aliqua *geminatione, vel multiplicatione*: vel quando pœnam aliquam absolute, sine ulla re, persequimur. Sic in exemplo, quando *exspudatione* petimus rem *promissam*; ex *mutui datione* rem *creditam*, ex *empto*, & *vendito mercem*, vel *pretium*, &c. tunc dicitur agere in *simpulum*.

§. IN DUPLUM. 23.

Actiones in *duplum* dicuntur illæ, quibus præter rem, nobis debitam, aliquid *ultrâ* petimus, quod æstimationem rei debitæ duplo excedit, tales actiones hic quinque enumerantur. I. Actio *furti nec manifesti*, de qua egimus *Tit. 1. de oblig. qua ex delicti*. II. Actio *damni injuriæ* ex lege *Aquilia, de qua extat §. 14. supra ad Leg. Aq. III.* Actio *depositi* ex causa *incendii, tumultus, ruinae, naufragii* adversus inficiantem, in qua tamen actione duplo *simpulum* rei inest *l. 1. ff. depositi*. IV. *Servi corrupti*, quæ oritur ex delicto ejus, qui *Servum* alterius, dolo malo, & calliditate quadam corrupti, in qua totum interesse & damnum duplicatur. *Perez. Inst. hic.* V. Actio *ex testamento*, quæ pro legato, venerabilibus locis relicto, competit adversus heredem, qui legati solutionem differt, donec *Judicio* conveniatur; vel, qui legatum negavit; *de qua Actione §. 19. h. t. egimus.* Superest, ut, cum de reliquis quatuor jam egerimus, de actione *servi corrupti* agamus, quæ (cæteris saltem, quatenus ad filiosam trahitur) *Utilitate non caret.*

De actione *servi corrupti* Casus: *Habui Servum, vel sibi fam. vitæ moribus valde conspicuum, & præclarâ indole bene insignitum, huic concessi, utpote industrio, & sedulo, certam pecuniæ quantitatem, ut cum ea negotiaretur. Sempronius, vir, vitæ*

perdita persuasit filio ut *usu*, *comptationibus*, & *conviviis* pecunias profunderet. Filius, sic inductus, pecunias dilapidavit; & mores, tam corruptos, contraxit, ut corruptionem, si fieri posset, 100. fl. emendarem. Q. quomodo mihi contra *Sempronium seductorem* consultum sit? R. quòd à me impeti possit actione servi corrupti, quàm peto, ipsum in duplum, id est 200. fl. condemnari.

Quid est actio servi corrupti? Est actio *pretoria*, *personalis*, *mixta*; *domino* servi *competens adversus eum*, qui *servum* corruptit, *in duplum*. Dicitur I. *Personalis*, quia descendit ex delicto. II. *Pretoria*, quia datur ex delicto Pretoris l. 1. ff. de *Serv. corrupt.* III. *Mixta*, quia non solum rem ipsam, & verum interesse: sed etiam poenam persequitur.

Cui *competat*? *Observa*! hanc actionem aliam esse *utilem*, aliam *directam*. *Directa* datur *domino* servi corrupti l. 1. ff. de *Serv. corrupt.* *Utilis* datur *patri*, si filius ejus per aliquem corruptus fuerit. Item *Marito*, si *Uxor* corrupta sit. Et; licet *liberi homines* *estimationem* non recipiant; agit tamen *Pater* & *Martius* ad *estimationem operarium*, quas filius, & uxor praestare potuissent, si corrupti non essent.

246 *Contra quem competat*? *Directa* datur *domino* contra *corruptorem* servi sui, qui scilicet suo *consilio* vel *persuasionibus* *servum bonum* fecit *malum*? vel *malum deteriorem*. *Utilis* datur *patri* contra *corruptores* suorum *liberorum* l. *Ut tantum*. ff. de *serv. corrup.* ubi putat *Gomez. n. 11.* hanc actionem etiam *patri* applicari posse, si *filiam virginem* habuerit, & eam quis *depravaverit*. At sciendum! *hodie* illum, qui *virginem* corruptit, ex *Jure canonico* cap. 2. *de adult.* teneri, in

uxorem ducere, & (aliqui legunt *aut*) secundum ipsius dignitatem, & corruptentis facultates *notare*. Quanta autem dos constitui debeat? id arbitrio *Judicis* determinandum relinquatur. Illud tamen certum est, post ablatam *virginitatem* dotem majorem debere constitui, quoniam *Virginitas*, quae *secunda dos* dicitur, perit. *Schneid. n. 13.* Sed

Quae *requirantur* ut actio servi, vel filii vel uxoris corruptae *competat*? requiritur I. ut *servus* sit in *moribus*, five *animò* corruptus. Si enim in *corpore* duntaxat laedatur, vel *corrumptur*? non actio de *servo corrupto*: sed *legis Aquiliae* datur §. 13. *Inst. de leg. Aquil.* II. Ut quis *dolo malo* persuaserit. Nam! *dolo* cessante, ut quia *lusu* gratia quis aliquid *suasit*, cessat haec actio l. 3. ff. de *Serv. corrupt.* actibus enim in cunctis *dominatur* sola *voluntas*. *Manz. num. 21.*

148 *Ad quid competat*? Datur ad *duplum* *damni* accepti, ut, si ante *corruptionem* *servus* valuerit 24. post *corruptionem* autem tantum 14. & sic 10. minus valeat, ago non tantum ad *damnum* datum; sed ad *duplum*, id est, ad 20. Deinde! si *egit dominus*, *racione* servi corrupti, ulterius *subjicit*, quia, praeter *corruptionem*, *servus* mihi ex *dolosa* *persuasionem* *furatus* est *calicem*, valentem 30. fl. peto quoque, *persuadentem* ad *scyphum*, & ejus *estimationem* condemnari *Schneid. num. 15.* Quando verò *pater* agit pro *filio*, vel *filia* corrupta, tunc *estimatio* non refertur ad *corpus*, quia *liber homo* *estimationem* non recipit, sed ad *operas* *estimandas* quibus *pater* vel *maritus* *privatur*. *Harp. num. 9.* *Manz. n. 29.* tibi ponit exemplum in *filia*, ita *liberaliter* *instituta*, & *educata*, ut eam *pater* *modicà* *dote*,
v. g.

v. g. 100. fl. facild in Matrimonium etocare potuiffet; fed, quia aliquis animum ita corrumpit, ut etiam cum dote 300. fl. vix poffit nubere, ided (putant) corruptorem ad duplum interefle, id est, 200. obligari. *Manz. num. 29.*

§. TRIPLI. 24

149 In Triplum una tantum est actio, puta, *condictio ex lege*, ob majores *sportulas*, &c. Quæ olim dabatur Reo contra actorem, qui per fraudem plus debito in libello complexus est, ut *Viatores*, sive *Apparitores* majores *sportulas* acquirerent. Hodie ista actio usum nullum habet, quia *apparitores*, sive *executores* sua quisque certa *salaria* habent,

§. QUADRUPLI. 25

Recensentur in hoc §. actiones in *Quadruplum*, quarum quatuor repertiuntur I. actio *furti manifesti*, de qua *hoc lib. tit. 1.* egimus. II. actio, *quod metus causa*. III. de *calumniatoribus*. IV. *condictio ex lege adversus executores*. Et quia posteriores duæ habent aliquam *affinitatem* cum §. *preced.* ided primò locò agemus.

150 De *actione in factum contra Calumniatores*. Pro pleniori hujus §. intellectu *observa*, calumniatorem alium esse in *causis criminalibus*, qualis ille dicitur, qui sciens, prudensve alicui falsa *crimina* dolò malò intentat, juxta l. 1. §. ff. *ad SC. Turpill.* cujus convicti *pœna* olim erit ex lege *Remna*, ut ejus fronti *littera K.* inureretur; sed id *fustulit Constantinus* l. 17. *Cod. de pen. postea* *introducimus* l. 17. *Cod. de calumniat.* sed & ista *pœna* exolevit, remansit hodie adhuc *pœna infamie* l. 8. *Cod. eod.* Huic calumniatori *similes* quasi sunt *prevaricatores*, qui vera *crimina* ab-

condunt, *probationes* proprias *dissimulando*, & *falsas* *accusationes* *admittendo*, d. l. 1. §. 1. item *tergiversatores*, qualis ille dicitur, instituta, & *ordinata* *accusatione*, sine *abolitione*, id est, sine *venia* *desistendi*, ab *accusatione* *desistit*, l. 10. *Cod. ad SC. Turpill. Schamb. hic.* De his autem hoc §. non agitur, sed de *calumniatoribus*, in *causis civilibus*, qualis illi dicuntur, qui ided *pecuniam* accipiunt, ut, *calumnie causa* alicui *facerent* *negotium* in *Judiciis*, vel non *facerent*. Quod ut melius percipiatur, ponitur talis

Casus: Tametsi cum *Sempronio*, mihi nihil unquam negotii fuerit; ipse tamen accepit à *Titio* 20. fl. vel aliud *Emolumentum*, ut mihi *litem* inferret, & sic me in *Judiciis* per *biennium* *dixavit*, probè gnarus, se nihil *proffus* habere *Juris*. Vel aliter: *Sempronie*, nullam *proffus* *adversus* me habens *actionem*, *Calumnia*, & *Vexationis* causa, me volebat trahere in *Judicium*. Ego, homo à *Judiciis*, *litibus* multum *abhorrens*, 10. ei dedi, ut *Judicium* *evitarem*. Q. *quomodo* mihi *contra* *Molitionem* *Sempronii* *confidatur*? R. quòd habeam *adversus* ipsum in *utroque* *casu* *actionem* ex *Edicto* *Pretoris* *in factum*, quæ peto, *quadruplum* *acceptæ* *pecuniæ* mihi *collatui*. *Manz. num. 3. & 4.*

152 *Quid sit actio in factum de Calumniatoribus*? *Depinitur* hæc actio, quòd sit *personalis*, *pretoria*, *mixta*, quæ datur *contra* eum, qui *pecuniam* ided *accepti*, ut alicui *innocenti* per *calumniam* *negotium* in *Judicio* *faceret* vel non *faceret*, *intra* *annum* in *quadruplum*, *post* *annum* in *simpulum*.

153 *Cui competat*? *Dic* breviter, quòd datur ei, qui *desit* *pecuniam*, ne trahatur ad *Judicium*, l. 3. §. *fin. ff. de*

calumniat. Quod si verò alius dederit pecuniam; tunc res *Distinctionis* ad-municulo, determinanda est: aut alius tibi dedit pecuniam, ut me calumniosè in Judicium traheres, & is nihil repetere potest, quia tecum est in pari causa turpitudinis, sic mihi hæc actio datur *d. §. fin.* Aut alius tibi dedit, ne me calumniosè trahas in Judicium, & tunc mihi datur hæc actio ad quadruplum ejus, quod sic accepisti; ei verò, qui dedit pecuniam datur ad simplum, *l. 7. §. 2. ff. eod.* Sanè hæredi ejus pecuniam dedit, ne trahatur in Judicium, actio hæc non in quadruplum, sed in simplum datur per *apert. text. l. 4. ff. eod. Schneid. n. 14.*

154 *Contra quem competat?* Datur I. contra eum, qui à tertio accepit pecuniam, ut litem calumniosam moveret. II. Contra dantem, qui scilicet tertium subornavit, eique dedit pecuniam, quia & iste pœna quadrupli tenetur, *l. 31. Cod. de Episcop. & Cler.* III. Datur domino principali contra suum procuratorem, vel Advocatum, qui pecuniam accepit, ut domini negotium per calumniam ageret, id est, ut ab adversario se pateretur vinci, quo casu, & accipiens, & dans in quadruplum tenetur. IV. Contra hæredem accipientis, quatenus ad eum pervenit: nam turpia lucra etiam ab hæredibus repetuntur; licet crimina extinguantur, *l. h. hæredem. ff. de calum. Schneid. n. 22.*

Quid requiratur? Ut hæc actio fortiaur locum, desideratur I. Ut pecuniam calumniator accepit ad hunc finem, ut calumniosam actionem institueret, vel, ne illam institueret; aliàs, si pecunia daretur, ut crimen non detegeretur, ex *S. C. Turpilliano* tenetur, prout dictum, II. Ut pecunia

data sit, ob negotium Judiciale calumniosam; nam si negotium extra judiciale foret, alia daretur actio, sic v. g. si tibi dedi 100. ne me spoliare, actio, quod metus causa, aut conditio ob turpem causam mihi accommodaretur. Ita *Schneid. n. 22. & 23.*

Ad quid datur? Intra annum ad quadruplum (cui tamen inest simplum) post annum in simplum hæc actio datur. *Manz. n. 16. & 17.* 155

De conditione ex Lege adversus Executores.

Hæc actio datur contra *Executores*, 156 seu *Ministros publicos*, qui exigunt aliquid ultra *constitutas* & *consuetas sportulas*. Facit enim, *Vienne* consuetudine inductum esse, ut pro singulis citationibus Apparitori solverentur 6. crucig. & is exegerit 12. Q. *quomodo solventi* 12. *consulatur?* R. per conditionem ex lege adversus executores, quæ sic definitur, quod sit actio *personalis, civilis, mixta, quæ datur ei, qui, ad instantiam executorum, majores sportulas solvit, contra ipsos executores ad quadruplum ejus, quod injustè exigerunt.* *Schneid. n. 24.*

Hodie univerfa propemodum locorum consuetudine taxata sunt salaria executorum, ut ista actio usum vix nullum habeat, & aliunde actiones in duplum, triplum, & quadruplum penitus exoleverunt: proinde, si executor, plus debito, exegerit, pœna extraordinaria afficiendus erit, *Schneid. num. 26.*

DE ACTIONE, QUOD METUS CAUSA.

Hæc actio ut melius percipiatur, *no-* 157 *tandum*, eam competere pro vi illata violentia; violentiarum verò esse *V.* Genera.

158 Genera. Nam I. quædam Violentia dicitur *expulsiva*, quæ propriè cadit in res *immobiles*, quando scilicet quis *deicitur ex possessione fundi, adium, &c.* & pro tali violentia datur Interdictum *unde Vi*, ad recuperandam possessionem, prout §. 6. de *Interd.* audiemus. II. est quædam Violentia *ablativa*, quæ circa res *mobiles* committitur, quando per vim ejusmodi res rapiuntur, & auferuntur, de qua violentia *Tit. de Vi honor. rapt. supra.* III. Est quædam violentia *turbativa*, quæ committitur, quando duo, pluresque prætentendunt, se possessores esse ejusdem rei, & unus turbat alium, & si cadit in res *immobiles*, proditum Interdictum *uti possidetis*, si verò in rebus *mobileibus*, tunc Interdictum *utrubi locum* habet. IV. Est quædam violentia *quietativa*, quando aliquis, qui non est possessor, nec præterdit, se esse possessorem, vi aut clam inquietat, & non sinit, alium uti re sua quietè, quo casu Interdictum, *quod Vi*, aut *clam* competit. V. Est quædam violentia *compulsiva*, quando quis per vim & metum cadentem in *constantem virum*, compellitur, ad aliquid *dandum*, vel *faciendum*, & tunc ista actio, quod *Metus causa* locum habet, *Schneid. nu. 33. & 34.* quam exemplificat similis

159 *Casus*: Equum habui, valde generosum, quem sibi vendi, frequenter me Titius rogavit. At ego id tenui. Titius, evaginato gladio, me ad venditionem urisit. Ego, metu consternatus, & præsentis periculi timore percussus, equum ipsi vendidi 40. s. quem vendere nunquam cogitavi, aut, si vendidissem, non, nisi 80. s. vendidissem. Q. *quomodo mihi contra ipsam consultiun?* Certum est, quod de Jure civili nulla mihi adversus ipsum competat actio, quia *contra voluntas est*

etiam voluntas, qui enim vi, metuve cogitur, verè consentit, *inter duo scilicet mala minis eligendo.* *Manz. n. 5.* Sed Prator, æquitate inductus, tale Edictum proposuit: quod, *Metus causa*, gestum est, rationem non habeo, *l. 1. ff. quod met. caus.* licet enim coactus velit, non tamen vult, ut volens, sed, ut coactus. Deinde Temeritas metum intentienti lucrum parere, aut prodesse non debet. Hinc descendit actio quod *metus causa*.

Quid sit actio, quod *Metus causa?* 160
Actio, quod *metus causa*, definitur, quod sit actio *personalis*, in rem scripta, prætorica, quæ datur illi, qui per metum, cadentem in *constantem virum*, ad alienandam, vel dandam aliquam rem, coactus est, contra quemcumque possessorem rei, & *infra annum ad quadruplum* ejus rei, post annum ad *simplem*, &c. Dicitur I. *personalis*, quia descendit ex obligatione, puta, ex delicto *concessionis*, & *Coactionis*. Dicitur II. *in rem scripta*, quia non solum datur adversus eum, qui metum intulit, sed adversus quemcumque, qui ex metu illato sensit commodum; licet ipse metum non intulerit, nemo enim debet ex delicto alterius lucrum sperare. Et in hoc sapit naturam *realem actionum* *Schneid. n. 35.*

Dicitur cum actio, quod *metus causa*, adversus quemcumque possessorem datur, cur non vocatur *realis*? R. denominationem fieri à causa principali; principalis autem causa hujus actionis est *Delictum*; ergo *personalis* dicenda; licet etiam ipsam rem persequatur. *Manz. n. 13.* Unde in *rem scripta* dicitur; quales dicuntur illæ actiones, quæ ex natura sua quidem *personales* sunt; quia tamen etiam *rem* persequuntur, ideo actiones illæ, in *rem* scriptæ esse, dicuntur. *Schanb. hic.*

Dicitur III. *Prætoria*, quia prætor illam introduxit. Reliqua *depositionis* verba ex decursu redduntur perspicua, quando declarabimus, cui? *adversus quem?* Et ad quid hæc actio competat? quod priusquam præstemus, Sequitur

¶ 61 *Quæ requirantur ad Actionem, quod Metus causa?* Ut hæc actio competat, requiritur I. ut agatur pro *Violentia compulsiva*, qua quis ad aliquid *dandum*, vel *faciendum*, adactus est. II. Ut metus talis fuerit, qui cadit in *constantem virum*, qualis est metus *mortis*, *cruciatu corporis*, *servitutis*, *inarcerationis*, &c. Num autem talis metus sit? diferti Judicis arbitrio, pro qualitate personarum determinandus *minor in femina*, & *homine minus robusto*, aut *adulto* sufficiet. Illud non *refert*, si metus illatus ipsi actori, aut liberis ejus; pater enim plus censetur diligere suum filium, quam se ipsam, & nullus est affectus, qui vincat paternum, *l. fin. Cod. de Cur. fur.* Unde si quis dedit aliquid, ne filia aut uxor stuprum patiat, per hanc actionem id repetere potest, cum ille metus *Viris bonis* major, quam *mortis*, esse debeat, & gravior sit *Viro Adulterium Uxoris*, quam *Occisio proprii filii*. *Schneid. num. 38.*

¶ 62 Porro cum non quilibet metus hanc actionem pariat, ideo sciendum, V. esse genera metus. I. *Metus facti*, quando scilicet imminet periculum *mortis*, *cruciatu corporis* &c. & de hoc metu procedit hæc actio. II est metus *minarum* qui hanc actionem non producit *l. 9. Cod. quod met. caus.* nisi I. persona, quæ minatur, possit minas ad effectum perducere. II. nisi consueverit, tales minas perducere ad effectum *l. 5. Cod. cod. III.*

nisi sint minæ atrociores, *facti* scilicet, his enim tribus casibus etiam metus *minarum* hanc actionem progenerat, *Schneid. n. 41.* in reliquis casibus poterit is, qui minarum metu percussit, officium Judicis implorare, & cautionem, de non offendendo, petere, *Schneid. n. 42.* III. est metus *potentie publicæ*, quando is, qui incutit metum, est potens, & superior aliquis dominus, sic est *Comes*, *Baro Nobilis* erga *rusticos*, &c. Enim verò

Est rogare Ducum *species violenta* jubendi,

Et, quasi nudato supplicat ense Potens.

Unde si subditus rogatus, suo Comiti fundum vendat, vendidisse, censetur. Hic tamen metus *potentie publicæ* hanc actionem, quod metus causa, non parit, sed talis contractus officio Judicis, & *conditione ex l. pen. Et ult. Cod. Quod met. caus.* rescinditur. IV. est metus *reverentialis*, quem pater habet in *liberos*, *maritus* in *uxorem*, *Patronus* in *libertos*, & ille metus etiam non inducit actionem, quod *metus causa*; sed actus, tali metu initus, officio judicis venit rescindendus *l. 1. §. 6. ff. quar. rer. act. non dat.* V. est metus *perfidie*, quando, ad celebrandum contractum, quis sollicitatur ab aliquo, cujus perfidiam timeat. Veluti si *cliens*, rogatus ab *advocato*, *Medicus* ab *agrote*, &c. eis vendat fundum. Et nec ille metus producit actionem *quod met. caus.* Contractus tamen initus officio Judicis rescinditur *l. 6. Cod. de postul. l. si Medicus ff. de var. Et extraord. cog.* Ex dictis, veluti fonte, fluit, quod solus metus facti ponat hanc actionem, quod

quod met. caus. Alio metus genere contractus initus, rescinditur officio Judicis. *Schneid. n. 50.*

163 Cui competat? Statuo breviter, quod detur metum passio, sive in se, sive in liberis, sive in uxore. Et, cum sit rei persecutoria, datur etiam hæc actio heredibus, metum passi, l. 16. §. 2. ff. quod met. caus. *Schamb. hic.*

164 Contra quem competat? Competit I. contra metum inferentem II. contra ejus hæredes in id, quod ad eos pervenit, turpia enim luera etiam ab heredibus revocantur l. 16. ff. eod. licet enim (inquit Textus) pena ad heredem non transeat? attamen, quod turpiter, vel scelere questum est, ad compendium heredis non debet pertinere. *Schamb. hic.* III. contra hæredes heredis; etiam si ad illos nihil pervenerit, sed res per primum heredem consumpta sit, sufficit enim, semel pervenisse ad proximum heredem, l. 17. ff. h. t. quæ lex ita ait: *sufficit enim semel pervenisse ad proximum heredem, & perpetua actio esse capit, alioquin dicendum erit, nec ipsam, qui consumpsit, quod ad eum pervenit, teneri.* Et hæc lex singularis est, teste *Brumem.* Ubi dicit: quando regula limitatur, actiones, ex delictis competentes, non transire contra heredes; nisi aliquid ad heredem pervenerit, quod hoc ita solet declarari; si tamen ad primum heredem pervenerit, sufficit, & sic actio erit perpetua. Pervenisse autem dicitur tempore litis contestate, ut, ille sensus esse, videatur, si hæres tempore litis contestate rem habuerit: licet postea amiserit, adhuc tenetur. *Schamb. hic. §. dicit.* Unde si ante litem contestatam res apud primum heredem, bonæ fidei possessorem casu perierit, putat *Brum.* ad l. 20. ff. eod. heredis hæredes non te-

neri. IV. contra quemcumque possessorem, vel detentorem rei, per metum ablatæ; sive habeat rem ex titulo oneroso, sive lucrativo, &c. *Schneid. num. 52.*

Ad quid competat? Datur hæc actio intra annum in quadruplum, post annum in simplex. Ubi tamen observa, non statim reum condemnari in quadruplum; sed tunc demum, quando Judex rem, metu ablatam, restituere reum jussit, & is Judicis jussui non obtemperaverit. Solet enim Judex interloqui, ut rem restituat intra 10. dies: vel tempus, ad hoc in sententia præscriptum. Quod si à contrario jussui Judicis reus pateat, remque restituat, absolvitur; sin minus, condemnabitur in quadruplum; quadruplicatur autem omne, quodcumque restitui oportet, id est æstimatio rei, & fructuum, l. 14. §. 7. ff. quod met. caus. Tenetur autem hoc quadruplum præstare non tantum is, qui metum intulit, sed & tertius rei, metu extortæ, licet bonæ fidei possessor, idque in poenam contumaciæ, quod jussui Judicis, præcipientis, rem restituit, non paruerit. Unde *Ulp. in d. l. 14. §. 1.* ait: *Satis elementer Praetor cum reo egit, ut daret ei restituendi facultatem, si vult poenam evitare.* *Schamb. hic.* Illud, coronidæ loco observa, quod si, metum passus, aliquid pretium acceperit, illud, metum inferenti, tenetur restituere, & si contra alium, cui metum inferens rem, metu extortam, vendidit, agit, huic secundo emptori pretium restitui debet. Sic est *Text. exp. in l. 3. Cod. de his, que vi, metusque causa, &c. Schneid. n. 67.*

§. SED FURTI. 26.

Supra in §. 32. diximus V. actiones 165 esse in duplum conceptas, scilicet actio.

actionem furti nec manifesti, servi corrupti, legis Aquilæ, depositi in quatuor casibus, puta, tempore incendii, tumultus, naufragii, ruinae, &c. & deinde actionem ex testamento pro legato, venerabilibus locis relicto, &c. hoc §. Imperator ostendit differentias istarum actionum quæ in eo consistunt, quod actio furti nec manifesti, & actio servi corrupti omnimodè, semper & indistinctè sint in duplum ab origine & ex natura; sive neget aliquis, se furtum fecisse, servumque corrupisse, sive confiteatur. Contra verò reliquæ actiones ex sua natura, & origine tantum in simplum dantur; postea autem ex accidenti primum, nimirum propter inficiationem, duplantur. Manz. hic.

§. SIC ITAQUE. 27.

166 In hoc §. ostendit Imperator differentiam inter actiones quadruplas, quæ in eo posita est, quod in his tribus (videlicet actione furti manifesti, actione in factum de calumniatoribus, in conditione contra executores litium) reus condemnetur semper in quadruplum; sive restituere paratus sit, sive non. In actione verò, quod metus causa, tunc demum ad quadruplum agitur, si reus, rem restituere iussus, Judici non paruerit. Est ista differentia, quod in actione furti manifesti quadruplum mera poena sit; in reliquis verò tribus quadruplo res: sive simplum instat. Manz. & Harp. hic.

§. ACTIONUM. 28.

167 Insignis est, & valde memorabilis iste §. in quo V. generalis, & principalis Divisio actionum subjicitur, videlicet, quod omnes actiones sint aut bonæ fidei, aut stricti Juris.

At Dices: omnis bona divisio debet fieri per species, directè oppositas,

& contrarias; sed hæc divisio, qua actiones dicuntur aliæ bonæ fidei, aliæ stricti Juris, non fit per species, directè oppositas; ergò non est bona. Pro resolutione vanæ hujus objectionis 168 nota, quod bona fides verbum sit homonymum, id est duplicem recipiens significationem, & quidem I. bona fides accipitur pro sincero, recto, integro & puro animo, ab omni fraude, calliditate, aut alio improbitatis fomite sejuncto, & in hoc sensu bona fides accipitur pro æquo, & bono, quatenus nimirum opponitur stricto & summo Juri, quod alibi summa injuria dicitur. Hoc supposito, R. ad object. neg. min. siquidem, si bona fides accipitur in secunda significatione, puta, pro æquo & bono, tunc directè opponitur stricto Juri, ut proinde divisio facta sit per species, directè oppositas. Manz. Inst. num. 1. & Schneid. n. 5.

Ex dictis facile colliges, actiones 169 bonæ fidei taliter concinnè & eleganter describi; nimirum, esse illas, quæ largius in bona fide exuberant; seu, in quibus Judex habet largam & amplam potestatem judicandi non tantum de iis, quæ inter partes expressè conventa sunt, sed etiam de iis, quæ naturalis æquitas suadet; licet ea in contractu neque dicta neque cogitata sunt. In exemplo: Ego vendidi tibi fundum, nondum perceptis, sed pendentibus fructibus. Hoc in casu, licet nulla in contractu fructuum mentio facta sit; nihilominus tamen veniunt in actionem empti, l. 13. §. 10. ff. de act. empt. vide quæ diximus lib. 3. tit. 14. num. 17. & seqq. Actiones verò stricti Juris illas esse, in quibus Judex non habet liberam ex æquo, & bono judicandi potestatem; sed verbis pacificentium ita adstrictus est, ut nec in plus, nec in minus, quam verbis

verbis expressum est, reum condemnare possit. Ut, ecce! si tibi fundum, pendentibus, & maturis, fructibus, per stipulationem dare promiserim, & de fructibus nihil dictum aut cogitatum fuerit, fructus non debentur, l. 78. §. 3. ff. de V. O. Manz. n. 6. & 7. Schneid. hic.

AD V. BONÆ FIDEI.

170 Q. in hoc V. quænam actiones dicantur bonæ fidei? Ut breviter te expedias, dic, quod omnes actiones de mundo, quæ in hoc nostro §. 28. in specie non enumerantur, sint stricti Juris: Contra verò illæ, quæ hic in §. 28. recensentur, sint bonæ fidei. Ita communiter docent fere omnes DD. ex ratione, quod *inclusio* unius sit *Exclusio* alterius arg. l. 63. §. 1. ff. de condit. & demonstr. Schamb. Inst. hic. Manz. n. 13. Schneid. n. 7. Harp. n. 71. & seqq. Mynsing. n. 7. & communiter omnes. ita ut auctore sic argumentari possis; hæc, vel illa actio in hoc §. 28. non recensita; ergo est stricti Juris.

Obj. l. 8. de Jud. ubi ita scribitur: *Placuit in omnibus rebus præcipuam esse iustitiæ, æquitatisque, quam stricti Juris, rationem.* Sane, si in omnibus rebus æquitas servanda est, ergo etiam in omnibus actionibus; ergo omnes actiones sunt bonæ fidei. R. Aliud esse, servandam esse æquitatem, aliud verò, posse de iis judicare, quæ inter partes conventa non sunt. Æquitatem Judex etiam in strictis judiciis servare, hoc est, illam summo rigori Juris præferre debet, aut de iis in stricti Juris judiciis judicare nequit, quæ inter partes expressè conventa non sunt: Schamb. loc. cit. Unde sua sponte fuit, quod, licet actio injuriarum, ex æquo, & bono esse,

Kees ad Institut.

dicatur, l. 11. §. 1. ff. de Injur. Item *funeraria* actio ex bono, & æquo oriri, l. 14. §. 6. ff. de relig. & sumpt. fun. actio de *sepulcro violato* in bonum, & æquum concepta, l. pen. ff. de sepulch. viol. *condictio indebiti*, ex bono, & æquo, *introducitur*, l. pen. ff. de condict. indeb. quod, licet (inquam) præmemorate actiones taliter conceptæ, aut introductæ dicantur, omnes tamen stricti Juris sint, ex hac videlicet fundamentali ratione, quia in hoc nostro §. 28. in specie, & nominatim non enumerantur, & Judici illa laxa, & ampla potestas, etiam de non conventis judicandi, non competit. Harp. n. 78. Manz. n. 41.

Q. an illa *clausula*, *Instrumentis inserti solita*, *alles getweulich, und ohne Gefahrde*, actionem stricti Juris transformet in actionem bonæ fidei? Negant, Harp. n. 67. Manz. n. 51. & plures, ab his allegati, ex ratione, quia *modus actionum*, à lego *introducitur*, *privatorum pactis* non potest immutari, l. 17. ff. de R. J. *Affirmant* Berlich. P. 2. conclus. 24. n. 62. Bald. lib. 1. Consil. 343. *Weisenb. p. 1. Consil. 14. n. 17.* ex ratione, quia in l. 152. §. ult. ff. de C. J. *bona fides*, & *clausula*, seu *promissio de præstatione doli*, exæquantur. *Mibi* (ut verum fatear) *præplacet prior opinio*, & *extimio*, illam *clausulam* *ideo tantum adfici*, ut ostendatur *nullum dolum intervenisse*, qui *æquè a contractu stricti Juris* quam *bonæ fidei abesse* debet, Manz. n. 49. Cæterum, cum de nonnullis actionibus bonæ fidei, quæ in hoc §. 28. recensentur, in prioribus libris dictum sit, *ideo illas denuò, sub eadem revocare, supersedeo*, & eas duntaxat, quas nondum tetigimus, hic subjiendas, duxi. Sunt autem earum adhuc IV. puta, actio *prescripta verbis*

M m m m in

in genere, actio *prescriptis verbis estimatoria*, actio *prescriptis verbis ex permutationis*, & *peritio hereditatis*. Itaque sequitur

DE ACTIONE PRÆSCRIPTIS VERBIS
IN GENERE.

IV. Esse contractus innominatos, puta *do, ut des; do, ut facias; facio, ut facias; facio, ut des*, manifestò est manifestius. Ex his contractibus non nascuntur *nominatæ*, & *speciales actiones*, plura enim per istos IV. contractus fiunt, tractanturque negotia, quam rerum sunt vocabula, *l. 2. l. 4. ff. prescript. verb.* atque proinde *difficile*, imò *impossibile* fuisset, cuius negotio proprium nomen actionis applicare. Itaque Imperator dedit generalem quandam actionem quæ ex omnibus negotiis nascitur, quæ per memoratos IV. contractus fiunt, eamque actionem baptizavit *prescriptis verbis*, vel actionem *in factum*. Schamb. *Inj. hic.*

172 Ubi tamen *observa* I. quòd actiones *prescriptis verbis*, & actio *in factum* promiscuè sumantur; ita ut toties competat actio *in factum* quoties actio *prescriptis verbis* competit. In actio tamen *differunt*, quòd actio *prescriptis verbis* in causis *civilibus* tantum; actio verò *in factum* tam in *civilibus* quam in *criminalibus* locum sortiatur. *Manz. n. 12. Schamb. hic. Oldendorp. class. 4. añ. 40.*

173 *Observa* II. & pro *regula capesce*: quòd toties actio *prescriptis verbis*, vel actio *in factum* detur, quoties negotium, quod geritur, naturam contractus habet; sed tamen negotium tale sit, ut ad certam speciem contractus referri nequeat. Ut ecce; Ego unum duntaxat equum habeo, & tu unum; jam, cum nullus nostrum curru

vehi possit, rogo te, ut tuum equum mihi commodes, & promitto, quòd postea meum tibi commodare velim, ut pariter curru ambulatum vehi possis. Tu mihi equum tuum per 8. dies commodasti; ego verò, cum & meò equò uti velles, illum tibi commodare recuso. Q. qualis tibi adversus me competat actio? R. Quòd tibi competat actio *prescriptis verbis* ex contractu innominato *do, ut des*. Sed, quare non datur actio *commodati*? vel *locati*? Ideò, quia commodatum debet esse gratuitum, & in locatione merces consistere debet in pecunia numerata, *Manz. n. 15. & n. 19.* Fac iterum, quòd auri fabro poculum argenteum miserim, ut exploraret ejus pretium, & bonitatem; postea verò, cum poculum vellem repetere, auri faber nolit restituere, Q. qualis mihi adversus auri fabrum applicetur actio? R. Quòd actio *prescriptis verbis*, ex ratione, quia istud naturam contractus sapit; & tamen speciale nomen non habet, quo in casu actionem *prescriptis verbis*, vel actionem *in factum* competere dictum fuit *suprà*. Item III. competit 174 actio *prescriptis verbis* ei, qui merces Magistro navis tradidit, & incertum est an navem conduxerit, an merces vehendas locaverit *l. 1. §. 1. ff. de prescript. verb.* IV. Ei, qui puerum docendum sive nutriendum, aut pecus pascendum dat, ita ut, si post certos annos venerit, pretium communicetur *l. 13. §. 1. ff. eod.* V. Ei, qui vendere vult vestimenta, & emptori dat vendenda, ut pretiò alter utatur. *l. 19. ff. de prescript. verb. l. 11. ff. de R. C. VI.* Ei, qui equos venales experiundos dat, ut, si in triduo displicuissent, reddantur, *l. 20. ff. de prescript. verb.* VII. Ei, qui argentum dat explorandum; si alter, cum dis-

pliuisset, seruo det referendum, idque pereat. *d. l. 20. in fine. VII.* Ei, qui donavit, & alter conditioni adjectæ non pareat, *l. ult. Cod. de rei permu.* Ratio horum omnium non est alia, nisi ista, quòd toties detur actio præscriptis verbis, quoties deficiente ulitata actionum nomina.

Observa III. quòd reperire sit casus, in quibus competit actio in factum; nullatenus verò actio præscriptis verbis. Ut ecce! cùm *Mevius* & *Titius* ambularent juxta *Tiberim*, rogavit unus alterum, ut annulum suum ei ostenderet, ad hoc, ut illum intueretur; cùm autem annulum reciperet, per incuriam annulus ei de manu excidit in *Tyberim*. *Q. qua actione pretium annuli alter consequi possit? R.* Quod actione in factum, que tunc competit, quando negotium sapit naturam delicti, & tamen speciale nomen non habet. Vide latè *Mauz. Inst. hic. n. 5. & seqq.*

DE ACTIONE PRÆSCRIPTIS
VERBIS ÆSTIMATORIA.

¹⁷⁵ Priusquàm hujus actionis naturam excutiamus, præmittendum duxi, quid sit *Contractus æstimatorius*? est autem nihil aliud, quàm *contractus inominatus*, quo rem, certò prætiò æstimatam, quis tradit alteri vendendam ea lege, ut vel pretium conventum: vel ipsa res in corrupta restituatur. *l. 1. §. 2. ff. de æstimatoria actione.*

¹⁷⁶ *Requisita* hujus contractus duo sunt. I. ut res vendenda cum certa æstimatione alicui tradatur. Hinc si res non æstimatur, sed in genere & simpliciter pro justo pretio vendenda committitur; non hic contractus, sed vel locatio, vel mandatam initum esse, censetur. *Hahn. ad b. t. n. 5. II.* ut res

cum in finem tradatur, ut ea vendatur, *d. l. 1.* Unde si ab initio conveniant partes, ut res non alio vendatur, sed ut ipsè accipiens eam pro certo pretio habeat, iterum non hic contractus: sed emptio venditio erit, atque adeò non æstimatoria, sed actio empti venditi locum habebit, *l. 10. §. 4. & 5. §. l. 18. ff. de Jure dot. Effectus* contractus æstimatorii est, ut reus accipiens teneatur incorruptam cum omni causa, puta *fructibus*, qui accesserunt, *l. 18. §. 1. & 2. ff. de pignori. act.* aut æstimationem restituere, *l. 1. §. fin. ff. de æstimat. act.* *Struv. lib. 19. tit. 3. Exercit. 2. th. 6. lit. A.*

Q. I. quid? si plura res fuerit vendita, quam erat æstimata? v. g. *Sejus* proxeneta fundum, vel catenam auream, à *Sempronio* pro 90. æstimatam accepit, & 100. fl. vendidit, teneturque *Sejus* 90. vel 100. fl. restituere. *R.* ante omnia conventionis rationem habendam esse, ita ut, si conventum sit, ut locum proxeneta cedat, standum sit conventioni, *l. 13. ff. de præscript. verb.* cùm pacta dent legem contractibus, *l. 23. ff. de R. J.* quòd si nihil conventum fuerit, lucrum pertinebit, ad dominum, arg. *d. l. 14.* ubi, ut locum cedat proxenete, rem vendendam accipienti, opus est pacto, & conventioni; qua opus non foret, si hoc ipso, quod rem vendendam accepit, lucrari posset id, quod pretium excedit. *Zoef. ff. de æstimat. act.* Accedit, quod ex mandato nihil remanere debeat penes mandatarium; licet extra fines mandati aliquid acquisiverit mandatarius, ut idem hoc casu dicendum videatur à paritate rationis. *Brunneii. in l. 1. ff. de æstimat. act. Struv. loc. cit. thes. 6.*

Q. II. Ad quem spectet periculum rei, ad vendendum æstimato datæ? Occurrunt

in hac Q. duo text. qui sibi invicem vehementer videntur contrariari. I. est in l. i. §. i. ff. de estimat. act. ita sonans: *estimatio autem facit periculum eius, qui suscepit; aut igitur debet ipsum rem incorruptam reddere, aut estimationem, de qua convenit.* II. est in l. 17. §. i. ff. de prescript. verb. his verbis: *si margarita tibi estimata dedero, ut aut eadem mihi adseres, aut pretium eorum. Deinde hac perierint ante venditionem, cujus periculum sit? Et ait Labeo, quod & Pomponius scripsit, siquidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum. Si neuter nostrum; sed duntaxat consensimus; teneri te habemus, ut dolum, & culpam mihi praestes; actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis. Hos duos text. ut in concordiam reducerent, varii varia excogitarunt.*

Ego (ut breviter me expediam) referre existimo, num estimatio facta sit (ut ajunt) propter ipsam rem; num verò propterea, ut sciret accipiens, quanti rem vendere deberet? Sin estimatio propter rem facta sit, ita, ut quasi conditionalis inter dantem, & accipientem contracta sit emptio venditio, fortè, quia proxeneta rem hac conditione accepit estimatam, ut vel pretium exsolveret, vel rem in natura restitueret, tunc fortietur locum d. l. i. §. i. & periculum erit accipientis, ita, ut, si res casu perierit, teneatur ad exsolutionem pretii. Carpov. lib. i. respons. 106. Ratio est, quia estimatio facit emptionem venditionem, & dominium transferri in accipientem. Menoch. lib. 3. praesumpt. 74. & vol. 3. Consil. 229. n. 16. Sin estimatio eapropter facta sit, ut intelligat accipiens, quanti rem vendere debeat, iterum refert, quisnam alterum rogaverit? num dominus pro-

xenetam; num proxeneta dominum?

I. casu estimatio facit periculum proxenetæ, cujus maximè interfuisse, praesumitur, rem vendendam estimato datam esse, & vix videtur rogaturus fuisse, nisi in ejus commodum primariò verteretur. Sic ponamus, me rem venalem habuisse, idque scivisse Titium, negotiandi studio alias detentum. Jam Titius rem istam libenter emisset, spe fortè fretus, fore, ut illam majoris venderet, & sic aliquid lucri faceret. Verùm, cum pecunias paratas non haberet, & praeterea occasione, eam rem pluris vendendi se habere, existimaret, rogavit me, ut illam rem, quam venalem habui; sibi traderem. Ego rem ipsi dedi sub hoc expresso pacto, ut pro ea vel 100. fl. pro pretio ferat, vel rem incorruptam restituat. Titius rem accipit, sed, quem credidit empturum, non emit, & interea res furtò ablata est. Hoc in casu periculum spectat ad Titium, ex Ratione, & Lege allegata. II. casu periculum spectat ad dominum d. l. 17. §. i. eò quòd, utilitas primariò subesse, censeatur. Quòd si vero de Rogatione non appareat, in dubio periculum spectabit ad dominum ita tamen, ut proxeneta dolum, latam, & levem culpam praestet, d. l. 17. §. i. Brionem. in d. l. i. §. i. Brachov. ad Treutl. vol. i. disp. 30. lit. E. Vide etiam Schamb. Inst. hic. Zoës. ff. de estimat. act. & Harp. n. 92.

Ex dictis jam facilè colliges, quid sit actio praescriptis verbis estimatoria, nimirum actio civilis, bonae fidei, quae datur ei, qui rem, estimatione facta, alteri vendendam dedit, ejusque heredi, adversus eum, qui accepit, heredesque ejus, ut vel res restituatur, vel estimatio praestetur, Siruv. loc. cit. ib. §. per tot.

DE ACTIONE PRÆSCRIPTIS VERBIS
EX PERMUTATIONE.

180 Casus: habeo libros Theologicos, de quibus, cum tuo corpore Juris glossato permutandis, inter nos conventum est. Ego ex parte mea conventioni steti, librosque Theologicos tibi quantocyus tradidi: tu verò, licet à me aliquoties amice interpellatus, Corporis Juris glossatum tradere mihi recusas. Q. quomodo mihi contra te prospectum, consuluntve sit? & R. quòd mihi adversus te competat actio præscriptis verbis ex Permutatione. Quam eleganter descripservis, quòd sit actio personalis, civilis, bonæ fidei, competens ei, qui rem certam animo permutandi dedit, ad hoc, ut ab altero res vicissim tradatur; aut res tradita restituantur, ut denique id, quod interest, præstetur Manz. Inst. hic. n. 7.

181 Dixi I. personalis, quia descendit ex contractu innominato, puta, do, ut des seu Permutatione, quæ contractus est vetustissimus, & omnium primus. Oldendorp. *Class. 4. act. 37. pag. 737.* ubi observa, Nonnullos magnopere invicem altercari, num contractus innominatus do, ut des, à permutatione differat? ita, ut aliqui existiment, in eo differre, quòd permutatio tunc fieri dicatur, quando certæ rerum species commutantur cum certis speciebus, veluti, si do tibi meum equum, ut tu mihi des tuum. Contra verò contractus do, ut des tunc celebrari dicitur, si genus cum specie commutetur, v. g. si do tibi equum, ut des mihi frumentum; vel, si do tibi vinum, ut des mihi frumentum Manz. n. 12. Zoëf. ff. de permut. n. 4. Harp. n. 85. Verùm ne do lura capitina otiose contendas, do, permutationem, & contractum innominatum

do, ut des, reipsa non differre, cum nemo tam incurius presumatur, qui hunc contractum ineat, nesciens, quid recepturus sit. Schamb. & Vult. hic.

Dixi II. ei, qui rem dedit; permutatio enim solo consensu non contrahitur, sed rei interventu, ita, ut prius non producat actionem, quàm res ex una parte data sit, l. 3. Cod. de ver. permut. Brunem. ibid. In quo differt permutatio ab emptione venditione, quæ solo consensu perficitur. Manz. n. 11.

Dixi III. ad hoc, ut ab altero res vicissim tradatur; aut res tradita restituantur; aut denique id, quod interest, præstetur. Ubi, impenſe velim, observes: Quòd in præfixo casu in meo positum sit arbitrio, & libera voluntate, num, postquam mea ex parte contractum adimplevi, adversus te agere velim ad hoc, ut & tu ex tua parte contractum impleas, quo in casu actio præscriptis verbis mihi competit: num verò pœnitere velim, ita, ut malim, libros Theologicos mihi restitui, quàm ex tua parte contractum adimpleri, & possum variare meam petitionem, atque petere, ut libri Theologici, tibi jam traditi, mihi restituantur, quo in casu mihi competeret condictio causa data, causa non secuta d. t. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut. Zoëf. ibid. Ratio hujus est, quia in contractibus innominatis locus est pœnitentiæ ex parte illius, qui implevit contractum, l. Si pecuniam. ff. d. t. Oldendorp. loc. cit. fol. 741. Dixi: ex parte illius, qui implevit contractum, alter enim, cui vel maximo deinde vellet adimplere contractum, non tenetur amplius rem recipere, cum mora sua cuique uocet. Manz. n. 40. Wesenb. in parat. ff. de transact. n. 7. Quo pulchre facit l. pen. Cod. de ver. permut. & Brunem. ibid. Porcò, sicuti

n electione est illius, qui ex sua parte contractum implevit, agere ad hoc, ut ex altera parte etiam impleatur; vel, ut res tradita restituatur, & sic à contractu discedatur, ita quoque is, qui non implevit traditione permutationem, non tenetur præcisè, tradendo rem conventam, implere contractum; sed, præstando interesse, se liberare poterit, *l. 4. Cod. d. t. Brunn. ibid. n. 4. & Bartol. in l. ult. Cod. eod.*

DE PETITIONE HÆREDITATIS.

182 *Casus*: Titius decessit ab intestato, & ego sum proximus illius Agnatus, ita ut conjunctione sanguinis me nullus anteedat. Vel: Titius fecit testamentum, & me in illo heredem scripsit. Ego hæreditatem adivi, & me heredem declaravi. Interim Cajus totam hæreditatem, vel ejus partem, vel rem aliquam hæreditariam occupat, & ut mihi eam restitueret, amicum requisitus, retractat. *Q. quomodo mihi consultum sit? R.* quod detur mihi actio, quæ vocatur *petitio hæreditatis*, quæ peto, me declarari heredem, & Cajum condemnari ad id quod possidet, mihi unà cum fructibus restituendum. *Manz. Infr. hic. n. 3.*

183 Unde definitur *petitio hæreditatis*: quod sit actio in rem universalis bonæ fidei, quæ datur ei, qui vel ex testamento, vel ab intestato heres est, adversus eum, qui pro hærede vel pro possessore rem hæreditariam possidet, ad hoc, ut declaretur heres Titii, pæd defuncti, & Cajus condemnetur, ut hæreditatem, vel partem ejus, vel rem hæreditariam, quam possidet, restituat unà cum fructibus, & emolumentis: *Oldendorp. Class. 5. fol. 797.*

184 Dixi I. in rem, quia non datur contra eum, qui nobis ex contractu, vel delicto obligatus est; sed contra eum, qui rem hæreditariam possidet,

quam nobis petimus restitui, quod est proprium actionum realium. *Manz. n. 10. Præterea huc facit l. 8. ff. de petit. hered. ubi hæreditatis petitio vocatur Vindicatio; Vindicationes autem sunt omnes actiones reales, §. 15. Infr. h. t.*

Non obstat, quod per petitionem hæreditatis actor petat, sibi dari pretia rerum hæreditariorum, quas possessor distrahit. Item æs alienum, à debitoribus hæreditariis exactum, *l. 25. §. 18. ff. de petit. hered.* petere autem, sibi aliquid dari, hoc est, dominium transferri, proprium sit actionum personalium, in quibus agitur ad dandum, vel faciendum: in realibus vero ad restituendum. Siquidem exinde plus non sequitur, quam quod petitio hæreditatis multas etiam habeat præstationes personales, *d. l. 25. §. 18.* quapropter in *l. 7. Cod. de petit. hered. mixta*, & personalis actio vocatur. Interea tamen, cum per istam actionem, potissimum ad res hæreditarias, restituendas, agatur, rectè *Justinianus* hic eandem simpliciter statuit esse realem, cum à potiori fiat denominatio. *Schneid. hic. n. 2. Bach. ad Treutl. vol. 1. diff. 14. th. 2. Lit. B. Zoëf. ff. de petit. Hered. n. 3. Struv. Exercit. 20. lib. 5. lib. 3. Thef. 45. Lit. B.*

Dixi II. *universalis*, quia per eam petitur corpus bonorum, hoc est, universitas, in qua sunt varia Jura, & diversæ species, res scilicet corporales, & incorporales, mobiles, & immobiles & cum actiones affimilentur Rebus, quæ petuntur, sequitur, petitionem hæreditatis actionem esse *universalem*, utpote per quam universitas bonorum petitur. *Wesemb. in paratit. de petit. hered. n. 6.*

Non refragatur, quod res, etiam minima, hac actione petatur, ut minus rectè *universalis* esse videat-

videatur. Enim verò, qui hanc actionem instituit, non metitur Jus ex re, quam adversarius habet; sed ex Jure, quod ipse habet, quale est universale, tam respectu totius hereditatis, quam partium; quod enim Juris obtinet in toto, id & in parte habere, dicitur, l. 76. ff. de R. V. Zoëf. loc. cit. num. 5.

187 Cui competat? Datur I. Petitio hereditatis illi, qui hæres est, vel ex testamento, vel ab intestato, l. 1. ff. de petit. hered. sive per se, sive per alium, in potestate existentem, puta servum, vel filiumfam. l. 2. § 3. ff. eod. idem enim est si servus, vel filiusfam. hæres scriptus est, ac si pater, vel dominus scriptus fuisset, cum Dominus, & servus, Pater, & filius pro una, eademque persona habeatur, & omne acquiratur Patri, & Domino, tot. tit. Inst. per quas pers. Zoëf. ff. de petit. hered. n. 2.

188 II. Datur petitio hereditatis heredi, l. 3. ff. d. t. ut ecce! Titius, hæres Sempronii, decedit, & successorem relinquit Cajum; illi Cajo hereditatis petitio competit, sicuti Titio competeret, si viveret. Ratio est, quia hæres est etiam testatoris hæres, l. fin. Cod. de hered. Inst. III. Datur hæc actio, sive quis sit hæres in solidum; sive ex certa parte; dummodò illa pars sit quota hereditatis, non autem quota bonorum. Nam quota hereditatis continet omnia Jura activæ & passivæ, cum sit pars Juris universalis, & etiam in quota hereditatis petit se aliquis hæredem declarari. Sanè, qui quotam bonorum habet, petitio hereditatis ei non competit, quia talis habetur instar legatarii; legatarius autem, pro consequendo legato, non habet petitionem hereditatis; sed actionem ex testamento, vel rei vindicationis; vel

actionem hypothecariam, l. 1. ff. de legat. 1. IV. Datur hæc actio emptori hereditatis, non quidem directas, quia, qui emptam, aut donatam hereditatem possidet, eam titulo *universalis* non possidet, sed *singulari*, id est, ex conventionne partium, quæ conventio hæredem non facit, l. 3. Cod. de pact. convent. sed utilis datur hereditatis emptori, l. 5. Cod. de hered. vend. his verbis: *quantum utiles etiam adversus debitores hereditarios actiones emptoris tribui placuit.* Zoëf. ff. de hered. pet. n. 12. Schneid. n. 15. prædicta non sic intelligas, necesse est, ut emptor habeat petitionem hereditatis contra possessores rerum hereditariarum: non autem contra venditorem; quia contra eum actio personalis ex empto locum habet. Schneid. loc. cit.

190 Contra quem competat? Datur hæc actio I. contra possidentem pro herede, l. 9. § l. 10. ff. de hered. pet. Qualis ille dicitur, qui asserit, & contendit, se heredem esse; cum tamen in rei veritate non sit. Nec refert, utrum bonâ fide putet, se esse heredem, an mala fide se heredem asserat? d. l. 11. ff. eod. Schneid. n. 18. II. Datur contra possidentem pro possessore, qualis ille dicitur, qui nullam *justam* vel *coloratam* causam possidendi habet, & qui interrogatus, cur possideat? nullam possessionis suæ causam reddere potest, sed simpliciter R. quia possideo, l. pro herede. 11. §. fin. ff. eod. l. 7. Cod. eod. Id genus sunt *pro do, fir, raptor*, & quilibet alius male fidei possessor. Manz. n. 35. Idem est, si quis allegat *titulum*, sed *invalidum*, v. g. *titulum pro emptore*, si sit res *empta à furioso*; pro *donato*, si res *uxori à marito donata* sit; pro *dote*, si à minore 12. annis, nupta mihi, sciens dotem accepi; nam quoties minor

minor 12. annis nubit, matrimonium non est, consequenter nec propriè dos esse censetur, utpote quæ non datur sine matrimonio, l. 3. ff. de Jure dot. tales ergò pro possidente, seu pro possessore habentur, per Text. apert. l. 13. §. 1. ff. de hered. pet. Zoef. numer. 17.

191 *Dices*: nemo cogitur possessionis suæ titulum allegare, l. 11. Cod. de hered. petit. & quidem ex ista ratione, quia valde incivile foret, reum ad suum incommodum, & actoris commodum ad hoc cogi posse, ut daret arma actori contra se ipsum, l. 7. Cod. de test. ergò, conventus petitione hæreditatis, Titulum allegare non tenetur. *R. anteced.* regulariter verum esse, limitationem tamen poni in hæreditatis petitione, quâ conventus tenetur dicere titulum suæ possessionis, & ad hoc per Judicem compelli potest. Ratio est, ne Judicium reddatur elusorium &, ut sciatur, poteritve reus hac actione conveniri? nam (ut dicemus *infra*) hæc actio contra titulò justò possidentem non datur. Neque Reo, id durum esse, videatur, quòd videlicet, conventus petitione hæreditatis, teneatur edere titulum suæ possessionis, quia, si justam causam allegaverit, hanc actionem à se avertet. Zoef. ff. h. t. num. 17. Manz. num. 71. Et quidem ista exceptio, se possidere cum titulo, ex communiori opinione peremptoria est, ita ut etiam post litem contestatam usque ad sententiam opponi possit; quo tamen casu reus condemnatur actori in expensis. *Schneid. n. 33. §. n. 35.*

Illud in dubium rapitur, an hæreditatis petitio denur contra titulò possidentem, v. g. an, qui bona fide rem possidet ex empto donato, legato, dote, &c. teneatur hac actione, puta, peti-

tione hæreditatis? Partem affirmativam evincere videtur text. l. 13. ff. de petit. hered. ubi (utilis saltem) petitio hæreditatis contra eum, qui titulo singulari possidet, dari asseritur.

Verum negativa (ut ut ogganiam 192 aliqui Neoterici) communis est Teste Bach. lib. II. cap. 4. Zoef. ff. h. t. num. 18. Schneid. num. 20. Manz. n. 36. & Glette P. 2. Q. 15. Probatum unicà, sed solidà hac ratione, quia ad hoc, ut actor vincat reum, debet se fundare in Jure potentiori, quàm reus; aliàs in pari causà melior est conditio possidentis, cap. 65. de R. J. in 6. sed in petitione hæreditatis actor principaliter se fundat ex suo titulo, & habet titulum nudum, scilicet quòd hæres sit; qui tamen non est verus titulus, aliàs non daretur hæc actio contra possidentem pro hærede, sed qualitas quædam. Reus verò conventus habet duplex Jus, Titulum scilicet emptionis, & possessionis, adeòque æquè titulum habet, ac hæres, &, cum simul quoque possessionem habeat, subintrat regula, quòd in pari causà melior sit conditio possidentis, d. cap. 95.

Confirmatur per l. 2. Cod. de pet. hered. ubi dicitur: emptor autem, qui propriò munitus possessionis titulo est, etiam singularum rerum Jure convenitur: ergò conveniri debet actione in singulari.

Ad d. l. 13. §. 14. *R.* ibi poni limitationem ad nostram sententiam, videlicet in duobus casibus contra emptorem hæreditatis hanc actionem dari. I. si modicò pretiò emerit. II. si hæredi contra venditorem consultum non sit, fortè quia abest, vel solvendo non est. *Schneid. n. 26.* Manet proinde vera *Conclusio*, contra titulò possidentem petitionem hæreditatis non dari.

193 Sed Q. quam ergò hæres actionem habeat? R. rei vindicationem, l. 4. *Cod. in quib. caus. cessat. long. temp. prescript.* Ratio, quia hæres per aditionem hereditatis sit dominus hereditatis, ut proinde actionem rei vindicatoriam jure intenet; quæ tamen actio nisi difficilior est, quam hereditatis petitio, eò quòd in hac sufficiat probare, se esse hæredem, & res petitas tempore mortis apud defunctum fuisse. In illa verò actor rei dominium probare tenetur, cujus probatio, quam ardua sit, & difficilis, nemo est, qui nesciat. *Schneid. n. 22.*

Dices: neque rei vindicatio contra possidentem datur, quia æquè reus exceptivè diceret: ego cum titulo possideo; & licet tu actor te fundes quoque in titulo, puta, in dominio; tamen ego præter titulum habeo etiam possessionem, ergò ego sum potior, quia in pari causa &c. *Resp. neg.* esse parem causam actoris, & rei, qui enim se fundat in dominio, & illud probat, majus, & potentius Jus habet, quam ille, qui solum nicitur titulò, & possessione; potuit enim esse, titulò non fuisse translative dominii, quia tradens dominus non erat. Ita *Schneid. n. 23.*

194 *Quæ requirantur?* A parte actoris duo requiruntur I. ut sit hæres defuncti, de cujus hereditate agitur, sive fuerit hæres institutus in testamento, sive ab intestato succedat defuncto, l. 7. ff. h. t. III. Ut nunquam adhuc habuerit possessionem rerum, pro quibus hanc actionem intemat. Unde si rerum hereditariarum possessionem jam semel consecutus est, & ex post facto possessione cecidit; non amplius petitionem hereditatis, sed rei vindicationem habet, estque ratio, quia hæres, qui consecutus est possessio-

Res ad Instituta.

nem rei hereditariæ jam est dominus ejus effectus, ita, ut non amplius dicatur res hereditaria, sed propria ipsius hæredis, l. 1. §. 16. ff. de acquir. poss. in petitione autem hereditatis non veniunt res propriæ, sed hereditariæ, l. 16. §. Non solum ff. h. t. *Schneid. n. 58.*

A parte rei etiam duo desiderantur. I. Ut rem hereditariam possideat. II. Ut eam possideat pro hærede, vel pro possessore, quia hæc actio non datur contra titulò possidentem, ut mox ante demonstratum.

III. Denique requiritur, ut res tempore mortis vel in possessione vel detentione defuncti fuerint, nulla facta distinctione, an eam dominus fuerit, nec ne? quia & res commodata, deposita &c. in hanc actionem veniunt, l. 8. ff. Commod. estque ratio; quòd periculum ad hæredem spectet. *Schneid. n. 60.*

Ad quid competat? Datur petitio hereditatis ad hoc, ut declaretur hæres, & ut hereditas ipsi restitatur unà cum fructibus. *Mart. n. 52.* qui autem, & quales fructus restitui debeant? collige ex *Scriptis ad §. 35. Inst. de R. D.*

§. FUERAT 29.

Materiam aggredior utilim, & quotidianam & per consequens studiò, & sedulitate dignam, ubi præliminariter nota, olim tam marito pro dote promissa consequenda, quam uxori pro dote datà repetenda duas actiones competisse, actionem scilicet ex stipulatu, quando stipulatio erat interpolita, & rei uxoria actionem. Verum, *Justinianum* rei uxoria actionem sustulit, & quidquid plus juris erat in rei uxoria actione, transiit in actionem ex stipulatu, ita ut pro dote una dum-

N n n n taxat

taxat actio ex stipulatu competeret. Cujus actionis naturam priusquam *discutimus*, non abs re erit, illa privilegia, quæ *Justinianus* huic actioni ex stipulatu pro dote annexit, enumerare.

97 Quorum IV. occurrunt. I. est, quod actio ex stipulatu pro dote sive consequenda, sive repetenda sit bonæ fidei, licet alia actio ex stipulatu, sit stricti Juris, *arg. §. 28. Inst. b. t.* Estque Ratio hujus privilegii, quia successit in locum rei uxoriæ actionis, quæ erat bonæ fidei, surrogatum autem sapit naturam ejus, in cujus locum surrogatur, *l. in. §. Sed est. I. Cod. de Rei uxor. action. Manz. hic.*

98 II. Privilegium hujus actionis est, quod stipulatio de præstanda & restituenda dote fingatur intervenisse: licet in rei veritate nunquam intervenierit. Quod privilegium parum utilitatis habere mihi videtur, cum etiam nudum pactum sufficiat, hoc enim habet assistentem legis, & producit actionem pro dote, ut actio ex stipulatu superflua esse videatur; nisi dicatur, ideò stipulationem fingi intervenisse, ut magis firmaretur promissio dotis, & efficacior actio nascatur, cum aliunde stipulatio sit firmior cæteris contractibus. *Schneid. mun. 23.*

99 III. Privilegium hujus actionis est Jus tacitæ hypothecæ, quod uxor habet in bonis mariti pro dote sua, omnia enim bona mariti sunt tacite obligata, & hypothecata pro restitutione dotis, *l. in. §. I. Cod. d. t.* Jure enim civili maritus (*regulariter*) non lucratur dotem, etiam si uxor præmoriatur; sed, solutò matrimonio dos uxori, vel *heredibus* ejus restituenda est, *l. 2. ff. solut. matr.* & pro tali restitutione dotis omnia bona mariti tacite uxori obligata sunt, adeò ut *Schneid. n. 32.*

ex Baldo asserat, mortuò marito, uxorem posse propria autoritate absque licentia Judicis, remanere in detentione domus, quam cum marito vivente inhabitabat, donec scilicet dos restituatur. Et, hoc dictum diligentissimè notare, jubet *Jasou* ad *hunc §. 29.* Porro, sicuti uxor pro dote Jus tacitæ hypothecæ habet in bonis mariti; ita, Rotâ versâ, maritus habet Jus tacitæ hypothecæ in bonis uxoris, pro dote consequenda, *d. l. in. r. v. Damus ex utroque latere hypothecari. Schneid. n. 44.* Effectus autem hujus privilegii est quod uxor, ratione istius hypothecæ, possit agere actione hypothecariâ, etiam contra extraneos possessores rerum ipsius mariti. Sicut enim expressè hypothecata, si alienantur, transeunt cum suo onere, *l. 12. Cod. de distract. pig.* ita & tacite obligata. *Schneid. n. 34.*

Dubitarur, an privilegium tacitæ hypothecæ sit reale? an personale? R. esse reale, & per consequens omnibus aliis prodesse, ad quos ista actio ex stipulatu pro dote transit. Imò teste Bartolo tacita hypotheca ad quemcunque transmittitur; etiam si transiret ad Diabolum infernalem res, in dotem data. *Schneid. loc. cit.*

Quantum privilegium, quod mulieribus circa actionem dotis concessum est, Jus Prælationis, ita ut mulier non solum habeat in bonis mariti tacitam hypothecam, sed etiam Privilegium prælationis, quod præferatur omnibus aliis Creditoribus mariti, etiam anteriora Jura habentibus, contra vulgarem Regulam: *prior Tempore, potior Jure.* Et hoc propter Commiserationem, & Favorem mulierum. Quis enim (inquit Imper. in *l. Assidui. 12. Cod. qui pot. in pig. hab.*) earum non misereatur, propter obsequia, quæ maritus

tis prestant, propter patris periculum, & ipsam liberorum procreationem? Concurrit insuper publicus favor, quia Reipublice interest, mulieribus conservari dotes, ut facilius novos maritos acquirant, liberisque civitatem repleant. Schneid. n. 51. n. 52. sed

204 Q. quibus creditoribus mulier, ratione dotis, preferatur? Observa triplicis generis esse creditores. I. Chyrogographarios, quales illi dicuntur, qui tantum habent personalem aliquam obligationem contra personam debitoris, non vero certum aliquod Jus expresse, vel tacite in bonis debitoris. II. sunt creditores hypothecarii, qui, ultra personalem obligationem, habent etiam bona debitoris, tacite sibi obligata. Sicut bona Tutorum pupillo tacite sunt pro Administratione, Tutelæ obligata l. 20. Cod. de administ. tut. Item Locatori sunt Conductorum bona, in domum conductam illata, tacite hypothecata, §. Serv. Instit. de act. III. sunt creditores hypothecarii, qui, ultra personalem obligationem debitoris, habent etiam Pignora, & expressas Hypothecas, ut quando debitor expressis verbis obligavit creditori Domum; vel etiam Pignus realiter tradidit. Schneid. n. 56. n. 57. Zoef. ff. de Privileg. credit. non. 6. His præmissis sequitur,

Affertio I. Creditoribus chyrogographariis mulier quin preferatur, dubium nullum est, d. l. Affid. 12. Cod. qui pot. in pig. & hoc non solum ex privilegio mulierum, sed etiam ex dispositione Juri communi, qua cavetur, ut quilibet, habens Jus reale, preferatur habenti Jus personale, l. 9. Cod. qui pot. in pig. Schamb. hic.

Affertio II. Mulier preferatur creditoribus hypothecariis, tacitam hy-

pothecam habentibus; sive priorem, sive posteriorem, d. l. Affid. 12. estque Ratio, quia non tantum hypothecam habet, sed etiam privilegium prelationis, & sic majus Jus. Dux enim rationes vincunt unam, & duo vincula fortius ligant uno. Deinde Jus Prælationis inutile foret, si priorem tacitam Hypothecam habentibus uxor non preferretur, cum ex Jure communi posteriorem tacitam habentibus preferatur. Mau. hic.

