

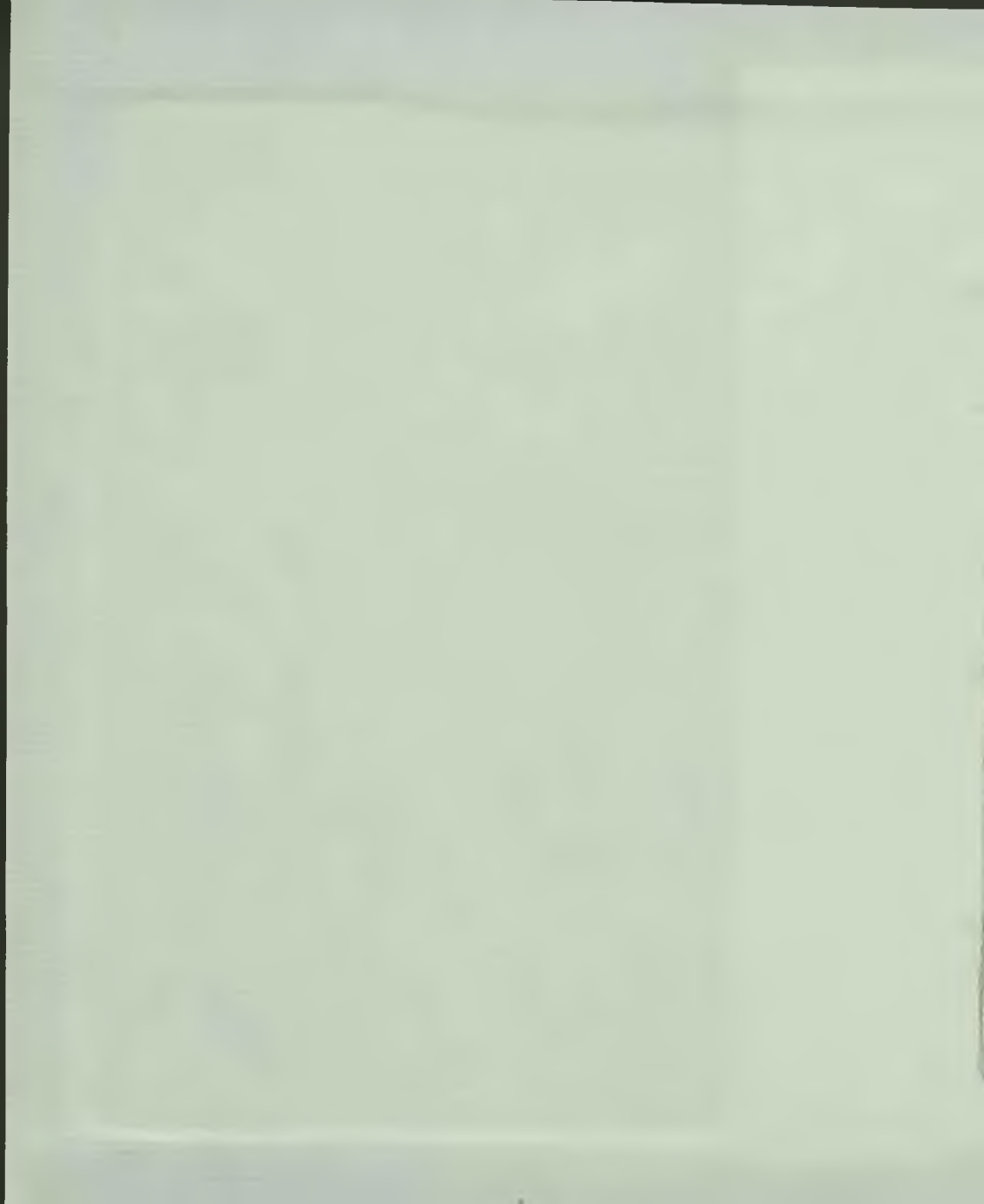


Digitalizacja 2009

Zrealizowano ze środków Ministra Kultury
i Dziedzictwa Narodowego

**Ministerstwo
Kultury
i Dziedzictwa
Narodowego.**







Antinomiarum Iuris Civilis,

SIVE

Disputationum ex

H V B E R T I G I-

PHANII IC. SVMMI, SAC.

CÆSAR. MAIESTAT. CONSILIA-

iii, &c. Prælectionibus desum-

ptarum

LIBRI QVATVOR.

QVIBVS, SERVATA SERIE TITVLORVM IN-

stitutionum Imperialium, artificiosa methodo, MEDVLLA VNE-

VERSÆ IVRISPRVDENTIÆ continetur; additis ex toto Iure

Obiectionibus & Solutionibus, iisdemque certum

in ordinem redactis

AB

EXIMIO D. CONRADO OLEMANNO, S.

Opus Iurium studiosis, Respondentibus, Opponentibus, & in fo-

versantibus utilissimum, & apprime necessarium.

Cum INDICERUM & verborum locuplete.



FRANCOFVRTI.

Sumptibus IOANNIS IACOBI PORSSII

Typis vero Nicolai Hoffmanni.

ANNO MDCV.

2



SV

MS

S-1

$$340 : 094 | 096 = 71$$

1. *Prunella cyathiflora* V. 47



ILLVSTRISSIMO
ET GENEROSISSIMO
PRINCIPI AC DOMINO, DOMI-

no IOANNI, Palatino Rheni, Duci Bauariæ,
Comiti Veldentiæ & Sponheimiæ, &c.

Principi & Domino suo clemen-
tissimo. S.



*Vi quadringentos ferè ab hinc annos; illustrissime
Princeps, Domine clementissime, ius civile tracta-
runt, eorum multi, & pro veris falsa docuerunt, &
libros suos alienissimis quæstionibus referferunt, &
sine vlllo ordine omnia tradiderunt, loquendi genus
tam monstruosum sibi confingentes, ut si veteres illi,
Ulpianus nimirum, Papinianus, & alii iuris Anti-
stites reuiuiscant, multis sibi interpretibus, ad eos, qui sua scripta interpre-
tati sunt, intelligendos, opus esse dicturi sint. Erant illi ut artium huma-
norum ignari, ita ambitione cæca tumidi, indecorumque sibi arbitraban-
tur, cuiquam adseruiri, & tum demum sibi pulchri videbantur, si super o-
rum placita labefactare, ipsi autem aliquid, quod ante se nemo dixisset, af-
ferre potuissent, vnde factum, ut quasi clauum clauo, sic opinionem opinio-
ne trudentes, miris modis omnia miscuerint, talemque præceptorum omnis
generis farraginem nobis reliquerint, ut si quis rusticus hordeum, triticum,*

EPISTOLA

leguminaque alia in unum conferat, vix perturbationem eorum commentariis acerrum facturum videatur.

Sic enim ubi de auctoritate Magistratuum agitur, insertum simul aliquid de testamentis videas, de emtione & venditione ubi differitur, de pænis simul aliquid aut de auctoritate tutorum dictum inuenias; & nihil certam suam sedem domiciliumque habere cernas, quin alienissimo aque facile ac suo pertractatum loco reperiatur. Hinc crebra illa ex uno loco in alium reiectiones, quibus quod hic tractandum erat, ex alio loco petendum dicunt, in quo reperiri tale aliquid, nisi admonitus, ne diuinare quidem unquam quis potuisset. Ridendum sese exponat paterfamilias utique, si vestem non in vestiario, sed in arca panaria recondat, panem ex puteo hauriat, pisces in nemore, lepores in piscina inclusos habeat; Quid igitur de illis statuendum putemus, qui cælum terræ quasi miscentes, quidlibet in quolibet tractare, quam suum in locum reponere omnia, maluerunt? Cum vel ex Xenophonte, nihil esse aut pulchrius, aut ad usum commodius, quam ordinem, nihil contra aut aspectu fædius ac deformius, aut quod plura omnibus rebus incommoda adferat, quam confusionem & perturbationem constet.

Apparet hinc opinor, quam vana sit quorundam persusio, qui absque aliarum artium scientia & cognitione, Iurisperitos sese fieri posse sibi imaginantur. Nam ut alias iam artes taceam, quarum ad Iurisprudentiam cognitionem adspirantibus utilis admodum supellex est & necessaria; Logisticis certe si quis parum instructus artibus, mare hoc vastum traicere tentet, vix promouebit aliud, quam ut periculosus illis scopulis, naufragus ad suos reuertatur. Facultatem hæc artes loquendi, differendi & persuadendi suppeditant, qua si destitutus Iureconsultus sit, partes suas quomodo tandem tuebitur? Semper ei ab aduersario contradicitur, semperque ut causam suam obtineat ei adnitendum, qui differendi peritus si non sit, quomodo aut desiderium suum apud Iudicem proferet, aut alterius intentionem impugnabit? quomodo accessoria ab iis quæ substantia sunt, separabit? aut quo tandem pacto subterfugia, casillationes, imposturas, captiosa argumenta, quibus aduersarii vel elabi, vel alios irretire nituntur, depre-
hen-

DEDICATORIA.

lendere poterit? Quod si & proprietates vocis cuiusque nosse, & ambigua aperire, perplexa discernere, & de falsis iudicare, si colligere ac resolvere qua velis, in foro versantis patroni est quis Logicarum artium ignarum Iureconsultum feret? Quemadmodum enim Thescus ille, labyrintho Cretensi inclusus, ni Ariadnes filium secutus fuisset, euadere ex tortuosis illis ambagibus incolumis non potuisset; sic nisi quis Logicas, quae Ariadnes filii instar sunt, sequatur regulas, in forislibus disputationibus, aliisque iuris labyrinthis succumbet facile.

Tametsi enim, ut Iustinianus Imperator alicubi affirmat, nulla in iuris volumine antinomia & contradictio reperitur, tanta tamen quandoque textuum pugna litigantibus in foro obicitur, ut vel doctissimum quemque exercere possit, nedum ut ab imperitis facile concilietur. Hinc est, quod Iustinianus ipsemet, pro defendenda veritate, diuersitatis rationes, subtili animo excutiendas admonet, volens nimirum, causarum patros Logice potissimum peritos esse, cuius beneficio occulte aliquid in textibus positum producant, quod dissonantiae querelam dissoluere, & aliam ab aduersariorum opinione naturam legibus inducere queat. Omnino enim in concordiam reducendae leges sunt, ut veritatis lux, remotis contrariis, at tenebris expurgata producat, quod ipsum quidem aliter quam disputando fieri non potest. Disputationibus enim veritas ostensa falsitate perpolitur, & quae singuli didicerunt, quasi in unum collata, ad quemcunque differendo transmittuntur, ut iam in rebus iudicandis communem interpretum sententiam sequi liceat.

Ceterum cum apparentes in omni iuris materia antinomias, eleganter non minus quam dextre & solide in disputationibus hisce, ex doctissimis clarissimi viri D. Huberti Giphani praelectionibus desumptis, examinatas, discussas & dissolutas videre, omnem admonui lapidem, quo publici iuris facta, omnibus iuris studiosis communicarentur, certus omnino, fructum inde ad eos uberrimum peruenturum.

Sub celsitudinis autem V. Princeps clementissime, augustissimo nomine lucem eas aspicere volui, ut laudabilem veterum consuetudinem imitaber, apud quos in more positum fuit, ut in augurato nomine Regi & Principi, me

EPISTOLA

nera non solum ab indigenis & subditis, sed etiam ab exteris longeque a re-
gno suo remotis populis, felicitis ominis & gratulaticnis ergo offerrentur. Si
enim qui res Chaldaorum, Persarum, Græcorum & Romanorum descri-
pserunt, populum commemorant, honorem huic debitum Regibus Princi-
pibusque suis semper exhibuisse, ut cum primum diademate & religiosis
ceremoniis initiati essent, munera ipsis obtulerint, quo testimonium gratu-
lationis & obediencia ipsorum, aliquod exstaret. De Salomone in libris Re-
gum legimus, quod in ditione sua habuerit omnia regna, a flumine terra
Philistinorum, usque ad terminum Ægypti, offerrentium sibi munera, &
seruientium ei cunctis diebus vite eius. Christo Iudæorum Regi & totius
mundi Domino recens nato, munera a Magis oblata esse nouimus. Me-
moriam autem proditum est, Consulibus Romanorum, cum consulatum a-
dissent, a prouinciarum legatis oliuæ ramum, quo iurisdictio superioris
magistratus significabatur, oblatum fuisse, sed & Græci suis senioribus ad
gubernacula primum accersitis, ludos decreuerunt. Iosephu. in antiquita-
tibus Iudæorum, auctor est, Hircanum Iosephi Quæstoris filium, Ægyptio-
rum Regi Ptolemæo centum nobiles masculos, liberaliter institutos & edu-
catos, singulos talento emptos, dono dedisse, ut filio eius recens nato, futuro
Syria Domino gratularetur.

Tamet si vero ego Princeps clementissime, munus tam eximium Celsi-
tudini V. pro felici eius inauguratione, qua ad principatus patrii governa-
tionem Celsitudo V. non ita pridem accessit, offerre non possim, aliquod ta-
men obseruatia mea erga eam testimonium exstare volui, bona spe fretus,
Celsitudinem V. pro singulari sua comitate & clementia, studium hoc me-
um non aspernaturam, sed vel Artoxerxis Persarum Regis exemplo, gra-
tum habituram, qui rusticum quendam, utraque caua manu haustam ex
proximo flumine aquam sibi alacri vultu offerentem, phiala aurea & mil-
le Daricis donauit, cumque ei sitienti ut rem sordidum putris aqua hau-
stulum continentem, quis exhibuisset, rogatus, ecquid sibi placuisset potus,
& Deos testatus est, nunquam se vinum potasse iucundius, & hominem
muneris istius auctorem e paupere diuitem fecit.

Commerdata mihi aliquoties est ab affine meo Balthasare Calbachio,
quem

DEDICATORIA.

quem domus Lichtenbergica moderatorem C. V. iam habet, singulari
 Celsitudinis V. comitas; commemorata sapientia insignis erga hac studia pro-
 pensio; amor autem & studium iuuandi & promouendi doctorum homi-
 num honestos & laudabiles conatus, vel inde latere neminem possunt, quod
 ut Poeta dicit, fortes creentur fortibus & bonis; illustrissimus vero Celsi-
 tudinis V. parens, cuius iam in benedictione memoria est, tantum cum sum-
 ma comitate & facilitate copulatum doctorum & ingeniosorum virorum
 amorem habuerit, ut illustribus beneficentia sua radiis, uniuersum hoc
 Musarum & doctorum virorum caelum, Solis instar lucidissimi irrigaret
 & collustraret, quo magis futurum mihi omnino polliceor, ut liber hic, ab
 illustrissimo C. V. nomine, quod summa sibi cupiditate praescripsit, trahat
 aliquid, unde acceptior in manus hominum perueniat, quem ut benigno
 susceptum vultu, tueri Celsitudo V. illustrissima velit, ea qua decet, animi
 deuotione submisso peto, Deum vehementer etiam atque etiam rogans, ut
 illustriss. C. V. quam diutissime florentem ac sospitem esse iubeat. Franco-
 furti ad Maenum Prid. idus Septemb. An. 1695.

Illustr. C. V.

subiectissimus.

M. Gotardus Arthus Dantiscanus.

LIBER

From the Librarian's collection of the
 Library of the University of California
 at Berkeley
 The following is a list of the books
 which have been added to the collection
 since the last report was made.
 The books are arranged in the order
 in which they were received.
 The first book is a copy of the
 "Annals of the University of California"
 for the year 1870-71.
 The second book is a copy of the
 "Report of the Board of Regents of the
 University of California" for the year
 1870-71.
 The third book is a copy of the
 "Catalogue of the University of California"
 for the year 1870-71.
 The fourth book is a copy of the
 "List of the Faculty of the University of
 California" for the year 1870-71.
 The fifth book is a copy of the
 "List of the Students of the University of
 California" for the year 1870-71.
 The sixth book is a copy of the
 "List of the Officers of the University of
 California" for the year 1870-71.
 The seventh book is a copy of the
 "List of the Alumni of the University of
 California" for the year 1870-71.
 The eighth book is a copy of the
 "List of the Graduates of the University of
 California" for the year 1870-71.
 The ninth book is a copy of the
 "List of the Professors of the University of
 California" for the year 1870-71.
 The tenth book is a copy of the
 "List of the Librarians of the University of
 California" for the year 1870-71.



LIBRI IV.
DISPUTATIONVM
IVRIS CIVILIS E D. HVBERTI GI-
PHANII IC. PRÆLECTIONIBVS, QVAS AD QVA-
tuor Institutionum Iustiniani Imperat. libros Argen-
tinæ anno 1578. priuatim dictauit, desumptarum,
cum obiectionibus & resolutionibus
D.C.Olemanni.IC.S.

P R O O E M I V M.

De usu Antinomiarum seu contrariorum.



Veritas magis elucescat, ei ex aduerso falsitas seu pugnancia sunt opponenda, quæ à Iustin. Antinomia vocantur in l.1. §. nulla. C. de vet. iur. enucl. Et hoc vt in aliis rebus: ita in hac legali disciplina est vtilissimum, cum per id leges in concordiam reducantur, atq; ita veritatis lux à tenebris expurgetur. Quod rectius fieri non potest, quam si certæ conclusiones disputandæ proponantur, ac contrariis solutis & diuersis remotis explicentur. Hoc enim in omnibus rebus naturaliter fieri solere, vt scilicet disputatio fori desideretur, Iustus Pomponius in l.2. §. his ll. ff. de origine iuris author est, & Iustin. ipse quarti legalis anni studiosos cognomento hoc ornat, vt dicantur *λόται*. (vbi Accurs. male legit hyrci vel hyrqui quasi sub-

subtiliter videant) qui tantum profecerint vt legum ænigmata possint soluere, in constitut. omnem. ff. *præfixa §. sed quia solidum*. Non autem rectius soluantur, nisi per disputationes. Disputando namque veritas ostensa falsitate poplatur, & inquiritur, & quæ singuli didicerunt quasi in vnū collocata, ad quæcumq; differendo redeunt, vt eleganter loquitur *Wes. in præfat. Instit.* Et quis Iustin. Imp. in d. l. 1. §. nulla itaq; & l. 2. §. his igitur ll. C. de veter. iur. enucl. affirmet, nullam in libris nostris esse antinomial: Tamen Doctorū autoritate ta aliquorum textuum est pugna, vt qua ratione conciliari possint, vix videantur. Contrario autē oblato nemo statim cogitet veram sententiam corruere, sed habeat in conspectu quod Iustin. monet in d. l. 2. §. *contrarium C. de vet. iur. enucl.* vbi dicitur, debere aliquem pro defendenda veritate subtili animo diuersitatis rationes excutere, quia sit vel nouum inuentum vel occulte positum, quod dissonantiæ querelam dissoluat, & aliam naturam inducat discordiæ fines effugientem. Vt igitur id ipsum rectius administraretur & omnia ad veritatem inquirendam dirigantur, in specie contraria vel diuersa, deinceps erunt breuib; solutionibus refutanda. Antequam autem ad libri institutionum titulos perueniamus, hic in præmio exempli gratia, aliquot generalia themata excutiemus.

Thema 1. Ius & iurisprudentia [idem sunt.] Huius thematis cōtraria diligenter sunt euncleanda. Obijcitur autem sic. Res diuersis definitis & definitionibus traditæ, vnum idemque non sunt. Ius & iurisprudentia sunt duo definita diuersa & diuersas habent definitiones. Ergo idem non sunt. Minor probatur. l. 1. in princ. vbi definitur ius ex Celso, *ARS BONI & A- QVI.* & l. 10. §. *fin. ff. eod.* definitur aliis verbis iurisprudentia. Resp. Maior simpliciter non procedit. Possunt esse duo definita, diuersa quidem appellationibus, significatione tamen eadē, id quod hic fit, & possunt diuersis vocabulis definiti, vt tamen in rebus conueniant, id quod hic quoque fit. Vlp. namque relata Celsi definitionem latius sub nomine Iurisprudentiæ in d. l. 10. §. *fin. ff. eodem.* explicat. Sed inquis, Vlp. in diuersis locis hæc definitiones tractat, in lib. 1. *Institut.* Ergo non est verisimile vnā esse: cui sic occurrendum. Vlp. in lib. 1. *Institut.* simplex & brevis esse voluit, & iuuentutem in primis istis cunabulis varietate non onerare, vt fieri certe debet, idcirco in l. 1. in pr. ff. *eod.* tantum est contentus concisa iuris definitione ex Celso relata. illam tamen explicat latius in princ. lib. *regularum.* genere ex definitione philosophiæ mutuato, & differentia addita ex Celsi definitione iuris cōcisa. Sed istes contra datam iam solutionē: Si ex Celsi definitione quid assumsisset Vlp. retinisset potius vocabulum artis, quo Celsus vtitur. Et certe longe differunt ars, scientia & notitia. Nam ars praxin & actiones respicit, Scientia

& no-

& notitia speculationes mentis. Vnde apparet non esse vnum. Respond. Artem & scientiam vel notitiā in hac materia omnino confundi, vt ex l. 1. §. 1. ff. eodem probatur. Non enim tam sunt curiosi & anxii I Cti in distinctione horum vocabulorū, vt nec in aliis rebus, & Grammaticis regulis se astringi non patiuntur. Iterum instes. Qui artē & scientiam confundit, finita cum infinitis confundit. Ars enim est finita certis præceptis. Scientia præceptis se includi non patitur. Resp. Hac instantia ex philosophis extracta, in iurisprudentia non procedit, vt Cuiac. lib. 11. obs. c. 38. satis indicat: vbi dicit. Quædam scientia est, quæ modum nullum habet: quæ fines suos egreditur. Tandem inquires. Accurs. hic in §. 1. in verbo NOTITIA, ita distinguit. Iustitia est virtus. Ius est executio virtutis: Iurisprudentia est iuris scientia. Ergo non vnum & idem sunt. Resp. Concedo iustitiam esse virtutē, ex qua omne ius permanat, sed ius & iurisprudentiā vnū & idem esse & Vlp. & Iustin. placuit, ex qua arte vel sciētia iuris deinde executio existit. Executio illa mediāte iure per iurisperitos administratur ex sententia I Cti Pōponii in l. 2. §. post originē. ff. de orig. iuris. vbi dicit. Quantū est ius in ciuitate esse, nisi sint qui iura regere possint.

Thema 2. Ius à iustitia dicitur.] Cōtra obiicitur sic: Opposita iuxta Grammaticos à simplicibus descendunt: Sed hic est secus. Ergo male. Respond. Vlpian. in l. 1. ff. eodem. rerum magis ordinem, quam verborum & syllabarum considerauit Stoicos secutus. Vt enim ius hoc est Ars vel scientia, fuit ex iustitia, hoc est, ex virtute, quæ in voluntate consistit, eaque posterior est: ita inspecto rerum ordine, ius recte à iustitia deducitur. Sed insto: Si Vlp. recte dicit, Iustin. errat in Nov. 69. vt omnes obediant, in pr. vbi inquit: Omnium perfectissima est virtus, q̄ iura omnib. distribuit & à causa cognominatur iustitia. Si à causa cognominatur iustitia, à iure recte dicitur & contra. Resp. Ius dupliciter accipitur, primo pro naturali rationis luce & pro dictamine naturali quo ad iustitiā colendā naturaliter ducimur. A spectu huius iuris in natura siti & positi iustitia recte à iure, hoc est, à naturali rationis instinctu dicitur, cū inde fluat. Et de hoc iure, loci philosophorū, q̄ cum hac materia pugnare videntur, fere omnes accipiendi sunt, quemadmodum etiā de hoc iure hunc Iustin. locū intelligendum esse pleriq; volunt, ita vt ex causa, id est, iure hoc, vel rationis dictamine, virtus illa primum prodierit. Secundo ius pro arte, quæ ex iustitiā primum exitit, accipitur, & tum ius à iustitia recte dicitur. Sed insto contra datam solutionem. Iustin. ius illud, vt in natura est positum non considerauit, cum in toto iure illius iuris non fiat mentio & alias I Cti & Impp. magis ius illud, quod in arte positum est, considerent. Respond. Rectius secundum mentem Iustin. causa hic pro fine accipitur, qua vere initio posuit, iustitiam omnibus iura

4 PROOEMIUM LIB. IV.

distribuere, finis enim iustitiæ est suum cuiq; tribuere, & inde cognominatur, hoc est, suum esse accipit.

Thema 3. Iustitia est constans & perpetua voluntas.] Obicitur sic. Iustitia in nullo homine est perfecta, constans & perpetua, quod ex sacris scripturæ locis hic Accursius ostendit: Ergo male sic definitur. Resp. Pro subiecta materia tantum de iustitia civili & legali loquimur, nõ de diuina quæ in iustissimo etiam & sanctissimo homine vacillat, quia iustus coram hominibus iustus coram Deo non est. Insto. Si tantum de legali est accipienda, adhuc tamen verum non est, iustitiam esse constantem, quia homines sæpe aberrant à iustitia, & affectibus suis turbati sæpius contra iustitiam agunt. Respond. Iustitia dupliciter consideratur absolute & relatiue. Absolute considerata, semper suum cuiq; tribuit: hoc enim iustitiæ est proprium, & aliud ei affingi non potest, & quod iniquum est iustitia dici non potest, cum vt aliæ virtutes omnes, perfectionem quandam in se contineat. Relatiue considerata respectu hominis in quem cadit, sæpe aberrat, non per se sed per accidens, idq; non vitio fit virtutis, sed hominis, qui eam colere, & semper suum cuiq; voluntate constanti tribuere debet, vt in textu est dictum. Atq; ita hoc recte affirmatur & soluitur à I. C. Paulo in *l. pen. ff. de iusti. & iur.* vbi dicit ius etiam tum dici, cum inique prætor decernit, relatione scilicet facta non ad id quod prætor ita fecit, sed ad illud, quod prætorem facere conuenit. Insto. Si hoc vis, obstat *lex. de exercitor. actione. l. aut facta. ff. de pen. §. pen. Instit. de iur. naturali. gent. & civil.* vbi dicitur ius mutari pro circumstantia locorum, temporum & personarum, & mutari tacito consensu, vel alia postea lege data. Ergo iustitia, ex qua ius fluit & quæ ius respicit, non est constans, cū effectus non sit deterior sua causa. Resp. Certum est ius civile, de quo textus prædicti loquuntur, sæpe mutari, vt scilicet edicta ciuitatum sæpe pro vtilitate ciuium, pro temporis ratione mutantur, sed mutatione illa, vt pote accidente; non obstante, nihilominus iustitia constat, & manet voluntas; vult enim suum cuique tribui, quod tunc facit quando pro ratione temporis & pro vtilitate ciuium ius variatur, & forte nisi mutaretur, iniustum quidem facile oriri posset. Et hoc fine interdum ius naturale vel gentium mutationem quandam à iure civili accipit, puta, quando furioso & pupillis non permittitur suis bonis prout placet vti, & tantum naturali ratione quilibet sit suarum rerum Dominus & liber moderator. *l. in re mandata. Cod. mandati.* & hoc non pugnat cum *dist. §. sed naturalia*: vbi dicitur iura naturalia prouidentia diuina esse firma, quia simpliciter & semper sunt firma, sed interdum tamen limitationem talem propter æquitatem in certis casibus capiunt, alias esset iniustum magis velle ita

ita furiosum & pupillum defraudare. Insto. Quamuis hæc omnia concedam, tamen thema hoc ideo est falsum, quia genus proximum non adest. Nam omnis iustitia est virtus, & virtus deinde est habitus, habitus est corporis & utilitatis. Respon. Icti non ita sunt allegati regulis Dialecticorum & Philosophorum. Aristoteles quidem i. *Rhetor.* iustitiam definit habitum, quæ tamen etiam Ictus Vlp. l. 10. in pr. ff. cod. satis indicat, dum iustitiam definit constantem & perpetuam voluntatem, quibus verbis habitus ex pluribus actionibus comparatus demonstratur. Insto. Sed tamen in diuersis hæret subiectis: voluntas est in mente, habitus in actione. Resp. Hic habitus exprimitur & simul voluntas semper velle aliquem iuste agere: Nam quamuis semper aliquis agat, tamen si aliquando non velit, non est iustus, & hæc sufficient.

Thema 4. Iustitia suum cuique tribuit.] Contra obiicitur sic: In toto iure nostro multa reperiuntur, quæ à iustitiæ tramite aberrare prima facie videntur. Sed sciendum est, nihil sine causâ esse constitutum, id quod ex oppositis contrariis rectius eluceſcet. Primo valde pugnare videtur cum iustitia lex i. §. fin. ff. de Nouationibus & delegat. in fin. vbi dicitur pupillum promittentem sine tutoris autoritate obligari vel naturaliter vel ciuilitate, quod satis verba præcedentia ostendunt. Nouatio enim alias fieri non posset, quæ est transfusio prioris debiti in obligationem aliam ciuilem vel naturalem. Ergo pupillus hic sine tutoris autoritate mutuam pecuniam dans obligatur, & debitor à priore creditore liberatur. Certi autem iuris est, pupillum sine autoritate tutoris nihil promittere posse, toto tit. Institut. de auctoritat. tutor. §. admonendi. Institut. quibus alien. licet vel non. Et ob id tutores dantur, vt indemnus pupillus seruetur: nam id naturali rationi conueniens esse, vt qui perfecte ætatis non est, alterius tutela regatur, Iustin. Imp. in §. fin. Institut. de Attil. a. tutor. testatur. Resp. Pupillus in d. l. i. §. fin. de Nouat. obligatur quidem, sed quamuis absque tutoris autoritate stipulanti promittat & det pecuniam, obligatio tamen effectum non habet, sed est nulla, quo ad ipsum pupillum, qui nouauit, vt Iustin. Imp. in §. præterea. Institut. quib. mod. tollitur obligat. ostendit, vbi ita soluit: Naturalis autem obligatio propter consensum est inter creditorem & debitorem, propter nouatam obligationem & priorem sublatam. Wesenb. in §. pupillus. Institut. de inutilib. stipulat. Pupillus igitur stipulatorem obligatum sibi habet, qui totum reddere cogitur, tanquam ex causâ indebita, & vindicare si extat, si consumptum, condicere potest, quia sine tutoris autoritate fuit datum. Et sic etiam lex si pupillus. 127. de verb. oblig. soluitur. Secundo insto: Ad euertendum thema facit materiam fucationum, quæ nil nisi iniquitatem redolet, cum auferat domino id, quod domini est, & quidē

sine facto ipsius, quod fieri non debet. *l. id quod necessarium est. ff. de reg. iur. quā-*
uis mala fide possideat, & sciat se rem alienam tenere. §. quod autem Insti. de v-
sucap. Resp. Vfuscapio non contra iustitiam sed bono publico est introducta
l. i. ff. de vsucap. & vsurpat. ne scilicet rerum dominia sint in incerto. §. i. Insti-
tut. de vsucap. & long. temp. præscript. quia Reipubl. interest certos esse rerum
dominos, secundo corrigitur negligentia dominorum res suas non curan-
tium & sic fictam scientiam leges inducunt: Nam iura vigilantibus sunt scri-
pta l. pupillus. 14. in fin. ff. quæ in fraud. credit facta sunt. Tertio ut litium sit fi-
nis. Nam Reipubl. interest lites finire, toto tit. ff. de transactionibus. & ad
officiū iudicis pertinet lites diminuere. l. quidam. 21. in fine. ff. de rebus credi-
tis. Alioquin actiones forte dubium euentum habentes diu ventilarentur.
Hæc tria cum attenduntur, alienasse videtur, qui patitur rem suam vsucapi.
l. alienationis. de verb. signif. Tertio insto contra datam solutionem. In Nou.
9 vers. habeat itaque. vbi agitur de præscriptione & vsucapione, vocatur vsu-
capio impium præsidium. Ergo, quia ipse Iustin. improbat vsucapionem in
posterioribus suis constitutionibus, quæ prioribus derogant l. ult. ff. de consti-
tut. Principum. merito amplius nostro tempore vsucapio locum non habe-
bit. Respond. Loquitur ibi Iustin. de fraudulenta vsucapione, quæ fit in re-
bus Ecclesiasticis, quibus avari inhiabant, quæ tam facile propter fauorem
præscribi non possunt. Nec loquitur de ea, quæ ex negligentia priuatorum o-
ritur, de qua iura ciuilia loquuntur, quamuis Oeconomus rebus Ecclesiasti-
cis per præscriptionem quadraginta annorum, alienatis à Canobio vel ve-
nerabilibus domibus possit conueniri, ut quod per negligentiam & patien-
tiam sibi ereptum est, restituat. Certum enim est ut ante dictum, in pœnam
desidię vsucapionum & præscriptionum iura esse inuenta, ut probat W esen.
in tit. ex quibus causis maiores. num. 4. in fin. ex d. l. alienationis. ff. de verb. sign. Quar-
to insto. Iustitiam suam cuique non tribuere satis materia vsurarum o-
diosa ostendit, nam in iis aliquis fit locupletior cum alterius detrimento,
quod iure naturæ iniquum est, & sic contra iustitiam. l. iure natura equum
est. ff. de reg. iur. Resp. Impp. quidam prohibuerunt vsuras cum viderent eas
esse contra naturam: sed alij tamen eas in forum reducerunt, & permisērūt,
videntes humanam societatem conseruari non posse, & pauperiores sæpe in
magnas angustias redigi nisi permissis vsuris aliunde suis necessitatibus suc-
curratur, & ideo contemplatione publicæ utilitatis vsuræ tolerantur & ex-
cusantur vtpote ab Impp. Christianis permissæ, de quo plura in tract. Dn. Bor-
cholt. de vsur. Quinto insto. Sed non posse omnia ad iustitiam reuocari,
probatursatis l. in causa. 16. §. idem Pompon. ff. de minoribus. l. item si pretio. 22. §. fin.
ff. locati. vbi in precio emtionis & venditionis, locationis & conductionis,
licet

licet contrahentibus naturaliter se decipere, cum tamen deceptio dolus sit, & dolus suum cuique non tribuat, sed potius auferat. Resp. Dolus in iure duplex est; malus & bonus, vt venenum bonum & malum. *l. qui venenum. ff. de verb. sign.* Malus dolus est machinatio fraudulenta alterius decipiendi causa instituta. *l. i. §. dolum. ff. de dolo malo.* Qui ab omnibus contractibus longe abesse debet. Nulla enim est venditio, si in hoc ipso vt venderet quis, sit circumscriptus, *l. & eleganter. 7. in pr. ff. de dolo malo.* Et contra talem dolum prætor subuenit edicto de dolo malo. Bonus dolus est, qui à legibus est concessus propter communem vtilitatem contractuum, de quo hæc duæ l. loquuntur. Naturaliter enim est concessum, hoc est, iure Gent. vsu commerciorum id exigente, minoris emere, id quod pluris est, & pluris vendere id quod minoris est, & publica vtilitas & commerciorum necessitas non patitur contractus bona fide initos facile rescindi, & sibi quilibet imputet, quod consensum accommodat, neque iniuria ei fit, qui exiguo precio rem suam in alium vult transferre. Dolus igitur talis magis est in re ipsa quam in animo contrahentium, idcirco legum auctoritate est probatus, & quod lege permittente fit, poenā non meretur *l. Gracchus. C. ad l. Iul. de adult.* Totus itaque tit. *ff. & C. de dolo malo*, ad malum dolum pertinet, vt & rubrica indicat. Deinde quod Paul. habet *1. Theff. 4.* Neminē debere fratrem in negotio circumuenire, id spectat ad iustitiam diuinam, cuius respectu nec sanctissimus hominum iustus: & respicit maxime animum fraudandi, quod græcum verbū odiosum *πλεονεξία* apud Paul. indicat, cum in *Nov. 97.* sit verbum *πλεονεξείν*, quod fraudem nō importat. Bonum autem dolum qui committit, coram mundo in iudiciis iustus pronuntiatur propter vtilitatem commerciorum, quæ propter minimam summam non annihilatur, nisi forte vltra dimidiam precii partem aliquis latus sit. *l. si vtilitate. 8. in fine. Cod. de rescinden. vendit.* Sed insto. Audio dolum bonum esse concessum, malum vero prohibitum: sed malum dolum etiam admitti & valere expressè probatur, *l. sub pretextu. 19. Cod. de transact.* vbi subtrahuntur instrumenta, quibus veritas probari posset & deinde transigitur, transactio valet nec vitabitur, quamuis dolus causam dederit. Nam exceptio transactionis is, per quam dolus inducitur, se defendere potest. Respond. Dolus quidem transactioni causam dedit, & exceptio quoque competit, quia publice interest per transactionem finita non resuscitari, *toto tit. C. & ff. de transact.* & alias nullus esset litium finis, *l. fratris. 10. C. de transact.* Si autem dolus deprehenditur, manifeste valet quidem transactio & exceptio, sed ope replicationis dolus ille omnino eliditur *dict. l. cum pretextu.* Sed insto. Sed tamen si adest dolus transactio est imperfecta, & sit ipso iure nulla exceptio, & id super

quo transactum est, ut indebitum repetitur *l. in summa. 63. §. primo. ff. de condict. indebiti.* Resp. Si euidens est calumnia, ipso iure exceptio non valet, ut in *d. l. in summa.* Si euidens adeo non est, valet exceptio *d. l. sub pretextu. 19. C. de transact.* Insto. Sed quamvis Imperat. Iustitia. velit iustitiam & æquitatem honorare *Nov. 97. §. 1. in fine.* Certum tamen est, quando dolo quis inductus, metu coactus, errore lapsus, contraxit cum aliquo vendendo, locando, actionem valere & iustam esse & esse etiam iniquam, quæ duo ut contraria in vna sede morari non possunt, id quod tamen in *princ. tit. Institut. de except.* Imp. Instin. probat. Respond. Si pactus sum tecum de non petenda pecunia simpliciter, si tu tuum repetis contra pactionem actionem habes, quæ finem per sententiam accipit; sed tamen obligatio durat, quæ per sententiam non tollitur, *tot. tit. Institut. quib. mod. obligatio tollitur.* Es igitur mihi adhuc post sententiam obligatus, quamvis actio expirauerit. Licet igitur actio sit iusta; tamen etiam iustum est, pacta seruare quod naturale est *l. 1. ff. de pactis.* Et quia hic pactum de non petendo, est adiectum, potest reus qui conuenitur exceptione sententiam actoris excludere, qua suum ius tum Reus recipit. *§. praterca. Institut. de except.* Et hoc nisi fieret, actio alias iusta, respectu pacti iniusta videretur. Insto. In iudiciis non est habenda acceptio personarum: id namque cum iustitia pugnat. *cap. in iudiciis. de regul. iur. in 6.* Sed qui vxorem in adulterio deprehensam occidit, si est humilis conditionis, in perpetuum exilium damnatur: Si in aliqua est constitutus dignitate ad tempus relegatur *l. 1. §. ult. ff. ad l. Cornel. de Sicariis.* Sic serui grauius puniuntur in toto iure quam ingenui; priuati grauius quam magistratus, pupillis item & minoribus plus fauent iura quam adultis & maioribus. 25. annis; fœminis plus quam masculis. Fiscus etiam in contractibus præfertur. Resp. Hic optima iustitiæ distributiue militat ratio, quæ id suadet fieri, quæ suam cuique dignitatem pœnam & præmia secundum honorum gradus & personas tribuit. Ut autem is qui dignitate magis excellit, minorem accipit pœnam, ita maiorem patitur famæ suæ iacturam. Is autem qui in nulla est constitutus dignitate, maiorem quidem accipit pœnam: sed in dignitatis amissione detrimentum non patitur, quam non habet vel sane minimam, sic in proposito exemplo infamia vxoris adulteræ magis tangit illum qui in dignitate est, & tantum ei dat supplicij relegatio ad tempus, quantum alteri perpetuum exilium. Ad seruos quod attinet, illi pro nullis iure civili reputantur propter conditionem seruilem odiosam *l. qui attinet. 3. ff. de regul. iur.* Priuati quod amittunt in bonis, hoc Magistratus amittunt in fama, vbi magna est iustitia. Pupillis & minoribus 25. annis propter ætatis infirmitatem plus indulgent iura *l. 1. ff. de minoribus.* Fœminis largiuntur iura plus propter sexus fragilitatem. *l. 2. ff. ad S. C. Velleian.*

Velleian. Insto. Sed adhuc videtur acceptio personarum dari: Nam ius permittit marito accusationē adulterij contra vxorem, sed vxori contra maritū eam non permittit. *l. i. C. ad l. Iul. de adulter.* cum tamen sit iniquum, auctori permittere, quod Reo non conceditur *l. non debet. ff. de reg. iur.* Deinde pater filiam in adulterio deprehensam impune potest interficere, non aurem maritus, *l. nec in ea. 2. 2. §. fin. ff. ad l. Iul. de adul.* quod videtur captiosum & iniquum. Resp. ad *d. l. i.* maiorem in fœminis requiri castitatem quam in viris. *l. si qua illustris. C. ad S. C. Orsician.* Deinde propter sexus fragilitatem id ipsis non permittitur, cum & alias ab accusando & postulando reiiciantur, *l. i. §. 2. ff. de postulando. l. fœmina. 2. ff. de reg. iur.* Ad *d. l. nec in ea.* quod attinet, ratio diuersitatis à Icto Papiniano additur. Patri enim conceditur interficere filiam in adulterio deprehensam, quia præsumitur ob pietatem paterni nominis; quæ pro liberis consilium capit, iusto zelo & ira ad id procedere. Maritus autem sæpe ob calorem animi impetum & leuem suspicionem facile quid decernere solet, & ideo id ei non permittitur. Insto. Reipubl. interest fontes puniri, & iniustum est maleficia manere impunita, *l. ita vulneratus. in fin. ff. ad leg. Iul. Aquilian.* Sed permittitur transigere de crimine capitali, & sic pœnam effugere, quod videtur iniustum. *l. transigere. 18. C. de transact.* Respond. Id specialiter in fauorem vitæ humanæ est permissum, quia licet quoquo modo sanguinem suum redimere, quod naturale est. *l. i. ff. de bonis eorum qui ante sententiam, &c.* Et inde Respubl. non læditur, quia per hanc transactionem Reus omnino pœna non eximitur, sed ex inquisitione Magistratus pœna repeti potest, vt late docet Anton. Delrio in repetitione *d. l. transigere.* Denique ex eo falsum est hoc thema vestrum, quod non omnia iuris præcepta suo ambitu complectatur, sed saltem tertium, cum tamen definitio iustitiæ, ex qua hoc thema est desumptum generalis esse & omnibus iuris præceptis conuenire debeat. Sed respond. Thema hoc nostrum, quod differentiam specificam in definitione iustitiæ constituit, omnia iuris præcepta continet, cum generale sit, quia qui honeste viuit, suum cuique moribus & honesta vita tribuit, neminem in honestate offendit, vel malis moribus vel gestibus, &c. Item qui neminem lædit, in vita ac fama, suum ibidem cuique tribuit. Ad tertium igitur præceptum quod attinet, id quidem similiter sub themate nostro continetur, sed tantum duo priora præcepta non continet, sed tantū id quod extra illa duo præcepta relinquitur. Insto. Audio tria præcepta iuris sub definitione iustitiæ contineri, sed primum præceptum non subsistere ostendant: *tot. tit. ff. & C. de concubinis*, vbi concubinatus vt honestus permittitur, & *Nou. 18. de triente & semisse. §. consideremus.* inquit Imp. Iustin. honeste cum viuere, qui vnam habet concubinam. Iura autem diuina im-

probant concubinatum sacris literis contrarium: Iura etiam ciuilia impro-
bant, cum iustas nuptias requirant. §. 1. *Instit. de patr. pot. & in princ. tit. de nupt*
Etiam iure Canonico est prohibitus *c. dicat quis. 23. causa 1. q. 4.* Resp. Con-
cubinatus diuerso respectu turpis est & honestus, iure ciuili, habito respectu
ad nuptias iustas, improbat, & vt illegitima congressio habetur. Respectu
vero vitandi adulterii, *tot. tit. ff. & C. de concubinis.* & vagæ libidinis fugiendæ
causa. *d. §. consideremus.* honestus habetur. Et alias melius in hac ciuili societa-
te & infirmitate cum vna soluta rem habere, quam cum pluribus etiam con-
iugibus. Iure igitur Ciuili non vt licitus in totum & honestus, sed saltem ob
dictam causam est permissus, *argumento c. hac ratione. 31. q. 1. Corasius lib. 1.*
Miscellan. c. 3. num. 5. Iure autem Canonico & diuino turpis omnino existi-
matur, nec attenditur iuris ciuilis ratio, maiori ratione præualente, quia non
debent fieri mala vt eueniant bona. *d. capit. dicat quis.* Deinde primo præce-
pto contraria est *lex idem est. 4. in princ. & §. sed quod meretrici datur. ff. de conduct.*
ob turpem causam. vbi dicitur, quod non possit repeti id, quod ob stuprum da-
tur virgini vel viduæ, vel quod datur meretrici, & sic aufertur alicui contra
iustitiam quod suum est, ex inhonesta causa, quæ inhonestas videtur stabiliri
& magis corroborari ex eo quod cessat repetitio, atque ita iniustitia duplex
apparet. Respond. Totus ille ritul. agit in eo casu, quando quæstio turpis
de hac causa incidit, non quod approbetur talis res turpis. Si igitur sit vt pro-
pter fragilitatem humanam quis stuprum committat & aliquid det, vel si
quis cum meretrice rem habeat, & aliquid det, repetere id non potest, quia
propriâ turpitudinem allegaret, cum turpiter faciat, quod dat meretrici pe-
cuniam: Illa autem turpiter non faciat, quod accipit pecuniam cum sit me-
retrix. Deinde primo præcepto obstat *rotus tit. ff. de ventre inspiciendo, custo-*
diendoque partu, cum castitate suorum temporum dignum, bene putet Iustin.
Imper. ex habitu corporis masculos puberes æstimari. §. 1. *Instit. quasi in tu-*
zela finiatur. Quod in fœminis etiam antiquis impudicum visum est, & ideo
ex annis pubertatem in masculis & fœminis æstimari voluit. *l. fin. C. quando*
zutores etiam desinunt. Resp. Titulus de inspiciendo ventre est scriptus ob
fauorem partus, & respectu custodiæ partus honestissimus & vtilissimus est,
adhiberi tres vel plures obstetrices, quando scilicet aliqua negat se esse gra-
uidam, & hæ obstetrices custodiunt partum ne forte exponatur vel alias
clam interficiatur.

Aliud. Honestum est eorum consensum adhiberi in nuptiis, in quorum
potestate sunt liberi §. 1. *Instit. de nupt.* Sed filius emancipatus, sine consensu
parentum uxorem ducere potest, *l. filius emancipatus. 25. ff. de ritu nupt.* Item ho-
nestum est matrimonia non esse coacta, sed libera, præsertim cum id lex iu-
bear,

beat, & honestum esse dicat, *l. Titia. 13. 4. in fine prin.* sed in *l. si patre cogente. 22. ff. de ritu nupt.* cogitur filius ducere vxorem. Respond. Ad *d. l. filius emancipatus.* hoc speciale esse in filiofam. emancipato, secus in filiofam. adhuc in sacris parentum positus, de quibus loquitur *§. 1. Instit. de nupt.* Deinde ad *d. l. si patre cogente.* quod attinet loquitur illa de metu reuerentiali, quem liberi parentibus debent. *l. 3. ff. de iustit. & iure.* & is metus libertati matrimoniorum non officit *d. l. si patre cogente,* & in *d. l. Titia.* agitur de poena adiecta contractui nuptiarum, quæ libertati nuptiarum est inimica, & idcirco ipso iure nulla. Insto. Sed tamen filiusfamil. coactus vxorem non ducit. *l. non cogitur. 21. ff. de ritu nuptiar.* Respond. Id de vero metu est intelligendum, si pater omnino velit cogere filium nolentem volentem, tum enim nuptiæ fieri non possunt, *l. nec filium. 12. C. de nupt.* Alias sola erga patrem reuerentia matrimonium non infirmat *d. l. non cogitur.* & ibi gloss. Secundo iuris præcepta obstant *l. 4. l. scientiam. §. qui cum aliter. ff. ad leg. Aquilian. l. si pignore. §. 4. §. furem. ff. de furtis.* In quibus legibus permittitur alterum lædere: Ergo iustitia hic non militat. Respond. Agitur in illis legibus de eo casu, quando quis licite se defendit, defensione inculpatae tutelæ, quia vim vi repellere omnia iura omnesque leges permittunt, *d. l. scientiam.* & aduersus periculum se defendere naturalis ratio permittit, *d. l. 4. ff. ad legem Aquilian.* Si igitur diurnus fur deprehensus, se cum telo defendit, impune occidi potest, idque lege duodecim tabularum cautum fuit *d. l. 4. ad legem Aquilian. d. l. si pignore. ff. de furtis.* Qui autem furem nocturnum occidit, cum ei sine periculo vitæ suæ parcere potuisset, *l. Cornelia de Sicariis* tenetur, *l. furem. 9. ff. ad legem Cornelianam de Sicariis.* Deinde contraria est *l. Gracchus. 4. C. ad legem Iulianam de adulter.* vbi adulter apud adulteram noctu deprehensus impune occidi potest, quod tamen læsionem importat, & sic contra iustitiam. Respond. Hoc speciale estatque ideo permissum in eo casu, quia difficile est iustum dolorem temperare, ideoque venia dignus censetur propter noctem & dolorem quæ eius factum releuant. *d. l. Gracchus. in fine.*

Thema 5. Ius duplex est, publicum & priuatum. Et Imp. hic tantum de priuato agit.] Contra opponitur: Ius triplex est: Sacrum, publicum & priuatum. Quintil. *lib. 2. orat. Instit.* Ergo non est duplex. Respond. Ius publicum est quod in sacris, sacerdotibus & Magistratib. consistit *l. 1. §. huius studii. ff. de iust. & iur.* Ergo ius publicum sacrum etiam continet, unde nihil hoc aduersatur. Insto. Audio ius publicum in sacris consistere, quod si ita est, falsum est. quod additis in Institut. libro tantum de iure priuato agi, cum in eo etiam de rebus sacris sanctis & religiosis agatur.

§. nullius autem, cum seqq. Institut. de rer. diuis. §. sed aliquando. Institut. de vsucap. & rerum prescript. Respond. Res sacrae per se ad ius publicum pertinent; sed quia in diuisionem rerum non veniunt, nec vendi nec distrahi possunt, nec in commercio priuatorum sunt, eoque respectu earum ibi fit mentio. Aliud. Quamuis hoc concedam, tamen extat tit. in Institut. de public. iudic. Ergo adhuc de iure publico in iis agitur. Respond. Publica iudicia, ad coercionem priuatorum spectant, & priuatis hominibus contra quaecunque crimina iis iustitia administratur: Atque ita publica iudicia, auctoritate sunt publica tantum, vtilitate publica & priuata simul. Quae enim publica sunt priuatiunt etiam vtilia sunt & contra. Ergo quatenus publica iudicia priuatis auxilium ferunt recte in iure priuato recensentur. Aliud. Sed testamenti factio est iuris publici non priuati, l. testamenti factio. 3. ff. qui testamenta facere possunt. Sed in Institutionum libro in titu. de testamen. ordin. agitur quomodo testamenta sint facienda: Ergo adhuc videtur falsa posterior thematis pars. Respond. testamenti factio & sollemnitas pender à publica auctoritate Magistratus, nec à priuato iuri publico. testandi derogari potest, l. testandi. 13. C. de testamentis. Quia autem testamenta priuatorum vtilitatem potissimum concernunt, ideo recte de testamentis in iure priuato agitur. Ad §. sed & maior asperitas. versic. reipubl. Institut. de his qui sunt sui vel alien. iuris. & similes. respondendum est, ius priuatum in consequentiam expedire Reipubl. vt & econtra, idcirco leges sapius ita loquuntur.

Thema 6. Ius. naturale est, quod natura omnia animalia docuit.] Opponitur in primis, §. pauperies. Institut. si quadrupes pauperiem fecisset. dicatur. vbi definitur pauperies damnum sine iniuria facientis datum. Animantia autem bruta tantum pauperiem faciunt; Ergo dum iniuriam non faciunt necius in ea cadere potest, quia contrariorum eadem est ratio. Aristotelis lib. 5. Ethic. in princ. & alias in iure, argumentum à contrario sensu est validum & frequens. Eberhardus à Meidelburgk in Topicis, in titu. à sensu contrario. Respond. Quando dicimus ius cadere in animantia bruta, dicimus id abusu. Videmus enim bruta animantia iure naturali, saepe eadem facere instinctu & impulsu naturae quae homines, & propter illam similitudinem, quam habent cum hominibus, recte dicimus ius ipsis competere crasso & pingui modo. Cessat igitur reprehensio L. Vallæ, libr. 4. Elegant. cap. 48. vbi hanc definitionem putat esse ridiculam quasi appetitum coeundi, occidendi, nocendi quis dicat ius, & respondendum ei erit cum Paulo in l. penultim. ff. ad exhibendum. non oportere ius ciuile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid dicatur animaduerrere conueni-

conuenire. Insto. Sed frustra quis quærit de iure animalium, cum omne ius hominum gratia sit constitutum. l. 2. ff. de statu hominum, & rerū natura omnes fructus hominis gratia comparauit §. in pecudum. instit. de rer. diuis. Resp. dicimus saltem ius cadere in bestias, & eatenus etiā ius hic accipitur, quamuis veri iuris animantia sint expertia. Insto contra iā datam solutionem. Dicis eatenus animantia bruta considerari quo ad inclinationes naturales cum hominibus habent communes. Huic oppono. §. fere cum seqq. instit. de rer. diuis. tit. instit. & ff. ad l. Aquiliam & de noxalib. actionib. Vbi non secundum affectus naturales animantia bruta considerantur. Respond. In d. §. fere cum seqq. agitur non de iure animantium, sed de iure hominum, quatenus nimirum feræ bestię in dominium hominum peruenire possunt. Vertitur enim utilitas seu ius non bestiarum sed hominum, & ideo recte illorum in iure priuato fit mentio. Deinde in tit. ad l. Aquiliam. & de noxal. actionib. agitur, quatenus pro læso animali sit æstimatio afferenda vel quando sit noxæ dandū, si aliud animal occisum fuerit, vel quādo homo, qui læsit animal, æstimationē eius offerre debeat. Insto. Sed dicitis matrimonia esse ex iure naturali, & cadere in bruta, cui oppono titulum ex instit. de nupt. & l. nuptias. ff. de reg. iur. Vbi dicitur cōsensum ad nuptias esse necessarium: Sed consensum animalia bruta non habent: Ergo matrimonia non sunt ex naturali. Resp. Appetitus coeundi est ex iure naturali. Videmus non omnia animalia rapi ad coeundū, & ad genus suum propagandum & seruandum; inter homines autem solos, consensu fiunt nuptiæ, de quo tit. instit. de nupt. & d. l. nuptias intelliguntur: id quod ipse Imp. in pr. tit. de iur. naturali gent. & ciuil. ostendit, dum dicit coniunctio maris & fœminæ, quam nos matrimonium appellamus. Nam verbo coniunctio, naturalem appetitum & sic ius naturale indicat. verbis: Quam nos matrimonium appellamus, ius gent. ostendit. Iuris deinde ciuilis sunt matrimonia, quo ad solennitates, deductionem in domum mariti, & stipulationes. Iuris diuini, quoad institutionem primam, & deinde iuris canonici, quo ad benedictionem in templo. Insto contra iam datā solutionem. Oppono c. i. distinct. i. vbi dicitur: ius naturale est, quod in lege & Euangelio cōtinetur: Ergo ius naturale non tantū coeundi appetitum significat sed vera matrimonia. Resp. Ibi loquitur Theologia de iure naturali diuino, cuius lux nobis remansit ex lapsu primorum parentū. Vltimo oppono l. 3. ff. de instit. & iur. vbi dicitur de defensione & refertur q. sit ex iure gent. vt inscriptio l. proxime præcedentis indicat, & §. ult. de instit. & iure. l. i. indicat seu ostendit. Resp. eos qui eo illud exemplū trahunt, fefellit ordo. Nam l. 3. d. cum §. ius naturale l. i. ff. de instit. & iure. coniungenda est, vt notat Conanus lib. i. commentariorum iuris. c. 4. nu. 9. & nisi ita conciliarentur, obstaret l. i. §. vim. vi. ff. de vi & vi armat. vbi

dicitur natura fieri vt vis vi repellatur, quæ lex quamuis ad animantia bruta referri possit, tamen ad homines maxime refertur, in quos proprie vis cadit pro subiecta istius tituli materia. Vel dicamus d. l. 3. ff. de iust. & iur. in eo casu considerari, quo soli homines vim vi iure gent. repellunt, quod verba legis satis ostendunt. Aliud. Sed quod hæc omnia ad solos homines nec ad bruta sint referenda, ostendit §. singulorum instit. de rer. diuis. vbi ius naturale desinitur, quod cū ipso genere humano rerū natura p̄didit; Ergo inter solos homines est ius naturale & non inter bruta. Resp. ibi ius naturale pro iure gent. accipitur, vt & alias sapius, non pro iure naturali proprie sic dicto, de quo thema nostrum.

Thema 7. Ius triplex est; Naturale, gentium, & ciuile.] Huic themati aduersatur l. omnes populi contra & l. pen. ff. de instit. & iur. vbi I Cti Caius & Paulus ius tantum in duas species diuiduat, in ius gentium & ciuile, & quod Caius in d. l. omnes populi vocat ius gentium, id Paul. in d. l. pen. vocat ius naturale, id quod etiam in §. sed naturalia institut. de iure naturali gent. & civ. & d. §. singulorum institut. de rer. diuis. accipitur. Resp. Vlp. in l. i. ff. de instit. & iur. quam hic Imp. sequitur, ius omne hominibus commune cum animantibus brutis diuisit triplici hominis conditione inspecta, quatenus, scilicet animal sit, quatenus homo sit, & quatenus sit ciuis, de quo latius suo loco dictum. Caius autem & Paulus I Cti saltem diuiserunt ius commune hominibus inter se, & communis nomine complectuntur tam ius naturale quam gentium atq; ita quod ad homines attrinet istæ diuisiones in effectum nihil differunt, nec improbandum esset, si quis auctoritate Aristotelis Ciceronis & aliorum ius in naturale & ciuile diuideret.

Thema 8. Iuris ciuilis scripti 6. esse species cum Iustin. Imp. statuendum est.] Huic themati valde aduersatur l. pen. ff. de legib. Senat. & long. consuetud. vbi dicitur omne ius aut consensum facere, aut necessitatem constituere, aut firmare consuetudinem, & se I Ctum Modestinum iuris scripti 2. saltem species constituere, ergo non sunt sex. Resp. I Ctus Modestinus in d. l. pen. totum ius diuidit in scriptum & non scriptum, & quidē affirmat scriptum ius consensum facere aut necessitatem constituere. Sed omnes species iuris scripti his verbis complectitur. Quia lex ad consensum pertinet, quæ populi consensu rogante Senatorio magistratu constituitur. Similiter plebiscitum consensum constituit, quia plebis consensu tribuno rogante fertur. Necessitas constituit S Cta. l. 2. §. deinde quia difficiles. ff. de orig. iur. & §. S Ctum institut. de iur. natur. gent. ciuile. vbi illa necessitas refertur, quia aucta ciuitate ita vt non posset populus faciendæ legis causa in vnum conuocari. Senatus vice populi consuluit. De reliquis 3. speciebus idem videtur statuendum, quod de S Ctis.