Dubitatur, an mulier preferatur Fisco? observata, quod Fiscus in omnibus bonis Creditorum tacitam hypothecam habeat, licet non fuerit de pig. ignore conventum, l. 1. §. 2. Cod. in quib. caus. tacit. pig. Et ita, ut Fiscus in bonis, post contractum, cum eo initum, quaesitis, ceteris creditoribus, anteriorem tacitam hypothecam habentibus, preferatur, l. 28. ff. de Jure Fisci. dixi post contractum, in bonis enim, ante contractum, cum Fisco initum, quaesitis debitori, Fiscus non preferatur, sed, prior tempore, erit potior Jure, l. 8. ff. qui pot. in pig. Hum. ad Treut. vol. post. disp. 24. th. 7. Q. 88. Jam R. respectu tacite hypothecæ mulierem, & Fiscum pari passu ambulare, nec Fiscum preferri mulieri, nec contra: sed qui prior est tempore, est & potior Jure. Et ita docet l. 2. Cod. de privileg. Fisci. Hum. loc. cit. 44. Schneid. n. 56.

Non obstat generalitas Textus lib. 12. Cod. qui pot. in pig. ubi generaliter definitur, mulierem potiora Jura habere contra omnes majus creditores, & cum hic textus sit correctorium, ac Jus novum inducat, ideoque videtur dicendum, d. l. 2. Cod. de privileg. Fisci. corrigi & emendari. Non (inquam) hoc obstat; tamen enim verba d. l.

affiduis 12. sint generalia, atque omnes omninò creditores postponant mulieri; regula tamen ista nova, & correctoria non erit ad exceptiones, eaque, quæ singulari nituntur privilegiò referenda. Nunquam enim leges novæ, & correctoriæ, quamvis generales, ad ea applicentur, quæ speciali, ac singulari privilegiò nituntur. *Hunn. loc. cit.* Dicta hæctenus sine gravi disfidio procedunt.

206 Sed controvertitur, an mulier in bonis mariti præferatur creditoribus, expressam anteriorem hypothecam habentibus? In negativam turmatim avolant AA. quos inter agmen ducit *Gail. lib. 2. obs. 25. n. 20.* ubi ait: in judicando ab hac sententia recedendum non esse. *Schneid. Inst. hic. n. 58. Covarruv. lib. 1. resol. cap. 7. Neguzant. de pignor. §. hypoth. P. 5. memb. 2. num. 5.*

207 *Movetur* I. Hòc argumentò: receptum, & Jure cautum est, Fiscum, & mulierem pari deambulare passu, hoc est, habere eadem, & paria privilegia, l. 2. *Cod. de privileg. fisci.* atqui fiscus non præferitur creditoribus, anteriorem expressam hypothecam habentibus, l. 4. *Cod. qui pot. in pig. §. l. 8. ff. eod.* ergò neque mulier. Hoc argum. esse insolubile, autumat *Sichard. in l. Affiduis 12. Cod. qui pot. in pig.*

Movetur II. quia provisio hominis potior est, quam provisio legis, & hæc cessat, ubi adest provisio hominis, l. ult. *Cod. de pact. §. l. 1. ff. de testam. tut.* quibus locis aperte cautum est, quòd tutela testamentaria excludat tutelam legitimam, & successio ex testamento potior sit, quam successio ab intestato; atqui creditor privatus expressam anteriorem hypothecam habet ex conventionione, & provisione

proprià; mulier verò solummodò ex dispositione legis, d. l. *affiduis* 12. ergò.

Movetur III. Jus, alteri quæsitum, sine facto suo non est auferendum, l. ult. *ff. de pact. & l. 11. ff. de R. J.* atqui, habentes hypothecam expressam anteriorem, habent Jus, quæsitum facto suo, ergò, ipsis sine facto suo non est auferendum.

Movetur IV. Privilegia, quæ à Principe: aut à lege concessa sunt, non debent extendi in præjudicium tertii, lib. 4. *Cod. de Emancipat. liber.* ergò mulier non est præferenda creditoribus, expressam anteriorem hypothecam habentibus; ne aliàs privilegium, mulieri concessum, in præjudicium creditorum extendatur.

Movetur V. per l. 29. *Cod. de Jure dot.* ubi *Justinianus* ait, quòd in casu, quo maritus vergit ad inopiam, uxor possit res dotales vindicare, vel à posterioribus creditoribus, vel ab aliis, qui non potiora Jura, NB. *legibus*, habere noscuntur. Ecce, *text.* iste rem posterioribus duntaxat creditoribus, & aliis, qui potiora Jura non habent, hoc est, qui tacitam tantum, sicut mulier, hypothecam habent præferri statuit; ergò non præferatur creditoribus expressam hypothecam anteriorem habentibus.

Movetur VI. hoc solido, & efficaci argumento, in *cit. l. Affiduis. 12. Cod. qui pot. in pig.* dicitur, mulierem præferri creditoribus, anterioris temporis privilegio vallatis; ergò mulier præferatur tantum creditoribus, tacitam hypothecam anteriorem habentibus; hanc enim duntaxat hypothecam habent ex privilegio legis; expressam verò ex conventionione propria.

Movetur VII. hæc (ut sibi blandiuntur) *gigantæa* ratione, quia (ajunt) multi creditores, qui fortè crediderunt,

runt, quòd per expressam hypothecam sibi optimè providerint, sic contra bonam fidem iniquè deciperentur, quod absurdum foret.

VIII. & ultimò. Antagonistæ pro firmanda sententia ponunt casum, in quo (dicunt) dari indissolubilem pignoris controversiam, & circulum vitiosum, v. g. primo loco concurrat creditor privatus, habens expressam hypothecam anteriorem. Secundo loco concurrat fiscus, habens ex privilegio legis tacitam hypothecam. Tertio loco comparet mulier cum sua dote, habens privilegium tacitæ hypothecæ, & prælationis. Hoc in casu mulier non potest præferri creditori privato, quia creditor privatus præfertur fisco, utpote, cui omnis præfertur, qui habet expressam hypothecam anteriorem. Berlich. p. 1. Concl. 65. n. 119. & communiter omnes. fiscus autem præfertur mulieri, cum qua pari passu procedit; ita ut, prior tempore, sit potior Jure; nec una pars alteri præferatur, l. 2. Cod. privil. fis. ergò mulier in casu posito non potest præferri privato creditori, cum iste præferatur fisco, qui fiscus præfertur mulieri, ut proinde creditor privatus etiam sit præferendus mulieri, si enim vinco vincentem te, multò magis vinco te; atqui privatus creditor vincit fiscum, ergo etiam mulierem, quam vincit fiscus.

208 His non obstantibus, affirmativa mihi longè videtur verisimilior, mulierem videlicet in bonis mariti præferri creditoribus, etiam expressam anteriorem hypothecam habentibus. Ita reipsà docent Zoff. ff. qui pot. in pig. n. 18. Marp. Inst. hic. n. 7. § 8. Fach. lib. 3. cont. 99. Hum. ad Treutl. vol. poster. disp. 24. th. 7. Q. 43. Bachov.

l. cit. lit. B. Berlich. P. 1. conclus. 65. n. 6. Mynsing. cent. 4. obs. 13.

Primum argumentum tale est: clari, & expediti Juris est, quòd is, qui credit alicui ad resciciendum domum, quæ priùs alteri expressè fuit hypothecata, tacitam habeat in domo hypothecam, hoc privilegio conjunctam, ut præferatur aliis creditoribus, expressam hypothecam habentibus, l. Interdum 5. ff. qui pot. in pig. hab. l. Licet. 7. Cod. eod. Jam verò mulier, ratione dotis, præfertur ei, qui ad refectionem domus credidit. Nov. 97. cap. 2. § 3. ergò præfertur multò magis creditoribus, expressam anteriorem hypothecam habentibus, si enim vinco vincentem te, multò magis vinco te, l. 14. §. 3. ff. de divers. temp. præscript.

Secundum sic adstruo: Ad d. l. Affidui. 12. Cod. qui pot. in pig. generaliter, & distinctè asseritur, quòd mulier potiora Jura habeat contra, NB. omnes, mariti creditores, ergò etiam contra habentes expressam hypothecam anteriorem; aliàs tantam haberet potiora Jura contra aliquos, ac proinde esset Justiniano in faciem contradicere, utpote, qui prælationis privilegium mulieri concessit contra omnes mariti creditores.

Tertium argumentum in hoc consistit, quòd expressi, & taciti eadem sit virtus, & idem Judicium, l. 3. ff. Si cert. præcipuè, si sit eadem ratio; atqui mulier præfertur creditoribus, tacitam hypothecam anteriorem habentibus, ergò præferenda etiam erit creditoribus, expressam hypothecam anteriorem habentibus, cum eadem militet ratio. Ideò enim prioribus præferatur, quia (ut ait text.) mulier ob servitia, quæ marito præstat,

ob periculum partus, & dolorosam liberorum procreationem, prœmia compassionis meretur, & præterea Reipublice interest mulieribus conservari dotes; sed hæc ratio æquè militat contra creditores, expressam hypothecam anteriorem habentes, ergò.

Quantum defumitur, ex *Nov. 97. cap. 4.* ubi is solus præfertur mulieri, qui in militiam emendam, id est, officium aliquod palatinum ex quo certus erat reditus credidit munitus hypothecà, eam in rem expressâ, & probatâ per instrumentum, ergò, cum hic tantum præferatur mulieri, signum est, quòd alii, expressam hypothecam anteriorem habentes, mulieri non præferantur; casus enim exceptus firmatus firmat regulam.

Quintum argumentum, & exiguò meo iudicio, validissimum hoc est; quia certum est, & indubitatum, quòd clementissimus Imperator *Justinianus* privilegium, mulieribus concessum, voluerit esse plenissimum, & amplissimum; atqui, si mulier creditoribus, tacitam hypothecam habentibus, tantum esset præferenda, hoc prælationis mulieri privilegium rarò prodesset, & angustissimis terminis concluderetur, sunt enim certi duntaxat casus, quibus lex tacitam hypothecam induxit, puta locatori in rebus illatis, & invecis in domum conductam; pupillo in rebus tutorum &c. Jam si tunc denum mulieri privilegium prælationis competeret, si concurrat cum locatore vel pupillo, quis non videt? quis non advertit? quam rarò privilegium mulieri esset utile, aut proficuum.

210 *Argumenta contraria facili conatu prosteruntur.* I. quidem quòd attinet, *R. I.* mulierem, & fiscum tum deum pari passu procedere, & paria

habere Privilegia, ita ut neutra pars alteri præferatur; sed, prior tempore, si potior Jure, quando sunt, & concurrunt soli; secus, si concurrant cum privato, anteriorem hypothecam expressam habente, tunc enim mulier præfertur privato, & consequenter etiam fisco, utpote, cui præfertur privatus. Deinde si mulier, concurrens cum privato, non haberet potiora privilegia, quàm habet fiscus; sequeretur, quòd mulier, habens tacitam hypothecam posteriorem, non esset præferenda privato, habenti anteriorem tacitam hypothecam; siquidem fiscus, habens tacitam hypothecam posteriorem, non præfertur privato, habenti hypothecam tacitam anteriorem, prout ipsi adversarii testantur, & id ipsum probat *l. I. Cod. Rem alienam gerentibus, &c. R. II.* perpetuum non esse, quòd mulier, & fiscus pari passu deambulent, ex dictis enim patet, & ipsi adversarii admittunt, mulierem præferri creditoribus, tacitam hypothecam anteriorem habentibus; cum tamen fiscus illis non præferatur *d. l. I.* ergò mulier habet potiora Jura, quàm fiscus, *Zoëf. loc. cit.*

II. Adminiculo distinctionis ruit, Provisio hominis tollit provisionem legis, si provisio legis facta sit in supplementum provisionis hominis, *con.* si provisio legis sit absoluta, & principalis, ita ut lex per se absolutè aliquid statuatur, *neg.* Ecce ideò tutela testamentaria excludit legitimam, & successio ex testamento successionem ab intestato, quia lex induxit tutelam legitimam, & successionem ab intestato tunc, quando quis per testamentum pupillo de tutore: vel sibi de herede testamentario non providit, atque adeò lex supplet absolutè, ut tutela legitima, & successio ab intestato semper

semper locum habet; sed tantum in eo casu, quo homo non providet; secus est in nostro casu, ubi lex absolute, principaliter, & determinate disponit, ut mulier creditoribus, etiam anteriorem expressam hypothecam habentibus, præferatur; nec attendit provisionem hominis, per quam licet creditor acquirat hypothecam; non tamen consequitur ex sua provisione Jus prælationis, hoc enim ex sola legis autoritate competit. Sicuti ergo lex creditori privato, anteriorem hypothecam habenti, dare potuit privilegium prælationis, ita & illud iterum tollere potuit, atque in mulierem transfundere, ut nimirum illa præferatur ratione dotis, omnibus indistincte creditoribus, concurrente vel maxime favore publico, qui in dote nunquam non eminenter relict. *l. 1. ff. solut. matr. l. 38. ff. de pact. l. 4. Cod. de primipilo.*

Ad III. *R. I.* allegatam regulam non procedere, quando concurrit favor publicus, qualis versatur in dote; ob publicam vero utilitatem jus alteri quaesitum, sine facto suo auferri posse, ad longum asseruimus in *lib. 2. tit. 1. q. 6. R. II.* etiam illis, qui habent tacitam hypothecam anteriorem, esse jus aliquod quaesitum; & tamen illis præferri mulierem, ipsi adversarii concedunt, ergo etiam, non obstante, quod creditor privatus per expressam hypothecam anteriorem habeat jus quaesitum, ipsi tamen præferenda erit mulier. Adhuc aliter *R. Schamb. Inst. hic.*

IV. exinde convellitur, quod lex nemini dicatur facere injuriam *l. 13. l. ff. de injur.* atqui lex tribuit mulieri privilegium prælationis, *d. l. Affidus 12.* ergo. Deinde ista regula: privilegia, a principe concessa non de-

bent extendi in præjudicium tertii, locum non habet, quando cum præjudicio tertii concurrat favor publicus, tunc etiam damnus tertii non trahitur in considerationem, *arg. l. 15. §. 2. ff. de R. V.*

V. nec hili, nec pili est, illa enim verba, *qui potiora jura habent*: non denotant creditores, expressam anteriorem hypothecam habentes, sed filicum in causa primipili, & liberos in dotis maternæ exactione, *l. 4. Cod. in quib. caus. tacit. fig. contrah.* Nos ipsi concedimus, causam primipilarem præferri mulieri, utpote magis privilegiatam, quam dotem mulieris: Primipilus autem vocatur is, qui annonæ, inter milites distribuendæ, perficitur.

VI. magis con- quam infirmat nostram sententiam: textus enim ita sancit, ut mulier præferatur creditoribus, anterioris temporis privilegio vallatis; ergo non tantum illis creditoribus, qui habent tacitam hypothecam anteriorem, sed & illis, qui habent expressam hypothecam anteriorem, præferenda erit, ex ratione; quia & isti temporis privilegio vallati sunt, puta quod gaudeant prioritate temporis, si cum aliis privatis creditoribus, expressam hypothecam habentibus, concurrant, quæ temporis prioritas non est, nisi privilegium, a lege concessum; quod enim prior tempore sit in hypothecis potior jure, merum est legis privilegium & beneficium, ut proinde sensus sit, mulierem præferri creditoribus etiam expressam anteriorem hypothecam habentibus; tamen contra reliquos creditores privato temporis privilegio vallati sint. *Hum. ad Trautl. loc. cit.*

VII. Argum. quod concernit. *R.* quod creditores sibi debeant imputare, quod cum marito contraxerint, & prius

piùs non diligentius inquisiverint, an tantis facultatibus valeat, ut præter dotem mulieris sibi etiam sufficiant *arg. l. 19. ff. de R. J.* vel quòd tam diu expectaverint, & sibi de solutione non prospexerint, donec vel dos mulieris privilegiis subiceretur, vel mulier eam resposceret: vel suis beneficiis renunciaret. *Berlich. loc. cit.*

Ad VIII. & ultimam R. I. aliquos velle d. l. 2. *Cod. de Privileg. fisci.* hodie esse abrogatam per l. *affiduis* 12. *Cod. qui pot. in pign.* ita ut hodie mulier etiam fisco, quantumvis priori, præferatur. Ita *Donel. ad d. l. affiduis. 12. num. 3. R. 2.* fiscum præferri mulieri, si mulier, & fiscus sint soli; secus, si cum privato concurrant; tunc enim mulier præfertur fisco, non ex propria mulieris, sed ex persona primi creditoris expressam anteriorem habentis; juxta illud: si vinco vincentem te, multò magis vinco te. Deinde si mulier, concurrens cum privato non haberet potiora privilegia, quam habet fiscus, sequeretur, quòd mulier habens tacitam hypothecam posteriorem, non esset præferenda privato, habenti anteriorem tacitam; siquidem fiscus, habens tacitam hypothecam anteriorem, non præfertur privato, habenti hypothecam tacitam anteriorem, d. l. 1. *Cod. rem alien. gerent.* *Berlich. part. I. conclus. 71. num. 8.*

211 Ex hæcenus itaque deductis patet; mulierem inspecto jure communi præferri omnibus indistinctè creditoribus, expressam, etiam anteriorem hypothecam habentibus. Dixi: inspecto jure communi, secus est de Jure Austriaco, secundum quod mulier ratione tacitæ hypothecæ ipsi competentis, præfertur posterioribus creditoribus, sive tacitam, sive expressam hypothecam ha-

habentibus; non verò, habentibus expressam anteriorem. Ita *Sutt. in M. S. lit. H. v. Heyrath-Gut* ubi ait: aliquoties in excelso *Regimine* ita judicatum esse.

212 Q. an mulieri, Jus prælationis competat in donatione propter nuptias? ita in bonis paraphernalibus. Certum est, quòd mulier, tam in donatione propter nuptias; quam in bonis paraphernalibus, privilegium habeat tacitæ hypothecæ, lib. ubi 29. *Cod. de Jure dot. l. fin. Cod. de pact. convent.* Privilegiò autem prælationis in neutro casu gaudet. Non I. Quia d. l. *Affiduis* 12. aperte id negat illis verbis: non enim pro lucro fovemus mulieres; sed ne damnum patiantur, suisque rebus defraudentur, *Schneid. Inst. hic. n. 60.* Non II. Quia privilegia singularia, & in Jure exorbitantia; strictè sunt accipienda, nec producenda ad consequentias, l. 14. ff. de LL. *Zoëf. ff. de Jure dot. n. 25. Hum. ad Treutl. vol. poster. disp. 24. th. Q. 53.*

213 Dubitatur, an Privilegium prælationis competat uxori in dote confessata? *Observa*, dotem confessatam illam appellari; quando maritus præbet *Instrumentum*, vel cautionem obligationis, in qua confitetur, se recepisse 1000. in dotem à muliere, & non apparet, illos 1000. fl. esse numeratos. Hæc dos dicitur *confessata*, vel dos non numerata. Et sicut in litterarum obligatione datur exceptio non numeratæ pecuniæ, intra biennium opponenda; ita quoque in dote confessata datur exceptio non numeratæ dotis, intra certa tempora opponenda. At quæ sunt illa tempora? Illa nimirum, quæ in *Authent. Quod locum Cod. de dot. causa; non numerata.*

Nam si intra biennium, à die matrimonii contracti, morte, vel divortio sol-

solvatur matrimonium, tunc uxori, vel ejus hæredibus repetentibus dotem, potest à marito objici exceptio non numerata dotis intra annum. Si verò post biennium usque ad decimum annum solvatur matrimonium, tunc infra tres menses hæc exceptio opponi poterit. Sin verò matrimonium, steterit ultra 10. annos, tunc huic exceptioni præscriptum est, ita ut dos confessata habeatur pro numerata, *d. Auth. Schneid. nu. 64. Concordat Suttinger loc. cit. ibi: Die exceptio dotis caute, non numerate, hat nach 10. Jahren nicht statt.* Quod procedit quoad maritum, secus quoad creditores mariti, quibus confessio mariti non potest præjudicare. *Schneid. num. 65. Gail. n. 2. obs. 81. Suttinger. lit. dos. lin. Es können auch.*

214 Illud adhuc notandum, *donativa nuptialia*; hoc est, *die Hochzeit-Præsent*, ita ut à parte superflite hæredibus defuncti mediæ sit restituenda. *Suttinger. lit. H. §. Hochzeit-Præsent.* His ita declaratis, superest, ut de actione *ex stipulatu pro dote* agamus, quæ in rei uxoriæ actionis locum surrogata est.

215 *Quid sit actio ex stipulatu pro dote?* Est actio personalis, civilis, bonæ fidei, quæ datur marito adversus uxorem, patrem, vel eum, qui dotem promissit, ad dotem consequendam: vel quæ, solutò matrimonio, datur uxori, hæredibusque ejus, adversus maritum, ejusque hæredes, ad dotem repetendam.

216 *Cui competat?* I. Datur marito, pro dote consequenda, sive certa, sive incerta ei dos fuerit promissit, *l. un. Cod. de rei usor. act. II.* Datur uxori pro dote, marito data, repetendâ. De Jure enim communi, solutò per divortium, vel mortem uxoris matrimonio, dos non credit lucro mariti, *Res ad Institut.*

sed revertitur ad ipsum patrem dotantem, *l. Dos à pat. 4. Cod. solut. matr. ne & filie amisse, & pecuniæ damnum sentiat, l. 6. ff. de Jure dot. vel etiam revertitur ad mulierem, dotem dantem, & ejus hæredes, l. 2. ff. solut. matr. nisi pactum, de lucranda dote, intervenerit, de quo est *tot. tit. Cod. de pact. conv. Manz. num. 14.* tunc enim Provisio hominis tollit provisionem legis. III. Datur etiam patri, etiam ex ficta stipulatione. Quod procedit, si nomine filie, & pro filia agat; secus enim est, si pater velit pro sua tantum persona agere. Quando enim pater vult restitutionem dotis in suam personam conferre, necesse est, ut per solennem stipulationem expressè hoc faciat. *Schneid. nu. 25. hic. IV.* Datur hæc actio etiam extraneis personis, quæ scilicet feminam dotatam non habent in potestate, v. g. *Matri, Fratri, &c.* sed non aliter, nisi expressè stipulati sint, dotem, solutò matrimonio, sibi restitui. *Schneid. n. 78. Manz. n. 2.**

217 *Contra quem competat?* I. Datur marito contra uxorem, quæ dotem dare promissit, *l. 33. ff. de Jure dot. II.* Contra patrem uxoris, seu *socerum d. l. 33. III.* Contra hæredes soceri, *l. 2. Cod. de dot. promiss. IV.* Etiam contra extraneum, qui dotem dare promissit, *d. l. 33. V.* Datur uxori contra maritum, ejusque hæredes pro dote restituenda, & hoc procedit, si Matrimonium, vel per *divortium*, cui maritus culpâ suâ fortè causam dedit (quo casu uxor repetit dotem, & lucratur donationem propter nuptias, *l. 8. §. 7. Cod. de repud.*) vel per mortem mariti, ante enim Matrimonium solutum ista actio non datur, estque ratio, quia durante causa dotis, durat dos; sed, durante matrimonio

durat causa dotis scilicet onere matrimonii, ergò etiam durat dos. *Manz. n. 27. Limitantur dicta, nisi maritus vergeret ad inopiam, tunc enim, quia periculum in mora est, ante tempus matrimonii soluti, pro dote restituenda, agi potest, per text. express. l. ubi autem 29. Cod. de Jure dot. Ratio, ne periclitetur mulier. Manz. nu. 28. Schneid. n. 100.*

Qui dotare teneantur? I. Dotare filiam tenetur pater, ita, ut officio Judicis compelli possit, l. fin. Cod. de dot. promiss. paternum enim est officium, dotem dare pro sua progenie. Dicta ampliantur. I. Ut, si pater esset absens, Judex ex suo officio de bonis paternis possit filix constituere dotem, ne perdat tempus nubendi sub expectatione patris, l. 5. §. 4. ff. de Jure dot. Zoes. de Jure dot. n. 5.

219 Q. An teneatur pater dotare filiam, qua sine ejus consensu nupsit? Certum est de Jure civili, non teneri, estque ratio, quia de hoc Jure matrimonium, sine consensu patris contractum, est nullum, §. pen. Inst. de nup. atqui, ubi matrimonium non valet, ibi nec dos constitui potest, quia matrimonium potest quidem consistere sine dote; dos autem sine matrimonio consistere non potest; & ubi non est matrimonium, ibi nec dos esse poterit, l. fin. Cod. de donat. l. 3. ff. de Jure dot. Hun. ad Treutl. vol. 2. disp. l. 24. th. 2. Q. 13. Verùm cum de Jure Canonico consensus patris ad nuptias non de necessitate, sed duntaxat de honestate requiratur, can. 2. caus. 17. Q. 2. communiter concluditur, si filia nupsit viro indigno, patrem à dote præstanda non liberat. *Gloss. in can. 16. caus. 32. Q. 2. secus, si indigno nupsit contra honestatem familiaris. Schneid. n. 48. durum enim, & acerbum foret, patrem*

cogi, filix dotem assignare, quæ maritum elegit, nomen, dignitatem, & totam patris familiam denigantem. Quòd si filia 25. annos exceßerit, & deinde viro indigno nupsit? ea propter dote privari non potest, ut proinde præfixa decisio, quòd filia, nubens indigno, dote privari possit, intelligatur sub hac limitatione; nisi 25. annos exceßerit, hoc enim casu patri potius imputandum venit, qui tanto tempore filiam distulit in matrimonium elocare, Nov. 15. cap. 3. Confirmatur. Si filia meretrix exhæredari potest, l. 19. Cod. de inoff. test. ergò etiam, licet pater filiam, nubentem indigno, dotare non teneatur, eam tamen dotare tenebitur, si ante 25. annos matrimonio eam non collocaverit. *Schneid. num. 88. Hun. loc. cit.*

Q. An mater teneatur dotare filiam? 220 R. breviter, quòd non: non enim maternum, sed paternum est officium dotare filiam, l. neque Mater. Cod. de Jure dot. Sanè si Mater dives sit, Pater autem inops, & illa tenebitur dotare filiam, sicut etiam tunc tenetur alere, l. Si quis à liberis. §. 4. ff. de agnoscend. lib. Zoes. ff. de Jure dot.

Quid de fratre dicendum? dic bre- 221 viter, quòd sororem dotare non teneatur, cum non fraternum, sed paternum sit officium dotare filias, d. l. fin. Quòd si soror sit inops, frater autem dives? communiter obtinet, cum compelli posse ad dotandam sororem. I. Quia tenetur fratrem inopem alere. *Gloss. in 4. ff. de pupill. educ. II. Per l. cum plures 12. §. pen. ff. de administrat. Ubi Paulus, R. fratrem honestè quidem, alio patre natam, ut videatur ex necessitate teneri, ad dotandam sororem consanguineam, argumentò à contrario sensu. Zoes. n. 16. Schneid. n. 95.*

222 *Ad quid competat?* I. Datur, ad consequendam dotem promissam. II. Pro evictione dotis *l. in. §. Et ut plenius. §. dotalibus evictis. Cod. de rei uxor. act.* III. Ad usuras à tempore moræ, quia hæc actio est bonæ fidei. IV. Datur, ad dotem restituendam, si scilicet matrimonium solutum sit.

§. IN BONÆ FIDEI 20.

223 *Compensationibus.* Compensationis definitur, quod sit debiti, & crediti inter se contributio. Ideò inducta, quia nostrâ interest, potius non solvere, quam solum repetere, *l. 3. ff. de compensat.* & frustra fit per plura quod potest fieri per pauciora. *Harp. num. 4.* cum ergò uno iudicio res expediri, possit, puta per actionem, & exceptionem, non debet admitti pluralitas iudiciorum, interest enim Reipublicæ lites diminui. *Schneid. n. 8.*

224 *Quis sit Effectus Compensationis?* Effectus Compensationis est, quod per eam tollatur omnis obligatio, naturalis, & civilis. Quod enim operatur solutio, idem operatur compensatio, quia habet vim solutionis, *lib. si debitor 4. ff. qui pot. in pig. hab.* Item, compensatio habet hunc effectum, ut sistat cursum usurarum, & impediatur poenam, alias ex mora solvendam, *lib. cum aliter ff. II. ff. de compens. lib. 5. Cod. eod.* In exemplo: quando hæres differt solvere legata, piis locis relicta, incidit in poenam, dupli, §. 23. *Instit. h. t.* Jam si hæres, conventus ad istam poenam solvendam, opponat exceptionem compensationis, dicatque causa pia mihi etiam ad eundem obligata est, evitabit poenam. Etque ratio, quia, ubi nulla est petitio, ibi nulla est mora, *l. 88 ff. de R. J.* & paria sunt solvere, & compensare, *d. l. Si*

debitor 4. Schneid. num. 11. ubi puta, per compensationem *emphyteutam* posse evitare poenam commissi. Verum contrarium verius est, nam ut compensatio locum habeat, oportet, ut debitum, quod compensatur, sit simile, quod non est in domino directo, & Vassallo: hic enim non tantum tenetur solvere pensionem annuam, sed per talem solutionem recognitionem domini directi declarare per compensationem; ergò, licet faciat solutionem, ipso tamen facto non recognoscit dominum directum. *Zoes. ff. locati conducti n. 8.*

Que debita compensari possint? *l. 225* Debitum civile & naturale potest compensari cum debito naturali & civili simul, v. g. tu 100. mihi debes ex causa Mutui, ego tibi 100. debeo ex causa Venditionis. In hoc casu datur compensatio, ita ut si adversus me ex empto & vendito agas, ego tuam actionem elidam per exceptionem compensationis, *l. 3. ff. de compens.* & hoc extra dubium versatur. II. Debitum, naturale tantum, compensari potest cum debito naturali, & civili simul, *lib. 6. ff. eod. veluti, debeo tibi 100. ex stipulatione, tu mihi 100. debes ex nudo pacto:* Possunt tibi, ex stipulatione agenti, objicere compensationem illius debiti, quod ex nudo pacto mihi debes. Idque receptum est, æquitatis causa, subtilitate Juris repugnante. Quod enim natura tantum debetur, peti non potest, proindeque, in compensationem venire non posse videbatur, quoniam compensatio speciem quandam habeat petitionis, *l. 15. ff. rem ratam haberi.* Sed hanc compensationis rationem naturalis æquitas tueretur, que hunc obligationi naturali effectum tribuit, ut compensationem cum debito naturali, & civili simul deduci possit. *Harp. n. 5. Brum. in d. l. 6.*

226 *Limitatur*; nisi debitum naturale exceptione peremptoria elidi possit, l. 14. ff. eod. v. g. debeo tibi 100. ex mutuo, tu debes mihi 100. ex nudo pacto, quos tamen per pactum, de non petendo, remisit. Hoc casu, si agas contra me ex mutuo, non possum petere compensationem. Estque ratio, quia debitum, quod exceptione tollitur, debitum non esse intelligitur, arg. lib. 112. ff. de R. J. si debitum non est, ergo nec in compensationem deduci potest. Harp. num. 6. Schneid. 14. Zoef. ff. h. t. num. 10. ut pro regula deinceps tuendum sit: *quicumque per exceptionem perimi possint, in compensationem non veniunt*. Unde fluit, quod debitum civile tantum in compensationem non deducatur, quia semper aliqua exceptione eliditur, proinde in compensationem non deducendum, d. l. 3. §. Si quis autem. ff. de consil. pecun. Sanè si exceptio non numerate pecunie locum amplius non habet, fortè, quia biennium elapsum est, rectè adhuc in compensationem deducetur. Schn. n. 15. aut si sit tale debitum civile, quod exceptione perimi nequit, ut, si non debitor damnatus sit solvere, quia sententia, quæ habetur pro veritate facit haberi pro debito Zoef. loc. cit.

227 *In quibus rebus compensatio locum habeat?* I. Possunt compensari res fungibiles, scilicet quæ functionem in genere suo recipiant; quoniam autem fuit res, functionem in genere recipientes, diximus supra de mutuo, v. g. Vnum, oleum, triticum &c. II. potest quantitas cum quantitate compensari, v. g. si decem tibi, & tu mihi eandem summam debeas, sit compensatio; & hoc est, quod DD. dicunt: *quantitatis ad quantitatem rectè compensationem fieri*, ita, ut si sit æqualis, totum debitum

tollatur; sin inæqualis, saltem usque ad concurrentem summam. Manz. n. 16. *Species ad speciem compensari non potest*, unde, si debeas mihi *equum album*, & ego debeam tibi *equum nigrum*, compensationem uti non possum. Ratio I. quia in *species* cadit probabilis quædam *affectio*, quod non sic est in rebus *fungibilibus*, & quantitatibus, l. 3. ff. de in lit. jurand. II. Non datur compensatio *speciei ad quantitatem*, veluti, si mihi, petenti à te 10. obijceres compensationem de equo, quem tibi debeo. Ratio, quia unum non fungitur vice alterius. Manz. nu. 20. III. Non datur compensatio in *deposito*, Text. hic. Ratio specialitatis est ipsa exuberantia bonæ fidei, habita in *Depositario*. Manz. num. 28. Schneid. num. 50.

Quæ requirantur ad Compensationem? 228

I. ut debitum hinc inde sit *purum*, liquidi enim debiti ad *illiquidum* non fit compensatio, l. fin. Cod. de compensat. v. g. quod in diem debetur, non potest compensari cum debito puro, l. 7. ff. de compensat. Item, *conditionale* debitum cum debito *puro* non compensatur ante extantem conditionem, quia non tantum est *illiquidum*, sed adhuc *dubium*, an debeatur? Schneid. n. 47. Hæm. Vol. I. disput. 25. th. 3. q. 21. Illud *observa*, quod pro debito liquido etiam illud habeatur, quod brevi liquidari potest, cum, quæ parum distant, nihil distare videantur. Zoef. num. 11. l. cit. Schneid. n. 18. II. ut sit *quantitas*, sive *res fungibilis*, quæ *ponderi*, numero, *mensura* constat. *Species* enim cum *specie*, vel *quantitate* compensationem renuit, l. 8. ff. de pignor. act. ex ratione, quod compensatio sit solutio; alterius autem pro altero solutio invito non fiat, l. 2. §. 1. ff. de R. C. propter *affectum*; qui

qui in *speciem* probabiliter cadit. *Zoes. num. 12.*

§. PRÆTEREA 31.

Subtilis est, & scabrosa hujus §. materia, adeo ut *Faber* in ea *Præceptorum* desideret, dicatque, *malle se discere, quàm docere.*

CONTINUATIO IN §. ACTIONEM 28.

229

Imperator divisit *Actiones* in *bonæ fidei*, & *stricti Juris*. In hoc §. non ponit quidem *novam* divisionem; sed *ultimi Membri* quasi *subdivisionem*. Nam inter actionem *stricti Juris* aliquæ manent in *puris suis terminis*, id est, *stricti Juris*, ita, ut in iis, *Judex* nihil *precisè* facere possit, quam id, quod inter partes *contrahentes dictum, conventumque* est; tamen, id forte æquum esse, *judicet*. Aliæ autem *stricti Juris* actiones sunt, in quibus *Judex* petitionem actoris non statim sequitur reumque *convictum* condemnat; sed sententiam suspendit, & prius, tanquam *Intercessor*, *benevolus Consiliator*, statuit, & *æstimat* quemadmodum ex *bono & æquo* satis fieri oporteat. *Manz. n. 3.*

Adeoque ille dicuntur actiones *arbitrariæ*, in quibus *Judex* reum *convictum* passet quidem *protinus condemnare*, eò quod *convictus sit*, sed tamen non *protinus* condemnat; & antequam ad *sententiam definitivam* procedat, reum prius *arbitrio* suo, & per *sententiam interlocutoriam* benigne, ac *clementer* admonet; & actori satisfacere jubet, atque postea primum, si *arbitrio* ejus satisfacere nolit, *definitivè* condemnat. Ut ecce, actio rei *vindicatoria* est actio *stricti Juris*, quia in §. 28. non *enumeratur*. Hæc actio fit *arbitraria*, ob *contumaciam* rei, rem non *restituentis*; hæc enigm, quod

Judex non statim processerit ad *sententiam definitivam*, & reum *condemnaverit* ad rem, *Domino* vero *restituendam*; sed prius etiam *admonuerit*, ut rem *restitueret*, & reus *admonitioni* non paruerit. Hoc in casu propter *contumaciam* rei, rem non *restituentis*, ista actio fit *arbitraria*, qualis, ut diximus, illa est, in qua *præcedit* *arbitrium* *Judicis*; sive *admonitio* *Judicis*, antequam ad *sententiam definitivam* procedat. *Schneid. mon. 6. Harp. n. 2.*

Q. I. ex quibus causis actio efficitur *arbitraria*? *Schneid. n. 11.* qui in hac *subtili, perplexa, & intricata materia clarissimus* videtur, id *IV. Regulis* comprehendere posse ait. Nimirum I. aliquando actio *stricti Juris* fit *arbitraria*, propter *adjectionem loci*, non quidem ad hunc effectum, ut *Juramentum* in *litum* locum habeat; ut habeatur ratio interesse propter locum, quod pecunia non fuerit soluta in hoc loco, in quo solutio fieri *promissa* erat, v. g. *promissisti mihi per stipulationem solvere 100. Norimbergæ*, si *promissif* non *adjecto* illo loco non possem petere, nisi ista 100. sed, propter *adjectionem loci*, si non solveris *Norimbergæ*, & ego te *conveniam* in hac *Civitate*, *Judex* dicitur *arbitrari* instar interesse, quanti mea interest illa 100. non esse mihi *Norimbergæ* soluta.

II. Efficitur aliquando actio *arbitraria*, ratione *pœnæ imponendæ*; propter *dolum* à principio commissum, vel *metum* illatum, ut in actione, quod *metus* causa; licet enim inferre *metum* sit contra *bonos mores*, non tamen à principio *puniuntur*, si *restituatur* id, quod per *metum* traditum est, quod in *traditione* intervenerit *consensus* ejus, qui *metum* passus est, & *coacta* voluntas sit etiam voluntas, sed,

si conventus hac actione, iustus à Judice restituere rem, non restituit; licet conventus non intulerit metum; tamen propter hoc accidens superveniens fit arbitraria actio, ut condemnatur Reus ad quadruplum & ita non statim, & originaliter ad poenam quadrupli datur, sed tunc, si iusti non paruerit.

III. Aliquando efficitur actio arbitraria propter interrogationem Judicis, quod vertitur in interrogando. Ut in *noxalibus actionibus* Judex potest dominum servi interrogare, an velit refarcire damnum, illatum à servo, vel dare servum pro noxa. Si respondet se servum daturum, & postea non faciat, jam oritur arbitrium Judicis, ut etiam ad totam summam damni dati eum codemnare possit, & ita fit arbitraria propter condemnationis qualitatem, an in *solidum*, vel *noxaliter* fiat?

IV. Aliquando efficitur arbitraria propter iustum Judicis, de restituendo, vel exhibendo rem: à principio enim & ex natura actionis igitur Rei vindicationis ad ipsam rem tantum; sed, si conventus, iustus à Judice, restituere rem, & ipse contumaciter recusaret propter ipsam contumaciam, ex post factò supervenientem, potest & debet arbitrari, etiam contra naturam actionis stricti Juris, deferendo auctori Juramentum in litem de affectione. *Hucusque Schneid. loc. cit.*

231 Q. II. Quare actiones dicantur esse arbitrariae. R. Quia in his actionibus Judex, priusquam negotium definiat, interloquendo arbitratur, quemadmodum auctori satis fieri debeat, cujus is effectus est, ut, qui Judicis arbitrio paruerit, & satis fecerit intra tempora, ab eo dicta, evitet poenam, & solam rem praestet. Sin minus? tunc sequitur condemnatio, secundum

rigorem Juris, atque etiam in id, quod auctoris interest, & in quantum ab eo juratum fuerit. *Perez. hic.*

Q. III. An non possit paucis verbis explicari, quid sit actio arbitraria? R. Possit; an verò ad captum? *Dubito.* Itaque dico, quòd actio arbitraria sit illa, in qua ex natura actionis sententia interlocutoria praecedit definitivam. Sive est illa, in qua Judex sententiam definitivam non pronuntiat; prius interloquendo arbitretur, & statuatur, quomodo, seu quemadmodum ex bono, & aequo satisfaciendum sit. Cui interlocutioni si satis fiat, tum illam absolutio: sin minus, eam condemnatio subsequatur. *Schamb. hic.*

Uti in exemplo actionum, in hoc 232 §. enumeratarum, patebit. Quarum prima est actio *publiciana*, in qua debet prius fieri sententia interlocutoria, antequam definitiva feratur; per interlocutoriam autem jubet Judex, rem restitui auctori; quae si restituatur, absolvitur Reus. Sin minus, severius proceditur, & manu militari res ab eo auferretur. Si verò illam non amplius possideret, sed dolo malo desierit possidere, sequetur gravis illa condemnatio, quanti in litem auctor juraverit, Judexque aestimaverit.

Secunda actio arbitraria est *serviana*, & quasi *serviana*, quia in hac Judex praecipit possessori pignoris, ut illud restituat: cujus arbitrio, sive iusti si paruerit, aut pecuniam creditori solverit, reus absolvetur. Sin minus, res manu militari ab eo auferretur. Si dolo malo desierit possidere, tanti condemnabitur, quanti in litem ab auctore juratum fuerit. Quae condemnatio cum *gravis*, & *severa* sit, merito Judex ante definitivam clementius aliquid arbitrari potest. *Manz. n. 9.*

Tertia actio arbitraria est actio, quod

quod metu causa, quia in hac Judex jubet rem, metu extortam, restituere, cujus jussui, si reus paruerit, poenam quadrupli evitat; sin minus, fit condemnatio severior in poenam quadrupli. *Perez. Inst. hic.*

Quarta actio arbitraria est actio de dolo, quia, si is, qui dolo malo circumvenit aliquem, ad jussum judicis rem non restituit, sequitur condemnatio, quanti actoris interest, dolo deceptum non fuisse, infamiaque notabitur; si verò ante sententiam definitivam rem restituerit, evitabit condemnationem, & poenam infamiae.

Quinta actio arbitraria est actio de eo, quod certo loco, quia certo loco constituit, se soluturum, conveniri hac actione potest, etiam alio in loco. Cum ergò hoc durum, & iniquum esse, videatur, ideò Judex potest pariter arbitrari, & interloqui, ut factis det reus pecunia, ibi solvenda, ubi promissa est. Quod si Judicis arbitrio Reus paruerit, absolutionem consequetur; sin minus, sententia definitiva feretur, ut etiam solvat in loco, de quo non est conventum, l. 4. §. 1. ff. de eo, quod cert. loc. Manz. n. 14. ubi adhuc aliter hanc actionem explicat.

Sexta actio arbitraria est actio ad exhibendum, quia hæc datur, si interfit actoris, rem exhiberi. Quam si ad jussum judicis restituerit, absolvitur. Sin, minus, sententia definitiva condemnabitur, quanti actoris interest, rem exhibitam non esse. *Perez. Inst. hic.*

Septima actio arbitraria est actio noxalis, quæ (ut infra audiemus) contra dominum competit, quando servus noxam, sive delictum commisit: arbitraria autem est ideò, quia Dominus servi æstimationem damni, ab

ipso dati, solvere, vel servum pro noxa debere jubetur; cujus jussui, si paruerit, absolvitur; sin minus, in tantum condemnatur, in quantum Reus in litem juravit. *Manz. n. 16.*

Enumeravimus supra VII. actiones arbitrarias, inter quas occurrunt actio de dolo, actio de eo, quod certo loco, & actio ad exhibendum, de quibus quoniam nondum egimus, sequitur modò

Casus Actoris de dolo: Titius testamentum fecit, in quo me hæredem instituit, Sempronio autem supra modum legis Falcidie, h. e. ultra dodrantem legavit. Sempronius mihi dolose persuasit, Hæreditatem esse sufficientem, ad integra legata solvenda, & sic suum legatum integrum consecutus est. Postea ego comperit, quòd hæreditas non sufficiat, quòd potuissem detrahere Falcidiam. *Q. Utrum, & quam actionem habeam contra Sempronium, ad consequendam indemnitatem meam?* R. de Jure civili nullam, suæ enim facilitati imputer, qui facile credit, & se circumveniri patitur. Prætor tamen, æquitate motus, concessit actionem de dolo. *Manz. n. 4.* Circa istam actionem autem ita edixit: *que dolo malo facta esse dicentur, si de his alia actio non erit, & justa causa videbitur, Judicium dabo.* *Zoëf. ff. de dol. mal. n. 15.*

Describi poterit actio de dolo malo, quòd sit actio personalis, prætoris, rei persecutoria, stricti Juris, arbitraria, famosa, que datur adversus decipientem aliquem dolo malo, causa cognita (si alia actio deficiat) pro consequenda indemnitate. Ita *Manz. n. 5.*

Dxi I. Personalis, quia descendit ex delicto.

Dxi II. Prætoris, quia descendit ex *Edicto prætoris*, quod habetur

in l. 1. §. 1. ff. de dol. mal. ergone erit tantum *annalis*? olim datur anno duntaxat utili, sicut reliquæ prætorie actiones; hodie autem durat *biennio* continuo, à die admissi doli numerando, l. fin. Cod. de dol. mal. Manz. n. 7. elapso tamen biennio in factum actio superest, l. 28. ff. de dol. mal. Hum. ad Treutl. völt I. disp. 11. th. 7. lit. F. ex quo notandum, quod ista actio intra biennium, & debeat intentari & finire, ita, ut, si biennium elapsum sit, tamen adhuc lis contestata duret, tamen ista actio non amplius competat; sed mutetur in actionem, contra l. ult. ff. de fidei commiss. tut. ubi dicitur, quod *litis contestatione* actiones temporales perpetuantur. *Singulare enim & speciale* est, actionem doli litis contestatione non perpetuari. Ratio, quia est famosum Judicium. Zoef. n. 26.

Dixi III. *Rei persecutoria*, quia datur tantum ad *simpulum*, & sic nullam penam continet; quod mirum videri potest, cur dolus, upote *grave delictum*, non poena dupli, aut quadrupli, coerceatur, instar actionis, quod *metus causa*, aut *furti*. Dic quod in sua quilibet potestate habet, à paucioribus decipi; nec fidere passim omnibus; at metum evitare, sive *violentiam*, & *furtum*, non est penes quemvis. Deinde *dolus* non eam, quam Vis cum *furto* habet affinitatem, decepto enim volenti, non invito res auferitur; ideoque furti poena non habet locum, Manz. n. 13.

Dixi IV. *Stricti Juris*, quia in §. 28. non enumeratur.

Dixi V. *Arbitraria*, quia, si rem restituere iustus, non paruit, tantum condemnatur, quanti actor in litem juraverit. Quid si autem res perierit? tunc Reus protinus condem-

natur in id, quod actoris interest. l. 18. §. 1. ff. de dol. mal. Manz. n. 17. Zoef. n. 24.

Dixi VI. *Famosa*, l. 1. §. 4. l. 11. ff. de dol. mal. omnia enim Judicia, dolum persequentia, infamant, d. l. 1. §. 4.

Dixi VII. *Dolo malo*, dolus enim bonus, quo quis, solertia sua, Hostem, vel Latronem circumvenit, hanc actionem non progencrat. l. 1. §. Non fuit ff. eod.

Dixi VIII. *Causa cognita*, cum enim hæc actio sit tam gravis, ut infamet; non temere indulgenda est: sed, causæ cognitio præcedat, necesse est, l. 9. ff. de dol. malo.

At, quid venit in causæ cognitionem? R. duo, videlicet *res*, & *personæ*. Circa rem hoc consideratur, utrum *summa*, de qua agitur, sit magna, vel modica? Ideo, si summa sit modica i. e. intra *duos aureos* consistens, non datur l. 9. ff. eod. Ratio, quia de minimis non curat Prætor l. 4. ff. de integ. rest. & poena debet commensurari delicto; quæ autem comparatio esset inter infamiam, & duorum aureorum? Circa personas illud venit in causæ cognitionem, quænam sint illæ personæ, inter quas intentatur? Nam contra *parentes*, vel *Patronos* actio *famosa* non datur, l. fin. §. cum autem Cod. de furt. Item *humilis* adversus eum, qui dignitate excellit, hac actione experiri non debet, l. 11. ff. eod. Parcendum enim est honestorum virorum existimationi, Schamb. hic Zoef. eod. n. 17. Interim *liberi*, & *liberti*, aut *humilis* conditionis personæ actionem *subsidiariam* in factum arripere potuerunt, siveque indemnitate consulere d. l. 11. ff. de dol. mal.

Dixi IX. Si alia actio deficiat, impenſe enim notandum, quod Actio de dolo malo non alias locum habet, quam ſi deſit alia actio, quæcunque illa ſit, l. 2. Cod. de dol. mal. Eſtque ratio, quòd ejusmodi actionis genus, quo perpetuæ Ignominie nota inuritur, non debeat Prætorè temere dècerni, habita alia actione, qua quis experiri, & ſuum conſequi poteſt, l. 1. §. ait Prætor. ff. de dol. mal. Zoef. ff. eod. n. 15.

236 Sane ut intelligas, quando actio de dolo competat; discernenda ſunt factorum genera. Nam ſi dolus dederit cauſam contractui bonæ fidei, contractus eſt ipſo Jure nullus, quemadmodum diximus §. 1. ſupra de oblig. Q. 4. Unde vel vindicationi, vel conditioni indebiti locus erit. Si autem inciderit in contractum bonæ fidei, tunc dabitur actio ex eodem contractu, ut damnum reſarciatur. Si vero dolus cauſam dederit contractui ſtriçti Juris, vel in hunc inciderit; tunc, cum alia actio non detur, competit actio de dolo, ſi res ſit tradita: ſi necdum tradita, exceptio doli, l. ſi quis 36. ff. de V. O. Schamb. hic. habens autem exceptionem doli, non ſimul agere poteſt de dolo, l. ſon. ff. de dol. mal. Eſtque ratio, quia per exceptionem doli ſuæ indemnitati ſufficienter poteſt conſulere. Quo in caſu, utpote habito ordinario remedio, non eſt excurrendum ad actionem de dolo, utpote remedium ſubſidiarium, & extraordinarium, Hamm. ad Treutl. vol. 1. diſp. 11. th. 6. q. 44. Solet etiam dolus extra contractum fieri. Et tunc, ſi incidat in delictum, ſpeciali nomine ſignatum, v. g. furvum, rapinam, &c. producit ordinariam actionem. v. g. furti, et bonorum raptorum, &c. Quòd ſi autem dolus non producat

Kees ad Inſtitut.

delictum ſpeciale, ut ſunt variæ hominum machinationes; tunc neceſſario recurritur ad hanc actionem, ut ſi quis daret fraudulentum conſilium, l. quod ſi cum ſcires, 8. ff. de dol. mal. ita erudite, & ſolidè Schamb. hic.

Dixi X. Pro conſequenda indemnitate: hæc enim actio ad nihil aliud competit quam, ut Res, dolo malo ablata, vel Intereſſe reſtituatur. Præterea nullam pœnam hæc actio perſequitur, ita ut ex parte actoris ſit mere rei perſecutoria; ſibi enim imputet, quòd ſe tam facile circonveniri paſſus ſit.

Cui, & contra quem hæc actio competit? explicatione non indiget: cuique enim patet, dari decepto contra decipientem, non ejus hæredes, niſi quatenus ad eos pervenit, l. ſi plures §. 1. ff. de dol. mal. Zoef. ff. eod. & Schamb. hic. 237

Caſus de actione de eo, quod certo loco. Mutuus Sempronio dedi 100. fl. ſub iſto pacto: ut eos mihi Monachii in proximis nundinis præteritis redderet. Sempronius tempore determinato Monachium non venit. Et ſic non potui meos 100. fl. conſequi, quos ſi habuiſſem, potuiſſem conſequi, & promovero aliquam utilitatem, vel damnum aliquod à me avertere. Nunc autem deprehendi ipſum Sempronium Ingolſtadii. Q. Utrum eo loco poſſim eum convenire? Dixeris quod non, qua plus loco peterem, §. ſi quis 33. infra h. t. qualis non auditur in Judio, imò olim cauſa cadebat. Deinde intereſſe etiam videtur, me petere non poſſe, quia mihi datur conditio certi ex mutuo, quæ actio eſt ſtriçti Juris: non involvens, niſi ea, quæ inter partes dicta, & conventa ſunt.

Verum, quia contingere poteſt,

ut Sempronius nunquam Monachium veniat, vel data opera, vel aliunde impeditus, & sic ego ex facto ipsius damnum sentirem, idcirco Prætor mihi concessit istam actionem, qua alio loco debitorem meum convenire possum.

238 *Definitur autem ista actio, quod certo loco, quod sit actio stricti Juris, arbitraria, qua petimus alio in loco, quam conventum est, id, quod nobis debetur, salvo interesse unius, alteriusve partis.*

Dixi I. *stricti Juris*: Ratio, quia in §. 28. non enumeratur. Ratio alia, quia adjectio loci tunc tantum actionem efficit arbitrariam, quando apponitur obligationi *stricti Juris*: non vero, quando adjectitur obligationi bonæ fidei. Nam si adjectio loci fiat in obligatione bonæ fidei, tunc actio non fit arbitraria; sed aliunde ex natura sua liberam Judici potestatem Juris tribuunt, ex æquo, & bono judicandi. Ut proinde actione arbitraria opus non habeat. *Manz. n. 9.* Dixi II. *arbitraria*: rationem jam supra dedimus. Dixi III. *alio in loco*, quia, si quis petat in illo ipso loco, in quem solutio collata fuit, actio manet in terminis *stricti Juris*, & non est opus arbitrio Judicis. *Manz. n. 11.* Dixi IV. *salvo interesse unius, alteriusve partis*. Ratio, quia arbitraria actio utriusque utilitatem continet, tam Actoris, quam Rei. Quod si Rei interest, minoris sit pecuniæ condemnatio, quam pretium sit. Sin Actoris; majoris pecuniæ condemnatio fiet. l. 2. ff. de eo quod certo loc. *Zoes. eod. n. 7.*

239 *Casus de actione ad exhibendum: Titius mihi per furtum subtraxit aliquot vestes, quarum unam, quod Cajus emerit, audivi. Cum tamen*

adhuc dubitarem de veritate, num mea vestis sit, nec ne: Petii, illam vestem mihi exhiberi, ac ejus inspiciendæ copiam fieri. Cajus id recusavit. Q. quomodo mihi consultum sit? R. Per actionem ad exhibendum, quæ oppositè describitur, quod sit actio civilis, personalis, in rem scripta, arbitraria, quæ competit ei, cujus interest pecuniariter, sibi rem mobilem exhiberi, adversus possidentem (licet naturaliter tantum) qui copiam exhibendi habet, ut rem mobilem exhibeat, ut postea experiundi copia fiat.

Dixi I. *civilis*, quia de Prætoris Jurisdictione nulla fit hujus actionis mentio. *Schamb. hic.* Dixi II. *personalis* quia per eam actor non petit rem aliquam, aut Jus aliquod in re sibi restitui; sed petit ut reus aut rem inspiciendam exhibeat, aut solvat, quanti ea res erit, quod proprium est actionum personalium, *Manz. n. 14.* Dixi III. *in rem scripta*, quia, tamen si sui origine personalis sit; tamen, quia nihil aliud quam res exhiberi petitur, adversus quemcunque possessorem competit. Dixi IV. *arbitraria*; rationem supra allegavimus. Dixi V. *competit ei, cujus interest pecuniariter*; quia non tantum competit domino, sed etiam ei, cujus ex quacunque causa civili, & pecuniaria interest, rem exhiberi non affectutenus, l. pen. h. 2. ubi petens exhiberi libros, quia, cum eos legisset, doctior & melior futurus esset, non auditur, *Schamb. hic.* *Zoes. ff. ad exhib.* Dixi VI. *adversus possessorem: sic & creditor, cui res pignori data est, hac actione rectè convenitur, l. 3. §. fin. ff. ad exhib.* *Manz. num. 24.* Dixi VII. *ut rem mobilem exhibeat, ut postea fiat, experiundi copia: hæc enim actio est plerumque actio preparatoria ad aliam actio-*

actionem in rem, vel etiam in personam, l. 1. Cod. eod. interest enim, scire prius, num res sua sit: ne frustra actionem intentet.

§. CURARE. 32.

Faciunt hic aliam adhuc divisionem actionum: scil. quod alie sint, quibus certum; alie, quibus incertum quid petitur. Certum dicitur peti, quando ex libello apparet, quid? quale? quantumve sit id, quod in iudicium deductum est? v. g. in Mutuo, commodato, deposito, &c. Incertum, quando id non apparet: ut, si quis petat hereditatiam petitionem rem universalem, scil. hereditatem; si actione tutelae, negotiorum gestorum, pro socio: rem generalem: scil. reddidi in genere rationes tutelae gestorum, negotiorum, societatis &c. Item, incertum peti dicitur, si alternative quid petatur. Sed, si tales actiones intententur, quale est officium Iudicis, & in quo consistit illud. R. ex textu. quod curare debeat, ut omnino, quantum possibile est, certae pecuniae, vel rei sententiam ferat; etiam si de incerta re apud eum actum sit. Adeoque regula quasi ponitur, quod sententia debeat esse certa, Schomb. l. 1. §. 22. Ratio, quia sententia debet imponere formam liti, & controversiae: sed si sententia sit incerta, ambigua & obscura, finem liti non imponit; sed litam ferit ex lito, contra l. 3. Cod. de fruct. §. lit. expens. ergo. Manz. n. 2. qui ex his inferit, quod talis sententia non valeat: omnem debiti quantitatem cum usuris solvo.

Diximus autem I. etiam si de incerta quantitate actum sit, v. g. si quis agat ad interesse, licet haec quantitas incerta sit, Iudex tamen, illam taxando, certam debet ferre sententiam.

Schomb. hic. Diximus II. quantum possibile est: nulla enim regula est, quae suam non patiatur exceptionem; subinde enim Iudici possibile non est certam ferre sententiam. Scilicet in noxalibus actionibus incerta sententia, ut vel damnum resarciat, vel servum noxae det, admittitur. Quamvis ad resarcitionem damni condemnare possit; cum facultas noxae dedendi a lege sit, l. 6. §. 1. ff. de re iudicata. II. In actionibus universalibus, quibus petit quis corpus totius hereditatis cum augmento, & decremento, ut est hereditas. Sicut itaque in his actionibus, v. g. petitione hereditatis, familiaris hereditatis, &c. petitio: ita & sententia incerta esse potest, ratione rerum universalium, quae deinde in executione specificantur. Manz. n. 20. III. In actionibus generalibus, v. g. tutelae, pro socio negotiorum gestorum, &c. sufficit enim in his, cum ad diversas species competat, & varias negotiationes comprehendat, generaliter petere, sibi reddi rationem administrationis tutelae, societatis, negotiorum gestorum, &c. IV. In re, alternative debita, v. g. promisit quis equum, vel bovem: condemnari talis potest, ut Alterutrum horum praestet: est enim electio penes debitorem, l. 75. §. 8. ff. de R. O. Idem dic, si quid debeatur in genere, & necdum sit facta declaratio per debitorem, v. g. equum quis promisit: hoc talis condemnari potest, ut equum praestet, qualem vestit: non vero Bucephalum in specie, quia alias in plus condemnaretur, quam promisit. Manz. n. 34. V. Admittitur etiam incerta sententia, quod accessoria, v. g. peto fructum cum fructibus. Ubi, licet petitio est incerta, ita etiam sententia poterit esse incerta; semper enim inspicendum est, quod est

magis principale, l. 44. ff. de relig. & sumpt. fun. modo ergo sententia quoad fundum certa sit, illa quæ in consequentiam veniunt, non curantur, l. 1. ff. de auth. tut. Manz. num. 40. Schneid. n. 16. ubi plures alias limitationes ponunt.

Dices: Regulam posuimus, quod sententia debeat esse certa; licet de incerta quantitate actum sit. Item sententia debet esse conformis libello, l. 18. ff. commun. divid. quomodo ergo poterit sententia esse certa, si libellus est incertus? R. sententiam debere esse conformem quoad duo potissimum. I. Quoad rem petitam, ut videlicet Judex de alia re non pronunciet; quam de qua fuit actum. II. Quoad causam, ex qua res petita est, v. g. si quis rem, tanquam sibi donatam, petat, tunc Judex non debet adjudicare ex causa emptionis, vel legati, Manz. n. 49. Deinde, ista regula, quod sententia debeat esse conformis libello, universalis non est, fallit enim in variis casibus. I. Si petita sit minor quantitas, ex processu autem appareat, majorem deberi, Judex rectè in majorem condemnat. II. Si ipse reus confiteatur, se debere plus. III. Si Judex reum absolvit. Schamb. hic.

§. SI QUIS AGENS 33.

In hoc §. Imperator monet actorem, ne in libello plus petat, quam debetur, traditque pœnam plus petenti. Ubi observa, IV. modis plus peti, Re, tempore, Loco, Causa. I. Plus petit Re, qui scil. majorem quantitatem, quam quæ obligatione continetur, actione comprehendit; veluti, si quis pro 10. aureis, qui debentur, 20. petat. II. Tempore plus petit, qui,

quod in diem, vel sub conditione debetur, petit ante diem, vel existentem conditionem. III. Loco plus petitur, quando quis, quod certo loco sibi dari stipulatus est, alio loco petit pure, i. e. omissa mentione loci, stipulatione comprehensi; quo casu Judicis erit æstimare, quanti debitoris intersit, solve-re in loco convento potius, quam alibi. IV. Causa, qui quod in genere: vel alternative debetur, petit in specie; vel ex alternativo debito rem certam. Ideo talis plus petere dicitur, quia, cum alias in debito generali, & alternativo, electio sit debitoris, non autem creditoris, hanc illi eripit, suamque hoc modo conditionem meliorem facit: debitoris vero, sive adversarii sui deteriore, quod fieri non debet.

Pœnam in plus petentes aliam fanxere Jura vetera, aliam moderna. Olim plus petentes causa cadebant, quæ pœna posterioribus Imperatoribus rigida nimis visa est, adeoque Imperator Zeno constituit, ut is, qui plus tempore petit, inducias temporis illius, quod conatus antevertere, duplicare cogatur: veluti, si uno mense petierit citius, quam petere debuit, expectare cogitur duos menses, & insuper impensas litis reo refundere. Qui vero, re, causa, loco plus petit, ex constitutione Justiniani condemnatur in omne damnatum, quod sua petitione reo intulit; & ista pœna usu comprobatur. Manz. num. 58.

§. SIN MINUS 34.

Q. hic, quid? si quis minus, quam 24¹ ad eum pertinet, libello complexus fuerit? R. Imperator, quod talis sine periculo agat: i. e. nihil incommode senti-

sentiat; cum nec causa cadat, nec partem debiti amittat, quam petitione sua complexus non est. Igitur, si, cum ei 10. aurei deberentur, 5. sibi dari oportere, intenderit; aut si, cum totus fundus ejus esset, partem dimidiam suam esse, petierit; non impediri, reliquam in eodem, vel alio Judicio prosequi; neque enim obstare rei judicatæ exceptio illi agenti poterit, cum de alia re agatur. *Perez. Inst. hic.*

§. SI QUID ALIUD 35.

242 Pro hujus §. intellectu observa, quid sit emendare, quid mutare libellum? Emendare libellum nihil est aliud, quam aliquid adicere, in eo confusa dilucidare, obscura distinguere, manente semper actionis, & libelli substantia. Mutare libellum est, omnia priori actione, aliam instituere; vel manente priori actione, aliam rem petere. Ut ecce, peto à te catenam auream ex causa depositi; postea, omnia ista actione, instituo actionem commodati. Vel, si ego ex causa contractus emptionis, vel venditionis servum Stichum à te petam; postea autem afferam, non Stichum, sed Pamphilum mihi deberi. In istis duobus casibus dicitur intervenire libelli mutatio. *Schneid. num. 6.*

243 Q. An, quando, & quousque libelli emendatio, aut mutatio concessa sit? R. I. Ante litem contestatam, non tantum libelli emendationem permissam esse; estque ratio, quia ante captum Judicium parti licet à Judicii limitibus recedere; ergo multo magis libellum mutare, vel emendare. *Zoef. ff. de edend. n. 11. R. II. Emendationem libelli non tantum permissam esse ante, sed & post litem contestatam usque ad*

sententiam; patet hoc ex l. 46. ff. de re jud. actorum verba emendare, tenere sententia perseverante, non est prohibitum, Manz. n. 7. concord. Walter de Jure consuet. Austr. lib. I. tit. 8. ibi: Welcher Kläger ... i. c. Actori non substantiam libelli mutant; verum quæ in libello proponuntur saltem elucidare volenti, sive antè sive post litem contestationem, nihil obstat; is enim nihil novi proponit qui aliquid elucidat. R. III. Mutationem libelli post litem contestationem non amplius concessam esse. Ita Schneid. n. 13. hic. Fach. lib. II. c. 92. concordat consuetudo Austriaca, teste Suttinger. obs. 16. ibi: Es geschiet, &c. i. e. Raro evenit ut quis libellum mutet aut mutandi licentiam petat: Hoc autem in casu, mutationem non admittit iudex, nisi quatenus alteri parti communicatio nondum fuit per executionem facta: sic enim utrique parti licet per supplicem libellum judicii mutationem proponere, novamque petitionem concipere, judiciumque circa eam petere: quod quidem indulgere iudex solet, quando non obstat interesse publicum vel patriæ. At facta executione considerandum, an pars altera expensas tulerit, vel ipsa fuerit litem contestata? Si primò; tunc debet actor petenti reo expensas restituere. In casu posteriori mutatio libelli, utpote post litem contestatam, non amplius admittitur. Vide etiam Walter lib. I. tit. 8. Dissentis communis D. D. Schola ab hac nostra sententia; at, de Jure communi disceptant, non quod in præsi forens obtinet.

§. SUNT PRÆTEREA 36.

Sexta actionum divisio est, quod 245 quedam actiones sint, quibus solummodo
Pppp 3 per-

persequimur, & quædam, quibus non solidum persequimur. In solidum agimus fere in omnibus actionibus, exceptis aliquibus, de quibus hic, & seq. §. In hoc, & seq. §. agit Imperator de iis, qui habent beneficium competentie; sive qui non possunt conveniri in plus quam commode facere possint, i. e. relinqui illis debet, ne egeant. Schamb. hic.

§. ITEM, SI DE DOTE 37.

246 Inter illos autem, qui habent beneficium competentie, est I. Maritus. Nam si, soluto matrimonio, mulier: vel ejus pater dotem repetat, maritus non semper in solidum condemnatur: sed eatenus, quatenus honeste facere potest, &, quatenus facultates ejus patiuntur. Itaque si tantum in facultatibus habeat, ut, salvo honesto victu, dotem integram solvere possit, in solidum condemnatur; sin minus, in tantum, in quantum facere potest. Ratio autem, cur hoc privilegium marito concessum sit, redditur ista, quia Reverentia maritalis, item bonos Matrimonii omnino exigit, habere necessitatis rationem. Et quamvis Imperator in presenti §. loquatur tantum de muliere, dotem repetente, & de Judicio dotis tantum; sive de actione, quam in §. fuerat. 29. actionem ex stipulatu, de dote repetenda, vocavimus; illud ipsum tamen procedit in aliis quoque personis, Man. n. 4. Dicta procedunt I. Nisi uxor æque in necessitate sit posita, ut egeat; tunc enim illa erit potior, l. præses Cod. de servit. & ag. II. Nisi Maritus facto suo omnia dilapidaverit, l. 18. §. 1. ff. solut. matrim. neque enim favorem meretur, qui culpa sua damnum pa-

titur. III. Eo mortuo, i. e. hoc beneficium, utpote personale, expirat, neque ad hæredes transit, d. l. 12. ff. eod. Schamb. hic. Excipiuntur tamen Filii, ex eodem matrimonii dati: his enim idem privilegium specialiter concessit, l. 18. ff. solut. Matrim. Dicitur eodem matrimonio, unde contra novercam non: dicitur etiam Filii, unde nepotibus non dabitur, quia in privilegii, filiorum nomine non veniunt nepotes, arg. l. 18. ff. de excusat. tut. Schneid. n. 9. Illud etiam notandum, quod sicut marito, ita contra uxori hoc privilegium competit, si, soluto Matrimonio, à matre conveniatur ex contractu, inter ipsam uxorem, & maritum, constante matrimonio, celebrato, l. 17. ff. solut. matrim. statutum enim in uno correlativorum, censetur quoque statutum in alio, l. fin. Cod. de vid. toll. Schamb. hic.