Nam prætorū edicta aucta iam ciuitate de certis reb. sunt proposita, id quod utilitas & necessitas sæpe postulauit, publica quia vel adiuarunt vel suppleverunt vel correxerūt ius ciuile. *l. ius autem 7. §. fin. ff. de iust. & iur.* Deinde quia melius per vnū q̃ per plures aliquid administrari solet. *argumento l. 3. §. apparet. ff. de admin. & pericul. tutor. vel curat.* in principem ex quadam necessitate utilitatis imperium est translatum. *§. sed & qui principi instit. de iur. naturali gent. & civ.* Deniq; q̃a princeps ex necessitate indigebat doctis viris, prudētes Ictos sibi adhibuit, quorū consilio vereretur, cū sæpe principes sint iuris prudentiæ ignari, & hinc nata sunt responsa prudentū, q̃ sunt in ff. nostris, & hæc solutio ad *d. l. penult.* recipi potest, quam Cuiac. *lib. 14. obs. c. 16. in fin.* probat, quamuis pro subiecta materia tituli de *ll. SCtis & longa consuetudine* videtur hæc lex saltem de legib. id est, lege & plebiscitis, SCtis, & sic de q̃rib. iuris scripti speciebus & demum de iure non scripto loqui, pro vt rubrica sonat, & r̃u vocabulum commune ad illas species est restringendū. Atq; hanc solutionem Cuiac. in *d. lib. 14. obs. c. 16. in pr. & in parat. ff. tit. de ll. & SCtis* magis probare videtur. Insto. Responsum fuit plebiscita consensum constituere, quod falsum videtur, cum ex *l. 2. §. iisdem temporib. ff. de orig. iur.* cōstet, dissensum plebiscitis causam dedisse, propter multas enim causas plebs à patribus dissentiēs, in mōte sacro creauit p̃prios magistratus scil. tribunos, qui plebiscita rogarūt. Resp. Vt lex consensu populi sit, ita plebiscitū consensu plebis. Respectu n. plebis est consensus nō dissensus, quamuis postea lege Hortensia plebiscita æq; vt *ll. valere* coeperint. *§. plebiscitum instit. de iur. nat. gent. & civ.* Aliud. Sed thema non subsistere, adhuc fortiter probat *l. ius autem ciuile 7. in pr. ff. de instit. & iur.* vbi saltē quinq; species recensentur, omissis prætorū edictis. Resp. In *§. seqq. d. l. 7. sexta* species additur à Papiniano, eaq; ideo seiungitur à prioribus vt ius prætorium, rectius describatur & definiatur, quamuis ipse Iustin. Imp. in *§. prætorum quoque edicta instit. de iur. nat. gent. & civ.* tacite innuere videtur prætorū edicta etiam si quidem ad instar *ll.* obtineant, & pro iure seruentur, non tamen eandem plane cū *ll.* ac reliquis iuris ciuilibus partib. vim ac potestatem obtinere: Nō enim simpliciter dicit Imp. Magistratū edicta leges esse, sicut in prædicto *§.* de principum placitis affirmauit, sed ea saltē non modicā iuris autoritatē habere scribit, id est, non per totum, iuris nomen mereri. Deinde forte eo etiam respexit Ictus, quod prætorum edicta olim non perpetua sed annua tātum fuerint, & annalis duntaxat legis vim habuerint, quia ipsi prætores annui fuerunt. *§. 1. instit. de perpet. & tempor. act. d. l. 2. ff. de orig. iur.* Tandem vero Aulus Ofilius & post cum Saluius Iulianus rei necessitate permoti, edicta prætorum omnia, æquitati in primis consona, à se collecta, in ordinem digesserunt, ex quibus edictum perpetuum est compositum,

l. 2. §. ab hoc. ff. de orig. iur. l. 2. §. sed quia diuina. C. de ver. iur. enucl. Cuius subinde in iure fit mentio *l. 2. ff. de statu. hominum. l. edita. 3. C. de edendo.* Huic autem compositioni edicti perpetui Imp. Antonini Senatus deinde accessit approbatio ut ius perpetuum esset, quod prætores in iure dicendo sequerentur. *d. l. 2. §. sed quia diuina. C. de ver. iur. enucl.* Deinde eodem modo obstat *l. 1. in fine. ff. ex quib. causis maiores.* Vbi responsa prudentium omittuntur. Resp. Responsa prudentum sub decretis principum continentur, quia princeps feliciter non potest imperare, nisi consilio prudentum utatur. Insto. Illa solutio non videtur subsistere, id quod probatur ex *l. 2. d. §. ira in ciuitate. ff. de orig. iur.* Vbi dicit Pompon. Ictus responsa prudentum sine scripto esse introducta, Iustin. autem Imp. dicit, ea ex scripto iure venire. Resp. Non loquitur de responsis prudentum ille §. verum de interpretatione decemvirosum, quod ius civile tum dictum, & sine scripto venit, *dict. l. 2. §. his l. ff. de orig. iur.* Et simpliciter legibus 12. tabul. opponitur. Triplex enim ius tum fuit. I. lege 12. tabul. II. interpretatio prudentum, quæ fuit ius non scriptum. III. legis actiones. *d. l. 2. §. deinde. 6. ff. de orig. iuris.* Aliud. Sed adhuc cum themate nostro pugnare videtur. *d. §. pratorum quoque edicta. instit. de iur. naturali. gent. & civ.* Vbi septima species refertur scilicet, ius ædilitium. Respond. Occasione iuris honorarii, cuius mentio ibi fit, refert Iustin. aliquid de iure ædilitio quod iuris honorarii portio est, hoc est, species. Quod ædiles Curules de quibusdam causis puta venditionibus rerum, tam soli quam mobilium, *l. 1. & toto tit. ff. de adilit. edict.* item de annonâ seu re frumentaria & denique de locis & itineribus publicis, & præcipue de viis urbicis proposuerunt.

Insto. Sed ius ædilitium sub prætorio contineri rectius esse videtur ex §. *pratoria. instit. de diuis. stipulat.* Et tum sex species saltem manent. Respond. Quamuis aliqui sint, qui dicant vnum sub altero non contineri, & prætorium non esse ædilitium, nec ædilitium prætorium esse. Tamen ius ædilitium sub iure prætorio contineri certum est, ut ex *d. §. pratoria, apparet & l. 5. in pr. vers. prator. ff. de verb. ob. id quod Iacob. Cuiac. lib. 8. obs. c. 38.* affirmat & exemplis quibusdam eleganter confirmat hoc modo. Legatus proconsulis habet iurisdictionem propriam, & tamen est portio iurisdictionis proconsulis. *Wesl. in §. prætorum quoque, instit. de iur. natur. gent. & civ.* ubi dicit ædilitium ius ἐν πλάτει & vsu, prætorium recte dici, Borcholt. in tract. de pactis. c. 5. n. 44. Et qui contrarium affirmant habent pro se allegatam *l. 5. §. pratorias. ff. de verb. ob. & dictum §. prætorie instit. de diuis. stipulat.* Nā in *d. l. 5.* vnde dictus §. est descriptus, non extat verbum prætoris; Ergo non sunt ex iurisdictione prætoris ædilitia edicta. Nec Theophilus vocabulum illud. in *d. §. pratoria. de diuis. stipulat.* agnoscit, quamuis Cur-

Curtius contra fidem Græci exemplaris eam vocem in Latino adiecit. Et quamvis id admittatur, tamen portio est iuris prætorii ædilitium ius, & sub eo continetur, quamvis ex iurisdictione prætoris non veniat, sed ex iurisdictione magistratus. *Wes. in parat. ff. tit. de edilit. edict. n. 2.*

9. *Thema.* Quot anni ad præscriptionem consuetudinis: Quot actus ad eiusdem confirmationem requirantur, iudicis arbitrio est reliquendum.] Ius non scriptum seu consuetudo diuturna esse debet, & longa & inueterata. *l. de quib. 32. §. inueterata. l. diuturna 33. & l. sed & ea 35. ff. dell.* Sed quot anni requirantur, non certi iuris est. Maxima Dd. pars existimat 10. annos sufficere, ideo quia diuturnum tempus decénio concluditur. *l. si cum fideicommissa 16. §. aristo respondit ff. qui & à quib. manumissi liberi non fiant. §. 1. instit. de vsucap. in verbis longi temporis.* Et hos annos à primo actu qui verisimiliter in notitiam populi venit incipiunt, & putant hos ad inducendam consuetudinem sufficere, & sic sentit Accursius & Ias. *in d. l. de quib. ff. de ll.* Et vtuntur argumento præscriptionis, quæ 10. annis inter præsentis perficitur. *l. ult. C. de prescript. long. tempor. d. §. 1. de vsucap.* Et hoc ideo, quia populus cuius tacita conuentione mores constituuntur nunquam abest sed perpetuo præsens est. *l. proponebatur 76. ff. de iudiciis.* Sed hac sententia non obstante rectius dicitur, eam rem non esse in iure expressam, & ideo præcise definiri nõ posse, quia magis est facti quam iuris, argumento *l. mora 32. ff. de vsuris.* & ideo relinqui debet hæc quæstio arbitrio iudicis, vt is pro qualitate negotii grauioris & lenioris modo longius modo breuius tempus ad inducendam consuetudinem requirat. Nec obstat *d. l. si cum fideicommissa & d. §. 1. institut. de vsucap.* Nam illi loquuntur in suis terminis, idq; huc trahendum non est, & verbum, *longum diuturnum*, modo longius modo breuius tempus denotant pro qualitate materiæ, vt Accurs. *in d. §. aristo* exemplis declarat in verbo *decennio*. Deinde non est certi iuris, quot actus requirantur. Certum autem est vnũ non sufficere sed ad minimum duos vel tres. argumento *l. 3. in fine. C. de episcopali audientia.* & argumento *princ. instit. de codicillis.* Accurs. *in d. l. de quibus in verbo diuturna*, & locutio pluralis duorum numero est contenta. *cap. 1. §. 1. in fin. de notis feudorum in vsibus feudorum.* Sed quia nec hæc res in iure est definita, & facti magis, vt ante dictum, arbitrio iudicis id quoque est relinquendum vt is pro sua discretione iudicet, quot affectus sint necessarii ad ad confirmationem consuetudinis. Nec obstat *l. 1. C. que sit longa consuetudo. l. 3. C. de edificiis priuatis*, vbi frequenter aliquid factum esse probatur, & frequenter dicitur, non quod bis aut ter fit, sed quod crebro fit & sæpe *l. item apud labeonem 15. §. aliud est appellare 22. ff. de iniuriis.* Quia respond. nos

non negare frequenter aliquid factum esse probari debere, sed quot requirantur, illa generalitate non exprimitur, & idcirco rectius id æstimabit & inquireret iudex, cum consuetudo alleganda & probanda sit. *d.l.1.C. quæ sit longa consuetudo. Mynsing. cent. 5. obs. 96.* Nam iudex consuetudinem probabiliter ignorare potest, quia facti quæstio prudentissimos fallere potest. *l. 3. ff. de iurisfacti*: Et idcirco quæstio de actibus ad inducendam consuetudinem necessariis, est facti.

Thema 10. Iura naturalia immutabilia sunt. Iura ciuilia sæpe mutari solent, vel tacito consensu populi per desuetudinem, vel alia postea lege lata.] Huic themati aduersatur *Non. 74.* vbi ex dānato coitu natis alimenta ius ciuile denegat. Ergo hic naturale ius per ciuile tollitur, cum alimenta liberis à natura debeantur. *l. necare 5. cum seq. l. ff. de agnosc. & alend. liber. l. nam etsi 15. in princ. ff. de inoffic. testamento. §. 1. Nou. de trionte & semisse.* Respond. Hoc speciale est in odium indignorum, parrim in parentum pœnam, propter illegitimum coitum & incestas consuetudines constitutum & introductum, vt vagæ libidines coercerentur. *l. vlt. C. de nat. lib. l. legem Anastasi 7. C. eodem.* partim in pœnam liberorum, quia dicuntur alieno vitio laborare. *Hott. conf. 24.* Canonica tamen æquitate dantur illis alimenta. *cum haberet extra de eo qui duxit in vxor. quam pollui. adulterio.* Secundo obstat *§. quod autem instit. de cap. dimin.* vbi ius naturale, hoc est, cognatio tollitur per ius ciuile, hoc est, maximam vel mediam capitis diminutionem contra legem iura sanguinis. *ff. de reg. iuris.* Respond. Effectus iuris naturalis impeditur & mutatur, hoc est, ius succedendi, non ipsa cognatio, quæ manet, quam solutionem glossa secundum Angelum putat verissimam in *§. sed iura naturalia instit. de iur. N. G. & C.* Et effectus ille sæpe impeditur ob publicam vilitatem vt de pupillis, furiosis, minoribus 25. annis, ante dictum est, in 3. themate. Et hæc solutio confirmatur in *§. vlt. in fin. instit. de legit. agnat. tutela.* vbi dicitur ciuilis ratio ciuilia iura corrumpere potest, naturalia non vtique, vbi Theophilus ἐπὶ πάντως, id est, nō omnino, quasi facile quid detrahi iuri naturali per ius ciuile possit, id quod definitio iuris ciuilis tradita. in *l. ius ciuile. ff. de inst. & iur.* ostendit, vbi definitur ius ciuile, quando aliquid iuri naturali additur vel detrahitur, vt spurius naturaliter non minus est filius quam quis legitimus. Ius tamen ciuile illum ab hereditate paterna adeo excludit vt ne cognatus quidem iure ciuili dicatur, *l. non facile 4. §. cognationis subiecta. ff. de grad. & affin.* Tertio vfucapio quæ iuris ciuilis est videtur tollere ea quæ sunt iuris naturalis, quia natura æquū est neminem cū alterius iactura locupletiolem fieri. *l. iure natura. ff. de reg. iur.* Respond. Patientia hic pro alic-

alienatione est *l. alienationis. ff. de verb. signif.* Et loco facti est consensus. *l. id quod nostrum. ff. de reg. iur.* Et scienti ac consentienti non fit iniuria. *cap. scienti. de reg. iur. in 6.* & bona fides tantum præstat possidenti, quantum veritas. *l. bona fides. ff. de reg. iur.* Quod ergo lege permittente fit, poenam non meretur. *l. Grachus. C. ad l. Iul. de adult. &c.*

Secundæ thematis parti, qua affirmatur, tacito consensu populi per desuetudinem posse legē mutari valde obstat. *l. 2. C. qua sit longa consuetudo.* quæ lex est Constantini Imp. vbi rescribit Proculo cuidam in hunc modum. Consuetudinis vsusve longævi non vilis est autoritas, verum non vsque adeo lui valitura momento, vt aut rationem vincat aut legem. Ecce Imperatorem dicentem consuetudinem non vincere legem quod ramen hic asseritur. Respond. hoc thema nostrum desumptum est ex *§. sed naturalia. Institut. de iur. N. G. & C.* qui *§. desumptus* est ex *l. de quibus. §. fin. ff. de ll.* Et Dd. mirifice variant in hisce textibus conciliandis, ac fere tot sunt solutiones, quot Interpp. capita. Inprimis autem probatur Accursii solutio, in dict. *l. de quib. in verbo. ABROGETVR* vbi dicit. Si consuetudo est generalis, vincit legem generalem vbique. Si est specialis alicuius regionis vel prouinciæ, tollit ibi tantum legem, vbi viget, non vbique. *l. venditor. 12. §. si constat. ff. communia prædior.* Quam solutionem probat Bart in *d. l. de quibus.* Et hæc inconueniens hisce textibus non est, quia *d. l. de quibus & §. sed naturalia.* loquuntur de generali consuetudine, vt est feudorum, vti omnes Dd. dict. *l. de quib. in princ.* accipiunt, qua lex tollitur. Lex autem *2 C. qua sit longa consuetudo.* loquitur de speciali consuetudine, quæ legem generalem non tollit. Et verisimile est Proculum, ad quem Constantinus illam legem rescripsit, fuisse alicuius certi loci seu prouinciæ præsidem, qui Imperatorem in facti quadam specie consuluit, & illius prouinciæ consuetudo legi generali derogare non potuit. Insto. Sed oppono *d. l. de quibus in princ. ff. de ll.* vbi dicitur, primo loco inquirendam esse *ll. scriptam*, & si ea non adsit, debere custodiri id quod moribus & consuetudine est introductum. Ergo consuetudo legem non vincit. Resp. Lex illa dicit, in quibus causis legibus non utimur, vt consuetudines feudales quemadmodum glossa explicat, & tum consuetudo loci attenditur, si nec illa adsit consuetudo, quæ in simili facta est, obseruanda venit, & denique consuetudo, quæ Romæ obseruatur atque ita disponitur in *l. 1. §. sed etsi qua. C. de vet. iur. enucl.*

Thema 11. Omne ius versatur circa personas, res & actiones.] Obstat huic themati. *l. rei appellatio. ff. de verb. signif.* vbi dicitur rei appellationem continere omnia quæ in patrimonio & extra patrimonium nostrum sunt. Sunt autem in potestate dominica, & sic in patrimonio nostro ser-

ni & sic personæ & in patria potestate filiis. Ergo & personæ continentur sub REBUS. Deinde *l. rei appellatione. ff. eod.* ubi dicitur: Rei appellatione & causæ, & iura continentur. Personarum autem causa ius constitutum est, *l. 2. ff. de statu hominum.* Et ius continet dominium obligationem & actiones, quæ iura sunt. Ergo & actiones sub rebus continentur. Resp. Ita quidem dicitur, seruos res esse, & quidem improprie in eo casu, ut quando quis omnes res suas legauit, is & seruos & omnia sua bona & actiones legasse videatur. *l. omnia. ff. de legat. 1.* Sed ita late hic Imp. vocabulo rei non vitur dum loquitur de iuris obiectis, & ostendit, nullam omnino iuris ciuilis partem esse, nullum contractum, nullum negotium, nullum iudicium, in quo tractando hæc tria simul non incidunt, ut tradit Duaren. *lib. 1. disput. animaduers. cap. 55.* Res igitur generalissime hæc tria complectitur, sed in strictiori & propria significatione tantum res, præter personas & actiones continet. Demum valde obstat *l. ult. ff. de ll.* ubi dicitur totum ius versari circa acquisitionem, circa conseruationem & circa imminutionem, Resp. Vlp. ibi de rebus cunctat loquitur secundum ibi propositam ab Vlp. materiam, quia *lex ult.* est desumpta ex *lib. 2. institutionum* Vlpianæ. ubi de rebus agitur. Ergo secundum materiam subiectam ibi de rebus agit, id quod Welsenbec. *in tit. de ll. num. 6.* indicat.

Thema 12. Summa personarum diuisio est, omnes homines esse liberos aut seruos.] Contra hoc: Quod dicitur summam esse hæc diuisionem, pugnat *l. hominis appellatione 152. ff. de verb. signif.* In qua prima & secunda personarum diuisio in masculos & feminas deducitur. Resp. Hoc magis confirmat nostram diuisionem. Nam quoties de iure personarum agitur appellatione liberorum hominum regulariter veniunt masculi & feminæ, & dupliciter homo consideratur, aut in sexu, aut in statu, conditione seu iure personarum. Quod ad sexum attinet, dubium non est primam esse diuisionem, à natura sumtam, in masculos & feminas *d. l. hominis.* Sed quia Icti sexum, hoc est, naturam non ita inspiciunt, sed magis medici & physici, idcirco quo ad ius personarum & statum, prima est diuisio in liberos & seruos. Insto. Resp. primo, liberorum hominum appellatione venire masculos & feminas, huic oppono omnia iura & leges quæ feminam ab omnibus officiis ciuilib. vel publicis repellunt, ut sunt *l. femina. ff. de reg. iur. l. 1. ff. de postulando.* Respond. Regulariter appellatione hominis veniunt & feminæ, sapius autem non veniunt, quoties scilicet, iusta causa puta pudor vel imbecillitas sexus eas excusat. Insto. Dicis sexus infirmitatem considerari. Ergo adhuc male dicitur, naturam non considerari à Ictis. Respond. Hoc fit ratione iuris, eiusque intuitu ac contemplatione non potest esse tutrix. Nam tutelam gerere non possunt, cum sit

ius & officium virile & masculorum. *l. tutela. & l. vlt. ff. de tutel.* Insto. Obstat valde *lex si quis. §. qui abortiuus. ff. de pectus.* vbi distinguitur inter hominem & fœminam, cum tamen dicatis, hominis appellatione contineri & fœminam. Resp. Ibi quaritur de iure, distinguit ibi inter mulierem, quæ poculum accepit amatorium, dum inde periit homo, hoc est, partus in ventre, qui iam habuit animam, alias dici homo non posset, id est, vltimo supplicio afficiuntur, qui dant poculum, & hoc vt dixi est quaestio iuris, & mulier recte dicitur homo respectu naturæ. Insto: Sed adhuc obstat *l. in multis. ff. de statu hominum.* vbi dicitur, in multis iuris articulis deterior est conditio fœminarum quam masculorum. Resp. Quoad ius scilicet si enim naturam spectes est vna ratio, nec fit hic personarum distinctio: sed ratio conditionis ex personarum qualitate describitur, idque propter sexus fragilitatem & consilii imbecillitatem in fœminis est statutum. Insto. Sed monstra etiam & portentosa considerantur in iure. Ergo adhuc thema non subsistit. Resp. Eatenus illorum fit mentio, quatenus de iure eorū quaritur & de conditione, hoc est, num sint liberi, num iusti, & inter liberos censeantur, vt & de posthumis habetur *l. qui in vtero. ff. de stat. homin.* Nā hic in consequentiā, non primario aspicitur. Insto. Sed refertis in themate duas tantum species, tertia additur *in l. quaritur. ff. de statu hominum.* Ergo imperfecta est diuisio. Resp. Hermaphroditus vtriusque sexus est particeps, & vel seruus vel liber esse potest, & quaritur hic magis de eius conditione & iure secundum sexum, qui in eo præualet. Nam si est masculus ad testamentum dicendum admittitur. *l. repetundarum 15. §. fin. ff. de testibus.* Et sic hæc diuisio non est à natura, sed ex iure gentium. Insto. Sed diuisio sufficiens ex eo non videtur, vt notat glossa hic, quod non comprehendit statu liberos ascriptitios, censitos, & colonos. Resp. Imo omnes plane comprehendit, quia statu liberum, medio tempore seruum esse heredis, nemo est, qui ignorare debet, vt Vlp. loquitur *in l. statu liberum. 9. & l. 29. in princ. ff. de statu liberis.* Sunt autem statu liberi, quibus in diem, tempus vel conditionem, statuta & destinata libertas est data *l. 1. in princ. ff. de stat. liberis.* Insto. Sed huic responsioni directo contraria est *l. vlt. ff. si ex noxal. causa agatur,* vbi dicitur, quod statu liber sit: Liber ergo seruus non est, vt fuit responsum. Resp. Ibi duntaxat quaritur, an qui statu liberum sisti promissit, sitisse, & promissioni satisfecisse videatur, si liberum sitierit, & responderetur in eadem causa sisti, quamuis liber sistatur, quod implicitus casus libertatis fuerit. *d. l. vlt.* hoc est, eum videri conditioni satisfecisse quamuis liberum sistat, quia facere non potuit, quo minus statu liber ad libertatem perueniat, quæ statuto tempore vel conditione existente, illi vel omnibus inuitis competit, *l. statu liberi, in princ. & l. statu liberos. §. si quis*

heredi. ff. de statu liberis. Similiter censiti seu tributarii & censibus obnoxii serui sunt, quia eorum peculium pertinet ad dominum. *l. 19. & 21. C. de agricolis & censitis, lib. 11.* Coloni serui non sunt, sed liberi *l. 1. C. de prædiis Tamianis, lib. 11.* Ascriptitios, qui certis prædiis agricolandi causa sunt ascripti, toto vitæ suæ tempore seruos esse, Cuiac. *ad Rubric. tit. C. de agricol. & censit.* multis legibus probat. Primo ex *l. pen. §. ult. C. de agricol. & censit. lib. 11.* ubi dicitur, nemini liceat ascriptitium vel colonum alienum, &c. quorum scilicet hic liber est, ille seruus: deinde subiicitur *in eadem l. penult.* Admonente domino vel ipsius ascriptitii, vel terræ, &c. Dominus terræ ad colonum refert. Ergo Dominus coloni non est. Ascriptitius autem dominum habet: Ergo & seruus. Secundo ostendit id *l. 1. in verbis: Domino vel fundo. C. eod.* Nam domino ascriptitius colonus fundi redditur. Wesenb. *in §. fin. Institut. de iure personarum. in fine* existimat ascriptitios esse liberos, idque probat ex *l. iubemus. §. seruos. C. de Episcop. & Cleric. Authent. Ascriptitios. C. de Episcop. & Cleric.* Glossa affirmat *in l. quemadmodum. C. de agricol. & censit. lib. 11.* hanc sententiam esse veriore[m] ascriptitios esse liberos, quo ad extraneos: seruos autem, quo ad Dominos.

Thema 13. Definitiones libertatis & seruitutis à Iustin. propositæ veræ sunt.] Contra obicitur sic: Quæ definitionibus conueniunt, etiam inter se conueniunt: Sed libertas & seruitus videntur definitionibus conuenire. Vt enim liber sua naturali facultate facere potest quod liber, nisi quid vi aut iure prohibeatur. Ergo inter se libertas & seruitus conuenire videntur, & per consequens suis definitionibus non debent distingui. Respond. Definitiones libertatis & seruitutis inter se, tum genere toto, tum origine distant. Est enim libertas naturalis facultas: Seruitus constitutio iuris gentium: Nam iure naturæ omnes homines liberi nascebantur. Iure gentium vero seruitus libertatem inuasit. *l. manumissiones. ff. de iustit. & iur. §. 1. Institut. de libertinis.* Deinde distant suis formis: Nam libertas est naturalis facultas, hoc est, potestas ab ipsa natura tributa, faciendi quod velis, nisi quid vi aut iure prohibeatur. Sed inquis: Serui etiam facere possunt id, in quo vi aut iure non prohibentur. Respondi. Id nego. Non enim faciunt aliquid naturali facultate, quia dum serui alieno dominio sunt subiecti, naturalem illam facultatem agendi quod libet, amiserunt, vt ipsam libertatem, caput & omnem statum suum, *§. seruus. Institut. de capit. diminut.* Adeo vt velle non credantur, cum pareant imperio alieno *l. velle non creditur. ff. de regul. iur.* Liberi autem homines cum vi prohibentur, nec libertatem amittunt, nec facultatem naturalem. *l. conficiuntur. ff. de iure Codicill.* Et si iure

iure prohibentur legum serui sunt, vt liberi esse possint. Cicero in *parado-*
xia. Sola igitur libertas est facultatis naturalis, quia liberis tributa est pote-
 stas omnia agendi, quæ pro sua facultate naturali volunt & possunt, vide
 Conanum *lib. 2. Commentar. iuris, cap. 1. num. 3.* Insto. Omnis seruitus non
 est iuris gentium: sed ea duntaxat, quæ fit natiuitate vel captiuitate, non ea,
 quæ fit venditione sui ipsius ad pretium participandum, §. *serui. Institut. de*
iure person. Ergo seruitus non est constitutio iuris gentium, Respond. Ori-
 gine prima est iuris gentium: & eo Iustin. noster & Iurisconsulti respiciunt
 in definiendo. Nam à principaliori fit denominatio. *l. quæritur. ff. de statu ho-*
minum. Deinde ius civile accessit, & alias etiam causas seruituti addidit,
 quod proprium eius est. *l. ius civile. ff. de iustit. & iure.* Insto: Serui aliquan-
 do sine dominio sunt, vt glossa affirmat *hic in verbo Dominio*: Ergo falsum
 est quod dicitur in definitione seruitutis, *dominio alieno*. Glossa id probat per
l. 1. §. 1. ff. de rerum diuis. vbi res hereditaria, & sic serui hereditarij, antequam
 aliquis heres existat, nullius in bonis sunt *in l. si vsumfructum. ff. de liberali cau-*
sa, vbi si liberi hominis vsumfructum tibi vendidero, & cessero, seruus is ef-
 ficitur, sed dominium ita demum fiet meum, si bona fide vendiderim, a-
 lioqui sine domino est. Item *l. fin. ff. pro derelicto. & l. quod seruus. ff. de stipulatio-*
ne seruorum, vbi quod seruus pro derelicto habitus stipulatus est, nullius
 momenti est, quod si ab alio apprehensus est stipulationem ei acquirere po-
 terit. Ex quibus legibus dicendum videtur, seruos alieno dominio non
 semper subijci, vt Iustin. voluit. Sed respondeo *ad l. 1. ff. de rerum diuisione.*
inter hereditarium seruum & eum qui pro derelicto habitus est, plurimum
 interest, quoniam ille hereditatis iure retinetur, nec potest derelictus videri,
 qui vniuerso hereditatis iure retinetur. *dict. l. quod seruus.* ideoq; heredita-
 tem iacentem habet, & hereditati acquirit. Seruus vero pro derelicto ha-
 bitus voluntate domini, non potest videri ad vsum eius pertinere, nec ei ac-
 quirere à quo derelictus est, *dict. l. quod seruus. in fine.* Ideoque si hic ab alio
 apprehensus sit, ei acquirere, si à nullo apprehenderetur liber fiet, & sibi ac-
 quiret. §. *qua ratione. Institut. de rerum diuis. & ibi Dd.* Ad *l. si vsumfructum,*
 quod attinet loquitur illa de eo, qui bona fide liberum hominem pro ser-
 uo possidet, & vendit eius vsumfructum. Nam dum vsumfructum vendit,
 proprietatem retinet, in malæ fidei possessore venditio liberi hominis non
 valet, ideoque ait: eum ex hoc casu sine domino fore, hoc est, sui iuris &
 liberum fieri, quod ad proprietatem attinet. Reuera enim is seruus sine
 domino non est, & eiusmodi casus proponitur *in l. 1. in princ. C. communia*
de manumiss.

Thema 14. Serui à seruando dicuntur.] ICtis non est infrequens, ex ipso rei effectū potius quam origine vocabula deducere, vt sit in testamento, mutuo, &c. Sed obstat *l. non aliter. ff. de adopt. vbi seruus publicus, hoc est, tabellio non potest dici à seruando, sed potius à seruiendo.* Resp. In illa *l. non* dicitur quod seruus publicus à seruiendo dicatur, deinde à prima seruorum asseruatione ita dicuntur serui, & nostum thema procedit ita, quando reuera sunt serui, non agimus de tabellionibus, hoc est, personis publicis. §. cum autem. *Instit. de adopt.* qui liberi nunc sunt, olim sane ante Arcadium & Honorium Impp. tabulariatus per seruos administrabatur, id dicti Principes sustulerunt dum dicunt nulli seruorum patescere aditum ad hoc officium *l. 3. C. de tabul. lib. 10.*

Thema 15. In seruorum conditione nulla est differentia: in liberis multæ.] Seruorum vna omnium est cōditio, quia omnes sunt simul in potestate dominorum siue ex post facto sunt serui nati, siue facti. Sed multum refert an quis sit liber factus, an natus ita. Deinde vt inquit Theoph. in *Instit. §. ult. de iure personar.* nullus plus seruus est quam alius. Sed obstat *l. ult. §. fin. ff. de adilit. edict.* vbi sunt veterani & nouitii serui. Et veterani serui non spatio seruiendi sed genere æstimandi sunt, genere, hoc est, natiuitate. Ergo Veteranus nascitur: nouitius nō nascitur, & per consequens non est vna cōditio. Genus hic explicatur pro genere officiorum. Dicitur enim veteranus à causa, hoc est, officio quod habet: Nam officiorum gradus multi esse possunt, in quibus magna est differentia. Sic non obstat *l. si quid. 15. §. 1. ff. de usufruct.* vbi sunt Attienſes, quia ibi etiam de officiis agitur, quemadmodum etiam in *§. pœna. Instit. de iniur.* Deinde obstat *Vlp. tit. 22. de testamentis in fine.* vbi seruus publicus habet testamenti factionem, alii non item. §. testes. *Instit. de testamentis ordin.* Resp. In eo seruus publicus conditionis est melioris, quia ratione officij hoc sibi habet indultum. Insto. Sed Wesenb. in *§. ult. Instit. de iure person.* affirmat, hunc versiculum ab Imp. ex Caio vel alio quopiam ICto sine iudicio esse desumptum, cuius tempore forte vna fuit cōditio, cum causa sit triplex, idq; probat per *l. 3. C. de infant. exponend.* Sed resp. ad illam legem, ibi loqui Imperatorem de seruis qui sunt in dominiis, de quibus etiam nos loquimur, & illi sunt leuissimæ conditionis. De conditione colonaria & ascriptitia hic non loquitur, quia ascriptitij ideo tantum dici possunt, quod cum terra cui addicuntur, vendi possint, hoc saltem respectu imaginem seruorum habent, quamuis serui non sint: Deinde coloni sunt liberi, vt ante in 12. themate dictum est.

Thema 16. Ingenuus est is, qui statim, vt natus est, liber est.]

Hoc

Hoc thema ita intelligitur, quando quis liber est natus. Ergo non obstat, *totus tit. ff. & C. de natal. restit.* quia qui per Principem restituuntur plenissimam ingenuitatem consequuntur, nec fiunt, ut ingenui, sicuti hi, qui ius annulorum aureorum consequuntur. *l. 5. ff. de iure annul. aureor. l. 1. C. ad l. Vizeliam.* Insto. Sed ingenuus etiam is est, de quo sententia lata est, *l. ingenuus. ff. de statu hominum.* Respond. Is etiam non nascitur, sed fit hoc propter auctoritatem rei iudicatæ, id quod tum etiam procedit, si quis iurat se libertum non esse, *Leum qui. §. si libertus. ff. de iure iur.* quia iusiurandum maiorem habet auctoritatem, quam res iudicata, *l. 2. ff. de iure iur.*

Thema 17. Mater tria tempora habet ad ingenuitatem partui dandam: Pater saltem conceptionis.] Huic themati obstat *Leius qui. 9. ff. ad municipalem*, ubi aditionis tempus saltem spectatur. Resp. Illa lex nō loquitur de materia seruli, & de libertate danda, cum libertatis ibi nulla fiat mentio sed de conditione, hoc est, statu eius, qui ex illegitimo matrimonio inter liberos homines nascitur. Nam si iustum patrem non habet, matris cōditio inspicitur. *l. cum legitime. 29. l. lex natura. ff. de stat. hominum.* ubi dicitur vulgo conceptos matris sequi conditionem, non patris, & ita loquitur etiam *d. l. eius.* quia patrem monstrare non possunt. *l. vulgo quæsti. 23. ff. de statu homin.* Et nullā aliam originem nisi matris habent. *l. 1. in fi. ff. ad municip.* Secundo obstat *l. 3. ff. quibus ad lib. procla. non lic.* ubi liberi earū quæ se precii participandi gratia venire passæ sunt, licet sint concepti liberi, nihilominus serui nascuntur. Respond. Id in odium marris, quæ se lucri gratia venire passæ est, introductum est. *Hotom. lib. 4. obs. c. 3.*

Thema 18. Libertini sunt qui ex iusta seruitute sunt manumissi, & libertini ac liberti hic nihil differunt.] Definitioni libertinorū obstat *l. circa. 14. ff. de probat.* Vnde apparet libertum à seruo nihil differre, & ideo libertinitatem à seruitute definitione male distingui. Dicitur enim ibi nihil interesse seruū suū quis an libertum contendat. Resp. Non dicit quod libertus & seruus vnum idemque sint, sed in onere probandi nihil eos differre. Nam ut seruus qui proclamat in libertatem, docere id debet. *l. si filius, in fin. 8. ff. de probat.* ita quoque libertus qui proclamat in ingenuitatem, idque glossa ibidem ostendit. Deinde obstat *l. sicut proponis. 2. C. de municipib. lib. 10.* ubi dicitur quod libertini habeant natiuam libertatem. Resp. dicitur ibi, quod eorum, qui iis libertatem præstiterunt, conditionem sequantur, qui ex causa fidei cōmissi manumittuntur, hoc est, eiusdem fiant status & dignitatis. Nec tamē dicitur, quod libertini sint nati, sed potius per manumissi. libertini effecti, & ex seruitute manumissi. Sed dicitis libertos & libertinos

esse hic. Cui oppono Laurent. Vallam lib. 4. *Elegant. cap. 1.* vbi affirmat libertinos respicere statum ipsum & ingenuos, quibus opponuntur, libertos relative respicere patronum. Ergo est differentia. Respond. Imo ex definitione libertinorum hoc satis patet. Respiciunt enim ibi patronum cum manumissionis in ea fiat mentio, quæ respicit semper patronum. Sed opponitur valde *lex vlt. ff. de iure deliber.* vbi filius libertinus nō potest dici filius libertus, id quod notat Cuiac. lib. 3. *obs. c. 37.* vnde concludit, quod nota sit differentia inter libertinum filium & libertum. Resp. Notandum est in illa lege, quod libertinus ibi pro eo accipitur qui in seruitute susceptus est postea simul cū patre manumissus est, hic respectu patris, quo ad Grammaticā differentiam, non est libertus sed libertinus, hoc est, conditionis & status eius; quia parens eum non manumisit. Respectu manumissoris est libertus. Sed hoc discrimen etsi in illo loco observari videatur, tamen in hac materia confunditur, nec loquitur illa lex de nostra materia.

Thema 19. Manumissio est de manu missio, hoc est, datio libertatis.] Hæc definitio non videtur plena, quia manumittuntur etiam liberi homines, §. *præterea. Instit. quib. mod. ius patr. potest. solu. §. 1. Instit. de fiduc. tutel.* Resp. Manumitti tam libei quam serui in libris nostris dicantur l. 28. ff. de adopt. l. 2. ff. de offic. proconsul. & Rubric. si à parentibus quis manumissus, &c. nec mirum eum in imaginariam quandam seruitutem, liberi in emancipationis solennitate deducantur, distrahantur & manumittantur: Et pater dicat hæc verba: Hunc ego filium à manu mitto. Et pater dicatur manumissor. Proprie autem manumissio est de seruis; emancipatio de liberis dicitur, vt expresse docet l. 1. §. *alienatio. ff. quando actio de pecul. annal. est:* vbi ait Vlp. Alienatio & manumissio ad seruos pertinet non ad filios: Emancipatio vero ad solum filium.

Thema 20. Libertinorum triplici statu sublato, omnes ciues Romani ex Constitut. Iustin. sunt effecti.] Hoc thema desumptum est ex §. *vl. Institut. de libertin.* Aduersatur autem valde l. in orbe. 17. ff. de statu hominum, vbi dicitur: In orbe Romano qui sunt ex constitutione D. Antonini, ciues Romani sunt effecti: Ergo non ex constitutione Iustin. Respond. d. l. in orbe. tantum de ingenuis loquitur, non de libertinis, de quibus thema agit: & certum est, Antoninum Bassianum Seueri filium concessisse omnibus ingenuis in toto exbe Romano ius ciuitatis Romanæ; vt eo vti possent: Iustin. vero illud contulisse libertinis. §. *vl. Institut. de libertin. l. vnica. Cod. de lat. libert. tollend.* & hæc solutio non est diuinatoria, sed ex Nov. 78. §. *faci- mus,* vbi dicitur quod Antoninus Pius primum ius Quiritium seu Romanæ ciuita-

ciuitatis dederit omnibus ingenuis, eo ICtus in d.l. in orbe ff. de statu hominum respicit. Cuiac. ad d. Nov. 78. in fin. & lib. 4. obs. c. 5. Welenb. in paratit. ff. de statu hominum. num. 5. & Institut. §. libertinorum, de libertinis, in fine. Nec est recipienda lectio vetustiorum exemplarium qui habent: in vrbe Romana, quia illa pugnat cum ff. Florentinis, alias sic conciliarentur, vt d.l. in orbe, loquatur de iis libertis qui in vrbe Romana tantum versantur, quod postea Iustin. ad omnes libertos retulit. Sed hanc glossæ solutionem Cuiac. reiecit in d. Nov. 78.

Thema 21. Qui in fraudem creditorū manumittit, nihil agit.] Obstat l. si cum fideicommissa 16. §. fin. ff. qui & à quibus munumissi liber. non fiant, vbi si voluntate patris filius manumiserit, siue pater siue filius sciat patrem soluendo non esse, libertas nihilominus impeditur, cum tamen si filius nesciat patrem soluendo non esse, fraudis consilium non habeat, & propterea libertas rata esse debere videatur. Respond. Vtroq; casu manumissio fit in fraudem creditorum. Nam dum patris voluntate filius manumittit, & pater scit se soluendo non esse, licet filius ignoret, tamen pater per filium in fraudem manumississe videtur, si vero filius scit patrem soluendo non esse, licet pater ignoret, etiam in fraudem manumissio fit à filio, ideoque vtroque casu libertas merito impeditur.

Thema 22. In fraudem creditorum manumittit, qui consilio & ipsa re, hoc est, euentu d. fraudat creditores.] Opponitur lex si cum fideicommissa. §. vlt. ff. qui & à quibus manumissi liberi non fiant, vbi libertas tantum ex consilio & voluntate impeditur eorum, qui sciunt se soluendo non esse, & euentus non sequitur. Resp. Euentus est secutus, sed non apparet, & si de fideicommissaria libertate accipiendus est ille §. vt principaliter d. l. 16. saltem euentus inspicere debet l. 4. §. si in fraudem. ff. de fideicommiss. libertatibus. Idem affirmatur in l. 1. C. qui manumitti non possunt, vbi animus fraudandi & euentus requiruntur in directis libertatibus, in fideicommissariis saltem euentus. l. vlt. C. qui manumitti non possunt.

Thema 23. Causa semel approbata siue vera sit siue falsa, non retractatur.] Hoc thema ita intelligitur, si ex iusta seruitute quis fuerit manumissus, quia libertas semel data reuocari nequit, l. liberos. 39. C. de lib. causis. Sed obstat l. vnde 79. ff. pro soc. vbi manifesta iniquitas corrigi, & sic retractari potest. Resp. Loquitur illa lex de sententia arbitratoris, vt precedens l. 76. in fin. ostendit, à cuius sententia potest appellari. Hic autem est speciale in manumissione. Huic solutioni obstat d. 27. §. si ar. ff. de recept. arbit. vbi à sententia arbitri non potest appellari. R. id concedo. Ab arbitratoris n. sententia potest appellari,

non ab arbitri: nam sibi impudent compromittentes, quod non alium elegerint, alias etiam litium finis non esset. Deinde obstat *l. 7. §. minor. ff. qui & à quibus manumiss. liberi non fiant.* vbi seruus alij datus manumittitur, & tamen manumissio non valet. Resp. Quamuis rubrica velit seruum hunc esse manumissum, tamen quia non additur in textu, dicimus in dubio, cum manumissum non esse. Deinde iusta causa non fuit, quæ tamen in hoc themate requiritur. Tertio obstat *l. 9. in pr. ff. qui & à quibus manumiss. liberi non fiant.* Resp. Metus adest iustus. Huic solutioni obstat *lex 9. §. idem Pomponius. ff. quod met. causa.* Resp. Ibi libertas non reuocatur, quia per metum erat manumissus, qui hic est iniustus, ibi iustus. Cuiac. *ad d. l. 9. ff. quod metus caus.* Denique obicitur *l. Paulus. ff. de verb. sign.* vbi falsum testamentum est nullum. Ergo & hic falsa manumissionis causa est nulla, & per consequens retractanda. Resp. Diuersa hæc magis sunt cum *d. l. Paulus* in manumissionis casu non loquatur, de quo thema nostrum accipiendum est.

Thema 24. Quod serui acquirunt statim Dominis, acquirunt suis.] Hoc thema satis probatur in *§. 1. Instit. de his qui sunt sui vel alien. iur. §. item vobis. Instit. per quas person. cuiq. acquir.* Sed multa huic assertioni videntur ob stare, quæ ordine sunt refutanda. Primū opponitur *§. de iis autem infr. per quas person. cuiq. acquir.* vbi dicitur serui in quibus habemus vsumfructū ex re nostra & operis suis acquirunt nobis, & vero extra eas causas sunt cōsecuti id ad dominum proprietatis pertinet. Ergo non omnia dominis suis acquirunt. Resp. Certum est si serui vel seruæ fuerint in vsumfructum dati vel datæ, nihil præter operas & ministeria datū intelligitur *l. 3. ff. de oper. seruor.* Hereditas enim vel alia, quæ ad dominum proprietatis spectant fructuario non acquiruntur, nec partus ancillæ ad vsumfructuarium pertinet, *§. in pecudum fructu. Instit. de rer. diuis.* Quæ autem operis suis seruus acquirat, vsumfructuario quaruntur, & nihilominus hic cuiq; pro iure suo acquiritur, vsumfructuario, quo ad vsumfructum; Proprietario, quo ad proprietatem, & ea quæ proprietatem sequuntur. Insto. Interdum in pendentem est, quod serui acquirunt: Ergo non statim acquirunt domino, id quod probatur ex *l. sed et si. 25. §. 1. ff. de vsufr. l. seruus. 43. §. fin. ff. de acquir. rer. dom.* Pone casum, Seruus fructuarius emit seruum, & per traditionem eum accepit, nec dum precium numerauit, sed tamen pro eo satisfecit, puta dato fideiussore, hic in pendentem est dominium, illudq; dominium declarabit numeratio. Resp. Seruus cum sibi non acquirat, nec quicquam proprium habere possit, aut vsumfructuario aut proprietario acquirat. Si ergo ex peculio quod ad vsumfructuarium pertinet soluerit, intelligitur homo emptus retro vsumfructuarii fuisse; Cum vero ex eo peculio, quod proprietario sequitur, soluerit, proprietarii fuisse videtur. *d. l. seruus. 43. §. fin. ff. de acquir.*

acquir. rer. dom. Ideo est in pendent i dominium, quod demonstrabitur & declarabitur numeratione & solutione pecuniæ. Insto. Sed si factum est in stipulationem deductum, persona stipulantis saltem cōtinetur, veluti si servus stipulatur, vt sibi ire, agere liceat, ipse tantum prohiberi non debet, non etiā dominus eius, quia facti stipulatio personā stipulantis non cōgreditur. §. *sed cū factū instit. de stipul. seruor* Ergo domino hoc casu nil acquiritur sed soli seruo q̄ tantū in stipulatione cōtinetur. Resp. Stricta hoc ratione procedit, non ex æquitate. Secundo licet non principaliter Domino stipuletur, tamen secundario & in consequentiam, quia etsi saltem eat vel agat servus: tamen utilitas eundi vel agendi transit in domini emolumentum. Insto. Sed servus suos nummos habet, & illis etiam sibi libertatem adipisci potest. *l. 4. in pr. ff. de manumiss.* Respond. Est solutio in *d. l. 4. §. 1.* vbi dicitur, quod suos nūmos servus habere non possit, sed conniuentibus oculis domini, credendum esse, suis nummis cum redemptum, puta si ex peculio, quod ad venditorem pertinet, idque fauore libertatis, siue ex aduentitio lucro, siue ex amici beneficio vel liberalitate amici vel repromittente vel delegante vel in se recipiente amico debitum, sit liberatus. Insto. Sed adhuc non omne acquirit domino quia saltem iustam possessionem acquirit. *l. quod. servus 24. ff. de acquir. poss.* Resp. id quod iniuste acquiritur, non videtur possideri, nec videtur possessionem adeptus; qui ita nactus est, vt eam retinere non possit. *l. non videtur. 22 ff. de acquir. poss.* cum nullius sit momenti. Agimus autem nos de iusta acquisitione, cum nemo ex alieno damno lucrum sentiat. *l. iure natura. ff. de reg. iur.* Insto. Sed nulli acquiritur id quod probatur *l. si servus. ff. de acquir. rer. dom.* Respond. hoc ideo fit, quia ego non possideo & quia liber homo bona fide servit. Ergo sibi acquirit liber homo per traditionem sibi factam fide bona; Et agitur ibi de acquisitione naturali potius quam civili, alias si ex re eius; à quo possidetur res sit comparata, ei acquiritur. Nam quod ex re alterius est, possessor non acquirit. *l. servus 43. in princip. ff. de acquir. rer. dom.* Insto. Sed servus publicus cum stipulatur rem pupilli saluam fore Reipubl. non acquirit sed pupillo. *l. 1. §. exigere. ff. de magistratib. conveniend.* Respond. vt tutela publicum munus est. §. *1. instit. de excusat. tutor. vel curat.* Reipubl. munus nō est. *l. 6. ff. de excusat. tutor.* Ita servus publicus nō est Reipublicæ servus, sed omnium ac singulorum utilitate introductus: Nam aut per liberos homines exceptis procuratoribus; tutoribus & curatoribus, nulla ex causa alicui acquiri posset. §. *ex his itaque. institut. per. q. person. cuius acquir. §. si quis alii. instit. de iniuril. stipulat.* Et tamen sæpe euenerit vt pro absentibus aut pro pupillis aut Reipubl. nomine stipulari aut transigere oporteret, itaque contractibus in actibus publica fide conscribendis seruum

publicum adhibuerunt, hoc est, omnium & singulorum communem, vt pro omnibus & singulis stipulari & acquirere posset l. 2. ff. *rem pupilli saluam fore*. l. non est aliter. 18. ff. *de adopt. Intro*. Deniq; opponitur §. *dominus vers. sin autem instit. de noxal. act.* vbi dicitur seruum iure damnum refarcire quælitæ pecunia, si aliquid quæsiuit, habet aliquid pro se, nec omnia domino acquirit. Respond. Verum est ex tit. *institutionem per quas person. cuique acquir.* statim ipso momento id quod seruus acquirit ad dominum transire, sed intellige hic pecuniam quælitam, hoc est, per alium quendam quam ipse seruus mutuo rogare potest, promittendo se redditurum, quando fuerit manumissus, atque ita damnum refarcire potest. Alioqui si nulla est spes libertatis nihil potest mutuo sumere, quia in personam serui non cadit obligatio, l. in personam. ff. *de reg. iur.* Et hoc etiam Alciatus indicat dum dicit: καὶ ἐπὶ δὲ hic seruum esse Domini, hoc est, in spe, quod etiam in d. §. *dominus* indicatur his verbis: *Auxilio pratoris iuncto domino manumittetur.* Ergo est in conditione manumissionis.

Thema 25. Qui alieno iuri sunt subiecti, aut sunt in potestate parentum vt liberi: aut dominorum vt serui.] Contra obiici solet, quod vxores sint etiam in potestate maritorum, quibus se committere debent. l. hac lege C. *de pact. conuent.* Dicuntur etiam in officio & seruitio maritorum esse. l. sicut patronus 48. ff. *de operis libert.* Adeo vt etiam maritus vxorem cogere possit, vt operetur. l. sed si cui 23. ff. *de usufruct.* & vxor sub viri est potestate Genes. 3. Et vxor non habet potestatem sui corporis sed maritus 1. *Corinth. 7.* Imo mulier subiecta dicitur esse marito vt Domino c. *mulierem* 33. *quasi. 5.* Vnde sequi videretur mulieres etiam in potestatem maritorum transire, & tertium genus potestatis esse maritorum in vxores. Deinde iure ciuili veteri legimus apud Plinium, vxorem interfectam à marito propterea quod vinum bibisset è dolio. Respond. Triplex olim erat genus matrimoniorum, primum varæ consecrabatur. Secundum fiebat per coemptionem, hoc est, imaginariam venditionem: Tertium vfu habebatur: & soluuntur contraria ex iure ciuili allata, triplici hoc genere adhibito. Primum non diu in vfu fuit: Duo reliqua diu manserunt, & matrimonio contracto per coemptionem mulier patris potestatem exhibet, & transibat in potestatem mariti, eique filia loco erat. Hodie ramen per coemptionem nuptiæ non fiunt, & vxores non transeunt in potestatem mariti sed manent in potestate patris vt expresse dicitur, in d. l. si vxor. C. *de condit. insertis* & in l. patri. ff. *ad l. tul. de a. ult.* & instituit. ad SC. *Tertyll. in fine princ.* in verbis: In potestate parentis sit: cum tamen esset trium liberorum mater, quia matrimonium non est modus soluendæ patrie potestatis. tot. tit. *instir. quib. mod. ius patr. potest. soluitur.* Deinde ante allata argumen-

ea de mutuis matrimonii officiis & obsequiis intelliguntur, vt constat ex 6.2. Genes. & 1. Corinth. 7. & iure mariti cogi potest vxor, non autem potest acerbè tractari vel verberari. Nouel. 117. §. si quis vero uxorem. Insto. Probo tamen adhuc ex l. pronuntiatio. §. familia. vers. iure enim proprio. ff. de verb. signif. In familia esse patremfam. matremfam. & filiosfam. Et deinde in §. pater autem dici, paterfam. vocatur, qui est in domo dominus, si est dominus æq; habet potestatem in uxorem, quæ etiã est in domo, quam in liberos & seruos. Resp. Potestas variè accipitur. l. potestatis. ff. de verb. signif. Hic significat caput familiæ & sic Imperium. Est enim quasi Rector in domo vt est Rector in scholâ, & quamuis dominus seu maritus tale habeat imperium id est imperiũ in totam domum & etiam in uxorem. Nihilominus tamen ea in sui patris manet potestate, id quod ante legibus est ostensum expressis. Insto. Sed potestatem tutores & curatores habent etiam in pupillos & adultos, vt definitio tutelæ ostendit. Ergo tertium genus in iis ponendum. Resp. Potestatis verbum plura significat vt ex d. l. potestatis fuit probatũ; Hic potestatis verbum significat imperium, hoc est, defensionem quam habent tutores & curatores in personas & bona pupilli vel adulti, non significat dominicam vel patriam potestatem. His enim nihil acquiritur, dum saltem sint constituti defensores; lus defensionis hic adest non acquisitionis. Imo sunt iuris sui, quamuis in defensione, impuberes enim in tutela esse, iure naturali

conueniens est, vt is qui perfectæ ætatis non est, alterius tutela regatur. §. impuberes institut. de At-

tit. tutore.

LIBER



LIBER PRIMVS INSTITVTIONVM IVSTI- NIANI IMPERATORIS.

DISPVATIO I.

De iustitia & iure, item de iure naturali, gen- tium & ciuili.

Thesis 1. Qui iuri operam dare vult, primum nosse debet, vnde nomen iuris descendat. Vlpian. *in lib. 1. in pr. ff. de iustit. & iur.* Wesenbec. *in paratit. ff. de de iustit. & iur. nu. 14.*

2. Est autem ius secundum Vlpianum à iustitia appellatum, sicut effectum ex causa efficiente. Vlpian. *lib. 1. in princip. ff. de iustit. & iur.*

3. Iustitia est constans & perpetua voluntas, ius suum cuique tribuens. §. 1. *instit. de iustit. & iur. l. 10. ff. eod.* Wesenb. *in paratit. ff. co. 1. tit. num. 2.*

4. Ex hac tanquam fonte riuiulus vberrimus defluit iuris prudentia, quæ est diuinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia. §. 1. *instit. de iustit. & iur. l. 10. §. fin. ff. eod. tit.* Eodem fere sensu à Celso ius definitur, ars æqui & boni. *l. 1. in pr. ff. de iustit. & iur. Coras. lib. 2. Miscellan. c. 18.*

5. Iustitia est vniuersalis & particularis, quæ rursus est vel distributiuæ vel commutatiuæ secundum philosophos. Mynsing. *hoc loco, in princ. nu. 7.*

6. Ius est bipartitum, publicum & priuatum. §. *huius studii. 4. institut. hoc tit. & l. 1. §. 2. ff. eod. tit.*

7. Publicum ius, & quod ad statum rei Romanæ spectat, & in sacris, in sacerdotibus atque in magistratibus consistit. *l. 1. §. 2. ff. de iust. & iur.*

8. Priuatum est, quod ad singulorum vtilitatem pertinet. §. *fin. instit. hoc tit. l. 1. §. 2. ff. eod. tit.* Estq; triplex, naturale, gentium & ciuile. §. *fin. institut. hoc tit. d. l. 1. §. 3. ff. eod. tit.*

9. Ius naturale est, quod homini cum bestiis commune est, sed in homine tamen cum ratione coniuncta. *in princ. instit. de iur. natur. gent. & ciuili.*

10 Ius gentium est, quod naturalis ratio, vsu & necessitate humana exigente, inter omnes gentes constituit. §. 2. *institut. de iur. natur. gent. & ciuil.*

11 Cuius generis sunt bella, captiuitates, seruitutes & obligationes prope modum omnes. §. 2. *institut. hoc tit. ex Vlp & Hermog. l. 4. & 5. ff. hoc tit.* præter stipulationem & donationem propter nuptias, quæ sunt obligationes iuris ciuilis. Vlpian. l. 5. *ff. de pact.*

12 Ius ciuile est, quod proprium est cuiusque populi aut ciuitatis, vt Romanum aut Atheniense. §. *sed. ius quidem. institut. de iur. natur. gent. & ciuil. l. 9. ff. de iustit. & iur.*

13 Distribuitur porro ius ciuile in scriptum & non scriptum. l. *ius ciuile. 6. §. fin. ff. hoc tit. §. constat autem. institut. de iur. natur. gent. & ciuil.*

14 Scriptum ius est, quod scripto sancit, quod vult, aut iubendo aut vetando. l. 10. 32. 33. 35. & seq. *ff. de legib.* Cicero lib. 1. *de legib.* Plato lib. 8. *de republ.*

15 Huius iuris species sunt sex: lex, plebiscitum, Senatusconsultum, Principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentum. §. *constat autem. institut. cum §§. 6. seqq. institut. de iur. natur. gent. & ciuil. toto tit. ff. & Cod. de legib.*

16 Ius non scriptum est, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobauit: & mos siue consuetudo dicitur. §. *sine scripto. institut. hoc tit. l. 32. & seq. ff. de legib.*

Corollarium: Sumtus in liberorum studia à parente viuo vtiliter facti, an in diuisione hereditatis, mortuo parente, conferantur, an non? Schneidw. in §. *quadam. nu. 24. institut. de action.* Nicol. Reusner. lib. 2. *consultat. quæst. 8. nu. 14.* Hartman. Pistor. in *quæstion. iuris. quæst. 19. lib. 1.*

DISPUTATIONIS I.

De iustitia & iure, item de iure naturali, gentium & ciuili, obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 Iustitia est mater omnis iuris.
- 2 Ius effectum iustitia quomodo dicatur.
- 3 Iustitia vnde dicatur.
- 4 Iustitia an recte definiatur constans & perpetua voluntas iuste agendi, & quomodo id accipiendum.
- 5 Ius ciuile cum sit mutabile, quomodo iustitiam retinere possit.
- 6 Voluntatis vocabulum cur in definitione iustitia positum sit.
- 7 Vscapionum materia an pugnet cum iustitia.
- 8 Vsuræ an pugnent cum iustitia.
- 9 Vsuræ quotuplices, & quatenus permixta sint.
- 10 Acceptio personarum an fiat in iudiciis.
- 11 Transigere super adulterium an & quare liceat.