AD V. PROPTER RETENTIONEM.

247 Subinde contingere potest, ut maritus sufficientes quidem habeat facultates; & tamen non in totum condemnatur, si de dote restituenda conveniatur. Quod tum maxime contingit, quando Maritus impensas quasdam necessarias in res dotales fecit; tunc enim habet maritus Jus retentionis, h. e. potest manere in rei detentione tam diu, donec ei satisfiat, & impensæ necessarie restituantur. Vel, si una cum rebus aliis in dotem accepisset etiam pecunias, potest deducere, & toto minus accipere. Ratio hujus retentionis est eadem, quæ compensationis; frustra enim sit per plura, quod potest fieri per pauciora, arg.

arg. l. 1. ff. quod inst. caus. Manz. n. 6. Notanter autem dicitur in textu: Impensas necessarias. Nam Impensas utiles actione mandati repetit, puta, si ex voluntate, actione negotiorum gestorum repeti possunt. Schneid. num. 16. Schamb. hic. Voluptarias autem, quatenus facies rerum patitur, sine illius corruptione tolli poterunt. l. 9. ff. de impensis. Manz. n. 22. & 23.

§. SED ET SI QUIS 38.

248 In hoc §. recensentur iterum aliquae personae, quae non possunt semper conveniri in solidum, gaudentes beneficio competentiae, inter quas relucet alto vertice I. *Parens*, propter duplicem rationem, tum, quia reverentiam liberi parentibus debent, l. 6. ff. de in Jus vocand. tum, quia filius tenetur alere patrem egentem, l. 5. §. 15. de agnos. liber. Ideo, si filius peteret, patrem in solidum condemnari, hac exceptione repelleretur. Schneid. hic n. 1. Et quia appellacione parentis non tantum pater, sed etiam avus & proavus, & omnes majores continentur, ideo *Matri*, *avia*, & *proavia* hoc beneficium datur, l. 15. ff. de V. O. II. *Patronus*, si conveniatur à liberto, gaudet etiam beneficio competentiae, l. 17. ff. de re jud. III. *Socii* invicem habent etiam hoc privilegium, l. 6. ff. pro socio. IV. Hoc privilegium donatori quoque competit, qui scilicet promisit, se donaturum: vel donavit, sed nondum tradidit, & convenitur ad tradendum, ut non reneatur; nisi, in quantum facere potest: ne liberalitas sua ei sit damnosa, Manz. n. 8.

§. COMPENSATIONES 39.

Compensationes quoque opposita ple-

rumque efficerent, ut minus actor non consequatur, quam ei debeatur. Nam, si actor vicissim reo aliquid debeat, condemnatio non fit in solidum; sed debitor utitur compensatione pro quantitate debiti actoris; uti supra §. 28. diximus.

§. CUM EO FINALIS.

Pro hoc §. intelligendo, notandum, olim durissimam penam statutam fuisse contra debitorem, non solventem res alienum; ita, ut eum non tantum vincere, verberare, in carcere conijcere; sed corpus in partes dissectare, & inter creditores, solutionis loco, partiiri liceret. Verum cum inhumanum hoc videretur, inductum est beneficium cessionis bonorum, ut liceret debitoribus bonis cedere, i. e. omnia sua bona dimittere & concedere creditoribus, sicque una vice se à petitione aeris alieni liberare. De quo est integer Tit. in ff. de cessione bonor. & Cod. qui bon. ced. poss. Utilitas autem hujus cessionis est, quod debitor importunitatem carceris, aliasque molestias, quas attentis creditoribus causare solent, subterfugiat, l. 1. & 4. Cod. & d. t. Harp. n. 30.

Illud autem observandum, quod licet cessio bonorum à memoratis molestiis liberet, non tamen liberet debitorem à debito, & obligatione, si bona cessa ad debiti solutionem non suffecerint. Sed si post cessionem ad pinguiorem fortunam pervenerit, potest de novo conveniri, text. hic. sub hoc tamen temperamento, ut in bonis, post cessionem quæsitis, gaudeat privilegio competentiae, text. hic. §. l. 6. ff. de cess. bon. Manz. n. 10. Quod est verum, si conveniatur à prioribus: non vero si à novis creditoribus, post cess-

cessionem denuo factis. Ab his enim in solidum conveniri poterit, quia respectu horum non militat illa ratio, quod inhumanum sit, eum, qui se fortunis omnibus exuit, in solidum condemnari, *Harp. num. 32.* Atque

ita longo huic, sed utilissimo Titulo de *Actionibus finem* tandem imponimus. Non quod *plura* dici nequeant; sed, quod *invida Temporis Fuga* plura dicere volenti *Silentium* imponat.

TITULUS VII.

QUOD CUM EO, QUI IN ALIENA POTESTATE EST, NEGOTIUM GESTUM ESSE, DICITUR.

SUMMARI A.

- 1 Ratio Ordinis.
- 2 Pater non obligatur pro Filio: nec Filius pro Patre.
- 3 Desinitur actio quod Jussit.
- 4 Recensentur Requisita hujus Actionis.
- 5 An detur ex sola Ratihabitione.
- 6 Desinitur Actio exercitoria.
- 7 & 8 Quis Exercitor? quis Magister dicatur?
- 9 Enumerantur Requisita Actionis.
- 10 Quid sit Actio infortoria.
- 11 Quomodo conveniat hec Actio cum infortoria.
- 12 Quomodo differat?
- 13 Casus Actionis tributoria.
- 14 Desinitur tributoria Actio.
- 15 Merx dominica à merce peculiari quomodo differat.
- 16 & 17 De Actione in Rem verso; & quid sit?
- 18 Que actio sit utilior ex pramemoratis?
- 19 Quid? si tributoria concurrat cum Actione de peculio.
- 20 Filiusfam. ex mutuo non obligatur.

CONTINUATIO.

Supra Tit. de Act. §. Actionis autem
10. & §. Sont præterea 36. Impera-

tor, obiter mentionem fecit Actionis Prætorie de peculio; quia vero præter illam sunt adhuc V. aliæ species, quas Prætor ex contractu filiorum, vel servorum contra parentes, vel dominos ipsos concessit, ideo illas hoc Titulo pertractat, quia nihil in tota natura perfectum, nisi ex omnibus suis partibus consistet, l. i. ff. de O. J. & quæ notabilia sunt, nisi specialiter notentur, quasi neglecta putantur. Ita Manz. n. 2. & prin. Ratio autem, quare prætor has actiones introduxerit, est ista, quia de Jure civili nulla datur actio in Personam, nisi in illam, quæ ipsa contraxit, vel deliquit. Personalis enim personam non egrediuntur, l. Eun. qui. §. si Petenti ff. de Publician. act. Et ex contractu alterius, vel delicto nemo obligatur, l. an. Cod. ut nullus ex vicaneis, &c. Ita, ut nec pater pro filio, nec Dominus pro servo conveniri possit. t. t. Cod. Ne filius pro patre. Res enim, inter alios acta, aliis non debet præjudicare, t. t. Cod. Res, inter alios, &c. & per filios, & servos melior quidem conditio patris, dominive fieri potest: non etiam deterior, l. melior. 133. ff. de R. J. Nihilominus tamen Prætor, qui equitatem semper ob oculos habet, l. 4. ff. de eo, quod certo loco. has actiones contra parentes, dominosque

concessit: secundum naturam enim est, ut, quem sequuntur *Commoda*, eum sequantur & *Incommoda*, l. 10. ff. de R. J. atqui commodum, & omnium utilitas ex contractu filii, vel servi sequitur patrem, dominumque, ergo, &c. *Manz. n. 4. § seq.*

AD V. ET QUIA.

2. Ne autem verbosa fiat *disputatio*, legibus enim inimica verborum prolixitas, l. 39. §. *In refutatoriis. Cod. de appell.* cumque eadem fere Jura serventur in servis, quæ in filiisfam. dicitur *hic Imperator*, quod sermonem suum in personam servi, dominique tantum dirigere velit, idem intelligens de filiis, & parentibus, quorum in potestate sunt. Dixi fere, quia in quibusdam est *differentia*, de qua §. 7. h. t.

§. SI IGITUR. I.

3. Prima actio, quæ ex alieno contractu oritur, vocatur actio quod *justi*, quæ commodè *describi* potest, quod sit actio *Prætoria*, *personalis*, quæ datur ei, qui cum *filiisfam. vel servo* contraxit, contra patrem dominumque, cuius *Justi* contractus est *insolidum*, *Harp. n. I.* Hanc si bene intelligas, casum hujus actionis facile de te poteris efformare, ut superfluum mihi esse videatur, *huic & seq. actionibus* Casum præfigere. Itaque,

Dixi I. *Prætoria*, quia de *Jure civili* ex contractu alterius nemo obligatur.

Dixi II. *personalis*, quia ex contractu datur in personam, sive, quia nascitur ex obligatione.

Dixi III. *qui cum filiisfam. vel servo* contraxit. Ratio, quia is, qui ita ex *justi* domini cum servo contrahit, fidem domini sequi videtur. *Manz. n.*

3. Ratio alia, quia parum obest, quin ipse contraxisse videatur, qui *justi* *Kees ad hylituz.*

fit l. 1. ff. *quos justis*. qui enim facit per alium, ipse fecisse intelligitur, *Scheid. n. 1.*

Dixi IV. *contra patrem, dominumque*. Ratio est eadem; quia patrum abest, quin ipse contraxisse videatur, qui *justis*.

Dixi V. *Cujus Justis* contractioni est. 4

Quia I. *requiritur*, ut hæc actio contra dominum, vel patrem detur, ut ipsi jussissent, vel consensum *Justis* æquivalentem ostenderint. Unde si servus, vel filiusfam. sponte propria contraxit, hæc actio locum non fortitur, *Harp. n. 2.* & in hoc differt hæc actio ab actione de *peculio*, & de *in rem verso*, quæ non requirunt talem consensum, *Manz. mon. 34. II.* requiritur, ut *Justis* contractum sit, quod tunc fieri dicitur, si quis mandaverit ei, quem in potestate habet, in hunc enim proprie *Justis* cadit; non etiam in extraneos, his enim mandasse dicimur. Ratio, quia *jubere* possumus etiam *invitos*, *mandare* tantum *volentibus*, adeoque si extraneis mandatum fuerit, tunc actio *mandati* competit.

Manz. n. 19. in effectu tamen idem est *Justis*, *Mandatum*, & utrumque præcedit *contractum*. Illa tamen *differentia* est, quod omnis quidem, qui *jubet mandare* dicitur *jubere*; *jubemus* enim hos tantum, qui in nostra potestate sunt; *mandamus* vero *aliis* *Schamb. hic.* Dixi: ad hoc ut actio quod *Justis* competat, requiri, ut *pater*, vel *dominus jussissent*; vel *consensum*, *Justis* æquivalentem, ostenderint.

Unde, *Sequitur* I. patrem, vel dominum ex contractu servi, vel filiifam. obligari; licet non jussisset ab initio; sed postea contractum ratihabuerit, l. 1. §. 5. *quod justis*. ratio, quia *Ratihabitio* retrahitur, & mandato, sive *Justis* æquiparatur, c. *Ratihabitionem* 10. d. R. J. in 6. II. idem dicendum,

si pater, aut Dominus chirographo ferve, vel filiisam. *subscribat*, l. 1. §. 4. ff. quod *Jussu*, quia qui *subscripsit*, *mandasse* intelligitur, l. 8. Cod. quod *cum eo, qui in alieni. potest.* Schneid. n. 3. Imo, si pater, aut dominus duntaxat *chirographum sigillaverint*, quia paria sunt *subscribere*, & *sigillare*, Schneid. d. lo. Harp. n. 3.

Dixi denique VI. *insolidum*. Nam sive *filiisam*. aut *servus* habeat *peculium*, sive *non*, sive illud sit *sufficiens*, sive *non*; pater tamen, & dominus in *solidum*, non *peculiotenus* tantum, conveniuntur; quia ipsi contraxisse videntur. Atque in hoc iterum actio quod *Jussu* differt ab actione *de in rem verso*, & *de peculio*, quæ non semper in *solidum* competunt. Manz. num. 4.

§. EADEM 2.

6 Secunda actio, quæ ex alieno contractu nascitur, vocatur actio *exercitoria*, quæ *Definitur*, quod sit actio *prætoriana*, *personalis*, quandoque *stricti Juris*, quandoque *bonæ fidei*, *competens* ex *contractu Magistri*: vel *sub magistri adversus exercitorem navis*, ad hoc, ut in *solidum præstet*, quod ex *contractu Magistri* debetur. Ita Manz. n. 38. hic.

7 Antequam *explanare* incipiam verba *definitionis*, sciendum, quis *Exercitor*? quis *Magister*? quis *Submagister* dicatur? *Exercitor* ille dicitur, ad quem *Obventiones*, & omnes *Reditus* navis perveniunt; sive is *dominus* navis sit, sive à domino navem per *Aversionem* ad *tempus*, vel in *perpetuum* *conduxerit*, l. 15. §. 15. ff. *de exercit. act.* alio nomine vocatur *Navarchus*, *Navicularius*, *Naucerus*, l. 3. Cod. *de Navicul.* *Magister* ille nominatur, qui navi ab *exercitore præpositus*, & cui totius navis cura *demandata*, & *concredita* est, l. 1. §. 2. ff. *cod.* Perez.

Inf. hic. Illud non *refert*, cujus *conditionis*, aut *atatis* sit *Magister*, sive *masculus*, sive *femina*, sive *pater*, sive *filiisam*. *servus* an *liber homo*. Modo *consensum* *exercitoris* habeat, quoniam sibi *imputare* debet, qui minus *idoneum præposuit*. Perez. & *Schamb.* 8 *Submagister* ille appellatur, qui à *Magistro substitutus* est, *Magister* enim alium *substituere potest*, etiamsi id *exercitor prohibuerit*, d. l. 1. §. 5. ff. *de exercit. act.* Schneid. n. 4. *Zoës.* ff. *cod. num.* 3. His *positis*, sequitur *Explicatio* *definitionis*.

Dixi I. *Prætoriana*, quia *prætor* hanc *Actionem* *introduxit*: si enim *stricti Juris* *rationem* *spectes*, *exercitor* ex *contractu*, cum *Magistro navis inito*, non *tenetur*; quoniam *obligatio*, *inde nata*, *solos afficit contrahentes*. *Glette.* *Inf. hic.*

Dixi II. *personalis*, quia nascitur ex *obligatione*, *contractu*, cum *Magistro inito*.

Dixi III. *quandoque stricti Juris*; *quandoque bonæ fidei*. *Ratio*, quia *qualitates* non *constituunt specificas differentias*; cum ergo *exercitoria* sit tantum *accessoria* ad *civilem*, *ideo prout illa bonæ fidei*, vel *stricti Juris* erit, ita & hæc. *Glette d. lo.*

Dixi IV. *competens ex contractu Magistri*. Unde, si cum aliquo ex *nautis* *contractum* sit; hæc *actio* *locum* non habet. *Ratio differentie* *redditur à Wesenb. in paratit. h. t. n. 7.* quia is, qui *Magistrum præponit* *elocandis navibus*, vel *emendis mercibus*, *contrahi* cum eo *permittit*, & sic ipse *exercitor*, propter istam *permissionem*, *contrahere censetur*. Qui vero *nautas* *constituit*, hos *instrumenta navis*, *adhibet*; non vero ad hoc *præponit*, ut *contrahant*, aut cum aliis *contrahendi* habeant *potestatem*.

Dices: Exercitor navis tenetur ex delicto nautarum, §. 3. *Inst. de oblig. que ex quasi delict.* ergo etiam ex contractu eorum. *R. con. ant. neg. conseq.* disparitas est, quia naturam ad contrahendum non sunt constituti, adeoque nulla est causa ex qua exercitor ex eorum contractu obligetur. Secus est, si naturam delinquant, quia tum exercitor, in culpa esse, intelligitur, quatenus operam malorum hominum utitur. *Chling. q. 6. ob. 2. Inst. hic.*

Dixi V. *vel Sub-Magistri, l. 1. §. 5. ff. de exercit. act.* quod procedit, si exercitor sciverit, si non, à Magistro alium substitutum esse. Ratio generalis est, quia exercitor omnia facta Magistri tenetur præstare, alioquin contrahentes deciperentur. Imò, licet exercitor substitutionem per expressum prohibuerit, tamen tenetur *d. l. 1. §. 1.* Ratio in *Utilitate Navigantium* posita est, quæ requirit, ut exercitor ex generali præpositione teneatur, eò, quòd subita navigandi necessitas non patiatur plenius deliberandi spatium, *lib. 1. in prin. & §. magistrum ff. de exercit. act. Zoef. ff. b. 2. n. 3. Manz. n. 15. 16. 17. & 18.*

Dixi IV. *adversus Exercitorem navis;* ubi tamen notandum, contrahentes cum Magistro electionem habere, utrum exercitorem, an Magistrum convenire velint, *l. 1. §. Est autem 17. ff. d. t. sicuti enim exercitur tenetur propter præpositionem actione Prætoris, ita Magister ex suo contractu directam civilis actione tenetur. Harp. num. 9.* dummodò Magister sit liber homo, quia servus civiliter conveniri non potest, cum standi personam in iudicio non habeat. *Manz. n. 25.* Quòd si contra Magistrum experiri nolit? Exercitorem actione recte impetit. Ratio I. quia voluntate, & Jussu ipsius præ-

ponentis contractus censetur initus. Ratio II. Quia omne *Emolumentum ex contractu* Magistri ad *Exercitorem* spectat; secundum naturam ergò esse videtur, ut ad eum quoque *Onera, actiones, & pericula* pertineant, *arg. l. 10. ff. de R. J. Ratio III.* Quia contrahentes ipsius *Exercitoris* potius, quàm *Magistri fidem* secuti sunt; in cujus conditionem inquirere plerumque *præsens necessitas* non patitur, *Glette Inst. d. t. n. 3. Manz. num. 9.*

Ut autem *Exercitor* hac actione conveniri possit, *desideratur I.* Ex contractu aliquid *deberi.* Nam ex delicto Magistri hæc actio non nascitur, sed competit actio in factum ex quasi delicto, eò quòd *dominus culpa* careere non videatur, *malorum hominum opera* utendo, *l. 1. §. 2. ff. de exer. act. Glette d. l. n. 6. II. Desideratur* contractum cum *Magistro vel sub Magistro* esse initum. Nam ex contractu nautarum *Exercitor* non tenetur, quia alio sine eos conduxit, quàm, ut *contraherent, d. l. 1. §. 2. III.* Ut Magister non excesserit fines mandatæ negotiationis; non enim ex omni causa hæc actio in exercitorem datur, sed, ejus tantum rei nomine, cui Magister præpositus fuerit, *l. 1. §. 7. ff. d. t. iniquum enim est, aliquid teneri ultra, quàm voluit.* Ex quo sequitur, si exercitor proposuit Magistrum navi ad hoc solummodo, ut vecturas exigeret, & nihilominus Magister navem locasset. *Vel contra, ad locandum tantum, & non ad exigendum, is tamen exegerit, quod non teneatur Exercitor, l. 1. §. 12. ff. d. t. præposito enim dat legem contractibus. Brun. ibid. Idem est, si Magister tantum Frumentum emendo præpositus sit, & is emerit Vinum. Manz. n. 29. Harp. n. 7.*

Dices: Exercitori navis non datur actio contra eos, qui contraxerunt cum Magistro, *l. 1. §. 18. ff. de exer. act.*

ergo neque contrahentibus cum Magistro contra Exercitorem. *Resp. conc. ant. neg. cons.* sufficit enim Exercitori, quod cum Magistro vel actioni locati, mandati, vel negotiorum gestorum (prout nempe vel gratuito, vel cum mandato navis curam habet) experiri possit, l. 1. §. 18. ff. d. Sanè, si Exercitor aliter rem suam servare non possit, fortè, quia Magister non existit solvendo, vel, quia aufugit, tunc Exercitori per restitutionem, vel aliter subveniendum, sicuti in actione *institoria* receptum est, l. 1. in fin. l. 2. ff. de *Instit. act.* *Chling. q. 6. ob. 4.* Illud adhuc observa, si plures sint Exercitores, hanc Actionem contra omnes dari in solidum. l. 1. §. *vet. ff. de exercit. act.* ne in plures adversarios distringatur is, qui cum uno duntaxat contraxit. *Zoesl. loc. cit. n. 5.*

Dixi VII. Ut in solidum præstet. l. 1. §. 20. ff. *eod.* qui ad summam Reip. navium exercitoria pertinet. *Schamb. n. 9. hic.*

AD V. INSTITUTORIA.

IO Tertia actio, quæ ex alieno contractu descendit, est actio *institoria*, ab *institore* sic dicta, quem vulgò *Factorem* vocant. Hæc actio in multis convenit cum *actio* *exercitoria*, uti ex sequentibus patebit. Describitur actio *Institoria*, quod sit *actio* *Prætoriana*, *personalis*, quæ datur ei qui cum *instituto* de rebus, ad ipsius *negotiationem* pertinentibus, contraxit, adversus eum, qui *instituto* *præposuit*, in solidum.

Præquam definitionem aggrediar, juvat, pro faciliiori intellectu dixisse, quis sit *Instituto*, & quomodo actio *institutoria* cum actione *exercitoria* conveniat, & ab eadem differat. *Instituto* exinde sic appellatus, quod negotio gerendo, *instituto*. l. 3. ff. de *instit. act.* ille dicitur, qui *Tabernæ*, sive alicui aliter *Negotiationi* *terrestri* *præpositus* est. Quem

(uti dictum) vulgò *Factorem* appellamus, *præponentem* verò *Principalem*. *Schamb. hic.*

Convenit actio *institutoria* cum actio-^{II} *ne exercitoria*. I. Quod nihil refert, an quis *tabernæ* *sive masculum*, vel *femina*, *liberum*, vel *servum*, *adultum*, vel *puerum* proposuerit, præponens enim ex omnium contractu obligatur, l. 7. §. 1. & 2. de *instit. act.* sibi enim imputare debet præponens, quod fortè minus idoneum præposuerit. Ratio alia, quia non *institutoris*, sed *præponentis* *fidem* sequitur is, qui cum *Instituto* contrahit, *Manz. n. 10.* II. Sicuti in actione *exercitoria* non duntaxat dominus: sed etiam alius, ejus nomine, qui *Jus* *præponendi* habet, præponit, ita etiam in actione *institutoria* idem receptum. Unde *tutor*, *curator*, *procurator* *Instituto* *rectè* *præponunt*, l. 5. §. *fin. ff. eod.* quia hi omnes, *dominorum* *locò*, habentur. *Zoesl. n. 1. ff. de Instit. act.* III. Sicuti *exercitor* non tenetur, quatenus *Magister* *finis* *negotiationis* *excessit*, ita nec *instituto*, l. 11. §. *Conditio* 5. ff. *eod.* quia *conditio* *præponentis* *servanda* est, illa enim dat legem *contrahentibus*, *Wesemb. in paratit. h. t. n. 3.* Unde, si ad *emendandum* *instituto* *constitutus* sit, & ille *vendiderit*, *principalis* non tenetur, *finis* enim *præpositionis* *diligenter* *sunt* *custodiendi*. *Manz. n. 20.* IV. Sicuti, si plures *exercitores* sint, quilibet in *solidum* potest *conveniri*, ita etiam si plures sint *Institutores*, l. 13. §. 2. ff. de *act. Instit.* Ratio, ne *adversarius* *distringatur* in plures actiones. *Perez. Instit. hic.* V. Sicuti actio *exercitoria* datur *hæredi*, & contra *hæredes* *perpetuò*, ita & hæc, l. 15. ff. d. 1. Ratio quia *utraque* est *rei* *persecutoria*. VI. Sicuti *contrahentes* *contra* *Magistro* *habent* *actionem* *civilem* *contra* *ipsum* *Magistrum*, ita etiam *contrahentes* *cum* *instituto* *con-*

contra ipsum actionem civilem habent. *Manz. n. 19. VII.* Sicuti exercitorii non datur actio contra contrahentes; nisi in casu, si rem suam aliter servare non possit, ita etiam Institorii, &c. *l. 1. & 5. ff. de præd. stipulat. Wesenb. loc. cit. n. 7.*

12^a *Differt Actio Institoria ab actione exercitoria. I. Quòd hæc nomen habent ab eo, qui præponit. Illa ab eo, qui præponitur. Rationem assignat Schamb. hic. quia in hac elegantius à præponente; 1. illa à præposito nomen fieri poterat. Inconveniens enim, & inculta latinitas foret, si diceres; magisteriana actio. II. Actio exercitoria locum habet in Negotiatione maritima; sive navali: institoria verò terrestri. *Schneid. n. 1. III.* In exercitoria Magister navis sibi alium substituere potest; institor non etiam. Ratio differentie prima assignatur hæc, navigandi scilicet necessitas, quæ major est cum Magistro, quam Institore. Nam interdum locus, & tempus non patitur plenus deliberandi consilium, *l. 1. ff. de exercit. act. Secunda est navigandi utilitas. Omnia enim facta magistri debet præstare, qui eum præposuit; alioquin contrahentes deciperentur, quòd facilius in Magistro evitandum, quam Institore, major enim utilitas Reipubl. producitur ex negotiatione maritima, quam terrestri, Schamb. hic. Manz. de exercit. act. ampl. 3.**

His, in antecessum præmissis, sequitur definitiois declaratio, itaque Dixi I. Prætoria II. Personalis. Rationes jam supra datæ. Dixi III. Datur ei, qui cum Institore contraxit. Unde illi non datur, qui cum ejus substituto contractum iniit. Ratio, quia Institor alium substituere non potest, l. 1. §. 5. ff. de exercit. act. Nisi in casu, quo institor peregrè profectus est, tunc enim Quasi Institorem ex operariis suis relinquit

*l. 5. §. 10. ff. de instit. act. Schamb. v. Quòd autem hic. Dixi IV. De rebus ad ipsius negotiationem pertinentibus; quia non omne, quod Institor repetit, obligat eum, qui proposuit. Sed ita, si ejus rei gratia, cui præpositus fuerit contractum est, l. 5. §. 11. d. t. Dixi V. Adversus eum, qui Institorem præposuit. Ratio est eadem, quæ supra, quia secundum naturam est ut incommoda sequantur eum, quem sequuntur Commoda, *l. 10. ff. de R. J. & contrahentes, magis fidem præponentis, quam Institoris secuti esse, intelliguntur.**

Illud tamen requiritur, ut Institor taliter præpositus sit, ut questum exerceat. Unde, si quis cum Villico contraxit; dominus principalis non obligatur, quia Villicus, non ad exercendum questum; sed, fructus percipiendos præponitur. *Manz. von. 24. Expressum mandatum non semper desideratur, quia sufficit ratihabitio, aut scientia & patientia, quia ratihabitio mandato æquiparatur, c. Ratihabitionem. de R. J. in 6. & scientia, atque patientia pro Voluntate habetur, arg. l. 7. §. 1. ff. de sponsal. Manz. n. 3. Imò, Wesenb. in parat. b. t. n. 5. statuit, si talis sit, qui negotiationes gerere jam solitus fuit, quòd dominus ex ejus contractu obligetur. Ex quibus facile decidere possis casum, qui non ita pridem in aliquo Judicio acriter ventilabatur. Habuit aliquis comes in sua dynastia Præfectum, vulgò einen Pflieger. Hic vendidit 200. urnas Vini, non habito ad hoc speciali mandato à suo Principali. Solebat autem jam antè Prætoria, & Vina vendere; nec unquam principalis ea propter conquestum est. Imò tales venditiones semper ratihabuit. Illam autem, quæ dictas 200. urnas vini continebat, ratihabere non voluit. Q. Quam, & an*

Emptor habeat actionem; Dic, quòd habeat actionem Infititoriam ex allegata per *Wesemb.* ratione.

§. INTRODUXIT 3.

Quarta species actionum, quæ ex alieno contractu oriuntur, vocatur actio *distributoria*, quæ ad priores ita continuatur. Vidimus, quomodò pater, vel dominus ex contractu filii, vel servi conveniri possit, quando hi, nomine alienò, ex *jussu*, vel *præpositione*, terrâ, marive negotiaticnes exercent; sequitur modò, quomodo obligetur pater, vel dominus, si filius, vel servus non ex *Jussu*, vel *præpositione*, sed nomine suo propriò, in merce peculiari negotietur; Ut res clara fiat, cape *familiares* exemplum.

- 13 *Casus*: pater concessit filio suo, fortè præ aliis industriò; *peculium*, filius ex ista pecunia peculiari comparat sibi merces, & patre sciente neque contra dicente, *negotiationem* v. g. *pannorum*, exercet. Huic filio Titius mercator aliquis vendit pannos Anglicos 100. fl. Postea pater filio suo peculium adimit (quod utique potest, quia & *usufructum*, & *propriètatem* habet) & pannos omnes ad se recipit, sub hoc prætextu, quòd filius ipsi multum debeat. Nec Titio quidquam vult tribuere. Q. *Quomodo Titio consultum sit.*

Antequàm *Questionem* resolvam, sciendum est, quòd pater, quando-cunque velit, peculium profectitium avocare possit, §. 1. *Inst. per quas pers. cuique acq.* quæ enim *Invidia* est, quòd à patre profectum est, ad eum reverti? *Resp.* quòd Titius habeat adversus patrem actionem *tributoriam*, de qua hoc §. Actio *tributoria* à *sue* suo, &

effectu ab *attributione* sive potius *distributione* nomen fortita est. *Harp.* numero 1. *Definitur*, quòd sit actio *personalis*, *prætoris*, *reipersecutoria*, quæ *penitur*, ut merces *peculiares*, in quibus *filium* *fam.* vel *Servus sciente*, ac *patiente* Patre, & *domino*, *negotiati* sunt *equaliter*, & *pro rata* pater, *dominus*ve cum aliis *creditoribus* dividat; aut, si *inaequaliter* divisit, ejus *distributionis* *Iniquitas* corrigatur.

Dixi I. *personalis*, quia datur ex *14* *contractu*. Imò, etiam quandoque ex *delicto*, l. 5. §. 2. & §. *ult.* l. 3. 4. ff. *de act. tribut.* Fac enim quòd *distributio* inique facta sit, & plus sibi deduxerit pater, quàm debuerat, l. 7. §. 2. ff. *ead.* Fac iterum *dolò* patris accidisse, ut minus, vel penitus nihil tribueretur, fortè, quòd mercem perire passus sit; aut eam *viliori* pretiò *distraxerit*. His *casibus* pater adhuc tenetur actione *tributoria*, d. l. 7. §. 3. per quam *dolus* *malus* patris *coercetur*. *Wesemb.* in *parat. mun.* 2.

Dixi II. *Prætoris*, quia *Prætor* illam in defectu *Juris civilis* introduxit, *prin. h. t.* & l. 1. ff. *de act. tribut.* neque tamen propterea *annalis* tantum est; sed *perpetua*. Non enim *pœnam fraudis*, vel *delicti*, sed *Rei persecutionem* continet. *Manz.* n. 45. Unde,

Dixi III. *Reipersecutoria*, quamvis enim *ob dolum* competat; non tamen *de dolo* est, sed *Reipersecutionem* continet, l. 8. ff. *ne act. tribut.* Unde *fluit*, quòd *mortuo filio* adhuc *pater*, & *mortuo patre*, hujus *heredes*, rectè conveniantur, quoniam *actiones reipersecutorias* ad *heredes* transire, in *confesso* est, l. 7. ff. *d. t.* Quod *intellige*, quatenus ad eos *pervenit*, d. l. 7. §. *ult.* *Manz.* n. 48. *Schneid.* n. 4.

Dixi IV. *ut merces peculiares*, qui-15 *bus verbis* *differet* hæc *actio* actione *exercito-*

itoria, & *insistoria*, quæ locum habent in merce *dominica*. Dicitur merx *peculiaris* illa res, in qua dominus permittit servo suo, proprio nomine, negotiari; sive illa, quæ est in peculio servi, & ejus quæstus ad ipsum servum omnis redit. Merx verò *dominica* dicitur illa res, in qua, nomine alieno, h. e. *Vicedomini* negotiatur; sive, quæ non est in peculio servi, & ejus quæstus omnis ad dominum pertinet. *Differt* ergò merx *dominica* à merce *peculiaris*, quod merx *dominica* non sit in *peculio* servi, & *quæstus* omnis statim ad dominum *pertineat*, *redeantque*; merx vero *peculiaris* est in *peculio* servi, & *quæstus*, sive *lucrum* pertinet quidem ad dominum, sed non statim ad illum redit; sed tum demum, si dominus id exigat. Item in illa negotiatur nomine *alieno*, v. g. *Patris* vel *Domini*; in hac nomine proprio. *Manz. n. 33. Harp. n. 3.*

II. *Differt* actio *tributoria* ab *actione exercitoria*, & *insistoria* in eo, quòd ex his non tantum obligetur *pater*, vel *Dominus*, qui *filium*, vel *servum* proposuit. Sed & *is*, qui liberum hominem. *Tributoria* verò tenetur *is*, qui *scivit*, *servum*, vel *filium* negotiari.

III. *Ex insistoria*, & *exercitoria* tenetur in *solidum is*, qui *proposuit*. *Tributoria* convenitur *pro rata pater*, vel *Dominus*, *Perez. Inst. hic Hum. ad Treutl. vol. 1. disp. 24. th. 8.*

Dixi V. In quibus, *sciente*, & *paciente* Domino *negotiati* sunt. Ad hoc enim, ut ista actio *tributoria* competat, *substantialiter* desideratur *scientia* & *permissio* Domini; sive *Non contradictio*, l. 1. §. *Scientiam* 3. ff. *de tribut. act.* ubi dicitur, *non enim velle debet Dominus, sed non nolle*. *Manz. mon. 22.* Itaque si, *ignorante* Domino, vel *patre*, *servus*, vel *filius* *contraxerit*,

non huic *tributoria*, sed de *peculio* actioni locus erit. Inter quas actiones *grandis* est *differentia*. Etenim *Pater*, vel *Dominus*, ex *contractu* Filii, aut *servi* actione de *peculio* *conventus*, *privilegium* habet, ut *præ cæteris* *creditoribus* *deducere* possit, quod *sibi à filio*, *servoque* debetur, quamvis *naturaliter* tantum *patri*, vel *Domino* *debeat*, §. *Cum autem* 5. h. t. l. 9. §. 2. ff. *de peculio*. At, actione *tributoria* *pater*, *dominusque* *conventus*, hoc *deductionis* *privilegio* non *gaudet*; sed *veluti* *extraneus* *creditor*, cum *reliquis* *creditoribus* in *partitionem* *mercium* *peculiarium* *pro rata* *sui* *debiti* *vocatur*, §. 6. h. t.

Dixi VI. *Equaliter*, & *pro rata* *pater*, *Dominusve* *cum aliis* *creditoribus* *dividat*. Ex quibus verbis *apparet*, ad *quid* *detur* *ista* *actio*; *nimirum* *ad hoc*, ut *equalis* *fiat* *distributio* *inter* *patrem*, & *alios* *creditores* *in* *merci-* *bus* *peculiaribus*; qui *non* *totius* *peculii* *ratio* *habetur*, *sicuti* *in* *actione* *de* *peculio*; sed *id* *solummodo* *in* *tributum*, & *divisionem* *venit*, quod *in* *merci-* *bus* *est*, quibus *negotiatur*, l. 11. ff. *de tribut. act.* Unde, si *filius* *1000*. *habuisset* *in* *peculio*, & *cum* *dimidia*, vel *tertia* *tantum* *parte* *negotiatum* *esset*; *reliquam* *autem* *fenori*, aut *emendis* *prædiis* *exposuisset*, hoc *in* *tributoriam* *non* *veniret*, sed *illud* *duntaxat*, cum *quo* *negotiatum* *est*, *Scheid. n. 5.* Item, si *filius* *plures* *merces* *separatas*, & *plures* *negotiationes*, v. g. *pannorum*, *frumenti*, *Vini* &c. *habuerit*, non *confunduntur* *credito-* *res*; sed *separatim* *singuli* *in* *tributum* *vocantur* *ejus* *mercis*, in *quam* *crediderunt*, l. 5. §. *Si plures* 15. ff. *cod.* Et, si *forte* *circa* *eandem* *mer-* *cem* *plures* *creditors* *concurrant*, *neuter*

neuter alteri præferitur; sed omnes æqualiter in tributum vocantur. Excipe, nisi uni ex creditoribus merces oppignoratæ fuerint, l. 5. §. 17. ff. d. t. Ratio, quia creditores hypothecarii, chirographariis, & actionem tantum personalem habentibus, præferuntur. *Manz. n. 38.*

Dixi VII. *Aut si inequaliter facta fuerit divisio, ejus Iniquitas corrigatur*, v. g. fac, quod filiusfam. contrahens cum Sempronio, debeat suo patri 15. & Sempronio 15. & in peculiari merce habeat duntaxat 20. Pater autem suos 15. sibi detrahat, & reliquos 5. Sempronio relinquat. Hoc in casu, quia iniqua est distributio, utpote non pro rata facta, habet Sempronius contra Titium patrem hanc actionem ad hoc, ut æquale ubique servandum, & pares pari Jure censentur. *Harp. m. 6.*

§. PRÆTEREA 4.

Quinta actionum, quæ ex alieno contractu oriuntur, species est, actio de peculio. Quam nos supra præced. tit. §. 10. satis fuse deduximus. Ut, aliud hic apponere, nesciam; nisi differentiam inter hanc, & priores IV. actiones, quæ potissimum in eo consistit, quod in prioribus actionibus sit Jussus, & Voluntas, uti in actione quod Jussu, exercitoria, & inlitoria. Scientia, & patientia, verò in tributoria. Ignorantia vero in his duabus, puta, de peculio, & de in rem verso. *Harp. n. 1.* Illud etiam monendum duxi, reperiri contractus, ex quibus Dominus tantum, ne de peculio quidem, conveniri potest, veluti, si servus, vel filiusfam. extra causam peculiarem fidejusserit. Et in hoc differt servus à filiofam. Nam ex causa fidejussionis, à filio factæ, indif-

tincte pater de peculio obligatur, l. 3. §. 5. §. 6. ff. de peculio. Ratio I. differentie ista esse videtur, quia filius plus Juris habet in peculio, à patre sibi concessio, quam servus, quia, publicatis ob delictum bonis paternis, peculium profectitium non confiscatur, sed filio conservatur, l. 3. §. 4. ff. de Minor. Item, qui cum filio contraxit, & filium in solidum, & patrem peculiotenus obligatum habet, l. 44. ff. eod. secus est in servo.

Sexta actio, qua ex alieno contractu scaturit, est actio de in rem verso. Hac enim quod servus, vel filiusfam. cum aliquo contrahit, & id, quod ex contractu provenit, in utilitatem patris, vel domini impendat, sive (quod idem est) in rem patris vertat, v. g. emat triticum & in absente patre, & ignorante, in alimenta familiaris, ut alias faciat expensas, necessarias, vel utiles; non etiam voluptarias tantum, l. 3. §. Sed si mutua. ff. de in rem verso. In his, vel simili casu, Q. quomodo venditori consultum sit? R. Certum esse, quod detur illi actio ex vendito contra ipsum filium, quia filiusfam. (regulariter) ex omni contractu obligatur, l. 39. ff. de O. §. A. verum, cum in casu, quo filius nihil habet, inanis sit actio, quam inopia debitoris excludit, l. 6. ff. de dolo malo. Ideo una ex recensitis actionibus sibi provideat, necesse est.

Sed, quamam sibi poterit providere; Actione quod Jussu non, quia ex supposito pater filium contrahere non jussit. Actione exercitoria, & inlitoria etiam non, quia (ut suppono) filium nulli negotiationi maritime, aut terrestri præposuit. Tributoria etiam non, quia non seivit patër, filium frumentum comparasse, & si maxime seivisset, tamen illud pro merce peculiari ha-

habendum non esset. Neque actione de *peculio*; suppono enim, quod pater filio *peculium* non concesserit. Debet proinde sibi actione de *in rem verso* providere. Ratio hujus actionis est, ne dominus alieno damno locupletior fiat. *Zoes. ff. h. t. n. 1.* Hæc autem actio, licet à *variis variis*: meo tamen *Judicio* belle definitur, quod sit actio *Prætoris, personalis, que datur iis, qui cum Filiosam. aut Servo contraxerunt adversus Patrem, vel Dominum: Vel, qui contraxerunt inscio etiam patre, aut domino, cum filiosam. aut Servo contra Patrem, vel Dominum, ut id præset, quod in rem, i. e. utilitatem patris, vel domini versum est. Schamb. hic. Quare dicatur Prætoris, & personalis. Rationes supra datæ sunt. Itaque*

Dico I. *que datur iis, qui contraxerunt, nec non ejus hæredibus, l. 3. ff. h. t.* Ratio jam assignata est, ne scil. pater, vel dominus cum alterius jactura locupletetur. Illud hic *notandum*, quod actio de *in rem verso* (*regulariter*) toties detur, quoties procurator habet actionem. Ratio, quia utraque eadem æquitatis ratione nititur. Unde fac, quod filiosam. fumpserit pecuniam *mutuam*, ut sibi *vestem*, suo *statui*, & *conditio* conformem, & *necessariam* compararet. Hoc in casu creditori actionem vel *negotiorum gestorum*, vel de *in rem verso* accommodare poteris, quia ad utramque sufficit, rem patris utiliter gestam esse, *Manz. n. 20.*

Dico II. *Insicio etiam patre, aut domino; secus enim, si pater sciret, neque contradiceret, actio quod Insitu sortiretur locum.*

Dico III. *Ut id præset, quod in rem versum est. In rem versum autem Kees ad Insitu.*

intelligitur, quidquid necessario, & utiliter in rem patris, vel domini filius, vel servus impendit: veluti, si *mutuam* pecuniam *creditoribus* domini solverit, aut *adificia ruentia fulserit*; aut *frumentum emerit*, & id ipsum in *familiam* domini *consumpserit*; aut quid aliud fecerit, quod ipse dominus *facturus* fuisset. *Perez. inst. hic. Dixi necessario, vel utiliter.* Nam, ea, quæ magis ad *voluptatem* pertinent, quam ad *utilitatem*, non possunt à patre repeti, tanquam in rem versa, *l. 3. §. 4. ff. de in rem verso.* Ratio, quia non debet onerari ex eo dominus, quod ipse facturus non esset. Illud non refert, num consilio responderit eventus, nec ne? Unde, si filius, ad alendam familiam, frumentum comparaverit, licet postea perierit, vel corruptum sit, nihilominus tamen actio de *in rem verso* locum habebit, *l. 1. §. 1. ff. eod.* Ratio, quoniam fatalis eventus ab obligatione negotii, sua causa gesti, non excusat, *arg. l. 10. ff. de negot. gest. Schneid. n. 3.*

Non obstat *l. 10. §. 6. ff. de in rem verso.* ubi scribitur, hanc actionem non dari, nisi *versum* duret. Nam, ad legem loqui de eo casu, quo pater id, quod à filio ad patrem profectum est, retro filio solvit. Hoc enim in casu cessat actio adversus patrem, & creditori contra filium agendum est. *Harp. n. 13. Schneid. loc. cit. Manz. n. 26.*

Q. *Quid? si versum, vel filiosam. pecuniam acceperit, & simularit, se illam in rem domini, vel patrii versurum, non tamen verterit, & creditorem deceperit, dabiturne hæc actio? R. negat. per exp. text. l. 3. §. 9. ff. eod.* Ratio: ne credulitas creditoris domini, vel patrii obest; aut calliditas servi, filive noceret. Curiose proinde

Rere inde

inde inquirat *creditor*, necesse est, qui *mutuum* dat pecuniam *filio*, aut *seruo*; quomodo ea pecunia utatur; nam, si nimis credulus fuerit, nec pecunia in rem patris versa; facile hujus actionis adminiculo privabitur. *Harp. n. 20.* Poterit tamen actionem de peculio in casu, quo nihil versum est, intentare. Quod si autem filius peculium non habeat? creditor nihil à patre consequetur. Nec hoc videtur iniquum; cum sibi imputare debeat, qui non exploravit diligentius, an servus, vel filiusfam. peculium haberet; & quantum in eo esset: Item, an in rem domini, vel patris converterit, nec ne? Nam, qui cum alio contrahit, vel est, vel esse debet, non ignarus conditionis ejus, *l. 19. ff. de R. J. Perez. Inst. hic.*

Illud adhuc *notandum*, quod actio de in rem verso contra patrem, vel dominum, eatenus duntaxat, quatenus in rem versum est. Proinde; si pars sit versa, pro parte erit hæc actio, *l. 10. §. in rem ff. eod.* Ratio, quia ideo hæc actio datur, ne pater cum alterius factura locupletetur; pro ea vero parte, quæ non est in rem ejus versa, non est factus locupletior, ergo. *Zoes. in rem verso. n. 2.* habebit tamen respectu ejus partis, quæ versa non est, actionem de peculio, *text. hic.*

Dices, tamen in *textu* dicitur: in *solidum dari*. *R.* Id verum esse, quatenus est in rem versum, *Manz. num. 35.* Vides modo in quo hæc actio differat ab actionibus, in *solidum* competentibus, puta, actione quod *Jussu*, *exercitoria*, & *insistoria*.

AD ψ . CUM AUTEM QUERITUR.

Q. Hic, quomodo peculium estimandum sit? In peculio demum numeran-

dum esse, quod superest, deductis iis, quæ Domino, aut Patri, aut iis, quos in potestate habet, debetur. Illi enim habent in actione de peculio privilegium deductionis, prout jam aliquoties dictum.

§. CÆTERUM V.

Insignis est iste locus de *comparatione*, & *Electione* harum VI. actionum. Inquit enim *Imperator*: ei, cui hæc IV. actiones, quod *Jussu*, *exercitoria*, *Insistoria*, & *tributoria*, competunt, etiam reliquas duas, de *peculio*, & de in rem verso competere, ita, ut ei detur *Electio*; velitne v. g. intentare actionem quod *jussu*: an de *peculio*? Proinde *cautus* quis esse debet, ne eligat sibi actionem, minus idoneam, & minus utilem, quia una electa, non datur regressus ad aliam, *l. 9. §. de tribur. act. & l. 43. §. 1. ff. de R. J.* Unde, si cui competat actio quod *Jussu*, *exercitoria*, vel *insistoria*, stultissimus erit, si moveat actionem de *peculio*, vel de in rem verso. Ratio est duplex, tum, quia in *tribus* prioribus *solidum* aliquis consequitur; in *duobus* posterioribus non plus, quam revera in *peculio* est, vel in *rem domini* versum. Tum, quia in *posterioribus* actor *probare* cogitur, id, quod *acceptum* est, in *rem domini* versum esse; vel tantum fuisse in *peculio*. *Manz. n. 3.*

AD ψ . IS QUOQUE.

Quid si verò concurrat actio *tributoria* cum actione de *peculio* & de in rem verso. *R.* Satius interdum esse, & consultius, *tributoria* experiri; interdum vero de *peculio*, aut de in rem verso. *Tributoria* ideo utilis est agere,

agere, quàm de peculio, quia in hac actione de peculio dominus habet Privilegium deductionis; in tributoria autem non habet; sed tenetur merces peculiares aequaliter inter se & alios creditores dividere. De peculio autem utilius est agere, quia in tributoria non totum peculium versatur; sed pars tantum, puta, ea, quæ in mercibus consistit. At, in actione de peculio totum, quidquid est in peculio, versatur; sive in Mercibus, sive in Prædiis, sive in Domo, sive in Vineæ consistat. Semper autem (prout ipse Imperator fatetur) optimum est, de in rem verso agere, si quis possit probare id, quod creditur, in rem domini versum esse. Ratio, quia, quod in rem versum est, id totum actor consequitur, ne quis aliena jactura locupletetur. Harp. n. 5. § 6.

§. QUE DIXIMUS 6.

Quæ in Textu præcedentium §. 5. dicta sunt de servo, eadem intelligenda sunt de filio, vel filia: nepote, vel nepte, in potestate patria existentibus. Illa tamen inter servum, & filium remanet differentia, quod servus tantum naturaliter teneatur ex suo contractu, non etiam civiliter, cum hoc jure personam non habeat. Filius vero & naturaliter & civiliter obligetur. Quæ ratione, qui cum filiosam, contraxit, duos habebit obligatos, filium in solidum, patrem peculiosum. Quod tamen fallit in causa Mutui, ob beneficium S. C. Macedoniani.

§. ILLUD 7.

20 Dictum est filiosam, obligari ex quolibet contractu naturaliter, & civiliter; patitur autem hoc Exceptio-

nem in pecunia mutuo sumpta, qualem si acceperit, nec ipse, nec pater ejus tenetur, sed exceptione S. C. Macedoniani se indemnem præstat. Nomen traxit hoc à Macedone, improbo Feneratoris, qui filiosam, incertis nominibus mutuas pecunias dare consueverat. Hinc frequenter accidebat, ut filii, vere alieno pressi, & à creditoribus ad solvendum compulsi, vitæ parentum insidiarentur, eorumque mortem præmatura spe conciperent. Hominis proinde illius Improbitas saluberrimæ Legi occasionem subministravit, ac Senatui persuasit, ut, confecto Senatus Consilio, Imposturas feneratorum compelleret, distinctæ Jituenti fomentum subtraheret, ac Vota improba, in herba velut, suffocaret.

Q. Quid sit incertis nominibus mutuum dare? R. aliud non esse, quam causam debendi in chirographo non exprimere, vel cautionem in mortem patris concipere, i. e. convenire filiosam, post mortem patris solvere, obligatus esset, vel denique chirographo non inserere; quantum foenori datum esset. Zoes. ff. S. C. Maced. n. 1.

§. ILLUD FIN.

Non istis tantum, de quibus egimus, conveniri pater vel dominus potest actionibus, sed etiam directè directis, ex ipso contractu descendentibus, si ipsorum Jussu contractum sit, v. g. directè actione quod Jussu ex vendito, &c.

Nec obstat, quod nemo ex contractu alterius obligetur, in his enim Actionibus propter Jussum & Mandatum patris, vel domini quasi specialis est; eo quod perinde sit, utrum quis per se ipsum faciat, ac si ipse faceret.

TITULUS VIII.

DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

SUMMARI A.

- 1 Actio noxalis explicatur.
- 2 Noxa, & Noxia quomodo differant?
- 3 Noxæ deditio quid operetur?
- 4 Si Servus damnus resarciat, quid Juris?
- 5 Contra quem detur actio noxalis?
- 6 An detur Domino contra suum Servum?
- 7 An filiosfam. noxæ dedi possit?

V Idimus, quæ actiones ex contractu servorum, vel filiorumfam. adversus Dominum vel patrem competant? sequitur de iis, quæ ex eorum delictis descendunt.

AD PRINCIPIUM.

Pro faciliori hujus materiæ Intellectu fac talem casum, Servus Sempronii intulit mihi Furtum, aut bona mihi vi rapuit, aut damnus aliquod intulit, aut deinde me injuria affecit. Q. Quomodo mihi sit consilium? Equidem certum est, ex istis IV. delictis consurgere IV. actiones, puta, furti, vi bonorum raptorum, legis aquilæ & Injuriarum, de quibus supra; verum, omnes istæ actiones contra servum inaniter moverentur, ed quod standi personam in Judiciis non habeat, l. 55. ff. de Jud. nec aliquid possideat proprii, unde damnus resarciret, l. 12. §. omnibus. ff. de accusat. Ideo contra Dominum mihi agendum est, non quidem actione directa, quia hæc ip-

fos delicti duntaxat Authores tenet; sed obliqua ad hoc, ut dominus id præstet, quod actione petitur, puta, duplum, si furtum sit nec manifestum, quadruplum, si sit manifestum, aut servum noxæ dedat, h. e. pro noxa relinquat, & actori cedat. Ubi nota, Noxam dici corpus illud, quod deliquit i. e. Servus. Noxiam vero esse ipsum Malefscium veluti Damnus, Furtum, &c. sæpe tamen hæc Vocabula confunduntur. Harp. n. 3. hic. Itaque Dominus ex Delicto Servi non in solidum tenetur, sed Noxæ deditio liberatur. Ratio, quoniam, iniquum esse, videbatur, Nequitiam servi ultra ejus Corpus domino damnosam esse. num. 16.

Hoc tamen, quod dictum Procedit I. Tunc, quando servus deliquit, domino ignorante, vel ipso quidem sciente; sed prohibere non valente, l. pen. Cod. h. t. Nam, si dominus scivit, & prohibere potuit, tunc non datur ipsi electio Litis æstimationem præstandi, aut servum noxæ dedendi, sed tenetur præcise integram æstimationem litis, vel damni præstare, perinde, ac si ipse deliquisset, l. 2. 3. & 4. ff. h. t. quoniam scientia ejus, qui prohibere potest, pro Voluntate est. Manz. n. 17. Harp. nu. 12. Procedit II. in Delictis; non quasi delictis. Unde, si servus, navi prepositus, opera improborum nautarum usus fuerit; dominus non nisi peculiotenus, conveniri potest, l. 41. ff. de Furt. quia servus non deliquit, ac proinde actioni locus non

non erit. *Procedit III. in delictis privatis*, non etiam publicis, l. pen. Cod. b. t. nam ex delictis publicis non domini, servorum nomine, sed ipsi servi tenentur, l. 12. §. 3. & 4. ff. de Accusat. Ratio differentie est, quia privata delicta damnum pecuniarium persequuntur, quod servus resarcire non potest, utpote nihil habens proprii, vel saltem non tantum, quod sufficeret. Publica autem delicta, ut plurimum poenas corporales secum trahunt, quas servus proprio in corpore persolvere potest, præcipue, quia delicta suos tenere debent auctores. *Wesemb. in parat. b. t. n. 2.* Ratio porro, cur dominus tenentur ex delicto privato ipsius servi, hæc est, tum, quia culpa non caret, qui opera malorum hominum uritur, §. ult. *Inst. de oblig. qua ex quasi delictis.* tum quia, ex qua persona quis lucrum capit, ejus factum præstare debet, l. 149. ff. de R. J.

Nec refragatur, quod melior nostra conditio per servos fieri possit, deterior non etiam, l. 133. ff. de R. J. Nam, illa Regula procedit in contractibus, non etiam delictis, *Humm. var. resolut. P. 6. tract. Q. I.*

§. DOMINUS 3.

4. Q. In hoc §. quid Juri si servus defacto propter delictum commissum fuerit damnificato noxa delicti, & quesita vero poena damnum suo novo domino resarciat. R. Servum consequi libertatem favore libertatis, §. quia novus dominus nondum Jure quesitum plenum acquisivit dominum, manumittitur auxilio Prætorii, etiam invito novo domino, quia tunc nervi sit Injuria; non priori domino, quia servum abiecit; non posteriori, quia domino resarcito, nihil est, quod amplius desideret. *Perez. Inst. hic.*

Q. Unde servus resarciat, cum proprii nihil habeat? R. licet servus nihil proprium habere possit, quia, omnia domino suo acquirit; potest tamen de Victu suo parcere, & peculium comparare, Ventre defraudato, vel etiam aliunde spe manumissionis mutuum pecuniam sumere potest, promittendo, cum manumissus fuerit, restitutum. *Schamb. hic.*

§. SUNT AUTEM 4.

Cum noxalem esse non sit, nisi qualitas adjectitia, ideo sequitur, eam vel esse civilem, vel Prætoriam, pro diversitate actionis principalis. Hinc, si adjiciatur actioni fieri nec manifesti, ex L. XII. Tab. descendenti, vel Legis Aquilia, civilis erit. Sin vero actioni rei honorum raptorum, vel injuriarum adjiciatur, erit prætoriam.

§. OMNIS 5.

Q. Hic adversus quem datur actio 5 noxalis? R. dari adversus eum, qui servum in potestate retinet, quia tamen ejus dedendi facultatem habet. Unde etiam in successores hæ actiones dantur; Jure tamen Domini, non Successionis. Proinde, si servus in alterius caperit esse potestate, cum illo incipit esse actio, quia Noxia Caput sequitur, i. e. poena irrogatur ei, qui est caput servi. Ideoque convenitur dominus, qui fuit tempore Instituta actionis, non qui fuit tempore delicti commissi. Quod si servus, qui Noxiam commisit, manu missus fuerit, tunc servus ipse directo tenebitur, quia liber homo esse incipit, qui in Judicio consistere potest. Ex contractu vero, in servitute inito, conveniri servus post manumissionem non potest;

R III 3 quia,

quia, non tam ipsius, quam nomine domini, initus videtur, cujus modum solum spectabat. *Manz. n. 7.*

§. S I S E R V U S 6.

6 Quid? si servus domino suo noxiam commiserit. R. Quod actio tunc nulla nascatur, quia inter dominum, & servum nulla obligatio datur, & consequenter nec actio, quoniam dominus secum ipse litigare videretur. Quod procedit, etiam si in alterius potestatem servus ille, vel manumissus fuerit, & neque cum eo, in cuius nunc potestate est, neque cum manumisso agere possit, eo quod statim ex ipso facto nascatur obligatio; neque ex post facto vires sumat. Decantata enim Regula est: quod ab initio non subsistit; postea casu quodam non convalescere.

§. S E D V E T E R E S 7. E T U L T.

7 Jure veteri Noxæ deditio non solum servorum: sed etiam filiarum, filiorum-

que familias recepta fuit, nam *Vite & Necis* potestas penes patrem in liberis erat. Sed sensim duram illam potestatem, asperitatemque in liberos respiciendam duxit nova, & mitior hominum conversatio, maxime in filiabus, causa pudicitia. Hæc enim vel maxime mulieres exornat. Itaque hodie filiosam. ex suis ipsi delictis conveniri possunt. Qui si peculium castrense vel quasi tale habeant; executio in illo peculio fit. Quod si peculium proprium non habeant, obtinet Regula, qui non habet in ere, luat in corpore.

Dices: Quid, si filius habeat peculium profectitium, nunquid actio de peculio contra patrem dabitur? R. regulariter quod non, l. 13. ff. de R. J. nisi filius litrem contestetur, & condemnatus fuerit, tunc enim quasi contraxisse intelligitur, & per consequens pater ex quasi contractu actione de peculio impeteri poterit. *Chling. h. t. q. 1. ob. 6.*

T I T U L U S I X.

S I Q U A D R U P E S, P A U P E R I E M F E C I S S E D I C A T U R.

S U M M A R I A.

- 1 Explicatur, quomodo damnus differat à Pauperie.
2. 3. 4. § 5. Ut actio de pauperie locum habeat, quam requirantur?
- 6 Bos, si occidas alterum Bovem, quid Juris?
- 7 Actio adilitia quando datur?
- 8 Et ad quid?

C O N N E X I O.

1 Actum de actione noxali ob damnus à servis ortum, competente. Sequitur, &

Q. congrue, quid Juris sit? si animal, sive pecus damnus dederit, alterive nocuerit. R. I. Quod animal irrationale, sive brutum non dicatur damnus facere, sed pauperiem, text. hic. Ratio, quia damnus datur per injuriam; bruta autem, utpote rationis usu carentia, injuriam non dicuntur committere, neque damnus. Proinde, si tibi nocent, pauperiem tibi fecisse, dicuntur; quæ definitur, quod sit damnus, sine injuria facientis datum.

Dices:

Dices: nihil interest an damnum detur ab homine, vel à bruto. ergo frustra distinguitur inter damnum, & pauperiem. R. neg. ant. si enim damnum datur ab homine libero, datur actio legis Aquiliae. Si à servo, datur actio noxalis. Si ab animali, datur actio dariter noxalis; sed hoc addito, si quadrupes, pauperiem fecisse, dicatur. Chling. q. 1. ob. un.

His positis, R. II. si brutum contra naturalem generis consuetudinem alteri nocuerit, datur damnum passio actio noxalis contra dominum ejus ad hoc, ut vel damni estimationem præstet, vel animal, quod nocuit, noxe dedat.

- 2 Ut autem ista actio locum habeat, Requiritur I. ut tale sit animal, quod gregatim pascitur, v. g. bos, ovis, capra, equus, fusc, &c. quadrupedis enim nomine veniunt pecudes, quæ gregatim pascuntur, l. 1. §. In bestiis. ff. h. t. Ex quo inferitur, si animal, quod gregatim non pascitur, pauperiem fecerit, puta, canis, leo, ursus, &c. hanc actionem non habere locum; quod tamen intellige de actione directa, quæ ex verbis legis competit. Enim vero utilem actionem de pauperie locum habere, si animal bipes, vel tale, quod gregatim non pascitur, nemo est, qui ambigat. Schneid. n. 3. Chling. Q. 2. ob. un. Manz. n. 6.

- 3 II. Requiritur, ut animal, præter naturam generis sui, damnum, sive pauperiem dederit, ut si v. g. equus aliquem percusserit, bos cornu petierit, text. hic. regulariter enim, boves cornu petere, vel equi calca percudere non solent.

Ex quo iterum inferitur I. si animal secundum naturam sui generis nocuerit v. g. Leo, Ursus &c. directam hanc actionem locum non habere.

Sic v. g. fac, quod Leo tuus, de carcere aufugiens, mihi nocuerit. Hoc in casu, contra te actionem directam non habeo. Ratio, quia, quando brutum, natura ferox, sese in naturalem libertatem recipit, ejus dominium amittitur, §. 12. Inst. de R. D. adeoque contra neminem poterit actio moveri. Quod si vero leo post datam pauperiem ad te, utpote dominum redierit, potero utilem actionem de pauperie contra te movere. Manz. n. 8. 9. & 10.

Inferitur II. si bos, vel equus depaverit alterius gramina, vel feta, aut porcus glandes, cessare hanc actionem de pauperie, quoniam nihil contra sui generis naturam deliquit, quod in hoc Judicio necessario requiritur, l. 14. §. ult. ff. præscript. verb. Harp. un. 8. in hoc tamen casu datur mihi actio de pastu pecoris contra dominum animalis ad hoc, ut solvat damni dati estimationem tantam, quanti glans (quo nomine omnes fructus pastu pecorum deservientes, accipimus) cum depulceretur, vendi potuisset: nec enim futura estimationis habetur ratio propter dubium maturationis eventum, Chling. q. 3. h. t. Zoef. ff. h. t. n. 7. ubi futura estimationis rationem, aut habendam esse. Secundum hodiernos mores ejusmodi animalia includuntur in die Pfand Stahl, donec damni estimatione persolvatur.

III. Requiritur, ut animal sponte sua nocuerit, l. 1. §. 6. ff. h. t. Unde Inferitur I. Si animal non sua sponte: sed alieno impulsu, & instigatu ad eum citrandum commoveatur? non habere locum hanc actionem de pauperie; sed contra Instigantem dari actionem legis Aquiliae, d. l. 2. §. 6. & 7. quia, causam damni dans, ipsum damnum dedisse, intelligitur. Schamb. hic. Inferitur II. Si

Si culpa hominis præcesserit pauperem, etiam hanc actionem locum non habere. Sic si meum equum locassem alteri, & ille nimium eum onerasset, ita, ut equus efferatus impetum in aliquem faceret, vel aliter noceret, contra me non actio *noxalis* de pauperie; sed legis Aquiliæ locum haberet, l. 1. §. 4. ff. h. t. Manz. n. 11.

5 Q. Quid Juris? si duo boves commisissent luctam, & unus alterum vel occidisset, vel alias læsisset. R. Si provocans perit, nullam esse actionem, quia defensio est Juris naturalis, bestiis cum hominibus communis. Et, qui se contra aggressorem defendit, impune evadit. Si vero provocatus perit; dabitur actio de pauperie in dominum bovis provocantis, l. 1. §. 11. ff. h. t. ita communiter DD.

6 IV. Requiritur, ut animal non moriatur ante litem contestatam, l. 1. §. 13. ff. h. t. si enim animal, quod nocuit, ante litem contestatam decesserit, vel dominium ejus sine dolo malo amissum fuerit, *extinguitur* hæc actio de pauperie, d. l. 1. §. 13. Ratio, quia interitus rei, in specie debite, liberat debitorem, l. 107. ff. de solut. Quod si vero post litem contestatam decesserit, tunc dominus non liberatur, d. l. 1. §. Plane. Ratio, quia mora facit aliquem teneri de casu fortuito; atqui is, qui conventus non statim animal noxæ dedit, sed usque ad litem contestationem se actori opposuit, in mora fuit, ergo &c. Quod si deinde post litem contestatam ab alio animal occisum sit; tunc dominus tenetur vel litem estimationem offerre, vel actionem legis Aquiliæ contra occisorem cedere debet, d. l. 1. §. 10.

Sed, Quid? si ante litem contestatam animal occidatur, tenebiturne &

tunc dominus damnum resarcire, vel actionem alteri cedere? R. negative, eo quod debitor speciei ejus interitu liberetur. Quod vero actionem cedere non debeat; cum tamen hoc domino non noceat, & damnificato proficit: Ratio est, quia is sibi imputare debet, cur citius non egerit? Jura enim vigilantibus scripta sunt. Sebamb. hic.

Q. Cum dixerimus in hac actione ad litem estimationem agi, quidnam ergo aestimetur? Ad hoc R. in l. 3. ff. h. t. non deformitatis ratione haberi, cum liberum corpus non recipiat estimationes, sed impensarum, in curationem factarum, & operarum amissarum; licet non desint, qui in foemina deformitatis rationem habendam esse, audent. Manz. n. 38.

§. CÆTERUM FIN.

Hucusque de actione civili. Sequitur de Prætoria *adilitia*. Nam *ædiles* (quorum officium, & cura inter alia fuit, ut *Via* non essent vel impeditæ, vel infestæ. l. 101. ff. de via publ.) præposuerunt tale Edictum: *Ne quis canem, verrem, ursum, leonem, aliudve, quod nocere posset, sive solutum, sive ligatum animal, eo loco haberes, quo vulgo iter fit.* Ratio, quia publice interest, posse quemlibet sine periculo, & metu per itinera commovere: resque suas agere, vehere, aut portare, l. 41. ff. de adilit. edicto.

Differt hæc actio *adilitia* ab actione *noxali* de pauper. Quod hæc ad omne damnum, quocunque loco commissum; illa non nisi in eo, ubi vulgo iter fit, concedatur. Hæc tantum est *rei persecutoria*. Illa etiam *penalis* est; uti audimus. Hæc tantum datur, *tandem* quis dominus quadrupedis est. Illa datur, licet animal in naturalem liber-

libertatem se receperit. Hæc est *civilis*, illa *prætoria*. Hæc deinde *animalis*, illa perpetua. *Schamb. hic in fine*,

AD V. ET SI ADVERSUS. §

Datur hæc actio ædilitia ad hoc, ut dominus animalis 200. Solidos præstet, l. 42. ff. de *edilit. edict. Si occisus* sit liber homo; si vero libero homini duntaxat *nocitum* sit, nulla certa pœna statuta est, sed tanti Dominus condemnabitur, quanti bonum, & æquum Judici videbitur, *text. hic*. Quod si vero servo, aut alteri cuidam rei dam-

num illatum fuerit, *dupli* dominus condemnatur. *Manz. n. 7. Hodie pœna ex constit.* Carolina art. 136. in casu hujus actionis arbitraria est. *Manz. eod.*

AD V. PRÆTER.