- 12 *Dolus an & quomodo sit concessus.*
- 13 *Contractus propter dolum quando rescindatur.*
- 14 *Iudex debet sequi legem. etiam si dura sit.*
- 15 *Iuris praecepta tria quid requirant.*
- 16 *Ius quomodo ars boni & aequi definiatur.*
- 17 *Ars & scientia à IC confunduntur.*
- 18 *Ius an recte duplex constituatur.*
- 19 *Iustinianus in institutionibus de quo iure agat.*
- 20 *Iudicia publica ad coercitationem privatorum spectant.*
- 21 *Ius publicum an ex praeceptis naturae libris gentium & civilibus collectum sit.*
- 22 *Ius quomodo dicatur cadere in animalia bruta.*
- 23 *Iniuriam quomodo brutis animalibus faciant.*
- 24 *Coniunctio maris & femina cuius iuris sit.*
- 25 *Bella sunt ex iure gentium.*
- 26 *Ius gentium rationis, & ratiocinationis quid introduxerit.*
- 27 *Ius gentium duplex esse.*
- 28 *Ius naturale an sit immutabile.*
- 29 *Scriptura non est de substantia iuris scripti.*
- 30 *Ius scriptum cur in scriptura consistat.*
- 31 *Iuris scripti an recte dicantur 6. esse species.*
- 32 *Iuris scripti species quomodo introductae.*
- 33 *Actus duo ad consuetudinem probandam sufficiunt.*
- 34 *Consuetudini quo tempore praescribatur.*
- 35 *Summus in liberorum studiis à parente vivo & iliter facti, an mortuo parente, in diuisione hereditatis conferendi sint.*
- 36 *Summus in studiis & iliter factos non conferri.*
- 37 *Patris affectio maior esse praesumitur in eum filium, qui adhuc in potestate est.*
- 38 *Summus studiorum causa datus inter quasi castrensia peculia referuntur.*
- 39 *Studioforum magna sunt privilegia quia per eos totus illuminatur mundus.*
- 40 *Mater non potest repetere alimenta qua filio suo praestitit.*
- 41 *Filius qui summus male collocat, compelli potest ad collationem.*
- 42 *Militia aliud est quam peculium castrense.*
- 43 *Summus in studiis facti post patris obitum, conferuntur.*



ERITO Imp. Iustin. volens in Institut. totius iuris primis elementis agere potissimum de iure Roman. priuato, primo loco tractat de iustitia. Quippe iustitia mater est omnis iuris, ut obligatio est mater actionum. Accurs. in l. 1. in verbo iustitia. ff. de iusti. & iur. Theoph. in titul. insist. de obligat. in princ. Hoc considerans Iustin. in Nou. 69. ut omnes obediunt. dicit vnam esse omnium virtutum perfectissimam, quæ iura omnibus distribuat, ex causa cognominata iustitia. Notanda sunt illa verba; *ex causa*, quæ ita sunt accipienda quasi dicat, ex eo quod est causa omnis iuris dicitur iustitia. Vel ita illa verba sunt accipienda quasi dicat *ex causa*, hoc est, ex causa finali iustitiæ, quæ in d. Nov. procedit, cognominatur iustitia. Non autem hoc vult Iustin. iustitiam deduci à iure idcirco nec vititur præpositione à, sed præpositione ex, tacite innuens se in d. Nov. de cry-

de etymologia agere non velle, quamvis tamen non desint, qui arbitrantur Iustin. respexisse ad aliam iuris significationem, quatenus scilicet, ius denotat notitias naturales in mente positas, & nos ad iustitiam colendam exuscitantes; Et ideo Iustin. dicere iustitia ex causa, id est, ex iure, quatenus scilicet, naturales notitias significat, esse cognominatam, quæ tamen explicatio videtur alienior à gravi Iustin. proposito, *in d. No. cum* nec verisimile sit eum ad ius in mente positum respexisse, quia alias mentis & affectuum ratio in iure non vsque adeo attenditur. *l. cogitationis. ff. de penis.* Nos autem hic ius pro subiecta materia artem dicimus, quæ vt riuius ex iustitiæ fonte vberissimo promonauit, & quatenus est ars recte a iustitia deducitur ab Vlp. *in d. l. r. h. tit. num. ad similitudinē ordinis nature,* quæ effectus est posterior sua causa. Iustitia enim est virtus, ius ars boni & æqui est effectus iustitiæ, cū ex iustitiæ cultura existat. Ius autē quatenus significat naturales notitias, prius est iustitia, & ideo eatenus inspecto naturæ ordine recte dicimus † iustitiam à iure dici vel à genitiuo iusti addita syllaba T I A vt vult Wesenbec. *§. in paratis. ff. num. §. de iustit. & iur.* Est igitur summe notandum, ius, puta naturales inclinationes esse natura priores iustitia, quia illis inclinationibus quasi rapimur ad iustitiæ exercitium. Deinde ex iustitia culta ius, puta artem, vt effectus nascitur, & sic Iustin. & Vlpian. rectissime inuicem conciliantur. Nec aduersatur ratio Grammatica, quod composita deducantur à simplicibus quod hic inuertitur, quia I C r i & Imp p. scpositis rationibus grammaticis, rerum magis naturam intuentur & sequuntur, id quod in mutuo similiter ita fieri videmus. *l. 2. §. appellata. ff. de reb. cred. §. 1. instit. quasi modore contrahit obligatio.*

Ad Thes. 3. & 5.] Agimus hic pro subiecta materia de iustitia ciuili vel politica particulari, quæ duplex est commutatiua & distributiua vt ex ethicis constat, non de diuina vt Accurs. hic putat. De illa enim in sacris libris agitur. Sed obiicitur. Iustitia non est constans & perpetua voluntas definienda, cum voluntas sæpe contra iustitiam agat vt experientia testatur. Respond. Si iustitia absolute consideratur in sua existentia vel substantia, dicendum est, eam † esse perpetuam & constantem voluntatē iuste agendi, vt & alia virtutes per se constantes sunt: Si consideratur relatiue respectu hominis, qui debuit iustitiam colere, dicimus sæpe fieri, vt quis affectuum vitio à iustitiæ tramite abducatur.

Distinguendum igitur proprium officium & substantia iustitiæ ab vsu, qui aliunde accidententer accedit, quom solutionē nobis præbet Paulus I C r u s *in l. pen. ff. de iust. & iur.* vbi dicit ius etiam dicitur, quando prætor iniuste decernit, relatione, scil. facta, nō ad id quod prætor fecit, sed quod facere eum oportuit. Secundo obiicitur. Ius ciuile est mutabile, *§. sed naturalia. instit. de iur. nat. gen. & ciu.* Ergo nec iustitia vt causa iuris est constans & immutabilis. Resp. ius ciuile sæpe mutatur pro vtilitate & circumstantiis locorum, temporum & similium, retinet tamen iustitiam, ex qua ius ortum est, & summa in eo æquitas versatur, quæ alias summa iniquitas fieret, si idem ius in omnib. personis & in omnib. locis seruaretur. Vna ciuitas aliud ius, altera etiā aliud requirit, cuius exempla multa in toto nostro iure extant. Terrio obiicitur. Nec proximum nec remotum genus hic exprimitur, sed assumitur aliud magis peregrinum. Ergo definitio iustitiæ falsa. Resp. in hac definitione duo illa adiuncta verba, *constans & perpetua,* exprimunt habitum, quæ est constans & perpetua voluntas. Sapienter autem retentum est vocabulum *voluntas,* † vt scil. indicetur in iustitia, vt etiam in omni virtute, requiri voluntatē ad iuste agendū, quæ si semper rectæ rationi obsequitur, sensim transit in habitum & fit inde constans voluntas, & male poneretur tantū vocabulū voluntas nisi duo illa vocabula habitū importatiua ei essent

- ei essent coniuncta. Et tantum de genere definitionis iustitiæ. Sequitur de differentiâ eiusdem, cui multa ex toto nostro iure opponi possunt, quæ tam ex suis locis & materiis facile possunt ad iustitiæ normam reduci; Omnia enim in se habent rationem æquitatis, & non sine euidenti causâ sunt cõstituta. Primum obiicitur tota materia † vscapionum, quæ videtur pugnare cum iustitiâ, cum suum alicui auferat, & faciat aliquem locupletari cū alterius damno, quod iuri naturæ est contrarium. *l. iure natura. ff. de reg. iur.* Resp. Tres sũt præcipuæ rationes, quare vscapionum materia putetur æquissima, & bono publico introducta, vt loquitur ICtus in *l. i. ff. de vsurpat. & vsucap.* Primo vt sit finis litium. Secundo. Ne dominia rerum sint in incerto. §. *1. infr. de vsucap.* Tertio. Vt domini in suis rebus custodiendis reddantur alacriores, de quibus in materia vscapionum latius dicemus. Quod autem in *Novel. 9.* dicitur vscapionem esse impium præsidium, id in fauorem rerum Ecclesiasticarum est constitutum, quæ tam breui tempore non præscribuntur, nec fraudulenter facile alienantur. Secundo obiicitur † vsurarum materia, quæ suum cuique auferre videtur. Resp. Vsuræ iure civili permittuntur *toto tit. ff. C. de vsuris.* Et quamuis aliqui Impp. fuerunt, qui earum cursum prohibuerunt; tamen alii eas in forum reduxerunt, considerantes humanam societatem sine iis facile conseruari non posse, & forte tentari potest, Imperatores mere lucrosas, & tantum propter officium mutationis dandas vsuras non approbasse, sed potius semper velle compenatorias, hoc est, in quibus respectus fiat ad aliquam vtilitatem, quam forte ex ea pecunia sensissemus, si mutuum eam non dedissemus, de quarum æquitate latius videatur Dn. Borchold.
- 9 in *tratt. de vsur. cap. 1.* Vsuræ enim triplices sunt, † lucratoriæ, recompensatoriæ, & permutoriæ, quarum prior species simpliciter censetur illicita & damnata tam sacræ scripturæ autoritate, quam aliis politicis constitutionibus: Permissæ tamen & licitæ censentur duæ posteriores species, tam iure civili politico, quam in re diuino & canonico, de qua re vide Wel. in *l. s. Cod. de ast. emt.* Tertio obiicitur, quod in iudiciis † non sit facienda personarum acceptio. *cap. in iudiciis de reg. iur. in 6.* id quod tamen fieri videtur in *l. i. §. ult. ff. ad l. Cornel. de sicar. l. i. C. eodem.* Et alias sæpe in iure occurrit, grauius puniri sapientes, quam furiosos, seruos quam dominos, adultos quam pupillos, & in inferioris homines gradus, atrocius animaduerti, quàm in homines maioris conditionis. Respond. In hisce similibus militat summa æquitas & iustitia particularis distributiuâ, tutioris ob furorem ignoscitur. *l. congruit 13. §. fin. ff. de offic. præsid.* Pupillis propter imbecillitatem iudicii. *l. i. C. de falsa moneta.* Cum hominibus superioris conditionis ideo clementius agitur, quia quantum alius inferioris gradus in vita vel pœna pecuniaria amittit, tantum diutius in fama, & secundum hoc d. l. sunt intelligendæ & si quæ similes.
- 11 Quarto obiicitur quod liceat † transigere super adulterium. *l. transigere 18. C. de transact.* per quam transactionem videtur dari ansa sceleribus, cum tamen inter sit Reipubl. delicta non manere impunita. Respond. Idideo est receptum ab Impp. quia quilibet quoquo modo potest redimere suum sanguinẽ *l. i. ff. de bonis eorũ qui ante &c.* Quamuis tamen nihilominus id senatus ex nobili officio possit punire, si forte notorium fiat. Translatio enim inter duos vel plures plerunq; in priuatis ædibus fieri solet. Quinto obiicitur *l. in causa. 16. §. idem Pomponius. ff. de minoribus. l. idem si prælio. 22. §. fin. ff. locati.* vbi in pretio emtionis, vendit. locat. conductionis naturaliter licet se circumuenire. Ergo † dolus & machinatio est licita, q̃ tamen est contra iudiciũ Resp. Dolus est duplex. Malus & bonus. Malus dolus est machinatio fraudulenta alterius decipiendi causâ instituta *l. i. §. doli ff. de dolo malo. q̃ a contractib. debet abesse, quosq; reddit nullus l. 7. in pr. ff. de dolo malo.* Bonus dolus est, q̃ fit in re ipsa sine omni animo fraudandi

Hic naturaliter est concessus, hoc est, iure gentium propter usum commerciorum & contractuum bona fide initorum, nec tam facile dirimendorum. Exempli gratia: Aliquis preciosum equum mihi vendit precio exiguiori. Ego do precium. Venditor ignorat equum pluris posse vendi, ego similiter ignoro, hic dolus in ipsa re, id est, equo consistit. Si tamen ultra dimidiam partem iusti precij est lusus, præsumitur dolus & rescinditur contractus ¹³ l. 2. §. l. 8. C. de rescindendo. *Vendit.* Eodem modo responderi solet ad §. *prætere.* *Institut. de rerum diuis.* quia quod per alluvionem accedit agro meo, iure gentium fit meum, cum ut in textu dicitur, non intelligat quis, quantum quouis momento accedat, hoc est, animum lucrandi quis non habeat. Nec huc pertinet illud D. Pauli ex l. ad Thessal. 4. Neminem debere fratrem in negotio circumvenire: Id enim spectat ad iustitiam diuinam, & prohibet animum fraudandi, id quod verbum *πλεονεκτεῖν*, quasi plus habere apud Paulum satis indicat. Sexto opponitur l. *prospexit.* ff. qui & a quib. manum. vbi dicitur durum esse, sed tamen ita legem esse scriptam: Ergo durities, quæ contra legem est approbatur. Respond. Iudex debet sequi legem scriptam & licet dura sit, hoc est, licet fauceat non ad ¹⁴ eo libertati, ut in d. l. *prospexit.* Solius enim Principis est inter aequitatem & rigorem iuris, interpretationem interponere. l. *Iustus.* C. de legibus. Septimo denique obijciitur definitioni iustitiæ, quod sit angustior, cum non contineat in se priora duo iuris præcepta, sed tantum tertium. Respond. Differentia definitionis iustitiæ ἐν πλάτει, hoc est, late accipienda est ut tria præcepta suo ambitu contineat, qui enim honeste viuit, neminem offendit malo exemplo, is suum cuique tribuit, & similiter qui neminem laedit. At tertium præceptum multo strictius accipitur, ut contineat saltem in se ea, quæ extra duo priora relinquuntur. Et quidem primum præceptum & requirit honestatem in verbis, gestibus, ¹⁵ operibus. Secundum prohibet læsionem aliorum & sui ipsius corporis vel famæ. Tertium omnia ea, quæ extra hæc relinquuntur, puta contractus, negotiationes, &c. comprehenditur, & sic facile reliqua contraria reconciliantur.

Ad Thesin 4.] Ius ars boni & æqui est, ut refert Vlp. l. Ctus ex Cello in l. 1. ff. de iustis. & iur. Illud sub hac definitione Iurisprudentiæ ab eodem Vlpiano aliter definitur in l. 10. §. ult. ff. de iustis. & iur. Et in d. l. 1. Vlpian. saltem refert Celsi definitionem consensam, nec forte prolixiorē dare vult in libris Institutionum, unde illa lex est desumpta, ut inscriptio indicat. In libris enim Institut. omnia leui via sunt proponenda, ut Imp. suadet in §. his igitur. Institut. de iustis. & iur. Post tamen in lib. 1. regulariter, prolixiorē iuris definitionem tradere voluit sub nomine Iurisprudentiæ, quæ tamen idem vult, quod brevis illa Celsi. Nam & per *artem boni*, intelligit ius publicum. Per *artem æqui*, ius priuatum. ¹⁶ Ita per illa verba: *notitia rerum diuinarum*, ius publicum: Per illa verba: *notitia rerum humanarum*, ius priuatum intelligitur, quorum utrumque scientiam iusti atque iniusti in se continet. Hoc etiam animaduertens Iustin. Rubricam tit. de iustis. & iur. voluit concipi, cum tamen ius non definiat, sed Iurisprudentiam quod forte argumentum magnū suppeditat, ius & Iurisprudentiam vnum idemque esse, id quod etiam Wesenb. in paratit. num. 14. §. addit. de iustis. & iur. placet. Non igitur valet argumentum, quod obijciitur, definitiones diuersas & definita diuersa vnum idemque esse non posse, cum iam definitiones hæc explicatæ sint eadem, quamuis in diuersis libris etiam ab Vlpiano sint propositæ. Non obstat quod obijciitur, scientiam, notitiam & artem plurimum differre. Scientia enim & notitia *θεωρίαν* respiciunt. Ars praxin; quia hæc à Icto Vlp. in d. l. 1. ff. eod. & ¹⁷ confunduntur, id quod inde apparet, dum dicit Ictos profiteri notitiam boni & æqui, et tamen artem proficantur: Et quod ante ex Cello, artem boni & æqui appellauit, statim

in illa ipsa lege, notitiam iusti atque iniusti appellat, quamvis Philosophi hæc distinguant. Denique non obstat, quod dicunt, finita cum infinitis confundi; Scientia enim est infinita; Ars certis præceptis finita, quia ut ante dixi, hæc confunduntur à Icto Cuiac.

lib. 1. obser. c. 28.

- 18 *Ad Thesin 6. & 7.]* Ius † duplex statuimus, cum Imp. Cui assertioni obiicitur *l. 6. inter. 23. in princ. C. de Sacrosanct. Eccles.* Et Quintil. *lib. 2. orat. Instit.* ubi triplex ius constituitur, diuinum vel sacrum, publicum & priuatum. Respond. Ius diuinum vel sacrum pertinet ad ius publicum. Ius enim publicum vel in sacris, vt pote sacerdotibus, vel in Magistratibus consistit, teste Vlpian. *in d. l. 1. §. huius. Institut. de iustit. & iur.* & Imp. Iustin.
- 19 omisso iure publico, in Institut. de iure † priuato potissimum agit. Cui obiicitur *§. nullius, de rerum diuisione. §. 1. de inutilibus stipulationibus.* ubi fit mentio rerum publicarum & sacrarum. Ergo de publico iure hic agit. Resp. Res sacræ per se ad ius publicum pertinent, sed quia in diuisionem rerum priuatarum non veniunt, nec vendi aut distrahi possunt, ideo earum interdum in Institut. fit mentio. Eodem modo non obstat *tot. tit. de public. iudic.* Quia publica † iudicia ad coercitationem priuatorum spectant, & omnibus priuatis utile est delicta puniri, quamvis à publica pendeant autoritate. *l. 3. ff. qui testamenta facere possunt.* Nec alicui priuato permissum, iuri publico testandi quid derogare. *l. testandi. 13. C. de testamentis.* Potissimum tamen testamentum priuatorum utilitatem concernit: Eodem modo tutela publicum munus dicitur. *§. 2. de excusat. tutor. vel curator.* scilicet autoritate, quamvis præcipue utilitate sit munus priuatum. Sic sæpe Reipubl. quid vtile est. *§. sed & maior. de his qui sui, &c. §. 1. de & sup. cap.* quod tamen priuatis maxime est utile; manet ergo verum Iustinian. de iure priuato in Institutionibus agere.

Ad Thesin 8.] Valde Rodolph. Agricol. *lib. 2. Instit. Dialect.* accusat Iustin. & Vlp. quod affirmant ius duntaxat priuatum ex hisce tribus iuribus esse collectum. Quasi vero ius publicum inde non sit collectum, cum vnus inclusio sit alterius exclusio, sed nos affirmamus Imp. id necesse non habuisse exprimere de iure publico, cum de eo iure in Institut. nihil veller tractare, alias certum est, ius etiam publicum ex hisce tribus iuribus esse collectum, & ad publicam utilitatem Romanæ ciuitatis esse translatum, quemadmodum ius priuatum collectum, ad utilitatem ciuium Romanorum est deductum: atq; ita Vlpian. *in d. l. 1.* est quoque intelligendus, quamvis nec is id exprimat cum nec in libris Institut. vnde illa lex est desumpta, de iure publico esset acturus. Alii tamen volunt ius publicum non esse collectum ex † præceptis naturalibus gentium & ciuilibus, quia Romani potius habuerunt Imperium in alios populos, quam alii populi in Romanos, sed hæc ratio est insufficiens, quia hoc non est factum ratione Imperii & dominationis: sed quia viderunt Romani id æquum esse & iustum, quod aliæ ciuitates haberent, & dignum quod ad publicam utilitatem traheretur. Videatur de hisce glossa in *§. fin. de iustit. & iur.*

- Ad Thesin 9.]* Denifinitur hic ius à Iustin. quatenus est commune hominibus cum animantibus omnibus, & respectu huius iuris, homo non vt homo, sed vt animal consideratur. Non autem proprie ius tribuitur animantibus brutis, quia animam rationalem sedem iuris non habent, & ideo *διχην ἔκ ἐστν ἐκ αὐτοῖς*, vt Hesiod. loquitur, sed *κατὰ*
- 22 *χρηστικῶς* † dicimus ius cadere in animantia bruta, quatenus scil. consideramus naturæ admonitionem, impulsus & motum, quo omnia animatia ad quid agendum rapiuntur. Videmus enim simulachra quædam esse in bestiis ad similitudinem hominum, & sane nos

ab ani-

ab animantibus brutis discimus, quid sit ius naturale. Cic. lib. 1. *Offic. in princ.* quamuis tamen in hominum temperamentum aliquid rationibus adhibetur. Cessat igitur criminatio Vallæ lib. 1. *Elegant. c. 48.* ubi hanc definitionem putat ridiculam, cum ius non cadat in bruta, quia appetitus solus consideratur coeundi, se defendendi, &c. seposita quasi ratione, nec infrequens est Ictis populariter & crasso more rem explicare. Denique non obstat. §. *pauperes. si quadrup. pauperes. sec. dic. in l. 1. §. pauperes. ff. eod.* ubi dicitur iniuriam non cadere in bestias. Ergo non ius. Quia hoc de vera & rationabili est intelligendum, alias ¶ improprie iniuriam faciunt respectu naturalis impulsus se defendendi. Secundo non obstat §. *Urim. de iur. natur. gent. & civil. §. l. 2. ff. de statu hominum.* ubi dicitur, hominum gratia ius esse constitutum. Ergo non bestiarum. Respond. Imperat. iuris naturalis hic ideo facit mentionem, ut ostendat, quomodo homines ad similitudinem animantium brutorum quid agant, id est, coeant, vel se defendant. Alias enim ferarum sit mentio in §. *fera. de rerum diuis. & in tit. ff. de institut. si quadrupes, &c. in tit. ad legem Aquilianam.* scilicet quatenus in dominium nostrum perueniant, & quatenus ob lationem animalis petimus restitutionem & damni nostri restitutionem. Tertio non obstat, quod matrimonium non sit iuris gentium. §. *1. & tot. tit. de nupt.* Ergo & coniunctio naturalis. Respond. Quia diuerso respectu ¶ coniunctio maris & feminae diuersi est iuris. Quo ad primam institutionem, est iuris diuini, quo ad naturales inclinationes, quæ ad coeundum in omnibus pariter conspiciuntur animantibus, dicimus eam esse ex iure naturali, quo ad consensum, ex iure gentium: id quod Imper. Iustin. in §. *1. de iur. natur. gent. & civil.* indicat. Quando dicit de coniunctione quam Nos, scilicet homines vel gentes, matrimonium appellamus, quod alias est coniunctio tantum, quo ad ius naturale, quo ad solennitates est iuris ciuilis. d. §. *1. de nupt.* quo ad benedictionem in templo iuris Canonici. Quarto non obstat, bella esse defensionibus, & tamen non esse ex iure naturali, sed gentium. Respond. Bella geruntur ab hominibus tantum, suntque ¶ ex iure gentium, quod necessitas introduxit, quia alias potentioribus nemo resistere posuit. Defensio autem in iure naturali ex ipsa naturæ admonitione deducitur, & ita defensio pro varietate iurium est varia. Iure naturali omnibus animalibus est tributa tam brutis, quam hominibus. Iure gentium soli homini tributa, quando vim vi licite repellit, iure gentium ratiocinationis homini tributa, quando bellis propulsat iniuriam. Sed l. *3. ff. de iustit. & iur.* ad solos homines spectat, quod ratio dicit. l. ostendit, quod etiam Aristoteles lib. 1. *Politie.* affirmat, c. 3. seruitutem ex natura trahere originem, id de imbecillitate hominis, quem alieno consilio regi oportet, est accipiendum. Denique l. *omnes populi. §. non obstat, & l. penult. ff. de iust. & iur.* ubi ius saltem in ius gentium & ciuile diuiditur omissio iure naturali, quod tamen Vlp. in l. *1. eiusdem tit.* agnoscit. Quia Caius & Paulus in d. l. ius hominibus inter se commune tantum diuidunt, Ictus Vlp. ius etiam commune hominibus cum bestiis diuidit.

Ad Thef. 10 & seq.] Ius gentium dicitur quasi ius hominum, non omnium animalium, in quo iure dominatur ratio. Est autem generaliter loquendo Ius gentium: quo gentes humanæ vtuntur, & huic definitioni conuenit tam ius gentium rationis, quam ius gentium ratiocinationis, sed ius gentium rationis ¶ sola ratio principaliter introduxit. Ius autem gentium ratiocinationis principaliter introduxit vltus & necessitas, in consequentiam rationabilis, qua homines omnia agunt & perficiunt, & quamuis huc accommodari possent illæ locutiones, ius primum & secundarium, tamen quia sunt odiosæ & Plutonis familia dignæ, vt loquitur Corasius lib. 5. *Miscellaneæ cap. 5. Urim.* vitare eas possumus, cum habeamus ex legibus, quomodo hæc res sit explicanda.

Et quidem pro intellectu *l. 1. 2. 3. 4. & 5. ff. de iustit. & iur. tenendum est in §. fin. d. l. 1. propositum* ni ius gent. eodem modo, quo nos definimus *in thesio*. Deinde in *d. l. 2.* duo proponuntur exempla iuris gent. quod naturalis ratio principaliter inter homines constituit. Tertium exemplum proponitur in *d. l. 3.* eamque legem tantum de hominibus esse intelligendam tota ipsa lex indicat, quæ hominum tantum mentionem facit. Nec habet locum sententia eorum, qui dicunt *d. l. 1.* disunctim debere legi, & vim atque iniuriam, putantes, vocabulum *vis*, referri ad ius naturale, quod natura omnia animalia docuit; Vocabulum vero iniuriæ ad solos homines: id enim ordo non patitur & ipsa lex. Ergo coniunctim hæc duo ad homines referimus, non negantes animantia bruta etiam vim propulsare, quando se defendunt, id quod *in thesio*. affirmamus. Deinde in *d. l. 4. & 5. ff. de iustit. & iur.* proponuntur exempla iuris gentium, quod necessitas introduxit, & hoc ostendit. Cuius satis in *d. l. 4. in pr.* vbi habet sic: *Manumissiones quoque ex iure gent. sunt.* Nota particulam, *quoque*, quia indicatur, & aliud esse ius gent. quo homines vtuntur, quod tamen non sit idem cum eo iure gentium, cuius exempla in *d. l. 2. & d. l. 3.* proponuntur. Ergo ipse Iustus satis euidenter in II. distinguit inter ius gent. rationis & ratiocinationis. Et Imp. Iustin. in §. *ius autem gent. de iur. natur. gent. & civil.* postquam dixerat de iure gent. rationis, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit. Ita dicit: *Ius autem gentium:* Nota particulam **AUTEM** aduersatiuum, qua ostendit se aduersam † speciem superiori subiacere, scil. ius gent. ratiocinationis. Conueniunt enim species cum toto, quia utraq; species ad homines pertinet, sed inter se species hæc dissident.

28 *Ad Thesin 12.*] Affirmatur ibi ius naturale esse: † immutabile, cui obstat *l. c. in pr. ff. de iust. & iur.* vbi dicitur quod interdum ius civile mutet ius naturale. Sic obstat §. *quod autem. Instit. de cap. dimmut.* vbi cognatio, quæ iuris est naturalis per ius civile, hoc est, maximam vel mediam capitis diminutionem tollitur, cum tamen certum sit iura sanguinis nullo iure civili dirimi posse *l. iura sanguinis ff. de regul. iur.* Respond. ex Aristotele *lib. 5. Ethic. c. 10.* Ius naturale in sua idea, in suo esse, vel in sua existencia, vel genere absolute esse immutabile, & nulla ratione tolli: sed relaxari scil. relatum ad certas species, ad certa loca, ad certas materias, ex euidenti ratione sæpe mutari, non autem tolli, vel vt vulgata est solutio, effectus iuris naturalis tantum impeditur: Ius autem naturale non tollitur, quemadmodum videmus radios solares obiectis nubibus sæpe impediri non tamen tolli: & sic omnibus contrariis vna solutione satisfieri putamus, quam solutionem etiam suppedit Imp. Iustin. in §. *ult. de legit. agnat. tutela.* vbi dicit: *Ciuiilia iura ciuilibus ratio potest corrumpere, naturalis non vtique.* Notandæ sunt voces, **NON VTIQUE**, quæ aliquam mutationem concedunt iuris naturalis, quas Theophil. explicat per verba: *ἢ πάντως* hoc est, non omnino, quasi tamen interdum mutetur, hoc est, effectus iuris naturalis impediatur.

29 *Ad Thesin 13. & 14.*] Scriptura de substantia iuris scripti † non est, sed consensus & quidem expressus & tacitus consensus, est de substantia iuris non scripti. *l. sed & ea. 35. ff. de legib.* Quamuis in §. *& non ineleganter. de iure natur. gent. & civil.* memoria opponatur scripturæ, cum inde statim argui non debet scripturam de substantia iuris scripti esse, **30** cum certum sit potissimum ius scriptum in scriptura consistere † diuturnitatis gratia, vnde ita appellatur *argumento l. 3. 4. 5. de legib.*

31 *Ad Thesin 15.*] Affirmatur ibi † sex esse iuris scripti species. Cui valde obstat *l. pen. ff. de legib.* vbi dicitur omne ius aut consensus facit, aut necessitas constituit, aut firmauit consuetudo. Ergo iuris scripti duæ saltem sunt species & non sex, scil. consensus & necessitas.

fitas. Respon. Ictus Modestini. *in d.l. penult.* totum ius scriptum & non scriptum diuidit, & quidem affirmat scriptum ius aut consensum facere aut necessitatem constituere. Sed omnes species iuris scripti complectitur, quod ita explicandum, † legem consensus populi rogati facit, *l. 2. ff. de orig. iur. §. lex. de iure nat. gent. & civil.* Similiter consensus plebis fecit plebiscitum, *d. l. 2. §. plebiscitum. de iur. nat. gent. & civil.* Necessitas constituit SCta, *d. l. 2. §. deinde ff. de orig. iur. §. SCrum. de iur. nat. gent. & civil.* vbi necessitati causa additur. Deinde prætorum edicta aucta iam ciuitate, de certis rebus, vtilitatem ciuitatis Romanæ decernentibus, sunt apposita, quibus prætores ius ciuile adiuerunt, suppleuerunt & correxerunt *l. ius autem §. fin. ff. de instut. §. iur. §. 1. de bonor. posses.* Ego prætorum quoque edicta necessitas introduxit. Deinde quia melius erat per vnum quam per plures imperium administrari. *argumento l. 3. §. apparet ff. de administr. & periculo tut.* Necessitate suadente in Principem Imperium est translatum, *§. sed & quod Principi de iur. nat. gent. & civil.* Denique quia Principes ex necessitate indigebant consiliariis, adhærebant prudentes, quorum consilio vterentur, & regna sua administrarent, inde sunt nata responsa prudentum, atque ita Iustin. cum Modestini. conuenit. Deinde obicitur *l. ius autem ciuile. 7. in princ. ff. de instut. §. iur.* vbi saltem quinque species referuntur. Resp. Cuiac. *lib. 4. obser. c. 16. in princ.* affirmat in *§. seq. eiusdem legis*, sextam addi speciem, scilicet ius prætorum: namque ideo seiungi a prioribus vt rectius describatur & definiatur. Et tum dici potest *in princ. d. l. 7.* vocem iuris ciuillis accipi, vt prætorium ius ab eo separaretur, sicuti alias fecernuntur in *§. 1. Institut. de oblig.* vbi obligationes alia sunt ciuiles alia prætoria. Item *in §. sed ista. Institut. de act.* vbi actiones sunt ciuiles & prætoria. Porro obicitur, *l. 1. in fin. ff. ex quib. causis maiores, &c.* vbi quinque species referuntur. Resp. Responsa prudentum omittuntur, sed sub decretis Principum ea contineri dicimus, cum Constitutiones Principum à prudentibus sint scriptæ.

Ad Thesin 16. & vlt.] Quæstio magna est de consuetudine, quot actus ad eam confirmandam requirantur, deinde quot annis consuetudini præscribatur. Actus in dubio ad minimum † duo sufficiunt, *argumento l. vbi 12. ff. de rescriptis.* Cum etiam pluralis numerus duorum numero sit contentus, *cap. pluralis. de regul. iur. in 6.* Et hic pluritas actuum indefinita requiritur. *l. 1. C. qua sit long. consuetudo. l. 3. C. de adific. priuat.* Vnde iudicis arbitrio relinquitur, vt is pro facti qualitate actus etiam plures exigat, cum quæstio facti sit, quæ iudicis arbitrio relinquitur *l. mora. 32. ff. de vsuris.* Deinde legitimum tempus, ad præscriptionem requiritur, & quidem † longum tempus, vt in rubrica *d. tit. 34. C. qua sit long. consuetudo, §. ritul. ff. de legib. SC. §. long. consuetud. l. sed &. 35. ff. de legib.* Et longum tempus decem annis concludi hic videtur. *§. 1. Institut. de vsucap. tot. tit. C. de longi temporis præscript. 10. vel 20. annor.* & cum consuetudo res immobilis sit *l. 2. C. de seruitut.* & inter præsentis fiat, decem anni sufficere videntur. Porro dicitur diuturnum tempus ad consuetudinem requiri *l. diuturna. 33. ff. de ll.* Et inueteratum *d. l. de quibus. §. inueterat. ff. de ll.* Vnde rectius videtur dicendum indefinitum tempus esse relictum iudici æstimandum, quot iam anni ad consuetudinem sufficiant, pro facti qualitate, & causarum diuersitate, cum similiter quæstio facti sit non definita, & iudicis arbitrio relinquenda. *d. l. mora.* Recte ergo dicimus tempus præscriptionis consuetudinis iudicis arbitrio committi, & vel 10. vel 20. vel 30. annorum spatio terminari posse, pro causarum diuersitate.

Ad Corollarium.] Vide etiam Schneidvvin. *in Institut. tit. de ad. §. quadam. num. 24.* item Nicol. Reufnerum *lib. 2. Consultat. quæst. 8. num. 14.* Et Chilian. *in præf. cap. 133.* Quæstio: An

stio: An sumtus in liberorū studia à patre viuo vtiliter facti in diuisione hereditatis mortuo parente ꝑ conferantur an non? Respond. Controversum hoc est, aliqui sunt in ea sententia, quod veniant in collationem sumtus, si eos credendi animo pater dederit, & in rationes vel Registrum retulit, qua in sententia est Schneidvv. in §. *item si inter. Iustit. de ablig. qua quasi ex contract. nasc.* conanturque illam sententiam probare ex l. *qua pater. 50. ff. famil. hercund.* vbi dicitur, quæ pater filio emancipato studiorum causa peregre agenti subministravit, si non credendi animo pater misisse fuerit probatus, sed pietate debita ductus, compensari id æquitas non patitur, hoc est, iustitia, quæ ius artem æqui & boni producit, non patitur id fieri. Hic claris verbis affirmatur ab Vlp. credendi animum esse inspicendum. Sequitur igitur, si credendi animo fiant sumtus illos venire in collatione. Id similiter videtur velle Iustin. Imper. in Nov. 18. *de triente & semisse. c. 6.* vbi affirmat, nisi expresse designauerit, ne veniāt in collationem ea, quæ data sunt, collationem locum habere. Sed hac sententia non obstante, verius est dicere sumtus in studia vtiliter factos non ꝑ conferri, quamuis id pater forte in rationes retulisset. Eaque ratio Ethica summa est, quia iustitia vult parentes alere liberos, id sit si sumtus necessarios ad liberorum studia præbeant, quam rationem ex Ethica ius civile assumit in d. l. *qua pater. 50. ff. famil. hercund.* quæ sane lex hanc sententiam plus quam priorem probat. Loquitur enim de filio emancipato: nos in posteriori sententia de iis, qui adhuc in potestate parentum existunt, cum & emancipatio nunc non adeo expresse attendatur. Et fauore studiorum recte dicimus à contrario sensu ex d. l. *qua pater.* si suus sit filius, quamuis credendi animo pater mittat, æquitatem tamen postulare, ne illa in computationem veniant quæ mittit. In eum enim qui adhuc est in potestate præsumitur ꝑ maiorem esse affectum patris, quam in eum qui est emancipatus, cum emancipatus mutet familiam, minimam capitis diminutionem patiendo, §. *minima. Instit. de capit. dimin.* Item cum emancipatus filius de iure civili filius non sit, legis successione non gaudeat, nec suus heres sit. §. *emancipatus Instit. de heredit. qua ab intest. defer. §. emancipatos. Instit. de exhered. liber.* Quamuis vnde L. 1. §. 1. Possessio bonorum ex æquitate prætoris iis tribuatur, vt d. locis videre est. Si ergo probati potest credendi animo id esse datum filio emancipato, facilius præsumitur, id patrem egisse, vt repeteret pecuniam. Si autem filius adhuc esset in potestate, præsumtio illa facile locum habere non potest, sed semper statuendum est, patrem ex singulari studiorum amore & pietate debita ei id donasse, quamuis de eo registrum fecerit. Hoc enim non repetendi animo vtiliter infumta præsumitur fecisse, sed illa annotatione ad maiorem diligentiam filium excitandi. Mortuo igitur patre quamuis exter registrum: tamen remissum id omne dicimus, nec in collationem quicquam venire, modo tamen vtiliter sit impensum, quia paterni nominis pietas pro liberis consilium capit. l. *nec ex. 22. §. ibi. ff. ad legem Iuliam de adulter.* & natura debetur liberis parentum hereditas, & sic illa fauore studiorum suppeditata. l. *nam & is. in princip. ff. de inoffic. testamento. l. 7. in princip. ff. de bon. damnat.*

Deinde probatur hoc per l. 1. §. *nec ex strense. cum sequent. ff. de collat.* vbi dicitur castrense vel quasi castrense peculium non venire in collationem, & inter ꝑ quasi castrensia sumtus studiorum causa dati referuntur. Idem probatur etiam per l. 1. c. *de peric. success. parent. lib. 10.* vbi onus erogationis ad honores promissæ à patre filio est commune cum heredibus. Cui accedit quod pater filium tenetur alere, alias videtur eum necare, l. *necare. 4. ff. de agnoscend. & alend. liber.* Alit autem qui largitur gratis sumtus ad studia. Nam mercedes præceptorum, vt alia studiorum necessaria, alimentis continentur l. *ius 3. §. ante penult. ff. vbi pupillus educari vel commorari debeat.*

Porro & hoc etiam venit considerandum, quod † studiosorum alias magna sint privilegia, dum per eos totus illuminatur mundus, ideoque eorum quilibet miseretur, qui studiosorum gratia peregrinantur. Merito igitur pater liberorum miseretur, ut Imper. Frideric. in *Angel habita. C. ne filius pro patre*. elegantissime descripsit. Merito & hoc gaudeat beneficio filius ne ad collationem urgeatur filius patre mortuo ex annotatis quibusdam sumptibus à patre, modo tamen eos utiliter locavit. Porro etiam † mater non potest repetere alimenta, quæ pietate cogente filio præstitit. *l. Nescimus Apollinaris. 34. ff. de negot. gest.* & probatur etiam per *l. Olim. ff. de petis. heredit.* ubi pater fecit arrogationem in honorem filii, & filius eam retinet. Sic in *l. frater à fratre. 38. §. quasitum est. ff. de condic. indebiti*, dicitur: Si pater filio crediderit quid, isque emancipatus soluat, non repetit pater. Ergo & non repetit eo casu quando filius est emancipatus, non repetit etiam in hoc casu favore studiosorum, præsertim cum hic filium in potestate existentem intelligamus.

Denique odia sunt restringenda & fauores ampliandi. *cap. odia. de regul. iur. in 6.* Et odiosum est filium reddere pecuniam patri, vel eam venire in collationem. Favorabile autem est filium, eam pecuniam in studiosorum utilitatem versam lucrari. Similiter nulla licet inter patrem & filium esse potest *l. lis nulla. ff. de iudic.* Et sic manet verum sumtus utiliter collatos in studia filii in collationem non venire, idque Chilianus König in *practic. sua cap. 133. num. 5.* simpliciter affirmat, & Welenb. in *titul. de collat. dos. §. in titul. famil. hereditand.*

In causa autem quando filius non est diligens, & † male collocat sumtus, si forte est heluo, scortator, & studia non curat, compelli potest ad collationem, cum eo casu studio sit nomē non mereatur. Ad contraria etiam facile est respondere, Obstat huic sententiæ *dict. l. qua pater. §. 50. ff. famil. hereditand.* Respond. Illa de emancipato filio loquitur non de suo qui adhuc est in potestate, de quo nos loquimur, ut ante satis dictum fuit.

Secundo obiicitur *d. l. lis nulla. ff. de iudic.* ubi castrense peculium excipitur. Ergo & quasi castrense excipitur, cum neutrum in collationem veniat. *d. l. 1. §. nec castrense. ff. de collat.* Respond. In casu nostro sola pietatis ratio studiosorum causa id operatur, quæ ibi forte non militat.

Tertio obiicitur *d. Nov. 18. cap. 6.* ubi dicitur, quod si semper designaverit non fieri designationem, procedere semper collationem. Respond. Loquitur illa Nov. in eo casu, quando quid donatum est filio sorte à patre simpliciter, non ob causam studiosorum. Et hanc solutionem gl. habet in *d. l. qua pater. 50. in verb. comprobatus*, quam sequitur Pacius ad *d. l. qua pater*. ubi affirmat eam solutionem plurium consensu esse approbatam.

Quarto obiicitur, quod filius reneatur conferre militiam *l. illud penult. in princip. C. de collat.* cum tamen alio in loco, ut ante dictum est ex *l. 1. §. nec castrense, cum sequens. ff. de collat.* dicatur castrensis & quasi castrensis non conferri. Si igitur nouo iure conferuntur castrensis, & per consequens quasi castrensis conferuntur. Respond. Olim emebatur dignitas *l. Olim. Cod. de pignoribus*. Sed ex Cuiac. *lib. 3. obser. cap. 30.* distinguendum inter dignitates & militiam. Pecunia data filio pro consequendo honore & dignitate non conferitur, pro militia adipiscenda conferitur. Et militia † aliud est quam peculium castrense. Nam in *l. Olim. Cod. de collat.* inquit Iustinianus Imperator, quod castrense peculium non conferatur. Et in *dict. l. 1. §. nec castrense. in l. penult. C. de collat.* idem dicit militiam conferri: Ergo sibi non est contrarius Iustin. in continendis duabus legibus, sed in *dict. l.* illud quod superest deducto onere tantum in militia conferre putat. Denique obiicitur *l. esse filium. 15. ff. de munusibus & honoribus*. ubi onus ad coheredes

non pertinet. Resp. Ibi impendit quid in honorem post mortem patris, illud venit in collationem, quod supra posuimus, viuo patre, notat gl. in d.l. *qua pater. in Verb. comprobatus.* & tantum de hac quaestione, de qua consule & Hartman. Pistor. lib. 1. *quast. iur. quast. 19. per*
 43 *tot.* Sumtus tamen in honesto literarum otio versanti post patris obitum ex communibus suppeditati bonis conferuntur, cum fratres statim ad cœpta studia absoluenta sumtus suppeditare non cogantur. Sichard. *ad l. si familia. 14. C. famil. hercisc.* Schneidvv. *ad §. quadam. n. 54. Instit. de ac.* Alias alimentorum nomine non tenetur ad collationem. *l. qua pater. 50. ff. famil. hercisc. l. alimenta. 11. l. si paterno. 15. C. de negot. gest.* Quod idem in libris à patre filio traditis obtinet. *argum. l. 1. C. de castr. pecul.* Erudite Menoch. *de arbitr. iudic. quast. lib. 2. casu 131.* Iacob. Toming. *in illustr. quast. c. 32. per tot.* Item quæ collata sunt in honorem Doctoralem. *l. 1. §. sed & id. de collat. bonor.* Costal. *in l. qua pater. ff. famil. hercisc.* Cuiac. *obf. 30. lib. 3.*

DISPUTATIO II.

Ex tit. 3. 4. 5. 6. 7. & 8. lib. 1. Institutionum desumpta,
 de iure personarum, &c.

CONTINUATIO.

Subiecta totius iuris ciuilibis tria sunt: Personæ, res & actiones. *in princip.*
Instit. de iur. person.

Thesis 1. Ius personarum est conditio siue status, quo quisq; hominum vel libertatis vel seruitutis ius sibi asserit. *tot. tit. ff. de statu homin.*

2 Summa personarum diuisio est, quod omnes homines aut liberi sunt, aut serui. *in princ. Instit. de iur. person. l. 3. ff. de statu homin.*

3 Libertas est naturalis facultas libere viuendi secundum leges iuris naturalis, gentium & ciuilibis: Seruitus vero est constitutio iuris gentium, qua quis alieno dominio contra naturam subiicitur. *l. 4. ff. de statu homin. §. 1. & 2. Instit. de iur. person.*

4 Serui à seruando dicti, aut nascuntur ex ancillis, aut fiunt: & quidem aut iure gentium ex captiuitate, vel iure ciuili per venditionem sui ipsius. *§. 4. Instit. hoc tit. l. 5. ff. eod. tit.*

5 Conditio tamen omnium seruorum vna & eadem est, licet variæ sint functiones, quia omnes simul sunt in potestate dominoꝝ, siue facti sint serui, siue nati. *§. fin. Instit. h. tit. l. 4. §. 1. & l. 5. §. 1. ff. de statu homin.*

6 Liberi aut sunt ingenui aut libertini. *§. fin. Instit. de iur. person.* Ingenui sunt, qui statim vt nati sunt liberi sunt. *in pr. Instit. de ingen. l. 5. §. 2. ff. de stat. hom.*

7 Libertini sunt, qui ex iusta seruitute à domino manumissi sunt: hinc differunt inter se liberi & libertini. *l. 6. ff. de stat. hom. in prin. Instit. de libertin.*

8 Manumissio est de manu datio, vel est datio libertatis, quæ iure gent. secundario est introducta. *in princ. Instit. de libertin. l. 4. ff. de instit. & iur.*

9 Libertinorum tria sunt genera: Romani Latini & Dedititii. §. *fin. institut. de libertin.*

10 Facultas manumittendi non omnib. est concessa: is enim, qui in fraudem creditorum manumittit, prohibetur, nisi quis herede carens, seuuum suum sine vel cum libertate institueret heredem testamento, licet soluendo non sit. §. 1. & 2. *institut. quib. ex caus. manumitt. non liceat.*

11 In fraudem vero creditorum manumittit, qui vel tempore manumissionis soluendo non est, vel datis libertatibus desiturus est soluendo, animumque fraudandi habet. §. 3. & 4. *institut. hoc tit.*

12 Denique minoribus manumissio interdicta erat per legem Aeliam Sentiam, quod tamen à Iustiniano correctum est, ut is, qui 18. annum attigerit, manumittere possit. §. *pen. & ult. instit. d. tit.*

13 Vnde personæ quædam sunt sui iuris, quædam alieni iuris: & personæ alieni iuris aut sunt in dominica potestate, ut serui: aut in potestate parentum, ut filii. §. 1. *institut. de his qui sunt sui vel alien. iur.* §. 1. *institut. de patr. potest.*

14 Dominica potestas est ius, quod dominus habet in seruos suos, iure gentium initio introductum: postea vero iure ciuili à Iustiniano informatum. §. *fin. institut. de his qui sunt sui vel alien. iur.*

15 Hinc demum quæritur: Anhi qui ad ecclesias & asyla confugiunt, propter perpetrata scelera inde extrahi debeant, nec ne? Mynsing. in §. *fin. nu. 1. & 2. institut. hoc tit.*

DISPUTATIONIS II.

De iure personarum, obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 Iuris totius obiecta quot sint.
- 2 Rei vocabulum quid significet.
- 3 Persona an sint obiectum iuris.
- 4 Personarum diuisio summa & prima qua sit.
- 5 Masculorum & fœminarum cur in iure & legibus interdum mentio fiat.
- 6 Hermaphroditus an sit liber vel seruus.
- 7 Statu liber, quomodo seruus sit & quando liber.
- 8 Affectititii & coloni, an liberi sint an vero serui.
- 9 Censu tantum serui sunt.
- 10 Libertas & seruitus quid sint.
- 11 Libertas & seruitus quomodo differant.
- 22 Serui similes sunt mortuis.
- 13 Seruitus quomodo dicatur esse ex iure gentium.
- 14 Serui an semper sint alterius domino subiecti.

- 15 *Liberi hominis nulla est estimatio.*
- 16 *Servi an recte à seruando dicantur.*
- 17 *Emtio liberi hominis an valeat.*
- 18 *Servorum omnium eadem est conditio.*
- 19 *Servus veteranus cur sic dicatur.*
- 20 *Servus publicus cur possit facere testamentum, quod alii servi non possunt.*
- 21 *Ingenus qui sint.*
- 22 *Libertatem partui quid communicet.*
- 23 *Liberti & libertini quomodo differant.*
- 24 *Liberti & libertini qui sint.*
- 25 *Manumissio servis, emancipatio liberis hominibus competit.*
- 26 *Libertini an ex Iust. constitutione sint ciues Romani facti.*
- 27 *Libertini ipsa manumissione fiunt ingenui.*
- 28 *Manumissio in fraudem creditorum facta, de iure nulla est.*
- 29 *Libertas quotuplex sit.*
- 30 *Vxor an sit in potestate mariti.*
- 31 *Matrimoniorum tria genera apud Romanos.*
- 32 *Mariti dominium non in atrocitate, sed in pietate consistere debet.*
- 33 *Vxor etiam post matrimonium manet in potestate patris.*
- 34 *Scelus perpetrantes ad asylum frustra confugiunt.*

I **O**BIECTA totius iuris tria sunt : † Personæ; Res & actiones. Circa quæ totum versatur ius nostrum, & illorum methodica explicatione totus institutionum liber absolvitur; in quo de personis primo loco agitur; deinde de rebus : tertio loco de actionibus. Personis enim ius redditur, & ius redditur de rebus. Et deinde ius redditur per actiones. Sed obiicitur, *l. rei appellatio c. l. rei appellatione. ff. de Verb. signif.* in quibus ll. dicitur, rei appellatione omnia illa venire, quæ sunt in patrimonio & extra patrimoniū nostrū, similiter rei appellatione venire corpora & iura. Ergo & personæ quæ corpora sunt §. *1. de rebus corpor. & incorp.* Et actiones, quæ in natura sunt, §. *1. de act.* sub rei vocabulo continentur, & per consequens male personæ & actiones exprimentur, cum rei vocabulum sufficeret. Resp. Vocabulum rei † latissime acceptum omnia, quæ in bonis & extra bona sunt continet, quo sensu dd. leges accipiendæ sunt. Strictius tamen acceptum tantum res illas continet, quæ extra personas & actiones relinquuntur, vt hoc loco. Deinde obiicitur *lex vlt. ff. de ll.* vbi dicitur, totum ius versari circa acquisitionem, conservationem & diminutionem. Resp. Vlp. (vt ostendit inscriptio) ibi tantum de rebus agit, non de personis vel actionibus, idcirco duntaxat refert quomodo res acquirantur, cōseruentur & minuantur, de quo Wesembec. *in parat. ff. de ll. num. 6.* agit. Denique obiicitur personas esse 3 circumstantias. Ergo non obiectum † iuris. Resp. apud Logicos inter circumstantias referuntur, apud Ictos inter obiecta iuris.

† *Ad Thef. 2.]* Affirmat Imp. Iustin. † summam personarum diuisionem esse, quod homines sint liberi aut serui, quam diuisionem Theophilus *πρώτως* vocat, id est, primam. Sed obiicitur quod summa diuisio sit in mares & scæminas, cum illa ex natura oriatur. Resp. Concedo dupliciter ita homines considerari in sexu & statu seu conditione. Quod ad sexum attinet prima & summa certe est personarum diuisio in masculos & scæminas, quam tamen phsyici magis tractant & explicant. Alias quoad conditionem & statum summa est diuisio in liberos & seruos, quo factum, vt rubrica *tit. ff. lit. de statu hominum* conq.

concepta. Obiicitur contra datam solutionem *l. fœmina. 2. ff. de reg. iur. & l. in multis ff. de statu hominum*, ubi etiam Iust. facit mentionem illius diuisionis hominum in masculos & fœminas. Ergo etiam summa est, quoad statum ipsum. Respond. Multa sunt alia in toto nostro iure in quibus fit mentio masculorum & fœminarum, quibus una hac solutione satisfieri solet, dicendo scil. saepe fieri mentionem fœminarum & masculorum idque non explicandæ vel proponendæ illius diuisionis gratia, sed respectu iuris, in quo inter se dissideat saepe masculus & fœmina. Fœmina enim ab omnibus civilibus & publicis negotiis arceatur *d. l. fœmina. l. 1. ff. de postulando*. non autem masculus, id quod d. l. in multis satis ostendit dicens: In multis iuris articulis deteriores esse conditionem fœminarum quam masculorum. Ergo iuris contemplatione masculorum & fœminarum fit mentio.

Sed obiicitur quod diuisio sit imperfecta, cum non contineat Hermaphroditos & statuli liberos. Respond. Hermaphroditus si ex libera persona nascitur, liber est, si ex seruilis, seruus est, ergo sub diuisione continetur. Deinde statu liber medio tempore nondum impleta conditione vel tempore, in quo libertas ei promissa est. *ff. de statuli liberis. 7* seruus est, id quod neminẽ ignorare dicit Vlp. in *l. 9. ff. de stat. lib.* Quando autem conditio impletur & tempus venit, decernitur ei libertas. Ergo tum fit liber. Diuerso ergo tẽpore vel liber vel seruus est, & sub diuisione nostra recte continetur. Contra datam solutionem obiicitur *l. ult. ff. si ex noxali causa agatur* ubi dicitur, quod statu liber semper fit liber. Ergo non est seruus. Respond. Aliud ibi proponitur an scilicet is qui sistere debuit in iudicio statu liberum, si sistat plane liberum, liberetur? Et respondetur eum permissioni satisfecisse propter implicitum casum libertatis quia spe liber est condicione existente vel tempore adueniente, in quo destinata ei est libertas. Denique obiicitur censitos, & colonos & ascriptitios non contineri sub hac diuisione, unde sufficiens non est. Respond. Cuiacius in rubrica *Cod. de Agricol. & censitis*, multis probat si colonos esse liberos, ascriptitios vero seruos. Wesenbec. *8* in *§. fin. Instit. de iure person.* in fine, refert Angeli sententiam putantis ascriptitios & colonos magis esse liberos, terræ tamen esse seruos, cui seruiunt *l. libitus. 19. C. de Agricol. & censit. lib. 11*. Censiti si vero tantum serui sunt, quia eorum peculium ad dominum spectat, *d. l. 19. & 21*. Hæc igitur personæ omnes vel ad seruos vel ad liberos pertinent.

Ad Thes. 3.] Veræ sunt definitiones libertatis & seruitutis à Iustin. hic propositæ. Sed obiicitur quæ definitionibus conueniunt, etiam inter se conueniunt. Libertas & seruitus definitionibus videntur conuenire. (Vt enim liber sua naturali facultate facere potest quod ei libet, nisi quid iure prohibeatur: ita idem potest seruus, nisi etiam vi aut iure prohibeatur.) Ergo conueniunt inter se libertas & seruitus, & per consequens suis definitionibus non debent distinguì. Resp. Definitiones libertatis & seruitutis primo toto genere inter se differunt. Est enim si libertas naturalis facultas ex iure gent. q. naturalis ratio *10* introduxit: Seruitus est cõstitutio iuris gent. quod necessitas introduxit & iuri naturali est contrariũ. Vt enim bella sunt contra naturã, hoc est, contra ius naturale: ita & seruitutes, quæ ex iis descendunt *§. ius autẽ gent. instit. de iur. natur. gent. & c. & §. seruitus Instit. de iure personarũ*. Secundo si differunt origine, prior enim fuit libertas, cum sit ex natura, posterior multo seruitus, cum primum fuerit ignota, & postea tamen libertatem ex necessitate quadam contra naturam inuasit, referente Iustin. in *§. 1. de libert.* Tercio differunt forma, nã libertas est naturalis facultas faciendi quod velis, nisi quid vi aut iure prohibeatur, id quod facere nõ possunt serui naturali facultate, quia dũ sunt alieno iuri subiecti *11* facul.

- facultatem agendi quod volunt, amiserunt, cū velle non credantur, qui alieno obsequuntur imperio. *l. velle de reg. iur.* Deinde semper iure prohibentur quid facere cum caput non habeant. Ergo ¶ mortui sunt similes *l. seruitutum ff. de reg. iur. §. servus. de cap. diminut.* Liberi autem non semper prohibentur quid facere, sed interdum in certis casibus, & cum libertatem retinent, quamvis casu & actu ille effectus iuris impediatur, ut supra dictum fuit. Obiicitur rursus omnem seruitutem non esse ex iure gent. cū etiam sit ex iure ciui-
 13 li, id quod sequenti thesi dicitur. Resp. Origine inspecta, ¶ seruitus est ex iure gent. quod necessitas introduxit, quamvis ex post facto iure ciuili sit constituta, n. ut *l. 1. sit seruus, qui libertatem venalem habet participandi pretii gratia, de quo in seq. thesi agitur.* Obiicitur
 14 vltcrius, quod serui non semper ¶ alterius dominio sint subiecti, id quod probatur per *l. 1. §. 1. ff. de rer. diuis. vbi res hereditarie, & sic serui hereditarii antequam alius aliquis heres existat, nullius sunt in bonis, vnde nec in dominio, quod contra definitionem seruitutis est.* Resp. Illi serui interim sunt serui hereditatis iacentis, quia fingitur psona cui acquiritur quæue quid amittat, intexim tamen serui nihilominus sunt. Si ergo adita fuerit hereditas, rursus verum & non fictū dominum habent. Obiicitur deniq; *l. §. §. sum fructu. 23. in pr. ff. de liberali causa.* vbi dicitur quod seruus sit sine domino. Ergo seruus nō semper est in alterius dominio. Respond. Loquitur illa lex de eo qui bona fide liberum hominem pro seruo possidet, & vendit eius vsum fructu. Nam dum vsum fructum vendidit, proprietatem serui patatui retinet. In malæ autem fidei possessorem venditio liberi hominis non valet, ideoque affirmat ibi Paulus seruum eo casu esse sine dominio, hoc est, liberum esse,
 15 cum alias ¶ liberi hominis nulla sit æstimatio *l. libertum ff. de reg. iur.* quod tamen in eo qui bona fide, ut seruum liberum possidet, procedit.

Ad Thes. 4.] Serui a seruando dicuntur. Cui obiicitur, quod serui publici, de quibus agitur, *in l. non aliter. 1. ff. de adopt.* a seruando potius sunt appellandi, cum forte in bellis nunquam fuerint, & per consequens ipsis non competet etymologia. Respond. Origine
 16 inspecta, ¶ omnes serui possunt dici a seruando, quamvis ex post facto in multis cesset illa ratio etymologiæ, vnde & serui publici, hoc est, tabelliones possunt a seruando dici, quia olim tabellionatum administrabant, quamvis is hodie liberis tantum hominibus ex Arcadii & Honorii constitutione pateat. *l. 3. C. de tabell. lib. 10.* Vnde etiam serui qui nascuntur, a seruando dici possunt, quia respicimus ad id, vnde primum cœpit seruitus, scilicet ad asseruationem, quia omnibus temporibus occidere visum fuit inhumanum. Barthol. *in l. laqueum. ff. de acquir. rer. dom.* Et in potestate hostium est vel occidere vel seruare & in captiuitatem abicere, si occiduntur, pereunt operæ, si asseruantur, operæ etiam custodiuntur, ita inter hæc duo humanius fuit asseruare non autem occidere.

Vltcrius obiicitur quod liberi hominis nulla sit æstimatio vel pretium *d. l. liberum §. ff. de reg. iur.* Et ideo liberi hominis venditionem fieri non posse, cum venditio pretium
 17 requiratur *§. pretium de emt. §. vendit.* Resp. Emtio ¶ nulla est si asciente sit, hoc est, si aliquis scit eum qui venditur esse liberum, & simulare se seruum, alias si sit ab ignorante, valet, & sic hæc venditio accipitur, quia difficulter liber homo a seruo potest dignosci *l. & liberi 4. cum seq. ff. de contrah. emt.* Et hoc primo in tali venditione requiritur. Secundo requiritur ut fiat participandi gratia, ut hic, vnde non obstat *l. 2. in princ. ff. si in gen. quis esse dic.* quia ibi vere red sit pretium *gloss. ibid. & in l. liber homo. de statu hominum.* Tertio requiritur ut venditus sciat se esse liberum, & tamen patiatur se abripi in seruitutem propter auaritiam, vnde merito pro abiectionissimo habetur. *l. quisquis. §. apud Urbem. C. de postul.* Et hi quamvis adhuc minores sint 25. annis, forte 22. annorum non restituntur per *l. 7. §. si quis vers. sed se quis ff. de liber. caus.* Idque odio illius turpissimæ seruitutis, nec etiā in pristina

nam libertatem proclamare possunt, quia si in animum tunc, sunt libertini non liberi, cum libertate scurpiter abdicarint. *l. liber homo 21. ff. de stat. hominum.* Talem autem venditionem nunc Nou. Leonis Imp. 39. effectualiter sublatam dicimus, hoc casu, idque in odiu seruitutis per *c. odia de reg. iur. in 6.* Quamuis tamen alii iuris nostri dispositionib. Nouellis Leonis Imp. non facile derogetur, cum ex nondum sint pro Authenticis agnitæ.

Ad Thef. 5.] Omnium ¶ seruorum vna est conditio, quia omnes simul sunt in potestate Domini, siue facti sint serui, siue nati, sed multum refert an quis sit natus, aut factus liber. Deinde vt inquit Theoph. in §. *Slr. de iure person.* nullus plus seruus est quam alius. Sed obiicitur *l. Slr. §. fin ff. de adilit. editi.* vbi dicitur: Alios esse seruos veteranos, alios nouitios, & veteratores non spatio seruiendi sed genere esse æstimandos. Si genere, hoc est, natiuitate sunt æstimandi, sequitur veteranos nasci, nouitios non nasci, & per consequens non est eadem conditio. Respond. Genus hic non sumitur pro natiuitate sed pro genere officiorum. Dicitur enim ¶ veteranus a causa & officio quod habet. Nam in officio differentia & gradus sunt inter seruos, non in conditione. Et sic accipitur *l. sed si quid. 15. §. 1. ff. de usufruct.* Sic accipitur etiam *§. p. ana. ff. de in iur.* vbi serui alii sunt actores, alii mediæ actus, alii nitissimi & cõpediti. Deinde non obstat *Vlp. in frag. tit. 22. de testamentis in fine.* vbi seruus publicus habet testamenti facionem quã reliqui serui non habent. §. *testes. de ord. testamentis.* Quia seruus publicus ratione ¶ officii publici in eo est melioris conditionis, ratione status non præualeat, quod possit facere testamentum. Deniq; obiicitur, §. *Slr. in iur. de iure personarum,* vnde lex est desumpta, esse muratum per *l. sancimus. 3. C. de infant. ex poss. lib. & seruis* id quod ibidem Wesenb. affirmat. Eumq; §. forte ex Caio vel alio I Cro esse sine iudicio desumptum, cuius tempore vna forte conditio fuit. Sed respondeo. Concedo illam legem facere mentionem trium. I. dominii, hoc est, seruorum, qui sunt in dominio. II. Conditionis ascriptitiæ. III. Conditionis colonariæ. Secundum primum, scilicet dominium intelligimus nos *d. §. Slr. hoc est,* intelligimus seruos, qui sunt in dominio, secundum *l. potestatis. de verb. signif.* De conditione colonariæ & ascriptitiæ *d. §. Slr. & thesis* accipi non possunt quia illi serui veri non sunt, sed liberi potius, quamuis tamen respectu terræ, cui seruiunt, imaginem quandam seruorum referant vt *ad thef. 2.* supra dictum est.

Ad Thef. 6.] Ingenui sunt, ¶ qui statim vt nati sunt liberi sunt. Et dum de natis liberis seu ingenuis hæc definitio accipitur: non obstat *tot. tit. ff. & C. de natal. resit.* Quia hi ex post facto principis indulgentia vel beneficio plenissimam ingenuitatem consequuntur. Hinc etiam non obstat *l. ingenuum 25. ff. de stat. hominum.* Id enim fit propter auctoritatem rei iudicatæ, quæ pro veritate accipitur. *l. res iudicata ff. de reg. iur.* quæ ex *d. Lingenuum* est desumpta & sunt potius exceptiones de regula. Deinde obiicitur matrem tria habere tempora, quibus partui dat libertatē. *l. 2. §. proinde ff. de decurion. l. 7. §. 1. ff. de senator.* vbi conceptionis tempus attenditur in patre. Ergo multo magis in matre. Respond. Patris qualitas in honoribus consideratur ex tempore conceptionis, id quod in mere liberis hominibus procedit, qui ex legitimo matrimonio nascuntur, de quo tamen dubitatur inter ICros in *d. l. §. 1. in fine ff. de senator.* Si autem liberi homines ex illegitimo matrimonio existunt, tum aditionis tempus duntaxat spectatur, & ita accipienda est *l. eius qui 9. ff. ad municipalem. l. is cui. 18. quando dies legari cadit. l. qui mortui. ff. de verb. signif.* Nam ex illegitimo matrimonio procreati homines, & quidem liberi primū demonstrare non possunt. *l. vulgo quasi 23. ff. de statu hominum.* Et nullam aliam originem nisi matris habet *l. 1. in fin ff. ad municipalem.* quæ semper est certa *l. §. ff. de in ius vocando.* vt ante est dictū. Et hanc distinctionem apte ostendit *Vlp. in frag. tit. §. §. Slr.* vbi dicit: in his

qui iure contracto matrimonio nascuntur, conceptionis tempus spectatur; In his a. qui non legitime nascuntur additionis tempus, id quod etiam in *Imperator. 18. ff. de statu hominum affirmatur*, & Caius lib. 2. *insistit. 4* dicit eam esse regulam iuris. Thesis autem procedit in eo casu, quando de conditione quaeritur, & mater vel tempore conceptionis vel gestationis vel additionis fuit libera. Hoc enim libertatem partui communicat idq; favore libertatis. Iustin. §. 1. *de ingenuis* Marciani sententiam ut æquiores secutus approbat, de quo Hotoman. lib. 4. *obf. c. 3* videatur.

Ad Thef. 7.] Laurent. Valla lib. 4. *elegant. c. 1.* affirmat pudendū esse maxime, Ictos & Grammaticos differentiam inter liberos & libertinos ignorare & quidem hoc modo distinguendum putat, ¶ libertinum respicere ipsum statum, & ingenuos, quibus opponuntur. Liberos relative respicere patronum, a quo libertatem acceperunt. Sed ut Valla pro more suo criminetur, certum est hoc discrimen hic à Iustin. confundi. in *titul. de libertinis*. Quos enim in *pr. tit. §. libertinorum*, appellat libertinos hos §. *fin.* vocat liberos. Sic quos in d. §. *libertinorum* Iustin. vocat libertinos hos Vlpian. in *fragm. tit. 1. in pr.* vocat liberos, ubi eandem habet distinctionem & verba. Sunt ergo ¶ liberti & libertini in iure nostro illi, qui ex iusta servitute sunt manumissi, quamvis Grammatici recte inter hæc distinguant. Deinde cōtra definitionē libertinorū obicitur *l. circa ff. de probat.* ubi dicitur servum & libertinum non differre, & ideo definitionibus convenire. Dicitur enim ibi. Nihil interest servum suum quis an liberum contendat, Resp. non dicit Ictus, quod servus & libertinus vnum idemq; sint, sed affirmat in onere probandi nihil eos differre. Ut enim servus qui proclamat in libertatem docere id prius, debet *l. si filius in fin. 8. de probat.* Ita quoq; libertus qui proclamat in ingenuitatem prius id doceat, idq; *gleff. ibidem* ostendit, & quæ in vno conveniunt, quo ad probationem, male sibi per omnia definitionibus convenirent, vnde id male inferitur.

Ad Thef. 8.] Hic Iustin. ex Icto proponit definitionem manumissionis, quæ non videtur subsistere, ex eo, quod etiā liberi homines manumittuntur. §. *præterea insistit. quomodo ius patr. potest. solu. §. 1. insistit. de fidei. tutela.* Resp. Manumitti tam liberi quā servi in libris nostris dicuntur. *l. 28. ff. de adopt. l. 2. ff. de offic. procons.* Et rurs. si à parente quis manumissus fuerit. Nec mirum cum in imaginariam quandam servitutem liberi in emancipationis solennitate deducantur, distrahantur & manumittantur, & pater dicitur manumissor. ¶ Proprie autem manumissio ¶ de servis, emancipatio liberis hominibus è potestate dimissis attribuitur, & docet expressè Ictus in *l. 1. §. alienatio. ff. quando actio de pecul.* ubi Vlp. ait. Alienatio autem & manumissio ad servos pertinet, non ad filios, emancipatio vero solum ad filium, &c.

Ad Thef. 9.] Iustin. Imp. in §. *ult. libertini insistit. de libert.* libertinos in triplicem statum distinguit & affirmat eos omnes, ex suis constituit. quæ sunt in *l. 1. C. de libert. latin.* & in *l. 1. C. de dedit. libert. tollenda.* ciues Romanos esse factos, cum qua Iustin. assertione admodum pugnat *l. in orbe. 17. ff. de statu hominum*, ubi dicitur: In orbe Romano qui sunt ¶ ex constitutione Divi Antonini ciues Romani sunt effecti. Ergo ¶ non ex constitutione Iustin. ut ante est relatū. Resp. In hac *l. solvenda* sufficit ipsius Imp. Iustin. auctoritas & solutio, in *Nov. 78. Et liberti de cater. §. facimus.* ubi affirmat Antoninum Pium, id est, Bassianum seu Pii filium, primum ius Quiritium vel Romanorum dedisse omnib. ingenuis, qui essent in toto orbe Romano: etiam iis qui in provinciis ius ciuitatis Romanæ habebant. Antoninus ius ciuitatis Romanæ concessit: & eo respicit *d. l. in orbe ff. de statu hominum*. Iustin. vero omnibus libertis ius ciuitatis Romanæ dedit, eosq; ciues Romanos esse voluit. Et sic Antoninus ingenuis, Iustin. libertis ius ciuitatis Romanæ attribuit. Vide

eandem solutionem apud Cuiac. *lib. 4. obf. c. 5.* & apud Wolenbec. *in parat. ff. num. 5.* Item in §. *libertini, institut. de libertin.* Hinc glossa solutio in d. l. 1. non subsistit, quæ putat legi debere in vrbe Romana habitantibus ius ciuitatis dedit, Iustin. omnibus libertis in toto orbe Romano: Sed ff. Florentina legunt in orbe, & d. Nou. id non patitur. Deinde obicitur l. *quodam. 41. in fin. ff. famil. hercis.* vbi dicitur nullam esse diuisionem libertorum. Ergo non est triplex status. Respond. d. l. ibi pro subiecta materia dicit, libertos eo casu non venire in diuisionem hereditatis, de statu ibi non agit. Altera pars thesif affirmat ex d. Nou. 78. ipsa manumissione hodie §. libertinos fieri ingenuos, id quod in d. Nou. cap. 2. §. *ut.* indicatur. vbi dicitur quod liberti ita facti sunt quasi sint nati, & habent ingenuitatem ipsa manumissione, ex constitut. Iustin. nec opus est ad id impetratione aureorum annulorum, qua vt ingenui, hoc est, qui ingenui non vere erant ingenui l. 5. ff. *de iure au. mul. aureo:* & imaginem saltem non statum ingenuitatis habebant l. 1. C. *ad l. vifcell.* Nec opus est natalium restitutione, quia ingenuitatem & libertatem accipiebant, in qua ab initio omnes homines fuerunt l. 2. ff. *de natal. restitut.* id quod Rubr. d. Nou. satis ostendit, vt liberti de cartero aureo annulo non indigeant, & vt pristinis natalibus restituantur. Saluum autem manet ius patronatus, hoc est, liberti nihilominus debeant honorem manumissori & patrono licet reuera fiant ingenui d. Nou. 78. c. 2. §. *ut. in verbis: debitum honorem manumissori reddant.* Nec obstat Vlp. in *fragm. tit. 1. §. hodie* vbi dicit: hodie ipso iure Latinos libertos esse, vnde videbatur dicendum id non esse ex constit. Iustin. cum Iustin. longe post Vlp. vixerit. Respond. Vlp. ibi loquitur de Latinis & dicit, quod liberti sint, h. e. liberti sint & libertatem sint consecuti ipso iure, hoc est, lege Iulia volente & approbante talem libertinitatem. Ius autem ingenuitatis ante Iustin. non habuerint, id quod ipsis Iustin. contulit.

Ad Thef. 10. & 11.] Qui in fraudem creditorum manumittit §. nihil agit, hoc est, manumissio ipso iure est nulla, cum fiat contra legem Ael. Sent. & quod fit contra ll. ipso iure nullum est cap. *que contra. de reg. iur. in 6.* & inutile est l. 5. C. *de liber.* Deinde dicitur animū & mētem requiri, vt quis in fraudem creditorum manumissile dicatur. Huic obicitur l. §. *cum fideicommissa. 16. §. ut. qui* & a quib. manumiss. liber. vbi dicitur, si filius voluntate patris manumittit, & pater scit se soluendo non esse; filius autem id ignorat, vel etiam scit, libertatem nihilominus impediri, id quod indicat illa verba: *sive pater sciat sive filius sciat:* Ergo quando pater scit, filius potest ignorare patrem soluendo non esse, & tamen manumittit, nec tenet manumissio, vnde videtur dicendum, quod tunc euentus inspicitur, & non animus, cum filius ignoret patrem non esse soluendo, & tamē manumittat. Resp. Sufficit si pater sciat se non esse soluendo, quamuis filius id ignoret, metimurque manumissionem in fraudem non ex persona filii sed ex persona patris, in cuius filius est potestate, & cuius voluntate manumittit. Deinde obicitur l. §. *ut. qui manumitt. non possunt,* vbi dicitur euentum tantum debere inspicere & non animum. Respond. Libertas Test duplex directa & fideicommissaria. Directa quæ datur directo, ex testamento & directis verbis, vt quando testator dicit: Volo, iubeo seruum esse liberum. Fideicommissaria datur precariis verbis, quando testator hoc modo heredem precatur vt seruum manumittat: Rogo vt seruum illum manumittas: Et de directa thesif nostra, & §. *in fraudem. institut. quib. ex causis manumitt. non licet.* est accipienda, id quod in l. 1. C. *qui manumitt. non possunt,* clare ostenditur d. l. §. *ut.* de fideicommissaria tantum accipitur & rationem diuersitatis glossa in d. l. §. *ut.* annotat. Nec obstat l. *fraus 70. ff. de reg. iur.* vbi dicitur semper in iure ciuili requiri euentum & animum in fraudis interpretatione. Quia illa lex ad directas libertates pertinet non ad fideicommissarias vt Faber. in d. l. *fraus*, indicat.

Ad Thef. 12.] Hæc thefis ita intelligitur, ſi ex iuſta cauſa quis manumiffus fuerit. Sed obiicitur *l. vnde 79. ff. pro ſocio*. vbi iniquitas poteſt corrigi & ſic retractari, id quod falſum eſt. Deinde obiicitur *l. Paulus, ff. de verb. ſignif.* vbi falſum teſtamentum eſt nullum. Ergo & hic cauſa manumiffionis falſa eſt nulla, & per conſequens retractanda. Reſp. à diuerſis non fit illatio. *l. P. Spinianus exuli, ff. de minoribus*, & hi textus ſunt diuerſi à theſi noſtra quæ loquitur de manumiffionis cauſa, licet falſo prætextu fiat, tamen fauore libertatis valet. Cum pro libertate multa contra regulas in iure civili ſint recepta. *§. vlt. inſtit. de donat.* At in *d. l. 79.* falſa ſententia & iniqua arbitratoris, hoc eſt, amicabilis cõpoſitoris cõpigitur per appellacionem, quamvis arbitri ſententiæ ſive veræ ſiue falſæ ſit ſtandum *l. 27. §. pari. ff. de recept. arbit. ſent.* In *d. l. Paulus*. teſtamentum falſum eſt nullum, id quod verum eſt, debet enim teſtamentum eſſe iuſta ſententiâ de eo quod quis poſt mortē ſuam fieri vult. *l. 1. ff. qui teſtamenta ſc. poſſunt.* Deinde obiicitur *l. ſi quis 7. §. minor. ff. qui & à quib. manu- miſſi*. vbi ſeruus manumittitur nec eſt iuſta cauſa manumiffionis. Deciditur igitur negandum cum eſſe liberum. Reſp. in fraudem *l. alia ſent.* id factum eſt, vnde non valet nec ibi ex iuſta cauſa eſt manumiffus, quæ hic requiritur.

- Ad Thef. 13.]* Affirmatur eos qui alieno iuri ſunt ſubiecti, aut eſſe in poteſtate parentum, aut in poteſtate dominorum. Sed obſtat q̃ etiam ꝑ vxores ſint in poteſtate maritorum. quia maritis ſc̃ committere dicuntur. *l. hac lege 8. C. de paſſ. conuent.* Et dicuntur eſſe in officio maritorum. *l. ſc̃us. 48. ff. de lib. operis.* Deinde id loca ſacra oſtendunt, *Genef. 3.* vbi Deus ipſe dicit, ſub viri poteſtate debere eſſe vxorem, ſic *1. Corinth. 7. vxor non habet poteſtatem ſui corporis ſed maritus.* Item *c. muliere 33. q. 5.* vbi dicitur mulier ſit ſubiecta viro. Reſpond. olim apud Rom. ꝑ triplex genus matrimoniorum fuit: Vnum farre conſecrabatur: Alterum fiebat per coemptionem. Tertiū habebatur vſu. Farre conſecrabant cum nuptiis ſimul edebant panem ferreum & aquam *Ulp. in frag. tit. 9.* Per coemptionē fiebat quādo alter alterum quaſi emebat. Vſu habebatur, hoc eſt, vſucapionis interruptione *l. 2. ff. de ſurpat. & vſucap.* & quidem matrimonio contracto farre & per coemptionem vxor exibat ex poteſtate patris & tranſibat in manum mariti. *Ulp. in frag. d. tit. 9. & tit. 23.* Sed quia hæc genera matrimoniorum non diu fuerunt in vſu, dicimus dd. II. accipiendas de reuerentia, quam vxor marito debet, cum ſit dominus familiæ maritus & quaſi domus caput. *l. pronuntiatio. de verb. ſignif.* Poteſtas autem talis non attribuitur marito in vxorem, qualem habet pater in filium, dominus in ſeruū & iure diuino etiam maritus caput eſt vxoris, D. Paulo atteſtante, *ad Epheſ. 3. Gen. 3.* ſed illa prærogatiua & prædomination non in ꝑ atrocitate conſiſtat ſed in pietate. Cum in *Novel. 17. Si liceat matri*, &c. prohibeatur maritus durius & acerbius tractare vxorem. Et illa poteſtas ſive prioritas à II. data, non eſt poteſtas ciuilis, de qua hic agimus, ſed duntaxat imperium *d. l. pronuntiatio. §. familia.* Et ita poteſtatis verbū plura ſignificat *l. poteſtatis ff. de verb. ſignif.* Eſt enim rector & caput familiæ vt Rector eſt ſcholæ, qui habet imperium ſcholæ tantum iure ſibi datum, non poteſtatem talem ciuilem, qualem hic requirimus, quæ olim ius vitæ & necis habebat *§. 1. inſtit. de his qui ſui ſunt vel alie. l. vlt. C. de patr. poteſt.* Hodie Rectori ſcholæ modica caſtigatio eſt conceſſa iure ſcholæ non vi poteſtatis. *l. 5. §. cū ſeq. ff. ad l. Aquil.* Sic tutores & curatores poteſtatem talem non habent, qualem hic requirimus *§. 1. inſtit. de tutel. §. 1. inſtit. de curat.* Sed imperium tutelæ, deſenſionem ſibi tantum conceſſam habent, vnde ab his omnibus male inferitur contra diuiſionem hanc, quæ manet. Et hodie etiam ꝑ poſt matrimoniu vxor reſpectu huius poteſtatis manet in poteſtate patris ſui, nec tranſit in poteſtatē mariti, id q̃ expreſſe dicitur in *l. ſi vxor 5. C. de condit. inſerſ. l. nec ea 22. §. patria ff. ad l. l. de adul.* vbi pater vi patriæ poteſtatis, quæ adhuc habet, poteſt

potest impune interficere filiam in adulterio deprehensam & quidem in demo generi. Deinde id expresse probatur in §. 1. *Instit. ad S. C. Tertull.* ubi mater trium liberorum & sic in matrimonio existens in potestate sui parentis est, Deinde matrimonium nō est modus tollendæ patriæ potestatis, *tot. tit. Instit. quomodo patr. potestas solui.* Sic discipuli manent in potestate parentum suorum. Et pupilli ac minores manent sui iuris, *tot. tit. ff. & Instit. de tutor. & curator.*

Ad Thesin 14.] De hac thesi eiusq; pluribus contrariis dicemus commodius in suo loco *in tit. per quas person. nob. acquir.*

Ad Thesin 15. & ult.] Qui ad Asyla confugiunt, inde abstrahi non debent, nisi si scelus vel delicta perpetraverint. Nam delicta impunita non maneant. *l. ita vulneratus. § 4 81. ff. ad l. Aquil.* Et eatenus etiam ius Canonicum exauditur, & convenit id quod apparet in *c. inter alia, extr. de Sacrosanct. Ecclesiis.* ubi dicitur, quod quis non sit violenter abstrahendus ab Ecclesia, quamvis gravia maleficia perpetraverit, scilicet à Magistratu politico. Sed Rectorem Ecclesiæ membra & vitam eius debere obtinere, & si quid fecit ini-que cum punire. Puniret ergo æque iure Canonico ac iure Civili.

DISPUTATIO III.

Ex tit. 9. & 10. lib. 1. Institut. de summa, de patria potestate, & de nuptiis.

CONTINUATIO.

Præmissa materia servitutum, à foro nostro nunc remota: progrediamur modo ad ius patriæ potestatis, quod parentes in liberos suos habent.

Thesis 1. Ius vero patriæ potestatis tantum est civium Romanorum, nec non alii eo iure fiuntur. §. *ius aurem. Institut. de patr. potestat.*

2 Omnesque qui ex patre eiusque masculis omnibus descendantibus procreantur, in potestate ipsius sunt. §. *fin. Instit. de patr. potest.* Qui vero ex patris filia nascuntur, in eius potestate non sunt, sed in eorum patris potestate. §. *fin. Instit. hoc tit.*

3 Causæ acquirendi patriam potestatem sunt nuptiæ, legitimatio & adoptio.

4 Sponsalia sunt mentio & repromissio de futuris nuptiis intra contrahentes facta. *l. 1. ff. de sponsalib. can. nostrates. caus. 30. quest. 5.*

5 Hæc à spondendo dicta sunt, unde nomen sponsi & sponsæ natum: quorum alia dicuntur de futuro; alia de præsentī. *l. 2. & 3. ff. de sponsal. c. pen. extra de sponsal. l. nuptias. ff. de regul. iur.*

6 Nuptiæ sunt viri & mulieris coniunctio indiividuam vitæ consuetudinem continens, §. 1. *Instit. de nupt. l. 1. ff. de ritu nupt.*

7 Nuptiæ à nubendo dictæ, quod noua nupta pudoris gratia se obnuberet & velaret. *Genes. cap. 24.*

8 Iustas autem nuptias inter se ciues Romani cōtrahunt, qui secundum legum præcepta coeunt: masculi quidem puberes, fœminæ vero viri potentes. *in princ. Instit. de nuptiis.*

9 De consensu parentum non minor dubitatio est: nos parentum consensum, in quorum potestate sunt liberi, præcise in nuptiis de necessitate requiri concludimus. *in princ. Instit. de nupt. Mynsing. hic num. 7. & 8.*

10 Sic quoq; cum nihil consensui tam contrarium sit, quam error, teste Vlpiano, matrimonium errore initum de iure impediri, & retractari. *l. si per errorem. 15. de iuridict. l. 8. & 9. C. de iur. & fact. ignor.*

11 An nudus consensus contrahentium in matrimonio necessario requiratur, necne?

12 Nuptiæ inter ascendentes & descendentes in infinitum prohibentur, & si tales personæ inter se coeunt, nefarias & incestas nuptias se inuicem contrahunt: inter collaterales vero quarto gradu de iure Canonico, quod magis sic obseruamus, & inter plures vno eodemq; tempore. *§. 2. Instit. hoc. tit. l. 53. & l. fin. eod. l. 17. eod. tit.*

13 Illicitæ nuptiæ sunt coniunctio maris & fœminæ, quæ sit natura, lege vel canone repugnante. *Auth. incestu. 6. C. de incest. & inutil. nupt.*

14 Incestæ sunt, quæ inter personas sanguine iunctas, repugnante natura in gradibus prohibitis contrahuntur. *l. ab incestis. Cod. de incestuos. nuptiis.*

15 Nefaria dicuntur, qui in linea ascendenti & descendenti fiunt inter eas personas, quæ parentum & liberorum rationem inter se habent. *l. fin. ff. de ritu nupt.*

16 Inutiles sunt, quæ contrahuntur inter personas ratione consanguinitatis vel affinitatis in gradibus à iure Ciuili & Canonico prohibetur. *§. si vxor. Instit. hoc. tit.*

17 Duorum autem fratrum vel sororum, vel fratris & sororis liberi matrimonio coniungi possunt. *§. duorum. Instit. de nupt.*

18 Et hæc in linea recta adeo vera sunt, vt quamuis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse ceperint, matrimonio iungi non possint, etiam dissoluta adoptione. *§. ergo. Instit. h. tit.*

19 Frater cum fratris sui coniuge matrimonium contrahere non potest. *l. 5. C. de incest. nupt.*

20 Nemini quoque duas vxores simul ac semel vno eodemq; tempore habere licet. *l. 1. ff. de his qui not. infam. §. affinitatis. cum duob. §§. seqq. Instit. de nuptiis.*

21 Diuortium est legitima mariti ac vxoris separatio apud competen-

tem iudicem, cum causę cognitione & sufficiente eius probatione facta. Causę soluendi matrimonium secundum ius Ciuile & Canonicum sunt multę, varię ac interdum leuissimę. l. 2. ff. de diuort. & repud. l. 19. ff. de verbor. & rer. signific.

Corollarium: Diuortio per adulterium iam factō, quāri potest, an etiam fonti & reę personę ad secunda vota transire liceat?

DISPUTATIONIS III.

De patria potestate & de nuptiis, obiectiones
& resolutiones.

S Y M M A R I A.

- 1 *Patria potestas quid sit.*
- 2 *Mater an liberos in potestate habeat.*
- 3 *Patria potestas quotuplex sit.*
- 4 *Patria potestatis causa quot sint.*
- 5 *Adoptio est similitudo naturę.*
- 6 *Sponsalia sunt spes nuptiarum.*
- 7 *Sponsalia à Canonistis non recte distinguuntur in sponsalia de presenti, & de futuro.*
- 8 *Sponsalia sunt pacta non contractus.*
- 9 *Nuptia qualis sint coniunctio.*
- 10 *Concubinatus iure ciuili est concessus & permissus.*
- 11 *Lupanaria cur in quibusdam ciuitatibus tolerantur.*
- 12 *Concubinatus non incidit in definitionem nuptiarum.*
- 13 *Nuptiarum definitio non competit contubernio.*
- 14 *Nuptiarum seu matrimonij indiuiduitas, quomodo & qua ratione intelligatur.*
- 15 *Iuris naturalis effectus cur interdum impediuntur.*
- 16 *Matrimonium mutuo dissensu non dissoluitur.*
- 17 *Matrimonium contrahentes legitimam debent habere aetatem.*
- 18 *Consensus parentum cur in nuptiis requiratur.*
- 19 *Consensus parentum an sit necessarius in nuptiis.*
- 20 *Matrimoniorum libertas non impeditur consensu parentum.*
- 21 *Matri consensus an necessarius in nuptiis.*
- 22 *Consensus curatorum, cognatorum & affinium in nuptiis non requiritur.*
- 23 *Matrimonium an sit spirituale.*
- 24 *Matrimonium an solo contrahentium consensu, iure Canonico fieri possit.*
- 25 *Filius & pater quomodo dicantur esse vna persona.*
- 26 *Consensus patris quo casu ad matrimonia non sit necessarium.*
- 27 *Consensus aui an sit necessarius ad nuptias.*

- 28 *Matrimonium inter inuisos non contrahitur.*
 29 *Deductio in domum mariti excluditur à substantialibus matrimonijs.*
 30 *Deductio in templum omitti in nuptiis non potest.*
 31 *Nuptiarum vocabulum dupliciter accipitur.*
 32 *Nuptias consensus facit non concubitus.*
 33 *Sponsi vel sponsæ nullus est luctus.*
 34 *Donatio inter virum & uxorem non valet.*
 35 *Scriptura ad nuptias non est necessaria.*
 36 *Consensus sponsalitijs quomodo differat à consensu matrimonijs.*
 37 *Error in contrahendo matrimonio quod duplex, & an matrimonium soluere possit.*
 38 *Nuptia inter ascendentes & descendentes sunt prohibita in infinitum.*
 39 *Collateralium nuptia sunt prohibita.*
 40 *Fratrum vel sororum liberi possunt matrimonio iungi.*
 41 *Collaterales intra quantum gradum iure Canonico coniungi matrimonio non possunt.*
 42 *Matrimonium in adoptione, in ascendentibus & descendentibus esse non potest.*
 43 *Collateralium in adoptione an valeant matrimonia.*
 44 *Uxorem fratris ducere in matrimonium nemo potest.*
 45 *Uxores duas eodem tempore habere non licet.*
 46 *Bigami ultimo supplicio puniuntur.*
 47 *Matrimonium quomodo hodie soluitur.*
 48 *Uxor tenetur expectare maritum in captivitate vel expeditione versantem, quamdiu de eius morte nihil certi constat.*
 49 *Matrimonium soluitur impotentia.*
 50 *Adulterio soluitur matrimonium.*
 51 *Divortio per adulterium facto, an persona rea rursus contrahere matrimonium possit.*

Absoluta materia sterili seruitutum, quæ nunc à Foro nostro excessit, cum inter Christianos seruitutes non reperiantur, Alciat. in l. hofes. ff. de verb. signif. pregedimur ad materiam patriæ potestatis. In patria autem potestate sunt filii filiaque & liberorum filii, hoc est, nepotes & neptes ex filio non ex filia, ut in thesi 1. dicitur, quia illi qui ex filia nascuntur, sunt in patris sui potestate, vel aui paterni, ut in thesi 2. dicitur. Eandem recte definire licet quod sit potestas, hoc est, potestas, quam parentes in filios & filias, filiorumque liberos habent non filiarum, § ius autem. de patr. potest. & quamdiu avus vivit, nepotes & neptes ex filio habet in potestate, filius non habet in potestate eos, quia qui in alterius potestate est, alios in sua potestate habere non potest, l. si eueniet. 21. ff. ad l. Iuliam de adult. Si avus moritur nepotes in patris sui recidunt potestatem. §. 1. Institut. q. in ius patr. potest. soluere. Sed obicitur contra 2. thesin mater habere liberos in potestate, cum parentibus debeat obediencia. l. veluti. 2. ff. de iustit. & iur. Et parentum appellatione veniunt pater & mater. Respond. Patria potestas potest esse duplex, Civilis, de qua hic agimus, huius respectu liberos in potestate non habet mater, unde etiam in §. l. de patr. potestat. dicitur. Qui ex te & vxore tua nascitur, in tua est potestate, non dicit in vxoris tue potestate: Altera est naturalis, de qua d. l. veluti, est accipienda: Iure enim naturali æquum est parentibus obedire.

4 *Ad Thes. 3.] Tres sunt causa patriæ potestatis. Nuptiæ, legitimatio & adoptio. cui assertio.*

affertioni obicitur *l. i. in princ. ff. de adopt.* vbi dicitur filiosfamil. non solum natura, sed etiam adoptiones faciunt: Ergo natura & adoptio faciunt filios & nō legitimatio & nuptiæ. Respond. Naturam dum dicit Ictus Modestini. respicit ad *ll. de statu hominum.* & ad *l. 6. de his qui sui.* &c. In legib. de statu hominum agitur de Natiuitate, quæ fit legitime per nuptias, vel illegitime extra nuptias. Et *in d. l. 6.* dicitur quod filiusfamil. sit qui ex viro & vxore eius nascitur. Dum igitur in ipsis tit. 2. agitur de liberis natis, vel ex legitimo patrimonio vel extra matrimonium, vno casu veræ sunt nuptiæ, quæ legitimis efficiunt liberos natura, id est, natiuitate, §. *1. de nupt.* Altero casu non sunt nuptiæ nec legitimi liberi, qui etiã sunt natura, hoc est, natiuitate liberi effecti, sed tamen hos oportet per legitimisationem legitimos reddere. Planum ergo est sub particula NATURA, nuptias & legitimisationem comprehendi. Tertia causa *in d. l. i.* nimirum adoptio exprimitur, quæ non fit natura, qui enim naturaliter filium non generauit, filium facit lege, hoc est, adoptione, quam leges approbant. Adoptio ¶ enim similitudo naturæ est: Caius *lib. 1. Institut. tit. 5. in princip. de adopt.* Et huic etiam non obstat *l. pronuntiatio. §. familia. versic. iure. ff. de verb. sign.* vbi dicitur: natura aut iure subiectas esse personas, quia ibi agitur de domino familia, qui filios & filias sibi habet subiectas natura, hoc est, ratione natiuitatis. Vxorem & totam familiam sibi subiectam habet iure, hoc est, imperio, quod leges diuinæ & humanæ ipsi dederunt, vt *in diffus. 2.* dictum fuit.

Ad Theſin 4. & 5.] Sponsalia sunt mentio & promissio futurarum nuptiarum. *l. i. ff. de sponsalib.* Spes enim ¶ nuptiarum sunt sponsalia. *l. si puella. 6. de sponsal. l. si vxor. 3. §. 6. diui. ff. ad legem Iuliam de adul.* & nudus consensus ad ea constituenda sufficit *l. sufficit. 4. ff. de sponsal.* Et quia definitio sponsaliorum dicit, quod sponsalia sunt promissio futurarum nuptiarum, & Iurisconsulti in dictis legib. dicunt quod sint spes nuptiarum: sequitur sponsalia non esse ipsas nuptias, & falsam ¶ esse distinctionem Canonistarum, qua distinguunt sponsalia in sponsalia de præſenti, & sponsalia de futuro, cum saltem sint sponsalia de futuro non de præſenti, quæ ipsæ sunt nuptiæ. Habent Canonistæ illam distinctionem *ex cap. penult. §. Ultim. extr. de sponsal. c. matrim.* quam tamen recte reiecit Costalius *in d. l. i. ff. de sponsal.* Et Lutherus *in tractat. de causis matrim.* & Borcholt, *in tract. de gradibus.* Imo ipsi secum merito pugnant Canonistæ, cum *c. noſtrates. 30. quest. 5.* definitionem Iurisconsulti Florentini *in dict. l. i. ff. de sponsal.* expresse iisdem verbis ponat & approbet, scilicet quod sponsalia sint fœdeta & promissio nuptiarum futurarum. Ne igitur ipsum ius Canonicum secum pugnet, dicimus nulla esse sponsalia nisi de futuro, quæ ¶ pacta sunt, non contractus. Cuiac. *ad tit. ff. c. Cod. de nupt. i.* sicut sunt 8 nuptiæ.

Ad Theſin 6.] Proponitur hic definitio nuptiarum, paulo aliis verbis proponitur *in l. i. ff. de ritu nuptiar.* quam d. Borcholt. *in tractat. de gradibus* explicauit. Coniunctionem autem dum dicimus, intelligimus cum Iustin. ¶ animorum & corporum coniunctionem initam sub destinatione indiuiduæ vitæ consuetudinis. Sed obicitur huic definitioni. Primo, eam esse angustioiorem suo definito cum ad nuptias consensus requiratur, qui tamen in definitione non sit expressus. Respond. Intelligimus hic talem coniunctionem, quæ sit iusta, legitima, & legibus approbata, & quamuis vocabulum IUSTA vel LEGITIMA non addatur, tamen hoc subintelligitur. Omnis enim coniunctio talis legitima & legibus concessa est. Si iusta est coniunctio, etiam sine consensu contrahentium & eorum in quorum sunt potestate, fieri non potest, cum hoc fieri ciuile & naturalis suadeat ratio. §. *1. de nupt.* & sicut in definitione testamenti, quæ est *in l. i. ff. qui test. fac. possunt,*

possunt. non fit mutatio heredum institutionis, quæ tamen potissima pars est & caput ac fundamentum testamenti, §. *ante heredes. infi. de legat.* Nec exheredationis, & tamen, per vocabulum *iusta*, quod rei ponitur, illa satis exprimantur. Ita hic non opus est exprimi cōsensum, cum hic de nuptiis instit. agamus, vt Imp. indicat in *pr. tit. de nupt. in verbis: iustas nuptias inter se ciues Romani contrahunt, qui secundum ill. præcepta coeunt.* Secundo obicitur, quod hæc definitio conueniat concubinatui, qui tamen legitima coniunctio nō habetur. Resp. Ad concubinatum quod attinet, sciendum est cum † iure ciuili esse cōcessum & permillum *tot. tit. ff. C. de concubi.* Et quidem concessus est non vt legitima cōiunctio sed respectu maioris mali euitandi & præcauēdi sub quadam dissimulatione, quemadmodum in lupanaribus videre est, quæ † tolerantur in ciuitatibus quibusdam, raptus, incestus, adulterij, & aliorum scelerum grauium, auertendorū gratia, cum boni Magistratus sit quoquo modo illis obuiam ire, quamuis tamen vere Theologice loquendo, non fiant mala vt eueniant bona. Sed vt excusari solent vsuræ, ita & lupanaria & etiam concubinatus excusari possunt. Vt enim vsuræ recipiuntur ab Impp. propter humanam societatem rectius seruandam, & *et f. d. f.* Ita maioris mali euitandi gratia custoditur concubinatus, id quod etiam in *cap. hæc ratione. 31. quæst. 2. dicitur.* Concubinatum permillum esse à nolentibus, quia malæ hominum mentes ad plenum prohiberi non possunt, nec tamen esse præceptum concubinatum, & eo respectu dicitur in *No. 18. de trient. & semis. §. consideremus.* cum honeste viuere, qui vnā tantum concubinam habet, modo sit maior viginti quinque annis. Hinc dicitur in *d. l. 1. ff. de concubin.* honestius esse patrono libertam concubinam, quam matrem famil. habere, quia scilicet olim non potuit liberta in vxorem duci: Ergo saltem potest haberi in concubinatu potius quam materfamil. Paul. *lib. 2. sentent. tit. 19. §. fin.* Hinc fit legitimari posse filios naturales ex concubina procreatos, non ex incestu coitu, qui spurii dicuntur, §. *si aduersus. cum §. fin. de nupt. Coraf. lib. Miscellan. 1. c. 3. num. 5 cum seq.* Concubinatus igitur illegitimus est per se, vnde cum simpliciter ius diuinum non agnoscit, cum *Genes. 3.* dicatur. Erunt duo in carnem vnā scilicet legitimo modo coniuncti. Legitimus est, quo ad malum maius cōcubinatu euitatur, quæ ratio mouit Impp. vt eum concederent, vicitque etiam Iuris Canonici in eorum 12 autoritas. Et quamuis iure ciuili concubinatus sit legitimus, † non tamen sequitur concubinatum in definitionem nuptiarum incidere, est quidem legitima coniunctio, hoc est, legibus concessa maioris mali præcauēdi gratia, non tamen est animorum coniunctio perpetua, nec maris & feminae est coniunctio, cum appellationes hæ extra matrimonium non militent, nec indiuidua vitæ est consuetudo, non non coniungantur in concubinatu animo & affectione perpetuæ & indiuiduæ vitæ societatis. Quoties enim liber vna expulsa alteram reducere possunt, id quod secus est in matrimonio, vbi dissolutio non ita conceditur, cum contemplatio publicæ vtilitatis id non permittat, Paul. *lib. 2. sentent. tit. 19. §. 1.* Quod autem differunt legitimi & naturales liberi, ac per consequens matrimonium & concubinatus in aliis in sequen. disputat. dicetur. Tercio non est, quod 13 quis cogitet † contubernio etiam conuenire hanc definitionem, cum hic agamus de iustis nuptiis, quas inter se ciues Romani contrahunt. §. *1. de nupt.* Ad serui ciues Romani non sunt, cum iure ciuili pro nullis habeantur. *l. quod attinet. de reg. iur.* Et illa coniunctio inter seruos alias dicitur contubernium. *l. 3. C. de incestuos. nupt.* Paul. *lib. 2. sentent. tit. 19. §. inter seruos.* & seruis nullæ erant leges positæ. Quarto obicitur nuptias non continere indiuiduam vitæ consuetudinem, cum solui possint, vt in *thesi 28.* dicitur. Quod autem soluitur est diuiduam non indiuiduum. Respond. Pro solutione notandum est, quod matrimonium initio eo voto & animo contrahatur, vt sit indiuidua societas. Hoc autem

vorum, hic animus perpetuæ cohabitationis sæpe tollitur & impeditur, dum multa ex acci-
dente præter opinionem interuenire possunt, quæ lege iubente dissolutionem suadent,
& quod lege permitte sit, penam non meretur. *l. Gracchus 4 C. ad l. lul. de adul.* Meti-
mur igitur nuptiarum indiuiduitatem ꝑ ex initio nuptiarum, quod perpetuitatē respicit, ¹⁴
licet certis modis matrimonium solui possit. Quinto obicitur contra datam solutionē.
Matrimoniu esse iuris gē. seu naturalis: Sed ius naturale est immutabile. Ergo quoq; ma-
trimonium est immutabile. Resp. ante *in dissolut. ad thes. 11.* generalis solutio est data ad
tales obiectiones, quod scil. ꝑ effectus iuris naturalis impediatur interdū propter certas ¹⁵
circumstantias, cui solutioni hic addendum, q; raro fiant dissolutiones & frequentib. in-
diuiduitatibus matrimoniorū parum detrahant. Quæ autem raro fiunt, iura ciuilia non
attendunt, *l. 3. 4. 5. ff. de ll.* quamuis Rom. tempore frequentia fueriat diuortia, id quod *ex*
l. 2. ff. de diuort. & *repud.* constat. Sexto obicitur contra solutionem datam. *l. nihil tam*
naturale est. ff. de reg. iur. vbi dicitur nihil tam naturale est quam dissolui quid eo modo,
quo est colligatum. Ergo & dissolui potest ex leuissima causa matrimoniu, scil. solo dissen-
su, cum consensu sit colligatum. *l. nuptias de reg. iur.* Resp. Illa regula militat in contractib.
aliis non in matrimonio. Nam matrimonium quidem nudo consensu cōtrahitur, vt em-
ptio, locatio, mandatum, societas. *tot. tit. Instit. de oblig. qua consensu contrah.* sed tamen non
dissoluitur matrimonium mutuo ꝑ dissenso, cum diuinum præceptum adfit: quos Deus ¹⁶
coniunxit homo ne separet, *Matth. 19.* & contemplatio publicæ utilitatis id non permis-
tat, *Paul. lib. 2. sent. tot. tit. de nupt. §. 1.*

Ad Thesin 7. & 8.] Contrahentes matrimonium secundum *ll.* præcepta cocant,
requiritur igitur vt habeant ꝑ legitimam ætatem, masculi annos ¹⁴, fœminæ duodecim ¹⁷
completos. Cui primo obiciuntur *c. attestaciones 10. extr. de sponsal. & matrim. & c. pube-*
res 3. extra, de sponsal. impub. vbi dicitur ex habitu corporis de pubertate iudicari debere,
non ex annis, & malitiam sæpe supplere ætatem, id quod consuetudo etiam approbat. Re-
spond. Verum est de iure Canonico id ita obtinere. Nos tamen Iustin. sequimur, qui di-
cit, ex annis debere æstimari pubertatem, *§. 1. de nupt. ex l. 4. ff. de ritu nupt.* Cum & anti-
quis impudicum sit visum, & indignum Iustin. temporis castitate, ex inspectione habitu-
dinis corporis de pubertate iudicare. *§. 1. infr. quibus mod. tutel. fin.* Sæpe tamen fit, vt iudex
honesto modo ex qualitate corporis vel capitis, forte ex lanugine prima barbæ in iudicio
pubertatem deprehendere possit. Atque ita *l. minor. 32. in princ. ff. de minor. 25. ann.* est ac-
cipienda.

Secundo obicitur, quod etiam iure ciuili anni non attenduntur in nuptiis, id quod
probat per *l. sancimus. 24. C. de nupt.* vbi ætas nec in masculis nec in fœminis requiri-
tur, cum ibi dicitur, non esse tempus inspiciendum, in quo nuptiarum ætas fœminis post
duodecimum annum accesserit. Respond. Inciuile est, nisi tota lege perspecta, ex paucis
verbis velle iudicare. *l. inciuile est. ff. de legib.* Casus igitur *d. l. sancimus*, præ solutione est,
ibi aliquis alicui promissit aliquid puta centum, si nuptias celebrauit. Quæritur quando
tempus vel conditio illa sit impleta, & pecunia peti possit? Et responderetur non eam im-
pletam, nisi festiuitas nuptiarum adfit, hoc est, ipse actus nuptiarum, vel deductio in Jo-
num mariti, nec sufficere ætatem adesse legitimam actum nuptiarum deficiente. Quam-
uis enim adfit legitima ætas, nec tamen nuptiarum actus solennis sit celebratus, centum
non dantur nec peti possunt. Non autem negatur alias legitimam ætatem, scilicet in
masculis quatuordecim, in fœminis duodecim annos non requiri, sed hoc in casu eam
non sufficere, cum & actus nuptiarum simul requiratur.

Tertio obicitur sponsalia septimo anno celebrari posse, *l. in sponsalibus. 14. ff. de spon-*
sal. Ergo

sol. Ergo in nuptiis etiam septem anni sufficiunt, cum consensu nudo fiant sponsalia & nuptia. Resp. Conveniunt quidem in eo, quod nudo consensu fiant, sed non in eo quod obicitur, cum id leges velint. Denique obicitur *Nov. 100. de tempore non solut. pecun. sup. dot. §. gener. aliter. Vers. novimus.* ubi dicitur, non minus 15. annorum ad nuptias procedere, qui vtiliter citius contrahunt nuptias. Ergo in masculis 14. anni non sufficiunt sed 15. Respond. Loquitur illa Novella nobiscum, & per 15. annum intelligit 15. annum inchoatum, & 14. completum.

Ad Thes. 9. & 10.] Affirmamus in hac thesi, parentum consensum, in quorum liberis sunt potestate, † præcise in nuptiis de necessitate requiri, quia etiã dicit Iustin. *in §. 1. de nupt. naturalis & Civilis ratio id suadet.* Naturalis ratio suadet obedire parentib. *l. & eluti. 2. ff. de iustit. & iur.* Civilis ratio, quia sunt in potestate patris liberi, quæ iuris civilis Rom. est. *§. 1. de patr. potest. Iuris Canonici interpp. & gloss. inc. sufficiat. 27. q. 2. in verbo SOLVS, in fine.* volunt de honestate saltem requiri consensum parentum non de iuris necessitate quasi omitti posset, si hoc filiis contrahentibus nuptias placeret. Et sic ex quarto præcepto, quod necessitatem omnibus imponit, fieret libertas adhibendi vel omittendi consensum parentum, id quod dictum est impium, cum & ipsius Iuris Canonici *in cap. non omnis. 32. quæst. 2.* religiose dicat, consensum paternum requiri, nec sine eo nuptias esse legitimas. Sed q. consensus paternus in nuptiis liberorum non † sit necessarius probat Ioannes de Rebert: item Anton. Guibertus, qui habet sex argumenta, *lib. 1. quæst. iuris memorabil. c. 12.* quæ Dn. Borcholt. *in tractat. de gradibus* refutavit. Primum, consensus non est necessarius, quia definitio nuptiarum eius non facit mentionem, quod argumentum ante *ad Thes. 6.* est refutatum. Secundum, quod impedit consensus libertatem matrimonii, cum tamen matrimonium debeant esse libera, *l. Titia. 13. in prin. ff. de verb. oblig.* Resp. Matrimoniorum libertas propter consensum † non impeditur. Præcedit enim voluntas contrahentium libera, consensus parentum accedit, quorum pietas pro liberis consilium capit, *l. nec ea. 22. §. pen. ff. ad l. iul. de adult.* Si autem pater omnino violenter cogeret filium nolentem ducere uxorem, impeditur libertas matrimoniorum, & eo calu recte dicimus, id fieri non debere, cum libertas matrimonii impediatur. *d. l. Titia.* Et sic accipitur *l. non cogitur. 21. ff. de ritu nupt.* cum qua lege omnino consentit. *c. cum locum. 14. extra. de spons.* ibi enim violentus est metus & coactio summa contraria consensui. *tot. tit. ff. quod met. causa.* eū tamen matrimonium consensu nudo ac solo contrahatur, ut *in thes. 11.* dicimus, & coactiones habeant difficiles exitus. *c. requisivit. 17. in fi. extr. de sponsal.* cum facile condemnatur id q. quis dicit, per iustum timorē sibi placere, *d. c. cum locum. c. presens. 20. q. 3.* Tertium, quod filiusfam in causis publicis habeatur pro patrefam. per *l. filiusfam. ff. de his qui sui, &c.* Et iuris est publici matrimonium *l. 1. in verb. publice interest dotes servari. ff. solut. matr.* quæ admodum *dos per.* Ergo non opus est adhibere consensum patris, cum sit hoc loco filiusfam. vice patrisfam. Resp. Per publicas causas intelliguntur publica officia, in quib. filiusfam. est loco patrisfam. quale matrimon. non est, male ergo hoc inferitur. Quartum: eadem reverentia ex 4. præcepto debetur matri q. patri. Ad matris consensus iure civili nō est necessarius. Ergo nec pater. Resp. Matris † consensus respectu iuris naturalis est necessarius, ut antea est dictum. Ius autem civile ea in parte recessit à iure naturali, quod eius proprium est *l. ius naturale. 7. in prin. ff. de iust. & iur.* eiusq. effectū & hic impediuit, nec sustulit. Civili igitur ratione respectu patr. pot. matris consensus non requiritur, respectu aut naturalis reverentiæ, de qua hic non agimus, utriusq. assensus requiritur. Sed obicitur contra darā solutionem & thesin, q. matris cōsensus etiam iure civili requiratur, per *l. in coniunctione. 20. C. de nupt.* Resp. Communis est solutio q. de necessitate iuris civilis non requiratur cōsensus matris, sed

sed de honestate tantum. Welsenb. in parat. ff. de ritu nupt. num. 3. cum liberos in potestate non habeat. Si autem patris auxilio destituitur filia, rectius dicimus hoc casu etiam de necessitate ex constitui. Imp. matris consensum requiri. d. l. in coniunctione. cum & naturale sit parentibus obedire. Veluti 2. ff. de iust. & iur. Et non tantum quod licet sed etiam quod honestum est semper in coniunctionibus sit spectandum l. semper in conuentionibus ff. de reg. iur. Curatoris autem cognatorum & affinium consensus non requiritur. 22. l. in copulandis 8. C. de nupt. Si autem inter curatorem, matrem & propinquos de eligendo marito non conuenit, forte si adhibito omnium illorum consensu à filia, quod in matre fieri de necessitate hoc casu mortuo patre debet, in reliquis ex honestate, mater alium eligat: tutor alium & propinquus alium, ad præsidem provincie vel magistratum est recurrendum, ut is imploratus suum officium interponat & optimum eligat l. 1. C. de nupt. Quintum: In spiritualibus consensus non exigitur c. ult. de iudic. in 6. At matrimonium est spirituale. c. debitum extra de bigamis non ordinand. Ergo consensus parentum in eo non requiritur. Respond. Etiam si interdum dicatur spirituale, tamen in iure civili contra-²³ctibus annumeratur, & à compilatoribus ff. nuptiarum materia contractibus subiungitur, unde iuris ciuilibus potius est. Sextum & vltimum. Filius scilicet sine consensu parentum potest ingredi monasterium. Ergo etiam matrimonium, quod spirituale est, sine consensu parentum contrahere potest. Resp. Matrimonium & monasterii ingressus plurimum differunt, quamuis in aliquibus conueniant, de quibus. Euerd. in Topic. Et hæc sunt 6. argumenta Guiberti, quibus alia sunt immixta:

Nunc ad Pontificum decreta accedamus, & quidem ad d. c. cum locum 14. extra de sponsal. ante est responsum. ad c. sufficiat. 27. quest. 2. q. attinet, ubi dicitur, quod solus consensus²⁴ contrahentium requiri in nuptiis additur ibi, requiri consensum contrahentium secundum illud. hoc est, secundum iura ciuilia, quæ contrahentium consensui coniungunt consensum parentum. §. 1. de nupt. id quod etiam gloss. in d. c. sufficiat in verbo: S o l u s ostendit. ubi affirmat per particulam S o l u s non excludi parentum consensum sed alias solennitates. Deinde non obstat c. cum causa 6. extra de raptoribus. loquitur enim in eo casu, quando consensus solo contrahentium nuptiæ sint contractæ, non tamen adhibito consensu parentum, ea matrimonia iam contracta propter publicæ utilitatis contemplationem non soluuntur, id quod cum Paulo lib. 2. sent. tit. 19. §. 1. consentit, & cum l. consensu 8. in princ. C. de repud. ubi dicitur: Solutionem matrimonii esse difficiliorem, idque imperare fauorem liberorum. Consensu etiam non adhibito, propterea exheredatio locum non habet, cum ea causa inter 14. causas exheredationum non referatur. Nouel. 14. Si cum de appellatione. §. aliud. Septimo obiicitur quod filius & pater sint vna persona l. ult. C. in fin. de impuber. & aliis subsistit. Vnde si filius consentit, pater etiam videtur consentire & contra. Respond. ad antecedens in d. l. ult. dicitur, quod F e r r e sunt eadem persona, ut particula limitatiua F e r r e ostendit. Non enim possunt per omnia esse vna eademque persona filius & pater naturaliter loquendo: Sunt enim duo corpora, duo indiuidua, & separatos habent animos. Sed quod ad certos casus ciuilibus acquisitionis, qualis est etiam in d. l. ult. pro vna persona fi-²⁵lius & pater habentur. Octauo obiicitur, quod si pater est furiosus, filius eius consensum adhibere necesse non habeat, §. 1. de nupt. l. 9. in pr. ff. de ritu nupt. Vnde videtur dicendum, quod consensus patris non sit necessarius. Resp. Patris consensus hoc casu non est²⁶ necessarius cum pater sit furiosus, nullaque sit eius voluntas. l. furiosi ff. de reg. iur. ut nec tum, quando forte pater non vult dotare filiam iam plenæ ætatis, cui etiam optima nubendi offertur occasio, tunc enim filia absque patris voluntate potest nubere, ne causa maioris mali illa res sit. Cogi etiam potest pater officio magistratus eam dotare diff.

Nov. 114. c. aliud. §. si alicui vers. si vero. Sic nec obstat *l. filiusfam. 25. ff. de ritu nupt.* vbi filiusfam. non tenetur accommodare consensum patris, quia id speciale est in eo qui per emancipationem ex patris potestate exiit. §. *præterea. infr. quo modo pat. pot. solv.* quamvis filia emancipata propter sexus fragilitatem patris consensum adhibere tenetur *l. si qua 18. C. de nupt.* Eodem modo nec præses provincie filio vxorem ducenti consentire potest *l. qui in provincia 57. in pr. ff. de ritu nupt.* ne sua potestate facile abutatur, quamvis filia consentire possit. *l. si quis officium 38. §. fin. ff. de ritu nupt.* Nono obieitur, consensus patris, reus necessarius est. Ergo non aui. Respond. Aui paterni consensus est necessarius, cum nepotes in eius viui potestate sint. §. *1. infr. quo modo pat. pot. solui.* isque parentum appellatione continetur, vt nepotes appellatione liberorum *l. liberorum ff. de verb. signif.* Nec tamen excluditur patris consensus, licet eo viuo in eius potestate non sint liberi. Sed contra datam solutionem obiicitur *l. oratione 16. §. nepote. ff. de ritu nupt.* Vbi si nepos vxorem ducit, filius consentire debet. Si neptis nubit voluntas aui sufficit, & non requiritur voluntas filii. Resp. Aui voluntas sufficit si neptis nubit, nec est necessarium adhibere tum filii voluntatem cum filio tum inuito heres non agnoscatur. Nec enim qui ex nepote nascitur heres suus est futurus, cum nec in potestate aui materni sit. §. *6. l. sup. de pati pot. §. sui. infr. de hered. qua ab intest. deferuntur. §. sui. infr. de hered. qualis. & differentia.* In nepote autem aliud est statutum; Si enim is ducit vxorem, & filius consentire viuo aui debet, ne ei inuito suus heres agnoscat, quod heri non debet. §. *sed si quis infr. de adopt.* Si autem neptis vult, potest etiam sui patris consensum accommodare, id quod vocabulum *S V F F I C I T* ostendit in *d. l. oratione §. nepote. quasi si velit.* Sed contra dat. solut. oppono. *l. 3. ff. de ritu nupt.* vbi pure idem proponitur casus in nepote, & tamen dicitur, quod sola aui voluntas hoc casu sit perquirenda, & non sui patris voluntas. Resp. Gloss. in *d. l. 3.* quam sequitur Hotom. in *illustr. quest. 9.* Et Cuiac. in *notis priorib. pag. 14. affirmat, in d. l. 3. nepotem duxisse consobrinam & sic cognatam, quæ dum est ex familia, sufficit aui voluntas, quia non præsumitur hoc casu filio inuito heredem agnoscere sed volenti, quamvis eius consensus non adhibeatur: ind. §. *l. oratione §. nepote,* nepotem duxisse extraneam, vbi præsumtio voluntatis facilis non est, vnde filii quoque consensus erit perquirendus, alias pugna esset istarum ll. magna, quæ in vno eodemque autore Paulo Icto non facile est inducenda. Decimo. Nihil obstat historia Tobia, quia voluntate Dei & Angeli duxit Tobias iunior filiam Gabeli, id quod etiam euentus & reditus ostendit. Cui enim à parentibus Tobias iunior rediens cum vxore conspicitur, magni ibi gaudiū oritur vrex historia constat. Vnde decimo obiicitur contra id, quod in *thesi* dicitur, præcedere debere parentum consensum in nuptiis non sequi. *l. nec filium 12. in fin. C. de nupt.* vbi dicitur consensum parentum debere accedere. Ergo rati habitatione ex post facto sequi potest consensus parerum. Resp. verbum accedere hic pro præcedere accipitur, vtique enim quod præcedit, accedit. Et qui nō contrahit, fauore matrimonii tacite consentire videtur *l. 5. C. de nuptiis.**

Ad Thes. II.] In h. thesi affirmatur nudum consensum contrahentium requiri in nuptiis. Cui opponitur *l. si p. atri cogente. 22. ff. de ritu nupt.* vbi dicitur quod coactus teneatur aliquis aliq. ducere, cum tamen coactio consensui sit contraria. Resp. Elegans est illa lex & loquitur in eo casu, quando filius reuerentia & metu reuerentiali paterno ductus, ducit aliquā, quæ quidem non duceret, si esset sui iuris. Fir a. ob reuerentiam paternā mirabilis temperatio & cōmixtio noluntatis & voluntatis ita vt vbi ante fuit noluntas respectu eius quæ ducit, fiat voluntas respectu reuerentia paternæ, vnde dicitur in textu: *Maluisse* videtur.