Præter hanc actionem *ædilitiam* etiam actio de *pauperie* locum habet, non quidem *directa*, sed *utilis* ex ratione, & voluntate Legis; dummodo animal, quod nocuit, adhuc in dominio sit, ita, ut reddi possit, juxta *dicta* in §. *preced.*

TITULUS X.

DE IIS, PER QUOS AGERE POSSUMUS.

SUMMARIÆ.

- 1 Per Procuratorem num agere liceat?
- 2 Quis dicatur Procurator?
- 3 Quomodo constituatur.

Ratio Ordinis. Quandoquidem hucusque de Actionibus, earum Divisionibus, Divisionibus atque Naturis visum est. Sequitur iuxta serie, per quos illas Actiones exercere possumus.

AD PRINCIPIUM.

Q. In hoc §. per quos agere: & nostras Actiones exercere possumus. Quidquid sit de Jure antiquo, quo inspecto, alieno nomine, agere non licuit, exceptis IV. Casibus I. pro Populo II. pro Libertate III. pro Tutela IV. pro Absentibus. Illud nosse, parum refert, cum ab Usu recesserit.

AD V. SED QUIA.

- I Quoniam non minimam Incommo-
- rees ad Instituta.*

datem habebat, quod, alieno nomine, neque agere nec excipere Actionem licebat creperunt Homines per Procuratorem litigare. Nam, & Morbus, & ætas, & necessaria Peregrinatio, itemque alie multe Cause sæpe hominibus Impedimento sunt, quo minus rem ipsam suam exequi possint, *text. hic.* & in l. 5. ff. de O. & Ali. *Sineid. n. 3.* Itaque de Jure novo cuique permittitur causam per procuratorem agere, vel defendere: modo tamen procurator sit persona habilis, quoniam in omni actu explicando *habilitas* agentis requiritur, *Manz. n. 14.* & causa sit *civilis*, in *criminalibus* enim (regulariter) Procurator non admittitur, §. 10. *Inst. de Injur.* Ratio autem, cur Accusator per se & non per Procuratorem persequi *Ordines* debeat, est, quia olim si debebat subscribere in crimen, i. e. obligare se ad pœnam *Talionis*, quæ absens afflicti non posset. Quæ pœna, licet hodie cesset, est tamen adhuc pœna

extraordinaria, & infamie proposita in qua ratio adhuc locum habet. Ratio autem, cur pro Reo criminoso Procurator intervenire nequeat, est, ne Judicia reddantur elusoria, si præsens non esset ipse Reus condemnatus. Item, ut ex *circumstantiis*, *Corporis Habitudo*, *Tremore*, &c. cognosci *facilius* possit *Veritas*, l. 10. §. 5. ff. de Q. Q. enim verò *difficile* est *Crimen* non prodere *Vultu*. *Schamb. hic.* & *Harp. n. 33.* & seqq.

§. PROCURATOR I.

Q. hic., quis dicatur procurator? & quomodo constituatur? R. quòd Procurator sit, qui *aliena* Negotia *Mandato* Domini administrat. Alius est *judicialis*; alius *extra-judicialis*, de quibus in ff. de *Procurat.* Constituitur autem procurator solò *mandato* domi-

ni, & nudò ejus *consensu*. Adeòque non opus est *solemnibus* Verbis, quoniam procurator per *mandatum* constituitur quod solo *consensu* constat, neque verborum *solemnitatem* requirit, nec etiam opus est *adversarii* præsentia, quia nihil interest, ipse per se dominus litiget, an per *alium*. *Perez. Inst. hic.* Porrò quis procurator *constitui*: & an is *revocari* possit? non *hujus loci* est, in id *inquirere*, proinde te ad ff. remitto.

§. TUTORES FIN.

Tutores, & Curatores etiam nomine *alieno*, i. e. *Pupillorum*, *Minorum* nomine, agere possunt. Imò, ex *necessitate* officii debent.

Quomodo autem hi *constituantur* alii in *Testamento*, alii à *Lege*, alii à *Magistratu*, supra *Lib. I.* expositum est.

TITULUS XI.

DE SATISDATIONIBUS.

SUMMARIA.

1. & 2. Cautio quid sit? ac quotuplex?
3. Judicio ffiti, & Judicatum solvi Cautio qua sit?
4. Quomodo ista cautio præstetur? Procurator an Cautioem præstet?

CONNEXIO.

Dictum est, quòd liceat hodie etiam per alios in *judicio* experiri. Jam verò cum *decantata* regula sit, quòd nemo, rei *alienæ* defensor idoneus sine *satisfactione* esse, intelli-

gatur, l. in eo 110. ff. de R. J. Ideò rectè *serie* hic *subjicitur* *Materia* *Titulus* de *Satisfactionibus*: ut autem iste *Titulus* plenius percipiatur, *sciendum* est, *Verbum* *Cautionis*, & *Verbum* *satis-dationis* sæpissime *confundi*, eaque sumi vel *generaliter* & *late*, vel *specialiter*, & *strictè*. *Cautionis* siquidem nomine *generaliter* sumptò *continentur* omnis *Securitas*, seu omne id, quo quis *cautior* & *Securior* redditur.

Hinc, ut cautio à *satisfactione* distinguatur, *dividitur* in *cautionem simplicem*, & *idoneam*. Illa *propriè*, & *strictè* cautio dicitur, quæ est *nuda* *repromissio* absque *interventu* *pignoris*, vel

vel fidejussoris, l. 35. §. 1. l. 33. §. 3. *Cod. de Fpif. & Cler.* Huic cautioni si *Jurandum* accedat, cautio *juratoria* vocari consuevit, de qua §. 2. h. t. Hæc dici solet *satisfactio*, quæ sit vel *pignoris*, vel *fidejussoris*, l. 21. ff. de *constit. pecun.* Harp. n. 4. §. 6. Hanc in *varias* variis *species* dispefcunt. Alia enim est *necessaria*, quæ à *Magistratu*, vel à *Lege* imponuntur, v. g. cautio, quam præstat *tutor*, *rem pupilli salvam fore*, de qua nos egimus in *Lib. I.* Alia *voluntaria*, quæ ex partium *consensu* injungitur. Quæ plerumque in *contractibus* inter partes fieri solet. Alia *judicialis*, alia *extra-judicialis*. Illa in *Judicio*: hæc extra illud præstari solet. In hoc *Titulo* agitur duntaxat de *satisfactione necessaria*, & *Judiciali*. Cujus *species tres* occurrunt, puta; *Judicid fisti*, *rem ratam haberi*, & *judicatum solvi*. Prima est, quæ reus *conventus* promittit; & cavet, se in *judicio* *permanfurum* usque ad *exitum litis*. Secunda est, quæ *procurator* cavet, *dominum* *ratihabiturum* id, quod agit. Tertia, quæ reus cavet *actori*, se id, ad quod *condemnatur*, *soluturum*. *Schamb. hic.*

AD PRINCIP. ET §. SI VERO I.

In hoc *princip.* §. 1. Imperator enarrat *Jus antiquum*, quod videlicet olim obtinuit. Et quidem si in *rem* agebatur, *possessor*, i. e. reus (siquidem in *actionibus* in *rem* reus est is, qui possidet, §. 1. §. 2. *Inst. de act.*) à *Prætor*e compellebatur *satisfacere* *judicatum solvi*, h. e. cogebatur, *promittere*, quod *victus* *rem ipsam* restituere, aut si *rem* restituere non posset, *litis*, i. e. *ipfius rei*, de qua *lis* fuit, *estimationem* solvere vellet. Equidem multò magis *procurator rei* sa-

tisfacere cogebatur, l. 40. §. 1. ff. de *Procurat.* Actor verò non cogebatur *satisfacere* in *Judicio* *reali*. Quia reus ille est, à quo *petitur*, &, qui *opugnatur*, &, qui *vel damnatur*, vel *absolvitur*, ut cautio *actoris* *supervacanea* foret. *Procurator* tamen *actoris* *satisfacere* tenebatur, *ratam rem* *dominum* *habiturum*. *Tutores* verò, & *curatores* tenebantur eodem modò *cavere*, quo *procuratores*, nempe *de rato*, & *Judicatum solvi*. Cum tamen illi, *Dominorum* *loco*, haberentur, ideò cautio *de rato* *ipsis* remittebatur. Harp. n. 14. §. 15. In *actionibus* in *personam* ex *actoris* quidem parte eadem quoque observabantur, ut, si *dominus* ipse ageret in *personam*, nihil caveret; si *procurator* ejus, *satisfactionem* *de rato* præstaret, l. 33. ff. de *Procurat.* Reus autem, si proprio nomine *actionem* in *personam* suscipiebat, *satisfacere*, *judicatum solvi*, non cogebatur; si *alienò*? omninò *satisfacere* tenebatur, *judicatum solvi*, l. 5. ff. *quib. ex caus. in poss. eatur*, cum in *re aliena* nemo sine *satisfactione* idoneus *defensor* existat. Ratio porò differentie: cur is, qui suo nomine in *rem* *actionem* suscipiebat, *satisfacere*; qui verò in *personam*, non etiam, hæc erat, quia *actione* in *rem* *metuendum* erat, ne reus malè sibi *conficiat*, *rem* *corrumpere*, *agros* *desereret*, *res* *dissiparet*, &c. Alit, ab eo, *eujus* in *personam* agitur, nihil simile *metuitur*, quoniam non in *certam* aliquam *rem*: sed in *universum* *ejus* *patrimonium* agitur. Harp. hic. n. 17. §. 18.

§. SED HODIE. 2. & 3.

De *Juro novo*, sive reus *convenitur* *actione* *reali*, sive *personali*, non

tenetur satisfare, *judicatum solvi*: sed tantum *Judicio fisci*, i. e. quod in iudicio permanere usque ad terminum litis; seu ad sententiam definitivam, nec ab eo sine venia recedere, & ubi succubuerit, quod impensas litis præstare velit. *Perez. hic.* Ratio autem quare cavere non debeat Reus, iudicatum solvi, est, quia superflua remedia inducenda non sunt, *l. hæc stipulatio §. i. ff. ut Legat. num.* atqui hæc cautio videbatur esse superflua, quia absque ea reus ad iudicatum solvendum, cogi poterat. *Manz. n. 2.*

- 4 Q. Quomodo ergo reus ipsam cautionem præstet? *Resp.* adminiculo distinctionis, vel enim possidet bona immobilia sub illo iudice, vel non. Si prius, quia non est periculum elusionis, sufficit sola cautio promissoria, seu nuda, *l. pen. ff. qth satisfare cogunt.* Si posterius; hoc est, si non habeat bona immobilia, aut non sufficientia, tenetur satisfare, i. e. per fideiussores: vel per pignora cavere iudicio fisci. Quod si verò neque per fideiussores; neque per pignora cautionem præstare valeat? admittitur ad cautionem juratoriam. Quam etiam præstant viri illustres, & dignitate præfulgentes, *l. pen. & ult. Cod. de dignit. Gail. 2. obs. 44. n. 10. Harp. hic. n. 4. & seqq.* Illud tamen non refert, sive personæ illustres corpore Juratum præstent, sive promittant sub fide, & dignitate, *bey Fürstlichen, Priessterlichen, Adeltichen, Ebr und Trauen. Grik. I. obs. 101. & obs. 59.* Hactenus, quomodo Reus; Sequitur, quomodo Actor satisfat? Qui, si suam ipse actionem instituat, non satisfat, nisi, quod intra duos menses à tempore porrecti libelli litem contestare velit, & in ea usque ad finem perseverare. Item, quod expensas si temerarius litigator

esse appareat, peroluturus sit, *Nov. 96. cap. 1. Nov. 112. cap. 2. Auth. libellum. Cod. de dilat. Manz. n. 27.*

Sed quid? si actor per procuratorem litiget. *R.* Si procurator mandatum probet, vel præsentis domini habeat auctoritatem, non satisfare tenetur, *de rato l. 2. Cod. de satisfat.* quid enim opus est cautione, ubi constat de voluntate domini, qui, dum procuratorem litigat, ipse litigare videtur, *Perez. hic.* Extra istos casus procurator de rato cavere tenetur, §. 3. *hic.* Ut autem ad istam de rato cautionem admittatur, requiritur, ut saltem aliquod mandatum habeat, puta, generale, quia est procurator omnium bonorum, aut dubium, *l. 3. §. si procurat. ff. de novi operis nunt.* Item, *l. 3. §. 2. ff. ut. in poss. eatur.* Nam, si procurator nullum penitus mandatum habeat, & de hoc evidenter constet, ad agendum penitus non admittitur. *Wesemb. in parat. n. 6. ff. de procurat. Manz. n. 9. hic.* Nisi sit persona conjuncta, pro qua vult agere, *l. maritus. l. exigendi Cod. de Procurat.* conjunctæ enim personæ in ascendibus in infinitum: in collateralibus usque ad quartum gradum, etiam sine mandato, pro invicem agere possunt. *Chling. q. 4. hic. & Manz. lo. cit. n. 10.*

AD V. EODEM.

Quid autem Juris? si tutores, vel curatores, vel aliæ tales personæ, quæ alienarum rerum administrationem gerunt, quales sunt v. g. Syndici, Oeconomi, Rectores, &c. Non ipsimet, sed per alios litigare velint? *R.* Quod idem de actore, ob id genus personis constituto, dicendum sit, quod de procuratore, & pariter de rato cavere debeat, nisi habeat absentium speciale

ciale mandatum, aut præsentium auctoritatem, & confirmationem. Dixi: *de actore*, quia Tutor, Syndicus, Procurator, Rector, &c. ante litem contestatam non sunt Domini litis; nemo autem dicitur, constituere procuratorem, nisi sit dominus litis, *Manz. n. 14.* Sanè, si tales personæ ipsæ litigare velint, nullam tenentur satisfationem præstare, cum pro dominis habeantur, *l. 7. §. 5. ff. pro empto. l. 27. ff. de Admijst. & pericul. tut. Hup. mun. §.*

§. SI VERO 4.

Si reus conventus per procuratorem respondere velit, refert, num reus absens, num præsens sit? Si præsens sit, potest vel ipse in iudicium venire, procuratorem declarare, eumque confirmare, præstando cautionem, iudicatum solvi. Vel potest etiam extra iudicium pro procuratore suo eandem cautionem iudicatum solvi, cum omnibus clausulis præstare ita, ut is sui procuratoris fideiussor quodammodo existat. Ut verò magis cautum sit, debet etiam omnia sua bona hypothecæ subijcere, sive in sive extra iudicium constituerit, vi cuius hypothecæ tam ipse, quam hæredes conveniri possunt. Præterea cavebit & hoc, quòd tempore recitandæ sen-

tentiæ in iudicium veniet; vel si non venerit, omnia daturus sit vel ipse, vel fideiussor, quæ in damnatione continentur, nisi fuerit provocatum. Ita, *Schamb. hic.*

§. SI VERO REUS 5.

Quòd si verò reus præsens non fuerit, ex quacunque demum causa id contingat, potest quilibet, qui vult defensionem ipsius suscipere, tam in reali, quam personali actione, dummodò cautionem præstet, *iudicatum solvi.* Ratio est, quia (ut *sepius decantatum*) nemo defensor rei alienæ: sine satisfatione idoneus esse, intelligitur.

§. QUÆ OMNIA 6.

Quæ hætenus dicta sunt, omnia apertius & perfectius quotidiano iudiciorum usu in ipsis rerum documentis, i. e. ex praxi apparent.

§. QUAM FORMAM FIN.

Supradictas satisfationum formas, & modos ait hoc, §. *Juslin.* non solum in hac regia urbe (intellige *Constantinopoli*) sed etiam in omnibus aliis provinciis observandos esse. Num apud nos adhuc omnia usu servantur, praxis docet.

TITULUS XII.

DE PERPETUIS, ET TEMPORALIBUS ACTIONIBUS ET QUÆ AD HÆREDES, ET IN HÆREDES TRANSEANT.

SUMMARIA.

- 1 Quæ actiones sint temporales? quæ perpetuæ?
- 2 Per litis contestationem quomodo perpetuantur actiones?
- 3 Actiones quæ transeant ad hæredes?

4 *Actiões panales ad heredes non sunt transitorie.*

5 *Actore, nihil probante, rem absolvitur.*

Recensentur in hoc titulo adhuc due actionum divisiones, quòd aliæ sint temporales, aliæ perpetuæ. Aliæ in heredes transitorie. Aliæ non sunt transitorie, de quibus in ordine. Actiones perpetuæ olim dicebantur illæ, quæ perpetuò sive in æternum, sine ulla temporis præfinitione proponi poterant. Hujusmodi actiones erant omnes illæ, quæ ex aliqua juris civilis parte descendunt, veluti ex lege, plebis scito, SCto, Principum placitis, vel responsis prudentum. Ratio, quia qualis est causa, talis est effectus; atqui causa, puta, lex civilis, potestas, & Jurisdicção erat perpetua, ergò & actiones, ex Jure civili descendentes. Verùm, hodie per constitutiones Principum, ut aliquis litium finis esset, certi fines omnibus actionibus præscripti sunt, nimirum tales, ut omnes actiones civiles, tam personales, quàm reales regulariter 30. Annorum spatio, vel ad summum 40. Annorum extinguantur, prout fufius dictum, lib. 2. *Inst. tit. 7.* adeoque actiones, quæ 30. vel 40. annis durant, vocantur perpetuæ. *Manz. n. 30.*

AD VERS. E A S V E R O.

Vidimus, quæ actiones dicantur perpetuæ; Sequitur de temporalibus; temporales autem actiones illæ dicuntur, quæ annò tantum durant, quales sunt ferè omnes actiones Prætoricæ, quas Prætor, supplendi Juris Civilis gratiâ, introduxit. Ratio, quia Prætoris imperium uno tantum anno durabat, & ea propter actiones, ab eo

introducæ, ferè omnes sunt annales. *Perez. Inst. hic.*

Dixi: ferè omnes, siquidem sunt etiam Prætoricæ actiones, quæ perpetuo, i. e. 30. vel 40. Annis durant, nimirum illæ, quæ sunt rei persecutoricæ, & NB. quæ Juris Civilis rigorem non emendant, sed potius defectum suppleunt. Qualis est I. *Possessoria hereditatis petitio*, quæ datur illi, qui de Jure quidem civili non est hæres, sed de Jure prætorio ad successorem, & bonorum possessionem admittitur. De qua vide. *Lib. V. ff. Tit. 5. II. fideicommissoria hereditatis petitio*, de qua est integer *Tit. Lib. V. ff. tit. 7.* quæ datur fideicommissariis, postquam ex SCto *Trebelliano*, hæreditas est restituta, ad profequenda bona hæreditaria. *Manz. n. 32. § seqq.*

Dixi notabiliter, quæ Juris Civilis Rigorem non emendant, &c. Hinc actiones, *quæssitoria, Pauliana reahibitoria, quanti minoris, &c.* licèt sint rei persecutoricæ, uno tamen duntaxat annò durant, §. 6. *Inst. de act. Schamb. hic. § Schneid. n. 4. Obliq. Q. 1. hic.*

Dices: si metu coactus, alteri vendidi, valet emptio, & venditio, l. 10. ff. *quod metus causa*; & tamen, eam rescindendi causa actio, quòd metus causa, à prætore etiam post annum (saltem in *simpulum*) datur, l. 14. §. 1. ff. *ead.* ergò, licèt actiones Prætoricæ Jus Civile emendant, & eò Jure validos contractus rescindant; tamen sunt perpetuæ. R. Hoc in actione, quod metus causa, esse singulare propter delictum à metu incutiente factum, ratione cujus prætor quod metu gestum est, nullò tempore, quoad rei persecutionem, voluit tantum habere, l. 21. §. 1. ff. *quod met.*

met. causâ &c. Chling. loc. cit. ob. un. Manz. 36.

AD VERS. FURTI QUOQUE.

- 2 Certum est, actiones Prætorias pænales utili duntaxat annò durare, v. g. actiones *vi bonorum raptorum*, de albo corrupto, injuriarum, &c. Excipitur tamen actio *furti manifesti*, quæ licet ex ipsius Prætoris Jurisdictione proficiatur; tamen perpetuo datur, absurdum enim est, eam anno terminari, fortè ob odium, quod isthæc actio secum ducit. Illud adhuc *notandum*, quòd actiones, de natura sua temporales, ex accidenti fiant perpetuæ, nempe per litis contestationem. Ratio habetur in l. 239. ff. de R. J. quia omnes actiones quæ morte, aut tempore pereunt, semel incluse Judicio, salvæ permanent. Ita, ut in *Regulam* abierit; litis contestatione lis perpetuatur, l. ult. cod. de præscript. 30. vel. 40. ann.

§. NON AUTEM I.

- 3 In hoc \varnothing . traditur altera *divisio*, puta, quòd actiones aliæ sint *transitorie* ad heredes, aliæ non sint *transitorie*.

Q. ergò, quoniam actiones sint *transitorie* ad heredes? R. cum *distinctione*. Utràm actiones descendant ex *contractibus* utràm ex *maleficiis*? Item, utràm sint *persecutorie rei*, an verò *persecutoria pœna*? quò præhibito;

R. I. si actiones descendant ex *contractu*, vel quasi, tunc (regulariter) omnes activè, & passivè transeunt ad heredes, l. Ex *contractibus* 49. ff. de O. & A. tum, quia heredes in universum jus defuncti succedunt, ejusque personam repræsentant; tum, quia, sicuti is, qui contrahit, non tantum

sibi, sed etiam heredibus censetur prospicere, ita non se ipsum duntaxat: sed etiam heredes obligat. Perez. Inst. hic.

Hoc tamen *Limitat* ipse Imperator in *textu*. ut etiam, si actio ex *contractu* oriatur contra tamen heredem defuncti non competat; puta, cum *testator dolose versatus sit*: quæ verba varii variè interpretantur. Placet, quòd de eo casu sint intelligenda, si defunctus aliquem dolò induxerit ad *contrahendum*, qui alias *contracturus* non fuisset, hoc enim in casu actio contra heredem dari non potest, quia negatur *suppositum*, actionem dari, nam *contractus*, cui dolus causam dedit, ipso Jure nullus est. Manz. n. 6. & 7. aliter Harp. & Schamb. hic. Hoc tamen iterum in *Textu sublimitatur*; nisi aliquid à defuncto ad heredem pervenerit, quoniam omnia lucra iniqua ab heredibus extorquentur, l. 1. ff. de eo per quem fact.

R. II. si actiones pœnales descendant ex *delictis*, adversus heredem non competunt. Unde, si quis *furtum* fecerit, aut rem meam vi rapuerit, aut injurià me affecerit, aut *damnum* mihi dederit; licet contra ipsum habere actionem furti ad quadruplum, vel duplum, vel vi bonorum raptorum, vel injuriæ, vel legis *Aquilæ*, mortuò tamen fure, raptore, injuriante, aut damnificante, adversus heredem nulla mihi actio datur; est enim certissima Juris regula, ex *maleficiis* actiones pœnales in heredes rei non dari, l. 38. l. III. §. 1. ff. de R. J. Ratio rationis, quia *delicta* tenent suos auctores, c. 2. *de his, quæ sunt à major. part.* & mora omnia solvit. Nov. 22. cap. 20. Regula ergò est, actiones pœnales, ex *delicto* descendantes, in heredem non dari,

hæc tamen regula ut procedit, requiritur, ut actiones pœnales, sint merè pœnales, & præterea ex delicto descendant. Ita, *Manz. n. 16.*

Ex quo *infertur I.* Si actiones pœnales descendant ex contractu, quòd *activè & passivè* transeant ad hæredes, tales autem actiones sunt actiones *adilitiæ*, de quibus, *suprà Tit. 9. §. ult. Manz. n. 17. & Harp. n. 3.* vel actiones, quæ competunt ad pœnam aliquam conventionalem, *l. 27. ff. de act. empti.* talis enim pœna non tam ex delicto, quàm ex contractu debetur. *Infertur II.* si actiones pœnales non sint merè tales, sed rei persecutoriarum, quòd in hæredes transeant. Sic conditione furtiva hæres furis tenetur in solidum, etiamsi res apud eum non existat, imò, etsi nihil ad eum pervenerit. *l. 7. §. 2. ff. eod. ita Schamb. §. 14. Inst. de act.*

§. SUPEREST FIN.

3) Post integrum tractatum de actionibus Imperator aliquid subjungit de

eventu litis, qui in eo consistit, quòd actore non probante, reus absolvatur, *l. 4. Cod. de edend.* probante verò, condemnatur.

Sed dices: si reus aliquando absolvitur, & aliquando condemnatur, quomodo verum est, quòd omnia iudicia *absolutoria* sint, prout dicitur in hoc *textu*? R. Denominationem fieri à frequentioribus; frequentius autem contingit, reum absolvi, quàm condemnari. *Manz. n. 3.*

Dixi: *probante actore*, reum condemnari. Hic explicat Imperator, quomodo possit contingere, ut actor suam intentionem plenè probet, & tamen reus absolvatur, aitque, id fieri tunc, quando reus lite pendente, ante sententiam, bonam fidem agnoscens, satisfaciatur actori, eique rem restituatur cum fructibus, reddatur sumptus, in litem factos, hoc enim casu convenit officio Judicis, reum absolvere, nihil enim actor tunc amplius habet, de quo conqueratur.

TITULUS XIII.

DE EXCEPTIONIBUS.

SUMMARIA.

- 1 Quid sit exceptio?
- 2 Et quotuplex?
- 3 Exceptio, quod metùs causi?
- 4 Et exceptio doli, quando locum habeant?
- 5 Et 6 Exceptio erroris, Et exceptio non numerate pecunie quid sint?
- 7 Exceptio pacti de non petendo, quando opponi possit?
- 8 Et 9 Quid sit exceptio Jurijurandi,

di, Et rei judicate?

- 10 Que dicantur exceptiones Prætorie?
- 11 Que civiles?
- 12 Item que peremptoria, Et que dilatoria.

CONNEXIO.

Judicium ex tribus personis, puta, actore, reo, & iudice constare in propatulo est; Hucusque actorem instruximus, quomodo debeat agere, & quam actionem movere possit? nunc reus

reus quoque instruat, necesse est, quomodo se defendere debeat. Quae ipsa defensio, alio nomine, nuncupatur exceptio, idèò introducta, quia saepe accidit, quemadmodum ipse Imperator fateatur, ut licet ipsa persecutio, quae actor experitur, in se spectata, in thesi, in abstracto, vel in genere loquendò, vel summò Jure Civili inspectò, iusta sit, tamen in hypothesi iniqua sit adversus eum, cum quo agitur, sicuti in decursu demonstrabimus. Hinc est, quòd *Aristoteles* dixerit: *sapè, quòd iustum est, iniquum est.* *Manz. hic.*

§. V. G. I.

¶ In hoc §. declarat Imperator tres exceptionum species, videlicet exceptionem, quòd metus causa, exceptionem doli, & exceptionem erroris, quae in factum vocatur. Prinsquam nos in specie de istis exceptionibus agamus, juvat dixisse in genere, quid sit exceptio? quae *Definitur*, quòd sit actionis elisio; sive ratio aliqua ad defensionem sui allata, quae actorem, sive de Jure, sive de facto tantum agat, repellit, l. 1. l. 2. ff. h. t. Alia est Juris, & alia facti. Exceptio Juris est actionis exclusio, sive illa, quae praesupponit adhuc existentem actionem. Ut ecce, debes mihi ex causa mutui centum, facio tecum pactum de non petendo. Ecce, ex Juris principis clarum est, per istud nudum pactum obligationem civilem non tolli, ergò manet adhuc obligatio civilis, ac per consequens contra te habeo actionem. Quam tamen, si in iudicium deducam, repellere me poteris exceptione pacti de non petendo, & haec vocatur exceptio Juris, utpa-
teet ad Institut.

te supponens praexistentem actionem. Exceptio facti est, quae non supponit praexistentem actionem, sive quae repellitur is, qui nullam actionem habet, sed de facto duntaxat agit veluti si exempto vel vendito tecum agere vellem, cum tamen emptionis, & venditionis contractus inter nos nullus sit initus. His in antecessum positis, sequitur

Prima exceptio, quòd metus causa, **3** quae tunc locum habet, quando quis per vim, vel metum coactus aliquid promissit. Licet enim ille, qui metu coactus sic promissit, Jure Civili obligatus sit, nihilominus quia iniquum est, eum condemnari idèò datur ipsi exceptio, quòd metus causa, ad elidendam, & infirmendam actionem. Hinc, si is, cui metu coactus promissit, contra me agat, prout in rigore Juris potest, quia coacta voluntas est etiam voluntas, l. 21. ff. quòd met. caus. dico, verum quidem esse, quòd promiserim, sed metu inductus; sequius autem esse, ut quod metu promissum est, non solvatur: licet enim coactus velit, non tamen vult, sicuti volens. *Harp. num. 5.*

Secunda exceptio vocatur, exceptio **4** *doli, quae tunc locum habet, cum quis dolo inductus est ad promittendum, v. g. induxi aliquem dolo, persuadendò ei, me esse amicum, cum non essem, ut mihi per stipulationem aliquid promitteret: Ille promissit, ex qua promissione nascitur obligatio, ac proinde actionem moveo. Hoc in casu poterit mea actio per exceptionem doli elidi, dicendo, quòd quidem promiserit sed dolo inductus; Juris autem sit, quòd dolo nulli debeat prodesse.* *lib. 1. §. 1.*

ff. de except. Schamb. hic. Hanc exceptionem doli, ut plenius percipias relege, quæ diximus, *ad §. 30. sup. de act.* quo in loco latè deductum, quando, & quem contractum dolus faciat nullum. Quo viso, sic statue, si ex contractu nullo agatur, dabitur quidem exceptio, sed facti &c. Si contractus adhuc teneat, & tamen agatur, dabitur exceptio Juris. *Schamb. hic.* Illud non ignorandum, licet actio de dolo sit biennalis, *l. 39. §. pen. ff. de pecul.* exceptionem tamen doli esse perpetuam. Ratio, quia, quæ sunt ad agendum annua, vel temporalia, ea ad excipiendum sunt perpetua. *Harp. n. 34.*

- 5 *Tertia* exceptio est, exceptio erroris in factum, quæ tunc fortitur locum, si quis errore lapsus stipulanti promiserit, quod promittere non debuerat. Veluti si putans me tibi centum debere, fortè ex mutuo, quæ tamen non debebam: eadem centum tibi stipulanti promiserim certo die me soluturum. Hoc in casu, si adversus me moveas actionem ex stipulatu, potero eam per exceptionem erroris in factum elidere. *Harp. n. 35.* Sanè ut intelligas, an exceptio facti, vel Juris locum habeat, inspiciendum est, num sit error substantialis, num accidentalis. Si prius, facti, si posterioris, Juris exceptio in factum locum fortietur. *Manz. n. 25. Et seqq. Et nos sup. in tit. de empt. Et vend.*

§. IDEM JURIS 2.

- 6 Quarta exceptio appellatur exceptio non numeratæ pecuniæ, de qua vide, *lib. 3. Tit. de litterar. oblig.*

§. PRÆTEREA 3.

- 7 Casus hujus paragraphi talis est: de-

beo mille Titio ex mutuo. Titius nudo pacto mihi promittit, se istos mille nunquam petiturum, non obstante hoc pacto, nihilominus adhuc obligatus maneo; *l. 27. §. pactu ff. de pact.* quoniam pactum non est modus tollendi obligationem. Quòd si verò non, obstante hoc pacto me Titius conveniat, potero ipsum repellere per exceptionem pacti de non petendo, eò, quòd iniquum sit, contra pactiōnem suam venire, & me condemnari, cum grave sit fidem datam fallere. *Schamb. loc. cit.* Illud non omittendum, quòd usus exceptionis pacti de non petendo latissimè pateat, ejusque exempla in Jure passim sint obvia, non tantum in quibus expressa conventio est de non petendo, verum etiam ubi tacitè inter debitorem, & creditorem id conveniisse lex præsumit. Unde reddità debitori meo cautione debiti, pactus tacitè videor, ne petam, *l. 2. §. 1. ff. de pact.* sic, qui usuras in futurum a debitore recipit, tacitè pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat, *l. 57. ff. eod. Harp. n. 14.*

§. ÆQUE, SI DEBITOR 4.

Sexta exceptio vocatur exceptio Jurisjurandi. Cujus talis casus figurari potest. Titius v. g. possidet equum à parte rei meum. Illum peto, & cum neget equum esse meum, ne diu lis protrahatur, desero illi Juramentum, ut juret equum esse suum. Jurat Titius. Tali casu à parte rei adhuc equus manet meus, quem tamen, si per actionem petam, repellet me Titius exceptione Jurisjurandi; nam ego, desero Juramentum, videor cum eo transegisse, si juraverit? quòd non amplius equum petiturus sum, quòd cum præstiterit, non amplius queritur,

tur, an sit meus, sed an juratum sit, l. 5. §. dato ff. de iurejurand. l. 9. §. 3. ff. eod. Schamb. hic.

§. ITEM SI IN JUDICIO 5.

9. Septima exceptio nuncupatur exceptio rei judicatæ, quæ hoc exemplo patebit. Aliquis à parte rei, verè reus & debitor per sententiam Judicis à re petita absolvitur, talis revera à parte rei manet debitor, text. hic. in l. 60. ff. de conduct. indeb. Sententia enim obligationem non tollit. Quia tamen sententia, postquam in rem Judicatam transiit, pro veritate habetur, idcirco, si actor iterato petat, exceptione rei judicatæ repellitur. Quæ tamen exceptio, ut locum habeat, tria concurrant necesse est. I. ut eadem res in posteriori judicio petatur, quæ in priori petita fuerat. l. 12. l. 13. l. 14. ff. de except. alia enim res facit aliud judicium. II. ut sint eadem personæ, l. 3. ff. de except. rei jud. res enim inter alios acta aliis non præjudicat, & sententia inter alios dicta, aliis nocere non debet. III. ut ex eadem causa agatur; ex nova enim causa licet iterum agere. Manz. n. 13. & seqq.

AD §. HÆC EXEMPLI 6.

Dicit Imperator, quòd hæc exempla hic retulisse sufficiat, plura enim in latiora digestorum volumina congeste, de quibus non vacat agere.

§. QUARUM 7.

10. Diximus in §. 1. aliam esse exceptionem Juris, & aliam facti, quam posteriorem non esse propriam exceptionem vulgare dogma est. Unde prima hic exceptionum divisio datur,

scilicet, quòd exceptiones aliæ sint Prætorie, aliæ civiles. Civiles sunt, quæ ex causa civili, puta, ex lege, S. Cito, plebiscito, vel aliis civilibus speciebus descendunt. Cujusmodi est exceptio S. Citi Macedoniani, & Vellejani, §. 7. quod cum eo, qui in aliena potest. &c. Item exceptio divisionis inter plures fideiussores, & reos debendi, §. 4. sup. de fidejuss. l. fin. Cod. de const. pecun. exceptio declinatoria fori, l. 7. ff. qui satisfacere cog. exceptio non numeratæ pecuniæ, tit. de lit. Oblig. nec non exceptio solutionis, novationis, prescriptionis &c. Harp. n. 5. Prætorie sunt, quæ ex jure prætorio oriuntur: cujusmodi sunt antè recensitæ, exceptio pura, doli metus, pacti de non petendo, Jurisjurandi, &c. In effectu nihil refert, exceptio civilis sit, an prætorie, quia omnes durant in perpetuum ex regula illa vulgari, quòd temporalia ad agendum sint perpetua ad excipiendum, l. 5. §. fin. ff. de dol. mal. except. Manz. n. 4.

§. APPELLANTUR 8. §. PERPETUÆ 9. ET §. TEMPORALES 10.

In his paragraphis traditur Secunda II divisio exceptionum desumpta à fine & effectu. Dicunturque aliæ perpetuæ, seu peremptoriae, aliæ verò temporales, seu dilatoria. Perpetuæ, & peremptoriae sunt, quæ non tantum ad tempus actorem à lumine judicii repellunt, sed semper in æternum agentibus obstant. Text. hic. Unde, & peremptoriae vocantur, quòd totam litem perimant, & extinguant. Id genus sunt exceptio doli mali, quòd metus causa, pacti de non petendo. Jurisjurandi, & plures alia, quas noveris, si intellexeris, quoniam dicantur ex-

ceptiones temporales. Exceptiones temporales, seu dilatoriae. Illae dicuntur, quae ad tempus duntaxat nocent, & temporis dilationem solummodò tribuunt. Sive quae actionem aliquamdiu tantum retardant, non verò omnino tollunt. Tales sunt exceptio incompetentiæ, feriarum satisfationis, item exceptio pacti de non petendo ad certum tempus &c. Namque fac, quòd quis me vocaverit ad talem Judicem, qui in me nullam habet Jurisdictionem, aut vocaverit me tempore messis aut vindemiarum, aut aliò die feriatò, &c. vel denique, quòd quis alienò nomine litem mihi moveat, & neque mandatum procuratorium producat, neque satisfationem præstet. His in casibus possum acto-

rem repellere per exceptionem incompetentiæ, feriarum, illegitimationis, satisfationis, &c. *Manz. n. 8.*

§. PRÆTEREA FINAL.

Dictum *antè*, dilatorias exceptiones esse, quae judicium retardant; ad illas quoque spectant exceptiones procuratoriae, quae illis opponuntur, qui alienò nomine procuratores, & actores esse, contendunt, & tantum procuratores esse possunt, v. g. *miles, mulier*, &c. *Infamis*, quòd possit esse procurator, hic innuitur. De praxi aliud obtinet, &, sicuti advocatus, ita etiam procurator debet esse persona honesta, *Gail. I. obs. 43. mero 7.*

TITULUS XIV.

DE REPLICATIONIBUS.

SUMMARI A.

1. 2. 3. & 4. *Quid sit replicatio, duplicatio, triplicatio, & quadruplicatio?*
- § An exceptio, competens principali, competat & fidejussori?

AD PRINCIPIUM.

Replicatio nihil est aliud, quam exceptionis *Elisio*, seu *Defensio*, quae actor rursus reum, contra se excipientem, repellit, v. g. Titius mihi debet 10. Aureos, petii illos, hæc petitio vocatur *actio*. Titius ait, quòd fecerimus pactum de non petendo, quae responsio vocatur *exceptio*. Ego oppono, quòd postea in contrarium

pacti simus; ut iterum petere liceat, quae oppositio vocatur *replicatio*.

§. RURSUS I. ET §. 2.

Sæpè accidit, ut contra replicationem ulterius aliquid allegetur, quae allegatio vocatur *duplicatio*. Contra quam si iterum aliquid opponatur, dicitur *triplicatio*, & ex quòd exceptio, super triplicationem facta nuncupatur *quadruplicatio*, & super quadruplicationem exceptio posita, dicitur, qui *duplicatio* & sic deinceps. Res exemplo patebit. Vendidi Titio equum meum, cum autem pretium non solveret, conveni eum in judicio, ubi actio proponitur ex vendito. Titius objicit, quòd cum illo convenerim

ex

ex postfacto, ut primum post annum solveret. En, exceptionem pacti, Ego R. verum quidem id esse; sed quod postea cum eo transegerim, aliquot aureos remittendo, ut citius solveret. En, replicationem. Titius dicit, se istam transactionem iniisse metu. En, duplicationem. Ego dico: metum fuisse duntaxat levem. En, triplicationem. Titius ait, fuisse gravem. En, quadruplicationem.

§. QUARTUM 3.

Ne detur processus infinitum, iudicis officium est modum Allegationibus imponere.

§. EXCEPTIONES FIN.

§. Q. in hoc §. an exceptiones, quae debitori principali concessae sunt, etiam fidejussoribus dentur. R. I. Exceptiones reales, quae debitori principali dantur, prodesse etiam fidejussori, l. 21. § 2. ff. de pact. Ratio, quia, quod à fidejussoribus petitur, id ab ipso de-

bitore peti videtur, cum fidejussor per mandati actionem à Debitore, quae solvit, repetere possit. *Manz. n. 2.* Ex quo sequitur, quod, si v. g. debitor pactus fuerit cum creditore, ne debitum peteretur, & creditor nihilominus peteret à fidejussore, hic se exceptione pacti de non petendo tueri possit, d. l. 21. *Harp. n. 4.*

R. II. Exceptiones personales, quae debitori competunt, fidejussori non prodesse, *lib. 9. ff. Ratio*, quia beneficia personalia perso. *de except.* nam non egrediuntur, l. 78. l. 196. ff. d. R. J. Exemplum ponit *Imperator* in debitore, qui bonis cessit, nam, si talis debitor post cessionem à creditore iterum conveniatur, ille se defendere potest per exceptionem cessionis, quae tamen exceptio fidejussores petit, illud maxime prospicit, ut, cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab eis suum consequi, quae igitur ad majorem creditoris securitatem inducta sunt, non debent in ejus damnum retorqueri. *Manz. n. 10.*

TITULUS XV.

DE INTERDICTIS.

SUMMARIA.

- | | | | |
|---|---|----|---|
| 1 | Commendatur materia de interditi. | 7 | Quomodo differant ab actionibus? |
| 2 | Judicium aliud petitorium, aliud possessorium. | 8 | Alia sunt prohibitoria, alia restitutoria, alia exhibitoria. |
| 3 | Consultus est intentare possessorium, quam petitorium. | 9 | Quid sit interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est? |
| 4 | Succumbens in possessio recurrere potest ad petitorium. | 10 | Casus istius interdicti. |
| 5 | Interdicta definiuntur. | 11 | Contumax quis dicitur? |
| 6 | Dantur etiam interdicta super proprietate. | 12 | Quae sit pena contumacia? |
| | | 13 | Quid sit primum, & secundum decretum? |
| | | 14 | Quomodo primum decretum mandatur executioni? |

- 15 Effectus primi decreti.
 16 Ulaub quid sit?
 17 Effectus secundi decreti.
 18 Definitur interdictum ne vis fiat ei,
 qui in possessionem missus est.
 19. 20. 21 & 22 Cui? contra quem?
 & ad quid competat?
 23 Interdictum de mortuo inferendo, &
 24 Interdictum, ne quid in loco sacro,
 quid sit?
 25 Interdictum, ne quid in flumine pu-
 blico, &
 26 Interdictum, libero homine exhibendo
 excutitur.
 27. 28 Tractantur interdicta de liberto
 exhibendo, & exhibendis liberis.
 29. 30 Usque 35 exponitur interdictum,
 quorum bonorum.
 36. 37 & 38 Explicatur interdictum,
 quorum legatorum.
 39 Usque
 44 Excutitur interdictum Salviannum.
 45 Usque
 51 Declaratur interdictum uti possidetis,
 & interdictum, utrobi.
 56 Possessio unde derivetur?
 57 An sit juris, an facti?
 58 Resistantur aliqua definitiones.
 59 & 60 Traditur definitio possessio-
 nis?
 61 & 62 Explicatur definitio posses-
 sionis.
 63. 64. 65 Quid sit possessio naturalis?
 & quinam dicantur naturaliter
 possidere?
 66 Quid sit possessio civilis?
 67 Usque
 70 Quomodo acquiratur possessio?
 71 & 72 Apprehensio alia vera, &
 alia ficta, ejusque exempla.
 73 Res incorporales, quando acquiran-
 tur?
 74 Quot actus requirantur ad conse-
 quendam quasi possessionem?
 75 Quomodo retineatur possessio?
- 76 Quibus modis amittatur.
 77 Casus interdicti unde vi.
 78 Cui competat?
 79 An iuste dejecto?
 80 Incontinenti, quando dicatur esse
 factum?
 81 An praedoni detur?
 82 Contra quem detur?
 83 An contra heredes universales?
 84 An admittatur exceptionem recon-
 ventionis?
 85 Qua sint ejus requisita?
 86 Quae alia remedia pro recuperanda
 possessione dentur?
 87 Et quid de Jure canonico?
 88 Interdicta alia simplicia, alia duplicia.

SI materiam de Actionibus gem-
 mam, hanc de interdictis thesau-
 rum, si illam lumen scientiae, hanc
 solem jurisprudentiae, si illam partem,
 hanc totum pro condigno compellere
 possis, tanta nimirum interdictorum
 dignitas, utilitasque. Quapropter im-
 pigre, & alacriter huic insudandum
 materiae, haud aliter; quam si pro
 aris & focis decertandum foret. Prius
 tamen, quam ad ipsa interdictorum
 principia progrediamur.

Praemitto I. duplex in jure nostro
 reperiri judicium, puta, *petitorium*,
 & *possessorium*. Judicium petitorium
 est, in quo de sola proprietate, vel
 alio jure, v. g. piscandi, decimandi,
 collectandi, &c. disceptatur, extra
 possessionem, vel quasi, v. g. si actor
 petat, sibi fundum à reo restitui; quia
 jure dominus vel quasi dominus, ad
 se spectare, dicit; vel, si asserat, sibi
 competere jus piscandi, decimandi in
 illo fundo. Et hoc in casu actor de-
 bet probare dominiū, vel quasi, l.
 23. ff. de R. V. cujus probatio in ju-
 re dicitur difficillima. l. 12. Cod. de
 probat. aut jus piscandi decimandi sibi
 esse

esse constitutum. *Scheid. l. 1. h. c. n. 4. § 5. Chlingen. Inst. h. t. 4.* Judicium possessorium est, in quo de sola possessione rei corporalis, vel quasi possessione rerum incorporalium agitur, extra dominium, v. g. si actor non quidem dicat, fundum, quoad dominium, ad se spectare, aut sibi in eo venandi, decimandi Jus competere; sed tantum petat, ut vel adipiscatur possessionem rei, quam antea nunquam habuit; vel ut possessionem, in qua turbatur, quietam retineat; vel, si de possessione dejectus sit, illam iterum recuperet. *Scheid. loc. cit. n. 6.* ubi ait, hoc casu, non esse probandum actori dominium, sed solam possessionem, vel quasi, cujus facilis est probatio.

¶ *Premittit II. semper consultius esse, & utilius, intentare judicium possessorium, quam petitorium, l. 24. ff. de R. V.* Illis verbis: *h. qui destinavit, rem petere, animadvertere debet, an aliquid interdictum possit nasci possessionem; quia longè commodius est, ipsam possidere, & adversarium ad onera petitoria compellere, quam alio possidente petere;* ratio hujus est ista, quia, si actor vincat in judicio possessorio, tunc onus, probandi dominii, rejicit in adversarium, qui, si dominium, vel quasi per testes; aut instrumenta probare non possit, causâ cadit, tamen fors à parte rei dominium ad ipsum spectat, cum sæpè in jure non deficiat jus, sed tantum probatio, *l. fin. Cod. de R. V.* Deinde, hanc quoque ob causam consultius est, primò locò intentare judicium possessorium, quam petitorium; quia licet in possessorio succumbas, salvum tamen remanet petitorium, ita, ut hoc intentare possis, postquam in possessorio adversam tulisti sententiam: sententia enim lata in possessorio, non

generat exceptionem rei judicate in petitorio, *l. 15. §. fin. ff. de excep. rei jud.* Hinc est, quod in judicio possessorio plerumque per sententiam relinquitur petitorium. *Suring. observ. 4. n. 4. ibi: Der Beklagte &c. i. e. Reum esse ab hoc judicio ergà actores liberum: Si autem velint actores in petitorio rem persequi, licet eis id juxta juris ordinem facere.*

AD PRINCIP.

¶ *Q. in hoc principio, quid sint, & olim fuerint interdicta? Et respondet Imperator, olim interdicta fuisse nihil aliud, quam formas, & certas verborum conceptiones, quibus Prætor aut jubebat, aliquid fieri; aut fieri prohibebat, quod tunc maxime fiebat cum de possessione, aut quasi possessione inter aliquos contendebatur. Verùm, cum ista verborum solennitates in usu esse desierint, nec amplius de jure moderno referat, sub qua verborum forma interdicta intententur, idèò magis erit operæ pretium, ad laboris malleare incudem, quid hodie sint; & quomodo appositè definiiri possint interdicta? ubi præ aliis mihi arriidit Zoëflii accurata interdictorum descriptio, puta, quòd sint decreta, quæ Prætor facit super possessione, aut quasi, cum statuit, apud quem rei controversiæ inter duos debeat esse possessio interim, dum litigetur de proprietate. Brevius Perzinius definit interdicta, quòd sint actiones extraordinariæ de possessione, vel quasi, à Prætorè date.*

¶ *Dixi, super possessione, vel quasi; Ratio est, quia interdicta ad hunc præcipuè finem inducta sunt, ut vel acquiratur, vel retineatur, vel recuperetur possessio, abstrahendo, quis rei possesse dominus esset: erant enim veteres ita comparati, ut vel maxime*

contenderent de possessione, vel quasi, idè fortè, quòd beati sint possidentes; quoniam fructus eorum: ne ergo ad arma usque devenirent, priùs semper de possessione, vel quasi, quàm de proprietate cognoscebatur. *Manz. Inst. hic. num. II.*

cedunt, quamvis pleraque in re scripta. *Hiam. ad Treutl. vol. post disp. 25. th. I. lit. C.* Actiones verò sint aliæ reales, aliæ personales. IV. Actiones causam terminant; interdicta viam sternunt ad proprietatem, *Harp. loc. cit. num. 3 sequent.*

AD V. MAXIME.

§. SUMMA AUTEM. I.

6. Licet interdicta maximè, & principaliter locum habeant, quando de possessione, vel quasi est contentio, sunt tamen aliqua interdicta, in quibus non tantum super possessione, vel quasi, sed etiam super jure & proprietate rei questio est; sive (ut clariùs loquar) in quibus non sufficit, si quis probet, se possidere, vel prodesse; sed, si velit obtinere victoriam, necesse habet, ut dicat causam dominii, vel quasi, cur possideat? atque ita de jure suo docere cogitur, unde talia interdicta dicuntur continere rei persecutionem, seu causam proprietatis, quale est interdictum de mortuo inferendo, in quo actor debet probare jus, inferendi mortuum. Item, interdictum de aqua quotidiana, & æstiva, ubi non sufficit, si actor dicat, se esse in possessione, ducendi aquam de loco publico; sed necesse est, ut doceat, hoc jus sibi competere, vel à Principe concessum esse, *Schneid. n. 39. Harp. n. 70. 3 sequ. Schamb. hic.*

7. Porro, interdicta in multis differunt ab actionibus, præcipue verò I. Quòd actionibus petatur ipsa res propter jus vel ad rem, vel in re; interdictis autem principaliter petatur possessio, vel quasi. II. Quòd omnia interdicta sint Prætoria, non verò actiones, quorum aliæ Civiles, aliæ Prætorie. III. Quòd omnia interdicta sint personalia, quoniam ex delicto def-

Prima, quam Imperator summam, & præcipuam dicit, divisio interdictorum est, quòd alia sint prohibitoria, alia restitutoria, alia exhibitoria, *Text. hic. Prohibitoria* sunt, quibus Prætor vetat, aliquid fieri, quorum quatuor hic recensentur. Primum est, *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, sive (ut textus loquitur) quo vetatur, 3 prohibetur vim fieri sine vitio possidenti.* Dicitur autem sine vitio possidere, qui nec vi, nec clam, nec precario possidet. *Vi* possidere dicitur non tantum ille, qui rem violenter invasit, & possessorem de possessione expulit, sed etiam ille, qui armatà manu venit, & postquam possessor metu violentiæ fugisset, fundum vacuum occupavit, *l. 1. §. 28. ff. de vi 3 vi arm. Zoef. ff. uti possidetis. n. 2. clam* possidere dicitur, qui furtivè possessionem est ingressus, ignorante eò quem, sibi controversiam facturum, suspicabatur, *l. clam. 6. ff. de acquir. vel amitt. posses.* Ille verò, qui peregrè profectus est, & domi neminem relinquit; retinet possessionem civilem, & is, qui interea clam, seu furtivè possessionem fundi ingressus est, si revertentem dominum non admittat in possessionem, vi magis possidet, quàm clam, seu furtivè. *Brunem. in d. l. 6. n. 2. Precario* possidere dicitur, qui precibus ab altero impetravit, ut sibi possidere liceat, donec à concedente posses-

possessio revocetur, l. 2. Cod. ff. de precario Zoesl. loc. cit. Schamb. Inst. hic. Obliugens. Inst. h. t. q. 20. ob. 2. His præmissis, sequitur interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est.

10 *Casus.* Titius mihi debet mille florenos, quos, cum præfixo tempore non solveret, vocavi ipsum in iudicium. Ille trinâ vice, aut unâ peremptoria citatus, contumaciter eman- sit, & non comparuit. Hoc in casu possum petere, me immitti in possessionem bonorum ipsius Titii, cap. quoniam §. §. aliis & ut lite non contestata, &c. Fac ergo, ex primo decreto iudicis me in possessionem bonorum Titii immisissum esse; Titium autem temerè me impedire, ne fortè in possessionem perveniam, vel actu me immisissum turbare, vel omninò expellere. *Questionis* est, quomodo mihi consultum sit? Priusquam mentem aperiam, duxi, operæ pretium esse, ut duo præmittantur.

11 *Primum est*, quis dicatur contumax? & quæ sit poena contumaciæ? Contumax autem ille dicitur, qui, tribus edictis propositis, vel uno pro- tribus (quod vulgò peremptorium appellatur) citatus, non comparet in iudicio, & præsentiam sui facere recusat, l. 53. ff. de re jud. Paulò aliter contumacem describit, & fors magis practicè, Füsserwald. lib. 1. ob. 33. quòd sit ille, qui jus dicenti non obtemperat, nec, quod ipse voluit, agit.

12 Et hæc contumacia circa omnes iudicii partes, non tantum circa citatio- nem, versatur, verum etiam, si quis à iudice satisfacere, vel respondere ius sit, & satisfacere, vel respondere detrectet, vel non idoneè satisfacet, l. de etate §. nihil ff. de interrogat. Gail. lib. 1. ob. 80. n. 1. vel, si, juramentum præstare recuset, l. manifeste 38. ff.

de Jurejur. Poena contumaciæ de jure communi quæ sit? videre est ex cit. cap. quoniam. §. §. in aliis & ut, lite non contestata. & in Menoch. de arbitry. jud. lib. 2. cas. 365. De usu moderno circa poenam contumaciæ illud obser- vandum potiùs, quàm discendum esse respondet, May in suo Process. judicario p. 2. memb. 2. art. 2. De jure Austriaco quid obtineat? vide, Suttin- ger ob. 23.

13 *Secundum est*, quod duxi præmit- tendum, quid sit primum decretum? Primum decretum nihil est aliud, quàm mandatum iudicis, quò, ob contumaciam rei, actor in possessionem bonorum, custodiæ causâ mittitur, ut ea, pignoris vice detineat, donec reus veniat responsurus, l. §. l. 8. Cod. de bonis auth. jud. possid. Wesenb. in paratit. de dam. infectè. n. 2.

De consuetudine Austriacâ, hoc 14 primum decretum vocatur. Der Ansatz: Sutting. obs. 112. ibi: Der Ansatz wird zu Latein i. e. ... Ansatz dicitur latine primum decretum, quod conceditur octo elapsis diebus in mandato (Wahnungs-rathschlag) præmissis, cum clausula, nisi compareat. Modum autem, quomodo primum decretum mandetur executioni? Sutting. loc. cit. taliter explicat: Wann nun . . . i. e. Ubi autem quis primum decretum obtinuit, illud tradit accenso (dem Weisbotten) quem speciali instruit mandato certa quædam bona capiendi: hic autem utroque instrumento & quidem authentico instruitus, eò se confert quod missus est, ostenditque decretum primum, datque hujus ut & mandati exemplar: quo facto, abscondit è porta Castri, vel Domus iudicis in vico, vel Curia in Urbe, lapillum quadratum, in cuius locum, ceram rubram signatam ponit: lapillum autem appendit scripto executionis à se confecto.

¶ 5. Effectus primi Decreti potissimum in eo consistit, quòd taliter immissus consequatur pignus Prætorium. l. 2. *Cod. qui pot. in pig. hab. l. fin. Cod. de prætor. pig. l. 26. ff. pignorat. act.* ita, ut immissus ex primo decreto præferatur creditoribus chirographariis, & etiam illis, qui posteriori locò in possessionem bonorum immissi sunt. *Suttinger. loc. cit. n. 8. ibi: der ältere Ansatz gibt vor dem jüngern die Priorität.*

¶ 6. Secundum decretum, quod vernacula nostrà *Urlaub* vocatur, nihil est aliud, quàm mandatum judicis, quò actor, qui ex primo decreto immissus fuerat, veram possessionem aut etiam dominium, ob contumaciam, & moram Rei, acquirit, l. 7. ff. de damno infecto. *Wesensb. in parat. ff. d. i. num. 6.* Quomodo autem secundum decretum executioni mandetur praxis te, & usus docebit. Interim vide, ¶ *Suttinger. observo. 119. & seqq.* Effectus secundi decreti est, quòd tribuat veram possessionem, & dominium ita, *Dasz der Executions-Werber ... i. e. Ut qui executionem obtinuit bona secure retineat, possitque ea vendere, donare, pignorare, & quocumque modo alienare. Suttinger d. loc. cit. Schwartzenthal. process. jud. lib. 1. act. præ. 2. c. 7. Finsterwald. lib. 1. obs. 110.*

¶ 8. Jam in viam redeo, & ad statum questionis propositæ. R. Mihi consultum esse per interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, *text. hic. & in l. 1. ff. ne vis fiat ei, &c.* quod describitur, quod sit actio personalis, Prætoria, rei persecutoria, competens ei, qui permissu judicis ivit in possessionem bonorum, adversus impediendam, turbantem, vel expellentem, ad hoc, quanti interest actoris, se impeditum turbatum, vel expulsum non esse. *Manz. n. 18.*

Cui competat? I. competit ei qui ex primo decreto judicis, propter contumaciam Rei, in possessionem bonorum missus est. II. Ei, qui in possessionem, legatorum servandorum causa, missus est, l. 3. ff. d. t. Enim verò, si testator reliquit legata sub conditione vel in diem, tunc ista legata ante conditionem, vel diem extraneum peti non possunt. Interim tamen cavendum est ab hærede, de præstando legato, si conditio existat, & dies adveniat, *tot. tit. ff. ut legat. seu fideicom. nom. cav.* Quòd si hæres cavere renuerit, legatarius mittendus est in possessionem bonorum, l. 1. ff. *Ut legat. nomin. cav.* jam, si missus in possessionem turbetur, hoc ei interdictum competit. *Schneid. n. 18. III. Datur ei, qui ex causa damni infecti immissus est in possessionem ædium vicinarum, prout contingit, quando vicinus meus ædes ruinosas habet, & de damno infecto, cavere recusat, tot. tit. ff. de damn. infect. IV. Tandem omnibus competit, qui ex decreto Prætoris in possessionem missi sunt. Harp. n. 5. hic.*

Contra quem competat? Dic breviter 20 quòd competat contra illum, qui, venire in possessionem, impedit, vel immissum turbavit, vel omninò expulit. *Schneid. n. 32. Manz. n. 15.*

Quæ requirantur? Primò à parte 21 Actoris requiritur, quòd à Judice mittatur in possessionem bonorum. Secundò à parte Rei, quòd dolò ipsum impederit, turbaverit, vel dejecerit. Tertiò, quòd decretum Judicis, mittentis in bonorum possessionem tenuerit. Si enim fuit subreptitium, id est, dolò obtentum, fortè, quia actor petit, se ex falso debito immitti, vel quia fuit tale debitum, quòd exceptione potuit removeri, decretum ipso

Jure est nullum, quare prohibens immisionem, hoc edicto non tenetur, l. 1. §. *hac verba. ff. ne vis fiat ei, &c. Schneid. d. 25. Harp. n. 9.*

- 22 *Ad quid detur? Prætor in l. 1. ff. d. z. dixit, reum hoc casu teneri, quanti res est, quod JC. ita declarat, ut quanti scilicet interfuit creditoris, se turbatum, aut ejectum non esse, solvat turbans, vel vi expellens. Quod Schneid. n. 20. ita declarat: si debitum est magnum, puta, 100. Aureorum, & res, in quam creditor missus est, valeat tantum 20. tunc reus solvat 20. tantum. Si debitum est parvum, possessio vero multum valet, tunc prohibens solvat interesse, quanti scilicet creditoris interest, in possessionem non fuisse admissum. Stante hac explicatione, hoc interdictum videtur esse penale, adeoque annale tantum, l. 1. §. *hanc actionem. ff. ne vis fiat ei, &c. nec transitorium ad heredes, d. l. 1. §. 1. Zoesl. ff. eod. Ego optimam salvo, aliorum, melius sententium, judicio, opinor doctrinam esse, si statuatur, hoc interdictum simpliciter dari ad interesse, ut in effectu non differat ab actione in factum. Bryon. in d. l. 1. Mynsig. hic. n. 3.**

De Mortuo inferendo.

- 23 Pro pleniori intellectu nota, quod olim potuerit unusquisque inferre mortuum suum, quod vellet, & edificare sepulchrum; modo in suo fecerit sine alterius detrimento, & extra civitatem; propter factorem enim intra civitatem cadavera sepeliri non licuit, & sic locus per illationem cadaveris edificabatur religiosus, l. 2. §. 1. ff. de Relig. Manz. n. 20.

Quandoquidem autem hodie apud nos Christianos mortui non amplius

sepeliuntur in locis privatis, sed in Ecclesiis, vel cœmeteriis, ideo hoc interdictum, saltem directum, locum non amplius habet, si tamen defectus quis prohibeatur, poterit etiamnum hodie utiliter postulare interdictum ad imitationem antiquitatis. Manz. hic.

Ne quid in loco sacro fiat.

Tertium interdictum prohibitorium²⁴ Juris Divini est; prohibet enim aliquid fieri in loco sacro, tendens ad deformitatem, & incommoditatem istius loci. Hoc interdictum datur cuilibet de populo, l. 10. Cod. de Episcop. & Cleri. adversus eum, qui aliquid in loco sacro vult facere, deformitatem, aut damnum inferendo, l. 1. ff. *ne quid in loco sacro fiat.* ad hoc, ne edificet, aut, si jam factum est, ut ædificatum destruat, & sic respectivè est restitutorium, arg. l. 2. §. 19. ff. *ne quid in loco publico fiat.* Illud adhuc notandum, quod hoc interdictum non tantum ad res & loca sacra se extendat, sed etiam ad loca sancta, l. 2. ff. *ne quid in loco sacro*, ubi dicitur: *in muris; itemque portis, & aliis sanctis locis aliquid facere, ex quo damnum, vel incommodum irrogetur, non permittitur. Schu. n. 50. Schamb. hic.* Illud certum est, per loca sacra non intelligi sacrarium, id est, locum, ubi sacre res reponuntur, l. 1. §. 1. ff. *ne quid in lo. sacro. Harp. n. 15.*

Ne quid in flumine publico, ripaque ejus fiat, quo pejus navigetur.

Quartum hoc est interdictum prohibitorium. Habebat autem locum in eo casu, quando quis vel molendinum, vel aliquid aliud extrucebat juxta flumen, ita, ut navigatio deterior

feret. Quòd si defactò aliquid extractum sit, hoc interdictum est restitutorium, competens ad hoc, ut, si quid jam factum sit, tollatur, & in pristinum statum reponatur. *Manz. num. 40.*

Cùm hoc interdictum ad publicam utilitatem pertineat, ideò etiam cuilibet de populo datur, *lib. 1. §. 9. ff. ne quid in flumi. public.* Requiritur autem; ut locum habeat, quòd flumen sit publicum, & perenne, quod perpetuò currit; secùs, si sit privatum; & torrens, *l. 1. §. 3. ff. eod.* Secundò requiritur, quòd per tale ædificium impediatur navigatio, vel damnum ali-quod vicinis inferatur, *Schneid. n. 54.* ubi declarat illud dubium, an in parte superiori fluminis liceat molendinum ædificare, si aliquis alius in parte inferiori molendinum habeat. Sed de hoc dubio, *in tit. de R. D.* diximus.

Secunda species interdictorum est, quòd quædam interdicta sint restitutoria, quibus Prætor jubet, aliquid restitui, quorum duo enumerat Imperator, putà, interdictum, unde vi, & interdictum, quorum honorum de quibus infrà suò locò.

Tertia species interdictorum est, quòd quædam interdicta sint exhibitoria, quibus Prætor jubet, exhiberi res, aliquando verò personas. De Interdictis, quibus Prætor jubet, res exhiberi, hic non agitur, sed in *ff. & Cod. de tabul. exhib.* Hic verò de interdictis, quibus Prætor jubet, personas exhiberi, agitur; & illorum duo occurrunt, puta de libero homine exhibendo. Interdictum de libero homine exhibendo est illud, dum jubet Prætor, exhiberi eum, de cujus libertate agitur.

Potest autem esse hujus interdicti iste casus: liber homo detinetur, tanquam

servus, tum Prætor jubet eum exhiberi, ut constare possit, an sit liber, nec ne? Unde *definitur*, quòd sit interdictum exhibitorium, perpetuum, quod datur cuilibet, favore libertatis, *l. 3. §. 9. ff. de hom. lib. exhib.* adversus eum, qui dolo hominem liberum detinet invitum, *l. 1. Cod. h. t.* ut in publicum producatur, seu extra secretum proferatur, *l. 3. §. ait prætor. ff. de homine libero exhib.* & libertate suâ fruatur. Dixi autem, *l. dolo*, unde contra parentes non datur, *d. l. 3. §. 2. & 4.* nec contra eum, qui captum redemit, & redemptum à se detinet, *d. l. 3. §. 3.* cùm, pignoris locò, habeatur, *l. 2. Cod. de postlim. revers.* Dixi II. *Hominem liberum*: quia is, qui liberum, quem bonâ fide, tanquam servum emit, detinet, non tenetur hoc edicto, cum certum non sit, an sit liber, *l. 5. Cod. de libero hom. exhib.*

Dixi III. *Invitum*, quia volenti non sit injuria, *l. 1. §. filii ff. de injur. Manz. n. 96.*

Secundum interdictum exhibitorium, est de libertate exhibendo, quod ad similitudinem prioris interdicti inductum est, datur autem Patrono adversus eum, qui suum libertum detinet ad hoc, ut eum exhibeat. *Schamb. hic.* Generaliter denique notandum, quòd, ubicunque quis prætendit, se habere aliquod jus reale in persona detenta, ut in Vassallo, Monacho; &c. detur ei interdictum pro illa persona exhibenda. *Schneid. n. 58.* Hinc,

Tertium interdictum, de liberis exhibendis, datur patri, habenti liberos in potestate, *l. 1. §. 1. ff. de lib. exhib.* adversus eos, qui liberos ejus invitos detinent, ut exhibeantur; & patrie restituantur potestati. Unde patet, I. Quòd Matri non competat; sed datur ei

ei interdictum, de libero homine exhibendo. II. Quod non detur contra eum, penes quem filius sponte manet, *l. fin. ff. de liber. exhib.* vel causa sit, cur maneat; veluti apud Matrem, *l. 2. Cod. divort. facto apud quem, &c.* vel filia nupta apud Maritum maneat, *l. I. §. fin. ff. de lib. exhib. Schamb. hic.*

§. SEQUENS. 2.

Alia interdictorum divisio à fine de-sumpta est, nimirum, quod quædam interdicta *adipiscende*, quædam *retinende*, quædam *recuperande possessionis causa*, comparata sint. In primo agitur ad hoc ut illam possessionem, quam nunquam habuimus, acquiramus. In secundo ad hoc, ut conferremus possessionem, quam jam habemus, & in qua turbamur. In tertio, ut possessionem amissam, quam habuimus, & amisimus, recuperemus.

§. ADIPISCENDÆ. 3.

Interdicta, adipiscendæ possessionis, hi duo enumerantur, puta, *quorum Bonorum*, & *Salvianum*. quibus ego tertium adjiciam, quod vocatur *quorum Legatorum*.

DE INTERDICTO, QUORUM BONORUM.

Antequam casum hujus interdicti, figuremus, observandum est, duplices in jure nostro hæredes dari. Aliqui enim de jure civili ad successiorem defuncti vocantur, & hi propriè nominantur hæredes. Aliqui autem ad successiorem perveniunt de jure prætorio, & hi appellantur bonorum possessores, de quibus, vide *lib. 3. tit. 10. de Bonor. posses.* Interim sequitur *Casus*: Mortuo Titio, petit successor ejus, Sempronius v. g. filius emanci-

patus (qui de jure prætorio tantum vocatur ad successiorem, *arg. §. 3. Inst. de exhæred. lib.*) ut sibi à Prætorè decerneretur bonorum possessio, sive ex Testamento, sive ab intestato. Prætor ei bonorum possessionem decrevit; verum, hoc non obstante, cum Sempronius bona defuncti ex decreto Prætoris vellet occupare, advertit, quod ex rebus hæreditariis varias res possideret Cajus. Quem cum interpellaret, ut res illas restitueret, respondit: se etiam hæredem esse defuncti Titii, quod tamen probare non potest, & tamen, res hæreditarias restituisse, recusat. Quæstionis est, quomodo Sempronio contra Cajum provisum sit? *R.* Per interdictum quorum bonorum.

Quod *Definitur*, quod sit interdictum, adipiscendæ possessionis, competens ei, cui decreta est bonorum possessio, adversus eum, qui bona illa pro hærede, vel pro possessore possidet, ut possessionem per decretum Prætoris adipiscatur.

Cui competat? Hoc interdictum duplex est, *directum*, & *utile*. Illud utpote ex verbis legis descendens, datur bonorum possessori, seu hæredi ex Jure Prætorio. Hoc, utpote ex mente legis futurarius, datur hæredi ex jure civili, nulla facta differentia, ex testamento: an ab intestato succedant? *Manz. Schneid. & Harp. hic.*

Contra quem competat? Datur I. 32 contra possidentem pro hærede, hoc est, qui contendit, se esse hæredem, cum tamen hæres non sit, sive bona, sive mala fide talem se esse contendat, *l. II. ff. de hæred. petit. II.* Contra possidentem pro possessore, qui non contendit, se hæredem esse, sed defacto tantum possidet, & interrogatus nullum alium possessionis titulum

potest allegare, nisi, quia possideo. Illud non refert, totam hæreditatem, sive partem, sive rem etiam minimam reus possideat; quod enim de hæreditatis petitione diximus, idem hic dicendum, puta, quod non à re petita, sed à Jure, quod hæres habet, hoc interdictum metiamur. *Struv. exercit. 45. th. 81.* Contra titulo possidentem, sicut non hæreditatis petitio: ita nec hoc interdictum datur; ratio est eadem, quæ in petitione hæreditatis, ad hoc ut actor vincat reum, debet is se fundare in Jure potentiori; quam habet reus, alia in pari causa melior est conditio possidentis, *cap. 65. de R. J. in 6.* Sed in hoc interdicto actor se fundat in titulo hæredis, qui tamen non est verus titulus, aliàs hoc interdictum non daretur contra possidentem pro hærede; reus autem in titulo v. g. emptionis, & Jure possessionis, se fundat; ergò hic debet esse melioris conditionis. *Schneid. n. 13. § segg.*

33 *Que requirantur?* Ut hoc interdictum locum, habeat, requiritur I. à parte actoris, quod sit hæres ejus, cujus bona petit, de Jure prætorio, vel de Jure civili. Ex testamento, vel ab intestato. In totum, sive pro parte. II. Quod actor antea non habuerit possessionem rerum, pro quibus hoc interdictum intentat. Est enim hoc interdictum, adipiscendæ possessionis, ideo, si quis semel adeptus est possessionem, & eam amiserit, hoc interdictum ei non datur, sed interdictum, unde vi, quod, recuperandâ possessione amissâ introductum est, vel etiam rei vindicatio, sicut de petitione hæreditatis diximus. Estque ratio; quia hoc interdictum, & petitio hæreditatis dantur pro rebus hæreditariis; sed, si quis semel apprehendit res hæreditarias, adeundo scilicet

hæreditatem, non dicantur amplius res hæreditariæ, sed proprium patrimonium ipsius. Quod, pro renuntiantibus hæreditati paternæ, diligenter notandum est. Fac enim, filiam acceptâ dote, renuntiasse, mediante Juramento, hæreditati paternæ, *juxta cap. quamvis 2. de pact. in 6.* si postea post mortem patris soli filii succedant, exclusâ filiâ; deinde verò unus ex filiis decedat, licet hic nulla alia, quam paterna bona relinquat; tamen soror ad ipsius successionem admittenda est, non obstante renuntiatione. Hæc enim, cum ut stricti Juris, strictè quoque interpretanda est. Sed soror non fraternæ, sed paternæ hæreditati renuntia- vit. Et bona illa paterna, ad filium delata, post additionem hæreditatis non amplius dicuntur res paternæ, sed proprium patrimonium ipsius fratris. *Sbneid. n. 27.*

A parte Rei requiritur. I. Ut rem hæreditariam possideat sine titulo, vel dolo possidere desierit, *arg. l. 1. ff. de acquir. vel amitt. poss.* II. Ut res sint corporales; pro incorporalibus enim hoc interdictum non datur, *l. 2. ff. de R. V.* III. Ut res, quæ per hoc interdictum petuntur, fuerint in bonis ipsius defuncti. Sive per eum tempore fuerint possessæ, sive non, *l. 1. ff. h. t. res enim in bonis esse dicitur, quoties, eam possidentes, exceptionem amittentes, actionem habemus, l. 52. ff. de A. R. D.*

Dices: Hæredi competit petitio hæ-34
reditatis; ergò interdicto, quorum bonorum, opus non habet. *R.* Commodius esse hæredi, hoc interdictum intentare, quam petitionem hæreditatis; hanc enim, qui movet, plenè & liquide probare debet, se esse hæredem, & bona, quæ petuntur, fuisse hæreditaria, vel saltem possessa, & detenta à
de-

defuncto. Sed in interdicto, quorum bonorum, cum sit modici præjudicii, sufficit summaria probatio, quæ simpliciter, vel præsumptivè concludat, *Schneid. n. 45.* Deinde, petitio hæreditatis tendit non ad possessionem tantum, sed etiam, ut Jus declaretur, ac dominium; quamvis convenient quòd utrumque Judicium sit universale. *Schamb. hic.* Interdicto, quorum bonorum, affine est remedium ex, *l. fin. Cod. d. edit. D. Hadrian tollend.*

35 quo hæres, testamento scriptus, illud, nullo visibili signo laborans, producens, & missionem postulans in possessionem omnium rerum hæreditarium, quæ tempore mortis testatoris fuerunt, mittitur à Judice, summam causam cognoscente, *d. l. fin.* Differt tamen hoc interdictionem à remedio, *d. l. fin.* quòd in interdictione opus sit probatione summariâ, semiplenâ ac præsumptiva. In remedio autem, *d. l. fin.* nihil requiritur, nisi testamentum primâ figurâ, nullo laborans vitio. *Struv. ad ff. lib. 43. tit. 2. Exercit. 45. th. 19. Zoef. ff. quorum bonorum. n. 6.*

DE INTERDICTO, QUORUM LEGATORUM.

36 Casus: Testator in testamento sua varia legata fecit; legatarii res legatas, citra hæredis voluntatem, propria auctoritate occupant. Hæres ex postfacto dubitat, num salvam habeat Falcidiam? & ea propter, ut calculum conficeret, petit, sibi res legatas, & à legatariis propriâ auctoritate occupatas, restitui; legatarii id detrectant.

37 *Questionis* est, qualiter hæredi consultum sit? *R.* Per interdictionem, quorum bonorum, quod *Deficitur*, quod sit interdictionem, adipiscendæ possessionis, quo agit hæres, post aditum hæ-

reditatem, contra legatarium, ut possessionem rei legatæ, quam non ex voluntate ejus, sed propria auctoritate occupavit, restituat in majorem legis Falcidie auctoritatem, *l. 1. §. 1. C. 2. ff. b. t. Struv. ad ff. lib. 43. tit. 3. th. 24.*

Cui Competat? Cui, & adversus quem hoc interdictionem competat, ex ipsa tradita definitione quisque possit conjicere; ubi tamen nihil interest, num de Jure prætorio, num de Jure Civili quis hæres sit? num ex testamento, num ab intestato, *l. 1. §. 2. & 3. ff. juncta l. un. Cod. quorum legat. semper enim militat eadem ratio; ut nimirum coerceatur legatariorum, sua manu, & propriâ auctoritate sibi jus dicentium, audacia. Harp. n. 68.*

At, an contra tertium possessorem hoc interdictionem competat? Non una omnium est sententia. Dic, quòd interdictionem, quorum legatorum sit actio in rem scripta, ita, ut adversus tertium quoque possessorem, qui causam habet à legatario, competat, *l. 1. §. 13. ff. quor. legat. l. 9. §. 8. l. 14. §. 2. ff. quod met. caus. Menoch. remed. 2. adipiscend. n. 27. Bachov. ad Treutl. hic. th. 2. lit. A.*

Dices I. Dolo quis petit, quod mox restitutus est, *l. 137. n. dolo. ff. de R. J.* quomodo ergo poterit hæres rem legatam à legatario repetere; cum tamen eam mox teneatur restituere? *R.* Dictam regulam fallere quando interest actoris, rem sibi restitui, uti in nostro casu interest hæredis, ut res ablata ei restituatur propter Falcidiam, quam hæres volebat deducere, & deducere non poterat, cum totum legatum à legatario esset occupatum. *Schneid. mun. 5.*

Dices II. Nunquid legatarius, rem legatam propriâ auctoritate occupans, amit-

amittit ejus dominium? *arg. l. 7. Cod. Unde vi.* Ubi dicitur, quod occupans rem alienam, in quam sibi quis jus (ait) competere, perdit omne jus suum, & occupans rem propriam, apud alium constitutam, priusvetur ejus dominio. *R.* Legatarium, occupando rem legatam propria auctoritate dominium ejus non amittere. Ratio, quia, *cit. l. 7.* loquitur de eo casu, quo quis occupat rem alienam, aut propriam hæreditatem, penes alium tamen constitutam, ita, ut possessionem apprehendat. In nostro autem casu, ante aditam hæreditatem legatum est in nullius possessione; hæreditas enim jacere dicitur, nemini igitur possessionem auferre censetur, & ea propter mitius tractatur. *Schneid. loc. cit.* Quod si, post aditam hæreditatem, legatum occupaverit legatarius, cadit jure legati. *d. l. 8. §. l. 13. ff. quod met. caus. Schneid. d. lo.*

DE INTERDICTO SALVIANO.

39 Casus. Ego locavi Titio meam domum, in quam varias res intulit (quas diximus, *tit. 6. de act. n. 72.* pro pensione annua locatori tacite esse obligatas) Titius, non soluta mercede annua, res suas incipit paulatim exportare, clam vendere, donare, & distrahere, ita, ut nihil amplius habere incipiat, unde mercedem solvat. *Quæstionis est,* quomodo mihi consultum sit? *R.* quod mihi hoc in passu competeret actio Serviana, per quam avocare possim à quocunque possessore res, tacito nexu pignoris mihi obligatas, prout latè diximus, *tit. 6. de Action. n. 67. §. seqq.* Verum, cum actio Serviana sit judicii petitorii, & actorem gravet onere probandi, rem in bonis conductoris fuisse, ideo actori

datur interdictum Salvianum, quod intentare est longè consultius, siquidem in eo actor aliud nihil probare debet, nisi, quod res illatæ, & invecatæ sint in prædium conductum, non attento, num inferentis fuerint, nec nè. *Manz. n. 9. §. 10. Schneid. n. 3.*

Definitur interdictum Salvianum, quod sit, adipiscendæ possessionis, quod competit locatori, pro adipiscenda possessione bonorum, à conductione in prædium conductum illatorum, & invectorum, nec non pro pensione, deterioratione rei locatæ obligatorum. *Schneid. n. 4.*

Cui, & adversus quem competat interdictum Salvianum? vehementer variant DD. dic breviter, quod datur omnibus, & contra omnes, quibus, & contra quos datur actio Serviana, de qua vide, *tit. 6. §. 7. sup. de actio.*

Dubitatur: an contra extraneum datur? Res dubia redditur per duos textus, qui prima fronte inter se collidi videntur. Quos ut in concordiam reducas, dic, præfatum interdictum duplex esse, *directum, & utile.* Illud solummodo competit contra conductorem, *l. 1. vers. tantummodo Cod. de precar. §. Salv. interd.* Hoc contra extraneos etiam competit, *l. 1. §. 1. ff. Salv. interd. Zoef. ff. eod. Schneid. hic. Fach. lib. 8. cont. 92. Hum. ad Treutl. vol. 2. disp. 25. th. 2. q. 30.*

Ad quid competat? Datur duntaxat ad hoc, ut locator adipiscatur possessionem earum rerum, quæ expressè, vel tacite actori obligatæ sunt, sive debitor eos possideat, sive ad alios transtulerit. *Schneid. §. Harp. hic.*

Porro, an cæteris creditoribus, habentibus expressam hypothecam, interdictum quasi Salvianum competat? in varias opiniones abeunt DD. Sunt, qui

qui doceant, quòd sic, ex ratione, quia (inquirunt) cui competit actio Serviana, vel quasi Serviana, ei datur interdictum Salvianum vel quasi tale; ergò, cum quasi Serviana alias creditoribus pro expressâ hypothecâ competat, dicendum utique erit, quasi Salvianum ipsis interdictum competere. Ita *Wesfen. in paratit. de Salvo. interdict. n. 3.*

Verùm, negativa longè est veritati propior ex hac sola, & solida ratione; quia nullus *textus* in jure est reperibilis, qui creditoribus, expressam hypothecam habentibus, quasi Salvianum interdictum præbeat. *Mench. ad ipis. remed. d. n. 21. Harp. n. 57.*

Ad rationem dubitandi *℞.* Verum quidem esse, quòd, cui competit Serviana, ei competat Salvianum interdictum. At hoc falsum est, quòd, cui competit quasi Serviana, ei competat quasi Salvianum: illud enim legibus firmatur, hoc non etiam.

§. RETINENDÆ 4.

Absolvimus interdicta, adipiscendæ possessionis: recto ordine subjiciuntur interdicta retinendæ possessionis, quibus ad hoc agimus, ut possessionem, quam semel adepti sumus, si fortè in illa turbemur, retineamus. Hujus generis hic duo proponuntur, puta, *uti possidetis, & ut rubi.*

44. *Casus interdicti, uti possidetis.* Titius possidet aliquam dynastiam, in qua cum fructus vellet colligere, uvas præcidere, feras venari, decimas percipere, semper impeditur, vel turbatur à Cajò, quo minus quietè uti possit suâ possessione. Quæstionis est, quomodo Titio contra Cajum de jure prospectum, & consultum sit? *℞.* Titio consultum esse per interdictum *uti possidetis*.

℞. ad Institut.

deti, quo possessor agit contra turbantem. I. ad hoc, ut possessionem quietam retineat. II. ut reus in futurum non turbet. III. cautionem præstet de ampliùs non turbando, & IV. interesse præteritæ turbationis præstet, fructusque perceptos restituat. Quæ verba in decursu exactius rimabimur. Hic autem divisionem interdicti, uti possidetis, juvat inseruisse.

Itaque *Dividitur I. in directum, & 45* *utile.* Illud est, quod pro possessione rerum corporalium competit, hæ enim, propriè possideri, dicuntur, *l. 3. ff. de acq. poss.* hoc est, quod pro tuenda, quasi possessione rerum, & Jurium incorporalium datur, *l. 1. §. 1. fin. ff. eod. Schneid. n. 3. Bartol. in d. l. 2. mun. 5. Fünsterwald. lib. 1. ob. 11. mun. 14.*

Dividitur II. In ordinarium, & ex-46 *traordinarium seu summarium.* Ordinarium illud dicitur, in quo, servatò Juris ordine, proceditur, & principaliter atque absolutè de possessione partium disceptatur, plenæque probationes admittuntur. Summarium, sive extraordinarium illud appellatur, in quo, nullo servatò Juris ordine, tempestivè, & summaris proceditur, ne lite, dico, pendente partes ad arma veniant. Vocatur etiam momentaneum; 47 quia sententia, in eo lata, non perpetuum, sed momentaneum, & ad tempus præjudicium affert, idque reparabile, quod in possessorio ordinario reparari possit; & interim, aut fiduciaria, aut depositaria possessio, aut provisionale remedium vocatur in quo probationes imperfectæ, & semiplene (quia modici præjudicii est) recipiuntur. *Gail. l. obf. 7. per totam, Suttinger obf. 3.* ubi varios casus recenset, in quibus solet summaris procedi. Vide etiam, *Struw. Exercit. 45. ib. 172. lib. 2.*

lib. 2.

X x x

C

48 *Cui competat?* Quandoquidem interdictionum, uti possidetis, pro retinenda possessione datur, ideo præsupponitur, illud possessori tantum dari: sed, cum diversæ sint species possessorum, ideo datur I. Possidenti civiliter tantum, si in sua possessione turbetur. *Gloss. in l. ult. ff. uti possidetis.* Sic proprietarius dominus emphyteuticos, dominus feudi, & is, cujus bona in ipsius absentia sunt occupata, non dicuntur naturaliter possidere; sed tantum civiliter; eò videlicet, quia istum conatum animi in mente retinent, ut possessionem naturalem aliquando recuperent. Quòd si tamen in hac civili possessione turbentur, succurritur iis per hoc interdictionum. *Schneid. n. 14. Harp. n. 4.* Fac etiam, quòd locator aedes suas reparare velit, & conductor ipsum impediatur, hoc quoque interdictionum locum habebit. *Exercit. 45. th. 118. lit. E.*

Datur II. Naturaliter possidenti tantum, v. g. Vasallo, Emphyteutæ, Usufructuario. Ratio; quia his datur interdictionum, unde vi, ad recuperandam possessionem amissam, *l. si plures 2. §. 9. ff. uti possidet.* ergò multo magis competet iis hoc interdictionum: uti possidetis, cui enim damus impugnationem, multo fortius dabimus defensionem, ut ait *Azor in summar. Cod. eod. tit. n. 6. Schneid. loc. cit. num. 15.*

Datur III. Possidenti naturaliter, & civiliter simul, ex ratione evidenti, si enim hoc interdictionum experiri ille potest, qui unam duntaxat speciem possessionis habet; cur id non possit ille, qui plene possessioni innitur, *l. 1. §. 1. ff. uti possidet,* ubi possessori absolute hoc interdictionum datur, sed possessor (absolute loquendo) intelligitur esse ille, qui est possessor plenus

utraq; simul possessione munitus; ergò possidenti utraq; possessione hoc interdictionum, vel maxime competit. *Barthol. in d. l. 1. n. 1. scilicet. in §. 4. Inst. hic.* Illud non refert iuste, an iniuste quis possideat. Ratio, quia illius tertii turbantis nihil interest, & possidens, eo ipso, quòd possideat, plus Juris habet, quàm ille, qui non possidet, *l. 2. ff. uti possidet.* adeoque, quoad tertium iustam possessionem habere dicitur. *Gloss. d. l. 2. eique vulgatum illud obijcere poterit: quoad te liberæ aedes habeo. Harp. num. 5. Schneid. n. 37.*

Quod tamen verum est, nisi iniustam possessionem ab illo habeat, contra quem hoc interdictionum vult experiri; nam, si à tali possideat vi, clam, vel precario, hoc interdictionum destituitur per *text. apert. l. 1. §. ult. ff. Et l. 2. ff. uti possidet.* *Harp. Et Schneid. loc. cit.*

Q. An interdictionum modo Detentori datur, v. g. Commodatario, Depositario, Conductori, Colono? &c. *Affirmativa* his fundamentis nititur *l. 1. §. quod autem 33. ff. de vi, Et vi armat.* Ubi Interdictionum unde vi datur pro rebus depositis, commodatis, pignoratis, & in quarum possessionem custodia causa, missio facta est; & tamen depositarius, commodatarius, &c. detinere dicuntur; ergò si his datur interdictionum, unde vi, dabitur quoque interdictionum, uti possidetis.

II. l. 1. §. fin. Et l. 2. ff. uti possidet. ubi violento possessori hoc interdictionum datur; ergò multò magis detinenti legitime, cum legitimo detentori Jura plus faveant, quam violento possessori, *l. 4. ff. quod vi aut clam.*

III. per, l. 1. §. si tibi 11. ff. de liti. acti. que privat. ubi ei, qui usus est

est tantum servitute aliquâ, puta, colono, datur interdictum de itinere actûque privato; ergò etiam dabitur interdictum uti possidetis, cum aliunde magnam habeant similitudinem.

Verum his non obstantibus sententia negativa communior est, & probabilior, eamque suo patrocinio dignantur, *Humm. vol. 2. disp. 23. q. 39. Bach. ibidem lit. d. Sc. Harp. mon. 6. hic. Schneid. n. 33.* Probatur per text. *evident. l. si duo 3. §. creditores 8. ff. uti possid.* ubi creditoribus in possessionem rei servandæ causa missis non conceditur hoc interdictum, uti possidetis: atqui certum est ejusmodi creditores bona debitoris detinere; ergò detentoribus, qui non possident, hoc interdictum non dabitur. Deinde facit ratio conspicua; quia interdictum, uti possidetis, præsupponit possessionem, at verò detentio nuda non est possessio, licet quidem possessio detentio sit, sed non omnis detentio est possessio, *l. 9. ff. d. R. V.*

Non obstat primum, quoniam ibi principaliter pro recuperanda possessione rerum immobilium interdictum unde vi proponebatur, ac in consequentiam, & accessorie in eo res dispositæ, commodatæ veniebant. *Schneid. loc. cit.* Fac enim quemque à possessione rei immobilis per vim dejectum, & simul per talem dejectionem ablatam esse, vel corruptam rem depositam, vel commodatam. Hoc in casu intentatur principaliter interdictum, uti possidetis, ad hoc, ut in possessionem restituatur; principaliter verò, & in consequentiam etiam petitur restitutio, aut reparatio rei depositæ. *Harp. numer. 10.*

Non adversatur secundum; etenim violentus possessor, tamen iniuste possideat, verè tamen possidet, non deti-

net, ut adeò Prætor detentorem tueri in possessione non possit, cum nullam habeat. *Schneid. loc. cit.*

Non denique refragatur tertium; nam huic satisfacit, *Harp. n. 21. reponendo ex l. 3. vers. dare ff. de usufr.* ubi expressum est, usum in corporalibus præ traditione haberi, & quasi possessionem inducere: quod si ita sit, sequitur suâ sponte, in *cit. l. 1. §. si tibi 11.* interdictum non ei dari, qui nudus est detentor, sed quasi possessori; quoniam illa usus eum quasi possessorem constituit aliter. *Humm. loc. cit.* Sanè quamvis nudi detentores remedio interdicti uti possidetis delinquantur, possunt tamen aliis remediis ita, puta, actione in factum, actione injuriarum, vel actione causâ, vel officio Judicis, vel interdicto, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est &c. *Schneid. loc. cit. n. 33.*

Contra quem datur? Datur hoc interdictum uti possidetis, contra eum, qui alium in possessione quovis modo turbat, possessionisve controversiam facit. Nec refert in possessione naturali tantum, vel civili simul, vel etiam in quasi possessione Jurum incorporalium, v. g. servitutium, Jurisdictionis &c. quis turbetur, *l. fin. §. uti possid.* Datur etiam hoc interdictum saltem utile adversus eum, cujus jussu vel mandato turbatio facta est, *l. 5. §. 8. Sc. l. 11. §. 6. ff. quod vi aut clam. Harp. numer. 23.*

Pro quibus rebus competat? Habet locum isthoc interdictum non tantum in rebus corporalibus immobilibus, sed etiam in incorporalibus, veluti Juribus, & servitutibus. Sic si turbor in servitute alius tollendi, in Jure decimandi, vectigalia recipiendi, aut in Jure eligendi &c. non est dubium, quòd utile saltem hoc interdictum

contra turbantem intentare possum. *Schneid. n. 7. § 8.*

Non *obstat*, quòd interdictum uti possidetis, detur pro tuenda possessione; possessio autem in res incorporales non cadat, *l. 3. ff. de acquir. poss.* licet enim in res incorporales non cadat vera possessio, cadit tamen quasi possessio, *l. 10. ff. si servit. vind.* ut propter hanc quasi possessionem utile hoc interdictum pro rebus incorporabilibus applicetur, *l. fin. ff. de servit.* Minus *adversatur*, quòd de servitutibus propria interdicta constituta sint, veluti de itinere, de actuque privato, de aquæ ductu, de fonte, de rivis, de cloacis, siquidem in Jure non infrequens est, de eadem re plures dari actiones. Si pro commodato rei vindicatio, & actio commodati datur. Deinde licet aliquæ servitutes suas proprias actiones habeant, non tamen sequitur, de nulla re incorporali hoc interdictum dari.

51 *Quæ requirantur, ut hoc interdictum competat?* Ex dictis haud difficile est adornare hujus interdicti *requisita* I. enim à parte actoris desideratur possessio de præsentis. Unde etiam interdictum retinendæ possessionis dicitur, ut quis retineat possessionem quietam. Et si hoc interdictum possessorium contrariam naturam habet cum petitorio, sive rei vindicatione, utpote quæ non competit habenti possessionem, sed contra possidentem datur, *l. un. Cod. de alien. jud. mut. causa facta.* Ex his *infertur*, quòd laico dicenti se possidere res sacras vel religiosas hoc interdictum non detur; quia tales res à laico possideri non possunt, *l. 30. §. 1. ff. de acq. vel amitt. poss.* II. Requiritur ex parte actoris, ut non habeat possessionem vi, clam, vel precario ab ipso reo, contra quem hoc interdictum

intentat. Secus est, si actor ab alio possessionem habeat vi, clam, aut precario. Hoc enim casu reus non poterit excipere de Jure tertii, *l. 1. fines ff. uti possid.* & poterit actor replicare, dicendo: quoad te liberas rædes habeo, *lib. 4. §. 4. ff. si servit. vind.*

A parte rei requiritur *Turbatio*; turbare autem dicitur aliquis multiplici modo, putà, si quis non sinit possessorem eo modo possidere, quo possidet, sed ipsum impedit vel fodiendò, vel arandò, vel ædificandò, vel eundò, vel alio denique modo, quorum 28. enumerat *Humm. ad Treutl. vol. 3. disp. 24. Q. 41.* quos omnes in medium ponere longum foret. Tu regulam cape, quòd toties quis dicatur turbari in possessione, vel quasi, quotiescunque impeditur aliquis actus, per quem actum probatur possessio, vel quasi, *Schneid. num. 40.*

Quid actor probare teneatur? In hoc² interdicto uti possidetis tenetur actor duo probare, puta, possessionem tempore litis contestatæ ex parte sui, & turbationem ex parte rei, *text. hic.* tertium autem requisitum, quod non vi, clam, vel precario rem à reo possideat, præsumitur, ita ut reus hæc proponens probare teneatur, cum reus in exceptione fiat actor, *l. 1. ff. de except. Schneid. n. 44.*

Q. qualiter possessio probetur? R.⁵³ ex eo quòd quis perceperit fructus de illo fundo; ex fructuum enim perceptione probari possessionem, statuit, *l. Pomponius. ff. quib. mod. ususfr. amitt.* Secundò, si quis probet, arasse, seminasse, vel agrum coluisse, *Gloss. in l. 3. Cod. fin. regund.* III. si quis probet recepisse pensionem propter fundum, vel domum, *l. 77. ff. de R. V.* IV. Probatur etiam possessio ex solutione, & exactione collectæ, quòd vide-

videlicet Jus competat. V. Denique, possessio rei corporalis probatur per actualem insistentiam rei, habitationem, deambulationem &c. & tales plures modos; quibus possessio probatur, recenset *Menoch. reined. 3. de retinend. poss. n. 561.* & *Schneid. n. 56. & seqq.*

Dixi possessionem tempore litis contestatae, ubi tamen communiter obtinet, sufficere etiam, si actor probet, se possedisse rem immobilem modico tempore, ante litem contestatam, allegando se adhuc possidere; licet enim tunc testes de possessione praesentis temporis nihil deponant, tamen obtinebit actor, quia possessio semel apprehensa solo etiam animo retinetur, §. *possidere 5. h. s. unde & continuata praesumitur, l. 6. Cod. de probat.* ita, ut reo dicenti actorem amisisse possessionem, incumbat onus probandi. *Hofsiens. in cap. cum ad sedem 15. de resp. spol.*

54 Ad quid competat interdictum, uti possidetis? R. Ad quatuor competere. I. ut cesset à turbatione praesentis. II. ut in futurum non turbet. III. ut caveat de non turbando, licet dissent. *Humm. ad Trent. vol. post. disp. 25. q. 42.* IV. ut praestet id, quod possessoris interest turbatam possessionem non fuisse, adeoque ut damna illata, & fructus, si aliquos perceperit, restituat. *Schneid. man. 69.* Porro quomodo libellus in hoc interdicto formari debeat, praxis dabit.

Quid Judicis in interdicto, uti possidetis faciendum? Certum est, & indubitatum, si reus non contendat se possidere, vel contendat se possidere, sed possessionem probare non possit, quod tunc reus ad praedicta quatuor condemnari debeat. Verum cum nonnunquam contingat, ut uterque se

possidere dicat. Quo in casu tredecim casus invicem distinguit *Humm. loc. cit. q. 43. Schneid. verò n. 82. ad 8.* casus reducit. Utriusque doctrina compendio traditur ab *Harp. n. 37. & Gail. de pignorat. obs. 22. n. 8.* ubi dicit, quod hodie Judex pro illo sententiam secundam ferre debeat, qui antiquiorem possessionem edocuit, aut qui dominium, praescriptionem, justiorumque proprietatis titulum probavit. Horum ad doctrinam si forte nasum contrahas, consule, per me licet, praedictos authores. *Humm. & Schneid.*

DE INTERDICTO UTRUBI.

Hoc interdictum utrubi compositum 55 est ab utrum, & ubi, id est, apud quem; quasi diceret Praetor, apud quem est res mobilis, apud eum sit & remaneat. Dico *res mobilis*, quia ultima inter interdictum uti possidetis, & utrubi haec ponitur differentia, quod illud pro rebus immobilibus; hoc verò pro rebus solum mobilibus competat. Ut adeò in ceteris hodie ista duo interdicta, quoad omnia, & per omnia exaequata sint, & quidquid de uno disponitur, etiam de altero dispositum censeatur, *l. un. ff. utrubi.* Hinc ex utroque hoc interdicto victoriam hodie reportat, qui tempore litis contestatae se possidere probat, §. *Retinende. 4. Inst. h. s.* quamvis olim in interdicto utrubi is victor extiterit, qui majori anni parte scilicet 7. mensibus se possedisse edocuit.

Competit interdictum utrubi in duobus praecipue casibus. I. Quando quis patitur inquietationem in possessione rei mobilis ab eo, qui tamen se possidere non contendit. II. quando duo ejusdem rei mobilis possessionem

nem præfendunt, quod fieri potest, quando ego verà possessione frui, me assero, tu verò objicias, me à te habere nudam detentionem ex causa v. g. depositi, commodati, &c. quibus casibus non transfertur possessio, *l. rei commodate* §. ff. *commodati*. Priusquam ergò discutatur, & doceatur, ex qua causa rem habeam, dubium est, quisnam ex nobis possideat, & ideò, donec, constet, ex qua causa ego possideam, utrique datur hoc interdictionem. Ille tamen reportabit victoriam, qui se verà frui possessione probaverit. Ita, *Schneid. hic. n. 2.* §. 3.

§. POSSIDERE 5.

Esto, alii circa explicationem hujus §. perbreves sint, ipsam fortè Imperatoris methodum secuti: mihi tamen prolixius excurrere, operæ pretium visum est, præcipuè quòd propria hic sedes sit possessionum. Itaque, ⁵⁶ Possessio à pedibus appellata est, quasi pedum positio, *l. 1. ff. de acq. vel amitt. poss.* Ratio hujus etymologie ex ipsa rei origine desumpta est; homines enim à principio omnia pedibus acquirere cæperunt; juxta illud: quidquid pes tuus calcaverit, tuum esto. *Jafon. in d. l. 1.*

Definitiones possessionis tot ferè occurrunt, quot capita, ita ut illud Glossæ in *l. 38. ff. de V. O.* verificari videatur, nimirum peritissimos nescivisse definire possessionem. Cardo difficultatis in eo rotatur, num adequatum possessionis genus constituat *detentio*, num *ius*? sunt enim, qui definiant possessionem, quòd sit, *ius insistenti rei corporali, non prohibeæ possideri.* ita *Schneid. n. 7. hic. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 21. lit. E.*

⁵⁷ Verum, quòd hæc definitio minus

mihî arrideat, facit I. Quia mulier rem à marito donatam verè possidet, *l. 1. §. si vir. ff. de acq. vel amitt. poss.* Item malæ fidei possessor verè possidet, *l. 5. ff. de usurp. & usucap.* & tamen nec mulier, nec malæ fidei possessor jus possidendi habent; siquidem contra Jura, & contra leges possident, *arg. l. 16. ff. de acq. vel amitt. poss. junctâ l. 17. ff. eod.*

Facit II. Quòd reversi ab hoste Jure postliminii omnia jura recipiant, quæ per captivitatem amiserant, §. 5. *Instit. Quib. mod. patr. poss. sol. &* tamen neque possessionem, neque usucapionem cæptam recipiunt, sed coguntur ex integro adipisci possessionem; & hac adepta primùm incipit currere usucapio, nec vetus interrupta restituitur, *l. 10. ff. ex quib. caus. major.* ergò sequitur, quòd malè possessio dicatur jus esse.

Facit III. Quòd hæres, quàm primùm hereditatem adit, succedat in omne jus defuncti, *l. 37. ff. de acq. hered.* & tamen non succedit in possessionem defuncti, sed nova apprehensione opus est; ergò malè dicitur possessio, quòd sit jus.

Facit IV. *Text. in l. 19. ff. ex quib. caus. major.* ubi possessio dicitur plurimum facti habere. Item *text. in l. 1. §. 3. ff. de acq. vel amitt. poss.* ibi: *eam rem enim facti, non juris esse.* Denique *text. in l. 29. ff. eod.* ibi: *quod enim facti est, potest amittere.*

Sunt alii, qui possessionem definiant, quòd sit, *detentio rei corporalis, animò, & affectione domini,* ita *Hum. ad Treutl. vol. post. disp. 21. th. 1. lit. a. Arume. disp. 20. th. 6. Donel. 5. Comment. cap. 6. in l. 9. Cod. de Reb. cred.* At, quòd hæc definitio mihi videatur minus accurata, *Facit I.* Quia prædo, quem ipsi adversarii possidere con-

concedunt, non potest habere animam dominii, nisi improbâ, & injuriosa affectatione, cui non suffragandum. *Facit. II.* Quod is, qui precario rogavit, verè dicatur possidere, *l. 2. §. si de precar.* Item quod creditor dicatur possidere pignus, *l. 40. ff. de acq. vel amitt. poss.* Denique quod sequester, si ita convenerit, possideat, *l. 17. §. ff. deposito:* & tamen omnes isti animum dominii tam parum habent, quàm ego recedendi unquam à via justii, & æqui. *Facit. III.* Quod in *l. 13. §. 1. ff. de Publ. act. §. l. 32. §. 1. ff. de noxal. act. ait: Item in l. 7. §. 4. ff. communi divid.* expressè duæ species possessionis constituuntur. Una, quæ sit cum animo dominii: altera quæ tali animo destituta est. Jam animo, quæso, quâ fronte, & quò vultu affirmare audeas, præsignificam definitionem dici posse genericam, utpote in qua jam devenitur ad specificam, puta, civilem possessionem.

Sunt alii, qui definiunt possessionem, quod sit, *rei corporalis detentio, corporis & animi, jureque administratio.* Sed nec illa mihi placet definitio, tametsi illam amplexetur *Harold. de J. & J. tom. 1. fol. 256. n. 203. & Sebamb. Inst. hic. Rivonem. in d. l. 1. ff. de acq. vel amitt. poss.*

Ego existimo possessionem optimè posse sic describi, quod sit *detentio rei corporalis, cum affectione eandem sibi habendi.* ita colligitur ex *l. 2. §. 20. ff. de acq. vel amitt. poss. clariss. D. P. König. ad Dcret. de causa poss. n. 1. Struv. cum addition. Mulleri, exercit. 41. th. 3.*

Dixi I. Detentio: qualis non tantùm illa intelligitur, quæ actualis est, quasi nullus diceretur possidere, nisi, qui actualiter rei insitit: verum etiam illa detentio hic intelligitur, quæ est

habitualis, ita, ut ille etiam possidere dicatur, qui actu rei non quidem insitit, ei tamen quodocunque voluerit, insistere possit, quo sensu etiam peregrè profectus, item, qui per alium possidere dicitur. *Struv. loc. cit.*

Obijcies: in *l. 44. §. 49. ff. de acq. 61 vel amitt. poss.* Possessio expressè juris esse dicitur, ergò malè definitur, quod sit detentio. R. Verùm quidem esse, possessionem habere aliquid juris, verùm hoc est merum accidentale, & ratione effectûs, detentioni coherentis, quod possessionis essentiam non ingreditur, sed est prorsus extrinsecum. Vel dic, quod possessio eatenus juris esse dicatur, quatenus operatur certos effectus juris, de quibus in principio hujus tituli diximus. Quatenus verò pro actu detentionis sumitur, facti est. *Struv. & Clariss. D. P. König. loc. cit.*

Dixi II. rei corporalis, ut indicetur, quod detur duplex possessio, *propria, seu vera,* & *impropria, seu quasi possessio.* Propria seu vera possessio est rerum corporaliùm, *l. 3. ff. de acq. vel amitt. poss.* Impropria, seu quasi possessio est rerum incorporaliùm, puta, beneficii, juris eligendi, decimandi, piscandi, servitutum. *cap. 3. de causa poss. & propriet. l. 3. §. pen. ff. de v. & vi armat. Zoes. lo. cit.*

Dixi III. Cum affectione eandem sibi habendi, ut excludatur nuda detentio rei alienæ, quæ vulgò possessio *asimma,* ab Italis verò nuda tenura: in jure nostro autem quandoque possessio naturalis *impropria vocatur, l. 5. §. 11. ff. commun. div. & l. 2. §. 1. ff. pro hered. & nihil aliud est, quàm nuda insipientia cum animo rem, vel custodiendi, vel conservandi, vel detinendi, vel ea utendi, fruendi.* Detinet autem animò custodiendi depositarius

rem depositam, l. 1. ff. *depositi*. Animo conservandi, qui legatorum conservandorum causam in possessionem missus est, l. 9. ff. *de R. V.* animo detentandi servus, l. 24. l. 49. §. 1. ff. *de acq. vel amitt. poss.* l. 38. §. 7. §. 8. ff. *de V. O.* animo utendi commodatarius, l. 1. §. 1. l. 5. §. si duobus ff. *commodati*. & usufructuarius, l. 2. ff. *de usu* §. *habit.* animo utendi fruendi conductor, d. l. 5. §. si duobus, usufructuarius, l. 1. l. 60. §. 1. ff. *de usufr.* ita, ut omnes isti non tam possidere, quam in possessione esse, & nudam tenutam habere dicantur, l. 10. §. 1. ff. *de acq. vel amitt. poss.* & ii, quorum nomine possident, possidere dicuntur, l. 18. ff. *d. t.* Unde sua sponte fuit, quod non istis detentoribus, sed illis, quorum nomine possident, interdicta competant, l. 1. §. 22. ff. *de vi* §. *vi armat.* l. 3. §. 8. ff. *uti possid.* excepto usufructuario, per l. 4. ff. *d. t. Clariss. D. P. König. lo. cit. Harp. Inst. hic. Pulchrè Struv. lo. cit. exercit. 42. th. 7. lit. y. ibi: Nota verò.*

62 Dices: usufructuarius naturaliter possidet, l. *naturaliter* 12. §. l. 49. ff. *de acq. vel amitt. possess.* ergo falsum est, quod nudam tantum tenutam habeat. R. I. Quod aliquando detentio, & naturalis possessio in jure confunduntur. R. II. Usufructuarium possidere quidem naturaliter, non tamen animo rem, seu corpus sibi habendi, sed usum rei; ita ut sensus sit iste: usufructuarius possidet naturaliter ipsum jus, & facultatem utendi, non verò ipsam rem in usumfructum concessam, hanc enim non sibi, sed domino possidet. *Brumm. in d. l. 12. Struv. l. cit. th. 7. lit. y.* Hinc etiam paulò antè dixi, quod usufructuario competat interdictum retinendæ possessionis, hoc est, si turbetur in usu

rei, respectu cuius usus habet naturalem possessionem. Sanè si præfati detentores domino possessionem interverterint, hoc est, ipsum vel alium ab eo missum in possessionem non admiserint, tunc incipiunt naturaliter possidere, animo scilicet rem sibi habendi; & consequenter, si ab aliis dejecti fuerint, interdictum unde vi ipsis competit, l. 12. l. 18. ff. *quod vi aut clam.* l. 3. §. 18. ff. *de acq. vel amitt. poss.* *Harp. Inst. hic.*

Dividitur possessio in *naturalem* §. 63 *civilem*. Quæ divisio fundata est in l. 1. §. *dejectur*, ff. *de vi arm.* l. 2. §. *quod vulgò ff. pro hered.* l. 3. §. *fin. ff. ad exhib.* Naturalis possessio est, quæ quis rem tenet animo quidem eandem sibi habendi, sed absque jure, & opinionione domini, l. 13. §. 1. ff. *de Publ. in rem act.* Taliter possidet I. Creditor pignus conventionale, l. 7. §. 12. ff. *commun. div.* l. 49. ff. *de pig. act.* *Zoes. ff. de acq. vel amitt. poss. n. 5.*

Non obstat, l. 13. ff. *de usur.* §. 64 *usucap.* Quia ibi creditor dicitur pro alieno possidere, ratione usucapionis, quod scilicet pignus non possit usucapere, cum naturalis possessio non proficit ad usucapionem, eò quod sit absque titulo domini, vel quasi. Et hinc civilis possessio est penes debitorem, qui pignus dedit, naturalis verò apud creditorem, l. 16. ff. *eod.*

II. Naturaliter tantum possidet *vassallus* rem feudalem, *tit. 23.* §. 26. *Feud. 1. tit. 8. §. fin. Feud. 2.*

III. Emphyteuta rem emphyteuticam, l. 15. §. 1. ff. *qui satisfacere cog.* Quæ ipsa naturalis possessio etiam aliquid civilitatis continet, cum respectu ipsius rei, quæ possidetur, naturalis sit, respectu verò juris illius, quod emphyteuta in rem emphyteuticam habet, civilis quoque possessio concurrat, ita,

ita, ut emphyteuta jus illud tam naturaliter, quam civiliter possidere dicatur. Illo modo per actus naturales, quos exerceat colendo fundum, colligendo fructus &c. Hoc modo retinendo possessionem illius juris in animo, si de fundo recedat, quæ tantæ efficacitæ est, ut usufructus ab alio extraneo in absentia ejus occupatus, non possit ab eodem contra absentem præscribi, l. 23. §. 2. ff. ex quib. caus. major.

Neque propterea dici potest, quòd duo possideant eandem rem civiliter simul, & in solidum: nam emphyteuta ipsam rem civiliter non possidet, sed naturaliter: respectu verò juris in re, etiam civilis intervenit. Ita Struv. lo. cit. th. 7. lit. y. Schneid. numer. 43.

IV. Naturaliter possidet superficialius superficiem, utpote, qui interdicto de superficiebus defenditur, l. 1. §. 1. & 2. ff. de superficieb. Zoes. ibid.

V. Naturaliter possidet sequester rem sequestratam. Quod ipsum tamen tunc demum procedit, quando partes expressè & nominatim sequestro possessionem cesserunt. l. 17. §. 1. ff. deposit. l. 39. ff. de acq. vel. amitt. poss. secus enim sequester est tantum nudus deceptor, d. l. 39.

VI. Naturaliter possidet, qui precario rogavit, ut sibi possidere liceat, l. 15. §. 4. ff. de precario. Dixi, qui precario rogavit, ut sibi possidere liceat. Ille enim, qui precario rogavit, ut sibi morari in fundo liceat, naturaliter non possidet, l. 6. §. 2. ff. d. t.

VII. Tandem naturaliter omnes illi possidere dicuntur, qui sibi & suo nomine possident, sive titulum & bonam fidem habeant, sive non habeant. Quòd spectant fures, predones, & similes injusti & malæ fidei possessores, l. 5.

Kees ad Institut.

§. l. 6. ff. de acq. vel. amitt. poss. clariss. D. P. Konig. loc. cit. & Struv. Possessio civilis est, qui quis rem detinet animo & opinione dominii, hoc est, rem sibi, ut suam habendi, l. 6. §. 1. ff. de acq. vel. amitt. poss. Taliter possident ipsi rerum domini, l. 1. §. 2. ff. uti possid. l. 2. ff. pro suo. Item bonæ fidei possessores, hoc est, qui ex justa causa rem acceperunt, non aliud scientes, quam se esse dominos. In summa civiliter possidere dicuntur omnes, qui usucapiunt, l. 10. §. fin. ff. de acq. vel. amitt. poss. Zoes. ff. ibid. numer. 4.

Quomodo acquiratur possessio? Circa hanc questionem duo occurrunt examinando, puta, per quas personas acquiratur possessio, & quibus modis. Primum quod attinet, remissus esto ad lib. 2. tit. 9. Ad secundum statuenda est regula universalis: ad acquirendam possessionem requiritur corpus & animus simul, ita, ut neque solo animo, neque solo corpore possessio acquiri possit, l. 3. §. 1. & 3. l. 8. ff. de acq. vel. amitt. poss. l. 4. Cod. eod. Brunnem. ibid. & communiter omnes. Corpus hic significat actum corporeum, ad animum accedentem, & sic nihil aliud, quam corporalem rei apprehensionem, d. l. 3. §. 3. Animus verò nihil aliud denotat, quam voluntatem, & affectionem possidendi, l. 1. §. 3. ff. d. t. l. 2. §. 12. ff. pro emptore. Corpus itaque & animus simul requiruntur ad acquirendam possessionem. Corpus quidem idèò; quia possessio, prout est in fieri, plurimum facti habet, & idèò factum hominis, sive apprehensio necessaria est: ratio alia; quia non omnia, quæ spe & animo deoramus, continuo possidemus; quid enim obsecro, fieret, si liceret veram possessionem inde asserere, quòd animo quis

concepisset, rem tenere? quis contineret hanc concupiscentiam intra limites necessarii usus? quis non diceret? ego concepi animo, talem rem habere; quando satiaretur hominum insatiabilis avaritia? *Animus* requiritur ideo; quia debet accedere intentio, voluntas, & affectio rem aliquam possidendi, l. 41. ff. de acq. vel amitt. poss. actibus enim in cunctis sola dominatur voluntas. Dicta procedunt tam de naturali, quam de civili possessione, ita, ut neutra sine corpore, & animo simul acquiratur, d. l. 4. *Cod. h. t.* Unde sponte propria sequitur, quod licet corpore ingrediar fundum, etiam vacantem, sine animo occupandi, seu acquirendi possessionem, non tamen acquiram ejus possessionem, etiam naturalem tantum, ex ratione; quoniam deest animus, & intentio, quæ cum corpore concurrat, necesse est. Sic pariter, tametsi habeam animum possidendi fundum, etiam vacantem: sine actu tamen corporali etiam solam civilem possessionem non acquirō; quia, uti dictum, desideratur corpus. *Schneid. n. 66.*

69 Objicies I. Ex dictis sequitur, quod sola civilis possessio; sine naturali nunquam possit acquiri, prout statuit l. 3. §. *Neratius 3. ff. de acq. vel amitt. possess.* his verbis: *solo animo non possē nos acquirere, si non antecedat naturalis possessio:* sed possessio civilis potest acquiri sine naturali; ergo prædicta non subsistunt. *Minor probatur:* proprietarius, & dominus feudi directus, qui civiliter tantum possident, utique possunt in alium solam civilem possessionem transferre, l. 17. §. *propriarius, ff. de usufr.* Item *Judex* potest aliquem mittere in solam civilem possessionem, remanente naturali apud alium, l. 5. *Cod. ubi in rem act. exerc.*

ergo potest sola civilis Possessio absque naturali acquiri. Ut *Nodus* iste, qui non est gordius, solvatur, dicendum est, ista duo: naturalem possessionem & actum aliquem corporalem diversi esse; potest enim actus corporalis, v. g. traditio, visus &c. intervenire, absque eo, quod detur naturalis possessio, ac proinde, dum asserimus ad acquirendam possessionem desiderari animum & corpus simul, non intelligimus per corpus, naturalem possessionem, sed actum aliquem corporalem, v. g. visum, constitutum, traditionem clavium, vel instrumenti &c. unde patet solutio ad *cit. l. 3. §. Neratius 3. ff. de acq. vel amitt. poss.* ubi secundum Glossam naturalis possessio pro actu aliquo corporali accipienda est. *Schneid. loc. cit.*

Objicies II. Possessio civilis potest⁷⁰ acquiri sine animo, *arg. l. §. si nolit. 7. ff. de acq. vel amitt. poss.* ergo adhuc prædicta non subsistunt. *Casus d. l. §. si nolit. 7.* talis est. Titius ingressus est fundum absentis, & sic acquisivit possessionem naturalem. Absens domum reversus ex timore, ne repelleretur, possessionem fundi non intravit. Hoc in casu textus ait, quod perdat civilem possessionem, quæ ita unitur cum naturali, ut naturalis trahat ad se civilem vacantem, etiam possessore ignorante, ita, ut is, qui prius habuit possessionem tantum naturalem, ignorans, hoc est, *sine animo*, acquirat civilem. *R. Ex Schneid. loc. cit. n. 97.* quod in casu legis ingrediens à principio habuerit animum omnem possessionem acquirendi, sed quia civilem non reperit vacantem, & quia duo in solidum ejusdem speciei possessionis possessores esse non possunt, ideo acquisivit solummodo naturalem, quam cum obtinuerit, eo ipso etiam

videtur affectasse civilem. Hinc cum animum mutasse non constat, creditur adhuc in priori voluntate acquirendi etiam possessionem civilem perdurasse, eo, quod mutatio animi non presumatur, *l. 3. ff. de probat. Schneid. num. 97.*

Obijcies III. In multis textibus asseritur possessionem civilem etiam solo animo acquiri; ergo adhuc falsum est, ad acquirendam possessionem opus esse corpore, & animo. *Ant. patet ex l. 1. §. si iusserim. 21. ff. de acq. vel amitt. poss.* ubi dicitur, quod solo aspectu res acquiratur, licet apprehensio non interveniat. Item in *l. 18. §. si venditorum 2. ff. eod.* ubi dicitur, quod possessio acquiratur, exinde quod quis rem in sua domo iusserit deponi: Item per solam demonstrationem; licet actualis, sive corporea apprehensio non intervenerit, ergo possessio civilis acquiritur solo animo. Priusquam hoc dubium resolvam, notandum est duplicem dari apprehensionem, unam veram, alteram fictam. Vera est quando res accipitur manibus, si sit corporea mobilis: aut intratur pedibus, si sit immobilis.

Et ista vera apprehensio necessaria est. Primum ad acquirendam possessionem rerum illarum, quæ domino carent, ut sunt *feræ, genus, & lapilli in litore maris, thesauri, &c.* Hæc enim & id genus res non acquiruntur per solam visionem, sed per corpoream apprehensionem seu occupationem, prout, *lib. 2. tit. 2. diximus. Clariss. P. König. ad Decretal. de caus. possess. n. 25.*

II. Vera apprehensio requiritur in iis rebus, quas quis clavi, aut vi possidere vult, v. g. depositarius depositum, quia rem apprehendere & loco movere debet, *l. 3. §. si rem ff. de*

acq. vel amitt. poss. estque ratio; quoniam furtum sine contractatione fieri non potest.

III. Hæc apprehensio desideratur ad acquirenda bona defuncti, quæ domino carent, à quo tradantur, *l. 23. ff. de acq. vel amitt. poss. cum heredes instituti sumus, aditâ hereditate omnia quidem Jura ad nos transeunt, possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet.*

Nec contrariatur, *l. cum miles 30. ff. ex quib. caus. major.* ubi decernitur, possessionem defuncti, quasi junctam descendere ad heredem: Nam ibi possessio pro usucapione sumitur, ut lex ipsa declarat, dum subsistit possessio etiam non aditâ hereditate compleri & perfici, id est, usucapio, quæ inchoata est à defuncto, committatur, & transmittitur ipso Jure in heredem sine ejus apprehensione.

Illud notandum: ad veram apprehensionem totius non semper opus esse, ut quis omnes ejus partes, puta omnes angulos domus aut agri circumambulet, sed satis esse intrare partem cum animo possidendi totum, *l. 3. §. 1. h. r.* Unde si quis comitatum, ducatum, castrum cum territorio, vel pertinentiis emerit, non est necesse, in quemlibet fundum castris, vel in quemlibet locum comitatus intrare, sed sufficit possessionem continentis apprehendere, qui enim possidet continens, censetur omni contentum possidere, *Schneid. num. 130.*

Apprehensio ficta est, quando intervenit alius actus, qui ex interpretatione Juris vim corporeæ apprehensionis habet.

Quo supposito & ad tertiam objectionem, quod in allegatis, & pluribus aliis ejusdem farinae textibus

licet non vera, ficta tamen apprehensio intercefferit, quæ vim veræ apprehensionis habet. *Humm. ad-Treutl. vol. poss. disp. 21. th. 2. lit. ff. q. 15.*

72 Tales autem fictæ apprehensiones diversimodè fiunt. I. Per visum, veluti per longas manus, si enim possessor emittus ostendat rem, & dicat, se tibi tradere vacuum ejus possessionem, tuque acceptes, possessionem, acquiris, *l. 1. §. 21. §. l. 18. §. 2. ff. d. t.* II. Per traditionem clavium: nam si quis mihi vendiderit frumentum, quod in horreo est, simul atque claves horrei tradiderit, protinus in me frumenti possessio cum dominio erit translata, *l. clavibus 74. ff. de contrab. empt. Schneid. n. 113.* III. Per traditionem brevis manus, si nempe quis rem suam tibi prius commodatam, locatam, vel apud te depositam tibi postea vendat, aut donet; videtur enim rem ex causa depositi, locati & commodati restituisse, & ex causa empti, vel donationis recepisse, *l. 15. ff. de reb. cred.* IV. Per appositionem custodis, v. g. si acervus lignorum tibi venditus fuerit, & tuo nomine custos apponatur, censetur translata possessio, *l. 51. ff. de acq. vel amitt. poss.* V. Per signationem rei venditæ, unde si quis in nemore emit arbores, & fecerit vel aliâ notâ eas signaverit, traditio facta intelligitur, *l. 14. §. 1. ff. de peri. §. commod. vel vend.* Eiusdem tamen efficacie non est signatio dolii, magis enim, ne summutetur, signari solet, quàm ut tradi videatur, *l. 1. §. 2. ff. eod.* V. Per constitutum, quando quis vendit, vel donat, rem, etsi non tradat, si tamen constituat se ejus nomine possidere, translata censetur possessio, *l. 18. ff. de A. vel A. poss.* VII. Per abusivam investituram, ut

per traditionem bireti, pilei, ensis, &c. transfertur possessio rei feudalis in vassallum, vide tamen *Schneid. numer. 121.*

Huc usque dictum, quomodo acquiratur possessio rerum incorporalium. Ubi iterum ponenda supra statuta regula, puta, quasi possessionem etiam acquiri animo & corpore simul, ita tamen, ut sub ly corpore intelligatur aliquid factum, ex quo pateat animus possessionem acquirere volentis. *Schneid. n. 125,* Hoc tamen ut fundamentaliter percipiatur, talis distinctio adhibeatur, necesse est. Res enim incorporales, vel sunt talia Jura, quæ non inhærent rei corporali, v. g. *Jus eligendi,* vel quæ inhærent corpori, v. g. *Servitutes.* Primi generis Jurium, quasi possessio acquiritur scientia, & patientia illius, ad quem pertinet concedere vel resistere actui, si quis tamen actum exerceat cum probabili opinione, quod Jure suo sibi competente utatur. Hinc si ex gratia, vel ex amicitia uteretur, quasi possessionem non acquireret, *l. qui Jure 41. ff. de acq. vel amitt. poss. l. fin. ff. quomod. servit. amitt. Schneid. n. 129. Molin. tract. 2. disp. 14. n. 1. de J. §. J.* Secundi generis Jurium, seu servitutum quasi possessio acquiritur aliter, si servitus sit *affirmativa:* aliter, si sit *negativa.* Quasi possessio servitutis affirmativæ acquiritur per usum & exercitium servitutis; tanquam Jure debitum, cum scientia, & patientia domini in cujus præjudicium quasi possessio acquiritur. Itaque ista duo, usus & exercitium: scientia & patientia domini *copulative* desiderantur. Primi ratio est, quia ad acquirendam quasi possessionem requiritur animus possessionem acquirentis, *l. fin. ff. quemad. serv. amitt.* sed sine usu, & exercitio iste animus intel-

intelligi non potest, factio enim debet voluntas intelligi, l. 5. *Cod. de Inst. & subj.* & intima per mores cognoscimus exteriores. Secundi ratio; quia in Juribus incorporalibus scientia, & patientia adversarii, locò traditionis habetur, l. 20. ff. *de servit.* Ita autem scientia, & patientia dupliciter probatur, *verè* & *presumptivè*. Verè quando hoc denuntiat adversario, puta quòd *velit ire, agere, vehere* &c. *presumptivè*, quando sepe ivit, egit per fundum alterius, tunc enim dominus id scire *presumitur*: ita tamen, ut in *presumptiva* probatione prudens Judicis arbitrium plurimum facere debeat. *Schneid. n. 138.*

74 Q. Quot actus requirantur ad consequendam quasi possessionem Jurium incorporalium? R. Interesse, num sint tales actus, qui de facili ratione amicitiae, vel familiaritatis non solent concedi, veluti *aquam ducere, tignum immittere, exercere Jurisdictionem*. Et tunc per unicum actum inducitur quasi possessio, l. 1. §. 4. & §. 22. ff. *de aqua quotid.* & *activa*. Ratio; quia Jure suo, & cum patientia domini ea facere censetur. Num verò sint tales actus, qui solent concedi ex amicitia & gratia, sed rarò & non ita frequenter, ut ire per fundum alterius, pomum decerpere, aucupijum exerce- re, &c. & tunc ad acquisitionem possessionis plures actus requirantur, ex quibus verisimiliter constare possit, utentem non ratione amicitiae sed jure suo illos actus exercuisse, l. 1. §. hoc *interdicto* ff. *de itinere, aliquo privato*. *Schneid. n. 127.* Num verò sint tales actus, qui frequenter, & communiter, alicui ex amicitia & benevolentia concedi solent, & tunc plures etiam non sufficient ad consequendam quasi possessionem. Sic licet quis cen-

tias in Monasterio, ut hospes recipere- tur, non tamen perinde consequitur, quòd Jus visitandi acquiritur; nisi animo id acquirendi fecerit, ita more suo solide *Clariff. D. P. Konig. loc. cit. n. 41.* Quasi possessio servitutis negativæ acquiritur per unicum actum, videlicet, prohibitionem unius, & acquiescentiam alterius, v. g. ego teneo meam domum altam. Tu verò vicinus meus tenes eam depressam: vis tamen eam altius elevare; si per me prohibitio interveniat, cui tu acquiescas: acquisito quasi possessionem servi- tutis altius non tollendi: ita, ut deinde accedente legitimo tempore ad prescriptionem requisito, illud jus prescrip- tionem. Ante actum verò prohibitionis non constituitur, in quasi posses- sione; quoniam non constat de animo possessionem acquire volentis. Unde si domus tua per centum annos fuisset depressa vel collapsa, nunquam prescriberem illud jus altius non tollendi; quia nulla currit sine possessione prescrip- tione non acquiritur; ergò, l. 11. ff. *de serv. ubi praed. Schneid. n. 129.*

Quomodo retineatur possessio? Posses- sio semel acquisita retinetur, non tantum animo, & corpore simul, l. 3. *Cod. de acq. vel amitt. poss.* Verùm etiam animo tantum, l. 1. §. 25. ff. *de vi, & vi armat. l. peregre* 44. §. *ult. ff. de acq. vel amitt. poss.* ubi aperte deciditur, quòd ad nundinas proficiscens, nemine domi relicto retineat possessionem. Dummodo illinc proficiscatur animo revertendi, & non deprendi possessionem, ratio est, ne more annofae Baucidis ad fortissimè excurbare possessionis nostrae conserva- ndae causa diceremus, neve rebus nostris, ut spongia faxis adherescere debeamus. Unde patet, quòd facilior

fit retentio, quam possessionis acquisitio, utpote cum ad illam solus animus sufficiat, l. 4. *Cod. eod. tit.* Acquisitio verò omnis regulariter corpus, & animum desideret. *Zoef. n. 19. loc. cit. Schneid. n. 156. Struv. loc. cit. ib. 19.* ex dictis sua sponte fluit, quòd si aliquis ob bellicam calamitatem, aut motus hostiles à prædio recesserit, culturamque distulerit, & tertius interrim illud occupaverit, possessionem tamen civilem non amittit, sed retineat. *Brunem. in d. l. 4. Cod. d. t.*

76 *Quibus modis possessio amittatur?* Utilitas hujus quæstionis principaliter consistit in eo, quòd possessione amissa, seu interrupta enim præscriptio naturaliter interrumpatur, l. 5. ff. *de usucap.* Item omnis effectus possessionis, quos supra enumeravimus, cessant utpote cessante causa cap. 60. *de apell.* Quemadmodum vero ad acquirendam possessionem opus est corpore, & animo: ita etiam ad amittendam opus est corpore, & animo, ita, ut neque solo corpore amittatur, per quas enim causas res nascitur, per easdem quoque dissolvitur, *arg. lib. 153. ff. de R. J.*

Non obstat, l. 3. §. 6. ff. *de acq. vel amitt. poss.* ubi aperte scribitur, etiam solo animo amitti possessionem. Enim vero, ut plures alias solutiones sciam, respondeo, interesse, an qui à corpore incipiat desinere possidere, fortè quia exiit de fundo: & sic non statim amittit possessionem fundi, nisi & ejus amittenda: animum haberem: an verò qui incipiat animo desinere possidere; fortè, quia dicit: se nolle amplius possidere: & hoc in casu licet quis adhuc existat corpore in fundo, si tamen ab animo ita comparatus sit, ut constituat: se nolle amplius possidere, dubium non est, quin

amittatur possessio, d. l. 3. §. 6.

Itaque I. Amittitur possessio corpore, & animo simul, l. 8. ff. *de acq. vel amitt. poss.* tunc videlicet, quando quis è fundo exiit, & ab animo se declaravit, quòd possidere nolit. *Brunem. in d. l. 8.* II. Amittitur possessio animo tantum, d. l. 3. §. 6. quando videlicet in fundo corporaliter existens dicit; se nolle possidere: *Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 21. th. fin. lit. G. & Hum. ad Treutl. ibid. Fach. l. 8. can. 21. Schneid. num. 165.* III. Amittitur possessio tam naturalis, quam civilis inundatione maris, vel fluminis, l. 23. ff. *de acq. vel amitt. poss.* & quidem de naturali dubium nullum est, cum ubi rei non potest naturaliter insisti, perditur possessio, l. 5. ff. *d. t. civilis* ex eo amittitur; quia per inundationem interrumpitur præscriptio, *Gloss. in l. 3. §. labeo. ff. cit. tit.* ergò etiam possessio; quia itante civili possessione currit præscriptio. Dicta procedunt I. Si sit tanta inundatio, ut fundibus calcari non possit. II. Si totus fundus, & non tantum pars ejus sit inundatus; usui enim partis retinetur jus totius, l. 3. ff. *eod.* III. Si inundatio duret aliquo temporis spatio, tempus enim modicum, puta, unius, aut alterius diei non faceret amitti possessionem. *Schneid. n. 167. Zoef. loc. cit. n. 25.* recedente aqua possessionem restitui, docet, l. si ager. ff. *quib. mod. usufr. amitt.* IV. Amittitur possessio per violentam dejectionem, aut expulsionem à fundo proprio, l. 5. ff. *de usucap. Schneid. n. 174.*

Non obstat, l. 17. ff. *d. t.* ubi dicitur, quòd, si quis vi de possessione dejectus fuerit, perinde habeatur, ac si possideret, cum interdictum, unde vi ad recuperandam possessionem

habeat. Respondetur enim, verum quidem esse, quod vi de possessione dejectus, quoad rem, damna, & fructus perinde habeantur, ac si possideret, cum per interdictum *unde vi* omnia recuperet, secus autem se habet, quoad ipsam possessionem, & interruptendam prescriptionem. Ubi observanda, & vehementer nota, quod tunc demum civilis possessio per violentam dejectionem amittatur, quando per vim dejectus non se præparat ad recuperandam possessionem. Secus, si ad recuperandam possessionem præpararet: hoc enim casu possessionem civilem non amittit, adeoque prescriptio non interruptitur, cum non desinat, civiliter possidere, *arg. l. 7. ff. de acq. vel amit. poss.* ubi dicitur, si nolit in fundum reverti, amisisse possessionem videbitur; ergo si velit in possessionem reverti, non videbitur amisisse possessionem. *Schneid. loc. cit. n. 154. § n. 174.*

V. Amittitur possessio, si quis rem sciat ab alio occupatam, & negligat, aut regressus ad recuperandum repulsus sit, aut timens repulsam non sit aggressus, *l. 3. §. 8. l. 6. §. 1. ff. d. s. Clariff. D. P. König, loc. cit. n. 69.* plures modos amittendæ possessionis vide apud *Schneid. loc. cit.*

§. RECUPERANDA. 6.

Dicitur esse interdicta alia esse adipsæ, alia retinendæ; alia recuperandæ possessionis. Priora duo rimati sumus, sequitur de tertio, puta, interdicto *unde vi* quo petimus nobis restitui possessionem, quam amisimus, & de qua vi dejecti sumus, de quo interdicto extat totus titulus in *ff. de vi, §. vi armata, §. Cod. unde vi.*

Casus: Possideo fundum aliquem,

ex quo per multos annos fructus percipi, & sine ulla turbatione ejus culturam exerceo. Titius vanâ opinione, se ejusdem fundi esse proprietarium, ductus, petit à me, ut ei vacuum fundi possessionem tradam. Ego id recuso. Titius me atroci vi, aut armata manu de possessione fundi deiecit. Queritur, quomodo mihi contra Titium consulam sit? *R.* Quod habeam interdictam, unde vi, quo peto mihi restitui possessionem cum omni interesse & fructibus.