28 Matrimonium enim inter ¶ inuitos non contrahitur, vt ante est dictū. Et sic noluntas & voluntas in gradibus remissis in eodē possunt hæc re subiecto. Et hæc actiones Aristoteles

lib. 3. Erhicozum c. 1. vocat mixtas, vbi quis diuerso respectu vult & non vult, & tamē magis vult, veluti cum quis potius dare vult latroni pecuniā iuramento promissam, quā amittere vitā. Dn. Phil. Mel. tamen *in Erhicis sub tit. de iuramentis* dicit huiusmodi actiones magis esse voluntarias quā mixtas. Est quidē noluntas quo ad pecuniā, quæ tamen fit voluntas proportionē habita ad vitā, quā omnib. bonis est præstantior & clarior. Et alias coacta voluntas est volūtas. *l. si multis. §. pen. ff. quod metus causa.* Porro *in eadē thes.* affirmatur solū & nudus consensus contrahentiū requiri ad nuptias, vnde sequitur deductio in domū mariti, excludi à substantialib. matrimonii. Certū n. est *ex l. si donationis. 2. 2. C. de nupt. cā* omitti posse, ac nihilominus nuptias suā habere firmitatē. Deinde vt alii contractus veluti emptio, venditio & c. nudo consensu contrahuntur *tot. tit. infr. de oblig. qua cons. contrah.* Et tamen post contractū empt. vendit. quo ad eius perfectionē & absolutionē requiritur precii & meretur. *§. precii. inf. de empt. & vendit.* Ita matrimonii solo consensu cōtrahentiū cōtrahitur & cōstituit, quous deductio in domū mariti, vt sequela ad absolutionē & restitutionē publicā initi cōtractus accedere postea possit, in cuius locū tamē hodie successit ex iure diuino & Canonico deductio in templū quod omitti nō debet, *vt in thes. seq.* affirmatur. Et sic sentit Cuiac. *in parat. C. & ff. de nupt.* Dn. Borch. illā sententiā in publica disputatione nouissime de nuptiis habita, est amplexus: quāvis Azo *in summa sua aurea de nupt.* & Hotom. *lib. 4. obf. c. 20.* contrariū sentiant, deductionē scil. in domū mariti esse de substantia matrimonii, eamq; esse solā notā qua nuptiæ à sponsalib. distinguantur vt olim Dn. Borcholt. cum illis sentit *vt in tract. de gradib.* Pro hac igitur re firmanda affirmamus cum Cuiac. *in parat. C. de nupt.* dupliciter accipi vocabulum nuptiarum. Primo pro consensu vel vinculo illo, quo contrahentes nuptias, colligantur, ac ille consensus solus & nudus constituit nuptias, quāvis deductio vt sequela ad absolutionē tendens sequi possit. Secundo vocabulum nuptiarū accipitur pro solennitate festiuitate vel pompa nuptiarum solemnī, qua deductio in domum mariti olim fiebat, hodie deductio in templū. His præcognitis nunc facile est respondere ad cōtraria. Et quidē l. obicitur *lex cui fuerit 15. ff. de cōdit. & demonstr. vbi* requiritur de necessitate in domum mariti deductio. Resp. *ex l. 2. 4. sancimus. C. de nupt.* hoc modo. Si quis pacto vel stipulatione se aliquid facturum puta opus aliquod, vel daturum puta 100. sub hac conditione promissit: Si nuptias celebraret vel nuberet. Quæritur quādo ista conditio sit impleta. Et opus, vel 100. peti possint? Resp. *d. l. sancimus,* non aliter conditionem hanc esse impletam, & opus vel 100. aliter peti non posse, nisi deductio solennis sit facta in domum mariti. Illa enim deductio certissimum est argumentum in omnium oculis incurrens consensum præcessisse & nuptias iam esse omnino perfectas. Et in tali casu accipitur *d. l. cui fuerit.* Nam verbum *NUBERE* vel nuptias celebrare hoc loco in secundo significatur exauditur quam tamen deductionem præcessit consensus, qui solus nuptias alias constituit, nec aliter est impleta conditio pacti, nisi solennis nuptiarum pompa sit habita, alias indebitum petitur, inde tamen non efficitur ad nuptias necessario requiri deductionem, quamuis hæc pacta sub deductione facienda semper tacite exaudiantur. Nec obstat ratio *in d. l. cui fuerit* quæ hæc est: Nuptias enim consensus facit non concubitus, ex qua nata est *l. nuptias. ff. de reg. iur.* Hæc enim ratio excludit saltem concubitus, non autem deductionem in domum, quæ quidem alias sequela est matrimonii & velut accidens quoddam, quæ tamen in casu *d. l. cui fuerit,* est necessaria, respectu pacti vel stipulationis, non respectu nuptiarum, quæ solo consensu cōtrahuntur, vt ante dictū est. Consensus autem ideo sit mentio, quia procedit in omnib. nuptiis, & sic etiam *in d. l. cui fuerit* processit, quāvis etiā secundū *d. l. sancimus,* debuit sequi deductio in domū mariti, quæ præter hæc stipulationes & pacta nō est necessaria, cū omitti possit, *d. l. si donationum.*

Secundo obiicitur *l. mulierem §. ff. de ritu nupt.* Resp. eadem solutio potest applicari. Fuit enim adiecto pacto in literis illa conditio: promitto mai illud tibi daturum si nuptias mecum celebraueris, hic quidem consensus adest, quo solo nuptiæ constituuntur. Sed respectu pacti in literis facti etiam deductio requiritur solennis, alias ille cui quid promittitur indebitum peteret.

Tertio obiicitur *l. denique 6. ff. de ritu nuptiarum.* Resp. illa lex magis sententiā nostram confirmat, ibi enim quis absentem ducit vxorem, & quidem adest consensus ante per literas declaratus, qui sufficit ad constitutionē matrimonii sed ad consumationem accessit etiam nuptiarum festiuitas pro declaratione illius consensus adhibita. Perit autem maritus iuxta Tyberim à cœna, quæritur an sit lugendus maritus. Et deciditur quod à vxore sit lugendus quia vxor est, dum primum adfuit consensus, & etiam fuit secuta deductio, alias sponsi vel sponsæ nullus est luctus. *l. vxores. ff. de his qui not. infam.*

33 Quarto obiicitur *l. cum hic status 32. §. similiter ff. de donat. inter vir. & vxor.* Resp. Illa lex etiā nostram confirmat sententiā, quamuis enim scorum habitent maritus & vxor, honorem tamen habent matrimonio, & ideo donationes non valent *l. 1. ff. de donat. inter vir. & vxor.* postea subiicit rationem huius rei Vlp. Non enim coitus, inquit, matrimonium facit sed maritalis affectio, & sane licet non indulgeant concubitu, tamen maritalis adest affectio quæ sola nuptias constituit, quamuis eam etiam sequatur deductio in domum mariti, quæ per consensum non excluditur. Quinto valde obiicitur *l. cum in te 8. C. de donat. ante nupt.* vbi talis proponitur casus: Aliquis in die nuptiarum dedit 100. mulieri, & cum dubitaretur, an à sponso vel marito essent data, videndum inquit Imp. Aurelianus, an in domo mulieris sint data, an vero in domo mariti. Si in domo mulieris accipientis 100. est facta donatio ante nupt. est donatio & valet: si in domo datis 100. 34 est facta, reuocari potest donatio nec valet, vxor enim fuit, & inter virū & vxorē donationes non valent *d. l. 1. ff. de donat. inter vir. & vxor.* Ex hoc casu videtur dicendū metiri aliquē debere nuptias ex deductione, & nō aliter esse perfectas nuptias nisi deductio accesserit. Respond. Dubium fuisse hoc casu (quod illa verba ostendunt *in ambiguum potest venire.*) an donatio sit facta ante donationem solennem, an post, & nihil certi de hoc casu constituisse, vnde decidit Imp. si in domo mulieris sit facta donatio videri eam factam ante nuptias, hoc est, ante solennem deductionem in dubio & reuocari non posse omnino cum illo casu valeat. Vxor n. nondum fuisse præsumitur. Obiicitur porro contra datā solut. *ad d. l. 6. l. scia. ff. de donat. inter vir. & vxor.* vbi aliquis dat in sua domo, & tamen dicitur non posse donationem reuocari cum tamen certum sit donationem inter virum & vxorem non valere. Respond. Horti sunt vicini ædificiis & censentur domus *l. urbana. ff. de verb. signif.* Et non repetitur hic donatio, quia certum est ante deductionem in domū mariti donationem factam esse, & ideo etiam donatio valet. In *d. l. in te 6.* dubium fuit, vtrum deductio esset facta an non, ideo aliud statuitur in dubio, & sciendum est donationem valere antequam facta est solennis deductio, licet consensus adsit, qui duntaxat matrimonium constituit, vt supra est dictum. Nec tamen sequitur ad nuptias, quæ solo consensu constituuntur, requiri deductionem, licet vt sequela sequatur. Sed contra hanc dat. solut. obiicitur principium *d. l. scia. ff. de donat. int. vir. & vxor.* Vbi sibi quasi contrarius est Scauola Iustus, cum dicat matrimonium censi contra factum, si consensus possit demonstrari, non attenta deductione in domum mariti, quam tamen maxime in donatione simplici facta attendit & respicit *in d. §. 1. eiusdem l.* Resp. Illud principium nobis non obstat quia vbi sit donatio antequam deducatur in domum & antequam tabulæ consignentur, quæritur an donatio valeat? Et deciditur à Iusto Scauola, non attendendum

dendum esse tempus, hoc est, nihil referre an donatio sit facta, antequam in domum ma-
 riti deducatur, an antequam tabulæ consignentur, & affirmat I Ctus non valere donatio-
 nem nisi ante contractum matrimonium fiat, id quod & ante dictum est. Nam in eo con-
 ueniunt deductio in domum & tabulæ consignatio, quia & hæ plerumq; post contractum
 matrimonium fiunt, quando autem I Ctus dicit matrimonium consensu intelligi con-
 trahi, non excludit deductionem in domum, sed magis eam includit quia solus consensus
 quidem nuptias constituit, sed coniunctus cum deductione donationes irritas facit, &
 maxime per solum consensum hoc loco vult remouere scripturam quæ omnino ad nu-
 ptiarum non est necessaria *l. 4. in fin. ff. de pignor. & hypothec.* id quod etiã Hotom. *in d. obs. 26.*
lib. 4. affirmat, vbi dum statuit de substantia matrimonii esse deductionem in domum, aliter
d. l. eum in te. 6. C. de donat. ante nupt. & d. l. pen. ff. de donat. inter vir. & vxor. per correptionem
 nem conciliat, quæ hic optime potest & debet vitari cum sit odiosa secundum *c. odia. de*
reg. iur. in 6. Sed opponitur hic etiã matrimonia & sponsalia vnũ idemq; esse, cū vtrunq;
 nudo & solo consensu constituatur. Resp. Consensu nudo vtrunq; fit, sed quo ad consensum
 est differentia in tempore & intentione. Ante sponsalia nãq; adeest consensus sponsaliti-
 us in sponsalia principaliter & p. consequentiã in nuptias, celebratis sponsalibus expirat ille
 consensus sponsaliti- & principaliter accipit suas vires maritalis consensus, hoc est, con-
 sensio in nuptias. Et tantũ de deductione in domum mariti. Deniq; obiicitur contra hanc
 thesin, errorem consensui esse contrarium, cum errantia nulla sit voluntas. *l. sed hoc 10. ff.*
de aqua & aqua pluuiarum arcenda. Sed matrimonium errore contractum non soluitur *c. 1.*
causa. 29. quæst. 1. Ergo matrimonium potest contrahi absque consensu. Resp. De errore
 tractatur *in d. c. 1. vbi* quadruplex error constituitur, primus error fortunæ est, quãdo quis
 putat se ducere diuitem, cum veniat pauper, hic error matrimonium non soluit. Secundus
 error est qualitatis, quando quis putat se ducere virginẽ incorruptã, cum tamẽ violata ve-
 niat, & hic error de iure Canonico matrimonium non soluit *d. c. 1. in fin.* cui tamen con-
 suetudo nostrarum ecclesiarum repugnat, quæ permittit diuortium hoc casu ad instantiam
 mariti, si omnino notorium est eam esse corruptam ab alio sine mariti præscientia, etsi
 reconciliatio prius tentanda, locum habere non potest, & ita decissum fuit *Witeberga à*
Consistorialibus ann. 1552. Et dominus Lutherus *in lib. de causis matrimonialibus.* idem sentit.
 Ac si licet ab emtionis contractu argumentari ad matrimonium, valet emtio mulieris
 corruptæ pro inuiolata emta. *l. alioquin. ii. ff. de contrahend. emt.* Quamuis stricta ratione
 non valeat. *l. ex emtio. 11. §. si quis virginem ff. de act. emt.* Affirmat igitur Dn. Welsenb. *in pa-*
rat. de ritu. nupt. n. 8. iniustum esse hoc calu maritum cogi inuitum retinere vxorẽ, quam-
 uis in honorem matrimonii, quod non facile debet solui publicæ vtilitatis grãtia vt est
 ante dictum, diligenter admoneri debebat maritus ad redintegrationem, cum eiusmodi
 matrimonia sæpe sint felicia. Tertius error est personæ, quando quis putat ducere Caiam cum
 putat esse Titiam. Quartus error est conditionis, quando quis putat se ducere liberam
 cum tamen sit serua, & his duobus erroribus matrimonium iure Canonico soluitur, sed
 si tale quid contingeret hodie, facile diuortium non permetteretur præsertim propter
 errorem nominis, idque in honorem matrimonii, alias propter diuersam religionem se-
 paratio fieri posset; nisi vt vxor & maritus eandem religionem profiterentur, id quod iudi-
 cio Ecclesiæ relinquendum est.

Ad *Thes. 12. & 13.* Inter ascendentes & descendentes nuptiæ in infinitum sunt pro-
 hibitæ, & si tales personæ inter se coeunt nefarias vel incestas nuptias inter se contrahunt,
 inter quas hoc loco non distinguitur id quod tamen Accurs. *in Nou. 12. de ir-*
nesar. nupt. putauit. Vnde fit vt inter collaterales contractæ nuptiæ, & or-

alias sunt prohibita, incestus dicatur. *l. si adulterium* 8. §. 1. ff. ad l. iul. de adul. ubi collata-
 39 rales dicuntur et incestus nuptias contrahere, quamvis ordinaria incestus poena non af-
 ficiantur. Vide Cuiac in *Nov. de incest.* & *nesur. nupt.* licet Welenb. affirmet in §. *inter eas*
de nupt. proprie incestus nuptias esse inter ascendentes & descendentes propter prohibi-
 tionem quæ extenditur in infinitum, cum tamen in collateralibus similis oblatio
 non sit, d. §. ergo. cum §. seq. de nupt.

40 Ad Thes. 14. 15. 16. 17.] Duorum et fratrum vel sororum vel fratris & sororis liberos,
 posse coniungi Iustin. Imp. in §. *duorum de nupt.* affirmat, quamvis Theophilus græcus in-
 terpres legat negativè hoc modo ὁ δὲ νῦνται συνάπτεται, hoc est, non possunt coniungi.
 Vbi tamen Curius Latinus Theophilum interpretes contra fidem Græci exemplaris omisit
 negativam. Sed auctoritas Theophili huic textui nihil derogat. Similiter nihil obstat au-
 thoritas Cui Icti lib. 1. instit. tit. 4. §. *fratris* quia illi 2. libri institutionum Cui dubiæ sunt
 autoritatis & suspectæ & forte ab alio quodam sine iudicio confarcinati, ut refert Cu-
 iac. ad d. §. *duorum.* & Wel in §. *sed ius quidem civile, supr. de iur. nat. gent. & civ.* Probatur
 autem huius d. §. *duorum* sententia per Ictum Paulum in l. 3. ff. *de ritu nuptiar.* Et post Pau-
 lum Ictum per constitutionem Arcadii & Honorii in l. *celebrandis* 19. C. *de nupt.* qui filii
 sunt Theodosii Magni, qui ante quidem eas nuptias prohibuerat. l. 3. C. *Theod. de incest.*
nupt. quam constitutionem postea filii abrogarunt per d. l. *celebrandis*, & notandum est
 in d. l. *celebrandis* consobrinorum appellacionem generaliter accipi pro consobrinis pa-
 truelibus & amitinis. Confirmat etiam hanc sententiam l. 2. C. *de instit.* Et substit. lbi e-
 nim mater filiam habens, eandem instituit heredem sub ea conditione: Si sororis suæ
 hoc est; materteræ suæ filio, hoc est, consobrinus iungeretur matrimonio, quæritur an
 conditioni huic filia cogatur parere? & affirmat Anton. Imp. rursus nuptias non esse si fi-
 lia consobrinus nubat. Præterea quamvis ex serie §. *duorum* videatur dicendum eum flagi-
 tate negationem potius quam affirmationem cum particula AUTEM quasi opponatur
 præcedenti §. *inter eos* ubi dicitur, quod coniungi quædam personæ possint, scilicet tu & filia,
 quam pater tuus adoptavit, cum nec naturali nec civili iure tibi coniungatur. Iam sub-
 iicit in hoc §. *duorum*, quod duorum fratrum vel sororum liberi coniungi possint, unde
 otiose particula autem usurpatur, tamen resp. illā particulam autem respicere ad id, quod
 in pr. d. §. *inter eas* dicitur, inter fratrem & sororem nuptias omnino esse prohibitas, inter
 fratrum vel sororum liberos vero nuptias esse concessas, ut Iustin. hic affirmat. Iure au-
 tem et Canonico non licet intra quartū gradum inclusivè inter collaterales matrimo-
 nium contrahi c. *non debet* 8. §. *prohibitio quoque extra de consang. & affinit.* cum tamen
 de iure Canonico duorum fratrum vel sororum vel fratris & sororis liberi secundo gra-
 du inter se distent. Vnde & prohibitio in iis locum habet. Ratio autem prohibitionis
 hæc est; quod 4. sint humores in corpore humano; Ergo usque ad 4. gradum fit prohi-
 bitio in matrimonio, quæ ratio dum inepta & ridicula est, magistratus auctoritas hac in
 re plurimum potest, qui etiam eiusmodi matrimonia hoc tempore concedere potest, si ei
 integrum videbitur. Ex eadē ratione, dicimus & in thes. 18. prohibitionem locum habere
 eum de iure Canonico frater & soror sint in 1. gradu: de iure civili in 2. gradu. Sic lo-
 cum habet hæc prohibitio in thes. 19. fratris enim & sororis filia coniungitur mihi iure
 Canonico secundo gradu, iure civili autem tertio gradu. Sic neptis fratris vel soror-
 is iungitur mihi tertio gradu iure Canonico; iure civili quarto gradu. Sunt enim à me
 ad neptem fratris 4. generationes, & ideo 4. gradus, §. *fratris de nupt.* Sic proneptis fra-
 tris vel sororis mihi iungitur quarto gradu iure Canonico; iure civili quinto gradu.

Vnde nec illam iure Canonico ex d. 1. regula ducere possum. Sed ut ante dictum, apparet hanc rationem Canonistarum ridiculam esse de prohibitione quaternaria, quia nec abnepthem fratris vel sororis ducere possum, quamvis ultra 4. gradum iure Canonico & ciuili mihi iungatur, idque velle videtur d. §. fratris & l. sororis 39. in pr. ff. de iur. nupt. Et ratio hæc est, quia mihi liberorum loco sunt omnes qui ex fratre vel sorore meo nascuntur in infinitum vnde illa prohibitio in infinitum extenditur. Sic omnes qui parentum loco sunt in linea collateralis ducere non possum in infinitum, quamvis ultra quartum gradum sint. l. per adoptionem 17. §. Et ff. eod. id quod etiam in thes. 20. affirmatur. Admodum igitur hac in parte ratio ista Canonistarum claudicat, referente etiam Wesenb. in d. §. fratris de nuptiis.

Ad Thes. 18.] Ratione ciuili cognationis, quæ contrahitur ciuili ratione per adoptionem est prohibitio talis, ut etiã dissoluta adoptione eos, qui parentum vel liberorum loco mihi sunt, ducere non possum, quia durat illa reuerentia inter patrem & filiam vel matrem & filium, quæ quidem non ex sanguine descendit, sed ex illa ciuili adoptandi ratione. Adoptio enim imitatur naturam. §. minorem infra de adopt. Et quidem hoc ita se obtinet in ascendentibus & descendentibus. In collateralibus est difficultas, quia dissoluta adoptione eam quæ mihi soror fuit ante per adoptionem facta, ducere possum, cum iam vinculum ciuile, quod impediēbat nuptias constante adoptione, morte patris naturalis vel emancipatione sit disruptum, & ego iam respectu sororis emancipatæ & ante adoptatæ extraneus intelligar. Sed obicitur lex quintetiam §. §. 1. ff. de ritu nupt. vbi dicitur me adoptiuū mei patris matrem, vxorem ducere non posse, dum constat adoptio, soluta ea posse me illam in vxorem ducere, quæ tamen in noueræ loco est, soluta etiam adoptione. Respond. Dum constat adoptio, matrem patris adoptiuū mei materteram vel amitam, materteram magnam vel amitam magnam in vxorem ducere non possum: Si soluitur per emancipationem adoptio, mater patris adoptiuū & reliquæ personæ loco extranearum mihi sunt, ideo eas ducere possum soluta adoptione, atque ita d. l. quin etiam §. 1. est exaudienda. Sed in l. per adoptionem 17. §. 1. ff. de ritu nupt. Adoptio non fuit soluta, & ideo ibi amitam & materteram ducere prohibetur. Patris autem adoptiuū vxorem etiam post emancipationem in vxorem ducere non licet filio adoptato l. adoptiuus 14 in pr. ff. de ritu nupt. Idque maior reuerentia nominis materni vel noueræ, quæ etiam post emancipationem remanet eique debetur, operatur, quæ reuerentia non ita militat in matre patris adoptiuū cæterisque personis de quibus dict. quæ nullo ciuili vinculo mihi sunt iunctæ.

Ad Thes. 19.] Frater coniugem ducendi licentiam penitus submouent Impp. Valens, Theodos. & Arcad. in l. §. C. de incest. nupt. quod consentit cum Leuitici cap. 18. vbi dicitur vxorem fratris sui nullus accipiat. Et Leuitic. 20. cap. dicitur, qui fratris vxorem accipit, rem facit illicitam, id quod etiam moribus nostris ita observari videmus. Et eatenus thesis nostra cum iuris diuini & ciuili textibus congruit. Cæterum obicitur cap. 25. Deuteronom. ii. vbi Moyses ex mandato Dei præscribit ut frater demortui fratris vxorem ducat. Respond. illa lex est Mosaiica & fuit concessa tum eo casu, quando frater sine semine decessit, hoc enim casu licuit ex lege Mosaiica fratrem fratris demortui vxorem ducere & ei semē suscitare; & hac ratione eius familiā & demū ædificare. Eandē hanc l. Mosaicā obiciunt Saducæi Christo Matth. 22. Septem nimirum fratres unam habuisse vxorem eo casu, quando frater primus & reliqui sine semine decesserunt. Et Christus approbare videtur illam l. Mosaicā. Cui tamē nunc in nouo testamēto alligati nō sumus cū vna

eum politia Mosaica defierit) quamvis Saducais non directo ad quaestionem respondeat, sed dicat eos fratres fore ut Angelos Dei in nouissimo die, qua responsione etiam videtur Christus approbare illam legem Mosaicam tum adhuc inter Iudaeos stante politia ex mandato Dei frequentatam: tamen magis vult retundere Saducæorum falsam opinionem, qua negabant resurrectionem mortuorum. Manet igitur verum, fratrem fratris uxorem ducere non potuisse iure Mosaico, nisi frater sine semine decesserit, quæ lex Mosaica dum hodie cessat abdita Mosaica disciplina & politia, merito frater hodie uxorem fratris nulla ratione ducet, vnde & Ioannes Baptista *Matth. 14.* grauiter inerepat Herodem, quod cum Philippi fratris uxorem habeat, quamvis Iosephus & alii dicant Philippum fratrem tum adhuc fuisse in viuis, & ideo merito fuisse reprehensum Herodem, quod tamen ex d. *Matth.* loco minime apparet.

45. *Ad Thef. 20.*] Duas uxores eodem tempore habere non licet, id quod ius civile Canonicum & diuinum approbat, & quidem iure civili tempore. ff. si qui duas habebat uxores notatus fuit infamia. *l. 1. ff. de his qui not. infam.* Diuinum etiam ius dicit *Genes. 2.* Erunt duo in carnem vnam. Ergo non plures. Sed obicitur Patriarchas plures habuisse uxores, cui respondat pontifex in *cap. gaudemus §. quis* & *extra de diuortii.* vbi affirmat patres excusari ab adulterio sicut Iacob. à mendacio. *Genes. 27.* Et Israelitæ à furto. *Exod. 12.* excusantur quia id fecerunt intuitu promissionis, in femine tuo benedicentur omnes gentes. Hodie ex Caroli V. Constitutione ultimo † supplicio bigami afficiuntur, quam sequitur Elector Saxonie *cap. 20. p. 4. constitutione: Von zwenfacher Ehe.*

- Ad Thef. 21.*] Olim apud Rom. frequentia fuerunt diuortia & causæ soluendi matrimonii etiam leuissimæ, ut constat ex *l. 2. ff. de diuort. & repud.* Hodie † soluitur matrimonium morte naturali. *l. 1. ff. de diuort.* non autem morte civili, puta maxima vel media cap. diminutione. Maxima cap. diminutione, hoc est, si quis seruus pœnæ sit; tū enim matrimonium nouo iure non soluitur. *d. Nou. 22. de nupt. c. quod autem.* quamvis tamen eo casu matrimonium dissoluatur quando quis ingratus libertus existit, & ob id in seruitutem redigitur *d. Nou. 32. c. 9.* Wesenb. *ff. de diuort. n. 4.* Sed quia nunc omnino nec libertos nec seruos nostra ætas agnoscit, ille casus recte omitti potest. Quando autem quis simpliciter in seruitutem redigitur, captiuitate, non statim hodie soluitur matrimoniū ut olim. *d. l. 1. ff. de diuort.* quia ex Iustin. constitutione totum quinquennium est expectandum. *d. No. 22. c. sed etiam.* quamvis ex *Auth. hodie C. de repud.* mulier teneatur expectare † maritum in captiuitate vel expeditione versantem quanciscunque etiam annis abfuerit, licet literas vel nuncium ab eo non acceperit. Si literas de morte mariti accepit vel nuncium certum id deponentem; ad secundas nuptias potest transire, & si tum forte falsam relationem maritus redierit, eam recipere potest iuxta dispositionem *d. Auth. hodie* id quod etiam de iure Canonico ita obtinet, *c. in presentia. extra de sponsal. & matrim.* Media quoque cap. diminutione scil. deportatione matrimonium similiter olim non solvebatur. *l. 1. C. de repud.* Cui ramen obstat *l. si quis 56. ff. solut. matrim. quemadmodum dos pot.* vbi dicitur solui matrimonium captiuitate vel deportatione Resp. Hoc fieri propter mulieris affectionem, quia non vult vxor casum illū mariti tristem ferre, vnde matrimonium soluitur, quæ solutio in *d. l. 1. C. de repud.* habetur, vbi & Pacius id annotauit. Vel iuxta Cuiac. in *d. No. 22 pag 156.* Iure civili summo vel stricto solui matrimonium & ita accipi *d. l. si quis.* iure autē gent. quin nuptiis cōsideratur nō solui matrimoniū secundū *d. l. 1. No. 20 a.* iure de portatio nō soluit matrimoniū. *d. Nou. 22. c. 13.* Secūdo soluitur matrimoniū

impotentia, † quando alteruter coniugum est impotens, cum finis coniugii deficiat, hoc 49
est, procreatio liberorum, & libido alias expleri non possit. Expectandum vero est ad pro-
bandam impotentiam tricennium ex Iustin. constit. d. No. 22. c. 6. Sterilitas autem matri-
monium quidem olim soluit. l. *utricus*. 60. c. m. seq. ff. de donat. inter vir. & uxor. hodie ve-
ro non, ex No. 117. c. 8. Cuiac. in d. No. 22. Tertio soluitur matrimonium † adulterio. 50
Matth. 19. vbi est vox *πορνεία*, cuius vsus late patet, & alia etiam includit, scil. nimiam sa-
uitiam, insidias, & capitales inimicitias, quæ sunt à Magistratu astringenda. Wessemb. tit. de
diuort. & Repud. num. 9. Borch. in tract. de grad. secundum l. consensu. 8. §. 1. C. de repud. In-
primis autem Magistratus in omni modo soluendi matrimonium de iure civili concessio
diligenter coniuges ad redintegrationem admoneat, quia propter regulam diuinam; Quos
Deus coniunxit, homo ne separet. *Marci 10. cap. quos Deus 33. quasi. 2.* vtcunq; fieri potest,
tentanda est reconciliatio, quæ tamen si obtineri non potest, exploratis prius circumstantiis
permittendum est diuortium.

Ad Corollarium.] Facto iam diuortio per adulterium, quæri potest † an etiam
fonti & rea persona liceat ad secunda vota transire? Et dubitabatur ex eo quod l. *Corinth.*
7. dicatur mulierem quæ à viro discedit manere debere innuptam, vel viro suo recon-
ciliari. Sed ille locus ita intelligitur, quando ex iniusta causa aliqua à viro discedit non
ex fornicatione. Vult igitur Paulus minus & pœna talem coercere mulierem, vt reconci-
lietur marito, ideo addit: aut maneat innupta. A contrario autem sensu potius nostra
sententia inde confirmatur hoc modo, si ex iusta causa discedit, hoc est, propter fornica-
tionem, vt in nostro casu, non maneat innupta, hoc est, transeat ad secunda vota rea per-
sona. Deinde sententia Corollarii potest colligi ex *Matth. cap. 19.* quando dicit: vir vx-
orem non dimittat, scilicet ex iniusta causa; ex iusta causa scilicet ex fornicatione dimit-
tat. Qui dimissam ex iniusta causa ducit, mæchatur. Ergo qui dimissam ex iusta causa
ducit non mæchatur: vnde sane apparet ex iusta causa dimissam in vxorem rursus ab alio
duci posse. Tertio evitari potest maius malum, id est, vaga libido, si etiam personæ fon-
ti ad secunda vota transire conceditur, quæ tamen ab Ecclesia iudicentur. Wessemb. num.
§. 1. de diuort. De infonti persona non dubitatur: quia ad secunda vota transcurrat, cum
nihil peccauit, & ideo pœnam non pariat *secundum l. cum par delictum. §. 1. tit. ff. de
regul. iur.*

DISPUTATIO IV.

Ex §. fin. tit. 10. & tit. 11. & 12. lib. 1. Institution. desumpta, de le-
gitimatione, adoptionibus, & quibus modis
ius patriæ potestatis soluitur.

CONTINUATIO.

Non tantum natura, nempe iustis nuptiis patria potestas acquiritur: sed
& legitimatione, quæ iuris est beneficium, constituitur. §. fin. Instit. de nupt. l. 1.
10. & seq. C. de natural. liber.

Thesis 1. Legitimatio est actus legitimus, quod is, qui natus ex illegiti-
mo ma-

mo matrimonio, fit legitimus. *l. ult. ff. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* Wesenb. in §. ult. num. 4. *Instit. de nupt.*

2 Species legitimisationis sunt: oblatio curiæ, rescriptum Principis, & per subsequens matrimonium. §. *fin. Instit. de nupt.* vbi Schneidvv. Borcholt. & Mynsing. §. 2. *Instit. de heredit. qua ab intest. defer.*

3 Oblatio curiæ est, cum filius naturalis illegitime natus, datur Imperatori vel ciuitati, vt illi seruicius, efficiatur legitimus. *l. si quis. C. de natur. liber. §. fin. Instit. de nupt.*

4 Rescriptum Principis est priuilegium, quo Imperator vel alius eius nomine natum extra matrimonium naturali ingenuitati restituit, vt in posterum pro legitimo habeatur. Est enim de re Imperatoris legitimare, non tantum naturales, sed etiam incestuosos aut liberos ex illicito coitu natos. *l. qui in prouincia. 57. §. 1. ff. de ritu nuptiar.* Bartol. in l. 2. ff. de verborum obligat.

5 Subsequens matrimonium est, cum quis ducit concubinam suam, etiam in extremo vitæ articulo constitutus. *d. §. fin. Instit. de nupt. l. 5. 6. & 10. C. de nat. liber.*

6 Liberi enim antea nati, ob honorem matrimonii subsequents, etiam si nulla insuper copula carnalis accesserit, fiunt legitimi, & quo ad omnia legitimantur. *c. tanta est vis. extr. qui filii sunt legitimi.*

7 Tertia patriæ potestatis causa est adoptio, quæ est actus legitimus, per quem quis fit filius, qui natura filius non erat: eiusque species sunt adoptio specifica & arrogatio. *in princip. Institut. de adopt. l. 1. & 4. ff. eod. titul. vbi Zasius.*

8 Adoptio specifica est, quæ fit Imperio Magistratus in eo, qui alienæ potestatis est, & fit vel ab extraneo, aut ab ascendente: Mynsing. *in princip. Institut. de adopt. num. 8.*

9 Adoptatus ab extraneo manet in potestate parentis naturalis, & adoptanti ab intestato tantum succedit: adoptatus vero à persona suæ familiæ in ascendente linea transit in potestatem patris adoptiui. *l. cum in adoptiuis. §. si vero. & §. sed ne articulum. C. eod. tit.*

10 Arrogatio est adoptio, quæ fit principali rescripto aut Imperatoria authoritate in eo, qui sui iuris est. Mynsing. *in princip. Institut. h. titul. num. 7.*

11 Filius familias si extraneæ personæ in adoptionem datur, is iura patris naturalis non amittit. *l. 10. C. de adopt.*

12 Hic Magistratus sua approbatione adoptare potest, apud quem est legis actio. *l. 1. C. de adopt.*

13 Arrogationis effectus est, cum arrogatus nec emancipari nec exheredari potest sine iusta causa, nisi quarta pars (quæ dicitur quarta Diui Pij Antonini) ipsi relinquatur. *l. Papinianus. 8. §. si quis. 15. ff. de inoffic. testam. Nov. 18. cap. 1. in fin.*

14 Et hanc quartam emancipatione facta, statim consequi videtur filius conditione ex lege: Exheredatus vero filius post mortem arrogatoris etiam familiæ herciscundæ iudicio agere potest. *l. 2. C. de adopt. l. 1. §. 21. de collat. l. 2. §. 1. famil. hercisc.*

15 Volens aliquem adoptare, debet eum, quem adoptare cupit, plena pubertate præcedere. *§. minorem. Institut. de adopt.*

16 Differunt hoc loco inter se castrati & spadones: Castrati dicuntur, quibus testes naturaliter desunt, & ad generandum natura sunt impotentes, nec adoptare possunt. *§. sed & illud. Instit. h. tit.*

17 Spadones sunt, quibus virilitas violenter est detracta, quodque fit per accidens, & hi adoptare possunt. *§. sed & illud. vbi Mynsing. num. 1. & 2. Institut. hoc tit.*

18 Sicut dominica potestas manumissione heredis institutione & adoptione soluitur. *tot. tit. de liberrin §. 1. Institut. de hered. instit. §. fin. de adopt.* ita patria potestas quoq; variis modis dissolvitur: unde primo non immerito quaeritur, an dignitas Doctoratus & militia armata liberent filium familias à patria potestate? *§. filius familias. vbi Port. & Mynsing. num. 7. in fin. hoc tit. Bart. in l. si maritus. C. de patr. potest.*

19 Secundo patriam potestatem dissolvit captivitas ex iusto bello contingens: licet ea non tam tollat, quam in suspensio eam teneat. *§. si ab hostibus. Institut. hoc tit.*

20 Terrio emancipatione filius familias sacris paternis eximitur. *§. præterea. hoc tit.* Est enim emancipatio patriæ potestatis per actum iuris solennem dissolutio. *Wesemb. in paratit. circa fin. de adopt.*

21 Ad extremum patria potestas soluitur, si pater filium quem in potestate habebat, a quo vel proa quo naturali in adoptionem dederit. *§. sed & si pater. hoc tit. l. pen. C. de adopt.*

22 Illud quoque libet addere, quod neque naturales liberi, neque adoptivi ullo pene modo possunt cogere parentes, de potestate sua eos dimittere. *§. fin. hoc tit.*

Corollarium: Apposite hic quaeritur: utrum adoptione is, qui ignobilis est, nobilis fiat? Nos negatiuam sententiam cum Cuiac. *in consult. 56. & Wesemb. in consult. 44. num. 5. defendere conabimur.*

DISPUTATIONIS IV.

De legitimatione, adoptionibus, & quibus modis ius patriæ potestatis solvatur, obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 Legitimatio est actus civilis, quo quis naturalibus restituitur.
- 2 Legitimatio quot modis fiat.
- 3 Legitimatio per adoptionem hodie est sublata.
- 4 Legitimatio per subsequens matrimonium quomodo intelligatur.
- 5 Vxor & concubina quomodo distinguantur.
- 6 Liberi ex illicito coitu præcati, beneficio legitimationis non gaudent.
- 7 Instrumenta dotalia an requirantur ad legitimationem.
- 8 Legitimatio per oblationem curia quid sit.
- 9 Adoptio an sit actus legitimus.
- 10 Servus si adoptetur non quidem fit filius, sed fit tamen liber.
- 11 Adoptionis definitio quomodo differat à definitione legitimationis.
- 12 Adoptionem qui Magistratus confirmare possit.
- 13 Adoptionis quot sint species.
- 14 Arrogatio maioris Magistratus auctoritate opus habet.
- 15 Filius familias si per extraneum adoptetur, iura patris naturalis non dissolviuntur.
- 16 Adoptionis magna est fragilitas.
- 17 Pater adoptivus moriens, si filium arrogatum exheredat, iubetur ei quartam partem rerum suorum bonorum relinquere.
- 18 Adoptare qui vult debet octodecim annis præcedere eum quem adoptare constituit.
- 19 Spadones cur possint adoptare, cum tamen castrati ad non possint.
- 20 Leonis Imperatoris auctoritas non sufficit ad aliorum Imperatorum textus approbatores emendandos.
- 21 Militia & dignitas olim non solvis patriam potestatem.
- 22 Dignitas qualibet novissimo iure patriam potestatem solvit.
- 23 Captivitate apud hostes, an solvitur patria potestas.
- 24 Patria potestas solvitur emancipatione, tam in naturalibus quam in adoptivis.
- 25 Adoptione quomodo patria potestas tollatur.
- 26 Nobilitas ex adoptione non tribuitur, & quare.
- 27 Filius adoptivus in feudis patri non succedit.
- 28 Mulier cur dicatur nobilitari genere mariti.
- 29 Adoptione augetur dignitas quam quis natura habet.

Explicata prima causa patriæ potestatis, scil. nuptiis. Nunc de 2. & 3. causa patriæ potestatis similiter brevitè erit agendum. Legitimatio ¶ est actus civilis, hoc est, à iure civili introductus vel formatus. Non igitur huc pertinent adoptiones, quæ in sacris literis leguntur, ut quādo filia Pharaonis dicitur adoptasse Moysen. Actus enim civilis, hoc est, solennitates civiles adhibite non fuerunt. Nam Moyses innatus aqvis saltē est educatus

& conseruatus & sic loco filij habitus à filia Pharaonis. Legitimatione vero quis natalibus restituitur, qui legitimus filius non fuit, & fingitur l. potestate & subtilitate filius, qui reuera filius non est. Hæc tribus ꝑ modis fieri aliteritur in *thes* 2. Cui obicitur. §. *Ulm. de 2. nupt. §. 1. infr. de hered. qua. ab intest. deser.* vbi tantum duo modi, scil. per obligationem curiæ, & per subsequens matrimonium referuntur. Resp. Ex *l. non est nouum. ff. de ll. vnâ* l. ad aliam esse referendam, quod si & hic fieri, constabit vnum modum ex *No. 89. quibus mod. naturales eff. sui. c. illud.* adhuc esse his duobus annumerandem, quando scil. Princeps suo rescripto aliquem filium esse legitimum rescribit, qui reuera non est legitimus. Deinde obicitur contra datam solut. plures esse modos quam tres legitimationis, idque probarur per *No. 117. Si liceat matri vel auia, C. c. ad hoc autem, C. Auth. si quis liberos. C. de naturalibus liberis.* vbi quartus modus proponitur, scil. quando quis in Instrumento scribit tribus testibus fide dignis filium naturalem, quem ex ea cum qua matrimoniū esse potuit, suscepit, suum legitimum esse filium: tum enim per solam nominationem suorum vel sui filii legitimatio procedit. Respond. Verum est ab aliquibus quartum istum modū constitui. Verum hic modus ad legitimatorem per subsequens matrimonium recte referri potest. Finguntur enim propter illam ipsam nominationem contractæ ante nuptiæ, & sic liberi legitimati, fingiturque legitima vxor, idq; etiam inde apparet, quod dicitur cum potuisse cum ea habere matrimonium. Fingitur ergo & præsumitur iuris subtilitate interuenisse matrimonium, & omnia matrimonij legitima, vnde dicendum, hunc modum ad legitimatorem per subsequens matrimonium non incōmode referri posse, & per consequens saluam nostram thesin manere. Tercio obicitur adhuc nihilominus quartū modum esse constituendum, qui fit per adoptionem, id quod constat ex *l. iubemus. 6. C. de natural. liber.* Resp. olim quidem ille modus ex Anastasii constitutione fuit vtitatus, sed illam Anastasij constit. abrogauit Iustin. in *l. legem Anastasii. 7. C. de naturalib. liberis.* vbi tota lege perspecta in *vers. imposterum*, tolluntur ꝑ legitimatōnes per adoptionem vel arrogationem. Idem repetit Iustin. in *No. 74. q. m. naturales eff. sui. c. & nos.* vbi dicit Iustin. olim quidem modum improbabilem non fuisse legitimatōnem per adoptionem, sed tamen à patre suo sublatum, cuius constitutionem ipse Iustin. quoq; amplectitur. Denique obicitur, adhuc 2. modos esse constituendos, vnum qui fiat per subsequens matrimoniū, alterū qui fiat per Magistratum. Princeps n. magistratus est, sicut magistratus ciuitatū vel municipales magistratus sunt. Resp. Negari non potest verumq; magistratū esse, sed quia iurisdictionem amplitudine plurimum inter se differunt, merito & hi 2. modi per oblationē scil. curiæ & per rescriptum Principis, hoc est, Imperatoris fuerunt distinguendi, cum plus virium & authoritatis habeat legitimatio per rescriptum Principis, qui etiam merū habet Imperium & iurisdictionem simplicem. §. *sed & quod Principi. supr. de iur. nat. gent. & ciuil.* quam legitimatio per oblationem curiæ facta à magistratibus prouincialibus, qui tantum simplicem iurisdictionem seu notationem habent. *l. notationem. ff. de verb. sign.*

Ad *Thes. 3. 4. §. 6.*] Omnium fauorabilior est modus per subsequens matrimoniū, 4
q; tamen ita intelligitur, si quis ex coitu non adeo damnabili, nec tamen legitimo in totū, filiū ꝑcreauerit, eamq; ipsam postea in matrimoniū duxerit, ex qua ei natus est filius, quo facto, filius sit legitimus. Si enim affectus & consensus procedit maritalis, qui ante nō adfuit, per subsequens matrimonium legitimatio dicitur fieri. Solo enim ꝑ delectu seu affectu mulier & concubina distinguuntur Paul. *lib. 2. sent. tit. 20. de concubin.* Sed in concubinato est concubinaris affectus, non animus perpetuæ cohabitationis & indiuiduæ societatis, vt est in matrimonio. *l. 1. ff. de rit. nupt. §. 1. supr. de pat. pot.* Si vero subsequitur affectio maritalis, finguntur ii, qui ante nati sunt, legitime etiam concepti & nati, idq; vis & fauor ma-
k trimonij

trimonij operatur, *c. tanta. 6. in pr. extr. qui filij sint legit.* Requiritur autem ut talis sit persona, quæ ducitur, cum qua matrimonium contrahi potuit, *d. §. 1. inf. de hered. qua ab intest. defer.* Vnde apparet, secus esse in liberis, qui ex illicito & nefando coitu procreantur, beneficio n. legitimacionis ꝑ non gaudent. *l. 6. l. 10. C. de naturalib. liber.* Imo nec alimenta iure ciuili consequuntur, *d. No. 89. quib. m. naturales eff. c. sli.* quæ tamen alimenta Canonica æquitate iis subministrantur *c. cum haberet. in fin. inf. de eo qui duxit in matrimon.* Sed dubitatur an etiam ꝑ dotalia instrumenta ad legitimacionem requirantur, & sic sentit Iustin. *in d. §. sli. de nupt. & d. §. 1. inf. de hered. qua ab intest. defer. l. cum quis. 10. cū seq. C. de natural. liber.* Alij tamen contrarium audent affirmare dotalia instrumenta ad legitimacionem non esse necessaria, idq; probant *p. No. 74. q. m. natural. eff. §. illud quoq;.* Et *per l. nuptias. ff. de reg. iur.* Sed illi duo textus de nuptiis intelliguntur, cum quib. legitimacionis actus non concurrat nec legitimacione sit opus. Alias certum est nuptias solo ac nudo consensu celebrari absq; instrumentis, *l. 4. in fin. de pign. & hypothec.* Male igitur eo à Dd. torquentur hi text. Deinde nihil facit pro hac sententia *l. laudabile. 4. §. quotiescumq; C. de aduocatis diuersi iud.* Ibi namq; de nuptiis sine legitimacione loquitur Imp. Anastasius, non enim in iis requiruntur dotalia instrumenta de necessitate, ut iam est dictum. Hic autem vna cū affectu & maritali consensu requiruntur dotalia instrumenta & probationes, ideo quia forte alicui facile lis super legitimacione moueri posset, si dum eam allegaret nec probare posset plurimum eius famæ detraheretur. Metu igitur controuerſie super legitimacione forte futuræ Imp. dotalia instrumenta hoc casu requisierunt, quibus consensu maritalis qui ante non adfuit recte doceri & probari posset. Nec obstant *in d. l. laudabile.* hæc verba: *vel liberis extantibus.* Quia ut additur, extant, id est, procreati sunt ex illo coniugio non extra coniugium vel nondum sunt procreati ex hoc coniugio. Deinde loquitur illa lex de eo quod sufficiat parentem profiteri apud acta vel fisci patronum, liberos legitime esse natos. Tercio nihil eam sententiam probat *No. 117. & licet matri vel auia. cap. 2.* Loquitur enim de eo casu, quando per solam nominationem suorum sunt legitimi, & ibi instrumentum fit tribus testibus confirmatum, vnde sane apparet satis legitimacionem vere esse factam, singiq; ibi veras esse nuptias, legitimamque vxorem ut ante est dictum. Quarto non facit pro eorum sententia, quod matrimonium vsque ad extremum vitæ spiritum recte contrahatur, *l. hoc genus. 105. de consit. & demonstr.* vnde videtur dicendum instrumenta non esse necessaria, quia nihilominus instrumenta ab alijs pro legitimacione patri mortituro fieri possunt. Deniq; nec ius Canonicum omnino reicere instrumenta dotalia ad legitimacionem per subsequens matrimonium ll. ciuilib. requisita probari potest, cum *d. cap. tanta. 6. extr. qui filij sint legit. in pr.* nihil de istis ponat instrumentis, vnde dici potest tacite ius Canonicum etiam ll. ciuiles hac in parte sequi, quemadmodum etiam sequitur eas in consensu parentum adhibendo, ut in præced. disput. *ex c. sufficiat. 27. q. 2.* dictum fuit. Manet igitur vera sententia *d. §. sli. & d. §. 1. inf. de hered. qua ab intest. defer.* licet Cuiac. opinetur etiam absq; instrumentis dotalibus posse matrimonium perfici si subest causa legitimacionis *lib. 43. obs. 4.* id quod etiam refert Wesenb. & Myns. *in d. §. sli. de nupt.* Secundus modus legitimacionis fit per oblationem curiæ ꝑ quando ordini curialium, hoc est, Magistratib. ciuitatum filius à patre offertur, vel quando seipsum offert filius secundum dispositionem, *d. No. 89. q. m. natur. eff. c. si quis autem.* Et huic legitimacioni magistratus formā addit, cuius interuentu rū est necessarius, ut in legitimacione ꝑ rescriptis Principis, qui tertius modus est, cui Imperatoris authoritas, interuentus & approbatio formā addit.

Ad Theſin 7.] Nunc post legitimacionem de adoptione erit agendum, q̄ definiri potest ꝑ actus legit. *is p. c. l. actus legitim. ff. de reg. iur. & per l. post mortē. 25. ff. de adops. in verbis: eius modi*

aiusmodi solemnitatem. Sed obiicitur primo, quod non sit actus legitimus adoptio, cum inter actus legitimus non numeretur in *d. l. actus legitimi. de reg. iur.* Resp. In illa lege quidem non fit mentio adoptionis, sed saltem emancipationis & quorundā aliorum: sed quia nec adoptio diem recipit; non n. morib. nostris conuenit temporale habere filium *l. q̄st. r. 34. ff. de adopt.* sequitur eam esse actum legitimū qui diem non recipiunt, *d. l. actus legitimi.* Horum. *illustr. q̄st. 32.* Theoph. *in tit. de adopt. §. 1.* ubi definit adoptionem actum legitimum. Deinde obiicitur seruū posse adoptari qui tamen iure ciuili pro nullo habetur, vnde nec cum eo legitimus actus celebrari potest. Male igitur genus adhuc ponitur. Resp. Et si seruus iure ciuili, & legitimo hic prò nullo habeatur, *l. quod attinet. ff. de reg. iur.* tamen si est adoptatus & filius nominatus, non quidem fit filius, sed fauore libertatis fit tamen liber, *d. §. ult.* Et hic casus specialis est ad definitionē non referendus, cū seruus talis liber quidem fiat, sed non filius. Tercio obiicitur, adoptionē esse cōmentum, *l. fidei cōmissum. 76. ff. de cond. & demonst.* Vnde actus ciuilis dici non potest. Resp. Ibi falso p̄tenditur, adoptio & ideo cōmentū dicitur non q̄ alias res sit illicita. Quarto obiicitur adoptionis definitionē coincidere cum definitione legitimationis, vnde falsa videtur, cū formā non habeat. Resp. Differt t̄ reuera plurimū adoptionis definitio à definitione legitimationis. **15** Legitimatione n. is qui iam est filius, sed non iure fit legitimus filius: In adoptione vero is qui iam non est filius, fit lege filius, cum adoptio saltem sit naturæ similitudo. Caius *lib. 1. Instit. tit. 1. de adopt. in pr. & imitetur naturam. §. minorem. h. tit.* Quod autem imitatur naturam, non idem est cum natura, *l. 1. h. tit.* Deinde in legitimatione est pater naturalis: in adoptione est pater adoptiuus, quem non natura sed lex fecit, *l. 10. C. de adopt.* Deniq; obiicitur adoptionē actum legitimum definiri nō posse, cum patria potestas definiatur, *non nō Actus §. ius autē, sup. de pat. pot. & l. patre furioso. 8. in verb. ius potestatis. ff. de his qui sui, & c.* Vnde & adoptio ius definiri debet, quia ex adoptione cōstituitur patria potestas, & effectū non est præstantius sua causa. Resp. Et si adoptio patr. potest causa est, vt & legitimatio & nuptia, nō tamen statim retinent idem genus, sed ex sua cuiusq; natura & proprietate genera sibi asciscunt. Hoc iam genere p̄pugnato satis apparet adoptiones, quarum in sacris literis & alias sit mentio, huc non pertinere, cum hic de peculiari & ciuili adoptione agatur, quæ suis solennitatibus fuit peracta, quæ illis tribui non possunt, vt in *pr. huius diffus.* fuit indicatum. Weseñb. *in paratit. ff. de adopt. n. 1.*

Ad Thef. 8. 9. & 12.] Is magistratus adoptare potest h. ē. adoptionē confirmare, administrare, & formam ei addere, sua approbatione. apud quē est legis actio. Nec nouum fit ira vocabulum Adoptare vsurpari. Alias dicitur in *l. 1. C. de adopt.* apud eum adoptare licere, apud quem est legis actio. Sic in *l. 4. ff. de adopt.* dicitur, magistratum apud se posse adoptare, cum habeat legis actionem. Adoptionis autem duæ sunt t̄ species: Adoptio in specie ita dicta, & Arrogatio. Illa fit Imperio magistratus. Hæc autoritate Imperatoris, q̄ olim per populū Roman. fiebat. Sed quia populū omne Imperium in Imperatorē transiit, *sed & qui Principi. sup. de I. N. G. & C.* Arrogationis hanc potestatem vna ei contulit Myñf. & alij hic. Et quia arrogatur is, qui sui est iuris, t̄ maioris magistratus autoritate, **16** scil. Principis opus est: cum alias sufficiat magistratus autoritas, cuius iurisdictio multo est angustior & strictior, quando adoptantur ij, qui sunt in aliena potestate. Sed contra definitionē Arrogationis, in qua dicimus; eā per Imperatorē fieri, obiicitur *l. 2. C. de adopt.* ubi dicitur, q̄ arrogatio impuberis possit fieri per prætorem vel præsidem provincie. Ergo nō per Imperatorem. Resp. Verum est dici in *d. l. 2.* arrogationē per p̄torē vel præsidem posse confirmari, quod tamen ita intelligitur, vt *ibid.* versic. finalis indicat, si impetrata prius est à Principe approbatio Arrogationis, qua impetrata, potest per prætorem intimari, id est,

affigi post imperiale rescriptum, & potest id mandare executioni præses vel prætor. Et hæc confirmatio vel executio præsidis æque valet ac si olim per populum facta arrogatio fuisset, apud quem ius arrogandi fuit ante Imperatorem. Et hoc est quod in d. l. 6. C. de adoptione, dicitur. Adoptiones eorum, qui sui sunt iuris nec in regia vrbe, id est Romæ, nec in prouinciis fieri posse, nisi principali rescripto præcedente, id quod etiam in l. 7. C. eod. reperitur.

- 15 *Ad Thesin 10. & 11.*] Filiusfamil. si extraneæ personæ datur in adoptionem ¶ iura patris naturalis minime dissoluantur, & hoc est ex constit. Iustin. in l. 10. C. de adopt. cuius rei rationem reddit elegantem ibidem Imp. quia, inquit, nemo patiatur iura patris realis
16 nexu diuino copulata ludibrio defraudari, cum tanta sit ¶ fragilitas adoptionis vt possit in ipso die & filius fieri & per emancipationem extraneus inueniri. Et hoc casu vere filius manet adoptatus respectu patris naturalis per l. iure sanguinis. ff. de reg. iur. Si vero non extraneæ personæ sed sibi sanguine iunctæ filius in adoptionem datur, tum iura patris naturalis soluuntur, & vere fit filiusfam. respectu adoptantis, secundum d. l. 10. C. de adopt. Sed obiicitur *lex adoptium patrem. 9. in princip. ff. de in ius vocando.* vbi dicitur, patrem adoptium iure potestatis magis quam præcepto prætoris in ius vocari non posse. Ergo filiusfam. siue extraneæ siue cognatæ personæ in adoptionem detur, iura patris naturalis dissoluantur. Resp. Respicit illa l. ad ius antiquum ante Iustiniani enim constitutionem, si quis extraneæ etiam personæ in adoptionem dabatur in familiam eius adoptatus transibat, & soluebat patris naturalis potestas, quod ex constit. Iustin. est mutatum. Et ita quoque; l. quinetiam. 55. §. 1. ff. de ritu nupt. in verb. si in familia eius sint, est exaudienda, & si quæ sunt limiles.

- 17 *Ad Thesin 13 & 14.*] Si moriens pater adoptiuus filium arrogatum ¶ exheredat, vel sine causa emancipat, iubetur ei ex constit. Diui Pij Antonini quartam partem suorum bonorum omnium ei relinquere, præter bona quæ ad patrem adoptiuum transtulit, & hæc est omnium bonorum arrogantis quarta pars, quæ ab intestato filio arrogato debetur, id quod ita expresse affirmatur in l. 6. ff. si quid in fraud. patron. Alias ex testamento obueniens dicitur quarta quartæ, hoc est, quarta pars legitimæ portionis, quamuis hic Mynsing. putet, non esse omnium bonorum quartam, sed quartam legitimæ portionis, quod probari non potest, Cuiac. in Nov. 18. in pr. Queritur tamen an hæc quarta sit aucta per d. Nov. 18. de triente & semisse. Et quamuis idem Mynsing. videatur similiter hoc velle, tamen verius est eam auctam non esse, idque omnino apparet ex d. Nov. 18. §. 1. in fin. vbi dicitur, hoc obseruetur in omnibus personis, in quibus ab initio antiqua quartæ ratio de inofficioso, lege decreta est, hoc est, qui legibus permittentibus habent inofficiosi testamenti querelam. Sed illam querelam non habet filius arrogatus, cum habeat quartam ex constitut. Diui Pij: vt expresse affirmatur in l. Papinianus. §. si qui impubes. ff. de inoffic. testamento. Ergo quarta in filio emancipato non est aucta in d. Nov. 18.

- 18 *Ad Thesin 15.*] Qui aliquem vult adoptare, debet ¶ plena pubertate, id est, 18. annis præcedere eum quem adoptare vult, alias pro monstro est maiorem esse filium quam patrem, cum tamen naturam imitetur adoptio. §. minorem. de adopt. Cui oppono, quod anno 14. celebrari possunt nuptiæ §. 1. supr. de nupt. Ergo & potest fieri adoptio eo anno. Respond. Aliud est in nuptiis, quia ibi naturam non ita consideramus vt in adoptione, in qua etiam maius ius tunc requiritur. Deinde obiicitur quod decimo septimo anno completo aduocaturam quis administrare possit, & sic in publico versari. Ergo & 17. annorum pater aliquem adoptare potest. Respond. verum est in l. 1. ff. de postulando, & in l. 6. ff. supra.

Inpr. ex quib. causis manumitt. non lic. in aduocatis 17. annos ætatis requiri, qui & hic sufficere possunt modo tot annis adoptatum adoptans præcedat & tum 18. anni pro inchoatis sunt accipiendi. & 17. pro completis. Deinde obiicitur *l. meli. 14. §. 1. ff. de alim. & cib. legat.* ubi in pubertate non tam inchoatus quam completus 18. annus inspicitur. Resp. ille §. agit de alimentis, quæ malculis vsque ad annum 18. feminis vsque ad 14. annum sunt decernenda & intelligitur de inchoata pubertate, fauore pueritiæ, & intuitu pietatis & alimentorum.

Ad Thes. 16. & 17.] Spadonum vocem hic specialiter accipimus, † & castrato opposimus, alias castratus etiam spado dicitur in lata & generali significatione *l. si serua 39. §. fin. ff. de iure dot. l. spadonum ff. de Verb. sign.* intelligimus autem talem hic spadonem, in quo membris corporis integris spes est generationis, sublato vitio quod per accidens accessit, actu quidem generare non potest, potentia tamen potest, vnde & potest adoptare propter spem procreandæ sobolis. Castratus autem qui & Eunuchus dicitur *tot. tit. C. de Eunuchis.* adoptare non potest, quia in eo nulla est spes procreandæ sobolis, est impotens ad generandum, cū absit necessaria pars corporis & morbosus habeatur. *l. 7. ff. de adilit. edict.* Et sic apparet adoptionem imitari naturam; si quis enim generare non potest nec adoptare potest, & fictio legis in adoptione non porrigitur ad ea, quæ secundū naturā sunt impossibilia. *Myns. hic.* Nec refragatur huic assertioni autoritas Leonis Imperatoris *in Nov. 16.* ubi corrigit Iustinianum & dicit etiam natæra inhabiles ad generandum adoptare posse, quando icil. iniuria hominum, nō proprio eorum facto iis virilia sint exacta, non inquam refragatur, quia eius autoritas hoc in casu vt & in aliis multis nō est tanta, quæ nobis textus iuris ciuilis approbatus mutet, cum eiusdem Nouellæ nondum sint probatæ & pro authenticis receptæ, nec attendit Leo Imp. hoc quod dictum est adoptionem imitari naturam, id quod tamen Iustin. maxime considerat. Sic & *thes. 17.* vult sublata Leo per *Nou. suam 27.* ubi disponit quasunque matres posse adoptare, vt & *Rubrica d. Nou.* indicat, quia vt dixi, eius autoritas † non sufficit ad textus aliorum *Imp.* approbatos emendandos.