Quid sit interdictum, unde vi? Est interdictum recuperandæ possessionis, competens ei, qui vi atroci de possessione rerum immobilium dejectus est, ejusque hæredi, contra eum, qui vi, sive per se sive per alium deiecit, ejusque hæredes universales, ad recuperandam, quantocius possessionem cum omni interesse, & fructibus intra annum, post annum verò ad id, quod ad spoliamentum pervenit.

Quibus competat? Dixi l. *Compensatus* ei, qui vi atroci, id est *expulsi-va* & absoluta de possessione dejectus est, nam dejecto per vim *compulsivam*, probabilis non competit per text. *apert. l. 5. ff. de vi, §. vi armata.* his verbis: *Si revera tibi possessionem tradidero dicit Pomponius interdictum unde vi cessare, quoniam non est vi dejectus, qui compulsus est in possessionem inducere.* Facit etiam ratio; quod, qui compulsus possessionem tradidit, intelligatur sua voluntate dejectus, quoniam coacta voluntas etiam voluntas est, *Zoes. ff. de vi, §. vi armata,* taliter proinde dejectus habet interdictum, quod metus causa, *Juson in l. 4. Cod. unde vi.*

Dixi II. de possessione generaliter; quia interdictum, unde vi datur ei, qui dejectionis tempore possidebat, sive

sive naturaliter & civiliter simul, sive naturaliter tantum, l. 1. §. de jectur ff. d. t. sive etiam civiliter tantum, v. g. si in mea absentia Titius occupaverit fundum, & me revertentem noluerit admittere, d. l. 1. §. de jectur, §. sive autem corpore 24. ff. de vi & vi ar. Schneid. n. 21. Sive deinde per se, sive per alium veluti procuratorem, factorem, Colonum possederit, l. 1. §. quod servus 22. ff. eod. Sive dejectus juste, sive injuste possederit: quoniam spoliatus ante omnia restituendus est, cap. 5. de rest. spoliat. unde advertis, hoc interdictum etiam prædōni, qui alium possessione dejecit, & iterum de illa dejectus est, competere, l. 1. §. 30. d. t. Et hoc speciale est propter odium violentiæ. Procedit tamen tunc demum quando prædo ex intervallo dejectus fuit, scilicet si in continenti à spoliato dejectus fuerit; quia vim vi repellere licet, l. 1. §. 27. eod. ita ut deiciens prædōnem in continenti non incadat in poenam. l. 7. Cod. unde vi. defensionem enim corporis, & rerum omnia jura, & omnis ratio permittit, & quod lege permittente fit, poenam non meretur, l. 4. Cod. ad leg. Jul. de adult. Schneid. n. 23. Zoef. ff. de vi, & vi armat. numer. 3.

80 Quando autem incontinenti fieri dicatur in universum determinari non potest, adeoque discreti Judicis arbitrio relinquendum. Putat tamen Schneid. n. 26. incontinenti hac in materia illud etiam fieri dici, quod intra aliquot dies, aut menses, imò annos contingit. Si enim aliquis privatus deiciatur de possessione, ad recuperandam possessionem modico apparatu opus est. Si verò nobilis vel comes de castro expellatur requiritur major apparatus, qui fortè intra aliquot dies fieri non potest. Si denique

Princeps de Imperio expellatur, multò sanè indiget tempore, ut cohortem colligat, & spoliatorem iterum ex possessione deiciat.

Dubitatur. An prædōni interdictum, 81 unde vi competat, si à Domino fuerit de possessione dejectus? Ratio dubitandi desumitur ex l. dolo facit ff. de except. doli, ubi regula traditur, quòd dolo quis petat illud, quod mox est restitutus. Verùm hoc non obstante Prædōni datur interdictum unde vi contra ipsum dominum spoliantem, l. ordinarii. Cod. de rei vind. §. l. 8. Cod. unde vi. Ratio est in odio violentiæ posita, & quia spoliatus ante omnia est restituendus. Schneid. n. 23. Harp. n. 6. Fach. lib. 8. cap. 18. Gail. 2. obs. 75. Schneid. n. 33. Dissent. Ham. ad Treutl. vol. 2. disp. 28. q. 56. Ex dictis itaque habes hoc interdictum, unde vi non admittere aliquam exceptionem, qualiscunque illa sit, sed spoliatum ante omnia esse restituendum, & tunc demum de jure alterius cognosci, ita d. d. auth.

Dixi III. Rerum immobilium. Patet hoc ex nostro paragrapho, qui ait: si quis ex possessione fundi, vel ædium &c. Itaque directum hoc interdictum ad res mobiles non pertinet, l. 3. §. 15. ff. d. t. Ratio; quia pro his datur actio vi bonorum raptorum, Manz. n. 5. dixi directum, utile enim pro recuperanda possessione rerum mobilium, vel quasi possessione rerum incorporalium dari ferè omnes admittunt. Zoef. n. 3. Schneid. n. 30. ubi ait etiam res mobiles in consequentiam venire in hoc interdicto. v. g. si quis dicat, se ex possessione ædium, vel castri dejectum esse, & intenet interdictum, unde vi; Hoc in casu etiam simul peti possunt res mobiles in ædibus vel castro existentes.

Dixi IV. Ejusque heredi. Intellige hoc procedere, si defunctus dejectus sit, ut hæres possit ex persona defuncti agere, l. 1. §. 44. ff. de vi, & vi armat. tamen enim hoc interdictum pœnale sit respectu ejus, contra quem redditur, ex parte tamen dejecti, rei persecutionem continet; actiones autem rei persecutorias transire ad hæredes, patet ex tit. de act.

82 **Contra quem competat?** Dixi V. *Contra eum, qui vi, sive per se sive per alium dejectus:* ita docet, l. 1. §. 12. ff. de vi, & vi armat. Imò contra illum datur, qui dejectionem rati habuit; quoniam in delictis rati habitio mandato equiparatur, l. 1. §. 14. eod. Perez. *Inst. hic.* Dixi VI. *Ejusque heredes.* In id videlicet, quantum ad eos pervenit, d. l. 1. §. ult. vel dolo malo eorum factum est, quò minus pervenerit, l. 2. l. 3. l. 9. ff. de vi, & vi armat. tamen enim vulgata sit regula Juris, quòd ex delicto defuncti hæres conveniatur, l. un. Cod. ex delict. defunct. Illa tamen regula limitatur: nisi hæres ex delicto defuncti aliquid subintrat videlicet turpia lucra etiam ab hæredibus extorquenda esse, l. 1. §. ult. l. 38. ff. de R. J. Harp. n. 21. Dixi VII. *Universales.* Quoniam communiter obtinet, interdictum, unde vi, contra successores singulares, sive bonæ, sive malæ fidei non dari. Ratio, quia personales actiones non transeunt in tertium, nec rem sequuntur, sed personam, l. 1. §. si hæres. ff. ad Sc. Trebell. Jam verò interdictum, unde vi personale est, l. 1. §. pen. ff. de interd. Facit etiam, l. cum à te 7. ff. de vi, & vi armat. cum à te vi dejectum sim, si Titius eundem rem possidere cepit: non possum eum alio, quam tecum hoc interdicto experiri; ergò contra singularem possessorem hoc interdictum non datur.

Kees ad Instituta.

Non obstat l. Cap. sepè 18. de restit. spoliat. Ubi spoliatus possessione non tantum contra spoliantem agit: sed etiam ab eo, qui scienter à spoliatore rem recepit restitutionem petit cum illo spoliatori, quasi in vitium succedat. Non respondetur verum esse, de Jure Canonico interdictum, unde vi contra successorem malæ fidei competere, secus autem de Jure Civili.

Stamus autem hoc in passu Juri Ca-83 nonico, utpote corrigenti, & emendanti Jus Civile. Ratio est, tum regula illa decantata, quæ docet, quòd si in Jure Canonico aliquid clarè, in Jure verò civili subobscurè decisum sit, debeamus stare Juri claro, cap. 1. de nov. operis nunt. tum quia versamur quasi in materia peccati; is enim requè reatum conscientie incurrit qui sciens rem aliquam injustè detinet, quàm qui illam violenter invadit. d. cap. sepè 18. Harp. n. 24. Zoef. ff. de vi & vi armat. n. 111. Et hoc procedit de possessore malæ fidei, ut contra hunc interdictum unde vi detur. Secus est de possessore, sive successore singulari bonæ fidei, eò quòd d. cap. 15. loquatur de eo successore particulari, qui scienter rem alienam detinet & in vitium auctoris succedit. Zoef. loc. cit. num. 22. Hertogh. h. t. n. 23. Gail. tamen lib. 2. obs. 75. n. 10. foro receptam sententiam dicit, quæ docet, interdictum, unde vi, de Jure Canonico etiam contra successorem singularem bonæ fidei accommodari.

Dixi VIII. *ad recuperandam quam* 84 *totius possessionem:* spoliatus enim ante omnia restituendus, l. 7. Cod. ad leg. Jul. de vi, ita ut supra diximus ut nulla exceptione, sive domini sive conventionis, dicendo, quòd me quoque dejecerit, interdictum unde vi

retardari possit; quoniam spoliatus antè omnia restituendus. *Schneid. n. 32.* Quod tamen fallit de jure Canonico *cap. fin. §. de ord. cogn.* ubi reus obiciens spoliis sive reconventionis exceptionem, auditur. Dicitur autem exceptio per modum reconventionis opponi, in simili casu, v. g. Titius dejecit me, ego oppono, quòd me prius dejecerit. *Schamb. hic. Zoef. ad decret. de restit. spoliat. n. 11.*

Dixi IX. *Cum interesse, & fructibus l. 1. §. 32. & 41. ff. de vi, & vi armat. ne injuria fiat dejecto, & ne ex suo maleficio deicienti aliquid accrescat. Perez. Inst. hic. Harp. n. 37.* Habetur autem ratio fructuum ex eo tempore, quo quis dejectus est, & in hoc differt interdictum *unde vi* ab aliis interdictis, in quibus fructus demum die redditu interdicti computantur, *l. 1. §. 40. ff. d. t. Harp. loc. cit.* Quod procedit intra annum, qui utilis est *l. 1. ff. eod.* post annum verò utilem, ad ea, quæ pervenerunt, tantum tenetur, *d. l. 1. in fine.*

85 *Que requirantur ad interdictum, unde vi?* Ex dictis facile est colligere requisita hujus interdicti. I. Enim requiritur, ut ex parte dejecti probetur possessio, & ex parte rei conventi dejectio, *l. 1. §. interdictum autem hoc. ff. de vi, & vi armat. Gail. lib. 2. obs. 75. n. 17.* II. Ut vi expulsiva quis dejectus sit. Unde patet contra eum, qui clam est ingressus possessionem, nulla vi adhibita non dari, quia talis vim fecisse dici non potest. *Harp. n. 14.* Tertio, ut sit res immobilis, secus enim utile hoc interdictum datur.

86 Porro sciendum, præter interdictum, *unde vi*, alia dari remedia pro recuperanda possessione, tam de Jure Civili, quam Canonico. Primum, & quidem de Jure Civili est ex *l. si quis*

in tantam 7. Cod. unde vi, ubi, qui occupat vel rapit, aut invadit rem propriam, privatur ejus dominio: si alienam sibi debitam, perdit jus suum: si prorsus alienam, duplum cogitur restituere. *Harp. n. 39. Manz. n. 8.* Secundum est ex lege Julia de vi publica vel vi privata. Ex lege Julia de vi publica tenetur, qui vim armis commisit, estque pœna confiscatio tertix partis bonorum. *Schneid. n. 8.* Quæ tamen pœnæ usu non observantur. De Jure Canonico datur remedium *ex cap. redintegrandæ caus. 3. q. 1.* quod omnium plenissimum, & tutissimum, est, teste *Gail. 2. obs. 57. n. 10.*

Differt ab interdicto *unde vi*. I. Quòd 87 interdictum *unde vi* non debetur contra tertium possessorem, benè verò remedium *ex d. c. redintegrandæ*. II. Interdictum, *unde vi* non datur pro re mobili saltem directum: benè verò *d. remed. Hertog. h. t. n. ult.*

§. TERTIA 7.

Tertia divisio interdictorum hæc 88 est, quòd alia sint *simplicia*, alia *duplicia*. *Simplicia* sunt, in quibus distinctæ sunt Personæ Actoris & Rei, adeoque constat, quis possideat, vel non possideat. *Duplicia*, in quibus par utriusque litigatoris est conditio, nec constat, quis possideat vel non; & proinde unusquisque partes tam Actoris, quam Rei sustinet.

§. DE ORDINE ULT.

Quis ordo vetus fuerit interdictorum, supervacuum est hodie dicere, nam veteres ambages ruptæ sunt solennitates, & formulæ abolitæ. Quid autem mores Regionum hac in materia induxerint, praxis, optima rerum omnium Magistra docebit.

TITULUS XVI.

DE POENA TEMERE LITIGANTIUM.

SUMMARIA.

- 1 *Quæ poena maneat temerè litigantes?*
- 2 *Prima est jusjurandum calumnie.*
- 3 *Quod & actor & reus præstare debet.*
- 4 *Quid si nolint præstare?*
- 5 *An juramentum calumnie requisita sunt.*
- 6 *Secunda poena est poena pecuniaria.*
- 7 *Tertia est poena infamie.*

AD PRINCIPIUM.

Y Hactenus de partibus utriusque litigatoris diximus: cum autem Reipublice intersit, lites minui ac discordias inter cives tolli; idcirco, ne temerè & facilè quis ad litigandum procedat, ideò pro corollario de poena temerè litigantium titulus subjicitur. Est autem isthæc poena triplex, puta, *Juramentum calumnie poena pecuniaria, & infamia*, de quibus sigillatim dicendum.

§. ECCE ENIM. I.

2 Poena, propter quam litigatores à temerè litigando deterreri possunt, est *juramentum calumnie*. Calumnia hic accipitur pro calumniosa alicujus in Judio vexatione, l. 233. ff. de V. S. quæ ut evitetur, desertur litigato volentibus Juramentum calumnie, ad hoc ut actor juret, quòd credat se justam litigandi, reus justam se defendendi causam habere, idque præsentis tactis etiam sacros. Evangelis. Dicitur, quòd credat: hoc enim Juramentum,

non veritatis, sed credulitatis tantum est, hinc licet à parte rei justam causam non habeat, modò tamen se habere credat, perjurus non est. *Schamb. hic.* potest hoc Juramentum ante & post litem contestatam deferri, prout Judici visum fuerit, cap. 1. de *Juram. calumnie* in 6. *Schneid. n. 9.*

Debet autem hoc juramentum præstare tam actor, quam Reus, tamen si sit persona Ecclesiastica, quod tamen procedit, si personaliter suam propriam causam agere velit. cap. 1. *de Juram. calum.* quod si autem per procuratorem quis, sive Laicus, sive Clericus litigare malit, etiam per eum, habentem ad hoc speciale mandatum id præstari potest, in animam ipsius principalis, cap. *fin. & cap. 3. d. t.* nisi tamen Judici visum fuerit, ut ipse principales persone illud præstent, d. cap. 3. Tenentur & advocati præstare hoc Juramentum, quòd videlicet sedulo clientibus suis servire, nullam injustam causam suscipere, nec lites fraudulenter protrahere velint. *Morz. n. 8.* In his terris Advocati initio sui muneris, non in singulas causas jurant. *König. ad decretal. b. t. n. 8. Schamb. hic.*

Quid si nolint partes litigantes hoc juramentum præstare? Si Actor recusat, & ab instituta actione cadit. Reus verò recusans pro confesso habetur. *Novell. 124. cap. 1. auth. principales Cod. de Juram. calum. Man. 7.*

Consistit porro hoc Juramentum in 5. capitibus 1. quòd credant se litem movendi, aut contradicendi justam

causam habere, l. 2. §. 1. ff. de Jurejur. propt. calum. II. Quòd à Judice interrogati veritatem celare nolint. III. Quòd neque per se, neque per alium, quid dederint, aut daturi sint, promiserint, aut promissuri sint; ut pro se feratur sententia *Auth. principales. Cod. d. t. IV.* Quòd scienter uti nolint falsis testibus, instrumentis, allegationibus, aut alia falsa probationis specie. V. Quòd nullam in tota lite superfluam probationem velint exigere nec dilationem litis procrastinandæ causâ petere, §. l. 1. §. *auth. in isto cod. Cod. Konig. loc. cit. n. 23.* Quæ 5. capita vulgaribus hisce rythmis comprehensa sunt.

Illud juretur, quod lis sibi justa videtur.

Et si quaeretur, verum non inficietur.

Nil promittetur: nec falsa probatio detur.

Utilis tradetur, dilatio nulla petetur.

AD §. AT ADVERSUS.

6 Poena, est *pena pecuniaria*, qua temerarii litigatores sunt mulctandi, ubi olim quidem actor, si temerè litigasset, in decimam litis partem condemnabatur, quod ipsum in defuetudinem abiit, ut loquitur *text. hic.* Hodie im-probus litigator damnus, & impensas litis refundat, necesse est, nisi justam litigandi causam habuerit, quod prudentis Judicis arbitrio decidendum relinquitur. *Manz. n. 18.*

§. EX QUIBUSDAM 2.

Tertia est *pena infamiae.* Quæritur autem hic, quando temerè litigantes notentur infamia? & R. quòd damnati Judicio furti, vi bonorum raptorum, injuriarum doli mali &c. Ra-

tio: quia in hisce Judiciis de dolo quaeritur, doli autem actio, & condemnatio famosa est, l. 1. §. 4. ff. de dol. non item condicatio furtiva, cum urgeat tantum rei restitutionem Similiter damnati directis, non contrariis actionibus tutelæ, mandati, depositi, quia in directis de fide rupta agitur, in contrariis non agitur de perfidia, sed de calculo & interesse actoris, quod ei ratione contractus competiturum est. *Harp. n. 6.*

AD §. SED FURTI QUIDEM.

Plurimum interest inter famosa judicia: num illa descendant ex contractu, num verò ex delicto: sin ex contractu, vel quasi: impunè pacisci & transigere licet, l. 7. ff. de his, qui notant. infam. Sin ex delicto, v. g. in actione furti, vi bonorum raptorum &c. transigere & pacisci non licet, ita, ut is, qui pecuniam dedit, ne secum ex istis causis agatur, infamia notetur. *Manz. num. 11.*

§. OMNIUM 3. ET ULT.

Potest etiam quis temerarius litigator fieri ante litem contestatam, videlicet tunc, quando quis, non petita venia Judicis, parentem, patronum, vel alios, quibus par honor & reverentia debetur, in Jus vocat, in quem poenam 50. Aureorum constitutam esse diximus, §. *penales de act.* Immiscet aliqui huic titulo materiam de Judiciis & Citationibus, verum id magis congruenter ad latiora Digestorum volumina rejicitur. Deinde de ordine Judiciorum theoreticè multum discurrere, res parvæ utilitatis est. Sequitur

TITULUS XVII.

DE OFFICIO JUDICIS.

SUMMARI A.

- 1 In quo consistat officium judicis?
- 2 Quid in noxali?
- 3 Item quid in rei vindicatione.
- 4 Item quid in petitione hereditatis?
5. 6. 7. & quid in actione ad exhibendum. Item familie heriscunda & finium regundorum facere debeat.

AD PRINCIPIUM.

X **P**ostquam Imperator instruit partes litigantes; quomodo in Judicio agere, & se defendere debeant; jam instruit Judicem, quomodo judicare, & sententiam dicere debeat. Et in primis illud judicem observare jubet, ne aliter judicet, quam legibus & constitutionibus Imperialibus aut moribus, sive consuetudinibus receptum & proditum est, aliàs sententia contra legem lata esset ipso Jure nulla, *cap. 1. x. de sent. & re jud.* Quotuplex autem sit officium Judicis, *tit. de act. diximus.*

§. IDEOQUE 1.

- 2 Offendit Imperator hic, quodnam sit Officium Judicis in noxali actione sive judicio, in quo dominus nomine sui servi, qui noxam, id est delictum commisit, conventus electionem habeat, utrum servum noxæ dedere, vel litis & damni æstimationem solvere velit. Et quidem Judex hoc in casu reum taliter condemnat. Titium Mavio in

decem aureos condemno, aut noxam dedere. Nec potest reo sive domino istam electionem adimere; quia sententia debet esse conformis petitioni actoris, *l. ut fundus 18. ff. communi dividundo.* atqui ipsa actoris petitio debet esse alternativa, aliàs actor plus causa peteret; ergo.

§. ET SI IN REM 2.

Quomodo Judex judicare debet in 3 actione rei vindicationis? **R.** Si actor dominium non probaverit, reus absolvendus est, *l. 4. Cod. de edendo*, ubi dicitur: *actore non probante, reus, etsi nihil præstiterit, absolvendus.* Quòd si verbò actor dominium probaverit, Judex jubet, ut reus rem ipsam restituat una cum fructibus. Qui autem, & quales fructus debeant restitui, diximus §. 35. *Infl. de R. D.*

AD §. SED SI.

Q. hic quando reus ad restitutionem faciendam condemnari debet? **R.** In actione quidem personali reo condemnato tempus aliquod concedi, puta, 4. Mensium ad satisfaciendum sententiæ, *l. fin. Cod. de usur. rei jud.* actiones verbò reales paratam habent executionem, & in præsentì statim restitutio facienda est: difficilìus enim est res alienam solvere, quam rem alienam restituere. Sanè, si possessor condemnatus neget se in præsentì restituere posse, aliqua ei petenti sine

frustratione dilatio indulgenda est, debet tamen datò fidejussore cavere, quòd si intra tempus dilationis rem non restituerit, litis æstimationem solvere velit. *Manz. hic. Dixi sine frustratione petenti.* Quòd si verò frustratoriè, id est morandæ restitutionis causa tempus peteret, manu militari res ab eo auferenda est, *l. 68. ff. de R. V. Harp. mun. 12.*

AD V. ET SI HEREDITATIS.

4 Q. hic, quomodo Judex procedet in petitione hæreditatis? R. Eodem modo, quo in singularum rerum petitione. Nam in utraque actione Judex possessorem condemnat non tantum ad ipsam hæreditatem, vel rem hæreditariam restituendam, sed etiam ad fructus, sed quales? diximus *d. §. 35.* Est tamen aliqua differentia inter actionem rei vindicationis, & petitionem hæreditatis, videlicet, ista, quòd in rei vindicatione fructus restituendi sint officio Judicis, qui proinde, ut eorum rationem habeat, nominatim sunt petendi, nimirum illi, qui ante litem contestatam percepti sunt, enim verò post litem contestatam percepti Jure actionis veniunt. In petitione verò hæreditatis fructus indistinctè Jure actionis veniunt; quoniam fructibus augetur hæreditas, censenturque cum ea petiti, etsi eorum nulla sit facta mentio in libello, *l. 20. §. 3. ff. de hered. petit.*

§. SI AD EXHIBENDUM 3.

5 Quomodo debet Judex in actione ad exhibendum procedere? R. Sicuti in rei vindicatione, cujus hæc est præparatoria. Nempe jubebit, ut reus rem exhibeat, cum omni causa, quam

habuisset actor, si, cum primum ad exhibendum agebatur, exhibita res fuisset. Ideòque si inter moras exhibendi usu capta aut perdita fuerit res, nihilominus reum condemnabit, in ejus rei æstimationem, habita & fructuum medii temporis, quod est inter litem contestatam, & rem judicatam, ratione.

§. SI FAMILIÆ 4.

Quid agere debet Judex in familiæ heriscundæ actione? R. Quòd Judex singulas rei singulis hæredibus adjudicare debeat. Et si in alterius persona prægravare videatur adjudicatio, id est, si contingat rem unius pretiosorem esse, hunc alteri, cujus res est minoris, incertam pecuniæ summam condemnabit, ut sic fiat adæquatio. *Perez. & Schamb. hic.*

AD V. EO QUOQUE NOMINE.

Quid si verò unus ex hæredibus 6 solus fructus percepisset? R. Quòd eo quoque nomine cohæredi condemnandus, & ad communicanda commoda compellendus sit. Idem est, quando unus hæredum rem hæreditariam corruptit, tunc alteri pro sua rata satisfacere tenetur. *Manz. hic.*

§. EADEM 5.

Quod Judex in familia heriscunda idem in communi dividendo curare debet, tam circa divisionem rerum, earumque adjudicationem & condemnationem mutuam, quam circa præstationes personales, *text. hic. §. l. 3. l. 6. §. 1. ff. commun. dividend.* Quòd si res talis in communi sit, quæ aut non commodè, v. g. *fundus*, qui divisus, neutri utilis

lis effct, aut partes pro diviso planè non recipiat. v. g. *Servus*, aut *Juramentum*, tum tota res uni adjudicanda, is autem, cui adjudicata vicissim alteri in certam pecuniam, quà pars illa æstimatur, condemnandus est. *hic. § l. 3. Cod. commun. divid.*

§. SI FINIUM 6.

7 Explicat hic Imp. quodnam sit officium Judicis in actione finium regundorum. Et imprimis monet Judicem, ut attendat & examinet secum, an sit necessaria adjudicatio, nec ne? Nam si veteres terminos, qui vel ab homine, vel inundatione fluminis, sunt evulsi, commodè potest reponere, & renovare, non debet partem agri unius adjudicare alteri, sed antiquos terminos sequi. Ratio; cur enim sollicitus esset de novo, si constet de antiquo? Si verò antiqui termini sunt valdè obscuri, & confusi, ita, ut commodius sit evidentioribus finibus distingui, quàm olim fuissent distincti, tunc necesse est, ex alterius agro partem aliquam adjudicare, quo tamen in casu conveniens est, ut is alteri in certam pecuniæ summam condemnatur, quanti scilicet ea pars agri erit,

ut nimirum tali modò æqualitas conservetur.

AD V. EO QUOQUE NOMINE.

In hoc judicio finium regundorum eo quoque nomine aliquis condemnandus est, si quid circa fines & terminos malitiosè commisit, v. g. quia lapides finales eruit, movit, aut furatus fuit, vel quia arbores finales excidit. Quo in casu in id, quod alterius interest, condemnatur, quanti scilicet in litem fuerit juratum. *Manz. n. 4. Schneid. n. 1.* Similiter si, cum Judex mitteret mensuram, & juberet metiri agros, & id alter litigantium ex contumacia passus non sit fieri, tunc tanti eum Judex condemnabit, quanti in litem actor juraverit. *Manz. n. 5. Harp. n. 4.*

§. QUOD AUTEM FIN.

Quis ergò est effectus adjudicationis in istis tribus judiciis? R. Quòd statim res fiat ejus, cui adjudicata est. Nam adjudicatio est quedam species domini acquirendi, & justa causa usucapiendi. Dixi *statim*, id est, enim ante traditionem, ratio; quia ipso Jure transfertur dominium, sicuti in legatis, *l. 64. ff. de furs. l. 80. ff. de legat. Manz. num. 3.*

TITULUS XVIII.

DE PUBLICIS JUDICIIS.

SUMMARIA.

- 1 *Quæ sit differentia inter publica, & privata judicia?*
- 2 *Definitur crimen publicum.*
- 3 *Majestas alia divina, alia humana.*
- 4 *Definitur in genere crimen læsæ Majestatis.*

- 5 *A solo subdito committitur.*
- 6 *Dividitur in perduellionem, & crimen Majestatis in specie.*
- 7 *Definitur crimen Majestatis in specie.*
- 8 *An in solum Principem Romanum committatur?*
- 9 *In quas personas crimen læsæ Majestatis propriè fiat?*

- 10 An in alios Reges ?
 11 Item in Imperatricem committatur ?
 12 Recensentur aliqua singularia in crimine lese Majestatis.
 13 Que pena sit perduellionis, & lese Majestatis ?
 14 An liberis perduellium debeatur legitima, & quomodo socii puniantur ?
 15 Desinitur adulterium.
 16 An committatur in sponsam ?
 17 Enumeratur pena adulterii.
 18 Que sit pena sodomia ?
 19 Quid sit stuprum ?
 20 Et quotuplex ?
 21 Desinitur homicidium ?
 22 Quotuplex sit homicidium ?
 23 An animus occidendi presumatur, si quis instrumento ad occisionem non apto usus sit ?
 24 Quid Juris sit, si quis consilium dederit, vel auxilium tulerit ad cadendum hominis ?
 25 Que sit differentia inter mandare, & consulere alicujus occisionem ?
 26 Que sint requisita ad moderamen inculpata tutela ?
 27 An insultatus teneatur fugere ?
 28 Pro defensione rerum, an occisio permissa ?
 29 Quid Juris ? si quis confiteatur homicidium, dicat tamen, se fecisse ad sui defensionem ?
 30 Quid sit homicidium ?
 31 Venefici qua pena afficiantur ?
 32 Quomodo patricida olim, & hodie puniantur ?
 33 & 34. Quid sit crimen falsi ? & quot modis committatur ?
 35 Item que sit ejus pena ?
 36 Quando dicatur fieri vis publica, & quando privata ?
 37 Raptus quomodo puniatur ?
 38 Quid sit crimen peculatus ?
 39 Quomodo puniantur plagarii ?

40 Quid sit crimen ambitus ?

41 Quid crimen repetundarum ?

42 & 43 Item quid sit crimen amone flagellate, & quid crimen de residuis ?

Postquam Imperator absolvit judicia privata, nunc transitum facit ad judicia publica, quorum variae species hoc titulo recensentur, de quibus in ordine.

AD PRINCIPIUM.

Magna, inquit hic, Imperator, differentia est inter judicia publica & privata, in instituendo & exercendo, illam tamen differentiam non explicat, patet tamen aliunde; nam privata judicia instituuntur per actiones. Judicia vero publica vel per accusationem, vel per denuntiationem vel per inquisitionem. Accusatio est delicti alicujus seu criminis apud Judicem vindictae publicae causa, delatio solenniter facta. Inquisitio est investigatio criminis à Judice ex officio instituta, fama vel alia justa causa praevia. Quae idcirco à Jure recepta est, ne deficienti accusatore delicta maneant impunita. Denuntiatio, quae est alicujus criminis per ministros publicos, ad hoc constitutos apud Judicem facta proditio, ut fiat in reum inquisitio. Schamb. hic. vers. sum autem.

§. PUBLICA I.

Publica autem (inquit textus) dicta sunt, quod cuivis & populo executio, seu accusatio eorum plerumque datur. Putant aliqui his verbis contineri definitionem judiciorum publicorum. Sed parum accurate: allusio enim est, & vocis explicatio, non vera definitio; nam delicta publica reperias, quorum accusatio non cuivis à populo permisa est. Sic adul-

adulterium crimen est publicum, nec tamen omnes deferre id possunt, sed illi tantum, qui verò dolore ad accusandum impelluntur, putà, maritus, pater, frater, patruus, avunculus. Extranei verò ab adulterii accusatione repelluntur, l. 1. Cod. ad leg. Jul. de adult. sic etiam crimen suppositi partus est publicum, nec tamen accusare in omnes possunt, sed illi saltem, ad quos ea res pertinet, l. 3. §. 1. ad Cornel. de fals. Regulariter itaque verum est, quòd judicia publica plerumque à quovis de populo accusari possint, ex eo solo tamen non æstimantur, sed ex eo, quòd lex certam formam & poenam crimini præstituat, idque publicum efficiat. Unde expeditissime crimen publicum definitur hoc modo: *Est delictum, quod speciali lege publicum effectum est.*

2. Intrinsicè itaque, & suapte naturà nullum crimen est publicum, sed recipit denominationem hanc à forma extrinseca, puta, dispositione legis, facinus aliquod in classem delictorum publicorum referentis. Hinc licèt crimen aliquod suapte naturà sit valde atrox, si tamen lex nulla suppetat, quæ in censum delictorum publicorum id referat, non censetur publicum, l. 1. ff. de publ. jud. Glettle. part. 4. de criminib. publ. cap. 1. n. 1. §. 2. Harp. hic. n. 1. 2. Schneid. n. 2. Ex dictis Colliges I. Blasphemiam in classem delictorum publicorum non pertinere, legem enim nullam reperies, quæ blasphemiam crimen jubeat esse publicum. Glettle n. 3. dissent. Gomez. tom. 3. cap. 1. n. 2.

Colliges II. Populares actiones, licèt omnibus pateant, l. 1. §. l. 4. ff. de popular. action. v. g. actio albi corrupti, actio sepulchri violati, actio de via publica &c. ad judicia publica pertinere, quia nullà lege, nullà constitutione ad judicia publica referuntur. Harp. n. 3.

Kees ad Institut.

Dixi suprà plerumque judicia publica à quovis de populo accusari posse: prohibentur enim aliqui propter ætatem, ut pupillus; alii propter sexum, ut mulier; alii propter Sacramentum, ut milites; alii propter munus, ut magistratus; alii propter delictum, ut infames, alii ob statum, ut servi &c. Harp. n. 9.

§. PUBLICORUM 2.

Judicia publica alia sunt *capitalia*, alia *non capitalia*. text. hic. §. l. 2. ff. h. t. Capitalia sunt, quæ vel mortem naturalem vel civilem inferunt, seu (ut textus habet) quæ ultimo supplicio afficiunt homines, vel etiam aquæ & ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo. Non capitalia sunt, quæ pecuniaria poenà, aut corporis aliquà coercitione aut relegatione puniuntur, text. hic. §. l. 2. ff. h. t. junctà semper infamià, quam in his judiciis sequitur, l. 7. ff. h. t. l. 1. ff. de his. qui notant. infam. Schamb. hic.

§. PUBLICA 3.

De *Crimine lese Majestatis*. Inter delicta publica atrocitate præcellit crimen Majestatis, quod nostri tam grave, tamque immane reputant, ut sacrilegio proximum esse reputent, l. 1. ff. ad leg. Jul. Majest. Majestas alia divina est, alia humana. Divina ad Deum optimum maximum, ejusque cultum seu divinam religionem refertur, l. ult. Cod. de feriis. In hanc deliquisse dicitur, qui id egit, quod directè tendit in diminutionem honoris divini. Tales sunt blasphemii, heretici, apostatae, incantatores, malefici &c. Harp. n. 3. hic. Zoef. ff. d. t. n. 1. De blasphemia, hæresi, & Apostasia solidè scribit Glettle. tract. de crimin. publ. c. 3. Humana Majestas est, quæ ad Imperatorem vel ad principem refertur, in hanc deliquisse dicitur, qui contra Imperatorem, ejusque salutem & tranquillitatem aliquid hostile machinatus, vel molitus est.

4 Hoc definitur à variis variè. Expedi-
tissime hoc modo : est delictum publicum ,
quo Majestas humana læditur à subdito :
Dixi à subdito : communiter enim inter
DD. obtinet crimen læsæ Majestatis à so-
lo subdito, non etiam ab exteris commit-
ti, qui, si in Majestatem, cui subjeçti non
sunt, delinquant, ut hostes vel prodito-
res aut exploratores sunt puniendi. *Glette-
le. de crim. pub. cap. 2. §. 1.*

Quòd autem à solo subdito crimen
læsæ Majestatis committatur, ostenditur
*per Clemen. 2. vers. rursus de sent. & re
jud. ubi Siciliae Rex faciendo confeder-
ationes, & conspirationes in Henricum
Imperatorem Romanum, disertè negat-
ur crimen læsæ Majestatis commisisse,
propterea, quòd Imperatori Romano sub-
ditus non fuerit. Hanc sententiam am-
plectuntur Hum. ad Treutl. vol. 2. th. 1.
disp. 32. lit. q. 4. & ibi Bachov. Gomez. var.
Resol. tom. 3. cap. 2. n. 10. Zoef. loc. cit. n. 9.
Harp. hic. n. 40. Ludwell. hic. n. 6. Ex quo
sequitur, si clericus delinquat in Impera-
torem, crimen læsæ Majestatis non com-
mittere; quoniam clericus laicorum im-
perio exemptus est. Ita allegati AA.*

5 Non obstat, quòd exteri sive peregrini,
si in territorio alieno adversus Princi-
pem aliquid machinentur, quòd, inquam,
ratione delicti, forum illic sortiantur, ac
proinde juxta leges loci puniri possint.
Enim verò R. Diversa esse peregrinum
ob crimen, quod adversus Principem
commisit, puniri posse, & posse tanquam
crimen Majestatis. Prius nos ipsi concedi-
mus, posteriùs negamus. *Glette loc. cit.*

6 Dividitur crimen Majestatis in per-
duellionem, & crimen Majestatis in specie.
Perduellio est delictum publicum, quo
hostilitas adversus Principem aut Rem-
publicam committitur à subdito, *text. hic.*
Quòd variis modis contingit, v. g. si
quis in necem Principis conjuraverit, *l. 4.
§. ad l. Jul. Majest.* Si quis seditionem

excitaverit, *l. 1. §. 1. ff. eod.* si quis hosti se-
creta Principis revelaverit, *l. 1. §. 1.* Si
quis castra vel urbes hosti tradiderit, *l. 3.
ff. eod.* Plures modos recenset *Glette c. 7
2. §. 4. loc. cit.* Crimen Majestatis in spe-
cie definitur, quòd sit delictum publi-
cum, quo dignitas Principis, aut Reipu-
blicæ citra hostilitatem læditur à subdi-
to, v. g. si quis statuas Principis, jam
consecratas violaverit, puta, traxerit, cæ-
ciderit aut conspurcaverit &c. Sanè sta-
tuas non consecratas, h. e. sine permissa
Principis autoritate privatà collocatas,
si quis violaverit, crimine hoc non ob-
stringitur. *l. 4. ult. l. 5. l. 6. l. 7. §. ult. ff. ad
leg. Jul. Majest.* Item committitur crimen
Majestatis, si monetam quis adulterave-
rit, *l. 7. Cod. de fals. monet.* Si quis priva-
tos carceres habuerit, *l. 1. & 2. Cod. de
privat. carcer.* si quis confugientes ad
Ecclesiam inde abstraxerit, *l. 2. Cod. de
his, qui ad eccles. conf. &c. Glette loc. cit.
n. 21. Zoef. ff. d. tit. n. 6. & 7.*

Viso, quid & quotuplex sit crimen 8
Majestatis, qui illud committant, & quo-
modo committatur, sequitur, adversus
quos committatur. Committi autem po-
test in genere adversus omnes, qui Ma-
jestate fulgent, h. e. qui summam in sub-
ditos, & legibus solutam potestatem ob-
tinent, sive Reges sint, sive Optimates,
sive denique populus, *arg. l. 1. ff. ad leg.
Jul. Majest. l. 4. Cod. eod.*

Contendite quidem *Each. l. 9. c. 23. ad- 9*
versus solum Principem Romanum cri-
men hoc committi, eò quòd textus ad-
ducti de principe non alio loquantur,
quàm de Romano. Sed in spongiam in-
cumbit hoc argumentum. Nam ideò *d. l. 5.*
de solo Principe Romano loquitur;
quia tunc temporis divinari non poterat,
orbem Romanum in plura regna quoti-
dam discerpandum. Et postquam dissecto
in partes imperio, novi Principes Jus Ro-
manum receperunt, utique etiam recepe-
runt

Ante memoratam constitutionem, cum lege speciali huic non derogaverint, *Glethe. loc. cit. §. 3. n. 1.* In specie committitur crimen Majestatis I. Adversus Pontificem utpote supremum caput, & superiorem non recognoscentem. II. Adversus Imperatorem Romanum, de quo Jure dixeris, quod ea polleat autoritate, ut ad lucem ejus supremæ Potestates reliquæ, velut stellæ ad radios solis expallescant. III. Adversus Electores imperii. Ita apertè statuit *aur. Bull. c. 24. Harp. n. 17.* IV. Adversus Consiliarios Principis; quia pars censetur corporis principalis, *l. 15. Cod. eod. Glethe. n. 6. Harp. n. 15. Schamb. vers. queres hic.*

IO Q. I. An crimen læsæ Majestatis in Principes, superiorem non recognoscentes, quales sunt Hispaniæ, Galliæ, Angliæ, Poloniæ, & Daniæ Reges, à subditis ipsorum committatur? multis disputationum ambagibus involuta est quæstio ista. *Negativam* utraque manu propugnant. *Fach. l. 9. c. 32. Harp. n. 19. hic. Wesenb. in parat. ad l. Jul. Majest. n. 4. & 7.* Moventur I. per *§. hic. 3.* ubi difertè scriptum est, crimen læsæ Majestatis contra Imperatorem vel Rempublicam committi; ast alii Principes sive superiorem recognoscant, sive non, Imperatores tamen non sunt; ergò illud vulgatum ipsis occinere possis, quòd inclusio unius exclusio alterius, *l. 21. Cod. de procurat.* II. Quia *in l. ult. Cod. de abolit.* crimen læsæ Majestatis & crimen patriæ, quam quis hostili manu debellavit, sibi invicem opponuntur: signum proinde evidens est, eum, qui in patriam vel civitatem, licet superiorem non recognoscentem, deliquit, reum læsæ Majestatis non esse. III. Quia in aurea Bulla Caroli IV. singulari privilegio Principibus Electoribus tributum est, ut crimen læsæ Majestatis in ipsos committatur; ergò videtur Jus commune esse in contrarium, exceptio enim

firmat regulam in casibus non exceptis, *l. 102. ff. de legat. 3.*

Verùm his argumentis nihil in contrarium remorantibus subscribo affirmativæ, cui patrocinatur *Zoef. ff. ad leg. Jul. Majest. n. 3. Hum. ad Treutl. vol. poster. disp. 22. q. 3. Ludw. hic.* Ratio I. Quia Majestate fulgent; ergò si quid in ipsos committatur, crimen læsæ Majestatis erit, ubi tamen læditur Majestas, crimen læsæ Majestatis commissum esse dixeris. Ratio II. desumitur ex *l. 7. §. 1. ff. de captiv. & postlim. revers.* in illis verbis: *alterius populi Majestatem*, quibus evincitur plus, quàm manifestissimè aliorum etiam populorum esse Majestatem &c. quâ læsa, crimen læsæ Majestatis commissum erit.

Ad I. **R.** Non fuisse mentem & intentionem Justiniani Imperatoris, de quovis læsæ Majestatis crimine tractare. Sed de illo solum, quod à civibus Romanis committitur; his enim solum præscripta & sancita erat lex Julia. Ad II. **R.** Concedendo crimen læsæ Majestatis & oppugnatæ patriæ sibi invicem opponi, sed id de tali oppugnatione patriæ intelligendum, quæ non ponit crimen læsæ Majestatis, puta, quòd talis patria sit, quæ superiorem agnoscit, v. g. *Principem Electorem &c.* Ad III. **R.** Argumentum à contrario contra expressos Juris textus non procedere, prout est *textus d. l. 7. §. 1.* Deinde nulla ratio fuit, ut sanciretur, crimen læsæ Majestatis in præmemoratos Reges committi; quoniam id aliunde clarum erat, in eos committi, eò quòd Majestate fulgeant.

Mihi, ut verum fatear, negativa sententia in rigore Juris videtur verisimilior, ex hac potissimum ratione quòd *textus*, & *leges* allegatæ de Imperatore loquantur, licet proinde recensiti reges Majestate fulgeant, & sic par in iis ratio esse videatur; quia tamen in odiosis verisimur, pœna non videtur ad eos exten-

denda, qui lege difertè non sunt comprehenfi. In reliquos Principes, Comites, & Barones Imperii, licèt quoque crimen læsæ Majestatis committi aliqui autument. *Hum. d. lo. q. 6.* contrarium tamen verius est, eò, quòd, nulla in iis propriè Majestas resideat, ut proinde crimen læsæ Majestatis in eos committi non possit.

Non *obstat*, quòd & isti pars corporis Imperatoris esse censeantur, *arg. l. 5. Cod. ad leg. Jul. Majest. R.* Enim, id, quod ibi singulariter in consiliariis Principum constitutum est, ad consequentiam trahendum non esse, cum odia potius restringenda, quàm amplianda sint, *cap. 15. de R. J. in 6.*

II Q. II. An crimen læsæ Majestatis committatur in Imperatricem? *R.* Si lubeat de rigore Juris discurrere, certum est, nec in Imperatricem, nec in Regem Romanorum crimen læsæ Majestatis committi, eò quòd simus in odiosis, & dictæ personæ sub lege non sint comprehensæ. Ratio tamen tum politica, tum æquitatis exigit, ut asseratur, tam in Imperatricem, quàm Regem Romanum crimen læsæ Majestatis committi, eò quòd utraque persona Majestate fulgeat. Vide *Glettle de criminib. publ. cap. 2. §. 3. n. 7.*

12 Illud *observandum*: ob enormitatem hujus criminis multa singularia, quæ in aliis criminibus non obtinent, de Jure statuta reperiri. I. Enim nuda etiam voluntas, licèt non fuerit in effectum deducta, facit huic crimini obnoxium, *l. 5. Cod. ad leg. Jul. Majest.* quod tamen cum grano salis intelligendum, quatenus videlicet nuda voluntas in actum exivit exteriorem, ita ut conatus aliquis adverteretur; nam nudam & solam voluntatem interiorem, absque ullo tractu exteriori ad hoc crimen non sufficere, serè in confesso est; quoniam

Juris est, ut cogitationis pœnam nemo patiatur, *l. 18. ff. de pœnis, & actus merè interni, qui scilicet in solo animo & cogitatione consistunt, non cadunt sub legem humanam. Konig. de constitut. n. 18. ad decretal. Zoef. ff. ad leg. Jul. Majest. n. 11. Harp. n. 42.* Unde sequitur nimis rigidam fuisse sententiam Curie Parisiorum, quæ nobilem, qui Franciscum I. se occidere voluisse sodali Franciscano religiose confessus erat, capitis condemnavit, quâ de re *Bodin. lib. 2. de Reipubl. cap. 5. pag. 276.*

II. Crimen hoc deserere possunt, qui jus accusandi aliàs non habent, puta, famosi, milites, mulieres, *l. 7. §. 1. l. 8. ff. b. t.*

III. In Q. hujus criminis nulla dignitas à tortura eximit, *l. 3. l. 4. Cod. ad leg. Jul. Majest.*

IV. Quòd illi, qui pro reo Majestatis intercedunt, perpetuà notentur infamia, *l. 5. §. 2. Cod. eod. Schamb. hic. Glettle. loc. cit. §. 4. n. 3.*

Pœna huic crimini præstituta variat. & alia est, si sermo sit de perduellionis crimine, alia si de crimine læsæ Majestatis in specie. Pœna perduellioni præfinita concernit vel ipsum perduellem, vel liberos, vel denique conscios.

Ipse perduellis severè admodum punitur. I. Enim ultimo afficitur supplicio, *l. 5. Cod. b. t. l. 3. ff. eod. §. 3. hic.* Ex consuetudine membra in 4. partes secantur, vel perduellis igne, aut etiam suspendio punitur. *Harp. n. 45. Zoef. loc. cit. n. 17.* II. Perduellis memoria etiam post mortem damnatur, §. 3. *hic.* ita ut de hoc crimine etiam post obitum delinquentis cognosci & procedi possit, *l. 6. l. fin. Cod. ad l. Jul. Majest.* secus quàm in aliis criminibus, quæ morte reorum extinguuntur constat, *l. 2. §. 3. Cod. si reus vel accusat.* Itaque memoriam auctem defuncti damnari nihil aliud est, quàm

quàm etiam post mortem infamem dici, statuas ejus, & insignia in honorem ejus erecta, edita, affixa tolli, eliminari atque deleri, *Schamb. bic. III.* Bona perduellis omnia publicantur, sive confiscantur, *d. l. 6. Et ult. eod.* tum feudalia tum allodialia. *Zoef. loc. cit. n. 17.* ipso Jure, ut sententia definitiva non sit necessaria: nam declaratoria requiritur ad effectum executionis, *arg. cap. cum secundum de hered. in 6.* nisi crimen omninò sit notorium. *Gail. de pace pub. lib. 2. cap. 36. n. 16. Et n. 17.* Et hoc quoad bona rei, quæ sunt in territorio principis, cujus Majestas læsa: alibi sita non possunt dici publicata, cum lex non extendat se ultra territorium Legislatoris, *cap. 2. de const. n. 6.* Salva etiam manet uxori sua dos, & ususfructus donationis propter nuptias quoad vivit uxor; post mortem enim uxoris cedit fisco, *l. 5. Et uxores. Cod. d. t. Zoef. bic. ff. n. 19. Brumm. in d. l. 5. n. 29.* Pœnis hætenus recensitis afficiuntur ipsi perduelles. Liberi verò perduellium sequentes pœnas incurrunt. I. Perpetuâ notantur infamiâ, *d. l. 5. §. 1.* II. Privantur honoribus & dignitatibus, ac recipi prohibentur in numerum militum, *d. l. 5. §. 1. aur. Bull. tit. 24. §. 1.* Imò tales reputantur, quibus vita supplicium, & mors solatium. *Manz. bic.* Ad filias tamen pœna hæc non pertinet. Hæ enim, quia ob vitæ infirmitatem minus ausuræ creduntur, Matri in legitima succedunt, *d. l. 5. §. 3. Brumm. ibi num. 21.* IV. Privantur testamenti factione passivâ, ita, ut ne quidem ex testamento extranei capere quidquam possint, *d. l. 5. §. 1. Glettle de criminib. publ. cap. 2. §. 6. n. 1.*

14 Q. III. An liberis perduellium ex bonis patris perduellis non saltem debeat legitima? R. Interesse, an per legitimam determinata legibus portio, puta triens, vel semis intelligatur, an verò alimenta?

Si priùs; certum est, legitimam non deberi, *l. 5. Cod. ad leg. Jul. Majest.* ubi bona perduellis omnia fisco transcribuntur, ac ad perpetuam egestatem liberi damnantur, quod non fieret, si liberi patri perduelli in triente vel semisse succederent. Si posterius: puto, legitimam saltem ex ratione æquitatis deberi; quoniam necare dicitur, qui alimenta negat, non autem est finis Principum necare liberos, cum difertè in *d. l. 5.* profiteantur; quòd vitam illis lenitate Imperatoria indulgeant. *Glettle. loc. cit. §. 6. n. 7. q. 3.*

Q. IV. Pertineantne ad memoratam constitutionem liberi tam ante, quàm post commissum crimen admissi? *vide Glettle. loc. cit. cont. 4.* Socii & consocii hujus sceleris eadem pœnâ afficiuntur, qua ipsi perduelles, *d. l. 5. §. 6.* ubi tamen æquior videtur sententia, quòd sola reticentia, fortè quia sufficienter crimen probare non potest, non sufficiat ad incurrandam hanc pœnam, quòd enim quis probare non potest, scire non intelligitur, *Zoef. ff. ad leg. Jul. Majest. n. 13. Glettle loc. cit. §. 7. n. 2.* In reos criminis læsæ Majestatis in specie tanta pœna non est constituta, sed secundum circumstantiarum qualitatem, vel deportatione, vel relegatione, vel etiam gladio puniuntur, *l. 34. l. 40. ff. de pœnis. §. 3. bic.* Pœnis aliis, v. g. damnationis memorie, confiscationis, &c. non subjiendos esse, verius est, *Glettle. d. loc. §. 8. Harp. n. 88.*

§. ITEM LEX JULIA 4.

II. Crimen publicum est adulterium, 15 quod nihil est aliud, quàm *conscubitus cum persona, alteri ligatâ.* De Jure Civili tunc tantum dicitur committi adulterium, quando nupta violatur, *l. inter §. 1. ff. ad l. Jul. de adult.* sive à conjugato, sive à soluto, *d. l. inter.* ut proinde

adulterium non sit, si maritus negotium illicitum habuerit cum soluta; sed tantum stuprum erit. Ratio; quia Jus civile principaliter confusionem feminis, & incertitudinem prolis considerat, eaque de causa adulteria specialiter execratur, & tanquam Reipublicæ noxia, graviter punit. De Jure verò Canonico adulterium committitur, siue solutus conjugatam carnaliter cognoscat, siue conjugatus solutam, siue conjugatus conjugatam. Ratio, quia sacri Canones non effectum civilem, & damnum ob incertitudinem prolis, in patrimonio contingens, sed reatum in conscientia, & læsionem justitiæ, & fidei conjugalis considerant, nec virum, & uxorem ad imparia judicant. *can. 19. caus. 32. q. 5.*

16 In controversiam rapitur; ane adulterium committatur à sponsis? Quin in sponsam de præsentis, putà, matrimonio rato jam vinculatam, adulterium committatur, dubitandum non est; talis enim vera conjux est, cum consensus non concubitus faciat nuptias. Facit & *cap. 6. §. de eo, qui cognovit. consang. ux. sue.*

Dubium duntaxat est de sponsa de futuro. Et videtur dicendum, & in hanc committi adulterium *per l. si uxor. 13. §. divi. 3. ff. ad leg. Jul. de adulter.* his verbis: *Divi Severus, & Antoninus rescipserunt, etiam in sponsa hoc idem vindicandum, quia neque matrimonium quæcunque, neque spem violare permittitur.*

Verum, probabilius est, in sponsam de futuro non committi adulterium. Ita *Zoes. ff. ad leg. Jul. de adult. n. 6. Konig. ad decret. de adult. & sup.* Ratio sola, sed solida est posita in ipsa definitione adulterii, quod est violatio thori, & adulter dicitur corruptor alienæ Matrisfam. sponsalia autem de futuro thorum non ponunt, nec sponsa aliena dici potest Materfam.

Add. l. 13. §. 3. ff. etiam in sponsa 17
hoc idem vindicandum, *ut stuprum, cons. ut adulterium nego.* Sensus legis, quòd, sicuti marito permittitur vindicare adulterium ob injuriam, eidem illatam, ita & sponso permittatur stuprum sponsæ vindicare. Ita *communiter.* Pœna adulterii olim de Jure Civili varia erat. De Jure Codicis est pœna gladii constituta, *l. 30. §. ult. & l. 9. Cod. eod.* Verum, hæc pœna in muliere mutata fuit. *Nov. 134. §. mulier vero. 7.* atque sancitum est ut mulier, rea adulterii, virgis cæderetur, atque in monasterium detruderetur, & si maritus intra biennium illam ad se non revocaverit, ibi toto vitæ suæ tempore, tanquam in carcere manere, & pœnitentiam agere cogatur, *cap. 9. de convers. conjugat.* Sed & ista pœna in Germania parùm frequentata fuit: rationi enim esse contrarium videtur, loca sancta impudicis mulieribus repleti. *Marz. hic. n. 5. & 6.* Illud certum est, licet antiquæ pœnæ non amplius observentur, quòd adulterii pœna illa adhuc vigeat, quòd mulier amittat dotem, & maritus donationem propter nuptias. *Nov. 117. §. 8.* Et in terris A catholicorum communiter constitutum vel usu introductum est, ut tam masculi, quàm femine propter adulterium, maxime si duplex & bilaterale sit, gladio feriantur. *Berlich. conclus. pract. l. 4. cap. 17. n. 20.* In terris verò Catholicorum ferè utiquè receptum est, ut adulteri saltem primâ, & secunda vice non gladio aut pœna capitali, sed carceribus, relegatione, aut pœna pecuniaria, vel confusione aliqua puniantur. *Engel. de adult. & stup. n. 6.* licet interea adulteros pœnâ nimis levi affici, multi conquerantur, & principes in hoc delicto castigando nimis clementes, aut negligentis gravis peccati arguat. *Clariss. D. P. Konig. ad decret. eod. tit. §. 6.*

AD V. SED EOS.

19 Eadem poenâ gladii de Jure Codicis, & Institutionum puniuntur sodomix rei. Verùm exasperata est hæc poena per constitutionem Carolinam, atque comburi jubentur.

AD VI. SED EADEM.

20 Ex eadem lege Julia prohibetur, & coercetur stuprum, quod est concubitus soluti cum soluta virgine, aut vidua, honestè vivente, *l. inter stuprum. ff. de V. S. Dixi honeste vivente;* nam, cum meretrice, quæ pro quæstu passim corpus venale prostituit, non stuprum, sed fornicatio committitur, cujus poena est arbitraria. *Harp. n. 58. hic.* Porrò, stuprum vel *simplex* sive *voluntarium*, vel *violentum est.* Illud sceminae volenti, & spontè consentienti: hoc invitæ, ac vi compulsæ infertur. Poena prioris de Jure Civili est publicatio dimidiæ partis bonorum in honestioribus: in humilioribus castigatio corporis cum relegatione, §. 4. *Inst. hic.* De Jure canonico jubetur, stuprator corruptam ducere, vel ut aliqui legunt, & dotare, *cap. I. de adult. & stup.* Poena stupri violenti est adhuc hodie ultimum supplicium, *const. Carol. art. 119. Manz. n. 15. hic.* Cæterùm, puella in dubio præsumitur Virgo, & neganti virginem incumbit probatio, quòd prius ab alio fuerit deflorata, quia quilibet præsumitur bonus, donec probetur malus, *l. merito ff. pro socio,* & puella habet præsumptionem nature pro se, cum Virgo nascatur. *Engel. d. 1. n. 14.*

§. ITEM LEX CORNELIA §.

21 Succedit tertia publici Judicij species, puta, homicidium, quod lege Corneliâ de sicariis punitur. Homicidium definiunt, quòd sit *humani corporis animati pe-*

emptio, ab homine facta. Nam, si homo à ferâ, vel bruto occidatur, propriè non est homicidium, sed dicitur pauperies *tot. tit. Inst. si quadrupes paup. fecisse. di. Dixi animati.* Unde & ille ordinaria poenâ homicidii plectendus dicitur, qui abortum procuravit, sive, qui foetum humanum nondum editum (quem Medici embrionem vocant) negavit, partumque abegit, *l. 38. §. 5. & l. Cicero 39. ff. ad leg. Cornel. de sicar. si tamen embrio fuerit animatus;* nam, antequàm informatus est anima rationali, non dicitur homo, atque ita nec commissum homicidium, *cap. sicut. de homicid. quod est peremptio corporis humani. Gomez. tom. 3. cap. 3. num. 32. Fach. 9. cont. 101. Harp. hic. n. 33.* quo autem tempore anima infundatur, inter D. D. non convenit, alii autumant mensem die 30 sceminam 80. alii aliter. Puto, optimè illos sentire, qui quæstionem istam Physicis, & Medicis decidendam, & discutendam relinquunt. *Harp. n. 56.*

Dividitur homicidium à variis variè. ²² Placet præ aliis illa divisio, quòd homicidium aliud sit *voluntarium*, aliud *causale.* Voluntarium iterum vel *licitum*, vel *illicitum*, adedque tertia species, scilicet quòd aliud homicidium sit *necessarium*, quod quis committit ad necessariam sui defensionem, vel quod fit à Magistratu in malefactores, vel, quod fit ab eo, qui justum bellum gerit, necesse non est, quoniam in homicidio voluntario licito includitur. Homicidium voluntarium illicitum est, quod ex proposito, & intentione, aut saltem libera voluntate, aut ex iracundia, cum rationis tamen advertentia, factum, est *l. 1. §. 3. l. 7. & l. 14. ff. ad leg. Cornel. de sicar. sanè,* ut homicidium dicatur, *dolus* concurrat necesse est; lata enim culpa non sufficit, ut poenâ ordinariâ reus afficiatur, quoniam in criminalibus lata culpa dolo non acqui-

æquiparatur, *lib. 7. ff. eod. Harp. n. 58.*
 § 59. Dolus autem licet ex pluribus
 indiciis, & circumstantiis probari possit;
 indicia tamen maximè censentur ista esse,
 quæ ex genere, & qualitate annorum
 fumuntur. Etenim, qui gladio, scilicet
 to, vel baculo satis robusto, vel (ut bre-
 vis sim) tali instrumento usus est, ex
 quo mors facillè possit sequi, voluntatem,
 & animum occidendi, quin præsumatur,
 habuisse dubitandum non est.

23 *Harp. n. 67.* Quod si verò aliquis clavi,
 cucumà, pugno, baculo, ligone, virgis,
 loris, vel alio instrumento, ad interemp-
 tionem hominis non apto, usus fuerit,
 vix est, ut dolo homicidium fecisse præ-
 sumatur. *Gail. lib. 2. obs. 110. num. 7.*
Harp. n. 67. hic. Ubi latè hac de materia
 discipat.

Dices: hic in §. nostro dicitur, homici-
 cidam teneri pœna mortis, sive cum
 gladio, sive cum ligno vel lapide, vel
 alio quocunque teli genere homicidium
 perpetraverit. *R.* Istum §. (ut ipse Ju-
 stin. explicat) de eo exaudiendum esse,
 qui, hominis occidendi causa, cum telo
 ambulaverit, h. e. animum, & voluntatem
 occidendi habuerit. Quoties enim
 in aliquo Juris loco disponitur, ordinari-
 am legis Cornelie pœnam infligendam
 esse, semper præsupponendum est, occi-
 dendam animum præcessisse, sinè quo pœ-
 na legis Cornelie locum non habet, *l. 7.*
ff. ad leg. Cornel. de sicar. Cæterum, li-
 cèt *Humm. ad Treutl. vol. 2. disp. 32.*
th. 5. q. 42. Utrâque manu propugnet,
 eum, qui clavi, cucuma, lapide, pugno,
 baculo, fuste, ligone, virgis, loris, simi-
 liquè instrumenti genere, ad hominis oc-
 cisionem verisimiliter non apto, aliquem
 percussit, & percudiendo occiderit, oc-
 cidendi animum, & voluntatem occiden-
 di habuisse, atque adèò, dolo occidisse
 præsumi; indigna tamen est tanto vitio
 isthæc sententia, & veritati minùs con-

grua. Refragatur enim luculentis Juris
 textibus, puta, *l. 1. §. 3. ff. ad leg. Cornel.*
de sicar. l. 5. Cod. eod. c. 18. *de*
homicid. repugnat insuper apertè huma-
 nitati, ac benignitati, quæ cumprimis
 in pœnalibus attendenda, *l. pen. ff. de*
pœnis. Harp. n. 71. Itaque, si aliquo ex
 memoratis instrumentis alterum quis oc-
 ciderit, pœna legis Cornelie ordinaria
 non tenetur, nisi doceatur claris proba-
 tionibus, reum animum habuisse occi-
 dendam; nulla enim præsumptio tam vio-
 lenta est, quin per contrariam probatio-
 nem everti possit, *Zoes. ff. ad leg. Cornel.*
de sicar. n. 7. Planè, ut quis pro homi-
 cidam habeatur, nihil interest, utrùm oc-
 cidat ipse, an mortis causam dolo malo
 præbeat, *l. 15. ff. d. t.* Unde, mandans,
 alterum occidi, æquè ac ipse occidens,
 tenetur, *l. 15. §. 1.* Nihil enim interest,
 an quis occidat, an causam mortis præ-
 beat, & quod quis pro alium facit, per
 se ipsum facere censetur, *cap. 72. de R.*
J. in 6. Zoes. n. 12.

Non obstat, quod rei turpis nullum
 mandatum, nullus contractus, nulla
 obligatio, vel actio existat, *l. 6. §. 3. l.*
22. §. 6. ff. mand. Id siquidem intelli-
 gendum est ratione obligationis, & ac-
 tionis, producendæ inter contrahentes,
 puta, *mandantem & mandatarium:* non
 verò quoad actionem, vel accusationem,
 pariendam ei, in cujus præjudicium
 mandatum est. *Gomez. var. resol. tom.*
3. cap. 3. n. 39.

Q. Ulterius. Quid dicendum de eo, 24
 qui consilium dedit, vel, qui auxilium
 tulit: Communis opinio distinguit, an
 fuisset aliàs facturus nec ne? Priori ca-
 su ordinariam homicidii pœnam non ha-
 bere locum, existimant; potest tamen
 pœna extraordinaria affici pro arbitrio
 scilicet Judicis, examinantis, an consilio
 animum alterius multum, vel parum
 moverit. Ita facit *text. in cap. 6. §. qui*
verò

verò 3. de homicid. ubi, qui inflammaverunt animum regis, dicuntur pœnitiendi, licet non tam severè. *Zoes. n. 17.* ubi, idem in mandante statui posse, opinatur; eò quòd talis consultor, & mandator non videtur pœnisse ad factum homicidii concurrisse. Posteriori casu consulens, & auxilians pari pœna, qua homicidæ afficiuntur. *Ita Zoes. ff. ad leg. Cornel. de sicar. n. 17. Gomez. var. resol. Tom. 3. c. 3. n. 43. & seqq. Guil. lib. 1. cap. 1. n. 43. de Pace publ. Ratio est in l. non solum. II. §. 6. ff. de Injur. ubi in hæc verba rescribitur. Attilicinus ait, & si persuaserim alicui, aliàs nolenti ut mihi, ad injuriam faciendam, obediret, posset injuriarum mecum agi: ex quo illud tritum verum, consilium malum consultori esse pessimum. Sanè, quòd de consilio, & mandato diximus, trahendum non est ad ratihabitionem; quæ licet comparetur mandato, cap. ratihabitionem de R. J. in 6. non facit tamen aliquem pœna ordinaria affici, quoniam ad homicidium ratihabens concurrisse dici non potest, eò quòd ratihabitio sit posterior. Requiritur autem ad hoc, ut quis pœnam ordinariam homicidii incurrat, ut ad factum concurrat, prout ex dictis patet.*

Non obstat *can. cum quis. de sent. excommun. in 6.* ubi ratam habens percussionem clerici suo nómine factam, est excommunicatus: quoniam id in casu *d. cap.* videtur esse singulare, adeoque in poenalibus non extendendum, *Zoes. n. 23.*

25 Illud singulari memoria dignum, quòd licet mandans non teneatur, postquam revocavit mandatum *expressè*, vel *tacite*, si revocatio perveniat in notitiam mandatarii; tamen persuadens, & consulens non excusatur, licet revocaverit persuasionem, vel consilium: sed oportet omninò facere, quòd non sequatur maleficium, vel quòd denuntietur ei, in cujus personam debebat maleficium com-

Kees ad Injuriat.

mitti. Ratio diversitatis est, quòd mandatum concernat gratiam mandantis, ab eòque habeat vim omnem movendi, ut, ejus voluntate sublata per revocationem, cesset mandati causa, & mandanti nihil ampliùs imputari queat, cujus influxus cessat. Consilium verò concernit eum, cui datum, ponitque inclinationem, quæ inclinatio tollitur per revocationem consilii, cum intellectus, semel instructus, non facile mutetur, præcipuè in causa vindictæ. *Gomez. tom. 3. cap. 3. n. 44. Zoes. n. 19.*

Pœna legis Cornelix de sicariis ordinaria olim erat deportatio, & omnium honorum ademptio, sive confiscatio: postea verò nobiliores quidem, & honestiores in Insulam deportari; humiliores ultimo supplicio affici cœperunt, *l. 3. §. pen. l. 16. ff. ad l. Cornel. de sicar.* Hodiè pœna gladii homicidæ indistinctè afficiuntur. *Harp. n. 27.* Jure enim talionis æquum est, ut homicida, quòd fecit, expectet, *l. 3. Cod. de Epif. audien.* Et hoc verum est, nisi homicidium sit insidiosum, vel proditorium, ut puta, si quis alterum absque causâ rixæ aut discordiæ à tergo, simulans se amicum, occidat. Hoc enim casu qualitas proditiōnis, & ut vocant, alevoliæ, facit aggravari pœnam homicidii, & rotæ supplicio reum affici. *Gomez. n. 5. loc. cit. vide etiam Con. Carolin. art. 131. cum aliquot seqq.* Hucusque sit dictum satis de homicidio voluntario illicito.

Sequitur recta methodo homicidium voluntarium licitum, quòd alii *necessarium*, sive *coactum* appellant. Estque illud, quòd quis non dolo malo, sed ad necessariam sui defensionem committit, vim enim vi repellere, omnes leges, omniaque Jura permittunt, *l. 45. ff. ad leg. Aquil.* & quòd quis ad defensionem corporis sui facit, Jure fecisse, dicitur, *l. 3. ff. de J. & J.* Quòd tamen tum demum

procedit, si servatum sit moderamen inculpatæ tutelæ, h. e. si defensio sui ita fuerit moderata, ut invasus non poterit periculum alio modo evadere, aut invadentem repellere, nisi hunc occiderit. *Zoes. ff. ad leg. Cornel. de sicar. num. 30. Gail. l. 2. ob. 110. n. 13.*

- 26 Ad hoc autem, ut dicatur servari moderamen inculpatæ tutelæ, requiritur I. Ut aggressio periculosa sit, & injusta: dico, *periculosa*, ubi enim nulla est aggressio, ibi nulla est defensio. Illud tamen necesse non est, ut defensor primum ictum expectet, sed si viderit, arma in se stringi, bombardam esse theca eximi, & ad offendendum se præparari, resistere, & in tempore sibi poterit prospicere, *l. 5. ff. ad leg. Aquil. tum*, quia melius est occurrere in tempore, quam post exitum, & vulneratam causam remedium quærere, *l. ult. Cod. in quib. caus. restit. in integ. necess. non est.* Suffragatur etiam constitutio Carolina, *art. 140.* his verbis: *Ist auch mit seiner Gegenwehr, bisz er geschlagen wird, zu warten nicht schuldig.* Tum, quia melius est prævenire, quam præveniri. Unde Poeta: Dimidium amisit, qui primum expectat ad ictum, *ita Zoes. loc. cit. Harp. n. 114. hic. II.* Requiritur, ut defensio, quam fieri potest, fiat cum minori læsione proximi, aliâ enim transiret in vindictam. Hinc, si mutilare sufficiat, non debet occidere; ita tamen, ut, si occiderit, pœnâ ordinaria non sit afficiendus; quia difficile est, in motu se continere, & sufficienter refrænare. III. Ut fiat defensio, non aggressio. Sic, si quis fugientem, etiam post vulnus acceptum, insequatur, & occidat, aut mutilet, excedit moderamen inculpatæ tutelæ, cum fuga invasoris faciat cessare periculum invasionis, *arg. cap. 18. de homicid.* talis tamen excessus etsi mereatur aliquam pœnam arbitrariam, pro modo excessus juxta boni viri arbitrium æsti-

mandam; non tamen locus erit pœnæ ordinariæ, eò quòd difficile sit justo dolori temperare. *Mench. 2. arbitr. caus. 177. IV.* Requiritur, ut defensio fiat in continenti, i. e. in ipsa concertatione, ac congressu, *l. quod est 3. §. cum igitur 9. ff. de vi, & vi armat.* secus enim non defensio, sed potiùs vindicta, erit. *Schneid. §. 1. Inst. de J. N. G. & C. n. 15. Gail. lib. 1. cap. 16. n. 12. de Pace publ.* ubi explicat, quando dicatur defensio incontinenti fieri, atque defensionem rerum incontinenti fieri, si post aliquot hebdomadas fiat; fac enim, nobilem de castro vi dejectum esse, hoc in casu ad recuperationem castri desideratur magnus apparatus, ut proinde ad defensionem longioris temporis intervallum exigatur. V. Requiritur aliqui, ut defensio fiat æqualitate armorum: sic verba verbis, verbera verberibus, videntur esse repellenda, huc inclinare videtur. *Schamb. d. lo.* Mihi tamen verisimile videtur æqualitatem armorum non desiderari, & posse quem, si in periculo existat, quibuscunque armis se defendere, *l. 25. §. 1. ff. d. t. l. 3. Cod. eod. Schamb. hic & Zoes. loc. cit. n. 33. & 34.*

Q. An insultatus fugere teneatur? si 27 cum Canonistis, aut aliis strictioris conscientiæ Authoribus sentire velis, certum est, multos non insimè nocte viros esse, qui ad fugam obligant, eò quòd tunc demum defensio locum habeat, & moderamen inculpatæ tutelæ servari dicatur, si aliter vitæ & corporis periculum evitari non potest, ergò.

Non obstat, fugam turpem esse, & nobili animo indignam, quoniam levior censenda est hæc turpitudine, (ut ajunt) quam etiam minimo peccato conscientiam onerare. Huc inclinat *Harp. n. 121. & plures alii, ab ipso allegati.*

Hæc Sententia, ut secuta, & in foro animæ tuta videatur; cum tamen fuga

turpis sit, & propter lapsum periculosa, puto, rectè *defendi*, quòd is, qui maluit resistere, quàm fugere, puniri non debeat. *Gail. loc. cit. n. 21. Engel. de Homicid. n. 15. Manz. §. 2. inst. ad leg. Aquil. n. 10. Gomez. var. resol. tom. 3. cap. 3. n. 23.*

Cæterùm non solum non ipsos, sed etiam alios, sive sanguine, sive affinitate junctos, sive prorsus extraneos rectè defendimus, ita, ut ob mortem aggressori, cum moderamine inculpatæ tutelæ illatam, puniri non debeamus, *l. 1. §. 4. ff. ad leg. Cornel. de sicar. cap. sicut dignum §. illi etiam. §. de homicid. ubi, scriptum enim est, inquit Pontifex, qui potuit hominem liberare à morte, & non liberavit, eum occidit. Gomez. loc. cit. n. 21. Engel. n. 18.*

28 Dubitatur: an non tantùm pro defensione corporis, sed etiam rerum, & bonorum liceat raptorem occidere? Certum est, si defensio sit mixta rei, & personæ, h. e. si raptor non tantùm in bona, sed etiam in personam, quid moliri præsumat, quòd occiso impunè abeat, *cap. 2. §. de homicid.* Unde furem nocturnum impunè licet occidere, si absque periculo capi, aut expelli nequeat; dignosci enim facilè non potest, an ad furandum, vel occidendum venerit, *l. 4. ff. ad l. Aquil. cap. 3. §. d. t. Schamb. §. 2. Inst. d. t.* Quòd si verò personæ nulum periculum imminet, putà, si fur cum meo equo aut sarcina jam aufugiat, ita tamen ut sclopeto, adhuc insequi possem, tutiorem puto sententiam esse, non licitam esse occisionem, *arg. d. cap. 2. ubi dicitur illud homicidium impunè esse, quòd aliquis committit se & sua liberando, adeòque si defensio sit mixta rei & personæ. Ita Fach. l. 1. c. 31.* Interim si res essent valdè pretiosæ, & earum ablatio paupertatem causaret, neque aliter per judicem vel aliud remedium re-

cuperari possent, non video, quæ lex aut quæ ratio in occidentem penam dictaret, eò quòd res & bona *secundum sanguis & vita hominis* dicantur, *l. 41. Cod. de advocat. divers. Jud.* Accedit, quòd universalis omnium Rerumpubl. consuetudine & recuperatione rerum bella suscipiantur, licet, nescio, quot millia hominum maectentur. *Engel. loc. cit. num. 21. Zoef. l. cit. n. 50.*

Idem, quod de defensione rerum suarum diximus, dicendum existimo de defensione famæ & honoris sui; bona enim fama thesaurus hominis est inæstimabilis, *l. 6. §. 1. §. ult. Cod. de postul. c. 14. §. de accusat. & sicut sol corpus illustrat, ita & bona fama.* Et quilibet tenetur honorem suum tueri & conservare, omnique lucro præferre, *l. 27. ff. si quis omiss. caus. testam.* Item vita & fama pari passu ambulant, *l. 1. §. 9. ff. de bon. poss. contra tabul.* hinc crudelis dicitur, qui famam suam negligit, *can. 10. caus. 12. q. 1.* mala enim fama nobilem degenerat, fidem minuit, existimationem vulnerat, affectum perimit, honores tollit, conservandi animi alii adimit, & sequitur hominem, ut lepra leprosum. *Vide Harp. n. 163. Zoef. ff. loc. cit. n. 45.*

Quid si quis confiteatur se alterum²⁹ occidisse, dicat tamen id contigisse ad sui vel suarum rerum defensionem? *R.* Cum regula Juris sit, quòd omne maleficium præsumatur malo animo factum, *cap. 1. §. de præsumpt.* ideò necessariam defensionem à Reo probandam esse, præsumptio enim Juris rejicit onus probandi in adversarium, *Gail. l. 1. c. 61. de Pace Publ. Zoef. loc. cit. n. 12.*

Homicidium causale est, quod præter³⁰ intentionem, scopum & voluntatem interficientis committitur, *l. 1. l. 5. Cod. ad leg. Cornel. de sicar.* Hoc iterum vel *cum culpa* vel *sine culpa* committitur: Si sine culpa, non imputatur occidenti, & morè

causale dicitur, adeoque nec ponit noxam & nec à prudentissimo prævideri potest, *l. 6. Cod. de pignor. act.* Hinc venator sagitta in feram directa fortè hominem intervenientem transfodiens, est extra poenam. Si cum culpa, ut si quis ex arbore ramum dejiciat, & transeuntem occidat, vel ex domo, turri vel fenestra lapidem projiciat, vel insidians currenti equo transeuntem occidat, nec acclamando occisionem prævidet, licet poena mortis non afficiatur, Judicis tamen arbitrio extraordinariè pro qualitate excessus puniri potest. *Gomez. n. 16.*

AD V. EADEM LEGE.

- 31 Venefici quoque hac lege Cornelia capite puniuntur, si alicui mortem vel veneno vel arte Magica intulerint, plus enim est, hominem veneno, quàm gladio interimere, *l. 1. Cod. de Malefic.* Per constitutionem Carolinam alia poena in venenatis constituta est; videl. ut si masculus sit, rota plectatur. Si verò femina, aquis suffocetur. *Manz. Inft. hic.*

§. ALIA DEINDE LEX 6.

- 32 Quarta publici Judicii species est parricidium, de quo crimine Solon, ex 7. Græciæ sapientibus unus & Atheniensium legislator celeberrimus legem non tulit, eo quod non speraverit, tantæ immanitatis quemque fore, qui tam sœdum & horrendum facinus commissurus esset. Imo & ipse Seneca affirmat, summa prudentia præditos viros noluisse de parricidio poenam constituere, ne vindicando ostenderent, tale quid fieri posse. Parricidium dicitur quasi parenticidium, & tunc propriè committitur, quando quis parentis sui fatas præparaverit.

Pœna hujus delicti (ut veteres pœnas fœcæ) nova hæc est, ut parricida virgis

fanguineis cæsus, culeo sive sacco coriaceo, cum cane, Gallo gallinaceo, vipera & simia infuetur, & in mare vicinum vel in flumen projiciatur. Si verò mare vicinum non sit, nec flumen, tunc bestiis objiciatur. Ita fancit, *l. un. Cod. de his, qui parent. vel lib. occid.* Ratio autem, cur ista animalia simul includi debeant, à variis varia assignatur, *Manz. hic,* unam generalem assignat; quia videlicet hæc animalia, vel parentes suos necant, vel cum iis dimicant. *Harp. n. 21.* De vipera hanc rationem reddit. I. Quod illa simili sit delicto obnoxia, cum & ipsa exeso parentis utero proruperit in lucem, parentemque occiderit. II. Quod ea maximum semper homini terrorem incutiat, juxta illud Horatii, *cane pejus, & angue.* De cane hæc esse ratio potest; quia est fidelissimum homini animal teste Plinio, *l. 8. c. 40.* Idcirco ad arguendam parricidæ infidelitatem, constitutum est, ut canis cum ipso in culeum mitteretur: contraria enim juxta se posita magis elucescunt. Alii hanc rationem dant, quod canis fame rabida percitus, parricidæ corpore & cadavere pascatur. De simia hæc potest reddi ratio, quod simiæ sint similes hominibus, interim deformes, sicut parricidæ, qui præter humanam similitudinem nihil habeant hominis, & sub figura hominum immanitatem beluarum gerant. De Gallo gallinaceo dic hanc rationem, ut per cantum Galli publicetur delictum parricidæ, vel ut reus à somno captando impediatur. Hæc pœna non illo duntaxat casu locum habet, quando Filii occidunt parentes, sed etiam, si parentes filios suos interimunt, *d. l. un.* Et quamvis antiquitus pater impune potuerit occidere filium, quia propter patriam potestatem Jus vitæ, & necis habuit, tamen quia patria potestas in pietate, & non in atrocitate consistere debet, *l. 5. ff. ad leg. Pomp. id per d. l. un. im.*

immutatum est. Hodie poena culei, tanquam nimis barbara ac nimiam redolens severitatem, locum non amplius habet; sed parricidæ ignitis forcipibus lacerantur, & gladio feriuntur, aut rotæ insectantur, secundum cujusque regionis consuetudinem. *Harp. n. 30. Manz. n. 21.*

§. ITEM LEX CORNELIA 7.

33 Quinta Judicii publici species est crimen falsi, quod ex lege Cornelia, à L. Cornelio Sylâ dictatore lata est, castigatur. Alio nomine vocatur lex testamentaria, quoniam de testamentis falsis plerumque lata est. *Harp. n. 1. hic.* Postea autem etiam ad alia genera falsi extensa est. Est autem falsum: actus dolosus, veritatis immutandæ gratia ad alterum decipiendum factus, vel, ut brevius loquar, est dolosa veritatis immutatio.

34 Committitur falsum I. dicto v. g. in teste, qui falsum testimonium dicit, vel verum supprimit dolo malo, c. 1. *de crim. falsi.* Item si Judex pecunia corruptus vel alias dolo malo, legibus & constitutionibus contrariam sententiam tulerit, l. 1. §. 3. ff. *ad leg. Corn. de falsi.* Illud tanquam singulare observa: Quod etiam ille testis ordinaria poena falsi puniatur; qui pecuniam accepit, ne diceret contra aliquem testimonium, l. 1. §. *Sed* & si quis 2. ff. *d. t.* licet enim talis veritatem non immutat, adeoque proprie falsum non committat, non est tamen infrequens, ut quis poena in aliquod crimen statuta afficiatur, licet illud crimen proprie non commiserit. Sic adulterium in nonnullis locis poena gladii afficitur, licet eadem poena homicidium puniatur. *Harp. n. 13. §. 14.* Item & is poenam falsi incurrit, qui testimonii dicendi gratia accepit pecuniam, & verum etiam testimonium dixit, d. l. 1. §. 2. Ubi distinctè asseritur, eum, qui pecuniam ac-

cepit ob dicendum testimonium, poena legis Corneliæ de falsis affici, estque ratio, quod testificatio libera esse debeat, non adstricta ad nummos, aut emendicata pretio, venale enim testimonium non est veritatis testimonium, *can. nolite timere 48. caus. 11. q. 3. Harp. d. lo. §. Hum. vol. 2. d. 32. th. 8. q. 70.*

II. Committitur falsum factò, si quis 35 nummos aureos, vel argenteos adulteraverit, raserit, corruerit, vitiaverit, tinxerit, sinxerit, confaverit, vel quoquo modo falsam monetam percusserit, l. 8. l. 19. ff. *ad leg. Cornel. de falsi. Schamb. hic.*

III. Committitur falsum abusu, si quis pondera aut mensuras publice probatas corrumpet, vel si quis utatur adulterinis mensuris, ulnis, ponderibus, stateris &c. Et hæc falsitas mitius punitur, nempe duplo, ac relegatione sive exilio, l. pen. §. 1. ff. *d. t.* Insuper abusu falsum committitur, si quis se pro Comite, nobili, doctore, Notario, cum non sit, gerat, alterive noceat. *Harp. n. 44.*

IV. Committitur falsum scripto seu litteris, puta, si quis testimonium vel aliud instrumentum falsum scribat, signet, recitet, celet, subjiciat, l. 1. §. 4. l. 2. l. 23. ff. *d. t.* sane lex Cornelia de lapsis latius patet, quam ut exemplis concludi possit; ex dictis tamen facile poteris conicere, quando committatur, videlicet, si veritas dolo & in alterius damnum supprimitur.

Pœna falsi est deportatio & omnium bonorum publicatio in liberis: In servis ultimum supplicium, *text. hic.* Verum enim vero pro qualitate admitti intenditur poena falsi, aut remittitur, ita ut poena hujus delicti hodie casperit esse arbitraria. *Manz. numer. 5.*

§. ITEM LEX JULIA 8.

36 Sextum iudicium publicum est legis Julice de vi, de qua diximus in §. recuperanda sup. de interdici. Continet hæc lex tria capita, puta vim publicam, vim privatam & Raptum.

Vis publica, quidquid alii in contrarium sentiant, meo Iudicio tunc fieri dicitur, quando quis alterum armis invadit. Pœna violentiæ publicæ ordinaria in hominibus liberis est deportatio, subinde etiam pro atrocitate delicti pœna capitalis. *Schamb. nu. 3. Guil. lib. 1. cap. 7. de Pace pub.*

Vis privata committi dicitur, quando quis sine armis quemquam invadit. Ratio, quare privata dicatur, est; quia fit à persona privata contra personam privatam sine violatione Juris publici; juri autem publico sive Reipubl. tunc dicitur vis inferri, quando quis arma sumit ad invadendum alios, interest enim Reipubl. arma non moveri. Pœna violentiæ privatæ est Publicatio tertie partis honorum cum infamia, *text. hic. & in l. 1. ff. ad leg. Jul. de vi privata.*

Raptus tunc dicitur committi, quando quis honestam Virginem vel viduam, vel etiam Monialem invitis illis, in quorum potestate est, abducit. Et in hoc distinguitur rapina à raptu, quod rapina dicatur honorum, raptus est hæc, ut & raptor, & is, qui ad hoc delictum opem dedit, capite puniuntur. *Manz. n. 10.*

§. Item Lex Julia peculatus. 9.

38 Septimum Iudicium publicum est lex Julia de peculatu, dicitur autem peculatus tunc committi, quando quis

pecuniam publicam vel rem sacram vel religiosam furatus est, publica autem pecunia hic ea sola habeatur, quæ ad Rempubl. sive urbem Romanam, vel ad Cæsarem pertinet, *l. 15. ff. de V. S.* Proinde si quis civitati inferiori vel municipio pecuniam furripuerit, non peculatus sed furti crimen admisisse censendus erit, *l. ob pecuniam 81. ff. de furt.*

Dices: Si quis rem sacram furtò subducat, sacrilegium commississe dicitur; ergò malè dicitur, peculatum fecisse. *R.* Etiam Sacrilegium furtò commissum sub nomine peculatus contineri. Illud tamen notandum, sacrilegium non tantum furtò rei sacræ committi, sed etiam aliis factis, puta contemptu Dei & Principis, &c. *Harp. numer. 4.*

Pœna peculatus est deportatio, *l. 3. ff. ad l. Jul. peculat.* Iudices autem sive Magistratus, qui tempore administrationis publicæ pecunias subtraxerunt ut & illi qui ministerium eis præstiterunt, vel qui subtractas ab his scienter susceperunt, capite puniuntur, *text. hic.* Pœna sacrilegii est extraordinaria, pro qualitate enim delicti, vel vivi exuruntur, vel furcis suspenduntur, vel perpetuo exilio mulcantur. *Schamb. hic.*

§. EST ET INTER. 10.

Octavum iudicium publicum est legis Flavice de plagariis. Plagarii autem dicuntur, qui dolosè liberos homines, aut servos alienos intercipiunt, supprimunt, vendunt, aut ad fugam sollicitant. Pœna hujus criminis hodie arbi-

arbitraria, quandoque capitalis, quandoque non capitalis, quandoque pecuniaria: *Manz. n. 3. hic.*

S. SUNT PRETEREA II.
ET ULT.

40 IV. Adhuc recensentur crimina in hoc §. quæ omnia ex lege Julia descendunt, nimirum: crimen *ambitus*, crimen *repetundarum*, crimen *fraudate annonæ* & crimen *residui*. Itaque *Nonum* iudicium publicum est legis Julæ de ambitu; quæ tenentur illi, qui illicito modo, v. g. data pecunia honorem seu Magistratum ambiunt. Coercentur nundinatores honorum quandoque poenâ centum aureorum cum infamia, quandoque deportatione, *l. 1. §. ff. de leg. Jul. ambit. l. un. Cod. eod.* Hodie ista Lex Julia de ambitu ferè ubique cessat, cum creatio officiorum Principi attributa sit, Princeps autem legibus non adstringitur. Habuit autem ista lex Julia tum locum, ubi jus Magistratus creandi fuit apud populum; ut proinde adhuc in Helvetia locum habere videatur.

41 *Decimum* iudicium publicum est legis Julæ repetundarum, quæ tenentur illi, qui in officio publico vel in administratione Magistratus pecunias aut munera acceperunt, quò magis vel quò minus officium suum facerent, *l. 4. ff. ad l. jul. repetund.* Reus hujus criminis morte, exilio, verberibus, confiscatione, & pro modo improbitatis punitur, *l. 7. §. ult. ff. ad l. jul. repet.* Nullum igitur donum, nullum munus accipere licet Magistratui pro executione officii sui. Excipiuntur esculenta & po-

culenta, venia quotidiani victus causa oblata, *l. 6. §. 3. ff. de off. proconf. l. 18. ff. de off. presid. Hum. vol. post. disp. 32. th. ult.*

Undecimum iudicium publicum⁴² est legis Julæ de annonæ, quæ tenentur illi, qui annonam flagellarunt, vexarunt, defraudarunt, hoc est, qui aliquid fecerunt, ut annonæ carior fieret, *l. 2. ff. ad l. jul. de ann.* tales annonæ flagellatores vocantur dardanarii, Pantopolæ, seplasiarii, *Schamb. hic.* Annonæ autem nomine veniunt omnia, quæ ad victum hominum pertinent, puta, *frumentum, panis, vinum, oleum, sal, acetum, lardum, carnes, &c. l. 1. Cod. de erogat. milit. ann. l. 2. Cod. d. t.* Poena hujus delicti est arbitraria: nam pro qualitate delicti est pecuniaria, puta 20. Aureorum *l. 2. ff. d. t. modò relegatio, l. annonam ff. de extraord. crimin.*

Duodecimum iudicium publicum⁴³ est legis Julæ de residuis, quæ tenentur is, qui pecuniam publicam sibi in usum aliquem tributam retinuit, nec in eum usum consumpsit. Poena delicti hujus est, quòd convictus tertia parte amplius, quàm retinuit, præstare jubeatur, *l. 4. §. 5. ad l. Jul. Peculat.* Satis de Judiciis publicis. Imò non satis, copiosior enim est hæc materia quam ut paucis pagellis comprehendi possit; Imperatorem tamen secutus breviter de hac materia dixi, quæ Tyroni Juris scita necessaria; plura dicere, contra Institutum rationem duxi. Si tamen, quæ dixi, desiderium tuum non expleant, vastissimo Pandectarum, ac Constitutionum criminalium oceano innaviga: ubi

ubi classẽ aspectu terribilem, ac criminibus, & poenis refertissimam invenies.

Tibi verò, magne DEUS, à quo delabitur omnis Scientiã, & Justitiã decor, tibi (*inquam*) cujus est opus, quòd Reges regnent, & Justa decernant, & tuã Matri illibatã gra-

tias immortales ago pro absoluto feliciter *Institutionum Commentario*, in quo si quid ad gloriã suã augmentum scripsi non utile, id à te acceptum, gratus reddo, & in te infinitum bonitatis pelagus veluti exiguas ingenii stillas, & sudoris mei guttas immergo.

F I N I S.

A P P E N D I X,

Continens modum legendi, & scribendi Citationes utriusque Juris.

§. I.

DE JURE CANONICO.
SUMMARI A.

Partes Juris Canonici sunt, *Decretum Gratiani*, & unde sic dictum?

Decretales Gregorii IX.

Liber Sextus Decretalium.

Clementina. Extravagantes Joannis XXII.

& *Extravagantes Communes.*

Decretum Gratiani habet tres partes.

Prima pars, quæ, & quomodo citetur?

Secunda pars, ejusque citatio.

Tractatus de Penitentia, & quomodo citetur?

Tertia Decreti pars, & quomodo citetur?

Quinque Libri Decretalium, & quomodo citentur?

Sextus Decretalium, & Clementina, ac quomodo dividantur, & citentur?

Extravagantes Joannis XXII. quæ, & quomodo citentur?

Extravagantes Communes, earumque citatio.

Dicti modi citandi quandoque variantur.

CORPUS totius Juris Canonici plures, ac universim sex continet partes. I. *Decretum Gratiani*, sic dictum, quod à Gratiano Monacho S. Felicis, Ordinis S. Benedicti (ut notatur in Monitione ad Lectorem Decreto præfixa) ut diversis tum Summorum Pontificum, tum Sanctorum Patrum, atque Conciliorum dictis, decenti ordine in unum volumen, circa annum Domini 1151. sit compilatum.

II. *Decretales Gregorii PP. IX.* sic dictas, quia Gregorius Papa Nonus varias Constitutiones, seu Decretales Epistolas *Kees ad Instituta.*

suorum Prædecessorum, per S. Raymundum de Penyafort; Ord. FF. Prædicatorum (cujus Festum nunc celebratur die 23. Januarii) in unum volumen colligendas curavit, quibus idem Pontifex multas Constitutiones suas, ac Decretales Epistolas adjecit. III. In Corpore Juris Canonici continetur *Liber Sextus Decretalium*, sic dictus, quod ipse autoritate Bonifacii Papæ VIII. compilatus, aliis quinque Decretalium Gregorii Noni Libris sit annexus, ac respectu eorum Sexti Decretalium Libri locum occupet, quamvis, & ipse in quinque libros sit divisus. IV. *Clementina* (intellige, *Constitutiones*) sic dictæ, quod à Clemente V. sint editæ. V. *Extravagantes* (intellige, *Constitutiones*) *Joannis XXII.* sic dictæ, quia *extravagantur*, seu vagantur extra sex Libros Decretalium; ob quam rationem etiam *Clementina* quandoque dicuntur *Extravagantes*. Additur autem, *Joannis XXII.* eo quod sint editæ à Joanne Papa XXII. simulque ad differentiam aliarum Extravagantium. Sextum, ac ultimum locum in Jure Canonico, obtinent *Extravagantes communes*: sic dictæ, quod à diversis Romanis Pontificibus post *Sextum* emanaverint. Ex his

Decretum Gratiani (quod in plerisque vetustis exemplaribus *Concordia Discordantium Canonum* inscribitur) in tres dividitur partes, quarum quælibet habet diversam rationem citandi suos textus. Prima pars continet centum, & unam *Distinctiones*; & textus in hac prima Decreti parte contenti, citantur ponendo numerum *Distinctionis*, & initium
C c c c c Cano-

Canonis, siue (ut alii loquuntur) Capituli, v. g. taliter: *dist. 16. Placuit. Lege: Ut habetur Distinctione decima sexta, Canone, qui incipit, Placuit. Vel brevius, ceteris subintellectis: Distinctione decima sexta, Canone, Placuit. Aut sic: c. Indicatum, dist. 89. Lege: canone, Indicatum, distinctione 89.*

Altera pars *Decreti* continet triginta sex *Causas*, quarum ferme quælibet continet Quæstiones, & quælibet Quæstio plures Canones. Modus citandi textus, in hac secunda *Decreti* parte contentos, talis est, ut exprimat numerus Cause sine ullo addito (nonnulli Recentiores addunt ly *caus.* majoris claritatis gratia) deinde numerus Quæstionis, & tandem initium Canonis (nisi talis textus habeatur in *Tractatu de Pœnitentia*) taliter: 9 q. 3. *Conquestus est. Lege: Ut habetur causa nona, questione Tertia, Canone, qui incipit: Conquestus est. Aut sic, & quidem melius, ac magis usitate; c. Si homicidium, 23. qu. 5. Lege: Canone, Si homicidium. Causa vigesima tertia. Quest. 5.*

Additur notanter, nisi talis textus habeatur in *Tractatu de Pœnitentia*. Siquidem causa trigesima tertia, Quæstione tertia inseritur *Tractatus de Pœnitentia*, quia continet in se septem Distinctiones, quæ postmodum dividuntur per Canones. Porro textus in hoc *Tractatu de Pœnitentia* contenti solent sic citari, ut omisso numero Cause trigessimæ tertiæ, ponatur numerus Distinctionis de Pœnitentia (& nota, semper addi ly *De pœnit.* ad differentiam primæ, & tertiæ partis *Decreti*, quarum quælibet etiam constat Distinctionibus). Deinde addatur initium Canonis, vel saltem numerus ipsius, taliter: *de Pœnit. dist. 3. In tantum. Lege, ut habetur de Pœnitentia. Distinctione tertia. Canone, qui incipit, in tantum. Vel sic: de pœnit. dist. 3. can. 33. Lege: de pœnitentia, Distinctione tertia. Canone trigesimo tertio.*

Tertia pars *Decreti* intitulatur *De Consecratione*: & dividitur in quinque *Distinctiones*, & hæc rursus in Canones. Modus citandi textus in ipsa contentos talis est, ut primo ponatur ly *de consec.* ad differentiam primæ, & secundæ partis *Decreti*: deinde ponatur numerus Distinctionis, & tandem initium Canonis. Exemplum sit: *de cons. 1. Nocte sancta. Lege: De consecratione. Distinctione prima, Canone, cujus initium est, Nocte sancta. Vel sic: c. Solet etiam, de consecratione Distinctione quarta. Sive enim prius ponatur initium Canonis, & postea primum numerus Distinctionis, siue contra, nihil refert.*

Decretales Gregorii Papæ Noni continent quinque Libros, qui dividuntur ulterius in Titulos, Tituli vero in Capitula. Modus citandi textus in iis repertos talis est, ut primo ponatur initium Capituli, deinde Titulus hoc modo: *c. Damnamus. De Summa Trinit. Lege: cap. quod incipit: Damnamus, titulo: De Summa Trinitate. Quandoque primo loco ponitur Titulus, & postea initium Capituli, sed est idem, v. g. de sent. excomm. Nuper. Lege: Titulo de Sententia excommunicationis, capitulo, Nuper. Sed prior citandi modus de facto magis est usitatus. Quandoque etiam præter inscriptionem Tituli, ac initium Capituli solet apponi ly *extra*, aut ly *X.* v. g. taliter: *prout habetur extra, de restitut. spoliat. Cum venissent. Vel sic: c. Publicato X. de election. Sed idem est, ac prius: nam siue apponatur ly *extra*, aut signum *X.* (quod interdum apponitur ad significandum, hujusmodi textus haberi *Extra*, id est, *Extra decretum Gratiani*) siue non apponatur, ac fiat citatio folii Tituli, atque initii Capituli, & nulla particula addatur; signum erit, textum illum haberi in quinque Libris *Decretalium*. Unde ex citationibus supra allegatis,**

tis, prior sic erit legenda: *prout habetur extra* (subintellige, *Extra Decretum Gratiani*) *Tit. De restitutione spoliatorum, capitulo Cum venissent*. Altera vero sic legitur: *capit. Publicato. extra. Titulo. De electione*.

Sextus Liber Decretalium dividitur in quinque Libros partiales (ac idem dic *De Clementinis*, quæ itidem in quinque Libros dividuntur) Libri vero subdividuntur in Titulos, & Tituli in Capitula. Citantur autem tum *Textus Decretalium*, tum *Clementine Constitutiones*, nulla facta mentione Libro, per Titulos, ac initia Capitulorum, eo modo quo quinque Libri Decretalium: hoc solum cum discrimine, quòd in citatione *Sexti Decretalium* addatur ly in 6. taliter v. g. *Cum quis de sepult. in 6.* Vel sic: *c. Cum quidam, de excep. lib. 6.* Lege sic: *cap. Cum quis, Titulo de Sepulturis, in 6.* Item: *capit. Cum quidem. Tit. de Exceptionibus, libro sexto Decretalium.* In citatione vero *Clementinarum* apponitur ly in *Clem.* vel absolute ly *Clem.* v. g. hoc modo: *c. Sicut, de Appellat. in Clem.* Lege; *cap. quod incipit, Sicut, Titulo de Appellationibus, in Clementinis.* Vel sic: *c. Plures. Clem. de jure patr.* Lege: *cap. Plures, in Clement. Tit. de Jure patronatus.* Communius vero, simulque brevius, absolute ponitur ly *Clem.* una cum initio, vel numero Capituli, & citatione Tituli: v. g. taliter: *Clem. un. de Rerum permutat. vel Clem. Quamvis rigor, de appellat.* Lege: *ut habetur in Clementina unica* (sic dicitur, quia Titulus ille habet unicum Capitulum) *Titulo de Rerum permutatione.* Vel, *in Clementina que incipit: Quamvis rigor. Titulo, de Appellationibus.* Interdum etiam simpliciter ponitur ly *Clem.* una cum initio Capituli, sine mentione Tituli, quod præcipue fit, quando illud Capitulum est notius, v. g. taliter: *Clem. Exivi. Lege: ut habetur in Clementina, que incipit:*

Exivi. Imo cum *Constitutiones Clementis V.* quandoque appellentur *Extravagantes*, eo quod existant, & quasi *trahantur extra* sex Libros Decretalium, solent ipse nonnunquam citari ad modum aliarum *Extravagantium*, taliter: *Ita Clemens V. in Extravag. Exivi. Lege: Ita Clemens V. in Extravaganti, que incipit: Exivi.*

Extravagantes Joannis XXII. continent viginti Constitutiones, seu Epistolas Decretales, in quatuordecim Titulos distributas: & solent citari, ponendo nomen Papæ, nempe *Joannis XXII.* ad differentiam *Extravagantium Communium*, & citando initium Constitutionis, una cum addito ly *Extravag.* vel, *Extrav.* Taliter v. g. *ut inquit Joan. 22. Extrav. Quia quorundam.* Lege: *Ut inquit Joannes XXII. in Extravaganti, que incipit: Quia quorundam.* Vel sic: *Extravag. Execrabilis. Joan. 22.* Lege: *in Extravaganti Joannis XXII. que incipit: Execrabilis.*

Extravagantes Communes dividuntur in quinque Libros, Libri in Titulos, Tituli in Capitula, quorum singula novam, & distinctam continent Constitutionem, vel Constitutiones, seu *Extravagantes.* Textus ex hisce *Extravagantibus Communibus* citantur eo modo, quo textus *Decretalium*: videlicet faciendo citationem Tituli, & ponendo initium Capituli, seu *Extravagantis*, addendo tamen ly *Extravag.* vel *Extrav.* Taliter: *Extravag. Unigenitus, de Penit. & remiss.* Lege: *in Extravaganti, que incipit: Unigenitus. Titulo, de Penitentis & remissionibus.*

Fatendum tamen, hæcenus explicatos modos citandi *Jus Canonicum* quandoque non nihil immutari; ita tamen id accedit, ut ex dictis facile possint ejusmodi citationes intelligi.

§. II.

DE JURE CIVILI.
SUMMARIUM.

Corpus Juris Civilis, quas partes habeat.

Signa generalia citationum, usitatarum.
Divisio generalis partium Juris Civilis.

Digestum ejusque partes.

Et qua ratione citetur ?

Codex, ejusque divisio: & modus citandi.

Quid de tribus postremis Libris Codicis?

Novellæ, seu Authentice Constitutiones,
quomodo dividantur, & citentur ?

Quid de Libris Feudorum?

Institutiones qua ratione citentur ?

TOTUM Corpus Juris Civilis plures in se continet partes, videlicet *Digestum* seu *Pandectas*, *Codicem*, & *Institutiones* Justiniani: quibus accesserunt *Authenticæ*, seu *Novellæ* Constitutiones; nec non, & *Libri Feudorum*. Nam de Legibus, Longobardorum, ac Imperatoriis Constitutionibus, & nonnullis aliis, quorum notitia est minus necessaria, non est opus hic aliquid dicere, cum eorum citatio vix occurrat. Circa quod

Notandum I. Quod præfatæ Juris Civilis partes propria habeant signa distinctiva, suis citationibus apponi solita. Et quidem duplex ff. (aliqui utantur Græco, π. vel littera D.) significat *Digestum*, seu *Libros Pandectarum*. Deinde majuscula littera C. *Codicem*: & ly *Instit.* denotat *Institutiones*. Rursus ly *Auth.* seu *Authent.* significat *Authenticas*, & ly *Novell.* *Novellas* (subintellige, Constitutiones) Ac tandem ly *Feud.* *Libros Feudorum*. Porro L. vel. l. significat *Legem*, sit. *Titulum* §. *Paragraphum* §. supra i. infra. Et ly *eod.* idem est ac *eodem Titulo*, hoc est, proxime citato.

Notandum II. Quod, sicut pleræque partes Juris Canonici dividuntur in *Libros*, *Libri* in *Titulos*, & *Tituli* in *Capitula*: ita & pleræque partes Juris Civilis dividantur in *Libros*, *Libri* in *Titulos*, *Tituli* vero non in *Capitula*, sed in *Leges*, ac postmodum nonnullæ *Leges* in *Paragraphos*. Unde in citandis textibus Juris civilis idem ferme servatur modus citandi qui in *Decretalibus*, excepto, quod

loco *Capituli* ponatur *initium Legis* (adido quandoque, si *Lex* est longior, *initio Paragraphi*, aut ejusdem numero) & simul addatur proprium signum distinctivum, videlicet ly ff. (vel Græcum. π. aut D.) ad denotandum *Digestum*: vel ly C. ad indicandum *Codicem*: aut ly *Instit.* vel *Inst.* ad insinuandas *Institutiones Justiniani*: sive ly *Auth. Novell. Feud.* ad ostendendum, ejusmodi textum haberi in *Authenticis*, seu *Novellis Constitutionibus*, aut *Libris Feudorum*.

Digestum, quod alio nomine appellatur *Pandectæ*, seu *Libri Pandectarum*, continet in se quinquaginta *Libros*, qui omnes dividi solent in tres *Tomos*. Primus appellatur *Digestum vetus*, & continet priores viginti quatuor *Libros*. Secundus dicitur *Infortiatum*, & continet sequentes quatuordecim *Libros* usque ad trigesimum octavum inclusive. Tertius tandem, ac ultimus *Tomus*, vocatur *Digestum novum*, & continet reliquos duodecim *Libros*: quamvis recentiores quædam Editiones non amplius observent hanc divisionem, sed totum *Digestum* in unico *Tomum* constringant; quod tamen nihil refert. Porro *Libri* isti *Pandectarum* ulterius dividuntur in *Titulos*, *Tituli* in *Leges*, & *Leges* nonnunquam in *Paragraphos*. Et textus ex iis sic citari solent, ut primo ponatur *Lex* (id est, *initium*, aut saltem numerus ipsius) deinde, si *Lex* forsan longior est, addatur *Paragraphus*, postea duplex ff. (vel saltem Græcum π. aut littera D.) & tandem scribatur *Titulus*, v. g. taliter: l. Si quis vi. §. differentia, ff. de Acquir. possess. Lege: ut habetur Lege, qua incipit, Si quis vi. Paragrapho, qui incipit, Differentia, in digestis, Titulo, de Acquirenda possessione. Solet non raro, ac præsertim à *Glossa*, primo loco poni ly ff. deinde subjungi *Titulus*, & tandem *initium Legis*, v. g. taliter; ff. de

de procurat. l. mutus. Id est : in Digestis. Titulo, de Procuratoribus, l. Mutus. Sed prior modus citandi defacto est usitator.

Codex Justiniani habet Libros duodecim, qui postmodum dividuntur in Titulos, Tituli in Leges, & Leges longiores in Paragraphos. In primis novem Codicis Libris (qui simul conjungi, & compingi solent) est eadem citationum scribendarum, & legendarum ratio, quæ in Digestis; nisi quod loco duplicis ff. pro C. signo distinctivo ponatur C. majusculum; v. g. taliter : l. in testamento. C. de testam. Id est : *Lege, quæ incipit : In testamento. Codic. Titulo, de Testamentis.* Vel sic : l. un. §. ex hoc. C. de Rei uxor. act. Id est : *Lege unica. Paragrapho, Ex hoc, in Codice, Titulo, De Rei uxoria actione.* Ubilibi l. un. Ideo ponitur, quia citatus Titulus non nisi unicam Legem habet : Aliud exemplum sit hoc : de fidejuss. C. l. fin. Id est : *titulo, de Fidejussoribus, in Codice, Lege finali.* Quæ Lex ideo sic dicitur, quia est Lex finalis, sive ultima citati Tituli; siquidem ly *fin.* significat Legem, seu Capitulum ultimum, sive finale cujusdam Tituli. Multi tamen ly *fin.* applicant Paragraphis tantum; atque Capitulum, seu Legem ultimam Titulorum, denotant per ly *cap. ult.* aut *l. ult.*, sed parum refert.

Porro in tribus postremis Libris Codicis, videlicet decimo, undecimo, & duodecimo, qui separatim à prioribus novem Libris collocantur, exprimitur etiam numerus Libri, v. g. l. omnes profugi, C. de agricolis, lib. 11. Id est : *Lege, Omnes profugi, in Codice, libro undecimo, Titulo, de Agricolis.* Quod si numerus Libri non addatur, querenda erit citatio in prioribus novem Libris Codicis.

Novelle (subintellige, Constitutiones, ac alio nomine Authentica dicuntur) constant novem Authenticis Collationibus, quibus recens decima est adjecta : ex iis quælibet Collatio in plures Titulos,

seu Novellas dividitur; ex Novellis vero quædam subdividuntur in plura Capitula. In earum citationibus hæc tenetur ratio, ut primo scribatur initium Capituli (si tamen aliquod habet) deinde numerus Novellæ, tum Titulus ejus, & tandem numerus Collationis, v. g. taliter : c. Sed tamen. Novell. 128 de Samar. col. 9. Lege sic : *capite, quod incipit, Sed tamen Novella 129. titulo, De Samaritibus. Collatione nona.* Interdum vero Novella scribitur Authentica; & sit citatio, ponendo Titulum, vel potius Rubricam ejus, & initium Paragraphi; v. g. *auth. Ut facta novæ constit. §. Sancimus.* Lege : *in Authentica, cujus titulus est, Ut facta, novæ Constitutiones &c. Paragrapho, qui incipit, Sancimus :* & tunc in Indice Libri Authent. est quærendum ly *Ut facta, novæ Constitutiones &c.* sicque allata citatio facile invenietur, nam quando Authentica quedam citatur ex Codice, semper apponitur C. majus.

Libri Feudorum (qui alio nomine Consuetudines Feudorum appellantur) sunt duo partiales Libri, qui dividuntur in Titulos, & Tituli in Paragraphos. In Feudorum citationibus ponitur primo signum proprium Feud. sive ly *in lib. Feud.* postea Titulus, & tandem Paragraphus, v. g. *in lib. Feud. de probi. feud. alien. per Frid. §. calidis insuper.* Lege : *in libris Feudorum, de prohibita Feudi alienatione per Fridericum. Paragrapho qui incipit : Calidis insuper.* Interdum Paragraphus ponitur primo loco : v. g. §. *Calidis insuper. Feud. alien. per Frid.* Lege ut supra.

Institutiones tandem (intellige, Justiniani) dividuntur in quatuor Libros, Libri in Titulos, & Tituli in Paragraphos; non autem in Capitula, vel Leges. Solent autem Institutiones citari, nulla facta mentione libri, taliter : ut primo ponatur initium Paragraphi, in quo textus citandus reperitur, deinde addatur

signum distinctivum, *Inst.* & postmodum subjungatur Titulus, in quo Paragraphus ille continetur, v. g. sic: *S. Feræ. inf. de rer. divis.* Legatur sic: *Paragrapho, qui incipit, Feræ. in Institutionibus. Titulo, de Rerum divisione.*

C O R O L L A R I U M.

Ad discernendas, ac reperiendas Citationes utriusque Juris.

S U M M A R I U M.

Regula generalis ad discernendas Citationes Juris Civilis;

Et Juris Canonici.

Modus reperiendi Citationes in Jure.

EX hactenus dictis colligitur Regula generalis, qua possint discerni citationes Juris Civilis à citationibus Textuum Juris Canonici. Siquidem in citationibus Juris Civilis semper exprimitur Volumen, seu pars illius per aliquod signum peculiare, ac distinctivum à cæteris omnibus: nimirum *Codex* per majus *C. Digestum* per duplex *ff.* vel Græcum *π.* aut saltem per litteram majoris *D. Novelle*, seu *Authenticæ* Constitutiones, per *ly Novell.* vel *ly Auth.* Libri *Feudorum* per *ly Feud.* Ac tandem Institutiones per *ly Instit.* sive *Inst.* Unde quotiescunque unum ex supra dictis signis citationi appositum reperitur, indicium certum est, dictam citationem desumi ex Jure Civili, non autem ex Canonico; utpote cum nullum tale signum apponatur citationibus Juris Canonici: ex quam autem parte Juris Civilis ea citatio sit desumpta, proprium cujuslibet signum demonstrabit.

Porro quomodo citationes partium Juris Canonici ab invicem sint dignoscendæ, liquet ex supra dictis. Nam ubicunque apponitur *ly dist.* vel *ly quest.* aut *g.* signum est, eam citationem desumi ex Decreto Gratiani; utpote cum solum Decretum habeat Distinctiones, & Quæstiones: alie quippe partes omnes Juris

Canonici habent Titulos. Ubicunque autem apponitur Titulus una cum initio, vel numero Capituli, absque alio signo addito (nisi forte addatur *ly Extra*, vel quod idem est, *ly X.*) tunc signum est, citationem illam fieri ex quinque Libris Decretalium. Quando vero præter Titulum, ac initium Capituli, vel hujus numerum, apponitur aliud quidpiam, utputa *ly in 6.* vel *ly Clem.* aut *extravag. Joann. 22.* vel absolute *extravag.* tunc citatio illa quærenda erit juxta diversitatem appositi signi, vel in *Sexto Decretalium*, vel in *Clementinis*, vel in *Extravagantibus Joannis XXII.* vel in *Extravagantibus Communibus.*

Quod si igitur ex præmissis dignoscatur Pars illa Juris Canonici, aut Civilis, in qua Capitulum, seu Lex quæsitæ continetur, tunc ulterius ad reperiendum determinatum locum, ubi habetur, juvat quærere initium ejus in Indice Capitulorum, sive Legum, qui cuilibet Parti Juris, vel generatim omnibus (juxta diversitatem Editionum) præfigi solet: atque appositus paginæ, vel alius competens numerus, dabit locum quæsitæ Capituli, sive Legis. Sic quæsiturus, *c. in Lateranensi, de Prebend.* cum istud ex dictis intelligas reperiri in quinque Libris Decretalium, vide in Indice Capitulorum dictis quinque Libris Decretalium præfixo: & habebis annotatum numerum paginæ, in quo Capitulum illud existit. Quod si vero non habeatur appositus numerus paginæ (prout in nonnullis Editionibus contingit) illico quære in Indice Titulorum: sicque reperies, Titulum *De Prebendis*, esse Titulum V. Libri III. Decretalium, quem per singula Capitulorum initia transcurrens, reperies, dictum *c. in Lateranensi*, esse 31. Capitulum illius Tituli: & sic loquendo de aliis: prout amplius ipsa praxis docebit.



I N D E X

R E R U M , E T V E R B O R U M ,

Quæ in his quatuor Libris continentur.

Primus numerus, isque Major, Librum, secundus istius Titulum,
tertius Tiruli numerum denotat.

A

- A**bsentia Reipublicæ causâ excusat à tutela, l. 25. n. 10.
- Acceptilatio* quid sit? III. 30. n. 9.
- Accrescendi* jus an potius sit substitutione? II. 15. n. 15. quid sit? II. 20. n. 10. quando locum habeat? *ibid.* n. 11.
- Accusatio* suspecti tutoris duplex est, l. 26. n. 1. *Ëc.*
- accusare tutorem, ut suspectum, quis possit? *ibid.* n. 6. vid. *Tutor.*
- Acquisitus* ad quem pertineant? III. n. 60. *Ëc.*
- Actio* quid sit? IV. 6. n. 1.
- I. divisio, quod alia sit realis, alia personalis, alia directa, alia utilis, *ibid.* n. 6. *Ëc.*
- II. in actiones prætorias, & civiles, n. 28. quomodo inter se differant? n. 29.
- an actiones ex statutis sint civiles, n. 30.
- III. in rei persecutorias, pœnæ persecutorias, & mixtas, num. 127.
- IV. in actiones bonæ fidei, & stricti juris, n. 167.
- V. in actiones, quibus certum, vel incertum petitur, n. 239.
- Actio* ad exhibendum definitur, IV. 6. n. 239. in ea quid iudici incumbat? IV. 17. n. 5.
- Actio* ædilitia quando, & ad quid detur, IV. 9. n. 7. & 8.
- Actio* æstimatoria quid sit, & ad quid detur? IV. 6. n. 175. *Ëc.*
- æstimata res si perit, cui? *ibid.* n. 176.
- Actio* Confessoria quid sit, cui, contra quem, & ad quid competat? IV. 6. n. 117. *Ëc.*
- Actio* de albo corrupto quid sit? IV. 6. n. 122.
- Actio* de communi dividundo describitur, IV. 6. n. 140. *Ëc.*
- Actio* de constituta pecunia quid sit? IV. 6. n. 81. *Ëc.*
- quale debitum constitui possit? *ibid.* n. 85. *Ëc.*
- ad quid competat? n. 83.
- Actio* de eo, quod certo loco, quid sit, ubi instituenda? IV. 6. n. 237. *Ëc.*
- Actio* de in Jus vocato, vi exempto quid sit? IV. 6. n. 123.
- Actio* de in rem verso quid sit? IV. 7. n. 16. & 17.
- Actio* de pauperie. vid. *Pauperies.*
- Actio* de peculio quid sit, & quomodo competat, IV. 6. n. 89. *Ëc.*
- an sit pinguior actione tributoria? IV. 7. n. 19.
- Actio* de tigno juncto an detur contra bona fidei ædificantem? II. 1. n. 49.
- Actio* directa, & utilis que dicatur? IV. 6. n. 13. & 14.
- Actio* Exercitatoria quid sit, & ex cujus contractu detur? IV. 7. n. 6. *Ëc.*
- differat, & convenit cum Institoria actione, *ibid.* n. 11. & 12.
- Actio* ex Jure-jurando in quid factum sit, cui, contra quem, & ad quid competat? IV. 6. n. 215. *Ëc.*
- Actio* ex stipulatu pro dote quid sit? IV. 6. n. 215.
- cui, & contra quem detur? *ibid.* n. 216. *Ëc.*
- Actio* familiæ heriscundæ quid sit, cui, & contra quem, ac ad quid competat? IV. 6. n. 132. *Ëc.*

- quis eligat, & quis dividat? *ibid.* n. 138. & 139.
- Judicis officium in ea actione, IV. 17. n. 6.
- Actio* finium regundorum quando detur? IV. 6. n. 145.
- Judicis in ea officium quale? IV. 17. n. 7.
- Actio* furti. vide *Furtum*.
- Actio* in factum contra calumniatores quando competat, quid sit, cui, contra quem, & ad quid detur? IV. 6. n. 150. *Et c.*
- Actio* Infortoria quid sit? IV. 7. n. 10.
- Convenit, & differt ab actione exercitoria, *ibid.* num. 11. & 12.
- Actio* in triplum quid sit? IV. 6. n. 149.
- Actio* Legis Aquilæ. vid. *Lex Aquilia*.
- Actio* Locati-conducti cui detur? III. 25. n. 7. & 8.
- Actio* mandati. vid. *Mandatum*.
- Actio* negatoria quid sit, cui, contra quem, & ad quid competat? IV. 6. n. 21. *Et c.*
- Actio* noxalis quid sit, cui, & ad quid detur? IV. 8. num. 1. *Et c.*
- in ea quale Judicis officium? IV. 17. n. 2.
- Actiones* ad hæredes transitorie, IV. 17. n. 3.
- Actiones* an pertineant ad res mobiles, vel immobiles? II. 2. n. 6.
- Actiones* arbitrarie quid sint? IV. 6. n. 229. *Et c.*
- Actiones* bonæ fidei, & stricti juris quænam dicantur? IV. 6. n. 167. quid sint? *ibid.* n. 169. quænam sint? 170.
- an actio stricti juris per clausulam, *alles getrentlich und ohne Gefahrte* fiat bonæ fidei? n. 171.
- Actiones* in duplum quænam dicantur? IV. 6. n. 175. *Et c.*
- Actiones* in Quadruplum quænam sint? IV. 6. n. 149.
- Actiones* perpetuæ quæ sint? IV. 12. n. 5.
- Actiones* pœnales quando ad hæredes transeant, vel non? IV. 1. n. 3. *Et c.*
- Item IV. 12. n. 4.
- Actiones* præjudiciales quæ sint? IV. 6. n. 124.
- Actiones* temporales quæ sint? IV. 12. n. 1.
- lis-contestatione perpetuantur, *ibid.* n. 2.
- Actioni* de dolo quando præscribatur? II. 6. n. 37.
- Quid sit actio de dolo? IV. 6. n. 233. *Et c.*
- Quando detur? *ibid.* n. 236.
- Actioni* hypothecariæ quando præscribatur? II. 6. n. 39.
- Actio* Pauliana quid sit, cui, contra quem, ad quid, quando, & quamdiu detur? IV. 6. n. 50. *Et c.*
- Actio* præscriptis verbis quid sit, & ad quid competat? IV. 6. n. 172. *Et c.* æstimatoria. vide *Actio æstimatoria*. ex permutatione describitur, IV. 6. n. 177.
- Actio* publiciana quid sit, cui, & contra quem detur? IV. 6. n. 31. *Et c.* an detur contra possidentem titulo? *ibid.* n. 36.
- Actio* Quasi Serviana, quid sit, cui, & contra quem prodita sit? IV. 6. n. 75. *Et c.*
- Actio* quod jussu quid sit, contra quem, & quando detur? IV. 7. n. 3. *Et c.*
- Actio* quod metus causâ quid sit? IV. 6. n. 160. *Et c.*
- Cui, contra quem, & ad quid competat? *ibid.* 162. *Et c.*
- Actio* recanatoria quæ dicatur? IV. 4. n. 14. an cum æstimatoria concurrat? *ibid.* n. 15.
- Actio* rescissoria quid sit, cui, contra quem, & quamdiu competat? IV. 6. n. 38. *Et c.*
- Actio* serviana definitur, IV. 6. n. 65.
- Cui, contra quem, & pro quibus rebus detur? *ibid.* n. 66. *Et c.*
- Actio* servi corrupti quid sit, cui, contra quem, & ad quid detur? IV. 6. n. 146.
- Actio* tributoria quid sit? IV. 7. n. 13. & 14. propter quam mercem detur? *ibid.* n. 15. an sit pinguior actione de peculio? n. 19.
- Actio* tutelæ datur pupillo, I. 24. n. 5.
- Subsidiaria contra Magistratum, *ibid.* n. 6.
- Actio* vi bonorum raptorum. vid. *Rapina*, cui, contra quem, & ad quid detur? IV. 6. n. 128. *Et c.*
- Actore* non probante, reus est absolvendus, IV. 12. n. 5.
- Actus* juris naturalis, & naturales tantum quid sint? I. 2. num. 4. *Et c.*
- Actus* unus successivus. vid. *Consuetudo*. quales ad consuetudinem sufficiant? vid. *ibid.*
- Actus* Servitus quid sit? II. 3. n. 9.
- Actus* quot requirantur ad quasi possessionem? IV. 15. num. 71.
- Ademptio* legati quid sit, & quotuplex? II. 21. n. 1. & 2.
- Aditio* hæreditatis est quasi contractus, III. 28. n. 8. vid. *Hæreditas*.
- Adoptio* quid sit? I. 11. n. 1.
- Differt ab arrogatione, *ibid.* n. 4.
- Adoptare quinam valeant? n. 10. & 11.
- Adoptatus à nobili non fit nobilis, n. 12. & 13.
- Adoptatus an debeat hæres institui? II. n. 13. & 14.

Adulterinus an legitimetur? I. 10. n. 80. *Œc.*
Adulterium facit separari, non verò dissolvi
 matrimonium, I. 10. num. 50. & 51.
 Quando sit impedimentum matrimonii?
ibid. n. 63.
 quid, & quæ ejus pœna sit? IV. 18. n. 15.
Œc.
Advocatus, alieno nomine accipiens legatum,
 perdit querelam, II. 18. n. 8.
 pro mercede sua non habet actionem, IV.
 6. n. 3.
Ætas senilis excusat à tutela, I. 25. n. 19.
Affinitas quid sit? I. 10. n. 30.
 regulæ cognoscendi gradus, *ibid.* n. 31. *Œc.*
 ad quatum gradum ponat impedimentum,
 n. 40.
Agere civiliter, & criminaliter quid sit? IV.
 1. n. 27
Agere per quem quis possit? vid. *Procurator.*
Agnatio quibus modis tollatur? I. 15. n. 7.
Agnatio posthumi, vid. *Posthumus.*
Agnatus quis dicatur? I. 15. n. 1.
 an differat à cognato? *ibid.* n. 3.
Albertina constitutio in Austria quid circa suc-
 cessionem statuerit? III. 1. n. 47. *Œc.*
Albiganii jus in Gallia quid sit? III. 1. n. 72.
Alienatio in fraudem creditorum facta est va-
 lida. I. 6. n. 2.
 Quando censetur in fraudem creditorum
 facta? IV. 6. n. 52. *Œc.*
Alieni juris quis dicatur? I. 8. n. 1.
Alluvio quid sit, & an per eam acquiratur
 dominium? II. 1. n. 38.
Altius tollendi, vel non, servitus quid sit?
 II. 3. n. 21.
Alveus quid sit? & cujus fiat? II. 1. n. 41.
Ambitus quid sit? IV. 18. n. 40.
Androgyni. vid. *Hermaphroditus.*
Animalia quotuplicis sint generis? II. 1. n.
 33. *Œc.*
Apes an sint animalia fera? II. 1. n. 33.
Apprehensio vera & ficta quid sit? IV. 15. n.
 71. & 72.
Aqueductus quid sit? II. 3. n. 10.
Aviſocratia. vid. *Status.*
Arithmetica. vid. *Proportio.*
Arriba emptionis adjecta quid operetur? III.
 24. n. 13.
Arrogatio. vid. *Adoptio.*
 arrogari an impubes possit? I. 11. n. 7.
 requisita arrogationis, *ibid.* n. 8.
 arrogato an competat querela inofficiosa?
 II. 18. n. 4.
Kees ad Instituta.

Ascendentes quomodo succedant? III. 1. n.
 35. *Œc.*
Asylum. Jus asyli quid sit? I. 8. n. 2.
 quo jure competat? *ibid.* n. 3.
 quæ Ecclesiæ gaudeant hoc jure? n. 4. *Œc.*
 quibus personis competat, vel non? n. 8.
 & 9.
 an etiam fugienti ad Sacerdotem portantem
 S. Eucharistiam? *ibid.* n. 10.
Aucupium quid sit? II. 1. n. 30.
Auctoritas tutoris. vid. *Tutor.*

B

B *Ellum*: in bello occupata cui cedant? II.
 2. n. 2. & 3.
Beneficium ordinis quid sit? III. 21. n. 11.
 quid Divisionis, *ibid.* n. 13. & 14.
 quid cedendarum actionum? n. 15. & 16.
 Competentiæ quid sit, & quibus competat?
 IV. 6. n. 246. *Œc.*
 Cessionis bonorum quid sit? vid. *Cessio.*
Bona constante matrimonio acquisita præſu-
 muntur à marito acquisita, III. 1. n. 64.
 ad quem spectent? *ibid.* n. 65. *Œc.*
Bona vacantia quæ dicantur? n. 70. in iis quis
 succedat? num. 69.
Bona fides. vid. *Possessor. Præscriptio.*
Bos si occidat alterum bovem, an teneatur
 illius dominus? IV. 9. num. 5.
Bruta an subsint juri naturali? I. 2. n. 2. & 3.

C

C *Calumniari*. vid. *actio in factum.*
Capitis diminutio quid, quotuplex, &
 quælibet sit, & quando quis eam patiatur?
 I. 16. n. 1. *Œc.*
Captivus an possit facere testamentum? II. 12.
 n. 10.
Caput occisi repertum an fundet jurisdic-
 tionem? II. 1. n. 23.
Casus fortuitus quid sit? I. 26. n. 18.
Caupo quatenus teneatur? IV. 1. n. 17.
 an invitus possit cogi recipere hospites?
ibid. n. 7.
Causa falsa an vincit legatum? II. 20. n. 32.
Cautio qualis præſtetur in usufructu? II. 4.
 n. 12. & 13.
 an sit de substantia? *ibid.* n. 14. & 15.
Cautio Mutiana an in contractibus locum ha-
 beat? III. 16. num. 10.
Cautio quid, & quotuplex sit? IV. 11. n. 1 & 2.
 iudicio sibi, & iudicatum solvi, quid sit?
ibid. n. 3.

D d d d d

quomo-

- quomodo ista cautio præstetur, n. 4.
an procurator præstet cautionem, n. 5.
Cessio bonorum quid sit, & operetur? IV. 6.
n. 249. *Éc.*
Chirographi redditio tollit obligationem, III.
30. n. 17.
Civilitate agere quid sit? IV. 1. n. 27.
Civitas, an, & quando obligetur ex mutuo?
III. 15. n. 17.
Clausula codicillaris an flectat testamentum ob
præteritionem nullum in vim fideicom-
missi? II. 25. n. 10.
Clericatus privilegium an sit reale? I. 2. n. 38.
Clerici an succedant? III. n. 14.
Codicillus quid sit, & quomodo fiat? II. 25.
n. 1. *Éc.*
eius requisita, *ibid.* n. 5.
differt à testamento, n. 6.
directè in eo hæres institui nequit, n. 7.
quibus modis infirmetur? n. 8.
in eo facta hæredis institutio an valeat in
vim fideicommissi? num. 9.
Cognatio quotuplex, & quæ sit impedi-
mentum matrimonii? I. 10. n. 61. & 62.
Quando cognatio tollatur? I. 16. n. 6.
Cognatus quis sit? I. 15. n. 2.
an differat ab agnato, *ibid.* n. 3.
Colonus quales fructus suos faciat? II. 1. n. 63.
Columbe an sint animalia fera? II. 1. n. 34.
Communitio quid sit? II. 1. n. 47.
Commodatum quid sit? III. 15. n. 27.
differt à mutuo, *ibid.* n. 28.
quænam nascatur actio? n. 29.
an ante tempus liceat revocare? n. 30.
qualis culpa præstetur? n. 31.
Communitio Rei, & hæreditatis est quasi con-
tractus? III. 28. num. 6. & 7.
Compensatio tollit obligationem, III. 30. n. 16.
quid sit? IV. 6. n. 223.
eius effectus, *ibid.* n. 224.
an emphyteuta à pena caducitatis per eam
possit se liberare? n. 224.
quale debitum compensari possit? 225. *Éc.*
in quibus rebus locum habeat? n. 227.
quænam sint requisita, ut rectè fiat? n. 228.
Competentie vide *Beneficium*.
Conditio ex lege adversus executores quid
sit? IV. 6. n. 156.
Conditio factiva quid sit? IV. 6. n. 125. *Éc.*
Conditio an sit impedimentum matrimonii? I.
10. n. 57.
quomodo differat à modo, causa, & de-
monstratione? *ibid.* n. 59.
- Conditio* suspensiva, & resolutiva quid? I.
22. n. 3.
Impossibilis actibus ultimæ voluntatis ad-
jecta habetur pro non apposta II. 14. n. 5.
quid, & quotuplex sit? III. 16. n. 8. *Éc.*
Conductor, *Conductio*. *Conductor* quis dica-
tur? III. 25. n. 1.
Re-conductio quomodo procedat de jure
Austriaco? *ibid.* n. 6.
Actio conducti cui, & ad quid detur? n. 8.
merces in qua re debeat consistere? n. 10.
& 11.
Conductor ad quid obligetur? n. 30. *Éc.*
Conductio an transeat in hæreses? n. 37.
Confusio quid sit? II. 1. n. 46.
Conjuges quomodo succedant? III. 1. n. 60. *Éc.*
Conjunctio in legatis quid, & quotuplex sit?
II. 20. n. 12.
Consanguinitas quid sit? I. 10. n. 22. *Éc.*
ejus linea, & stirpes, *ibid.* n. 24. *Éc.*
regulæ cognoscendi distantiam graduum,
n. 26. *Éc.*
an in secundo gradu possit dispensari? n.
37. *Éc.*
Consilium quando obliget? III. 27. n. 14.
Constitutio Principis quid, & quotuplex sit?
I. 2. n. 31.
Constitutio quis dicatur? III. 21. n. 5.
Constitutio quale requirat debitum? IV. 6.
n. 85. *Éc.* vide *Actio de constituta pe-
cunia*.
Consuetudo quid sit? I. 2. n. 46.
ejus divisio, & requisita, *ibid.* n. 47. & 48.
an sufficiat unus actus successivus, n. 49. *Éc.*
Utrum actus metu extorti, vel meræ facul-
tatis, erronei, vel extrajudiciales, item
peccaminosi sufficiant? n. 51. *Éc.*
an requiratur scientia principis? n. 56.
Excludit fœminas à successione paterna in
Austria, III. 1. n. 8. & 9.
an etiam excludat à successione fraterna?
ibid. n. 10.
Utrum hæc consuetudo valeat? n. 11.
Contractus quid sit? III. 14. n. 14.
alius bonæ fidei, alius stricti juris? *ibid.*
n. 15.
inter illos differentia, n. 16. *Éc.*
alii nominati, alii innominati, n. 19.
inter hos differentia, n. 20.
an propter dolum contractus reddatur nul-
lus? n. 21. *Éc.*
Consensuales qui? III. 23.
Innominati qualem producant actionem?
IV.