Ad Thes. 18.] Militia & dignitas olim † non soluit patriā potestatem, vnde *l. filius. 21. fam. 35. ff. de ritu nupt.* ubi dicitur, filiumfam. militem matrimonium sine voluntate patris non contrahere ad antiquum ius pertinet; alias enim vt emancipatus, sine consensu patris uxorem ducere posset, iuxta *l. filius. 25. ff. de ritu nupt.* Sed obiicitur in publicis non attendi patriā potestatem etiam iure antiquo. ff. id quod probatur per *l. filiusfam. ff. de his qui sui sūt. §. c.* Et per *l. 14. in pr. ff. ad S. C. Trebell.* Ergo falsum est iure antiquo Consularis dignitate, & sic publico munere non fuisse solutam patriā potest. Respond. Olim Cōiuncta esse potuerunt in vna persona, & esse in patr. pot. & sustinere munus publicum. Dignitas enim consularis vel alia quæuis patr. potestati nihil detraxit. Sed nouo iure certæ dignitates à patr. pot. liberant. *l. §. l. C. de decurionib. lib. 10.* Nouissimo Nouellarem iure † quælibet dignitas patr. potestatis nexibus filii exempta *Nou. 81 per totum.* Præsertim vero in *c. 1. §. generale.* Vbi dicit Iustin. Sancimus vt omnis dignitas, & omne cingulum liberet à potestate, vnde propter generalitatem asserimus & de cloratus dignitatem patr. pot. solvere, quod controuersum esse intet Dd. *Myns. hic in fine.* affirmat.

Ad Thes. 19.] Patria potestas scilicet luitur, si quis ab hostibus captus est nec reuersus: alius in suspensio est patr. potestas. Hoc thema ita intelligendum est, patriam potestatem stricto iure quidem solui statim atque pater capitur ab hostibus. Statim enim fit seruus & liberos in potestate habere definit. *l. si seruus. 16. ff. de interrogator. act.* Si igitur mortuus

pater apud hostes, metimur patriæ potestatis solutionem vi legis Corneliæ non ex morte
 23 sed ex prima captivitate; qua fuit † soluta patria potestas etiam ante mortem subsequen-
 tam: At quia redire poterat ex captivitate pater adhuc vivus ex æquitate dicitur in su-
 spenso esse semper patriæ potestatis ius propter ius postliminii. Et sic contrario huius fa-
 cile potest occurrere.

24 *Ad Thes. 20.*] Emancipatione † soluitur patria potestas non tantum in parentibus
 naturalibus, sed etiam in adoptiis constituta. Nam & adoptivi parentes possunt eman-
 cipare liberos suos per adoptionem in patriam suam potestatem redactos. l. 9. *Cod. de adopt.* id
 quod similiter eleganter ostenditur in l. 4. ff. si tabula testamenti null. ex tab. Et §. minus ergo
instir. de heredit. qua ab intest. defer.

Ad Thes. 21.] Adoptione, constituitur & tollitur patria pot. eo tamen casu tollitur
 25 † quando pater filium in adoptionem cognato dederit, tunc enim transit ex patris familia,
 quam mutat & filius fit cognati. Si autem extraneæ personæ in adoptionem filius datur,
 adoptione non tollitur patria potest. idq; ex Iustin. constit. ut sup. *ad thes. 20.* Et 11. est dictum.

Ad Thes. 22.] Ponitur particula P Æ N E limitatiua propter 4. casus exceptos & rela-
 tos in gloss. §. fin. quib. mod. pat. pot. solu. & à Wesenb. *ibidem*, quamvis l. non potest. 31. ff. de
 adopt. sine limitatione generaliter loquatur.

26 *Ad Coroll.*] Cognatum est huic materiæ corollarium, quo negatur adoptione tribui †
 nobilitatem, hoc est, non fieri ex plebeio & ignobili nobilem per adoptionem, eaque ne-
 gatio probatur primo ex eo, quod nobilitas pertinet ad statum vel conditionem: Wesen-
 bec. *conf. 44. n. 5.* Et dignitas separatur à statu. §. quib. magis. *infra. de cap. diminuit.* Et per
 adopt. status vel dignitas non mutatur, qui enim civis est non fit peregrinus per adoptio-
 nem. l. 7. *C. de adopt.* Secundo adoptio non facit ex ingenuo libertinum, vel ex libertino
 ingenuum. l. ult. ff. *eod.* Ergo nec ex ignobili facit nobilem, licet fauore libertatis ex seruo
 qui nominatus est suus, fiat liber per adoptionem. §. ult. de adopt. Tertio filius adoptivus

27 † in feudis patri non succedit *cap. 1. §. adoptivus si de feudo defuncti in content. inter domin.*
 Et *vasal.* Ergo adoptivus filius non est nobilis, aliquin succederet patri in feudis.
 Quarto. Nobilitas est à natura; ius vero naturale est immutabile. *sed naturalia sup. de iur.*

nat. gent. c. 6. Ergo adoptio nobilitatem non potest tollere nec inducere. Sed obiicitur
 primo contra hanc assertionem l. sciendum 32. ff. de ritu nupt. vbi dicitur libertinum ab
 ingenuo adoptatum omnia iura acquirere ingenuorum. Ergo falsum est libertinum ad-
 optatum non fieri ingenuum. Resp. Verum. libertinum adoptatum nancisci iura ingenu-
 orum, hoc est, privilegia illorum, nec tamen ingenuus fit. Differunt enim ingenuum esse,
 & ingenuorum iura consequi ut constat ex l. 2. *C. de iure annul. aueor.* Secundo obiicitur

28 *l. mulieres. C. de dignitatib.* in qua disponitur mulierem † nobilitari genere mariti, si forte
 est plebeia. Resp. id speciale est vi illius constitutionis & fauore matrimonii, quamvis na-
 tura inspecta nobilis non fiat sed fictione iuris nobilitetur, & privilegiis mariti gaudeat.
 Tertio obiicitur *l. in omni 33. ff. de adopt.* vbi dicitur, patriam dignitatem quaeri per ad-
 optionem; Ergo etiam quaeritur nobilitas per adoptionem cum sit dignitas. Resp. Adoptio
 gentem, id est, familiam confert non nobilitatem quæ est naturæ & generis siue status,
 & naturalia immutabilia sunt, cum & adoptio naturæ opponatur, in l. 1. in pr. ff. de adopt.
 Deinde illa lex magis confirmat nostram sententiam, nam dicitur pater adoptivus mor-
 tuo quaesitam dignitatem, hoc est, iura dignitatis, (quibus adoptivus æque frui poterat
 quam naturalis filius vivo patre) finita potestate in patre adoptivus consistente omnino
 soluta ut nullum maneat vestigiū, cum personale quiddam sint & cum persona extinguantur.

§. finitur. infr. de & usufructu. Si autem genus nobilitatis quod ex natura est per adoptionem quæsitum fuisset, tolli non potuisset emancipatione vel morte superueniente. Quarto opponitur *l. per adoptionem. 35. ff. de adop.* ubi dicitur augeri dignitatem per adoptionem. Resp. illa lex similiter nostram probat sententiam. Ea enim dignitas, quam quis natura habet, augetur adoptione, quia iura dignitatis patris adoptiui simul consequitur quæ tamen non à natura veniunt ut ea quæ ante habuit, sed per adoptionem, civili modo, & tandem etiã finita illa potestate patris adoptiui euanescent. Sic & minuitur dignitas per adoptionem, quæ quis à patre suo habet, quia manet eadem dignitas etiã post ademptionem.

DISPUTATIO V.

Extit. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. & 20. lib. 1. institut. de Tutelis:

Qui testamento tutor, &c.

CONTINUATIO.

Hactenus dictum est de personis alieno iure subiectis: nunc rerum series postulat, ut quæ personæ sui iuris sint, differamus. *in princ. institut. de tutel.*

Thesis 1. Sui iuris personæ vel in tutela, vel in cura sunt, aut neutro iure tenentur. *§. 1. institut. de tutel.*

2 Tutela est vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui per ætatem se ipse defendere nequit, iure civili data ac permilla. *§. institut. de tutel.*

3 Ea est vel legitima, vel dativa: & dativa alia testamentaria, alia Attiliana. *§. 1. institut. hoc tit. l. 1. ff. eod.*

4 Tutela testamentaria est, quæ datur à parentibus liberis impuberibus quos in potestate habent. *§. permissum. institut. hoc tit. l. in princ. ff. de testament. tutel.*

5 Tutores in testamento dare possunt parentes & omnes ascendentes, in quorum potestate sunt liberi.

6 Emancipatis tutores à parentibus non dantur; sed nec matri dandorum vel constituendorum testamento ius erit. *§. fin. institut. de tutel. l. 1. §. 1. ff. de confirm. tutor.*

7 Quamuis utroq; hoc casu, id quod deficit repleti à consulari potestate constitutiones cõcesserint & secundum mentem confirmari tutores. *l. 1. §. 1. & l. 3. ff. de confirm. tutor. §. fin. institut. de tutel.*

8 Filiis familias recte dantur tutores testamento, si in tutelis patrum familiarum locum obtinent. *in princ. institut. qui testam. tutor. dar. poss. l. 9. ff. de his qui sunt sui vel alien. iur.*

9 Sed & seruus proprius testamento cū libertate recte tutor dari potest, *in pr. qua testam. tutor. dar. poss. l. 10. §. fin. l. 28. §. 1. l. 23. §. 2. ff. de testam. tutel.* Seruus vero alienus pure inutiliter testamento datur tutor. *§. 1. institut. hoc tit. l. si hereditas. §. fin. ff. de testam. tutel.*

10 Minor 25. ann. tutor testamento datus, tutor tunc erit, cum maior 25. annis fuerit factus. §. *furiosus. instit. qui testam. tutor. dar. poss.*

11 Ad certum tempus vel ex certo tempore, vel sub conditione, vel ante heredis institutionem posse dari tutorem non dubitatur. §. *ad certum. institut. h. tit. l. 8. & 11. ff. de testam. tutel.*

12 Certæ autem rei vel causæ tutor dari non potest, quia personæ, non causæ vel rei datur. §. *certæ autem. dict. titul. l. 12. cum seqq. ff. de testam. tutel.*

13 Testamentaria tutela succedit legitima, quæ ex lege descendit. *in pr. instit. de legit. agnat. tutel.* Estque hæc agnatorum, patronorum, parentum ut fiduciaria.

14 Tutela vero non ad omnes agnatos simul pertinet, sed ad eos tantum, qui propiore gradu sunt. §. *quod autem dictum. institut. de capit. dimin. l. si plures. ff. de legit. tutel.*

15 Sed cum ius agnationis omnibus modis capitis diminutione plerumque petimi solent, operæpretium sane erit, de ea acervatim etiam nonnulla verba facere. §. *sed agnationis. de legit. agna. tutel.*

16 Capitis itaq; diminutio nihil aliud est, quam prioris status mutatio. §. *1. de cap. dimin. l. 1. ff. eod. tit.* hæcque est vel maxima, media & minima. §. *1. instit. dict. tit. l. fin. ff. de cap. minut.*

17 Maxima capitis diminutio est, qua quis libertatem, civitatem & familiam simul amittit. §. *maxima. hoc tit. l. fin. ff. eod.* Media vero est, qua quis libertatem retenta, civitatem & familiam amittit. §. *minor. eod. tit.* Minima denique est, qua manente libertate & civitate, familia tantum mutatur. §. *minima. hoc tit. d. l. fin. ff. eod. tit.*

18 Patronorum tutela dicitur, cum libertorum libertarumque tutelam patroni vel liberi eorum administrant. *d. tit. de legit. patron. tutel. l. 3. in princ. ff. de legit. tutel.*

19 Parentum tutela vocatur, cum parentes liberorum suorum, quos improprios emanciparunt, tutelam gerunt. *d. tit. de legit. parent. tutel. l. 3. in fin. ff. de legit. tutel.*

20 Fiduciaria seu fratrum tutela est, cum parentibus, in quorum tutelam filii impuberes emancipati pervenerunt, mortuis, fratres, qui in sacris parentum permanferunt, fratrum impuberum emancipatorum tutelam excipiunt. *d. tit. de fiduciar. tutel.*

21 Attiliana seu dativa tutela est actus legitimus, per quem datur tutor impuberi à magistratu ad petitionem matris vel proximorum consanguineorum, testamentariis vel legitimis tutoribus non extantibus. *in princ. tit. de Attilian. tutor.*

83

INSTITVTION. LIB. I

DISPVATIONIS V.

81

De tutelis, obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 *Persona sui iuris quotuplex sit.*
- 2 *Patresfamilias qui sint.*
- 3 *Tutela an recte definiatur quod sit vis & potestas.*
- 4 *Curatores quomodo differant à tutoribus.*
- 5 *Tutela cur non definiatur quod sit actus legitimus.*
- 6 *Seruo an & quomodo dari tutor possit.*
- 7 *Pupillis inuisi tutores si dentur, an liberum caput retineant.*
- 8 *Tutela an recte dicatur esse ex iure ciuili.*
- 9 *Tutela vocabulum dupliciter accipitur.*
- 10 *Tutela quoruplex sit.*
- 11 *Aetas legitima in tutoribus legitimis requiritur.*
- 12 *Tutor in testamento non rite datus & confirmatus potius testamentarius est quam datiuus.*
- 13 *Tutorum testamentariorum priuilegium quod sit.*
- 14 *Tutela fiduciaria an constituat peculiarem speciem.*
- 15 *Mater si dederit tutorem in testamento, cur inquisitione in eum opus sit.*
- 16 *Filius familiaris an possit alicui testamento tutor dari.*
- 17 *Tutela non est modus tollenda patris potestatis.*
- 18 *Seruus proprius sine libertate tutor datus, an libertatem accepisse putandus sit.*
- 19 *Seruus tutor dari non potest.*
- 20 *Seruus alienus an possit tutor dari testamento.*
- 21 *Minor 25. annis si quis tutor in testamento datur, an datio ista valeat.*
- 22 *Tutorem habenti an alius tutor dari possit.*
- 23 *Tutor ad vniuersum patrimonium datur non ad rem certam.*
- 24 *Agnationis ius perimitur plerumque capitis diminutione, ius vero cognationis non item.*
- 25 *Emancipatione fit capitis diminutio.*
- 26 *Capitis diminutio an recte definiatur, prioris status mutatio.*
- 27 *Capitis diminutio quot species habeat.*
- 28 *Capitis diminutio maxima, an etiam libertatem adimat.*
- 29 *Capitis diminutio media non naturalem, sed tantum civilem libertatem adimit.*

AD Thef. 1.] Sui iuris personæ † aut in tutela & cura sunt, aut neutro iure tenentur. ¹
 Hæ sunt duæ tantum diuisionis partes non tres, vnam partem dant, qui in tutela & cura sunt: Alteram partem, qui neutro iure tenentur, hoc est, patresfam. qui annum 25. excederunt. Reliqui patresfam. sui iuris existentes sunt aut sub tutela, aut sub cura. Iohan. Ramus in trat. de tutel. 16. in pr. patresfam. autē sunt † qui suæ sunt potestatis siue puberes ² siue impuberes l. nam ciuim 4. ff. de his qui sui.

AD Thef. 2.] In definitione tutelæ generis loco ponuntur voces VIS & POTESTAS. Sed obicitur nihil magis inimicū est tutelæ quam vis. Ergo male ita definitur. Resp. intelligitur hic vis non violenta sed vis † amicabile, hoc est, potestas talis fauorabilis, quæ non in atrocitate, sed pia defensione consistat, & alias vis pro virtute, pro iure vel pro potestate

potestate accipi solet, quæ tutoribus in pupillos à lege est concessa. Et sic vocabulum vis per vocabulum potestas explicatur, vnde otiose vocabulum potestas non additur, quæ duo vocabula alias in ll. coniunguntur, vnde nullius tanta sit autoritas, nec Theophili etiam qui hæc verba Seruii mutet vel tollat. Deinde obiicitur hanc definitionem conuenire curæ, vnde videbatur dicendum eam non subsistere, cum forma careat. Resp. Curatores tunc non tumentur personam pupilli principaliter *l. in copulandis 8. C. de nupt.* quemadmodum faciunt tutores, vt in definitione tutelæ exprimitur per illa verba *Ad tuendum eum h. c.* pupillū vel eius personam, sed bona & facultates minoris curatores defendūt principaliter, quāuis in consequentiam etiam personam minorū tueantur, & in eo maxima consistit tutelæ & curæ differentia. Deinde curatores iure non dantur testamento. §. 1. *inf. de curator.* Sed tutores rectissime testamēto dantur nec vlla indigent cōfirmatione id quod illa verba ostendunt *iure civili permissa* permittitur enim testamentaria *l. 12. tab. §. permissum h. l. n.* Datur autē legitima *l. 12. tab.* & datiuā aliis ll. constituitur *101. tit. inf. de attul. tutore.* §. *l. i. ff. de tutor. & curator. dat. ab his, & c.* Vnde illa verba: *IURE CIVILI*, non tantum pro *l. 12. tab.* accipiuntur, sed etiam pro nonis constitutionibus & SCtis, quæ iuris ciuilibus sunt species vt *sup. in tit. de iur. nat. gent.* & c. fuit visum, id quod Wel. hic notat, & tum 3. tutelæ speciebus omnib. illa verba conueniunt. Alias si illa verba accipiantur de ll. 12. tabul. tantum sequeretur datiuam tutelam excludi à definitione tutelæ hic proposita, id quod sentit Cuiac. in not. prior. hic. non enim illa datur ex *l. 12. tab.* sed ex *l. Artilia, Titia, Julia.* Tercio obiicitur tutelam esse definiendam potius actum legitimum quam vim & potestatem, quemadmodum definitur adoptio per *l. actus legitimi. ff. de reg. iur.* vbi dicitur tutoris dationem esse actum legitimum. Ergo & tutelam. Resp. Verū est tutoris datio est actus legitimus, id quod de legitimo & datiuo tutore est accipiendū non de testamentario. Testamentarius enim tutor potest sub cōditione dari. §. *ad certā inf. qui test. tut. dāt. poss.* Alias datiuus sub conditione dari nō potest *l. v. §. 1. ff. de tutel. vnde nec illud genus omnibus tutelæ speciebus competeret, sed tantum datiuæ & legitimæ.* Præterea datio tutoris quidē est actus legitimus, non autē tutela ipsa, q̄ munus publicū est & potestas à lege concessa. Quarto obiicitur, quod non libero capiti sed etiā seruii tutor detur p. *l. si impuberi 13. in pr. ff. de curat.* §. *tutor. dat. ab his.* Cū tamen certum sit seruū iure ciuili caput non habere. §. *seruus. inf. de capit. dimin. l. quod attinet. ff. de reg. iur.* Resp. Verum est sibi dari tutorem seruo, hoc autem fit propter instantem libertatem. Aliquis enim instituit heredem & eum per fideicommissum rogauit, vt seruū suū libertate donaret. Instituit heredes si nō vult adire hereditatem; seruus impubes cui libertas per fideicommissum est relicta adire magistratum potest, & hoc agere vt heres institutus etiam inuitus cogatur adire hereditatem & sic seruo libertatem dare; alias si heres non adiret hereditatem nulla redderetur datio libertatis, secundum *l. si nemo. 19. ff. de test. tutel.* Dum igitur certo speratur in seruo libertas per fideicommissum relicta in testamento recte seruo tutor dari potest. Quinto obiicitur. *l. vlt. §. si autem in secunda astate C. de bonis qua liberis.* vbi dicitur quod etiam filiosam. possit dari tutor, qui tamen liberū caput non habet, cum sit in potestate patris nec sui iuris. Resp. Specialis est casus, nā si filio est delata hereditas, quā filius adire vellet, pater autē noller adire, nec etiā filii bona tueri, eorumq; curationem suscipere, potest filius nihilominus adire & petere à magistratu tutorum vel curatorem hereditatis sibi dari, & hoc definitioni curæ æque obsisteret. Sexto obiicitur *l. vlt. §. minores. C. de sent. pass. & resit.* vbi traditur si filiosam impuberi, cuius pater est deportatus, tutor detur, & pater reuocatur & in integrum restituatur, quod cum filius est in patris potest. reuersus, nihilominus tutorē istum retineat, quāuis filius in potestate sit & liberū caput non habeat. Resp. in cap. *4. d. l. vlt. §. minores,* tutor ab initio recte paterfam. datur & sic libero capiti nō filiosam. cū

per deportationem patris pat. pot. sit dissoluta. §. cum autem *supr. quo modo pat. pot. solui.* Vnde nō mirum filium post. restitutionem patris reuersi tutorem retinere, quē ab initio recte accepit. præsertim cum pater homo frugi. non sit, sed potius dilapidet bona filii. Et sic hoc casu tutoris dationem ab initio metimur, quod filius ille ob deportationē patris factus est paterfam. quamuis ex post facto ob restitutionem in integrum reuersus sit filiusfam. factus, cum in patris potestatem redierit. Septimo obiicitur quod impleta videatur definitio tutelæ ex eo, quod inuitis pupillis tutor detur, *l. nec nō ff. de tuto. & curat. dat. ab his.* Vnde pupilli liberū caput habere non videtur, cum libertatē impediat vis vel coactio inuita. §. libertas *sup. de iur. person. l. velle. ff. de reg. iur. Resp.* Pupillis inuitis tutores recte dantur, interim tamen liberum caput retinent, id est, sui iuris manent, & hoc maxime fit comodo virilitate & fauore pupillorum. Si enim sine tutore vagarentur, & quiduis pro libitu facerent facile in damnum ob infirmitatē iudicii incidere & bona sua dilapidare possent. Magistratus igitur officium est, indemnitate pupillorum cōsulare, iisque etiam inuitis & reluctantibus tutores dare, à quibus & ipsi pupilli, & per consequens bona eorū conseruentur, si nec testamentarios nec legitimos tutores habeant. Puberes autem inuiti ob maiorem intellectū curatores nō accipiunt, præterquā in litem vt infra dicitur. Octauo contra illa verba definitionis *Iure civili obiicitur. §. impuberes infr. de Attil. tutor.* vbi dicitur quod ex iure naturali, id est, gentiū hoc sit, impuberes esse in tutela. Ergo nō ex iure civili. *Resp.* Iure naturali omnia pene iura sunt introducta vel primario vel secundario, ita etiam tutela, sed incrementū & formā certasq; solennitates tutela accepit à iure civili, ab eoque tutelæ æquitas est recepta & approbata, nec sibi sunt contraria, aliquid esse ex iure naturali & civili, diuerso tamen modo, scil. vt quoad æquitatem aliquid sit iuris gentium; quoad approbationem æquitatis, sit iuris civilis. §. *Vendit. infr. de rer. diuis.* Non obicitur contra genus huius definitionis tutelæ qd potius sit quasi contractus definienda, cū ex tutelæ administratione obligatio & actio nascatur. §. *tutores. infr. de oblig. 4. q. ex contract. nasc.* *Resp.* Tutelæ vocabulū duplex accipitur. Primo, pro iure tutelæ, & hinc nos hic accipimus; secundo pro gestatione & administratione, vt quando dico tutelam restituere, id est, tutelæ rationem reddere, & hoc respectu tutela etiam inter contractus referitur *in ff. C. Cuiac. in tit. C. de testamentaria tutela.*

Ad Thes. 3.] Triplicationem esse tutelæ affirmamus testamentariā legitimā & datiuā, q̄ tres diuisionis species eo ipso ordine ponuntur *in l. generaliter 52. in fine pr. C. de episc. & cler. vbi dicitur quod omnes tutelæ siue testamētariæ siue legitimæ siue datiuæ habeant immunitatē.* Præcedit testamētaria legitimā, legitima datiuā, ideo quia præuisio hominis in testamento facta tollit præuisionē legis. *l. fin. C. de pact. conuent.* Deinde legitima præcedit datiuā quia si nō sunt testamentarii tutores, ipso iure sunt tutores agnati, idq; summa est introductū prouidentia, vt qui sperant successionē etiā onus tutelæ sustineant. *l. r. de legit. tutel.* Sed si nec testamento dati sunt tutores, nec agnati sunt, dantur in fauorē pupillorū tutores à magistratu qd datiuī dicuntur. Sed obiicitur *l. vlt. vers. discret. C. de legit. tutel.* vbi dicitur tutelā aut legitimā aut datiuā esse. Ergo tres sunt species tutelæ. *Resp.* Illa cōstitutio Iustini. nihil obstat, quia saltē principaliter loquitur de legitimis & datiuis tutoribus. Minores enim 25. annis olim dati tutores se excusabant, hoc est, ipso iure quidem eorum datio valebat, sed poterant se excusare. §. *item maior. infr. de excusat. tutor. & curat. l. nec ille. 16. ff. de tutor. & curat. dat. ab his.* hoc Iustin. *in dist. l. vlt. tollit, & in d. §. item maior.* ipse Iustin. refert & constituit vt in omnibus tutoribus ¶ legitimis & datiuis iusta sit ætas. Id autem de testamentariis non opus erat de nouo constitui, quia hi tutores ipso iure non sunt nisi annū 25. exceßerint, & ideo si dati fuerint minores 25. annis

tutores ipso iure non sunt nisi annum 25. exceſſerint, & ideo ſi dati fuerint minores 25. annis tutores, in teſtamento tum demum ſunt tutores, quando legitimam ætatem habent, idque ante Iuſtin. ſemper ita obtinuit, §. *furiſus de tutelis*. Vnde nec in d. §. *item maior*. & in d. l. §. *ut teſtamentarium meminit*, & per conſeques in id q̄ tentatum fuit inferri non poteſt, cum ibidem de perfecta tutela diuiſione Iuſtin. non agat. Sed contra datam ſolutionem, qua dicimus in legitimis tutoribus legitimam ætatem requiri, ex conſtit. Iuſtin. in d. l. §. *ut obiciuntur l. quo deſuncto. 4 l. ſi reliquero 3. ff. de legiti. tutela iſſ. ff. de tutelis*. Vbi in legitima etiã tutela Icti Modeſtinus, Paulus, & Caius requirunt legitimam ætatem, qui tamen diu ante Iuſtin. vixerunt. Ergo Iuſtin. in legitimis tutoribus hoc primum non conſtituit. Reſp. Id à Triboniano illis legibus additum eſt. Weſenb. in d. §. *furiſus de his, qui teſtam. tutor. dari poſſunt*. Secundo contra diuiſionem hanc obicitur autoritas Vlp. in *frag. tit. 11. de tutelis*, vbi ſaltem habet legitimos & datiuos tutores. Reſp. etiam ſi ita quidem diuidat in princ. tutelam, tamen tandẽ etiam in §. *dari* agit de teſtamentariis, & per datiuos tam Atrilianos quam teſtamentarios intelligit. Et vox quidem datiuus ἐν πλάτει accipi poteſt, tam de teſtamentaria quam datiuus tutela proprie ita dicta. Sed in diuiſione tamen ſpecies hæc ſunt diſtinguendæ, quia alia eſt teſtamentaria proprie loquendo, quæ deſcendit ex teſtamento: alia datiuus, quæ eſt ex SCtis & nouis ll. quæ etiã & proprie dicitur datiuus. l. *datiuus. ff. rem pupilli ſaluam fore*, vbi teſtamentarius tutor à datiuo per particulam *vel* ſeparatur, idq; indicant tituli diuerſi. ff. *Codicis & Inſtitut. de teſtamentaria & legitima ac tutela datiuus*. Terrio obicitur, quod quarta ſpecies ſit conſtituenda tutela, ſcil. eorũ tutorũ, quæ confirmantur *rot. tit. ff. Codicis de confirm. tutore*. Ergo 4. ſpecies tutelæ ſunt conſtituendæ & non tres. Reſp. Huc pro ſolutione afferendum eſt corollarium in quo affirmamus, tutorem in teſtamento non rite datum & confirmatum potius eſſe ꝑ teſtamentarium, quam datiuum; Ergo ad teſtamentariam tutelam illa ſpecies recte refertur. Sed teſtamentarium eum potius eſſe vel teſtamentario ſimilem probatur ex eo, q̄ talis datio vel conſtitutio tutoris propendeat ex voluntate deſuncti patris, cuius ſit liber ſtylus & liberũ arbitrium. l. *1. C. de ſacroſanct. Eccleſ.* Deſtinatus enim eſt ad id tutor patris voluntate primũ, quĩ non rite fiat illa deſtinatio, hoc eſt, ipſo iure non valeat, facta filio emancipato, vnde etiã propter illud accedens vitium neceſſaria eſt confirmatio ex l. 12. tab. quæ eſt: *vi paterfam. ſuper pecunia &c.* Vlp. in *frag. tit. 11.* Secũdo probatur illa ſentẽtia ex ordine rubricarũ, quia tituli ff. & C. de confirmando tutore ſubiunguntur ſtatim titulo de teſtamentaria tutela, & quaſi pars vel ſequela eius ſunt, & præcedunt titulos de legitimis & datiuis tutoribus, vnde illi tutores magis ſunt teſtamentarii q̄ datiuĩ. Et in hac ſententia eſt Barth. in l. 1. ff. *de confirm. tutor. fal. in rubr. inſtit. de act.* Eberhard. in *topic. in tit. de ordine rubricarum. num. 11.* Mynſing. in d. §. *ut de tutelis*. Contrariam ſententiam quod ſcil. potius datiuus quam teſtamentarius tutor is, qui confirmatur, vult Gloſſ. in d. §. *ut*. Cuiac. in *tit. C. de confirm. tutore*, quamvis tamen dicat, quod teſtamento deſtinati tutores potius ſint, & tacite videatur velle poſſe etiam eos quodammodo eſſe teſtamentarios, vnde cum noſtra ſententia conuenire videtur. Sic illam ſententiam defendit Iohan. Ramus in *trall. de tutelis in d. §. ut de tutelis*. Et mouetur hoc argumento, quod illa datio non valeret niſi acciperet formam, quæ dat eſſe rei à confirmatione, & regula vulgata ſit: propter quod vnumquodque tale eſt, &c. Sed illa ratione nõ obſtante potior eſt voluntas vltima deſuncti, in cuius honorẽ magis videtur hic tutor teſtamentarius eſſe ſimilis, cuiusq; prærogatiua vi, propterea; præferri legitimo, cũ & confirmatus tutor non ſatisdet. l. 2. in *fin. princ. ff. de confirm. tutor.* & teſtamentatorum tutorum ꝑ priuilegium ſit ne ſatidationis onere diſtingantur. §. 1. *infra de ſatidation. tutor.* Secundo probant hanc ſenten-

sententiam ex l. 3. §. fin. ff. de testam. tutel. ubi dicitur eos demum testamento datos accipere, hoc est, testamentarios tutores accipere debemus, qui iure dati sunt. Ergo nec confirmatus tutor, qui iure datus non est filio emancipato est testamentarius, sed potius dativus. Respond. Non dicimus nos in corollario quod per omnia sit testamentarius tutor is, qui testamento est datus & confirmatus: sed quod potius sit testamentarius, hoc est, similis sit testamentario magis quam dativo, eiusque prerogativa gaudeat. Tertio affertur pro illa sententia Vlp. in fragm. tit. 11. §. testamento quoque, ubi dicit, quod confirmati tutores dativi sint. Respond. Ibi verbum DATIVI intelligit testamentarium, cum ibidem per totum testamentarii tutores vocentur dativi, cum testamento dentur, quamvis eadem voce & dativi proprie ita dicti veniant ut supra est dictum. Denique obiicitur, quod adhuc quarta species sit constituenda, scil. tutela fiduciaria, id quod in thes. 20. affirmamus: Ergo male tres tantum species ponuntur. Respond. Fiduciaria tutela moribus recepta quasi legitima est, unde † ad legitimam tutelam recte refertur: proprie quidem legitima dici non potest, cum nec ex verbis leg. 12. tab. nec per interpretationem sit introducta. Sed tamen quia à l. l. & Imp. est recepta quasi legitima vel etiam legitima dici recte potest, unde saluæ tres species tutelæ manent. Et fiduciarij tutores dicuntur vicem legitimi tutoris sustinere. l. 3. §. vltim. ff. de legitim. tutela. Fiduciaria autem tutelam filij impuberis emancipati, habet pater quæ contracta fiducia sit, quam etiam ad heredes masculos pater transmittit. Vnde similiter illa quoque dicitur fiduciaria, quando frater fratris vel sororis impuberum tutelam habet, & sic Thef. 20. §. 21. sunt accipiendæ.

Ad Thefin 6. & 7.] Pater non rite dat tutorem filio emancipato, si tamen datus est confirmatur ex sententia prædis sine inquisitione. Sed obiicitur, quod si mater dedit in testamento tutorem, tutor is confirmetur ex inquisitione: Ergo & inquisitione in patre opus est. Respond. Differentiæ ratio inter patrem & matrem hæc est, quia pater utpote masculus maioris est prudentiæ & constantiæ, & pro liberis pietas eius optimum capit consilium l. 2. §. fin. ad legem Iuliam de adult. Et præsumitur optimum tutorem elegisse, de cuius fide non est dubitandum, unde nec inquisitione opus est: Ea autem ratio in matre cessat, cuius † lubricum est iudicium propter sexus infirmitatem & civilium negotiorum ignorantiam. Vlp. in tit. 11. de tutel. in princip. Vnde inquisitione in matre opus est. Sciendum autem est matrem tantum instituto filio dare testamento tutorem cum confirmatione per expressam l. pater. 4. ff. de testamentaria tutel. Cui sententiæ, quod scil. mater filio instituto tantum dare possit tutorem in testamento cum inquisitione confirmatum valde obstat l. 4. C. de legit. tutel. ubi plane contrarium dicitur. Sed respondetur tollendam esse omnino negationem, & tum planum fieri textum id quod est verum. Cuius in notis prioribus Rufarius & alij.

Ad Thefin 8.] Dari potest testamento † tutor filiusfamil. cui obiicitur tale argumentum: Qui est in alterius potestate, alios in sua potestate habere non potest, l. sic enervet. 21. ff. ad leg. Iul. de adult. Sed filiusfamil. est in patris sui potestate tot. tit. sup. de patr. pot. Ergo filiusfamil. alios in sua potestate habere non potest, & per consequens non potest esse tutor. Illi enim potestatem habent in pupillis §. 1. h. tit. Resp. Non recte argumentum procedere à patria potestate ad potestatem quam tutores in pupillos habent, quæ proprie est Imperium, l. potestatis. ff. de verb. signif. Ut supra in 3. disputat. est explicatum. Et maior minorque propositio de patria potestate loquuntur, unde plus in conciliatione infertur quam in præmissis fuit, in quibus potestatis illius quam tutores habent non fuit factamentum, cum nec d. l. sic enervet, de illa potestate accipitur, sed potius de patria potestate.

testate & filiusfam. optime potest habere hanc potestatem ratione publici muneris tutelæ §. 1. *infr. de excusat. tutor.* cum in publicis causis pro paterfam. habeatur, in quibus patriæ potestas non attenditur, *l. filiusfam. de his, qui sui vel alien.* Interim tamen dum filiusfam. tutelæ potestatem habet, nihilominus in potestate patris sui manet, nec ei quid per illud publicum munus detraheretur, & foris habetur pro paterfam. respectu publici muneris quod gerit non tamen reuera est paterfam. cum domi maneat in sui patris potestate: Vnde & filiusfam. recte dicitur, dum tutelam gerit, alias esset paterfam. Deinde tutela non est
 17. † modus tollendæ patr. potestatis *tot. tit. supr. quib. mod. patr. potest. solu.* Ergo in sui patris manet potestate. Sed obiicitur contra datam solutionem: Filiusfam. non posse facere testamentum, ne quidem cum voluntate patris §. 1. *infr. quib. non est permitt. fac. testamentum.* cuius factio est publici iuris vt tutela *l. 3. qui testamenta fac. possunt.* Ergo nec tutelam filiusfam. gerere potest. Respond. Hoc certum est filiumfam. testamentum facere non posse etiam volente patre, idque propter *l. 12. tabul.* quæ ita scripta est paterfam. vii super pecunia, &c. Vlpian. *in fragm. tit. 11.* Illa lex facit tantum mentionem patrisfam. non filiusfam. Ergo filiusfam. propter illam leg. 12. tabul. prohibetur testamentum facere. Deinde nemo suo arbitrio testandi habet facultatem, *l. nemo. §. 6. de legat. 1. l. 13. C. de testamentis.* Alias factus paterfam. hoc est, sui iuris anno decimoquarto completo, testamentum facere potest, *l. 5. ff. qui testamenta fac. possunt. §. pen. supr. ex quib. causis manumit. non licet.* De tutela autem nihil tale quid *l. 12. tabul.* est constitutum, vnde filiusfam. recte tutor esse potest.

18. Affirmatur deinde *in h. §. 8.* seruum † proprium sine libertate datum tutorem tacite directam libertatem accepisse videri, cui valde obiiciuntur *l. & si non ascripta. in princ. C. de fideicommiss. libertat. l. si hereditas. 10. §. Ultim. in fin. de testamentaria tutela. l. generaliter. 24. §. si quis de fideicommiss. libertat.* vbi dicitur quod fideicommissariam consequatur libertatem seruum proprium sine libertate tutor datus, cum tamen fideicommissa & directæ libertas plurimum differant, vt supra *in 2. disputatione* fuit dictum. Respond. Certum est Iustin. affirmare seruum proprium sine libertate tutorem datum, directam libertatem consequi, non ministerio heredis sed directo ab ipso testatore, idque in fauorem pupillorum ne diu absque tutore vagentur, & ipse seruus, etiam si non sit dictum, statim fit
 19. liber & tutor, cum † seruus tutor dari non possit. *l. in seruile. ff. qui dari tutor. Vel curat. possunt.* Sed ad dictas leges varie responderetur: Wesenbec. *in Insitut. hic.* & firmat in *d. l. etsi non ascripta*, esse casum specialem. Ioannes Ramus *in tractat. de tutela* pro conciliatione illarum legum affirmat, Iustinian. hic loqui in tali casu, quando solus pupillus heres exitit, & tunc directam competere libertatem fauore pupillorum quos indefensos non esse Reipubl. intertest. *d. l. si hereditas. §. fin.* Dictas autem leges esse in eo casu exaudiendas, quando pupillus solus non est heres, sed habet coheredes. Tunc enim fideicommissaria libertas iuris præsumptione data potius intelligitur. Hanc Rami solutionem aliqui vocant diuinatariam, ex eo quod pupillo instituto perinde libertas ex Senatusconsulto Dasuniano competat, atque si, vt oportet, is ex causa fideicommissi manumissus esset Paul. *lib. 4. sentent. tit. de fideicommiss. libertat. §. Ultim.* & ibi Cuiac. Dicendum ergo videtur cum Cuiac. *in notis prioribus hic*, à cuius partibus etiam est Dominus Mynsing. *Sid. §. 1. num. 4. qui testamento tutor. dari possint.* olim quidem iure ff. & C. seruo proprio sine libertate tutori dato competisse fideicommissariam libertatem duntaxat, sed postea Iustinian. constituisse vt eodem casu etiam libertas directæ, seruo tutori dato, competere posset: Ita quidem vt hodie in electione ipsius serui sit an directam vel fideicommissariam

seruam libertatem sibi concedi velit, idque colligitur *ex l. penult. in princip. C. de necessario seru. hered. inst.* Deinde quod fideicommissaria libertas etiam posset competere argumento est *d. l. si non ascripta*. Nam si eam fideicommissariam sublatam vellet Iustinian. & in eius locum directam tantum substitutam esse, non inseruisset illam legem Codici repetitæ prælectionis, quo nos nunc utimur, sed eam detrahi nec inferi curasset, id quod tamen non est factum. Sed contra datam solutionem, quod Iustinianus directam libertatem non primum constituit in eo casu, probatur per *l. quarto. 32. §. fin. de testamentaria tutela*. vbi datur fideicommissaria libertas seruo proprio ex sententia Pauli Iurisconsulti, qui diu ante Iustin. vixit. Respond. Id fit idéo in eo casu, quia testator ibi seruum duplici nomine Lucium Erotem, quasi liberum appellauit, qui casus specialis dici potest, Cuiac. *hic in notis*.

Ad Thesin 9.] Affirmamus seruum † alienum pure inutiliter testamento dari tutorem, sed ita cum liber erit, vtiliter eum tutorem testamento dari. Huic assertioni expressse testigatur *d. l. & si non ascripta. 9. §. fin. C. de fideicommissis libertat. Et d. l. si hereditas. §. ultimo. Verf. quinto. de testamentaria tutela*. vbi dicitur quod eo casu quando seruus alienus pure datus est tutor tacite insit huius conditio, cum liber erit & omnino valeat, cum tamen in thesi dicatur pure inutiliter eo modo dari tutorem. Respondent. aliqui Imperatorem loqui hic in summo iure vel in rigore iuris: dictas autem leges de æquitate procedere. Alij. simpliciter *ex dicta l. si hereditas*, respondent, quod si pure datus est seruus alienus tacite insit illa conditio: Si liber erit: hocque esse subintelligendum. Quæ solutio fere in idem recidit. Sed contra datam solutionem obiicitur quod tutoris datio sit actus legitimus qui per conditionem adiectam vituiatur *l. contra et ius. ff. de reg. iur.* Respond. loqui illam legem de datius tutoribus, qui non possunt sub conditione dari, *l. mutos. §. i. ff. de tutel.* Sed testamentarii recte in diem vel conditionem dantur, vt in thesi 11. infra dicitur.

Ad Thesin 10. & 11.] Minor viginti quinque annis tutor † in testamento datus tutor tum est, quando legitimam ætatem consequitur, & ipso iure datio non valet, nisi legitima ætas adsit, quæ tacite inest dationi isti. Et quidem *et supra dictum est* in testamento tutor datus minor viginti quinque annis, tum est tutor, quando ætatem habet legitimam: Si autem minores viginti quinque annis legitimi & datui tutores erant olim excusabantur, & ipso iure ipsorum datio valebat. Qui tamen hodie ad exemplum testamentariorum tutorum tum tutores sunt, quando ad iustam ætatem peruenerint. Si autem minor viginti quinque annis tutor testamento est datus, interim alius tutor datur, qui personam pupilli defendit, donec alter, scilicet minor iste iustam ætatem consequatur, idque probatur per *l. non solum. 10. §. libertas. ff. de excus. tutorum*. vbi dicitur quod alter tutor debet in eius locum creari & in Græcæ est ἐπὶ τοῦ, quod nomen est ordinis & satis indicat secundum tutorem esse in eius locum dandum, donec legitimus tutor maior viginti quinque annis esse possit. Et quamuis in latino ponatur vox curator, tamen sciendum curatorem ibi pro tutore poni, & verbum κηδεμὼν tutorem & curatorem significare.

Non igitur huc afferenda est regula: habenti tutorem † tutor non datur, sed curator. *interdum. inf. de curator* propter sequentes rationes, quia illa regula de legitimo tutore intelligitur, nos hic de testamentario agimus. Deinde quia minor 25. annis datus testamento tutor ipso iure non est tutor, nec habeatur pro tutore, nisi legitima ætas affuerit: Unde quasi primus tutor est is, qui ei substituitur. Si autem legitime

tutor statim ab initio datur, in eius locum curator datur, non tutor, de quo agitur *in d. l. non solum. §. si libertus.* & tum recte illa regula locum habere potest. Sed obiicitur contra, quod tum datur sub conditione, & idem quod ante *ad thes. p.* est respondendum. Denique contra *thes. 11.* obiicitur, quod certæ rei etiam tutor dari possit, idque probatur *per l. si tamen. 15. ff. de test. a. tutela.* ubi rei Africana vel Siriatica tutor dari potest. Resp. In præcedentibus tribus legib. *eiusdem tit.* proponitur eadem regula, quam nos *in thes. 11.* proponimus. Deinde subiicitur exceptio in re Africana vel Siriatica, idque ideo, quia

23 quædam vniuersitas per rem Africanam & Siriaticam intelligitur, & tutor † ad vniuersum patrimonium dari solet. *§. datus autem inf. de excusat. tutor.* non ad rem certam vt curator. *§. item inuiti. inf. de curator.* & datur tutor vniuersitati secundario vel in consequentiam non principaliter, quia principaliter tutor datur personæ, quod particula *vum*, in definitione tutelæ supra explicata ostendit, quæ personam non res designat, quamuis tutor in consequentiam etiam honorum pupilli habeat inspectionem, eaq; etiam in iudicio actionibus defendat. Curator autem principaliter datur rebus secundario personæ: nec enim minores 25. annis eius ætatis sunt, vt se suaq; bona admodum recte possint tueri. *§. 1. inf. de curator.*

24 *Ad Thesin 15.*] Agnationis † ius omnibus modis capitis diminutione plerumque perimitur, non ita cognationis ius & generalitas vocabuli *Omnis*, accipit aliquam limitationem per particulam *plerumq;*, idque propter *l. 4. C. de legit. tutela.* ubi dicitur quod frater emancipatus possit esse tutor germani sui vel sororis, & frater est agnatus fratri & sorori, nec tamen propter emancipationem definit esse tutor, cum † tamen emancipatione

25 capitis diminutio fiat. *§. minima. de cap. diminutione.* & notandum summe *in d. §. minima.* verbum *veluti*, non ita poni, quasi plura sint exempla minimæ capitis diminutionis cum tamen saltem ob emancipationem contingat minima capitis diminutio, id quod Cuiac. hic recte notat, vnde particula, *veluti*, non exemplificatiue sed dispositiue ponitur, quamuis alias ita ponatur, vt facile plura exempla similia admittat. Cognationis autem ius non ita perimitur, hoc est, non ita omnibus modis plerumque, sed minima tantum, & interdum etiam media capitis diminutione. Wessenb. *hic.* Nec obstat quod ius cognationis sit naturale, vnde mutari non possit, cum naturalia sint immutabilia. *§. sed naturalia. sup. de iure natur. gent. & civil.* Et ciuili aliqua res, scilicet capitis diminutione non tollantur, quia effectus tantum impeditur iuris cognationis ciuili capitis diminutione, vt *supr. in disp. 1.* satis fuit dictum.

26 *Ad Thesin 16.*] Capitis diminutio definitur † prioris status mutatio. Cui opponitur tale argumentum: Definitio latior definitio est otiosa. Hæc talis est: Ergo vitiosa. Minor probatur quod in omnes alias res cadat, earum statum mutari, hoc est, ipsarum rerum esse vel existentiam per corruptionem tolli. Respond. Verum quidem est de omnibus rebus aliis id dici posse, sed nos vocabulum *status*, non accipimus pro existentia, sed pro subiecta materia, tantum pro conditione vel personæ statu, qui in persona mutatur tribus modis, maxima, media vel minima capitis diminutione. Vt enim homo naturaliter perit morte naturali, ita & ciuili morte perire videtur. *§. 1. sup. quomodo. patr. pos. solu.* Et

27 hic status † tria illa complectitur, libertatem, ciuitatem, & familiam: Si amittitur libertas & ciuitas, patitur quis maximam capitis diminutionem. Si amittitur ciuitas tantum, retenta libertate, patitur quis mediam capitis diminutionem: Si amittitur familia, quod fit tantum per emancipationem, qua quis pro extraneo habetur respectu familiae *l. quin etiam. 55. §. 1. in fine. ff. de ritu nupt. §. praterea. supra, quib. mod. patr. pos. solu.* patitur quis minimam

minimam capitis diminutionem. Deinde quod duæ tantum sint species capitis diminutionis, probat *l. 1. §. si filius. ff. de suis & legitim.* ubi dicitur esse magnam & minorem capitis diminutionem: Ergo non sunt tres. Respond. Per minorem accipi minimam & mediam: per magnam maximam, vel sub magna contineri mediam, vnde tres species saluæ manent.

Tertio obiicitur contra definitionem maximæ capitis diminutionis, *l. 1. §. capitis. ff. ad S. C. Tertyll.* ubi dicitur quod magna, hoc est, maxima capitis diminutio tantum ciuitatem adimat: Ergo non ꝑ libertatem. Respond. Duaren. *lib. 1. anniuers. disput. c. 9. affirmat.* 28. magnâ accipi hic pro media capitis diminutione, ita vt vox MAGNA & mediam & maximam capitis diminutionem interdum denotet. alij dicunt quod vox MAGNA in *d. l. 1.* accipiatur pro maxima capitis diminutione tantum, & dici eam ciuitatem adimere, nec tamen negari ibi, eam libertatem non adimere, quod ex aliis locis constat. Amittit enim maxima capitis diminutio & libertatem & familiam, sufficit igitur, si vel vox LIBERTAS, vel vox CIVITAS tantum ponatur.

Quarto contra maximam capitis diminutionem obiicitur *l. si quis. 6. §. irritum. ff. de iniusto rupto, &c.* ubi ciuitatem amittit qui patitur maximam capitis diminutionem, hoc est, qui seruus fit: Ergo non libertatem. Respond. Amittit & ciuitatem & libertatem is, qui patitur maximam capitis diminutionem, & hoc de libertate ciuili accipiendum est, naturalem enim retinet. Vnde sæpe tantum vocabulum CIVITATIS ponitur. Ita etiam Cuiac. & alij respondent ad difficile nodum qui hæret in *l. cognitionum. §. 5. §. ultim. ff. de variis & extraordin. cognit.* quæ obstat maximæ & mediæ capitis diminutionis, ubi dicitur magnam capitis diminutionem esse cum libertas adimitur, & addit ibi Iuriconsultus Callistratus exemplum tale: veluti cum aqua & igni alicui interdicatur, ac decedit, quod tum magna fiat capitis diminutio, cum tamen Iustinian. affirmet tum mediam capitis diminutionem contingere. Respond. Variæ sunt solutiones ad *d. l. 5.* Sed approbatio est Accursij, Cuiacij in *Nov. 22.* Wefenbec. *hic.* & Duaren. in *d. l.* quæ talis est: verbum MAGNA hic accipi pro media capitis diminutione, & libertas hic intelligitur non naturalis, sed ꝑ tantum ciuilis. Qui autem patitur maximam capitis diminutionem & ciuilem & naturalem libertatem amittit. Iustinianus autem, quando dicit media capitis diminutione libertatem non adimi intelligit naturalem, quam deportatus retinet: non enim penitus in seruitutem redigitur, sed retinet libertatem naturalem, alia autem ciuilia facere non potest, puta testamentum condere. *l. si quis. 6. §. eius. ff. de iniusto rupto, &c.* Ræuardus *lib. 3. variarum. cap. 5.* vult corrigere textum in *d. l. 5.* & pro *Veluticum*, legere *Vel Sitque cum.* Sed si solutio superior retinetur potest optime vitari correctio cum odiosa sit, & ideo non facile admittenda. *cap. odia. de reg. iur. in 6.* Baro putat in *d. l. 5.* agi tantum de minuenda existimatione, non de statu, cum status & dignitas differat §. quibus autem. de capitis diminutione. In superiore autem solutione Accursij & aliorum acquiescere possumus cum sit probabilis.

Ad Theſin 20. & 21.] De hisce theſibus ante est actum.

DISPUTATION. IURIS CIVIL.
DISPUTATIO VI.

Ex tit. 21. 22. 23. & 24. lib. 1. Institution. De autoritate
tutorum, &c. desumpta.

Thesis 1. Post constitutos tutores, de ipsorum quoque autoritate dispiciendum venit. Porro autoritas tutorum nihil aliud est, quam consensus & approbatio eius, quod cum pupillo agitur. *in princ. Instit. de autorit. tutor.* & ibi *Mynsing. num. 2.*

2 Autoritatem illi solummodo interponunt tutores, quibus administratio est commissa. *l. 3. §. fin. ff. de administr. tutor.* Et pluribus datis tutoribus unus autoritas sufficit. *l. 4. ff. de author. tutor. l. 5. in princip. Cod. de author. prestand..*

3 Ac tutoris quidem autoritas in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non. *in princ. Instit. de author. tutor.*

4 Necessaria est, cum pupillus obligari debet. Etenim obligari ex nullo contractu sine tutoris autoritate potest. *in princ. hoc tit. l. 9. ff. eod.*

5 Non necessaria est, si quid dari sibi vel remitti pupillus stipuletur. *in princ. d. tit. l. 9. in princ. ff. eod. l. 1. C. d. tit.*

6 Pupillus suam conditionem, nisi autoritate tutoris, deteriorem facere nequit, hoc est, sine tutoris autoritate promittere, dare vel mutuum accipere non potest. *in princ. d. tit. l. 8. in fin. princ. ff. de pact.*

7 Placuit tamen autoritate tutoris non opus esse, quando pupillus suam conditionem facit meliorem. *in princip. vers. namq. placuit. hoc tit. l. 11. de acquir. rer. domin.*

8 Tutor autem statim in ipso negotio praesens debet autor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit. *§. tutor autem. Instit. de author. tutor.* Post tempus vero, vel per epistolam aut per nuntium interposita autoritas nihil agit. *§. tutor. d. tit. l. 9. §. 5. vers. post tempus. ff. eod. tit.*

9 Tutor quoque pure autor fieri debet, etsi conditionalis contractus cum pupillo fuit: nam autoritas non conditionaliter, sed pure interponenda est, ut conditionalis contractus confirmetur. *l. et si. 8. ff. de author. tutor.*

10 Si inter tutorem & pupillum iudicio agendum sit, nec co-tutor reperitur. *l. 24. ff. de testam. tut.* curator ad litem dari solet, quo interveniente, iudicium peragitur; eoque finito, curator esse desinit. *§. fin. Instit. de author. tut.* Quod ius haudquaquam esse abrogatum, Novellis Iustiniani Constitutionibus expresse sustinere potest. *Novell. 72. c. 2. auth. minoris.* inde sumpta, *C. qui dar. tutor. vel curat. poss.*

11 Hactenus cum dictum sit, quomodo tutela introducatur & exerceatur; scire nunc est operæ precium, quibus modis ea finiatur. Et primas quidam expirat tutela pubertate, quæ est in masculis annus 14. in foeminis annus 12. completus ex Iustiniani Constitutione. *in princ. Institut. quib. mod. tutel. fin. l. 1. & fin. C. quand. tut. vel curat. esse desinit. Vlpian. in fragment. tit. 1. §. liberantur. 27.*

12 Deinde finitur tutela morte vel pupillorum vel tutorum: quacunque item capitis diminutione pupillorum; tutorum vero maxima & media, non etiam minima capitis diminutione, qua tantum legitima agnatorum perit. §. 1. §. simili. & §. sed & capitis. *Institut. quibus modis tutel. finiat.*

13 His amplius, qui ad certum tempus vel ad certam conditionem dantur testamento tutores, tempore finito vel conditione existente deponunt tutelam. §. sed etsi. §. praterea. *Institut. hoc tit.*

14 Denique desinunt esse tutores, qui vel remouentur à tutela ob id, quod suspecti visi sunt: vel qui se ex causa excusant. §. fin. *Institut. hoc tit. l. 1. 4. §. 4. ff. de tutel.*

15 Hoc amplius, finita pubertate tutela, res minorum curatoribus demandari iuris ordine conueuerunt: Etenim masculi puberes & foemina viri potentes vsque ad vigesimum quintum annum completum curatores accipiunt, propterea quod adhuc eius sint ætatis, vt sua negocia per se tueri nequeant. *in princip. titul. de curator. l. 1. & 3. §. minor. ff. de minor.*

16 Cura est vis ac potestas ad bona minoris vel alterius, qui cura indiget præcipue administrandam curandamque personam. *leg. 3. ff. de minorib.*

17 Dantur curatores ab iisdem Magistratibus, à quibus & tutores. Sed curator testamento non datur: datus autem confirmatur decreto prætoris vel præsidis. §. dantur autem. *Institut. de curat. l. 2. & 6. ff. de confirmat. tutor.*

18 Inuiti adollescentes curatorem non accipiunt, præterquam in litem: Curator enim & ad certam causam dari potest. §. item inuiti. *de curat. l. 7. ff. de tutor. & curat. dat. l. 3. §. pen. ff. de tutel.*

19 Furiosi quoq; & prodigi, licet maiores 25. annis sint, tamen ex leg. 12. tabul. in curatione sunt agnatorum: sed hodie solent Romæ præfectus urbi vel prætores, & in prouinciis præsidis ex inquisitione iis curatores dare. §. furiosi *Institut. hoc tit.*

20 Sed & mente captis, surdis, mutis & his, qui perpetuo morbo laborant,

rant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt. §. sed & mente captus. Instit. hoc tit. l. 60. ff. de re iudic.

21 Demum habenti tutorem, tutor recte non datur, sed curator. §. fin Instit. hoc tit.

Corollarium: Pupillus an naturaliter ex contractu sine curatorum autoritate obligetur, intricata quæstionis, & quidem si pupillus locupletior factus est, naturaliter eum obligari constat, adeo ut in pupillum ex rescripto Diui Pii detur actio. l. 3. in princ. ff. commodati. l. 5. ff. de autor. tutor. Wesenbec. in §. pupillus. num. 2. Institut. de inutilib. stipulation. Corasius lib. 6. Miscellan. iur. cap. 22.

DISPUTATIONIS VI.

De autoritate tutorum, obiectiones & resolutiones.

S. V. M. M. A. R. I. A.

- 1 *Autoritas tutoris quid sit.*
- 2 *Autoritate tutoris cur opus habeat pupillus.*
- 3 *Pupillus quando suam conditionem meliorem facit, autoritate tutoris non est opus.*
- 4 *Hereditates & plurimum sunt periculosa in effectus.*
- 5 *Possessio bonorum duplex est, naturalis & civilis.*
- 6 *Autoritas pratoris interdum supplet defectum tutoris.*
- 7 *Pupilli & furiosi comparatio non in omnibus valet.*
- 8 *Pupillus si damnum contrahit ex eo quod autoritate tutoris facit, tutor illud rescire cogitur.*
- 9 *Pupillus an & quomodo sine autoritate tutoris obligetur.*
- 10 *Pupillus quare ex delicto obligari possit.*
- 11 *Pupillus ex contractu non obligatur sine autoritate tutoris.*
- 12 *Tutor tenetur pupillo autoritatem accommodare.*
- 13 *Autoritas tutoris non semper precedit actum vel tractatum negotij, sed etiam perfectio negotij potest interponi.*
- 14 *Correctio iudicialis est, & ideo restringenda.*
- 15 *Lis si inter tutorem & pupillum existat, quid faciendum.*
- 16 *Tutela quot annis finiatur.*
- 17 *Femina cur citius adolescant quam mares.*
- 18 *Tutela an semper pubertate finiatur.*
- 19 *Cura in feminis & masculis eodem tempore cur finiatur.*
- 20 *Cura quomodo definiatur & a tutela differat.*
- 21 *Curator an testamento recte dari possit.*
- 22 *Tutor inuitis puberibus vel minoribus, non recte datur.*
- 23 *Furiosi & prodigi an ipso iure sint in agnatorum curatione, accedere saltem facto seu precepto iudicij.*
- 24 *Tutorem habenti, tutor non datur sed curator.*
- 25 *Puberes sine curatoribus suis, obligari possunt, sed non bona sua annihilare.*

AD Thef. 1. 2.] Autoritas tutoris nihil est aliud quam approbatio eius, quod cum pupillo agitur forte à quodam, qui cum pupillo contrahit. Ea; definitio colligitur fati ex l. 3. ff. eod. ubi dicitur autoritas valet, cum dicit tutor se probare id quod cum pupillo agitur, ea; expressa debet esse non tacita, idque colligitur ex d. l. 3. & quidem ex vi bo dicit, quod verba expressa requirit. Deinde autoritas tutoris solemnitate gratia adhibetur l. curatorum 19. ff. eod. Tercio constat id ex l. 1. §. mutus. ff. de tutel. ubi dicitur, tutorum dari non posse, quia non potest præbere autoritatem, cum loqui non possit, quod sit ut coactus autor esse possit, cum loqui possit l. etiam si 16. ff. de auct. tutor. Et hoc totum ideo fit, quia pupillus, etsi loquitur, tamen, quid loquatur non intelligit. l. 3. C. de integ. reslit. l. 1. C. de falsi. monet. Sed obiicitur l. obligari 9. §. ult. ff. eod. Vbi etsi non audit tutoris autoritatem is, qui cum pupillo contrahit, scriptis tamen hoc approbetur, recte negotium geritur. Vnde videtur dicendum, quod otiosa sint expressa verba, cum tamen illa expressio verborum potius ideo fiat, ut id extraneus exaudiat. Resp. Autoritas non semper requirit præsentiam pupilli & extranei, cum quo pupillus contrahit, sed sufficit si pupillo præsens tutor accomodat autoritatem, hoc est dicat, ut vëdat vel alio modo contrahat, idque per literas significet tutor extraneo aut pupillo contrahenti. Literæ enim inserviunt tum verbis, cum alias rerum notæ sint.

Ad Thef. 3. & 7.] Affirmatur tum non opus esse autoritate tutoris, quando suam conditionem pupillus facit t meliorem. Huic obiicitur thef. 7. quæ continet talem casum, quod pupillus non possit adire hereditatem etiam lucrosam, quæ tamen conditionem suam faceret meliorem. Resp. Cessante quidem causa cessat effectus. Verum hoc summa ratione in favorem pupillorum in casu adeundæ alicuius extranei hereditatis (de quo d. thef. 7. est accipienda) est ita constitutum, ut quamvis hereditas lucrosa sit, tamen adiri non possit à pupillo sine tutoris autoritate, & huius rei ratio summa est, quia ut plurimum hereditates sunt periculosa & damnosæ in effectu, etiam si in initio viles & lucrosæ appareant. Sæpe enim latet ars alienum, quod emergit adita hereditate, & tum semel adita hereditas repudiari non potest §. extraneis. infr. de hered. qualis. Et differentiæ. Et sæpe amplius homines de suis facultatibus sperant quam in iis est. §. in fraudem supr. ex quib. causis manumitt. non licet. Et hereditas commoda & incommoda continet. l. hereditas. ff. de reg. iur. Deinde raro fit ut hereditates sint lucrosæ. Sæpius autem sunt damnosæ & suspensæ, & quæ ratio non attenduntur. l. ea quæ raro. ff. de reg. iur. l. 3. 4. 5. ff. de ell. Vnde ne spe apparentis huius facile in damnum pupillus incidat, hoc ita est constitutum. Sed contra datam solutionem obiicitur, quod 25. annis & sic etiam pupillus habeat beneficium restitutionis in integrum, si læsus est, tot. tit. ff. C. de reslit. minor. d. §. extraneis infr. de hered. qualis. & differentiæ. Ergo potest pupillus adire hereditatem, quæ apparet lucrosa. Et si tum reuera lucrosa est in effectu magnum inde sentit emolumentum pupillus, si autem lucrosa non est sed damnosæ, potest in integrum restitui. Respond. vixissimum est pupillum hunc in integrum restitui posse, quia tamen multis laboribus hic pupillus involueretur, eique multæ turbæ obicerentur, antequam adiret sine tutoris autoritate, & antequam beneficium restitutionis impetraret, facile aliquid damni pari posset, omnino debet abstinere ab hereditate adeunda etiam lucrosæ, sine tutoris autoritate, ne scilicet ullum damnum habeat, quæ verba in §. neque tamen. h. tit. Et in d. l. obligari. §. emphatice posita sunt notanda. Si tamen temere pupillus hereditatem damnosam sine tutore adire maluerit, restitutionem habet. d. §. extraneis. Si autem cum tutore damnosam hereditatem adierit, damnum ei à tutore est resarciendum tot. tit. ff. de tutel. Et rationibus distrah. Deinde obiicitur quod bonorum possessionem pupillus sine tutoris autoritate æque non

possit petere propter eandem rationem, cum scilicet commoda & incommoda contineat *l. 2. ff. de bonor. posses.* Cum tamen contrarium ex *l. quamvis 32. in pr. ff. de acquir. vel omitt. poss.* facile demonstratur, ubi dicitur pupillum sine tutoris autoritate retinere posse possessionem acquisitam. Resp. A diuersis non fit illatio; alia enim est possessio de qua *in d. titul. 8. de acquir. vel omitt. poss.* agitur: illa namque duplex est & naturalis & civilis: Estque ius infistendi rei alienę animo domini *l. 1. ff. de acquir. poss.* Si enim quid apprehendimus cuius proprietates ad nos non pertinet vel nec potest pertinere, id possessionem dicimus. *l. quæstio de verb. signif.* De tali possessione neutiquam *in thes. 7.* agitur. Illam enim potest retinere pupillus sine tutoris autoritate, cum ea suam conditionem simpliciter faciat meliorem & hæc etiam in rebus singularibus consistit. Bonorum autem possessio alia est, quæ à prætoribus est inuenta & in effectu fere idem est cum hereditate, quæ iuris est civilis, cum prætor heredes non faciat. *§. 1. infr. de bonor. poss.* hanc pupillus sine tutoris autoritate petere non potest, quæ longe ab ea diuersa est, & vniuersitatem non singulas res continet. Tertio obiicitur *l. bonorum 7. C. qui admitti ad bon. poss. possunt.* & *l. si infanti 18. in fine. C. de iura deliberand.* ubi dicitur, quod pupillus etiam sine tutoris autoritate possit agnoscere bonorum possessionem, id quod tamen in thesi negatur. Resp. Singularis casus in *d. ll.* continetur, quo nempe pupillus sciente prætoribus sine tutoris autoritate bonorum possessionem petit, eandemque ex decreto prætoris præcedente causæ cognitione obtinuit, ac proinde mirum, cuique videri non dicitur quod in ea facti specie ad petendam bonorum possessionem tutoris autoritas non requiratur, cum hoc casu prætoris & autoritas tutoris defectum suppleat, & ex certa sententia pupillo bonorum possessionem concedat. Quarto obiicitur *d. l. obligari 9. in pr. ff. de auct. tutor.* ubi dicitur, quod pupillus ex omni contractu non obligetur sine tutoris autoritate. Ergo ex quasi contractu obligatur, scilicet ex aditione hereditatis vel petitione bonorum possessionis *§. heres. infr. de oblig. q. ex quasi contractu nasc.* Et per consequens sine tutoris autoritate pupillus adire potest hereditatem. Resp. Etiam si Crispius Caius in *d. l. obligari in pr.* de omni contractu id allerat; tamē postea specialiter aditionem hereditatis excipit *d. l. obligari. §. hereditatē.* Quinto obiicitur *l. in negotiis ff. de reg. iur.* ubi dicitur, quod semper sit necessaria tutoris autoritas pupillo, & cū id in regula iuris dicatur, videtur generaliter id esse accipiendū. Resp. Illa regula est accipienda in talibus casibus, quando pupillus damnum patitur. Nam non est nouum legem ad legem addi & quod vni legi deest id ex alia supplere *l. non est nouum ff. de ll. 1.* Sexto obiicitur *infr. quib. non est permitt. fac. testamentum. l. infans. 12. ff. ad l. Cornel. de scar. qu. 1.* in locis pupillus & furiosus comparantur sed furiosus nullum negotium omnino potest contrahere. *l. in negotiis ff. de reg. iur.* Ergo nec pupillus id potest facere etiam tutore auctore. Respond. Comparatio furiosi & pupilli in certis casibus procedit, puta in testamentis ordinandis & in criminalibus, cū uterque nullū habeat consensum, sed illa comparatio non est perpetua cū pupillus omnia alia agere possit tutore auctore, furiosus autem non, *d. l. in negotiis.*

Ad Thef. 4. 5. 6.] Pupillus suam conditionem non facit deteriorem nisi autoritate tutoris pura, non potest promittere dare vel mutuum accipere sine tutoris autoritate. Ibi enim vertitur magnum damnum, super est periculum, quod tū si affuerit redundat in tutorem, qui autor fuit. Hic enim iudicio tutelæ ad damnum resarciendum à pupillo conuenitur *l. 1. in princ. ff. de tutel. & rationibus distrab.* Obiicitur vero *l. 1. ff. de nouat. & delegat.* ubi dicitur, quod pupillus sine tutoris autoritate facere possit suam conditionem deteriorem; obligatur enim naturaliter, & obligari est periculosum & damnosum *l. in 9. causæ 16. ff. de minor. 25. annis.* Respond. ibi sane sine tutoris autoritate obligatur tunc ex eo, quod locupletior est factus ex alia re, quod ibi præsupponendum est, dum id non ex-

primitur, unde non tantum exceptio ei, ex eius bonis est factus locupletior pupillus, datur, sed etiam actio contra pupillum ex constitutione Diui Pii tribuitur *l. 1. in princ. l. pupillus §. in fin. pr. l. §. 1. ff. de auctor. tutor.* quia natura æquum est neminem cum alterius iactura fieri locupletiores. *l. iure natura ff. de reg. iur.* quam rationem in hoc ipso casu adducit Ictus Pompon. *in l. nam hoc natura. 14. ff. de condit. indeb.* cum in *l. precedentis §. fin.* de pupillo qui pubes factus soluit quod mutuo accepit, nec repetit, Ictus dixerit. Et sic etiam accipienda est *l. si pupillus 127. ff. de verb. oblig.* ubi pupillus naturaliter obligatur id eo, quia eius fideiussor tenetur, qui & civili & naturali obligatione accedere potest. *l. fideiussor. §. fideiussor. ff. de fideiussor.* Et non expressum præsupponendum est, scilicet, cum locupletiores ibi esse factum. Sic quoque accipienda est *l. si pupillus. 21. ff. ad l. Falcid.* Secundo obiicitur pupillum sine tutoris auctoritate obligari posse ex delictis. *l. impuberum. 23. ff. de furtis. l. pupillum in pr. ff. de reg. iur.* Ergo etiam ex contractu, quia argumentum à delictis ad contractus est in iure fortissimum *l. omnem 20. ff. de iudic.* Respond. Argumentum non facile procedit, quia si pupillus ꝑ doli capax est, merito ex delicto obligatur, nec ætas impunitatem meretur, modo sit capax criminis *l. impunitas 7. C. de pen.* sed ex contractibus non obligatur sine tutoris auctoritate. *l. 4. C. de auctor. prestand.* Tercio obiicitur quod pupillus adhuc suam conditionem facere non possit deteriorem etiam cū tutoris auctoritate, id quod probatur per *l. 1. in pr. c. §. sed l. §. si non mortis ff. de tutel. & rationib. distrabem.* ubi dicitur, q̄ nec tutore autore pupillus possit quid donare, quo conditio ipsius redderetur deterior. Resp. Pupillum conditionem suam tutore autore posse facere deteriorem in iis contractibus, ex quibus lucrum aliquod rursus speratur, qualis donatio non est, donare enim est perdere ut proinde donatio nunquam præsumatur, quotiescunque alia interpretatio & coniectura capi possit. *l. eleganter 27. §. qui reprobos ff. de pignor. act. l. si cum aurum. ff. de solut.* cum non dilapidare ac perdere sed acquirere potius, ditariq; velle vnusquisq; credatur *l. cum indebito 25. vers. qui non soluit. ff. de probationib.* Quarto obiicitur. *l. marcellus 25. ff. de fideiussor.* ubi dicitur pupillum sine tutoris auctoritate obligari. Resp. Pupillus ꝑ ex contractu non obligatur sine tutoris auctoritate. Sed in *d. l. marcellus, ex quasi contractu vel ex delicto obligatus est pupillus ut est furiosus & prodigus, & tum dicitur iure obligatus pupillus l. si à Reo. 70. §. si à furioso. ff. de fideiussoribus.* Et dicitur ex re venire actio *l. furiosus 46. ff. de oblig. & act.* in qua l. similiter agitur de eo, quando ex rei interuentu oritur obligatio, non ex partium conventionione, veluti si quis forte in fundum sibi cum pupillo communem impensas fecerit: Eas enim à pupillo communi diuidendo iudicio reperere potest. *d. l. furiosus in fin. c. l. si quis cum exisimauit 29. vers. denique ff. communi diuidendo.* quia ex quibus causis absentes & ignorantibus obligari possunt, ex iisdē etiam pupilli possunt, etiam sine tutorum vel curatorū auctoritate *l. si à furioso. 12. vers. si nā ex quib. ff. de reg. iur.* Et hoc casu ignorantes & absentes obligari possunt. *l. si quis putans in princ. ff. communi diuidendo.* Quinto obiicitur *l. cum illud aus illud. 16. §. fin. ff. quando dies legat. ced.* ubi dicitur pupillum non obligari naturaliter, etiamsi locupletior sit factus: ergo falsum est, quod in *thes. 6.* affirmatur pupillum eo casu naturaliter obligari, quando est locupletior factus. Resp. Pandecta Florentinæ pro particula nec legunt *xx.* Et tum *d. l. cum illud* sit planissima, id quod etiam in Pacii exemplaribus reperitur annotatum. Sed contra solut. affirmat Robertus *lib. 2. recept. iur. civil. lect. c. 17.* illam lectionem negatiuam esse retinendam, idq; probat ex eo quod in *d. l. cum illud. §. heres* dicatur non dari in eum pupillum actionem, quæ tamē ex rescripto Diui Pii datur, si pupillus locupletior est factus ut sup. est dictū. Resp. Papinianū quidē nouisse illā constitutionē D. Pii, sed ad eam sæpe non respexisse, & potius veteris tantum iuris meminisse, id quod

quod etiam accidit Scævolæ I Cto in *l. si pupillus. 127. ff. de Verb. obl.* vbi dū naturaliter obligatur pupillus ex eo, quod locupletior est factus (id enim præsupponendum est ibi vt supra est dictū) fideiussor etiam obligatur, qui & civili & naturali obligationi accedit. *l. fideiussor. §. fideiussor. ff. de fideiussor.* Et tantum dicitur quod nulla sit petitio eius, quod pupillus promissit, vbi simpliciter ad ius, quod ante constitutionem Diui Pii fuit, respicit, neglecta illa constitutione, nam ante eam in pupillum locupletiolem factum nulla actio dabatur recte. Ergo tollitur negatio, nec opus est dicere pupillū etiam non factū locupletiolem naturaliter obligari, id quod Robertus facit. Sexto obiicitur *l. Stichum 95. §. adicio. de solut.* vbi similiter affirmat Papin. pupillum naturaliter obligari quamuis locupletior non sit factus. Sed quid ad illam *l.* sit respondendum prolixius explicat Dn. Borcholt. in *tract. de reb. credit. c. 3.*

- Ad Thef. 8.* Affirmamus ibi tutorem in ipso statim negotio præsentem debere actorem fieri quibus verbis solemnia tutelæ exprimuntur & tenetur tutor pupillo auctoritatem accommodare vnaq; persona tutoris cum pupilli censetur, qui adhuc iudicio caret, & sufficit præsentia tutoris, modo pupillus id tantum exaudiat, etiam si absit extraneus cōtrahens cum pupillo, cui id literis significari potest à tutore. *l. obligari. 9. §. etiam si non exaudiat de autor. tutor.* Et facere id debet tutor id ipso tractatu seu gestu negotii, vt textus est elegans in *c. auditis. 29. extra de elect. & elect. potest.* Sed obiicitur qd rati habitio cōparatur mandato, quæ ex intervallo sequi potest *l. semper. §. sed si quis. de reg. iur. c. rati habitio de reg. iur. in 6.* Et opus non est in ipso negotii tractatu auctoritatem accommodari. Resp. Textus illi 2. accipiendi etiam in tali casu, quando saltem confirmandi negotii gratia interuenit consensus seu auctoritas quædam. Secus si solennitatis gratia auctoritas requiritur vt hoc in casu, quo præsens viua voce tutor fiat auctor, & conuenit cum hoc *§. 1. supr. de nupt.* vbi iussus parentum in quorum liberi sunt potestate in nuptiis præcedere debet. Vnde ibi: Rati habitio vtique sufficit quæ ex intervallo accedit, nihilominus enim nuptiæ absque consensu parentum contractæ dicuntur. Deinde obiicitur *l. si quis mihi 15. §. iussum. de acquir. vel mittend. heredit.* vbi dicitur iussum eius qui in potestate habet, non esse simile tutoris auctoritati, qui interponitur perfecto negotio, sed præcedere debet. Respond. Vlp. I Ctus in *thes. 8. iussum* comparat inter se iussum dominorū in quorū serui sunt potestate, in adeunda hereditate: Deinde auctoritatem tutoris, & affirmat iussum illud semper debere præcedere actum aditionis, id quod etiam Imp. Iustina. affirmat in *§. item vobis infr. per q. person. nobis acquir.* vbi affirmat seruum heredem institutum non aliter nisi domini iussu hereditatem adire posse, cum hereditas magis sit iuris quam facti, & iussus domini, personam serui ad id qualificet, & totum hoc operetur. Auctoritas autem tutoris I Cto referente, etiam perfecto negotio fieri potest, quasi d. I Ctus: Nō tamen semper præcedit actum vel tractatū negotii vt præcedere oportet iussum dominorū in adeunda à seruo hereditate. Quod autem I Ctus dicit etiam perfecto negotio auctoritatem interponi posse, id sic est intelligendum, in fine negotii vel perfecto iam omnino negotio inter pupillum & extraneum, eam debere interuenire, ita tamen ne alius extraneus actus interueniat, qui his verbis: *Statim in ipso negotio*, potissimum excluditur: per extraneum enim actū totum hoc negotium vitaretur, temporis continentia amittitur & duo negotia efficiuntur, vbi vnam saltem requireretur. Similiter exempla habemus in testamentis, quæ vno contextu fieri debent. *§. sed cum paulatim infr. de testamenti ordinand.* Et in stipulatione, quæ fiat nullo extraneo actu interueniente, nam ad interrogationem in continenti fiat responsio.

Ad Thes. 9.] Correctio † odiosa est ideo restringenda *per c. odia. de reg. iur. in 6.* Et pro-
pterea nec in §. *Ult. de autorit. tutor.* leuitas corrigendi facile est admittenda, præsertim
eum & multi sint qui eā non admittant. Et certū est hunc §. cum *Nov. 72. §. 2.* optime pos-
se conciliari. Nam §. ille loquitur in eo casu, quando lis inter tutorem & pupillum orta
est, ita ut iam tutela, non quando tutela iam esse coepit. Si enim tum, quando quis tutor
fit, litem habet cum pupillo, vel eius debitor est, nouo iure, nemo tutor esse potest, *d. Nov. 72. §. 1.* id q̄ libenter largimur. Alias quando quis aliquandiu fuit tutor & tum litem cum
pupillo habuit, † curator in eius locum interea datur donec lis illa sit finita & tum desinit
esse curator, id quod similiter ita in *d. Nov. 72. c. 2.* disponitur, quod verba illa ostendunt:
Si quis iam curam gerens obligatum sibi effectum habeat minorem, hoc est, litem vel contro-
uersiam cum pupillo habuerit, cum lis non tantum in iudicio sed etiam extra iudicium
lata significatione sit. l. liti nomen ff. de Verb. signif. Nec obstat in *d. §. 2.* de cura tantū agi,
non etiam de tutela, quia ibi cura etiam pro tutela generaliter accipitur, quod sequentia
verba ostendunt: *fidelem ad impuberum & adolescentum curam*, vbi per impuberum cu-
ram intelligitur tutela. Nec obstat quod vel tutor vel curator detur aut *d. §.* indicat, cum
tamen *d. §. Ult. de autorit. tutor.* dicat curatorem in locum tutoris dati. Nam incertis casu-
bus tutor etiam datur vt infra dicitur. Et *authent. minorū. C. qui dare tut. vel curat. potest.*
de tutore & curatore simul est intelligenda, quod rubrica eiusdem tit. ostendit.

Ad Thes. 11. & 15.] Ex Iustin. constitutione 12. annis in fœminis, in masculis 14. com-
pletis † tutela finitur, & securus est hac in re Iustin. Proculianos, qui semper ad philosophos
accedunt, & ideo in masculis longiori, in fœminis breuiori tempore pubertatem con-
cuserunt, quia fœminæ citius adoleſcunt & senescunt quam mates, item in prole suscipi-
enda antecedunt, quod sint maritis † frigidiores. Sed obicitur *c. puberes. 3. extra. de des-*
sponsat. impuber. vbi ex habitu corporis pubertas ostenditur & ex procreandi facultate. 17
Resp. aliud est statutum hac in parte in iure Canonico vt in 3. disputat. supra fuit dictum.
Secundo obstat Vlp. in *fragm. tit. 11.* vbi dicit fœminis puberibus & impuberibus dari tu-
tores. Resp. ipse Vlp. ostendit in *d. loco* fœminas ideo tamdiu habere tutores, quod infir-
mum habeant iudicium & ciuiliū negotiorum ignorationem, nunc autem amplius in
perpetua tutela non sunt, quia id Iustin. mutauit, & ciuile potius tempus statutum voluit
magis dignum castitate Iustinianei temporis. Tercio obicitur §. *ad certum tempus sup.*
qui tutor. dari possunt & l. pen. C. de in lit. tutor. dando, vbi dicitur non pubertate tutelam
finiri sed ante pubertatis annos. Resp. Tempus in *thes. 11.* constitutum consideratur res-
pectu pupilli, qui nihilominus absolueret illos annos, licet tutor ad certum tem-
pus ipsi detur, vt dictis textibus est expressum: Vel dicendum est regulariter finiri tute-
lam † pubertate, sed tamen inueniri certos casus speciales, quibus etiam ante puberta-
tis annos tutela finiatur, ad quos tum dicti textus essent referendi. Quarto obicitur *l.*
actum legitimi. ff. de reg. iur. vbi dicitur, actus legitimos, qualis est tutoris datio, non recipere
diem aut conditionem: Ergo tutor non potest dari ad certum tempus. Respond. Tu-
tela respectu pupilli id tempus habet, quod habet *thes. 2.* Inde tamen non sequitur tuto-
rem ad certum tempus dari non posse, præsertim in testamento, in quo casu loquitur *d.*
§. ad certum tempus. cum libera debeat esse testatoris voluntas *l. 1. Cod. de SS. Eccles.*
Quinto obicitur *thes. 16.* vbi dicitur curam finiri 25. anno completo. Ergo &
totidem in tutela anni esse debent; Vel si variat ætas in masculis & fœminis in tutela, 19
variet & in cura. Respond. Cura expirat in masculis & fœminis † sine distinctione anno 25.
tamdiu enim vtrique beneficium restitutionis durat, quia etsi fœminæ citius adole-
ſcunt ætate, respectu tutelæ vel pubertatis. Non tamen citius animo, prudentia & intel-

nes sunt, quia iis, quæ ipso iure sunt, alias accedit magistratus / *si dolo. C. de rescind. vendit. l. p. rator 75. ff. de res. vendit.* Nec tamen prætoræa, quæ iuris sunt, anuratur *l. i. ff. de furis.* Deinde factum hominis iis, quæ ipso iure sunt, nihilominus accedere potest vel cognitio magistratus, ut fit in compensationib. *l. 2. ff. de compensat.* quæ tamē ipso iure sunt. *l. vii. C. eod.* quæ sententia videtur, probabilior, quamvis Myndus. *in d. §. furiosi de curat. num. 7.* vtramque sententiam amplecti videtur.

Ad Thef. 21.] Habentii t̄ tutorem tutor non datur, sed curator. Hæc regula extat **24** in §. interdum de curat. et alias multis in textibus iuris exprimitur. *l. idem 27. in pr. ff. de testam. tutel. l. licet 4. C. in quib. casib. tutor vel curat. etc.* Et hæc regula potissimū in legitimo tutore locum habet, de quo *in d. §. interdum* agitur, ut Wesenb. *ibi* notat. Quia cum legitimus tutor sit proximus heres, non debet ei inuito in bonis administrandis, ad quæ habet spem successionis, alius tutor subrogari, ne contumelia afficiatur. Deinde afferri posset forte ratio generalis omnibus tutoribus communis : quia tutela est ius in personam. §. certa autem res. *sup. quæ testamento tutor.* ac proinde diuisionem non accipiat, cum diuio sit rerum non personarum per *sc. l. 2. ff. de verb. ob.* Hæc tamen regula non est, sed multas habet exceptiones, quæ hic a Myndus, Wesenb. & Cuiac. videantur, eamque regulam fallentias habere expresse indicatur *in l. 4. C. in quib. casib. tutor vel curat.* Alii tamen affirmant in omnibus locis, in quibus tutorem in locum tutoris dari dicatur, tutorem pro curatore esse positum, idq; Angelum sentire Ioan. de Rebert. affirmat; sed periculosum est dicere tutorem tam fuisse otiosos & temere ita vocabula ista confudisse; cum alias in hisce distinguendis diligentiores videantur, quamvis aliqui ex recentioribus affirmant in locum eius tutoris qui Reipubl. causa abest curatorem dari. §. item qui Reipubl. *infr. de excusat. tutor vel curat.* non tutorem, quod tamen *in l. quasitum 11. ff. de tutel. et in l. 3. §. si quis. §. ff. de suspect. tutor.* affirmatur, sed dicunt in illis l. pro tutore curatorem esse ponendum. Habent autem pro se illi, qui dicunt legendum esse omnibus in locis pro tutore curatorem hanc rationem : Quod tutor non datur nisi ad vniuersum patrimonium. §. dantur *infr. de excusat. tutor.* Et hic tamen sæpe datur tutor; Curatorem autem dari ad certam rem, §. l. de surg. *vide* pro tutore omnibus in locis sit legendum curatorem, quamvis dici possit etiam tutorem subrogatum ad vniuersum æque patrimonium dari.

Ad Coroll.] Puberes t̄ sine curatoribus suis obligantur, quæ obligatio magis minor **25** rum personam spectat cum habeant iudicium & consensum, quamvis non firmissimum tamen firmiter quam pupilli, qui obligari omnino non possunt, nisi sint locupletiores facti ut *sup. dict.* Sed obijciunt *l. 3. C. de in integr. restitut.* ubi dicitur : Si minor 25. an. curatorem hominis vendidit bona absque eius consensu, hunc contractum non esse seruandum. Resp. loquitur illa lex de rerum & bonorum alienatione non de obligatione personali : Quamvis ium minores habeant beneficium restitutionis à prætorē, quod statim est iis post lationem paratum, quo etiam ad indemnitate perueniunt. Contractus enim qui ipso iure non est nullus, valet, sed tollitur per beneficium restitutionis in integrū ut & actiones ipso iure valentes per exceptiones annihilantur. *tot. tit. infr. de except.* ideo autem tenentur in alienatione consensum curatorum minores adhibere quia bonis curatores dantur, eorumque administratio ipsis conceditur *l. sciendum 20. ff. de ritu*

inpr. l. in copulandis. 8. C. de nuptiis.

DISPUTATIO VII.

Extit. 25. & 26. lib. 1. institut. de excusatione tutorum.

CONTINUATIO.

Sicut satisfactio est communis tutoribus & curatoribus: ita quoque excusatio vtriusque ex variis causis indulgetur. *l. 1. in princ. ff. de vacat. & excusat. tutor. muner.*

Thesis 1. Excusatio est allegatio vacationis seu immunitatis à tutela vel curatione, quam aliquis ex privilegio vel alia iusta causa habet. *tot. tit. institut. de excusat. tutor.*

2 Excusationis causæ sunt multæ ac variæ: Et primum excusatio valet ob multitudinem liberorum in potestate existentium vel emancipatorum. *in princ. institut. de excusat. tutor. l. 2. §. remittit. & ibi Cuiacius. ff. eod. l. 1. C. qui numer. liber. se excus.*

3 Ob rerum fiscalium administrationem: nam qui res fiscales administrant, tutela seu cura, quandiu administrant, se excusare possunt. *§. item diuus. institut. de excusat. tutor. l. 41. ff. eod. l. 10. C. eod. tit.*

4 Ob absentiam Reipublicæ non affectatam, nec sui commodi causa, sed coactam. *argum. l. 36. ex quib. caus. maior. Quæ ante tutoris vel curatoris dationem sit exorta. l. 41. §. eorum. de excusat. tutor. l. 2. ff. eod. l. 1. & per tot. C. si tutor vel curat. Reipubl. caus.*

5 Ob potestatem coniunctam cum dignitate, qualem ii habent, qui in imperio magistratus sunt, vel honorem gerunt: verum hi vacant à suscipienda tutela, susceptam vero deferere nequeunt. *§. & qui. institut. de excusat. tutor.*

6 Ob tria onera tutelæ vel curæ non affectatæ, quæ præstant vacationem, quandiu administrantur: ut tamen plurium pupillorum tutela vel cura eorundem bonorum pro vna computentur. *§. item tua. hoc tit. l. 3. & §. eod. l. vni. §. 4. C. qui muner. tut. se excus.*

7 Ob aduersam valetudinem, quæ rei facultatem adimit, ne quis suis quidem negotiis interesse possit. *§. item propter. hoc tit.*

8 Ob litem, quæ cum pupillo vel adulto instituta, excusationem meretur, si forte controuersia sit de omnibus bonis vel tota hereditate. *§. item propter. hoc tit. l. 21. in princ. ff. eod. quod iure nouissimo non esse correctum defendimus. Mynsing. in §. item propter. hoc tit. per Nou. 72. & Auth. minoris, C. qui tutor. vel curat. dar. poss.*

9 Ob paupertatem tutoris. §. *sed & propter hoc tit. l. paupertas. 7. ff. eod. l. post 40. §. fin. l. 6. §. ult. vbi Cuiac. ff. eod.*

10 Ob literarum ignorantiam. §. *similiter eos. h. tit. l. 10. in fine cum 2. ll. seqq. d. l. post. 40. in princ. eod.*

11 Ob ætatem: nam maior 70. annis à tutela vel cura se excusare potest. §. *item maior hoc tit. l. 2. in princ. eod. l. vnica. C. qui at at. se excus.* Minor vero 25. annis ne quidem volens ad tutelæ administrationem admittitur. §. *item maior. vers. minores 25. annis. h. tit. l. fin. §. 4. C. de leg. hered.*

12 Maritus curam bonorum receptitiorum vxoris suæ recusare potest: verum hæc proprie non est excusatio, cum ne volens quidem admittatur. §. *idem rescripserunt hoc tit. vbi Hottoman. Wescenb. & Mynsing. l. 4. C. eod. l. 2. C. qui tutor. dar. poss.*

13 Ob inimicitias capitales. *l. item si propter. & §. inimicitia. hoc tit. l. 6. §. 17. eod.* seu ob status controuersiam, §. *item is qui. hoc tit. l. 6. §. pen. ff. eod.*

14 Qui se excusare volunt, non appellant, sed intra 50. dies continuos, ex quo cognouerint se esse tutorem vel curatorem datos, se excusare debent. §. *qui autem vult. hoc tit. l. 13. & l. 38. eod.*

15 Ob militiam seu huius priuilegium. §. *idem & in milite. hoc tit. l. militia. C. qui tutor. dar. poss. l. 1. & 2. C. de excus. Veteran. l. 8. in princ. eod.* item ob artium liberalium professionem. §. *item Romæ. d. tit. l. 6. §. 1. eod.*

16 Ob onus tutelæ prius gestæ. §. *qui tutelam. hoc tit. l. 20. C. eod.* Quod tamen hodie iure nouissimo immutatum est, in *Reformation. Politie Augst. Anno 1548. tit. de tutor. & curator. pupillor. §. 1.*

17 Ad extremum si tutores seu curatores non recte administrēt, possunt suspecti crimine postulari, quod ex lege 12. tabularum descendit. in *princ. Insist. de suspect. tutor.*

18 Suspectus autem est, qui fraudulentè in rebus minoris versatur, aut sordide aut perniciosè gerit: vel aliquid interceptit ex rebus pupillaribus, & in priuatos vsus transfert. §. *suspectus autem. Insist. de suspect. tutor.* Mynsing. ad rubric. huius titul. num. 2. & quos ibidem allegat. *l. si curatores. ff. de priueleg. credit.*

19 Et datum est ius remouendi suspectos tutores Romæ prætori, & in prouinciis præsulibus earum, & legato proconsulis. §. *datum est. h. tit. l. 1. §. 3. cum l. seq. eod. tit.* hodie non male omnes ii de hoc crimine cognoscunt, qui tutores dare possunt. Aldobrand. in §. 1. hoc tit.

20 Omnes autem tutores, siue sint testamentarij, siue legitimi, siue datiui, vt suspecti remoueri possunt. §. *ostendimus. hoc titul. l. 1. §. 5. eodem. l. 4. Cod. eod.*

102. DISPUTATION. IVRIS CIVIL.

21 Quod adeo verum est, ut etiam patronus tanquam suspectus possit remoueri, dummodo famæ eius pareatur. §. ostendimus. hoc tit.

22 Tutor vel curator, ut suspectus à tutela seu curatione remoueri potest, qui pupillo alimenta non præstat. §. si quis tutor. cum §. seq. hoc tit. l. 3. §. 14. ff. eod. tit.

23 Si quis demum suspectus postulatur, quo ad cognitionem finiatur, interdicitur ei administratio; sed si suspecti cognitio suscepta fuerit, posteaq; tutor vel curator decesserit, cognitio suspecti quoq; extinguitur. si quis autem. Instit. de suspect. tutor.

Corollarium: Quæstio inter interpretes exorta, vtrum tutor ob culpam suspectus factus & remotus, famosus fiat, de quam culpa intelligenda? Wesenb. in §. suspectus autem. num. 2. & ibi Mynsing. Institut. de suspect. tutor. Dd. in lampuberibus. 7. §. si fraus. 1. ff. eod. tit.

DISPUTATIONIS VII.

De excusatione tutorum, obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 Excusatio tam tutoribus quam curatoribus indulgetur.
- 2 Liberos multitudine excusat à tutela.
- 3 Cives Romani cur meliori iure & sint, quam provinciales.
- 4 Munera patrimonialia, numero liberorum non excusantur.
- 5 Munera publica seu civilia quotuplicia sint.
- 6 Munera publica multum differunt ab honoribus.
- 7 Tutela non est munus publicum.
- 8 Tutela qua ratione publicum, personale, & priuatum munus dici possit.
- 9 Liberi quinq; an excusent à tutela.
- 10 Liberos numerus an excuset ab honoribus.
- 11 Liberi qui & quales excusationem à tutela tribuant.
- 12 Liberi qui in acie occubuerint, pro viuis habentur, & à tutela excusationem largiuntur.
- 13 Bello amissum quid dicatur.
- 14 Filius captiuus ab hostibus, pro seruo atq; ita pro mortuo habetur.
- 15 Fiscii administratio excusat à tutela.
- 16 Coloni Cæsaris cur à muneribus municipalibus liberantur, & quando à tutela exemptentur.
- 17 Vestigalia quotuplicia sint, & an à tutela excusent.
- 18 Absentes Reipubl. causa an excusentur à tutela.
- 19 Potestas à suscepta tutela non excusat.
- 20 Lii inter tutorem & pupillum de tota hereditate exorta, excusat à tutela.
- 21 Tutela del cura tria onera excusant.
- 22 Tutela affectata qua dicatur.

- 23 *Paletudo aduersa excusat à tutela.*
- 24 *Spadones à tutela onere non excusantur.*
- 25 *Cacus an & quatenus à tutela excusetur.*
- 26 *Literas qui nesciunt an à tutela omnino excusentur.*
- 27 *Maiores annis 70. à tutela & cura excusantur.*
- 28 *Maritus an possit uxori sua curator dari.*
- 29 *Sponsus sponsa sua curator dari non potest.*
- 30 *Maritus iure Saxonico est legitimus uxoris sua curator.*
- 31 *Patrimonium uxoris est triplex.*
- 32 *Tutores quomodo se excusent, & an omnes id facere possint, item quanto temporis spacio.*
- 33 *Tutores an appellare possint.*
- 34 *Tutela & cura quomodo ab aliis muneribus mere publicis differant.*
- 35 *Ius remouendi tutores suspectos datum est etiam legatio proconsulis.*
- 36 *Accusatio suspecti tutoris quasi publica est, & quare.*
- 37 *Præses quando de suspecto tutore cognoscat.*
- 38 *Tutores testamentarii an etiam remoueri possint.*
- 39 *Femina suspectos tutores postulare possunt.*
- 40 *Pupillo & alimenta decernantur ad quem spectet.*
- 41 *Excusatio tutorum extinguitur lise contestata, & tutore mortuo, & quare.*
- 42 *Culpa in tutore suspecto qualis consideretur.*
- 43 *Tutor etiam ob litem culpam famosus fieri non debet.*
- 44 *Culpa lata quomodo differat à dolo.*
- 45 *Tutor qui inuentarium facere negligit, cur infamis fiat.*
- 46 *Tutor cur interdum suspectus fiat, etiam antequam tutelam gerat.*

VT satis datio est communis tutoribus & curatoribus quemadmodum superiori disputatione vidimus: Ita quoque ꝑ excusatio tam tutoribus quam curatoribus ex variis causis indulgetur, idque fieri æquitas postulat, quia omnis excusatio nititur, quemadmodum Vlp. affirmat in l. i. in princ. ff. de vacan. & excusat. muner.

Ad Thesin 2.] Excusatio tenet ꝑ ob multitudinem liberorum in potestate existentium vel emancipatorum. & merito id privilegium habent, qui liberis ciuitatem replent, & in Republ. conseruanda operam locant, cum matrimonium sit munus gignere & educare liberos. l. 1. ff. solut. matrimon. quemadmodum dos petat. Excusantur autem ii, qui Romæ tres liberos habent, in Italia quatuor, in protinciis quinque. Huic assertioni obicitur l. in orbe. 17. ff. de statu hominum, vbi dicitur ex Constitut. Antonini Imperatoris, omnes ciues Romanos esse effectos, qui sint in orbe Romano: cum igitur provinciales & alij in orbe Romano sint, merito in iis quoque idem ius, quod Romæ statuitur, erit statuendum. Respond. Verum est quoad personarum statum & conditionem omnes in orbe Romano existentes eodem iure cum ciuibz in vrbe Romana versantibus, vti ex Constitut. Antonini: quo ad alia tamen, puta privilegia & alias res magnum inter eos discrimen est relictum, & meliore iure vsi sunt ꝑ ciues Romani prepter excellētiam, quam provinciales. Secundo obicitur. l. i. C. de iis, qui num. libe. & l. pau. & l. excusat. meruerunt. lib. 10. vbi Alexand. Imp. generaliter rescribit numerum liberorum ab oneribus non excusare, vnde falsum est quod dicimus, numerum liberorum excusare à tutela, quæ onus est, quemadmodum Iustinian. Imperator. in §. item maior. vers. idem & in milite

milite. h. tit. n. affirmat. Resp. in d. l. i. pro oneribus legendum est honoribus, quia numerus liberorum non excusat ab honoribus & muneribus his coherentibus. l. 2. §. *numerus. ff. de vacat. & excusat. muner.* Et c. Excusant autem quinque liberi superstitēs ab oneribus, hoc est, muneribus publicis seu ciuilibus, & præsertim à personalibus, id quod expresse dicit, l. 5. C. de iis qui num. liber. excusat. meruerunt. l. 3. §. *quamuis* & §. *cura. & l. 4. in prin. ff. de muner. & honor.* quæ leges omnes de personalibus muneribus loquuntur, patrimonialia autem † munera publica vel ciuilia numero liberorum non exculantur, l. 2. §. *quæ patrimoniorum. ff. de vacat. & excusat. muner. l. 5. C. de muner. patrim. lib. 10.* Et notandum est † munera publica seu ciuilia esse triplicia, personalia patrimoniorum & mixta, l. 1. in princip. & l. *munerum. 18. in prin. ff. de muner. & honoribus.* Et hæc onera dicuntur l. 2. §. *quæ patrimoniorum. ff. de vacat. & excusat. muner. l. exactors. 10. C. de excusat. tutorum.* Et hæc munera publica seu ciuilia † plurimum ab honoribus distant, quia honor municipalis est administratio Reipubl. cum dignitatis gradu cum sumtu vel sine erogatione contingens. Munus autem publicum cum sumtu in Republ. administranda subimus sine titulo dignitatum l. *honor. 14. in prin. & §. 1. ff. de muner. & honor.* Mirum igitur non est aliud in honoribus publicis, & aliud in muneribus, quo ad liberorum numerum esse constitutum. Quod autem de oneribus vel muneribus publicis vel ciuilibus dictum est, ad tutelam facile trahi non potest. Licet enim tutela onus sit, vt supra fuit probatum, tamen non est onus † seu munus publicum tale, qualia sunt cætera munera publica, de quibus iam actum. Illa enim definiuntur officia priuatorum hominum, ex quibus commodum ad singulos vniuersosque ciues peruenit, hoc est, quæ principaliter ad tuendum & augendum Reipubl. & omnium ciuium bonorum spectant. l. *pupillus. §. munus. ff. de verb. signif.* Tutela aut non ad publicam spectat vtilitatem, sed saltem ad commodum priuatorum etiam in consequentiam publice profuit, cum omnium inter sit, pupillos non relinqui indefensos. l. 2. §. *diuus. ff. qui petant tutor.* Vnde etiam merito tutela & cura priuata munera dicuntur, l. 17. §. *si qui adilitate. h. tit. n.* Et alias à publicis istis muneribus tutela separatur, l. 10. C. de excusat. l. 3. ff. de iure immunit. Sed obiicitur contra datam solutionem, §. 1. h. tit. vbi tutela vocatur munus publicum. Deinde d. l. 1. §. *aque. ff. de muner. & honor.* vbi tutela & cura vocantur personalia munera, quæ publica sunt, & quinque liberos superstitēs ad exculationem requirunt, vt supra est dictum. Et l. 6. §. *tutela. ff. h. tit. n.* vbi tutela dicitur ciuile munus, quod publicum est, d. l. 1. in princip. ff. de muner. & honor. Ex quibus legibus. apparet tutelam reuera publicum munus esse, & quinque liberos superstitēs ad exculationem requirere. Resp. Tutela † publicum munus est scilicet autoritate, quia pendet ex necessario decreto magistratus vel legum. l. *nullus. C. de decurion. lib. 10. l. si u. 31. in prin. ff. h. tit.* quo respectu recte publicum & ciuile dici potest. Deinde personale dicitur in d. l. 1. §. *aque.* ita tamen vt sit personale munus priuatum, non mere publicum, vt ibi glossa. notat & Wesenb. sequitur in paratis. de munerib. & honorib. num. 4. & patet ex d. l. honor. §. 1. de muner. & honor. & priuatum est respectu finis, publicum seu ciuile respectu autoritatis, quam tutela à l. vel magistratu habet, quemadmodum simile in testamentis videmus, quæ autoritate publica sunt, scil. quoad factionem eorundem l. 3. ff. qui testamenta fac. possunt: Vtilitate tamen priuata sunt tot. tit. Institut. de ordin. testamentis. Sed obstat vltius l. *semper. §. demonstratur. ff. de iur. immunitat.* vbi est liberorum numerus à muneribus excusat. Ergo falsum adhuc est † §. liberorum numerum à personalibus muneribus excusare. Respond. Ille textus loquitur de omnibus muneribus mere publicis, etiam de iis quæ honoribus coherent, de quibus in dict. l. 2. §. 1. ff. de vacat. & excusat. muner. agitur. Nam et si in personalibus sufficiant quinque ad exculationem, tamen

men 16. multo magis sufficiunt & admittuntur, quia ei quod sufficit, plus admitti potest, *l. oratione 16. §. 1. ff. de ritu nupt.* vbi si neptis nubat, voluntas & autoritas aui sufficit, nec tamen ideo minus filius admitti potest. Maxime autem propter realia vel patrimonialia munera totidem liberi requiruntur, cum in personalibus quinq; sufficiant. Patrimonialia vero numero liberorum nō excusantur per expressam *d. l. 5. C. de mun. patrimon. lib. 10.* quæ lex generaliter loquitur, quasi videatur excludere etiam sedecim: Sed sciendum illum tex. indefinite loquēdo respicere ad personalia, in quibus quinque sufficiant, quasi dicat patrimonialia non habere excusationem tam exiguo numero liberorum. Sed plures in iis ad excusationem liberos requiri. Idque multis in locis Cuiac. placet, vt in *l. 1. C. de iis qui num. liber. excusat. & in notis hic*, & maxime propter realia munera seu patrimonialia hoc est constitutum, quod in personalibus constitui necesse non fuit, siquidem illa quinq; liberis excusationem merentur. Hinc idem Cuiac. in *l. 2. de excusat. & Welsch. hic* saltem in realibus seu patrimonialibus 16. liberos excusare affirmant citra omnem pugnam, quia etiam personalia eundem numerum recipere possunt, cum plenissime excuset in omnib. muneribus. Sed aduersatur adhuc *l. si quis. 24. C. de decurion. lib. 10.* vbi decurio pater 12. liberorū habet excusationem. Resp. Decurionis est honor & a numeris publicis distinguitur in *l. 2. §. 1. ff. de vacat. & excus. muner.* quæ tamen lex respicit ad numerum 5. liberorum, qui in personalibus muneribus excusat. Non igitur in honoribus 5. liberi sufficiunt ad excusationem, sed 12. requiruntur. Cuiac. tamen putat in *d. l. 24. C. de decurion. lib. 10.* pro 12. legendum 16. ita vt numerus decimus sextus sufficiat & honoribus & oneribus. Deinde obstat *l. 1. C. de legat. lib. 10.* vbi quis legationibus publicis, & sic munere personali liberatur; si tres habeat liberos incolumes: Ergo non requiruntur quinq; Respond. cum Icto Callistrato in *d. l. semper. §. 1. ff. de iure immunit.* varie nec absce numero liberorum ad excusationem munerum municipalium prodesse: Modo enim quinque sufficiunt, vt in personalibus, modo sedecim, vt in personalibus & realibus, modo tres, vt in legationibus. A tutela igitur & cura exemplo horum munerum publicorum excusari quis potest, non tamen eodē modo, quia vt dictum est Romæ tres liberi excusant, in Italia quatuor, in provinciis quinq; §. 1. *h. tit.* idque verum adhuc manet.

Tribuunt autem liberi remissionem tutelæ ꝑ tam filia quam filij, & nepotes ex filio masculo nati, masculi & foeminae, & quotcunque nepotes ex filio fuerint, iure representationis pro vno filio numerantur. *l. 2. §. non solum. h. tit. n.* & in locum patris sui succedunt, vt Imp. Iustin. hic affirmat. Deinde requiritur vt liberi ad excusationem perficerentur sint viui & superstites *d. l. 2. §. oportet. h. tit.* & incolumes, *d. l. 2. §. incolumes. ff. de vacat. & excusat. muner.* Cui opponitur, quod in ventre existentes pro natis & viuis habeantur, quoties de ipsorum commodō agitur, *l. qui in vtero est. 7. ff. de statu hominum.* Respond. Modestinus dicit illos quidem sapius pro natis haberi, sed in muneribus hisce & in presenti quaestione nihil prodesse, *d. l. 2. §. qui autem, h. tit.* Forte ideo quod hic pupillorum causa potior habeatur, & excusatio non admittatur propter illum, qui nondum natus sit. Præterea & hic commodum adeo magnum non versatur eius qui in ventre est, licet in consequentiam excusatio ei prodesset, si patri prodesset, non autem principaliter. Secundo obicitur etiam, quod in acie amissi pro sint, qui tamen mortui sunt. Respon. cum Iustin. hic, quod tales ꝑ per gloriam in perpetuum viuant, qui in acie occubuerunt, & pro Republ. ce. 12. cederunt Sed oppono contra dat. solut. Sufficit in bello eos amissos esse, vt excusatio locū habeat, *l. 1. §. 1. in pr. ff. de vacat. & excusat. muner.* Gellius lib. 2. *noct. Atticar. c. 15.* Sed in bello id amissum dicimus, quod occasione belli amittimus, *l. 1. §. ex incendio. ff. de incendio, ruina, & c.*

- ma. &c.* Puta, si quis vulneratur in bello, vel morbum sibi contrahit & postea moritur, quando domum redit: Ergo & tum filius ad excusationem prodest, quando occasione belli est interemptus, quamvis non in acie ipsa constitutus occubuerit. Respond. Et si quidam per text. *d. l. 1. §. ex incendio. iuncta d. l. §. de vacat. & excusat. muner.* id probant & sic illa phrasin: *in bello amitti*: explicent, tamen hoc *in d. l. 1.* procedit magis propter fauorem eorum, qui aliquid in incendio amittunt, & in eorum odium, qui aliquid in incendio rapiunt, quamvis hoc fiat in aliis aedibus, quæ adhuc conflagrationi non sunt subiectæ. Hic autem in fauorem pupillorum illi solum profunt ex communi sententia, qui in acie, hoc est, in lucta & expeditione, conflictu ipso occumbunt, non qui per causam belli, puta, in obfidione, & non in acie parentibus abripiuntur. Et hanc explicationem Vlpia. agnuit suo tempore ut constat *ex l. bello amissi. §. ff. h. tit.* Et approbavit Iustin. *in §. 1. h. tit. n.* Non igitur huc *d. l. 1. §. ex incendio.* facile trahi debet. Sed instari potest hac ratione: Vtraque lex est Vlp. I. C. *d. l. bello amissi. h. tit. & d. l. r.* qui tamen sibi contrarius non præsumitur. Resp. Vlp. *in d. l. 1. §. ex incendio.* integram proponit definitionem generaliter quidam in bello famissum dicamus, scilicet quod per causam belli amittitur, siue hoc fiat in acie siue alias occasione belli, alio quouis modo, & ita etiam in incendio amissum accipit, scilicet amissum quouis modo, in ipso incendio vel occasione incendij, alio in loco, & ut dixi, in odium furum istorum, id Vlp. *in d. l. 1. §. 1.* ita constituit: sed *in d. l. bello amissi.* in fauorem pupillorum non quousvis amissos qualibet belli occasione ad excusationem prodesse vult, sed eos tantum, qui in acie ceciderunt cum sæpe plures in expeditionibus non per gloriam pro Repub. defendenda: sed per lucra & rapinas, & sic per summam ignominiam in bellis pereant. Strictius igitur bello amissi hic accipiuntur *d. l. §. de vacat. & excusat. muner.* superiori casu latius. Denique obijciatur *l. 2. C. de iis qui num. lib. excus. meruerunt.* ubi dicitur filium ab hostibus captum nedum reuersum ad excusationem munerum personalium parri non proficere, cum tamen uiuat adhuc. Respond. Non sufficit liberus esse viuos sed esse ciues
- 14 Romanos. Cuiac. *ad d. l. 2.* Nam serui pro filio mortuis habentur iure ciuili. *l. seruitorum. l. quod attinet. ff. de regul. iur.* Et filius dum abest ab hostibus captus, ius patriæ potestatis amisit & seruus hostium est factus. *§. si ab hostibus. supr. quibus mod. ius patriæ potestatis. soluitur.*
- 15 Ad Thesin 3.] Administratio filici seu rerum ad fiscum pertinentium excusat. *l. administratio. 41. in princ. ff. h. tit.* Vnde *in l. C. §. gentium. h. tit.* dicitur prædictum Aliæ Cappadociæ excusare à tutela, sed quamdiu prædictus durer, id quod *in §. item duo. hoc tit. n.* similiter adijciatur: quando enim nulla est administratio filici nullum est priuilegium, cum cessante causa cesserit effectus. *l. generaliter. C. de Episcop. & Cleric. gloss. in d. §. gentium.* Non aliter autem excusantur conductores prædiorum, vectigalium filici, quam si præsentibus negotium exerceant, *l. in honoribus. 8. §. non alius. ff. de vacat. & excusat. muner.* Sed obstat *d. l. administrantes. 41. & l. §. de tutor. vel curat. dare possunt.* ubi non res filici administrans colonus, sed prædia Cæsaris propria & non fiscalia excusatur, quæ tamen duo diuersa sunt *§. thesauros. infra. h. tit. l. 3. §. si in locis. ff. de iure filici.* tamen idem de rebus Cæsaris patrimonialibus est statutum, quod *d. l. §. titim. C. qui dare tutor. vel curat. possunt.* ostendit, dum dicit, excusari colonum patrimonialem & alium scilicet filici, & *l. penult. §. coloni. ff. de iure immunit.* ubi dicitur colonos Cæsaris à muneribus municipalibus liberari, & additur ratio, ut scilicet sint idoneiores prædiis fiscalibus colendis. Sed datæ solutioni vehementissime obstat *l. coloni. 8. Cod. de excusat.* ubi Alexander Imperator referabit colonum administrantem res, hoc est, prædia ad fiscum pertinentia, omnino non habere excusationem à tutela & aliis ciuilibus muneribus. Respond. Glossa *in d. l. §. titim. C.*

qui dare tutor. Vel curator. possunt. talem affert solutionem. Colonum fiscalem, hoc est, colentem fundos fiscales non excusari à tutela & cura, *d. l. coloni.* patrimoniale excusari à tutela & cura, *d. l. ultim.* Cui tamen ut dictum est, *d. l. ultim.* repugnat, quæ alios etiam colonos non patrimoniales excusari affirmat. Et hac solutione recepta, *d. l. administrantes. 41.* quæ de Re Principum loquitur concederet. Imo corrueret *d. l. 6. §. ultim. ff. de iure fisci.* ubi dicitur: quodcumque privilegij fisco competit, hoc idem & Cæsaris ratio & Augustæ habere solet. Verior igitur est solutio in *d. l. coloni.* rerum fiscalium colonos non excusari omnino à tutela & cura: ita tamen si absque fraude fisci id fieri posse præter animadverterit, quam solutionem suppeditat nobis *l. ult. §. 1. ff. ad municipalem.* ubi dicitur, colonos prædiorum fisci muneribus municipalibus fungi oportere modo id non fiat damno fisci. Nota quod necessitas imponatur colonis prædiorum fisci recipiendi oblata à municipio munera, id quod verbum *OPORTET* indicat, & in *d. l. coloni* illa verba: *Coloni prædiorum ad fiscum pertinentium non habent excusationem.* Si autem fraus aliqua timebitur, non sunt onerandi coloni, tutela vel cura *d. l. ultim. Cod. qui dare tutor. Vel curator.* Sed rursus obiicitur contra datam solutionem *l. 1. Cod. de condit. & procurat. rerum fiscalium, lib. 11.* ubi dicitur: Colonos prædiorum fiscalium nec priuatis nec publicis negotiis se immiscere debere: Ergo nec tutela se omnino misceant. Resp. loquitur ibi Imperator de aliis negotiis quæstiosis, quibus facile fraus fisco fieret. Deinde responderi potest, interdici ibi negotia publica & priuata quo ad damnum inde fisco oriri posset. Denique obiicitur *l. 15. §. qui vestigalia. h. tit.* ubi dicitur vestigalia à ciuitatibus accepta non excusare à cura. Respond. Duplicia sunt † vestigalia: Alia sunt ciuitatum quæ non excusant à tutela & cura: Alia sunt fisci, quæ excusant, cum fisci potior causa semper sit, utpote publica quam ciuitatum, quæ priuatorum loco habentur. *l. eum qui. 16. in fin. ff. de verb. sign.*

Deinde in *Thesi 3.* affirmatur † absentes Reipublicæ causa excusari, cui opponitur *d. 18 l. administrantes. 41. §. eorum. ff. h. tit.* ubi non absentes sed presenti Reipubl. causa excusantur. Respond. Paria esse absentem esse vel absentem sperari, per *l. penult. ff. de testamento militari.* Excusantur autem ii tantum, qui antequam deferretur tutela vel cura abesse Reipublicæ causa cœperunt: Si semel receperunt tutelam vel curam & por vnum atque alterum annum gesserunt, onus semel susceptum recipiunt, quando redeunt, interim curator eorum loco datur, *dist. §. item qui Reipubl. d. l. administrantes.* Tutorem autem habenti tutor non datur. *§. interdum. supra, de curator.* Et in omnem rem curator dandus est in eius tutoris locum, qui Reipublicæ causa abest. *l. in omnem. 15. ff. de tutor. & curator. dat. ab his.* Sed obiicitur *l. quasitum. 12. ff. de tutel. l. 3. §. si quis absumptus. ff. de suspens. tutor. Vel curat. l. si tutor. 9. in princip. ff. de tutel. & rationibus distrabent.* ubi dicitur in locum tutoris absentis Reipublicæ causa, alium tutorem dari. Respond. Communis est solutio in dictis legibus pro curatoribus, legi tutoribus, præsertim cum *l. curatorem. 25. ff. de tutor. & curat. dat. ab his.* de curatore loquatur & sit Pauli Iurisconsulti lex ex eodem *lib. 10. responsorum,* ex quo *d. l. quasitum,* est desumpta, quæ eadem tractat, scilicet si non reuertetur is, qui Reipubl. causa abest, in cura detinendum esse curatorem vsque ad tempus pubertatis. Idem etiam *l. 2. C. in quibus casibus tutor. Vel curat. habenti. &c.* Cuiac tamen in *l. 8. in fine. ff. h. tit.* putat verius esse interdum absentes Reipublicæ causa à cœpta tutela omnimodo excusari, & ideo tutorem dari eorum loco, non curatorem, id quod etiam constat ex *§. interdum,* ubi dicitur, in locum tutorum, qui non in perpetuum excusantur, sed ad tempus curatorem dari: Ergo & in præsentī casu curator dandus est. Et tutor Reipublicæ causa ab-

absens omnino tutelam deponit, hoc est, amplius tutor non est, quando scil. quis trans mare Reipubl. causa abest, vel quando circa Principem est occupatus. *l. verum. 11. §. ex facto. ff. de minor. 25. annis. l. iuris peritos. 30. in pr. h. tit.* Obiicitur denique *l. §. tutor vel curat. Reipubl. causa aberit.* vbi generaliter dicitur certum esse eos qui Reipubl. causa abesse defuerunt, ab omni noua tutela anno vacare debere. Respond. Tura anni vacatio datur, quando ij, qui defuerunt Reipubl. causa abesse ad nouas tutelae vocantur, *d. §. item Reipubl. h. titul.* Nam pristinas resumere tenentur quando redeunt. *l. Titium. 45. ff. eod.*

- 19 *Ad Thesin. 4. & 5.* Qui potestatem aliquam habent se excusant, sed † susceptam tutelam non possunt deserere. *§. & qui potestatem. h. tit.* Potestatem seu Imperium habent maiores Magistratus, puta, Consules, Praetores, Praefides, reliqui notionem tantum habent, *l. potestatis. de verb. sign. l. ait praetor. §. in pr. ff. de re iud.* Sed obiicitur *l. 15. §. si quis autem. ff. h. tit.* vbi dicitur Senatorem habere exculationem. & *l. 6 §. remittuntur. h. tit.* vbi dicitur remitti à tutela & cura Magistratus ciuitatum, qui potestatem non habent, *l. ea qua. §. 1. ff. ad municipale.* Idemque *in l. non tantum. 17. §. sane. h. tit. nu.* dicitur. Magistratus vocabulum pro inferioribus magistratibus accipitur, sed ramen in dd. ll. pro superioribus Magistratib. ciuitatum ponitur, quorum Magistratum excusatio iure fieri potest. Si quis autem in municipio tutelam est administraturus, exculationem à tutela nō habet, *l. propter Magistratum. 24. in princ. ff. h. tit.* Proponitur deinde *in Thesi 4.* tutorem & curatorem propter litem, quam cum pupillo vel adulto habent, † excusari posse, si forte de omnibus bonis vel hereditate sit controuersia, vel etiam de maxima parte. *§. item propter litem. h. tit. l. propter litem 21. in princ. ff. eod. l. §. & allegas. 16. C. eod.* Et si tum tutor nolit excusationem petere à tutela remouetur, & lis alias expeditur, *l. si pupillum 20 ff. eod.* Sed obiicitur *l. idem fiet. 27. in princ. fine. ff. de testamentaria tutela.* vbi Ictus dicit iustum tutorem dandum esse sine litis prauidicio, vnde sequitur, propter litem tutorem vel curatorem dari omnino non posse. Resp. Lex illa non loquitur in tali casu, quando cum pupillo vel adulto litem habet tutor vel curator, sed loquitur in eo casu, quando patronus extet, legitimus tutor futurus ab intestato, & alius est scriptus in testamento tutor, quæriturq; quis nam præferendus sit, patronusne an scriptus tutor, & putat Ictus eum præferendum esse, qui scriptura continetur, eumq; à prætore esse dandū, vt sine vllō litis præuidicio iustus tutor, author pupillo ad illam litem fiat, hoc est, ne forte præuidicium fiat ei, qui scriptus est, si legitimus tutor esset admittendus. Tunc enim testamentū non valeret, si is, qui scriptus est heres, quolibet modo heres non esset, *§. 1. infr. de hered. qua ab intest. defer.* Sequitur ergo illum casum à nostro esse diuersum, in quo lis est pupillo vel adulto cū tutore vel curatore. Secundo obstat *l. 7. C. eod.* vbi dicitur generaliter neminem excusari à tutela vel cura, ideo quod sit debitor vel creditor eius, cui tutor vel curator est datus. Resp. Loquitur illa lex in eo casu, quando lis non est de tota hereditate vel maxima eius parte. Tertio opponitur *No. & si hi qui obligatas. &c. c. 1.* vbi dicitur. Nullum eorū, qui obligatas habent res defuncti ipsiusque minorem eiusque res, ad curationem esse admittendum. Respond. Volunt aliqui correctionem hic inducere, vt Mynsing. sequens gloss. *in dict. l. propter litem. ff. eod.* Sed eam non esse admittendam plurium Dd. autoritas suadet. Deinde optime *d. §. item propter litem* conciliari potest cum *d. No. & cap. 2. & auth. minoris. Cod. qui tutor. vel curat. dar. possunt.* cum ibi dicatur, quod tutori vel curatori illi, cui defertur hereditas alicuius defuncti, qui etiam habuit obligatum pupillum vel adultum, adiungendus sit alius curator; eo tamen casu, quando obligatio illa inter pupillum & tutorem, adultum & curatorem coepta iam tutela est nata, & forte de re singulari

singulari inter pupillum & defunctum (cuius hereditas tota ad tutorem venit) est controuersia, quolibet enim occasio non præbet excusationem *d. Nou. 72. cap. 3.* Dum igitur curator aliuei tutori vel curatori adiungitur, excusari non potest *d. §. item propter litem.* Si autem non de re singulari, sed forte de tota hereditate aut maxima eius parte controuersia est, excusatio admittitur, quia res ea suspectam facit administrationem *d. l. propter litem.* Et hæc ut dixi, procedunt, si iam cæpta tutela ob rem aliquam singularem obligatus pupillus tutori fiat. *d. Nou. 72. cap. 2. in verb. sed si quis tutelam gerens vel curam.* Ergo iam gerit, hoc est, cæpit administrare tutelam, alias si ante cæptam tutelam est obligatus tutor pupillo vel curator adulto, omnino admitti ad tutelam vel curam non debet. *d. Nouel. 72. c. 1.* Et sic concidit id quod dicitur in contrarium, totum illum tit. Institut. *de excusat. tutor. vel curat.* agere de talibus excusationibus tantum, quæ ab initio habent locum, non etiam postea, ubi iam suscepta est tutela vel cura, cum & in §. *et qui potestatem h. tit.* dicatur quod illi qui potestatem habent, se excusare possint, sed tutelam susceptam deferere non possint. Quia in hoc casu, si ante susceptam tutelam vel curam fuisse tutor vel curator obligatus pupillo vel adulto, omnino non valuisse excusatio ipso iure; si post iam susceptam tutelam oriatur talis obligatio, excusatio locum habet, si lis sit de tota hereditate vel maxima eius parte. Nam sub initio tutela, hoc est, quando primum tutor cæpit administrare tutelam, nullam excusationem habuit, quam postea ob interuenientem obligationem habere potest, si modo lis de tota hereditate sit; Quando autem potestatem aliquam habet quis, potest is se excusare, antequam incipiat gerere tutelam. Sibi igitur imputet, qui dum posset habere excusationem, ea non utitur, & sic in iure errat, qui error neminem excusat. *l. i. ff. de iur. et facti ignor.* Vnde si susceptam tutelam vel curam gerunt, beneficio excusationis renunciaisse videntur; Et ideo non amplius excusantur.