- IV. 6. n. 172. *Œc.*
 æstimatorius definitur, IV. 6. n. 175.
 qualis ex eo nascatur actio? *ibid.* n. 176.
Œc.
- Contumacia* quis dicatur? IV. 15. n. 11.
 quæ sit pœna contumaciæ? *ibid.* n. 12.
- Corpus* in suum an liceat sevirere? I. n. 13. *Œc.*
 mortuum an liceat inferre in locum com-
 mune? II. 1. num. 21.
 si dividitur, qualis locus efficiatur religio-
 sus? *ibid.* n. 22
- Corvus*, vid. *Reus*.
- Creditor* fructus in fortem tenetur imputare,
 III. 15. n. 44.
- Creditor* chirographarii, & hypothecarii qui-
 nam? IV. 6. num. 204.
- Crimen* aliud publicum, aliud privatum, IV.
 18. n. 1.
 Publicum definitur, *ibid.* n. 2.
Crimen Læstæ-Majestatis quid sit? n. 3. & 4.
 à quo committatur? n. 5.
 ejus divisio, n. 6.
 in quas personas perpetretur? n. 7. *Œc.*
 quænam ejus pœnæ? n. 13.
- Crimen* falsi quid, & quot modis committa-
 tur? IV. 18. n. 33. & 34.
 quæ ejus pœna? *ibid.* n. 35.
- Crimen* pœculatus quid? n. 38.
Ambitus quid? n. 40.
Repetundarum quid? n. 41.
 flagellatæ annonæ quid? n. 42.
de Refiliis quid? n. 43.
- Criminaliter* agere quid sit? IV. 1. n. 27.
- Culpa* quid, & quotuplex sit? I. 26. n. 13.
Œc. vid. *Tutor*.
- Cultus* disparitas an sit impedimentum matri-
 monii? IV. 10. n. 64.
- Curatela* quomodo differat à tutela? I. 13. n. 3.
 quid sit? 23. n. 1.
- Curator* quibus detur? 23. n. 2.
 curatorem invitus nemo accipit, *ibid.* n. 4.
 etiam pupillis datur curator, n. 6.
 non potest imponere servitutem, II. 3. n. 27.
- D
- Dammum* injuriâ datum quid sit? IV. 3. n. 1.
 vid. *Lex Aquilia*.
 Quomodo differat à pauperie, vid. *Pauperies*.
- Debitor* an in fraudem creditorum possit ma-
 numittere? I. 6. num. 2.
 Utrum alienare valeat? *ibid.* n. 2.
- Debitum* quotuplex sit? vid. *Actio de consti-
 tuta pecunia*.
- Decretum* quid sit? I. 2. n. 33.
 an vim juris habeat? *ibid.* n. 34.
 Decretum primum, & secundum quid sit?
 IV. 15. n. 13.
 quomodo primum mandetur executioni?
ibid. n. 14.
 ejus effectus, n. 15.
 Decreti secundi effectus, n. 17.
- De Dejecto*, vel effuso quis teneatur, &
 quatenus? IV. 5. num. 3. *Œc.*
- Defensor* minor 25. annis esse non potest. I.
 6. n. 8.
- Destoram* puellam, an illam ducere tenea-
 tur? I. 10. n. 10.
- Delegatio* quid sit? III. 30. n. 14.
- Deliberandi* jus quare sit introductum? II.
 19. n. 8.
- Delicta* qualem producant obligationem? IV.
 1. n. 1.
 quotuplicia sint? *ibid.* n. 2.
- Democratia* quid sit? vid. *Status*.
- Demonstratio* falsa an vitiet legatum? II. 20.
 n. 31.
- Deportatio* solvit patriam potestatem. I. 12.
 n. 3.
- Depositum* definitur. III. 15. n. 32.
 qualis nascatur actio? *ibid.* n. 33.
 qualis præstetur culpa? n. 34.
 an depositarius possit uti re depositâ? n.
 35. & 36.
 qualem rem teneatur salvare; n. 37.
- Diem cedere*, & venire, quid sit? II. 20.
 n. 23.
- Dignitas*, an eâ privatus, patiatur capitis di-
 minutionem? I. 16. num. 5.
- Magistratus* excusat à tutela. I. 25. n. 11.
- Dispensatio* in quoto gradu consanguinitatis,
 vel affinitatis, fieri possit; I. 10. n. 37. *Œc.*
- Doctoratus* privilegia an sint realia? I. 2. n. 38.
 an solvat patriam potestatem? I. 11. n. 5.
- Dolus* quid, & quotuplex? I. 26. n. 10. *Œc.*
 an contractus reddat nullos? III. 14. n.
 21. *Œc.*
 quando det causam contractui; & quando
 incidat? *ibid.* num. 22.
- Dominium* maris an detur; II. 1. n. 6.
 Dominium quid sit? *ibid.* n. 27.
 aliud plenum, aliud minus plenum; aliud
 directum, aliud utile. *ibid.* n. 28.
- Dominii acquirendi modi duplicis generis
 sunt. *ibid.* n. 26. *Œc.*
- De jure civili variis modis acquiritur. II.
 6. in prin.
- Donatio* quid sit? II. 7. n. 1.

- quotuplex § *ibid.* n. 2.
 quid sit donatio mortis causa § n. 3.
 qualis in dubio præsumatur § n. 4.
 quid intersit inter donationem inter vivos,
 & mortis causa, n. 5.
 Donatio mortis causa triplici modo fit n. 6.
 quomodo revocetur § n. 7.
 Convenit in multis cum legatis § n. 8.
 Requisita donationis mortis causa n. 9.
 Donatio inter vivos quid sit § n. 10.
 quomodo perficiatur § n. 11.
 quando insinuari debeat § n. 12. *§c.*
 ob quas causas revocari possit § n. 15.
 quinam donare valeant § n. 16.
 quibus donari queat § n. 17.
 Donatio inter virum & uxorem est prohibi-
 ta, aliquando tamen valida, n. 19. *§c.*
 Donatio omnium quorumnam valeat § n. 22.
 an possit revocari ob causas graviores, vel
 æquæ graves, n. 23.
 quando propter supervenientiam liberorum
 revocetur § n. 24.
 Donatio propter nuptias quid sit § n. 25.
Dormire quando dicatur præscriptio § II. 6.
 n. 57.
Dos an possit à marito alienari § II. 8. n. 1.
 & 3.
 an rectè legetur mulieri; II. 20. n. 18.
 Dotis privilegia, IV. 6. n. 197.
 vide *Mulier*.
 Dotare quis non teneatur § *ibid.* n. 218.
Dubium practicum, & speculativum quid sit §
 II. 6. n. 14.
 an cum eo currat præscriptio § *ibid.* n. 23.
Duplicatio quid sit § IV. 14. n. 2.

E

- E** *Celestis* quænam gaudeant jure asyli § vid.
Asylum.
 Ecclesia quando dicatur polluta § vid. *ibid.*
 Ecclesie relicti ususfructus quando expi-
 ret § II. 4. n. 17.
 Ecclesie res quando præscribantur § II. 6.
 n. 38.
Edictum quid sit § I. 2. n. 35.
 Edicta prætorum quid sint § *ibid.* n. 41.
 de *essiso* quis tenentur; & quatenus § IV.
 5. n. 3. *§c.*
Electio an tutelam seniori agnato deferre de-
 beat § I. 13. n. 10.
Emancipatio quid sit, & quotuplex, ac an
 solvat patrum potestatem § I. 12. n. 6.
 Emancipati, & sui non differunt, III. 1. n. 12.

- Emphyteusis* quid sit § III. 25. n. 12.
 quis habeat dominium directum § *ibid.*
 n. 13.
 quis dicatur emphyteuta § n. 14.
 an requiratur scriptura § n. 16.
 differt ab aliis contractibus, n. 17.
 an canon sit remittendus § n. 18.
 Emphyteutesos divisio, n. 19. & 20.
 quomodo finiatur § n. 21. *§c.*
 an taciturnitate censetur renovata § n. 22.
Emphyteuta num fundo servitutem possit im-
 ponere § II. 3. n. 28.
 quis dicatur emphyteuta § vid. *emphyteusis*.
 an à caducitatis poena se liberare possit per
 compensationem § IV. 6. n. 224.
Emptio venditio quando transferat dominium;
 II. 1. n. 71.
 Quid sit § III. 24. n. 1. *§c.*
 Emptio domus, quam venditor conflagrasse
 ignorat, nulla est, *ibid.* n. 4.
 quando perficiatur § n. 8. *§c.*
 an requiratur scriptura § n. 11. & 12.
 archa adjecta quid operetur § n. 13.
 pretium in quo consistat § n. 14.
 in arbitrium tertii an rectè conferatur §
 n. 15.
 si quantitas pretii in instrumento non est
 expressa, quid § n. 16.
 si pretium consistat in pecunia, & re,
 quid § n. 17.
 emptæ res, si ante traditionem pereat, cui
 pereat § n. 18. *§c.*
 si res alternativè venditur, cui pereat §
 num. 22.
 vel fungibilis § n. 23.
 an valeat, si equus intra mensem tibi pla-
 cuerit § n. 24.
 Emptionis effectus, n. 25.
 Error circa matrimonium quotuplex, & an
 sit impedimentum § I. 10. n. 54. *§c.*
 Error quando impediat translationem do-
 minii, II. 1. n. 70.
 Error juris an impediat præscriptionem,
 II. 6. n. 15.
 quando error falsæ causæ, *ibid.* n. 51.
 Error quando faciat jus, II. 1. n. 14.
 Error in nomine, vel cognomine an vitiet
 legatum, II. 20. num. 30.
Ereclio quando præstetur, III. 24. n. 6. & 7.
Eumubi non possunt contrahere matrimo-
 nium, I. 10. n. 73.
Exceptio non numeratæ pecuniæ quid sit,
 III. 22. n. 3. & IV. 13. num. 6.

quandiu duret, III. 22. n. 5. *Œc.*
 an post biennium objici queat, *ibid.* n. 9.
 in quibus casibus non habeat locum, n. 10.
 Exceptio quid, & quotuplex sit: IV. 13.
 n. 1. & 2.
 Exceptio quod metus causâ quando detur,
ibid. n. 3.
 quando exceptio doli, n. 4.
 exceptio erroris, n. 5.
 Exceptio pacti de non petendo quando op-
 poni possit, n. 7.
 Exceptio jurisjurandi, & rei judicatæ quid,
 n. 8. & 9.
 Exceptiones prætoriaræ, & civiles, n. 10. & 11.
 peremptoriaræ, & dilatoriæ, n. 12.
 Exceptio principali competens, an com-
 petat fidejussori, IV. 14. n. 4.
 Excusatio tutelæ quid sit: I. 25. n. 1.
 quam causæ sufficiant, *ibid.* n. 2. *Œc.*
 an in appellatorio causa excusationis possit
 proponi, n. 22.
 Exercitor quatenus teneatur, IV. 5. n. 6.
 quis dicatur exercitor; IV. 7. n. 7.
 Exhæredatio quid sit, & quomodo fieri de-
 beat, II. 13. n. 1. *Œc.*
 ob quas causas liberi exhæredari possint,
ibid. n. 5.
 & ob quas causas parentes, n. 6.
 an etiam fratres, n. 7.
 an ob causas gravioresexhæredatio fieri
 queat, n. 8.
 causam inferi testamento, necesse est, n. 9.
 debetque probari ab hærede scripto, n. 10.
 omnes liberi indistinctè debent institui aut
 exhæredari, n. 11.
 etiam posthumus, n. 12.
 Exhæredato an possit substitui pupillariter,
 II. 16. n. 15.
 Expressor quis dicatur, III. 21. n. 7.

F

Falcidia cur introducta, II. 22. n. 1.
 quomodo ejus computatio fiat, *ibid.* n. 4.
 quæ in eam computentur, n. 5.
 in quibus casibus locum habeat falcidia, n. 6.
 Fenestram an liceat aperire, vid. *Lumen.*
 Fœripeta an possint puniri morte, II. 1. n. 32.
 Fideicommissa alia universalialia, alia particu-
 laria, II. 23. n. 1.
 quid sit universale, *ibid.* n. 2.
 olim fideicommissa non valere n. 3.
 bene tamen hodie n. 4.
 relinquuntur in testamento, codicillis, &
 ab intestato, n. 5.

an necessaria sit hæredis institutio; n. 6.
 relinquuntur variis modis, n. 7.
 quomodo ab intestato relinquuntur, n. 12.
 quomodo sine teste relictum valeat, n. 14.
 Particulare quid sit, II. 24. n. 1.
 quibus verbis fideicommissa relinquuntur,
ibid. n. 4.
 Fideicommissarius an possit esse testis in testa-
 mento? II. 10. num. 19.
 an detrahat quartam Trebellianicam, II.
 23. n. 13.
 Fidejussor, Fidejussio quid sit, III. 21. n. 1.
 & 2.
 cui obligationi possit accedere, *ibid.* n. 8.
 an etiam obligationi ex delicto, n. 9.
 Utrum transeat ad hæredes, n. 10. quæ-
 nam fidejussori competant beneficia, n.
 11. *Œc.*
 an in plus obligari possit, n. 17.
 qualis contra principalem ei competat ac-
 tio, n. 18.
 ad fidejussorem quænam transeat exceptio,
 IV. 14. n. 4.
 Fides bona, vel mala. vid. *Possessor. Pres-*
criptio.
 Fiduciarius hæres post restitutam hæredita-
 tem hæres manet. II. 23. n. 8.
 potest cogi ad adeundam hæreditatem. *ibid.*
 n. 10.
 Filius. vid. *Filius familias, liberi.*
 Filiusfamilias à patre venditus, an manet
 ingenuus, I. 4. num. 3.
 an possit dari tutor, I. 14. n. 1.
 filius comprehendit posthumum. *ibid.* n. 9.
 non verò nepotem, n. 10.
 in testamento patris testis esse nequit, II.
 10. n. 16.
 an, & de quo peculio testari valeat? II.
 12. n. 1. *Œc.*
 ex mutuo neque in conscientia obligatur.
 III. 15. n. 18.
 ex stipulatione acquirit patri. III. 18. n. 4.
 Utrum patri dicatur furtum facere? IV. 1.
 n. 21.
 an teneatur pro patre? IV. 7. n. 2.
 noxæ dari nequit, IV. 8. n. 7.
 Fiscus, ejus administratio excusat à evecta.
 I. 25. n. 9.
 ejus res quando præscribuntur? II. 6. n. 48.
 fisci privilegia, *ibid.* n. 55.
 quando succedat? III. 1. n. 62.
 Flagellata annonæ crimen quid sit? IV. 18.
 n. 42.

Flumen privatum quomodo differat à proprio ? II. 1. n. 8.
Femina an sit homo ? I. 3. n. 2.
 utrum possit esse tutrix ? I. 15. n. 4.
 cur citius pubescat ? I. 23. n. 3.
 an succedat in feudis ? III. 1. n. 6. *Et c.*
 Patri in Austria non succedit. *ibid.* n. 8.
Frater quando habeat querelam inofficiosi ;
 II. 18. n. 3.
 Fratres germani quomodo succedant ? III.
 1. n. 37. *Et c.*
 & quomodo consanguinei, & uterini ? *ibid.*
 n. 46. *Et c.*
 Frater an forem dotare teneatur ? IV. 6.
 n. 221.
Fraus quid, & quotuplex sit, & quæ manu-
 missioni oblit ? I. 6. n. 4. *Et c.*
 alia est consilii, alia eventualis. IV. 6.
 n. 58.
 qualis requiratur ad actionem Paulianam ?
ibid. n. 59.
Fructus quotuplices sint ? II. 1. n. 59. vid.
Possessor.
Fugere an insultatus teneatur ? IV. 18. n. 27.
Furtivus an possit dari tutor ? I. 14. n. 4.
 quis præsumatur talis ; I. 23. n. 5.
 utrum possit esse testis in testamento ? II.
 10. n. 14.
 an possit facere testamentum ? II. 12. n. 7.
Furtum quid sit ? IV. 1. n. 6. *Et c.*
 aliud manifestum, aliud non. *ibid.* n. 13.
 ejus poena, n. 14.
 fur, ruptò laqueo decidens, an liberetur ?
 n. 15.
 furtum usus & possessionis quomodo com-
 mittatur ; n. 17.
 quomodo furtum liberi hominis. n. 18.
 & quomodo rei suæ, n. 19.
 opem ferens, vel consilium præbens ad
 furtum quomodo puniatur, n. 20.
 filius an patri dicatur furtum facere, n. 21.
 furti actio cui competat, n. 22.
 an detur creditori ratione pignoris, n. 27.
 an fulloni, & depositario, n. 24. & 25.
 utrum competat contra impuberem, n. 26.
Falsa Caninia Lex quid sanxerit, I. 7. n. 1.

G

G*enus* quotuplex sit, II. 20. n. 25.
 aliter sumitur à Juristis, quàm Philo-
 sophis. III. 15. n. 7.
Geometrica proportio. vid. *Proportio.*
Gratus affinitatis, vid. *Affinitas.*

Consanguinitatis. vid. *Consanguinitas.*
Grex si legatus est, an una ovis debeatur,
 II. 20. n. 22.

H

H*abitatio* quid sit, II. 5. n. 7.
 quomodo differat ab usu, & usufruc-
 tu, *ibid.* n. 8.
Hæreditas, Hæres. Institutio hæredis est basis
 testamenti. II. num. 6.
 an hæres possit esse testis in testamento,
ibid. n. 18.
 Hæredes quinam debeant institui, vel ex-
 hæredari, II. 13. num. 5. *Et c.*
 quinam institui nequeant, II. 14. n. 1. *Et c.*
 Hæreditas in quot uncias dividatur, *ibid.*
 n. 3. & 4.
 Hæredes quomodo possint institui, n. 5.
 Hæres quis dicatur, II. 19. n. 1.
 alius necessarius, *ibid.* n. 2.
 alius suus, & necessarius n. 3.
 alius demùm extraneus. n. 4.
 qui triplici tempore debet esse capax, n. 5.
 suus solum duplici. n. 6.
 extraneus dicitur adire, suus se immis-
 cere, n. 7.
 Hæreditas quot modis adeatur, n. 10. vel
 repudietur, n. 11.
 quomodo differat à legato, II. 20. n. 2.
 Hæredis res an legari possit, *ibid.* n. 5.
 Hæres fiduciarius post hæreditatem restitu-
 tam manet hæres. II. 23. n. 8. vid.
Fiduciarius.
 Hæredis institutio in codicillo directè facta,
 an trahatur in fideicommissum, II. 25.
 num. 9.
 Hæreditatis communitio, vid. *Communitio.*
 Hæreditatis aditio. vid. *Aditio.*
 pro hæreditate qualis competat actio ? vid.
Petitio hæreditatis.
Hermaphroditus ad quem sexum reducatur ?
 I. 3. n. 3.
Homicidium quid sit, & quotuplex ? IV. 18.
 n. 21. *Et c.*
 an animus occidendi præsumatur ex instru-
 mento ad occisionem non apto ? *ibid.*
 n. 2. 3.
 quid juris, si quis ad occisionem dederit
 consilium ? n. 24. & 25.
Homo triplici modò consideratur. 11. n. 17.
 an femina sit homo ? vid. *femina.*

I

I *Lustris* in criminalibus per procuratorem stare potest in iudicio. IV. 4. n. 16.

Immissio ex primo, & secundo decreto. vid. *Decretum*.

Impedimenta matrimonii quæ sint; vid. *Matrimonium*.

Impense triplices sunt, II. 1. n. 51. vid. *Possessor*.

Imperitia an ponat culpam? IV. 3. n. 9.

Implantatio quid sit, & quomodo dominium tribuat? II. 1. n. 53. & 54.

Impotentia quotuplex sit? I. 10. n. 71.

quæ dirimat matrimonium? *ibid.* n. 72.

Imprudencia est quasi delictum. IV. 5. n. 1.

Impubes an arrogari possit? I. 1. n. 7. vid. *pupillus*.

contra impuberem an detur actio furti? IV. 1. n. 26.

Inadificatio quid sit, & quando per eam acquiratur dominium? II. 3. 48. *Œc.*

Indebitum quid sit, & quotuplex? III. 15. n. 19. & 20.

quando indebiti soluti detur repetitio? *ibid.* n. 21. *Œc.*

Indebiti solutio est quasi, contractus, III. 28. n. 9.

Infamia quid, & quotuplex sit? I. 26. n. 21 & 22 infamiae effectus. *ibid.* n. 23.

Inficiando lis quando crescat? III. 28. n. 10.

Ingenium quis dicatur? I. 4. n. 1. & 2.

Injuria occidere quid sit? IV. 3. n. 5.

Injuria dupliciter accipitur. IV. 4. n. 1.

Ejus definitio, *ibid.* n. 2.

si verba sunt indifferentia, an sint injuriosa? n. 3.

committitur tribus modis. n. 4.

realis, & verbalis quomodo fiat? n. 5. & 6.

an protestatio honoris tollat actionem injuriarum? n. 7.

ab injuria an veritas excuset? n. 8.

an verbalem injuriam aliâ verbali liceat repellere? n. 9.

injuriam per quos patimur, n. 10.

injuriarum poena quæ? n. 11.

injuria atrox quænam? n. 12.

de injuria quomodo agatur? n. 13.

actio recantatoria an cum æstimatoria concurrat? n. 15.

injuria quot modis tollatur? n. 17.

Insula naturalis, & causalis. II. 1. n. 39.

cui cedat? *ibid.* n. 40.

Invidia quid sint? IV. 15. n. 5.

an dentur super proprietate? *ibid.* n. 6.

differunt ab actionibus, n. 7.

prohibitoria, restitutoria, & exhibitoria, n. 8.

Interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, quid sit? n. 9. 10. & 18.

cui, contra quem & ad quid competat? n. 9. *Œc.*

Interdictum de mortuo inferendo quid sit? n. 23.

Interdictum, ne quid in loco sacro, quid sit? n. 24.

quid interdictum, ne quid in flumine publico? n. 25.

de libero homine exhibendo? n. 26.

& de libero & liberis exhibendis, n. 27. & 28.

Interdictum quorum honorum quid? n. 29. *Œc.*

Interdictum quorum legatorum? n. 36. *Œc.*

Interdictum Salvianum, n. 39. & c. Interdictum uti possidetis, & utrobi, n. 45. *Œc.*

Interdictum unde vi, quid sit, & cui competat? n. 77. *Œc.*

contra quem detur? n. 82.

an etiam contra hæredes? n. 83.

an exceptionem reconventionis admittat? n. 84.

ejus requisita? n. 85.

Interdicta alia simplicia, alia duplicia, n. 88.

Interrumpi quando dicatur præscriptio? II. 6. n. 58.

Intextura quid sit? II. 1. n. 45.

Inundatio quid sit? II. 1. n. 42.

Inventarium quid requiratur? II. 19. n. 9.

Inventio an sit modus acquirendi dominium? II. 1. n. 36. & 37.

Iter quid sit? II. 3. n. 7.

Judeus an à collo, an à pede suspendi debeat? IV. 1. n. 16.

Judex competens an sit, ubi caput jacet? II. 1. n. 23.

malè judicans tenetur ex quasi delicto. IV. 5. n. 1. *Œc.*

Judicis officium quotuplex? IV. 6. n. 2.

in quo consistat? IV. 17. n. 1.

quale Judicis officium sit circa actionem noxalem? *ibid.* n. 2.

item in rei vindicatione? n. 3.

in petitione hæreditatis? n. 4.

in actione ad exhibendum? n. 5.

item in actione familie heriscendæ? n. 6. & tandem in actione finium regundorum? n. 7.

Judicium petitorium, & possessorium quid? IV. 15. n. 2.
 Consultus est, intentare possessorium, *ibid.* n. 3.
 à possessorio datur regressus ad petitorium. n. 4.
 Judicia publica. vid. *Crimen.*
Juram pertineant ad res mobiles, vel immobiles? II. 2. n. 6.
Juramentum quid sit? IV. 6. n. 94.
 I. divisio in assertorium, & promissorium. *ibid.* n. 94.
 II. in voluntarium, judiciale, & necessarium. n. 96.
 Definitio voluntarii, & judicialis, n. 97. *Ec.*
 judiciale an locum habeat, si actor nihil probaverit, n. 101. *Ec.*
 necessarium quid sit? n. 103.
 ejus requisita. n. 104.
 in quibus causis habeat, locum? n. 105. *Ec.*
 cui deferendum juramentum suppletivum? n. 109. *Ec.*
Juramentum in litem quid sit? n. 111. *Ec.*
 an ultra duplum veræ estimationis quis condemnari possit? n. 113. *Ec.*
 juramentum calumniæ quid sit? IV. 16. n. 2.
 à quo præstandum? *ibid.* n. 3.
 si nolint præstare, quid juris? n. 4. ejus requisita n. 5.
Jurisdictio alia voluntaria, alia contentiosa.
 I. 5. n. 3.
 an fundetur per caput hominis repertum? II. 1. n. 23.
Jurisprudencia quid sit? I. 1. n. 11.
Jus. præcepta juris quot sint? I. 1. n. 12.
 Jus aliud publicum, aliud privatum. I. 1. n. 15. *Ec.*
 Jus naturale definitur. I. 2. n. 1.
 an insit brutis? *ibid.* n. 2.
 utrum sit immutabile? n. 57. *Ec.*
 Jus gentium quid sit? *ibid.* n. 7.
 differt à jure naturali. n. 8.
 ejus exempla. n. 9.
 primævum, & secundævum, n. 10. *Ec.*
 Jus civile quid sit? *ibid.* n. 13.
 an mutabile? n. 59.
 aliud scriptum, aliud non scriptum. *ibid.* n. 14.
 Jus non scriptum, vid. *Consuetudo.*
 Jus objectum triplex. I. 2. n. 60.
 & II. 1. n. 1.

Jus accrescendi, vid. *accrescendi.*
Jus asyli, vid. *Asylum.*

Jus deliberandi, vid. *Deliberandi.*
Jus pascendi, vid. *Pascua.*
Justitia: finis justitiæ duplex. I. 1. in prin.
 quid sit justitia? *ibid.* n. 3.
 quænam sit definita, humana, vel divina? *ibid.* n. 4.
 alia universalis, alia particularis, *ibid.* n. 5.
 particularis est definita. n. 6. & 7.
 alia commutativa, alia distributiva, alia vindicativa, n. 8.
 quænam proportio servetur? n. 9. & 10.

L

Legatorius an possit esse testis in testamento? II. 10. n. 19. vid. *Legatum.*
Legatum, cum legato donatio mortis causa in multis convenit. II. 7. n. 8.
 Legatum accipiens, perdit querelam. II. 18. n. 6.
 Legatum quid sit? II. 20. n. 1.
 quomodo differat ab hæreditate? *ibid.* n. 2.
 quales nascantur actiones? n. 3.
 Legata, & fideicommissa æquiparantur. n. 4.
 Legari quænam res possint, & quæ non? n. 5. *Ec.*
 in legatis quid, & quotuplex sit conjunctio? n. 12. *Ec.*
 legata res, si pereat cui pereat? n. 19.
 si ex pluribus rebus legatis una pereat, quid juris? n. 20.
 quid intersit, si legatus est fundus instructus, vel cum instrumentis? n. 21.
 grege legato, an una ovis superstes debeatur? n. 22.
 legatum generis quid sit, & quotuplex, n. 25.
 quibus legari possit? n. 26. *Ec.*
 an falsa causa, vel demonstratio vitiet legatum? n. 31. *Ec.*
 an pœnæ nomine legari possit? n. 33.
 legati ademptio, & translatio quid sit? II. 21. n. 1. *Ec.*
Legitima liberorum cujus sit juris? II. 16. n. 11.
 Legitima titulo institutionis est relinquenda. II. 18. n. 8. & 10.
 quid, & quanta sit? *ibid.* n. 12. & 12.
 quibus debeatur? n. 13. *Ec.*
 & quo jure? n. 16.
 an consuetudine tolli queat; n. 17.
 utrum sit quota honorum? n. 18. & 19.
 an gravari possit? n. 20.
 utrum in ea possit fieri substitutio? n. 21.
 quo titulo relinqui debeat? n. 22.
 & ex quibus bonis? n. 23.

- an in pecunia debeatur? n. 24. & quando? n. 25.
 quæ in eam imputentur? n. 26.
 in assignanda legitima quale tempus inspiciatur? II. 22. n. 3.
 legitima in Austria non debetur filiabus. III. 1. n. 9.
Legitimatio quid, & quotuplex sit? I. 10. n. 76. & 77.
 quid ad eam requiratur? *ibid.* n. 78. *Et c.*
 an legitimer adulterinus? n. 80. *Et c.*
 an ad eam requirantur pacta dotalia? n. 83.
 an consensus viberorum? n. 84.
 utrum tribuat jus successione in fendis? n. 85.
Legimus quando quis reputatur? I. 11. n. 3.
Legitima Societas vis Societas.
Lex quid sit? I. 2. n. 15.
 pœnali definitur *ibid.* n. 17.
 quando Lex pœnalis obliget? n. 28.
 Requisita legis n. 18. *Et c.*
 non obligat ante promulgationem n. 23.
 Scriptura non requiritur. *ibid.* n. 25. & 26.
 legis effectus. n. 27.
Lex Aquilia, primum ejus caput quid sit? IV. 3. n. 2.
 ob occisum liberum hominem utilis actio competit *ibid.* n. 3.
 Requisita actionis legis aquiliæ n. 4.
 injuriâ occidere quid sit? n. 5.
 miles in loco consueto ludens, non tenetur de damno n. 6.
 Putator arborum quando teneatur? n. 7.
 item medicus? n. 8. quando mulio? n. 10.
 an cum actione legis aquiliæ aliæ concurrant? n. 11.
 tertium caput. n. 12.
 actio directa, & utilis quæ dicatur? n. 12. & 14.
Lex Falcidia quare introducta. II. 12. n. 1. vid. *Falcidia*.
Lex Fura quid introduxerit? II. 22. n. 2.
Lex Fusia Caninia quid sanxerit? I. 7. n. 1.
Lex Voconia quid statuerit II. 22. n. 22.
Libellum quamdiu licet emendare? vel mutare? IV. 6. n. 241. *Et c.*
Liberi an inviti legitimentur? I. 10. n. 84.
 in quotuplici sint differentia? I. 11. n. 2.
 Liberi complectuntur nepotes. I. 14. n. 11.
 quinam prosint ad excusationem tutelæ? I. 25. n. 2. *Et c.*
 ob quas causas exheredari possint? II. 13. n. 5.
 omnes indistincte debent institui, aut exheredari *ibid.* n. 11.
 succedunt ab intestato, & sunt varii? III. 1. n. 2. *Et c.*
 quomodo succedant? *ibid.* n. 23. *Et c.*
Kees ad Instituta.
- Libertas** quid sit? I. 7. n. 4.
 per fidei-commissum an rectè relinquatur? II. 24. n. 3.
Libertinus quis sit? I. 5. n. 1.
 Libertinorum divisio *ibid.* n. 5.
Ligamen an sit impedimentum matrimonii? I. 10. n. 60.
Linea quid sit, & quotuplex? vid. *Consanguinitas*.
Lis inficiando quando crescat? III. 28. n. 10.
 litis contestatione actiones perpetuantur. IV. 12. n. 3.
Litterarum obligatio quando nascatur, & onalem producat obligationem? III. 23. n. 1. & 2. vid. *Exceptio*.
Litigans temerè quomodo puniatur? IV. 16. n. 1. *Et c.*
Litus quid sit? II. 1. n. 9.
 quomodo differat à portu? *ibid.* n. 10.
Locatio, *Locator* quis dicatur? III. 25. n. 1.
 Locationis definitio *ibid.* n. 2. & 3.
 differat à contractu innominato. n. 4.
 quando censetur renovata? n. 5.
 quænam detur actio, & ad quid? n. 7.
 locator ad quid obligetur? n. 15.
 an locatio transeat ad hæredes? n. 37.
Lumen, ne luminibus officiat, servitus quid sit? II. 3. n. 22.
 an vicinus possit obicere lumina? *ibid.* n. 23.
 Luminum servitus quid? n. 24.
 an liceat aperire fenestram? n. 25. & 26.
 M.
- Magistratus** potest conveniri à pupillo. I. 24. n. 6.
 illius dignitas excusa à tutela. I. 25. n. 11.
Majestas divina, alia humana vid. *Crimes*.
Mala fides, vid. *Possessor Prescriptio*
Mandatarivus, *Mandatium* quid sit? III. 27. n. 1. & 2.
 differat à negotiorum gestione. *ibid.* n. 3.
 divisiones mandati n. 4. *Et c.*
 quot modis contrahatur? n. 8. *Et c.*
 an ex consilio quis obligetur. n. 14.
 contra bonos mores nullum est n. 15.
 mandans vulnera, an teneatur ultimo supplicatio? n. 16.
 mandati fines sunt custodiendi n. 17.
 mandatarius pluris emens admittit actionem mandati? n. 18.
 an etiam quoad excessum? n. 19.
 mandatium variis modis expirat. n. 20. *Et c.*
 quænam actio nascatur? n. 23.
Mandator quis dicatur? III. 21. n. 3.
 differat à fidejussore? *ibid.* n. 4.
Manumissio quid sit? I. 5. n. 1.
 ejus modi *ibid.* n. 2. ubi fieri possit? n. 4.
 manumittere quis queat? I. 6. n. 1.
 E e e e e a

- an debitor in fraudem creditorum? *ibid.* n. 2. & 3.
 ob quam fraudem manumissio sit invalida? n. 6.
Mare an illius detur dominium? II. 1. n. 6.
Maritus possitne esse curator uxoris? I. 26. in fin. fundo dot. si servitutem imponere nequit. II. 3. n. 27.
 quando possit donare uxori, vel non? II. 7. n. 19.
 an dotem alienare possit? II. 8. n. 1. & 3.
 an sit dominus dotis? *ibid.* n. 2.
 quomodo succedat uxori? III. 1. n. 60. *Et c.*
Mater tribus temporibus potest prodelle proli. I. 4. n. 2.
 liberos non habet in potestate. I. 9. n. 1.
 loci filii potest contrahere sponsalia vid. *Sponsalia.*
 an tutorem dare possit? I. 13. n. 6.
 utrūm tutrix esse valeat? I. 15. n. 5.
 an pupillariter possit substituere? II. 16. n. 7. & 8.
 utrūm per expressam pupillarem substitutionem excludatur à legitima? *ibid.* n. 11.
 liberis naturalibus tenetur ad legitimam II. 18. n. 15.
 an teneatur dotare filiam? IV. 6. n. 218.
Matrimonium in quarto gradu prohibitum I. 10. n. 29.
 an in secundo gradu dispensetur? *ibid.* n. 37. *Et c.*
Matrimonium quid sit? n. 44.
 ejus divisio. n. 45.
 quis illud possit contrahere? n. 45.
 ejus requisita n. 47.
 an requiratur consensus parentum? n. 48.
 quis parochus dicatur proprius n. 49.
 Impedimenta impedientia, & dirimentia qualia, & quot sint? n. 53. *Et c.*
 quando error sit impedimentum? n. 54. *Et c.*
 quando conditio? n. 57. *Et c.* an votum? n. 60.
 qualis cognatio, & quando? n. 61. & 62.
 an adulterium ponat impedimentum? n. 63.
 utrūm cultus disparitas? n. 64.
 an metus? n. 65. *Et c.* quales ordines? n. 68.
 utrūm ligamen? n. 69.
 item publica honestas? n. 70.
 Impotentia qualis? n. 71. & 72.
 Eunuchi, & spadones an possint contrahere matrimonium? n. 73. & 74.
 an rapus sit impedimentum? n. 75.
 quando quis legitimitur? vid. *Legitimatio.*
Medicus quando teneatur de damno? IV. n. 8.
 imperite curans verè delinquit. IV. 5. n. 2.
Merces an tacite pro pignore obligentur? IV. 6. n. 73.
Merx dominica quomodo differat à merce peculiari? IV. 7. n. 15.
Metus quid, & quotuplex sit? I. 10. n. 65. & 66.
 qualis ponat impedimentum? n. 67.
 quando irritet contractum? II. 14. n. 26. *Et c.*
 qualis actionem quod metus causà producat? IV. 6. n. 162.
Miles liberos suos non tenetur instituere? II. 11. n. 15.
 in loco consueto ludens, de damno non tenetur. IV. 3. n. 6. vid. *Militia.*
Militia excusat à tutelâ. I. 25. n. 20.
 militis testamentum quando valeat? II. 11. n. 1. *Et c.*
 milites stationarii an gaudeant privilegio testandi? *ibid.* n. 3.
 veterani qui dicantur? n. 4.
 militis testamentum quamdiu valeat, n. 5.
 an per subsequenter militiam reconvalescat? n. 6.
 milites rogati an gaudeant jure militari? n. 7.
 an sint preferendi? n. 7.
Minorum an possit esse procurator? I. 6. n. 7.
 an defensor? *ibid.* n. 8.
 utrūm possit tutor dari? I. 14. n. 4.
Missilia cui cedant? II. 1. n. 74.
Moderamen inculparæ tutelæ quænam requiratur? IV. 18. n. 26.
 insultatus an teneatur fugere? *ibid.* n. 27.
 an pro defensione famæ liceat occidere? n. 29.
 quid? si quis confiteatur homicidium, sed ad sui defensionem commissum? n. 29.
Monachismus an solvat patriam potestatem? I. 12. n. 7.
 Monachi quomodo succedant? III. 1. n. 15.
Monachia quid sit? vid. *Status.*
Monasterii res quando præscribantur? II. 6. n. 38.
Moneta in alia an possit fieri solutio? III. 15. n. 15.
 quotuplex illius sit mutatio? *ibid.* n. 16.
Monopolia sunt prohibita. III. 24. n. 28.
Morgengaba quid sit? II. 7. n. 26.
Mors naturalis solvit patriam potestatem I. 12. n. 1. & 2.
 item civilis. *ibid.* n. 3.
Mutio quando ex lege aquilia teneatur IV. 3. n. 10.
Mulier an possit esse tutrix? vid. *femina.*
 utrūm tutorem suspectum possit accusare? I. 27. n. 6.
 an possit esse testis in testamento? II. 10. n. 12. ratione

- ratione dotis quænam habeat privilegia? IV. 6. n. 179.
 an præferatur fisco? *ibid.* n. 205.
 item an aliis creditoribus expressam hypothecam habentibus? n. 207.
 utrùm etiam in paraphernalibus, & donatione propter nuptias? n. 212.
 in qua dote competat prælatio? n. 213.
Mutuum distinguitur à quasi-usufructu? II. 4. n. 10.
 quid sit, & in quibus rebus consistat? III. 15. n. 2. *Œc.*
 differt ab aliis contractibus. f. *ibid.* n. 6.
 an sit mutuum, si datur species, ut vendatur, & pretiò exinde redactò utatur? n. 9. & 10.
 an in plus gravari possit? n. 11.
 an in eadem moneta debeat fieri solutio? n. 15. *Œc.* vid. *Moneta.*
Mutus an possit esse testis in testamento? II. 10. n. 14.
 Utrùm testari queat? II. 12. n. 9.
 N
Negotiorum gestio differt à mandato. III. 27. n. 3.
 quid sit? III. 28. n. 3.
 qualis præsterit culpa? *ibid.* n. 4.
Nepos ex primo genito præferitur in successione patruo III. 1. n. 19. *Œc.*
Novatio quid sit, & quotuplex? III. 30. n. 10.
 an novari possit obligatio pupillii? *ibid.* n. 11.
 utrùm fiat novatio, si causa debendi mutetur? n. 12.
 Novationis requisita. n. 13.
Novitio quis succedat? III. 1. n. 16.
Noxa, & Noxia quomodo differant? IV. 3. n. 2.
 noxæ deditio quid operetur? *ibid.* n. 3.
 an filius possit noxæ dari? n. 7.
Nuptiæ unde dicantur? I. 10. n. 43.
 finiunt tutelam in Austria. I. 22. n. 4.
 O
Objectum juris triplex est, I. 2. n. 60.
 item II. 1. n. 1.
Obligatio quid, & quotuplex sit? III. 14. n. 2. *Œc.*
 quænam orta sit, regulæ cognoscendi, *ibid.* n. 6.
 obligationum effectus. n. 7.
 obligatio an tollatur mutuo consensu? III. 30. n. 15.
 quomodo compensatione. n. 16.
 an reditio chirographi? n. 17.
Obligatio ex delictis vid. *Delectu.*
Obligatio literarum, vid. *Literarum.*
Occidere an pro defensione rerum liceat? IV. 18. n. 28.
Occupatio quid sit? II. 1. n. 30.
 occupata in bello cui cedant; *ibid.* n. 35.
 occupare rem suam propria autoritate nemo potest. IV. 6. n. 4. & 5.
Officium iudicis aliud nobile, aliud mercenarium. IV. 6. n. 2.
Oneris ferendi servitus quid sit? II. 3. n. 16.
Ordo qualis ponat impedimentum matrimonii? I. 10. n. 68.
 P
Pactum quid sit, quomodo differat à pollicitatione, & quotuplex? III. 14. n. 8. *Œc.*
 vestitum definitur *ibid.* n. 12.
Antichreseos quid sit? III. 15. n. 47.
 an sit prohibitum? *ibid.* n. 48.
 pacta societati adjecta. vid. *Societas.*
Commissorium quid sit? III. 14. n. 49.
Parochus proprius in matrimonio quis sit? I. 10. n. 49.
Parricide quomodo puniantur? IV. 18. n. 32.
Pascua. jus pascendi quid sit? II. 3. n. 11.
 Pascua alia publica, alia privata *ibid.* n. 12.
Pater locò filii potest contrahere sponsalia. vid. *Sponsalia.*
 an patris consensus requiratur ad matrimonium à filio contrahendum? I. 10. n. 48.
 utrùm filio naturali, exheredato, & posthumo tutorem dare possit, vid. *Tutor.*
 an teneatur pro filio tutore? I. 14. n. 2.
 ingrediens monasterium, an amittat usufructum? II. 4. n. 18.
 quale acquirat peculium? II. 9. n. 3. & 4.
 an amittat usufructum per nuptias filii? *ibid.* n. 5.
 an possit esse testis in testamento filii? II. 10. n. 17.
 utrùm teneatur dotare filiam? IV. 6. n. 218. *Œc.*
 an teneatur pro filio? IV. 7. n. 2.
Patria potestas quid, & cujus juris sit, & quales ejus effectus? I. 9. n. 1. *Œc.*
 an mater liberus habeat in potestate patria? *ibid.* n. 1.
 quot modis acquiratur? I. 11. in prin.
 an etiam per adoptionem? *ibid.* n. 4. *Œc.*
 solvitur variis modis. I. 12. n. 1. *Œc.*
Pauperies quomodo differat à damno? IV. 9. n. 1.
 actionis de pauperie requisita. *ibid.* n. 2. *Œc.*
Paupertas excusat à tutela I. 25. n. 14.
 an ut suspectus, pauper sit removendus à tutela? I. 26. n. 27.
Peculatus quid sit? IV. 18. n. 38.
Peculium quid, & quotuplex sit? II. 9. n. 6.
Œc. quale acquiratur patri? *ibid.* n. 3. *Œc.*
 Eeeee 2 Pecunia

Pecunia an sit res mobilis, vel immobilis? II. 2. n. 5. & 7.
Pecus eius usum habens, quomodo uti debeat? II. 5. n. 6.
Perceptio fructuum quid sit? II. 1. n. 58. vid. *Possessor*.
Perduellio vid. *Crimen*.
Peregrinus quis succedat? III. 1. n. 71.
Personarum divisio. I. 3. n. 1. quanam gaudeant jure asyli? vid. *Asylum*.
Petitio hereditatis definitur, cui, ad quid, & contra quem competat? IV. 6. n. 182. *Et c.* an etiam contra possidentem titulus? *ibid.* n. 90
 in ea quid iudici incumbat? IV. 17. n. 4.
Pictura quid sit? II. 1. n. 57.
Pignus quando alienari possit? II. 8. n. 4. *Et c.* quid sit III. 15. n. 40.
 res aliena non potest oppignorari *ibid.* n. 41. qualis ex eo nascatur actio? n. 42.
 an actio pignoratitia detur contra tertium? n. 43.
 qualis praestetur culpa? n. 45.
Piscatio quid sit? II. 1. n. 30.
Plagiarium quomodo puniatur? IV. 18. n. 29.
Plebiscitum quid sit? I. 2. n. 29.
Plus potere quatuor modis quis dicitur. IV. 6. n. 240.
Poenae, in poenis quanam servetur proportio? vid. *Proportio*.
 an poena possit adici sponalibus? I. 10. n. 13. *Et c.*
Pollitatio quomodo differat à pacto? III. 14. n. 8.
Polypedia est iusta excusatio à tutela. I. 25. n. 2.
Pontifex an dispensare possit in impedimentis matrimonii? I. 10. n. 42.
Possessio, *Possessor* bonae, & malae fidei quales impensas deducat? II. 1. n. 52.
 deducere, & tollere impensas. *ibid.*
 quales fructus suos faciat? *ibid.* n. 59. *Et c.*
 possessio acquiritur per liberos, & servos. III. 20. n. 1. *Et c.*
 possessionis furro quomodo committatur? IV. 1. n. 17.
Possessio quid sit? IV. 15. n. 56. *Et c.*
 an sit iuris, an facti? *ibid.* n. 57.
 naturalis quid sit? n. 63. *Et c.* & quid civilis? n. 66. quomodo acquiratur possessio? n. 67. *Et c.* & quomodo retineatur? n. 75 quibus modis amittatur? n. 76.
 pro recuperanda possessione quanam dentur remedia? n. 86. *Et c.*
Posthumum venit nomine filii? I. 14.
 an sit instituendus, vel exheredandus II.

I. n. 12.
 posthumus quotuplex? *ibid.* n. 13.
 huius agnatio duplex II. 17. n. 2
 an succedat ab intestato? III. 1. n. 13.
Præceptio juris vid. *Jus*
Prædium rusticum, & urbanum quid? II. 3. n. 5.
 prædium serviens an mutari possit? *ibid.* n. 13.
Prælati fundo ecclesiastico servitutem imponere nequit. II. 3. n. 27.
Præscriptio, an præscriptione servitus acquiritur? II. 3. n. 30.
 est modus acquirendi dominii. II. 6. in prin.
 an differat ab usucapione? *ibid.* n. 2.
 præscriptum jus, & præscriptum juri differunt n. 3.
 Præscriptionis definitio. n. 4
 an tribuat dominium directum. n. 5.
 cur fuerit introducta? n. 6.
 an in utroque foro procedat? n. 7. & 8.
 I. requisitum est bona fides. n. 9. *Et c.*
 an currat etiam cum dubio? n. 13. *Et c.*
 utrum servitutis præscribantur sine bona fide? n. 16. *Et c.*
 II. requisitum est titulus. n. 21.
 quid sit titulus, & qualis requiratur? n. 22. *Et c.*
 III. requisitum est possessio. n. 31.
 IV. est legitimum tempus. n. 32.
 aliud breve, aliud longum, aliud longissimum. n. 33. *Et c.*
 quid sit tempus immemorabile? n. 41. & 42.
 V. requisitum est res non vitiosa. n. 43.
 & quanam tales sint? n. 44. *Et c.*
 an possunt præscribi res furtivæ? n. 44. & 47.
 item an res deposita? n. 45.
 quando res fisci? n. 48.
 an præscribitur juri luendi pignoris? n. 49.
 item an annuis redditibus? n. 50.
 præscriptio an impediatur per errorem falsae causae? n. 51.
 an, & quando mala fides antecessoris nocet successori? n. 52. *Et c.*
 præscriptio quando non procedat? n. 56.
 quando dormiat? n. 57.
 & quando interrumpatur? n. 58.
 item quando rescindatur? n. 59.
Prætorum edicta quid sint? I. 2. n. 43.
Primogenitura quid sit? III. 1. n. 17.
 an refragetur rationi? *ibid.* n. 18.
 primogeniti nepos præfertur patruo in successione. n. 19. *Et c.*
Princeps, an illius scientia ad consuetudinem requiratur? vid. *Consuetudo*.
 an possit subditos jure quæratò privare? II. 1. n. 29.

- utrum jus venandi subditis possit adimere? *ibid.* n. 21.
 an litis causâ possit hæres institui? II. 17. n. 8.
Privilegiatus contra privilegium quando uatur suo privilegio? I. 2. n. 41.
Privilegii definitio, & divisio I. 2. n. 36. *Esc.*
 privilegium Doctoratus an sit reale? *ibid.* n. 38.
 privilegium divisionis. n. 39.
 quando fortiatu effectum? n. 40. an quis uti possit privilegio contra privilegium? n. 42.
 quando amittatur? n. 43.
Procurator an minorennis esse possit? *vid.*
Minoromis.
 alius judicialis, alius extrajudicialis. I. 6. n. 6.
 potest contrahere sponsalia I. 10. n. 8.
 an per procuratorem agere liceat? IV. 10. n. 1.
 quis dicatur procurator? *ibid.* n. 2.
 quomodo constituatur? n. 3.
 an teneatur præstare cautionem? IV. 11. n. 5.
Prodigus an possit facere testamentum? II. 12. n. 8.
Professura excusat à tutela. I. 25. n. 21.
Promissor facti an præcisè ad factum teneatur? III. 16. n. 12.
Promulgatio requiritur ad legem I. 2. n. 21. & 22.
Proportio an geometrica, vel arithmetica ser. verur in justitia commutativa? I. 1. n. 9.
 in pœnis an attendatur arithmetica? *ibid.* n. 10.
Proxenicium quid sit? II. 7. n. 29.
Publica bonestas quando ponat impedimentum matrimonii? I. 10. n. 70.
Pupillus quando autoritate tutoris indigeat? I. 21. n. 7.
 an possit sine hac celebrare contractus? *ibid.* n. 10.
 utrum tali modò obligetur naturaliter? n. 11.
 possitne adire hereditatem? n. 12. *Esc.*
 pupillis etiam curatores dantur. I. 23. n. 6.
 quales actiones, & contra quos habeat? I. 24. n. 5. *Esc.*
 tutorem suspectum postulare nequit. I. 26. n. 7.
 an mutuum dare possit? II. 8. n. 6.
 utrum illi possit fieri solutio? an vicissim ipse solvere queat? n. 8.
 utrum possit testamentum facere? II. 12. n. 6.
 an sibi stipulari possit? III. 20. n. 11.
- Q
- Q**uadruplicatio quid sit? IV. 14. n. 2. *Esc.*
Quarta Piana est omnium bonorum. I. 11. n. 9
Quarta Trebellianica quid sit? *vid.* *Trebellianica.*
- Quasi contractus* quid sit? III. 28. n. 1.
 quot ejus species? *ibid.* n. 2. *Esc.*
Quasi delicta quænam sint? IV. c. n. 1. *Esc.*
Quasi-Possessio quot actus requiratur? IV. 15. n. 74.
Querela inofficiosa quid sit? II. 18. n. 1.
 quibus competat? *ibid.* n. 2.
 an etiam fratri? n. 3. item arrogato? n. 4.
 & naturalibus tantum? n. 5.
 querelam perdit, qui legatum accipit. n. 6.
 limitatur in tutore. n. 7.
 secus in avvocato. n. 8.
- R
- Rapina, Raptor*, Rapina quid sit, IV. 2. n. 1.
 an raptor teneatur actione furti? *ibid.* n. 2.
 Actio vi bonorum raptorum an competat pro re minima? n. 3.
 rem suam esse existimans, rapiens, raptor non est. n. 4.
 cui competat actio vi bonorum raptorum? n. 5.
Raptus an sit impedimentum matrimonii? I. 10. n. 75.
 quomodo puniatur? IV. 18. n. 37.
Regula affinitatis. *vid.* *Affinitas.*
Consanguinitatis. *vid.* *Consanguinitas.*
Rei vindicatio quid sit, cui & contra quem detur? IV. 6. n. 11. *Esc.*
 in ea quid iudici incumbat? IV. 17. n. 3.
Relegatio non solvit patriam potestatem. I. 12. n. 4.
Replicatio quid sit? IV. 14. n. 1.
Repedundarum crimen quid sit? IV. 18. n. 41.
Res servando servabiles quæ dicantur? I. 21. n. 6.
 divini, & humani juris. II. 1. n. 2.
 in patrimonio, & extra *ibid.*
 res communes, publicæ, universitatis, & nullius quæ? n. 4. *Esc.*
 res sacræ quæ? n. 15. ut tales fiant quid requiratur? n. 16. nequeunt alienari. n. 17.
 certis tamen in casibus possunt. n. 18.
 res Ecclesiasticæ sunt in commercio. n. 19.
 aliæ res Religiosæ, aliæ sanctæ, aliæ singulorum. n. 20. *Esc.*
 res derelictæ quando cedant occupanti? n. 75.
 aliæ corporales, aliæ incorporales, aliæ mobiles, aliæ immobiles. II. 2. n. 1. *Esc.*
 jura, & actiones ad quas pertineant? *ibid.* n. 6.
 quid inter has interfit? n. 8.
 Ecclesiasticæ quando præscribantur? II. 6. n. 38.
 Res vitiosæ. *ibid.* n. 41. *Esc.*
 immobilis sine vitio ad alium pervenire quomodo possit? n. 46.
- Eccce 3 Res

- Res fisci quando præscribantur? n. 48.
 quæ res legari possunt, vel non? II. 20. n.
 5. vid. *Legatum*.
- Res fungibiles quamam? III. 15. n. 4. *Æc.*
- Res, quæ in stipulationem possint deduci?
 III. 20. n. 1. *Æc.* vid. *Stipulatio*.
- Incorporales quomodo acquirantur? IV.
 15. n. 73.
- Rescriptum* quid sit? I. 2. n. 32.
- de *Residuis* quid sit? IV. 18. n. 43.
- Responsa* prudentium quid sint? I. 2. n. 44.
 quem effectum habeant? *ibid.* n. 45.
- Restitutionem* in integrum quis concedat? IV.
 6. n. 40.
 ejus requisita. *ibid.* n. 41. *Æc.*
- Reus* excipiendò sit actor, quomodo intelli-
 gendum? III. 22. n. 4.
- Reus* stipulandi, & promittendi quis dica-
 tur? III. 17. n. 1.
- Requisita ad hoc, ut quis constituatur?
ibid. n. 2. *Æc.*
 quomodo duo rei obligentur? n. 5.
 an habeant beneficium divisionis? n. 6.
- Ripa* quid sit? II. 1. n. 11.
 an sit publica, vel privata? *ibid.* n. 12.
- S
- S**atio quid sit? II. 1. n. 55.
- Satisfactio* tutoris definitur. I. 24. n. 1.
 vid. *Tutor*.
- Scriptura* non requiritur ad legem. vid. *Lex*.
 quid sit? II. 1. n. 56.
- Senatus-Consultum* describitur. I. 2. n. 30.
- Separatio* quoad thorum, & mensam an fiat
 per adulterium? I. 10. n. 50. & 51.
 in quibus casibus non? *ibid.* n. 52.
- Sequestratio* quid sit, & quotuplex? III. 15.
 n. 38. & 29.
- Servitus* quid sit? I. 3. n. 5.
 an sit in bonis nostris? II. 1. n. 3.
 historiam accipitur. II. 3. n. 1.
 ejus definitio, & divisio. *ibid.* n. 12. *Æc.*
 urbana quid sit? n. 14.
 alia affirmativa, alia negativa n. 15.
 urbanarum servitutum species. n. 16. *Æc.*
 servitutes prædiales cur dicantur? n. 27.
 an à vasallo possunt constitui? n. 28.
 quomodo constituantur? n. 29.
 personales alie nominatæ, alie innomina-
 tæ II. 4. n. 1.
 an servitutes præscribantur sine bona fide?
 II. 6. n. 16.
- Servus* unde dicatur, & quomodo talis fiat?
 I. 3. n. 6.
 an possit dari tutor? I. 14. n. 3.
 servus fructuarius quomodo acquirat usu-
- fructuario; II. 9. n. 5.
 utrùm possit esse testis in testamento? II.
 10. n. 13.
 an rectè hæres instituat? II. 14. n. 2.
 quomodo stipuletur? III. 18. n. 1. & 2.
 cui acquirat? *ibid.* n. 3. & 5.
- Societas* quid sit? III. 26. n. 1.
 Socius socii mei non est focus meus. *ibid.* n. 2.
 differt, communione. n. 3.
 quotuplex sit, & quæ ejus natura? n. 4. *Æc.*
 quamam pacta societati adjiciantur? n. 6. *Æc.*
 pactum, ut unus partem lucri ferat, non
 autem de damno teneatur, an valeat? n. 8.
 Societas leonina quæ? n. 9.
 quibus modis solvatur? n. 10. *Æc.*
 qualis præstetur culpa? n. 15.
- Sodomie* pœna. IV. 18. n. 18.
- Solidi* nomine quid intelligatur? II. 7. n. 12.
- Solutio indubiti* est quasi contractus. III. 28. n. 9.
- Solutio quid sit? III. 30. n. 1.
 particularis an fieri possit? *ibid.* n. 2. *Æc.*
 quomodo fieri debeat? n. 4.
 quis solvere queat? n. 5.
 & cui? n. 6. ejus effectus. n. 7.
 in quam causam imputanda solutio? n. 8.
- Spadones* possunt contrahere matrimonium I.
 10. n. 74.
- Specificatio* quid sit? II. 1. n. 43.
 quæ ad eam requirantur? *ibid.* n. 44.
- Spes debitum iri*, an transmittatur ad hæredes?
 III. 16. n. 11.
- Sponsalia* unde dicantur? eorum definitio, &
 divisio. I. 10. n. 1. *Æc.*
 quis ea contrahere possit? *ibid.* n. 4. *Æc.*
 quomodo contrahantur? n. 11. *Æc.*
 an pœna possit adjici? n. 13. *Æc.*
 quomodo dissolvantur? n. 15. *Æc.*
 an per nudum votum ingrediendæ religio-
 nis, & castitatis? n. 16.
 utrùm reviviscant matrimonio solutò? n. 17.
 an solvantur per posteriora jurata? n. 18.
 vel si posterioribus accessit copula? n. 19.
- Sponsalitia* largitas quid sit? II. 7. n. 27.
 nuptiis non secutis ad quem pertineat?
ibid. n. 28.
- Sponsor* quis dicatur? III. 21. n. 6.
- Status* Monarchiæ, Aristocratæ, & Demo-
 cratiæ quid sint? I. 2. n. 16.
- Status controversiæ excusat à tutela. I. 25.
 n. 18.
- Stipulatio* definitur, ejus requisita III. 16. n.
 1. *Æc.*
 cur inventa? *ibid.* n. 3.
 quamam oriuntur actiones? n. 4.
- quomo

quomodo contrahatur? n. 5. *Et c.*
 Stipulationum divisiones, & definitiones
 III. 19. n. 1. *Et c.*
 in stipulationem quæ res possint deduci, &
 non? III. 20. n. 1. *Et c.*
 alteri facta, an valeat? *ibid.* n. 5.
 quando reddatur inutilis? n. 6. *Et c.*
 an in hæredes transeat? n. 18.
Stillicidii servitus quid, & quotuplex? II. 1. n. 20.
Substitutio quid sit, & quomodo fiat? II. 15.
 n. 1. *Et c.*
 an fiat in codicillis? *ibid.* n. 3. *Et c.*
 ejus divisiones n. 5. *Et c.*
 utrum substitutio facta in casum voluntatis
 involvat casum impotentiae? n. 8. *Et c.*
 plures possint in locum unius substitui. n. 10.
 substitutionis varii casus n. 11. *Et c.*
 effectus vulgaris n. 13.
 quando expiret? n. 14.
 an sit potior jure accrescendi? n. 15.
Pupillaris quid sit? II. 16. n. 1.
 differt à vulgar. *ibid.* n. 2.
 alia est expressa, alia tacita n. 3. *Et c.*
 ejus requisiti n. 5. quibus liberis recte fiat?
 n. 6 an etiam à matre? n. 7. *Et c.*
 per existentiam sui hæredis an pupillares ta-
 bulæ confirmantur? n. 9.
 effectus substitutionis pupillaris n. 10.
 an excludat matrem à legitima? n. 11.
Exemplaris quid sit? n. 12.
 quomodo expiret? n. 13.
 ad evitandas insidias pupillo à substituto
 fors parancas consilium n. 14.
 substitutio pupillaris an exheredato fieri
 possit? n. 15.
 quot modis pupillariter substitui queant? n. 16.
 pupillaris quot modis expiret? n. 17.
 substitutio compendiosa quid sit? n. 18.
Sui juris quis dicatur? I. 8. n. 1.
Surdus an possit esse testis in testamento? II.
 10. n. 14.
 utrum testamentum facere? II. 12. n. 9.
 de *Suspensio* quis teneatur? IV. 5. n. 5.

T

Testamentum quid sit? II. 10. n. 1.
 ejus sit juris? *ibid.* n. 2 & 3.
 ejus requisiti. n. 4. *Et c.*
 illius basis est hæredis institutio. n. 6.
 ad testamentum requiruntur 7. testes n. 7.
 & quales. n. 8.
 quale requiratur sigillum? n. 11.
 quinam possint esse testes? n. 12. *Et c.*
 nuncupativum quid sit? n. 20.
 ejus requisiti. n. 21.
 an possit fieri per relationem ad schedam?

n. 22 & 23.
 testamentum nullum an valeat in foro po-
 li? n. 24.
 Testamentum holographum an valeat? n. 25.
 Militare. vid. *Militia*.
 Testamentum pagani an reconvolescat sub-
 secuta militia? II. 11 n. 7.
 Testamentum quinam facere possint. vel
 non? II. 12. n. 1. *Et c.*
 quando dicatur rumpi? II. 17. n. 1. *Et c.*
 quando irritari? *ibid.* n. 5.
 item injustum? n. 6.
 an sola nuda voluntate infirmetur? n. 7.
 differt à codicillo. II. 25. n. 6.
 testamentum nullum ob præteritionem vi
 clausulæ codicillaris an valeat in vim fi-
 deicommissi? *ibid.* n. 10.
Tresvius quid sit, & quando cedat inven-
 tori? II. 1. n. 65. *Et c.*
Tignum, actio de tigno juncto contra quem
 detur? II. 1. n. 49.
 tigni immittendi servitus quid sit? II. 3. n. 17.
 tigni nomine quid veniat? *ibid.* n. 18.
 tignum immissum an interdicere possit? n. 19.
 tigni immittendi servitus reviviscit readifi-
 catâ domo. II. 4. n. 20.
Titulus quid sit, & qualis ad præscriptionem
 requiritur? vid. *Præscriptio*.
 alius est onerosus, alius lucrativus. IV. 6. n. 55.
 quid interfit, an titulo oneroso, ac lucra-
 tivo alienatio in fraudem creditorum fac-
 ta sit? *ibid.* n. 56.
Translatio quid requirat, ut transferatur domi-
 nium? II. 1. n. 60. *Et c.*
 quotuplex sit? *ibid.* n. 72. & 73.
Translatio legati quid sit, & quot modis fiat?
 II. 21. n. 3.
Trebellianica quarta quid sit? II. 23. n. 9.
 cessat, si hæres in re particulari est initi-
 tutus *ibid.* n. 11.
 an etiam fideicommissarius eam possit de-
 trahere? n. 13.
Tripartitio quid sit? IV. 14. n. 2.
Tutela quid sit, quomodo differat à curatela,
 & quotuplex. I. 13. n. 1. *Et c.*
 Tutela Electoralis an seniori agnato desin-
 enda? *ibid.* n. 10.
 legitima agnatorum quando locum habeat?
 I. 15. n. 6.
 legitima Patronorum quid sit, & unde des-
 cendat? I. 17. n. 1. & 2.
 legitima Parentum quid sit, & unde intro-
 ducta? I. 18. n. 1. & 2.
 Fiduciaria cui deseratur? I. 19. n. 1. & 2.

00050

Dativa quid sit : & quando locum inveniat :
 20. n. 1. *Œc.*

tutelæ datio est jurisdictionis. n. 8.

Finitor variis modis, & quando de jure
 aultriaco : I. 22. n. 1. *Œc.*

à tutelæ administratione quænam causæ ex-
 cusetur : I. 25. n. 2. *Œc.*

tutelæ administratio est quasi-contractus. III.
 28. n. 5.

Tutor à quo dari, & an à matre possit : I. 13.
 n. 5. & 6.

utrum naturali, exheredato, & posthumo :
ibid. n. 7. *Œc.*

filii familias potest tutor dari. I. 14. n. 1.
 an servus, minorennis, & furiosus : *ibid.*
 n. 3. *Œc.*

testamentarius quomodo dari possit : n. 6.
 item legitimus, & dativus : n. 7.

an certæ rei : n. 8.

filio datus, conferatur etiam posthumo da-
 tus n. 9.

non verò nepoti. n. 10.

nisi sit datus liberis. n. 11.

Tutor legitimus quis : I. 15. in prin.

in tutoris inquisitionem quid veniat, ut
 dari à magistratu possit : I. 20. n. 7.
 ante confirmationem non tenetur suscipere
 tutelam. I. 21. n. 1.

ad quid postea teneatur : *ibid.* n. 2. *Œc.*
 quales res possit alienare : n. 5.

ejus autoritas quando necessaria : n. 7. *Œc.*
 an tutor honorarius auctor fieri possit : n. 9.

qualis præstat cautionem : I. 24. n. 2. *Œc.*
 quis teneatur administrare : *ibid.* n. 4.

an in appellatio causa excusationis possit
 proponi : I. 25. n. 22.

an transeat in curatorem : *ibid.* n. 2. *Œc.*

quilibet ut suspectus, & à quolibet, accu-
 sari potest. I. 26. n. 4. *Œc.*

suspectus quis dicatur : *ibid.* n. 8.

quando fiat infamis : n. 9. & 24.

qualem præstat culpam : n. 19.

lite pendente an relinquendus in adminis-
 tratione : n. 25.

an pauper ut suspectus removendus : n. 27.
 tutor fundo pupillari servitutem imponere
 nequit. II. 3. n. 27.

legatum accipiens nomine pupilli, non
 perdit querelam, II. 18. n. 7.

V *Asallus* an possit fundo feudali servitutem
 imponere : II. 3. n. 28.

Venatio quid sit, & quotuplex : II. 1. n. 30.

an prohiberi possit : *ibid.* n. 31.

Venditio vid. *Emptio*.

Venditor tradere, non dare teneatur III. 14. n. 5.
 an præstando interesse liberetur : n. 26.

& ad quid obligetur : n. 27.

Venia ætatis quando impetretur : I. 22.
 quid operetur : *ibid.* n. 6.

Venefici quomodo puniantur : IV. 18. n. 31.

Verborum obligatio, vid. *Stipulatio*.

Via quid sit : II. 3. n. 9.

Violentia quotuplex sit : IV. 6. n. 157.

Vis publica, & privata quando fiat : IV. 18. n. 36.

Unio prolum quid sit : I. 11. n. 14.

Votum castitatis an solvat sponsalia : I. 10. n. 16.
 an etiam votum ingrediendi religionis : *ibid.*
 quando sit impedimentum matrimonii : *ibid.*
 n. 60.

Urtaub quid sit : IV. 15. n. 16.

Ujuarius an commoditatem cedere possit : II.
 5. n. 3. & 4.

usum ædium, vid. *Ufus*.

Ufucapio, vid. *Præscriptio*.

Ufufuctuarius an in locum demortuarum ar-
 borum teneatur alias substituere : II. 1.
 n. 64. vid. *Ufus-fructus*.

Ufura an current in contractibus : III. 14.
 n. 17.

Ufurae usufructuum sunt prohibita. III. 15. n.
 12. *Œc.*

Ufus definitur, II. 5. n. 1.

differt ab usufructu. *ibid.* n. 2.

usum ædium habens, quomodo iis uti va-
 leat : n. 5.

usum pecoris habens, quomodo uti debeat :
 n. 6.

differt ab habitatione. n. 8

ulús furtum quando committatur : IV. 1.
 n. 17.

Ufufuctus quid, & quotuplex sit : II. 4. n.
 2. *Œc.*

quomodo, & in quibus rebus constituatur :
ibid. n. 6. *Œc.*

quasi-usufructus distinguitur à muruo : n. 10.

qualis cautio præstetur, an sit de substan-
 tia : n. 12. *Œc.*

quando expiret : n. 16. *Œc.*

relictus Ecclesiæ quamdiu duret : n. 17.

domo destructa an retineatur in area :
 n. 20.

an cedi possit : n. 21. an cedendo amitta-
 tur : n. 22. differt ab usu. II. 5. n. 2.

Uxor quotuplicia habeat bona : I. 26. n. 23.
 in fin.

marito quomodo donare possit, vel non :
 II. 7. n. 19. *Œc.*

quomodo succedat marito : III. 1. n.
 60. *Œc.* vid. *Mulier*.

478199