Ad Thef. 6.] Tria t̄ onera tutelæ vel curæ non affectata excusant. Nam si cura vel tutela est affectata, id est, leuissima & tenuissima & pene nulla, non præstat excusationem. Et plerunque præsumitur affectata, cum solemus affectare id quod t̄ modicæ est rei, & minus habet oneris *l. Spadonem 15. §. est autem h. tit. num.* Quamuis Curtius Græci Theophili interpretes in §. *item tria h. tit.* putet, opulentam tutelam vel curam esse affectatam, & ideo numerum tutelarum non explere: Sed existimat Cuiac. in *l. 2. ff. eod.* per vocabulum *εὐτελέστατων*, quo utitur ibidem Theophilus tenuissimam significari tutelam & curam, non opulentissimam: nec male, cum vocabulum *εὐτελής* significet tenuis quandoq; , nō frugalis. Sed obiicitur *l. si is 31. §. caterum. ff. eod.* ubi dicitur vnam tutelam præstare excusationem. Ergo non tres. Respond. Quando est diffusa, negotiosa, operosa, vna tutela tribuit excusationem. Quando autem sit operosa, relinquitur arbitrio iudicis, ut is existimet, an vna propter difficultatem pro tribus cedat *d. l. 31. §. 61.* Secundo opponitur quod non referatur inter tria onera tutelæ ea, quæ breui finem est acceptura. *l. §. quasitum h. tit. l. §. nic. C. qui num. tutor.* Cum tamen in *d. §. item tria*, dicatur, tria onera excusare, quandiu tutela vel cura administretur. Respond. Si prior pupillorum ætas prope pubertatem sit, ita ut saltem semestre tempus sit reliquum, tum excusatio non tenet, nec à quarta delata quis excusari potest. *l. non tantum 17. in princ. ff. eod.* Et id volunt sibi illa verba in *d. l. §. nic. ubi dicitur non defunctoria*, id est, non transitoria, quasi tria onera non excusent à quarta, si vna tutela iam pene sit finita. Tercio opponitur *l. si quis tutor 40. in fin. pr. ff. de ritu nups.* ubi si quis tutor non est in vna tutela, sed tantum in duabus se excusare potest numero 3. tutelarum. Ergo falsum est, quandiu tutelæ admini-

strantur. Respond. Verbum *administrantur* ita est accipiendum, si periculum tutelæ ad aliquem spectat, quamvis non administret. Periculum enim tutorem facit, & in numerum. 3. tutelarum computatur. Et hanc solutionem indicat etiam I Crus Paulus in d.l. 31. *si in fin. pr. ff. h. tit.* vbi dicit, ei qui periculum sustinet cessationis, imputandam tutelam.

- 23 *Ad Thes. 7.]* Valetudo etiam aduersa excusat. Sed obiciō l. *Spadonem* 15. in *princ. ff. eod.* vbi dicitur, Spadonem non posse se excusare, qui tamen morbosus est vt affirmat I Crus Paulus in l. 7. *ff. de adils. edicto.* Resp. Is spado, cui necessario corpus pars abest, morbosus dicitur, scil. quo ad ædilitium edictum quia tum redhibitioni locus est, in quo casu lex illa loquitur: Is enim ad generandum est inhabilis. Sufficit autem talis ad tutelam, nec excusatur, quia potest superesse rebus pupillaribus, easque consilio regere, imo rectius pupillum regit, cum libidine non vexetur & alio rapiatur. Secundo obstat quod cæcus sit morbosus & tamen pupillo autor esse possit. l. *etiam* 15. *ff. de autor. tutor.* Respond. d. l. etiam est ita accipienda, quando se cæcus non excusat, & commode suis rebus superest, tunc enim potest detineri in administratione tutelæ, ita tamen vt saltem
- 25 eam regat consilio, quia à tutela facile excusantur cæci, quo ad inuentarii confessionem & reddendarum rationum difficultatem, cum literas nec scribere nec legere possint. l. *¶. Cod. de iur. delib.* Cum etiam post susceptam tutelam alias cæci omnino tutelam deponant l. *susceptam post.* 40. in *princ. ff. h. tit.* Ac ita quoque accipiendum est quod Iustin. in §. *similiter h. tit.* dicit, eos excusari qui literas nesciunt hoc est, qui nec legere nec scribere possunt. Duaren. lib. 1. *anivers. disp. cap. 3.* Sed opponitur l. 5. §. *¶. ff. h. tit.* vbi dicitur non excusari à tutela & cura eos qui literas nesciunt, nisi sint imperiti negotiorum, cum tamen Iustin. dicat eos excusari. Respond. Excusantur à tutela scilicet, non onerantur ipsi, qui rerum sint imperiti, nec tamen scribere vel legere possunt, inuentario conficiendo & rationibus reddendis, & aliis scripturam & lecturam requirentibus, & ita
- 26 Iustin. esset intelligendus. Non tamen omnino excusantur à tutela, hoc est, ab eunt omnino tutela, quia si sunt idonei ad procuranda negotia pupillaria, cæteris tutoribus, qui legere & scribere possunt vt ministri adiungi possunt, vt eos consilio & experientia iuuent, quia sæpe ii, qui literas norunt imperitiores sunt in tutelis regendis, quam qui literas ignorent, id quod multorum exemplis probatur, qui callide in omnium rerum administratione versantur. Alias si omnino non habeant experientiam illiterati, sed forte imperitia & simplicitas eos indignos facit, excusari possunt. Alii putant in d. l. 6. §. *¶.* affirmari quidem illiteratos non excusari, nisi sint expertes negotiorum, sed à Diuo Pio id esse mutatum in d. §. *similiter hoc tit.* eiusque sententiam Iustin. amplecti scil. eos, qui literas nesciunt, excusari ideo quia nec scribere nec legere possunt, cum tamen inuentarii confessione tutores opas habeant, & quidem eos in tantum excusari, vt quamvis imperiti literarum, possint ad administrationem negotiorum sufficere, hoc est, quamvis sint reuera vsu rerum instructi, tamen eos non esse admittendos ad tutelam.
- 27 *Ad Thes. 11.]* Maior tamen annis 70. à tutela & cura se potest excusare vt etiam ab aliis ciuilibus & publicis muneribus §. *item maior h. tit. l. 3. §. quamuis. de muner. & honoribus.* Non autem ab honoribus publicis l. 2. §. *numerus ff. de vacat. & excusat. muner.* Et maior 70. annis est is qui egressus est 70. annum, non qui est ingressus, quia non videtur maior esse 70. annis, qui annum agit 70. l. 3. *de immunit. iur.* Ratio autem cur anni 70. a muneribus excusent non autem ab honoribus hæc est, quia munera seu onera omnes decrectant, honorum omnes sumus cupientes. Sed opponitur l. *¶.*

Ulr. C. qui a. et. profess. se excus. lib. 10. vbi dicitur, manifesti esse iuris maiores 55. anni inuitos ad personalia munera vocari non posse, ergo 70. anni non requiruntur. Resp. ibi pro 55. annis legendum 70. idque textus satis ostendit. Nam cum in precedentibus dictum sit, maiores 55. annis excusari, concluditur sic: Ergo si septuagenario maior sis, tueantur se notio prædis, hoc est, sis excusatus. Vnde liquet 70. annis maiorem excusari à personalibus muneribus non 55. annis maiorem. Sed solut. datæ refragatur *l. 2. §. fin. ff. de muner. & honor.* vbi dicitur, maiores 55. annis ad decurionatus officium inuitos non reuocari. Respond. Decurionatus honor excipitur, id quod etiam *l. non tantum 17. ff. de decurion.* ostendit. Minores etiam 25. annis olim excusabantur, Iustiniani tamen constitutione, quæ est in *l. Ulr. C. de legit. tutor.* minores prohibentur aspirare ad tutelam, adeo, ut ne excusatione opus sit *d. §. item maior.* Sed opponitur *l. tutela 16. §. fin. ff. de tutel. l. 8. ff. de legit. tutor.* vbi in legitimis tutoribus requiritur perfecta ætas. Ergo & hoc ex Iust. n. constitutione non fluit. Respond. Dicta Iustin. constitutio tantum spectat ad legitimam & datiuam tutelam, non ad testamentariam. Nam testamentarii tutoris datio non valet nisi perfecta sit ætas. *§. furiosus. sup. qui testamento tutor. dar. post.* Et ideo, quod in dd. ll. additur de perfecta ætate à Triboniano ex Iustin. constitui in *d. l. & l. r.* est adiectum.

Ad Thes. 12.] Affirmatur maritum vxori suæ curatorem datum se excusare posse, licet se immisceat. Vnde dum se excusat, datio valere videtur. Sed obstat valde *l. maritus 2. Cod. qui dar. tutor. vel curat. post.* vbi dicitur, maritum etsi rebus vxoris suæ affectionem dedit, † curatorem ei dari non posse. Item *l. virum 14. ff. de curat. furioso & aliis ex minor. dand.* vbi dicitur, virum non oportere vxori mente captæ curatorem dari. Ex quibus ll. apparet maritum vxori suæ curatorem dari non posse. Respond. Certum est maritum vxoris suæ etiam mente captæ curatorem constitui non debere. dd. ll. Quia tamen conuenire de facto potest, ut sit a patre mulieris maritus in testamento curator constitutus, vel a magistratu datus, excusare tum maritus potest, hoc est, debet se excusare. Et particula POTEST intelligitur pro DEBET. Nam si se tum non excusat, est remouendus *l. licet 17. C. de excusat.* Et hanc solut. iuuat *l. 1. §. Ulr. ff. eod.* vbi sponsus † sponsæ curatorem esse non potest, & tamen dicitur cum excusare se posse si datus sit, quod verbum *ἀπολυτῆσται* ostendit, quod deliberationem, quæ sit per excusationem, significat. Quamuis & *μνηστὴρ & μνηστὴ* maritum & vxorem denotare possint, ut ibidem Cuiac. notat. gloss. tantum in *§. pen. in verb. excusatore h. tit.* affirmata a Iustin. improprie dici maritum excusare se posse, cum nec volēs admittatur ad vxoris curam, ideo quia etiam si male ageret, tamen ei hoc a muliere remitti. Sed obiicitur adhuc *l. amplissimi 4. §. 1. C. de excusat.* vbi dicitur, maritum Demetriæ vxori, curatorem absentem & ignorantem constitutum, securum esse tum, quando alius substituitur. Ergo si præsens est & scit illud, omnino maritus tutor esse debet. Resp. Securus est scil. ne viticiter matrimoniū, ne ei macula aspergatur ob affectionem domesticam quod ignominiam importaret. *l. si tutor 9. ff. de suspect. tutor. vel curator.* Maritus ergo datus vxori curator se excusare potest, si tamen rebus receptitiis datus sit, nō paraphernalibus nec dotalibus. Myns. & Wesenbecius hic. Iure Saxon. tamen † maritus vxoris legitimus curator est, Wesenbec. num. 3. ff. h. tit. Vxor † triplex patrimonium habet: 1. dotem. 2. bona parapherna quæ mulier vltra dotem offert. 3. bona recepticia, quæ dum mulier bona marito tradidit, sibi retinet, quæ marito alienare non licet, nec enim in potestate ea habet.

- 32 *Ad Thef. 14.*] Tutores qui se excusare volunt ꝑ non appellant, sed se certo modo excusant qui in §. *quia. h. tit.* proponitur. Intelligentur autem datui & testamentarii tutores, qui dantur, vt ipse Iustin. dicit in d. §. *explicat in Verb. qualitercunquo dati fuerint.* Et constat ex l. *scire 13. in princ. ff. eod.* cum legitimi tutores ipso iure tutores existant. §. 1. *supr. de legit. agnat. tutel.* Quamuis tamen Theophilus omnes omnino hic tutores excusari posse arbitretur, quem Wesenbec. hic sequitur. Et hi se excusant intra 50. dies l. 6. *C. eod.* nam postea præscriptio currit l. *testamento 11. C. eod.* Sed oppon. l. 4. *in princ. ff. de excusat. tutor. l. pen. ff. de tutor. & curat. dat. ab his & c. l. cum in vna 17. §. tutor. ff. de appellat. vbi dicitur tutorem appellare posse.* Respond. Aliqui dicunt tutores appellare non possunt à decreto nominationis, fauore pupillorum, ne sint interim indefensi, sed ꝑ bene à sententia reiectæ appellationis, & ita ll. conciliandis putant. Sed tunc obstat l. 2. *§. 3. C. si tutor vel curat. fals. allegat.* vbi dicitur eum, qui semel administrauit, amittere allegationes legitimas, & in hoc casu id fieret si à decreto nominationis res pupilli administrare deberet, donec de reiecta sententia prouocare posset. Verior ergo est sententia eorum, qui dicunt tutorem datum, si velit appellare posse, idque non solum à sententia reiectæ appellationis, qua excusationibus non receptis tutela ei adjudicatur, sed etiam ab ipsa nominatione vel decreto. Vnde quod Iustin. dicit in d. §. *qui autē* tutores appellare non posse, ita est accipiendum quasi necesse non habeant appellare, si id facere nolint, cum vnam saltem excusationem sine appellatione proponere possint, si hoc iis placuerit, idque ex Constit. Seueri & Antonini, l. *tutores 18. C. eod. l. scire 15. in princ. ff. eod.* quæ constitutio in tutorem fauorem est introducta, nec beneficium appellationis iis abscindit, dum præter appellationem nudam contestationem tutoribus indulgeat dd. ll. Vnde nec in eorum odium coartorqueri debet. l. *quod fauore. 6. C. de ll.* Ex quo nunc relinquitur tutores nominatos nō tantum à sententia reiectæ excusationis sed etiam ab ipsa nominatione & electione prouocare posse, si hoc iis placuerit. Sed oppon. l. *si quis tutor. §. 1. ff. quando appell. sit* vbi dicit Vlp. tutorem omnino prouocare non oportere. Respond. d. l. *scire ex d. l. scire in princ. ff. h. tit.* interpretationem accipere scil. vt non necesse habeat appellatione, vt ei necessitas non imponatur. Vnde quod postea in l. 1. *§. si quis tutor.* subiicitur: *Ceterum frustra appellaretur*, simili plane modo exponi debet, vt scilicet non idcirco frustra appellari dicatur, quod appellatio à tutelæ datione seu nominatione interponi non possit, interposita autem nihil operetur, sed quod ea non necessario interponatur, cum nulla allegatio sufficiat. Secundo oppon. l. *pen. §. ult. de excusat. & vacat. muner. l. 3. C. qui astate se excus. lib. 10.* vbi dicitur, interponendum esse auxilium appellationis à nominatione facta in publicis muneribus, quale est tutela. §. 1. *sup. h. tit.* Ergo muda non excusat al-
- 34 legatio à tutela & cura. Resp. In eo differunt ꝑ tutela & cura ab aliis muneribus mere publicis, quod in iis excusatio per appellationem sit proponenda, antequam alicui iniungatur, quia aliter immunitatis suæ causas allegare non potest, quam si interposuerit appellationem d. l. 1. *§. alia causa ff. quando appell. sit.* Tertio oppon. l. 1. *C. de iur. deliber.* vbi Theodosius Imp. referibit, neminem posthac ius liberorum petere debere, quod simul h. l. omnibus concedimus. Ergo allegans numerum liberorum trium, &c. non auditur se excusans, cum alias lege sit datum cuiquam, & per consequens excusatio non dicitur fieri eo modo, quod hic generaliter à Iustin. proponitur. Respond. Imp. Theodos. non dicit de iure trium quinque vel 16. liberorum, in quo excusatio adhuc fieri dicitur, sed simpliciter & absolute dicit de iure liberorum, quasi & illi qui si liberos non habent in aliis casibus iure liberorum vti possint, vt si habeant inuicem testamenti factionem. Vlp.
- in frag. tit. 16.*

Ad Thes. 17.] Iust' remouendi tutores suspectos datum est etiam legato proconsulis. 35
 Cognitio enim de suspectis tutorib. mandari potest, & in generali iurisdictione mandata continentur. *l. cognitio 4. ff. de offic. eius cui mandat. est iurdictio.* Eisque mandata est iurisdictione à proconsule. *l. 6. c. l. legati. 13. sup. de offi. proconsul.* Sed opponit, *solent. 16. in fine pr. ff. de offi. proconsul.* vbi dicitur, apud legatū proconsulis neminem accusari posse. Ergo nec de suspecti accusatione legatus cognoscere potest. Resp. Accusari nō potest apud legatū in mere criminalibus & publicis iudiciis, ita vt ipse legatus sententiā ferat. *d. l. solent.* At recte ciuiles & criminales causas audire potest, hoc est, earum notionem habet. *l. 1. c. de offi. proconsul.* Deinde suspecti accusatio quasi publica est, non mere publica & quasi publica est, ideo quia cuiusdē populo patet in fauorem pupillorum, ne scil. damnum patiantur, quæ ratio specialitatis exprimitur in dict. *l. cognitio in princip.* Sed obicitur adhuc valde *l. 1. §. suspecti. ff. ad S. C. Turpil.* vbi dicitur: Neminem alium de suspecti criminis accusatione posse pronunciare nisi solum præsidem. Ergo non legatus proconsulis. Resp. Alii sic soluunt, præsidem tum cognoscere de suspecti crimine, quando nullus ex- 37
 rat alius, cui à prætore vel præside, vel ab alio magistratu maiori mandata sit talis iurisdictione. Eaque solutio satis colligitur ex *l. 1. §. an autem ff. de suspecti tutor. Et curat.* vbi additur; si ei mandatum sit, vel si mandata sit iurisdictione, officium totum iurisdicendi ad legatum transit. Wesenb. in parat. *ff. n. 4. de respectu tutor.* respondet, *d. l. 1. §. suspecti, ex casu* procedere, quando solus præses cognoscit. Is enim legatum non habet vt proconsul, & catenus *d. l. 1. §. suspecti* esse accipiendam. Hunc autem §. procedere tum, quando proconsul cognoscit, & etiam præses, tunc enim & proconsulis legatus eam iurisdictionem sibi mandatam habere potest. Gloss. & alii dicunt præsidis vocabulum in *d. l. 1. §. suspecti*, esse generale, & simul legatum proconsulis continere. *l. 1. ff. de offi. præsid.* Infirmior autem est solutio Myosingeri putantis *hic num. 4.* mandari posse legatū proconsulis cognitionem suspecti, si ciuiler tantum de eo crimine agatur. *d. l. 1. ff. h. r. secus si criminaliter d. l. 1. §. suspecti ad S. C. Turpil.* Hæc, inquam, solutio infirmior est, quia etsi quidem legatus proconsulis de causa criminali cognoscere possit, tamen eam executioni mandare non potest, sed ad proconsulem remittere tenetur *d. l. 1. c. de offi. proconsul.*

Ad Thes. 18. & 19.] Oppon. testamentarios tutores non satsdare cum eorum fides à defuncto sit approbata. Ergo per illam præcedent. appellationem non t' remoueri de- 38
 bent vt suspecti. Resp. Approbata quidem est illorum fides à testatore, sed quia occasione rerum pupillarium facile corrumpi & fures fieri possunt, cum mens hominum sit auara & alieni cupida, remoueri etiam possunt, etsi ab initio sint fideles habiti & electi. Deinde t' foeminae alias à ciuilibus & publicis negotiis ac officiis repulsæ, suspectos postulant in 39
 fauorem pupillorum; Est enim quasi publica accusatio.

Ad Thes. 22.] Oppon. *l. 3. in pr. ubi pupill. educ. vel morari deb.* vbi scribitur, ius alimentorum decernendorū pupillis prætori competere, ac proinde dicendum videtur, si prioris officii est pupillis alimenta decernere, iniuste puniri tutorem, qui, vt alimenta decernantur, sui copiam non facit. Sed Resp. ad prætorem quidem t' spectare proprie, vt alimenta 40
 ta decernantur pupillis, vtq; modus eorū secundū vires patrimonii definiatur, sed interim tamen tutorū officii incumbere, ne pupilli alimenta p. prætorē decerni petant, vtque prætori modum patrimonii ostendant, atque ita pupillorum causam promoucant, si autem tutores sui copiam non faciunt, sed latent nec alimenta decernant, suspecti sunt
 §. si quis tutor h. sit. *l. 3. §. tutor. c. l. 7. §. prater ea ff. eod.*

Ad Thes. 23.] Lite t' contestata tutoreque vel curatore mortuo extinguitur executio, 41
 quia

quia quasi publica est, §. *consequens* *infr. h. tit.* Sed obicitur *l. omnes 26. de oblig. & act.* vbi dicitur quod omnes actiones pœnales aduersus heredes trāseant post litem contestatam. Respond. Actionis verbum ibi ponitur pro actionibus civilibus, non pro accusationibus, ciuiles enim pœnales actiones post litem contestatam aduersus heredes dantur *l. ex iudiciorum 20. in fine de accusat. l. 1. C. ex edict. defunct. l. pœnalis ff. de reg. iur.* Ratio autem cur suspecti iudicium hac in parte publicitarum occasionum naturam imitetur & reo mortuo etiam lite contestata extinguatur, hæc est, quod tutore vel curatore mortuo tutela vel cura extinguatur §. *simili modo sup. quo modo tutel. finitur. l. nisi finita 4. in princ. de curat. furios. & alius, &c.* Etenim post finitam tutelam vel curam cognitio suspecti tutoris vel curatoris quamuis quidem cœpta fuerit expirat *l. post finitam 11. de suspecti tutor. vel curat. l. 1. C. eod.* quoniā videlicet finita tutela suspecti accusatione amplius opus non est, sed aduersus tutorem tutelæ actio sufficit *d. l. 1. C. de suspecti tutor.*

- 42 *Ad Coroll.]* Controuersum hic est de quanam culpa hic §. sit intelligendus, dum suspectum tutorem culpæ damnatum & infamem fieri negatur, quia culpa est triplex, lata leuis & leuissima, vt alibi traditur. Aliqui volunt culpæ vt generis appellacione absolute posita hic omnes species culpa contineri & tamen quouis modo tutorem remotum salua existimatione tutela abire, quia genus omnes species continet, nisi aliqua expresso sint exceptæ *l. in tit. de reg. iur.* Secundo vbi lex non distinguit ibi nec nobis erit distinguendum *l. de pretio ff. de publicia. in rem act.* Tertio quia odiosa sunt restringenda nō ampliand & *odios. de reg. iur. in 6.* Et odiosum est tutorem pro culpa etiam latam fieri famosum; & hæc sententia communis est Wesenb. *hic* quem & nos sequimur. Alii volunt per vocabulum culpæ leuem tantum intelligi, idque in iure est frequens & docetur per *l. videamus 4. §. fin. d. l. in actionib. §. plane de in lit. iuranda:* vbi dicitur: ob dolum solum in litem iurari non ob culpam, vbi per culpam intelligitur culpa leuis. Nam ob latam culpam in litem iuratur *l. 2. C. de in lit. iurando.* Respond. Id in illa materia ita expresse esse constitutum vt & in aliis materiis *l. contractus 24. ff. de reg. iur.* Alias vbi textus non excipit latam culpam, a leui & leuissima non seiungatur sed iis potius includatur. Secundo confirmatur hæc sententia per *l. quod merua. depositi.* vbi dicitur latiore, hoc est, latam culpam esse dolum, & per *l. magna. de verb. signif.* vbi dicitur magnam culpam esse dolum, vnde relinquitur latam culpam dolum esse, & infamiam irrogari tutori qui propter latam culpam a tutela est remotus. Resp. lata culpa comparatur quidem dolo vel doli pars est. *l. 1. C. de susp. tutor.*
- 44 *§. h. actio. in fin. si mens fals. mod. dixerit.* Sed tamen toto genere a dolo distat, quia ad dolum requiritur animus fraudandi & callida machinatio *l. 1. de dolo malo.* quæ in lata culpa non est, licet crassa & lupina negligentia, hoc est, culpa lata pene dolus esse videatur & præsumatur, cum quis non facit id quod omnes intelligunt. Tertio confirmatur hæc sententia per *l. 1. C. de suspecti tutor.* vbi dicitur suspendos tutores ex dolo, non etiam eos qui ob negligentiam remoti sunt, infames fieri; Nota quod Ictus dicat non eos qui ob negligentiam, scil. leuem & leuissimam. Ergo ob latam culpam remoti infames fiunt. Resp. Negligentia nihil aliud est nisi culpa §. *præerea* & *supr. quo modo re contrahen. obligat.* Ergo æque potest accipi de lata negligentia, hoc est, culpa lata, cum nec ibi textus distinguat. Quarto confirmatur sententia illa per *l. 3. tutor. §. 1. C. de d. l. 4. §. 1. C. de impuberib. 7. §. si fraus h. tit.* vbi si ob segnitiam, ineptiam, simplicitatem quis remouetur, salua & integra existimatione, abire tutela & cura, secus si ob dolum, quibus superioribus verbis leuis non lata culpa denotatur. Resp. æque lata culpa intelligi potest quasi lata segnitia vel desidia, & quod in *d. l. impuberib. §. si fraus*, dicitur: Et si fraus non sit admissa sed lata est negligentia, tamen remoueri tutorem quasi suspectum, id ita intelligendum est, si sit remo-

remotijs propter culpam, & saluam existimationem retineat: & notandum fraudem à
lata culpa separari. *in d. l. impuberibus*. Quinto confirmatur per *l. ult. § fin. C. arbitr. tutela*.
vbi dicitur, tutor si neglexerit facere inuentarium, remouetur, pœnis etiam subiectis &
perpetua macula infamiae notatur, ergo propter negligentiam in inuentario omisso fa-
ctam, infamis quis fit. Resp. Quia negligit facere inuentarium, ¶ dolo id fecisse videtur *l. 48*
tutor. 7. in pr. ff. de administr. & pericul. tutor. Et semper præsumitur id dolo factum, cum
quilibet id scire teneatur *l. 9. ff. de iur. et fact. ignor.* vel verius dicendum est, actionem tu-
telæ, quæ famosa est, infamiam hic importare nō actionem suspecti. Nam suspecti actio-
ne agimus durante & pendente administratione tutelæ, & solum hoc ea actione intendi-
mus, vt tutor remoueat. Postquam enim per remotionem abiit quis tutela, conueniri
potest actione tutelæ, quæ est famosa æque ac suspecti actio ob dolum *l. 1. ff. de hi qui nor.*
infam. Quæ ratio reddi petitur ejus, quod non ex fide tutelæ est gestum, & eo petitur *d.*
l. ult. C. arbitr. tutel. quasi non ex lata culpa non facti inuentarii sed ex actione tutelæ po-
stea intentatæ infamis fiat, id quod vocabulum *postea* ostendit. Deniq; obstat nostræ sen-
tentia: § *suspectus. h. in n.* vbi dicitur: aliquem suspectum remoueri posse, antequam tu-
telam gerat. Ergo nec propter negligentiam nec propter dolum aliquis potest suspectus
fieri ex *l. 2. 3. C. eod.* Resp. Illud tum demum locum habere, ¶ si tutor vel curator actu quo-
dani vel dissoluta negligentia delatum sibi tutelæ vel curæ munus recipere cunctatur. Er-
go sic intelligitur etiam *l. ha. enim causa. 41. §. ult. ff. eod.* vbi dicitur eos, qui nihil gesserunt pos-
se suspectos fieri. Verum ob ignauiam vel negligentiam vel dolum posse eos conueniri
quasi nempe ad simplicem cessationem non posset quisquam suspectus accusari, sed tum
demum, si ex aliquo actu appareat cum hoc vel ignauia vel negligentia, vel dolo fecisse,
idque etiam confirmatur per textū *d. l. impuber. 7. §. ult. ff. eod.* vbi Vlp. hoc docet: tum de-
mum tutorem in tutelæ administratione cessantem, quasi suspectum remoueri posse, si edi-
cto pratoris vocatus contumaciter se absetet, nec sui copiam facere velit, at-
que ita re ipsa ostendit, se per fraudem & contumaciam delatum sibi
munus cunctari.

Finis libri primi institut. disputation.



LIBER SECVNDVS
INSTITVTIONVM.
DISPVTATIO VIII.

Extit. 1. lib. 2. institution. de rerum diuisione
& qualitate.

CONTINVTIO.

Haectenus de personis actum est: sequuntur nunc res, quod est secundum iuris subiectum. *in princip. institut. de rer. diuis. Mynsing. in rubric. tit. 1. lib. 2. instit. h. tit.*

Thesis 1. Rei appellatione non tantum res ipsa, verum etiam causa, fructus, iura & seruitutes rei debitae comprehenduntur. *l. rei appellat. 23. ff. de verb. signif.*

2 Rerum quaedam sunt in patrimonio nostro, quaedam extra patrimonium nostrum. *in princ. institut. de rer. diuis.*

3 Porro res sunt aut communes, aut publicae, aut vniuersitatis, aut nullius, aut singulorum. *in princ. institut. hoc tit.*

4 Res communes sunt, quarum usus tam hominibus quam brutis animalibus aequae inuicem communis, ac idem est, ut sunt Aer, aqua profluens, mare & litus maris. §. & quidem. *institut. de rer. diuis. & qualitat.*

5 Aqua profluens est de iure naturali communis omnibus.

6 Res publicae sunt, quae iure gentium aequaliter omnibus populis inter se, quo ad usum communes sunt, ut flumina, portus & ripae. §. flumina autem & §. riparum quoque, *institut. hoc tit.*

7 Flumina alia dicuntur esse perennia & publica, quae perpetuo fluunt & sunt nauigabilia. §. flumina. *institut. hoc tit.*

8 Flumina & aqua profluens nihil inter se differunt.

9 Alia vero, quae interdum exsiccantur, aut per cauales in agros priuatum ducuntur, & priuata. *Mynsing. hoc loco.*

10 Flumina, portus & ripæ, vt & piscationes ratione vniuersalis dominij inter regalia referuntur; verum quo ad particulare dominium sunt eorū, per quorum territoria manant.

11 Littus est terra mari propinqua, quæ à mari tangitur, cuius vsus est publicus & iurisdictionis: vnde littus proprie dicitur esse maris; ripa vero fluminis: nam littus maris est, quatenus hybernus fluctus maximus excurrit. §. littorum quoq; & §. flumina. *Instit. hoc tit.*

12 Littus & ripa quo ad vsum non differunt: quo vero ad proprietatem inter se differunt. Mynsing. in §. littorum. num. 2. & 3. *Instit. hoc tit.*

13 Res nullius esse dicuntur, quarum dominium est extra commercium hominum, vt res diuini iuris, quæ sunt sacre, sanctæ aut religiosæ. §. nullius autem. *Instit. hoc tit.* Sacre res sunt, quæ rite per Pontifices Deo consecratae sunt. §. sacrae res. *Instit. hoc tit.*

14 Veluti ædes sacre & donaria, quæ recte ad ministerium Dei dedicatae sunt, quæ etiam per nostram constitutionem alienari & obligari prohibuimus excepta causa redemptionis captiuorum. §. sacrae res. *Instit. h. tit.*

15 Verum si quis autoritate quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non esse, sed profanum. §. sancta. *Instit. hoc tit.*

16 Locus autem, in quo ædes sacre sunt ædificatae, etiam diruto ædificio sacer adhuc manet, teste Papiniano. §. sacra. *vers. locus. Instit. hoc tit.*

17 Vnusquisque religiosum locum sua voluntate facit, dum mortuum infert in suum locum: in communem locum purum socio inuito inferre non licet; in commune vero sepulchrum etiam ceteris inuitis licet inferre. §. religiosum. *Instit. de rer. diuis.*

18 Vsfuctus si est alienus, proprietarius religiosum locum facere non potest, nisi consentiente vsufructuario. §. religiosum. *vers. item si alienus. hoc tit.*

19 In alienum vero locum consentiente domino licet inferre: & licet postea ratum non habuerit, quam illatus est mortuus, tamen locus fit religiosus. d. §. religiosum. *Instit. hoc tit.*

20 An ad locum religiosum de iure Canonico requiratur aspersio aquæ benedictæ, & alia. Borcholt. & Mynsing. in §. religiosum. *hoc tit.*

21 Res sanctæ dicuntur, quæ sunt diuini iuris, nulliusque in bonis, ac pœna capitis sanctæ, vt muri & portæ ciuitatum. §. sancta quoq; *hoc tit.*

Corollarium: Muri in municipiis, oppidis, castris & villarum mœnibus sancti sunt; & horū violatores an pœna ordinaria, an vero extraordinaria puniantur? Nos affirmatiuam cum Cassio & Sabino in l. 8. §. fin. ff. de rer. diuis. item cum gl. & Ang. in l. 1. in fin. ne quid in loc. publ. defendere conabimur.

De rerum diuisione & qualitate, obiectiones &
resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 *Rei Vocabulum quomodo hic accipiat.*
- 2 *Res an recte diuidantur quod sint in patrimonio vel extra patrimonium nostrum.*
- 3 *Seruitutes quomodo in bonis esse intelligantur.*
- 4 *Seruitus seruitutis esse non potest.*
- 5 *Res extra patrimonium, & in patrimonio qua sint.*
- 6 *Res publica continentur sub rebus Vniuersitatis.*
- 7 *Aqua profluens, & flumina quomodo differant.*
- 8 *Flumen quoad proprietatem omnibus non pates.*
- 9 *Littora an recte discantur communia.*
- 10 *Flumina cum sint publica, cur non omnibus pro arbitrio iis uti liceat.*
- 11 *Veneti quomodo mare Adriaticum occuparint.*
- 12 *Prescriptio in occupatione littoris quando non valeat.*
- 13 *Vsu nauigandi vel piscandi inducitur possessio alium excludens.*
- 14 *Ripa quomodo publica dicantur.*
- 15 *Flumina & piscationes quomodo publica sint, & tamen etiam inter regalia restantur.*
- 16 *Sacra res qua sint.*
- 17 *Consecratio rerum sacrarum, an fiat per Pontificem.*
- 18 *Consecrationi olim Pontifices & Principes interfuerunt.*
- 19 *Locus sacer quomodo hodie consecratur.*
- 20 *Res sacra per Constitutionem Iustiniani, alienari & obligari non possunt.*
- 21 *Aurum quo sine habeat Ecclesia.*
- 22 *Res Sacra quando possit fieri prophana.*
- 23 *Ius patronatus vendi & in alium transferri potest.*
- 24 *Decima an praescribi & possideri à laico possint.*
- 25 *Ecclesia an praescribi possit.*
- 26 *Locus sacer, an sacer maneat diruto adificio.*
- 27 *Res sacra & religiosa differunt.*
- 28 *Locus religiosus quomodo fiat.*
- 29 *Dominus proprietatis non debet impedire & usufructuarium, nec deteriorem eius conditionem facere.*
- 30 *Cemiteria quomodo hodie constituentur.*
- 31 *Aratra & statua cur portis ciuitatum affigantur.*
- 32 *Porta non simpliciter sed quodammodo sancta sunt.*
- 33 *Muros Urbis transcendentis an & quando capite puniantur.*
- 34 *Capitis poena duplex est, civilis & naturalis.*
- 35 *Vallum qui transcendit cur & quando capite puniatur.*



D Continuationem, & ad Thes. 1.] Rei vocabulum latissimum est, corpora & iura continens *l. rei appellatio. de Verb. sig.* Hoc Thema alias regulare est & generaliter ponitur. In hoc autem secundo obiecto non adeo late accipitur, sed ita [†] ut actiones & personas non comprehendat, quamuis hæc tria obiecta vsu sint coniuncta, cum nullum negotium, nullus contractus aut iudicium sit, in quo tractando hæc non concurrant. Duaren. *lib. 1. anniuers. disputat. cap. 55.*

Ad Thesin 2.] Res sunt [†] in patrimonio vel extra patrimonium nostrum. Cui obicitur. *l. 1. ff. eod.* vbi dicitur: Res diuini aut humani iuris esse: Ergo mala est diuisio proposita. Resp. Illa diuisio eodem recidit, quia sub rebus diuini iuris continentur res sacræ, sanctæ & religiosæ. Sub rebus humani iuris, continentur res naturali iure communes, publicæ, vniuersitatis, & res singulorum: quamuis & res hereditariæ nullius sint in bonis, antequam adeantur, licet sint humani iuris. Fingitur enim hereditas iacens persona, quæ sibi acquirit augetur & diminuitur. Secundo obicitur *l. 1. ff. de vsu & usufr. leg.* vbi dicitur seruitutes nec in bonis, id est, in patrimonio, nec extra bona, hoc est, extra patrimonium esse: Ergo adhuc tertia species diuisionis est constituenda, earum scilicet rerum, quæ nec sint in bonis, nec extra bona. Vnde Clingius *hic* mouetur, tertium diuisionis membrum constituit. Resp. Seruitutes non intelliguntur esse in bonis per se absolute, pro sua natura, sine subiecto, in quo hærent consideratæ. Per se enim verò tangi, tradi & naturaliter possideri non possunt. *l. seruus. 43. §. in corporales res. ff. de acquir. rer. dom.* Sunt n. res incorporeales & iura prædiorum. *§. incorporeales. inf. de reb. corpor. lib. & incorpor. lib.* nec sine pñdis consistunt, *l. 2. ff. de vsu & usufr.* & ideo nec in bonis nec extra bona esse intelliguntur. Ficta autem [†] iuris interpretatione ratione rerum, quibus inhaerent in bonis sunt, & pro iis amissis habemus actionem, *l. rem in bonis. 52. ff. de acquir. rer. dom.* Aliiter nõ incommode sic responderetur in d. l. agi de eo, num seruus seruitutis esse possit? Et responderet Ictus Paul. seruitutem [†] seruitutis non posse constitui, puta vsumfr. itineris, quia id neque in bonis neq; extra bona est, hoc est, nullum est, cum per rerum naturam id fieri nõ possit, & nullum producit effectum. Nam non ENT I S nullæ sunt qualitates, *l. eius qui ff. de reb. cred.* Et hanc solutionem iuuat *l. 33. §. 6. in fin. ff. de seruitut. iust. prad.* vbi dicitur: Seruitutis vsum fructum constitui non posse: Clingium ergo errare *hic* dicimus.

Ad Thesin 3.] Prior diuisio specialius hic explicatur. Res enim [†] communes publicæ vniuersitatis, & res nullius sunt extra patrimonium. Res aut quæ singulorum sunt in patrimonio sunt, hoc est, in singulorum dominio. Sed obicitur *l. 2. in pr. ff. de rer. diuis. vbi a Martino Icto* saltem quatuor referuntur huius diuisionis partes, non quinque, omittuntur enim res publicæ. Respond. Martinum in hac l. tantum de quatuor partib. voluisse agere, & deinde specialiter de publicis in *l. 4. §. fin. ff. de rer. diuis.* quæ itidem est Martini *ex 3 lib. insit.* vbi id particula aduersatiua ostendit. Cuius ea est natura, ut id quod poni debet separet ab eo, quod positum est quasi ei aduersetur. Inquit enim Ictus Martinus in d. l. 2. Res sunt communes, vniuersitatis, nullius & singulorum. Deinde in d. l. 4. §. fin. dicit hoc modo: Sed portus & flumina publica sunt. Alij dicunt sub rebus communibus d. l. 2. contineri res publicas, quia magnam habent inter se cognationem & vsu nihil differunt, sed tantum proprietate. Et alias promiscue & indistincte usurpantur, *l. præscriptio. 45. ff. de usurpat. & usufr. cap.* vel dicendum est [†] publicas res sub vniuersitatis rebus contineri, quæ abusuque publica dicuntur, *l. bona ciuitatis. 15. ff. de Verb. sign.*

Ad Thesin

Ad Thesin 4. cum aliquot seqq.] Affirmatur in Thesi quarta, aquam profluentem naturali iure esse communem: Flumina autem esse publica *in Thes. 7.* assertur: cum
 7 tamen flumina & aqua profluens nihil differant. Respond. Differunt maxime: ¶ aqua profluens, ut quoddam iure naturali & communis omnibus, ita ut si quis haurit aquam profluentem, eius dominium plenissime acquirat, quemadmodum aeris dominium acquirit: Quod enim ante nullius fuit, ut aqua profluens, primo occupanti conceditur. Flumina autem iure naturali primo occupanti non acquiruntur, cum sint proprietate populi Romani vel Imperij, non iure naturali nullius, ut mare, littora, aer, aqua profluens. Et ideo si quis ædificet in flumine, etiam extra navigationis impedimentum, locus fluminis, in quo ædificatur, eius non fit, ut tum quando in mari quis ædificat, sed ædificium acquiritur populo vel Imperio. Quia id solo vel flumini cedit, & acquiritur, nisi id rite ac publice, hoc est, consensu populi vel Imperij fiat. Proprietate igitur sunt publica iuris civilis, quia sunt populi: Vsu sunt publica iuris gentium, quia quo ad vsum omnibus patent, ut & littora, mare, & ripæ. Et hinc est quod Imperat. & Ictus *in l. in tantum 6. in princ. ff. de ver. diuis.* dicant: locum littoris vel maris, in quo casa vel ædificium positum sit, primo occupanti quo ad proprietatem acquiri: id quod de loco fluminis nullibi affirmatur, cum flumen quo ad ¶ proprietatem omnibus neutiquam pateat. Ius tamen nauigandi & piscandi omnibus commune est, in portu fluminis asque, dum tamen hoc fiat absque deterioratione & incommodo fluminis, maris seu littoris, *d. l. fluminum. 24. in princ. ff. de damno infect.* l. 3. §. 1. ff. *ne quid in loco publico, &c.* Subtilitate igitur intellectus & iuris interpretatione distinguuntur flumen & aqua profluens, ut flumen sit publicum nomen, & proprietate distet ab aqua profluente: Aqua profluens sit vocabulum commune, & flumen a quæ contineat. Et sciendum communia iure naturali omnibus communiter patere quo ad vsum & proprietatem: publica tamen quo ad vsum, qui omnibus permixtus est, non quo ad proprietatem, cum sint Imperij quo ad proprietatem, & dicantur publica iure civilis: quo ad vsum vero iuris gentium, quo ad proprietatem eorum, qui proprie ripas prædia possident. Res vniuersitatis sunt, quo ad vsum & proprietatem ciuium in ciuitate aliqua consistentium, quæ publicæ abusiue dicuntur, quia ciuitates priuatorum loco sunt.
 9 *l. ciuitatum. ff. de verb. sign.* Deinde affirmatur *in Thesi* littora esse ¶ communia. Cui aduerfatur *d. l. fluminum. 24. in princ. ff. de damno infect.* ubi littora dicuntur esse publica. Ergo non sunt communia iure gentium. Respond. Dicitur fluminum publicorum esse commune, id est, publicum vsum, sicut & viarum publicarum vsum est communis omnium ciuium in ciuitate consistentium, & sic etiam littorum (non publicorum, sed communium) communem esse vsum, quamuis sæpe littora propter publicum vsum publica dicantur, *l. quod in littore. 14. in princ. ff. de acquir. rerum. domin.* id fit propter cognationem & conuenientiam, quam in vfu habent. Sed obiicitur contra datam solutionem hoc modo: Si flumina publica sunt, cuius pro arbitrio iis vti liceret: sed hoc non permittitur, quia non licet alicui ædificare vel aliquid pro arbitrio extruere, vel piscari in flumine, nisi permixtu Magistratus, *l. aduersus. ff. ne quid in loco publico.* Respond. Vfus fluminum est publicus, ut & maris & littoris maris, sed tamen nec iuri permittitur eo casu abuti, ¶ ne forte flumini vel mari inde noceatur, eiusque vsum deterior fiat, puta si immixtis suis turbatur, ripæ deuantantur, veneno iniecto inficiantur, *d. l. fluminum 24. in princ. ff. de damno infect.* Atque ne damnum flumini fiat, nata sunt edicta prohibitoria. Ne quid in loco publico *tot. tit. ff. ne quid in loco publico.* Item *ne quid in flumine publico.* Sed rursus obiicitur littora non esse communia, nec publica etiam dici posse, cum sint populi Romani. *l. 12. ff. ne quid in loco*

loco públ. Respond. Illa lex loquitur de occupatis littoribus & præscriptis. Quatenus enim occupata sunt & vsurpantur à populo Romano, sunt pop. Romani, alias nullius §. 1. *Et §. equidem. h. tit. n.* Sicuti Veneti occuparunt † mare Hadriaticum, & præscriptione illam occupationem iuuerunt, utpote ciuili remedio, quo rerum dominia transferuntur, & donec occupatum tenent, sibi vendicant, si deserunt, omnino rursus sit primi occupantis, *l. traditionib. 20. C. de pact.* id quod Virgil. etiam indicat. *lib. 1. Æneid.* Hospitio prohibemur arenæ, &c. In sto contra datam solutionem. Littora præscriptione longæ possessionis obtineri non possunt, id quod expresse probatur in *l. præscriptio. 45. ff. de vsurpat. Et §. super cap.* Resp. Ibi explicatio additur, quod præscriptio † non valeat, & nullius sit momenti, si alius diruto prioris dominij ædificauit, rursus ædificauit: Tunc enim aduersus priorem dominum, qui ædificium in littore positum dixit, exceptione dominij tutus est: Dum autem prior Dominus occupatum litus tenet, à nomine eo in loco ubi ædificauit, ædificando aliquid tentari potest. II. Præscriptio etiam nullius est momenti quando quis in diuerticulo publici fluminis pluribus piscatus sit annis, & alter eum eodem iure uti, id est, piscari prohibeat. Sed posteriori casu *d. l. præscriptio*, obicitur, *l. si quis §. 7. ff. de diuers. tempor. præscript.* ubi dicitur, præscriptionem valere, si quis in diuerticulo publici fluminis pluribus annis piscatus sit. Sed in casu *d. l. præscriptio*, is definit piscari aliquamdiu, forte acquiescens prohibitioni alicuius. Nam quæ meræ facultatis sunt præscribuntur interueniente prohibitione, cum prohibentis insistentia & patientia eius, cui prohibetur quid. Alius igitur venit & piscationem occupauit, & possessionem eius qui deseruit piscationem, interpellauit ac interrupit. Dum igitur deseruit piscationis stationem, amplius se dominij exceptione tueri non potest: Vnde ei qui pluribus annis piscatus erat, amplius præscriptio non datur. At in *d. l. si quis §. 7. ff. de diuers. tempor. præscript.* perpetuo quis piscatus erat, & fuit in continuo exercitio piscandi, nec fuit suo iuri ab alio quouis tempore præscribi. Nam qui prior est tempore potior est iure. Ex † vsu etiam nauigandi vel piscandi inducitur possessio alios excludens. Wesembec in *paratitl. ff. de seruitut. num. 5.* Et tam diu potest quis alium prohibere, donec ipse occupatum diuerticulum teneat. Vel ad *d. l. si quis §. 7. ff. de seruitut. num. 5. pag. 112. fere in fine*, quæ tamen additio vitari potest. Deinde obicitur, ripas publicas esse *l. 3. ff. de flumin.* Ergo non sunt priuatorum. Respond. Ibi respectu † vsus dicuntur ripæ publicæ. Publicus enim iure gentium earum est vsus ut & lit. 14. *d. §. riparum. h. tit.* proprietates tamen eorum sunt, qui prope eas prædia possident. Deinde obicitur flumina nunc, ut & piscationes, inter regalia referri, *cap. vnic. quæ sunt regalia in §. sub. feudor.* non igitur amplius publica sunt. Resp. Publica manent, id est, Imperij vel populi Romani, & vsu omnibus patent. Sed † Imperator Roman. iure regaliu ea tenet, id est, superiorem in ea iurisdictionem habet, quam ei populus Romanus Imperij concessit, ut & in alias res, & ex illarum rerum redditibus, puta ex teloniis nauium, vecturis & aliis suam tueatur Imperatoriam Maiestatem, & eo diligentioris inspectionem & iurisdictionem in omnia exerceat. Bona tamen damnatorum & alia regalia pleno iure ad Imperium spectant, *d. cap. vnic. quæ sunt regal.* nec omnia exemplarvno eodemque modo accommodari possunt.

Ad Thesin 13.] Sacræ res sunt, quæ † rite per Pontifices Deo consecratæ sunt. 16 Cui opponitur *l. sacra loca. 2. §. 1. ff. de rerum diuis.* ubi affirmat Vlpianus, locum sacrum fieri posse, cum Princeps eum dedicauit, vel per eum cui dedicandi potestatem Princeps dedit vel fecit, quod similiter in *l. Glim. ff. de in possess. legat.* affirmatur: Ergo per Pontificem non fit † consecratio. Respond. Zabius in *paratitl. ff. de rerum diuis.* hæc

leges conciliare volens distinguit inter tempora, & d. *l. sacra loca*, & d. *l. ult. ff. de in possessione legat.* Secundum tempora antiqua accipiendas esse affirmat, quod illis temporibus ius religionis non fuerit penes Pontifices, sed penes seculares Principes. Iustinianum vero loqui de eo, quod posterioribus temporibus iuris erat & fieri solebat. Sed hanc conciliationem subsistere nemo facile dixerit, quia *d. l. sacra loca.* est Vlpiani Icti, & temporibus Vlp. religionis ius non solum apud Principes seculares fuisse, sed etiam apud ipsos Pontifices, constat ex eiusdem Vlpiani Responso in *l. offa. 8. in princip. ff. de relig. & sumptib. funer.* vbi Principis & Pontificis fit mentio. Rectius igitur sic responderetur in loco sacro constituendo Pontificis & Principis auctoritatem necessariam fuisse, licet Iustinian. Pontificum duntaxat mentionem faciat, & Vlpian. in *d. l. sacra.* saltem faciat mentionem

- 18 Principis. Nam olim intererant ꝑ consecrationem Pontifices & Principes, vt testatur Wesembec. in *paratit. ff. de rerum diuisionum. 4.* vbi definit res sacras, quæ publicæ, id est, publicæ auctoritate, & iussu populi olim à Consule, Dictatore, Imperatore, aut alioqui à summo Magistratu per solennia verba præeunte & præstante carmen Pontifice summo consecrantur; Et certum est Pontifices tempore Romanorum fuisse, per *l. 2. §. deinde. de orig. iuris.* Et hæc solutio iuuatur per *d. l. offa. 8. in princip. ff. de relig. & sumptib. funer.* vbi Imperator & Pontifex coniunguntur. Hodie vero in Republica Christiana, ab Antistite, cuiusque loci diuino ꝑ numine implorato sacer locus consecratur. Alij dicunt olim ante Imperatores penes solos Pontifices ius consecrandi locum sacrum fuisse, quia vt ex *d. §. deinde. d. l. 2. ff. de orig. iur.* constat, actionum formulæ impetrandæ erant à collegio Pontificum: sed dum populus Romanus omne Imperium & potestatem in Pontificem transtulit, §. *sed & Principi. Institut. de iure natural. gent. & civil.* primum Caium Octauium Augustum summis sibi potestatem consecrandi locum sacrum. Sed prior solutio retineri potest. Nec admittendum est alios qui sequuntur glossam, inter dedicare & consecrare distinguere. Quia illa solutio ex *dist. l. ultim. ff. de in possessione legat.* corruit, quia ibi eodem modo consecrare vsurpatur, vt in *d. §. sacra.* verbum DEDICARE. Denique obicitur *l. penult. ff. de pact.* vbi dicitur dedicare aliquem posse locum sacrum pacto, id est, voluntate tantum, non auctoritate Principis vel Pontificis. Respond. Ille textus loquitur de loco religioso, vt totus contextus indicat, & *lex ultim. Cod. de pactis inter emptorem & venditorem*, quæ illam legem sustulit, vt Pacius in *dist. l. penult.* refert.

- 20 Ad Thestin 14. 15. & 16.] Affirmamus per Iustiniani Constitutionem ꝑ alienari & obligari non posse res sacras. Cui valde obstat. *l. sancimus. 12. Cod. de Sacrosanct. Eccles.* vbi Iustinian. ipse affirmat, res sacras æstimationem non recipere: Ergo autem Iustinianum hoc obrinuit & falso vel frustra Iustiniano ascribitur. Respond. Iustinianus à legibus antiquis id accepit, vt ipse fatetur in *dist. l. sancimus.* At Iustinianus tamen certis casibus illam alienationem à veteribus prohibitam concessit, & id ad prohibitam alienationem adiicit. Vade hic recte ita dicitur: quæ alienari non possunt ex Iustiniani Constitutione, excepta causa redemptionis captiuorum, & aliis causis: non quod obligatio ante fuisset prohibita, sed vt saltem casus exceptus ex Iustiniani Constitutione pendere rectius conspiceretur. Nec tamen id ex antiquis legibus, sed etiam ex Constitutionibus Pontificum est, quæ idem voluit *tot. tit. extr. de rebus Ecclesiastic. non alienand. c. ab. semel Deo dedicatum, de regul. iuris. in 6. c. p. sine exceptione. 12. questione 2.* vbi dicitur sine Cleri tractatu & consensu nemo alienet vel vendat res Ecclesiasticas, nisi forte meliora faciat. Nec tantum excipit Iustinianus casum redemptionis capri

captiuorum, sed etiam famis. Et præterea si Ecclesia habeat res mobiles superfluas, grauataque sit ære alieno, nec possit aliunde soluere, nisi res mobiles distrahere uelit: Tum enim potius superfluas res mobiles, quam immobiles distrahere & alienare debet, *authent. præterea. de sacrosanct. Eccles.* Aurum † autem Ecclesia habet non ut seruet, sed ut erogat & subueniat in necessitatibus, *cap. aurum. 12. questione 2.* Contra datam solutionem probō etiam res sacras aliis modis ueteri iure obligari & alienari potuisse, & quidem per l. stipulantem. 83. §. sacram. ff. verborum obligat. ubi dicitur rem sacram posse fieri prophanam. Respond. Potest res sacra fieri † prophana, puta, si locus sacer ab hostibus occupatur, tum enim sic prophanus, §. item ea quæ ab hostibus, hostis. Item si rebus sacris redimuntur captiui. Quia animæ hominum quibuscunq; rebus sunt pretiosiores, d. l. sanctimus. 121. C. de sacrosanct. Eccles. d. §. sacra. h. tit. id quod tamen ex Iustinian. Constit. est.

Secundo probatur id, ex l. in modicis. 24. ff. de contrahen. emt. Vbi dicitur locum sacrum posse uendi. Ergo obligari, quia ex contractu emtionis oritur obligatio, *cor. tit. inst. de oblig. & tit. de empr. & vendit.* Respond. Welsembec. in §. thesauros h. tit. locum sacrum & religiosum ibi fuisse vniuersitatis, & ideo ab ea, non à priuato alienari potuisse, vel dicendum est ex isto textu specialiter, locum sacrum vel religiosum non uendi posse, nisi manus partis emtionis accedat. Multa enim cum vniuersitate transeunt, & sic accessoria cum principali, quæ alias per se non transferrentur, l. quidam. ff. de rerum diuis. Sic tota Ecclesia cum ciuitate vel pago quodam uendi potest, & tunc nihilo minus res sacra manet, manet quoque eadem conditio spiritualitatis, quæ ante fuit. Prohibitio autem alienationis tum locum habet, quando damnum inde Ecclesia sentit. Eodem modo ius † Patronatus uendi potest, *Cod. cum seculum. extr. de iure Patron.* quod tamen ius est spirituale, Ecclesiasticum & Deo dicatum, *cap. si vero & cap. consuluit. extr. de iure Patronat.* Potest etiam in alium transferri hoc ius *cap. quoniam. extr. de iure Patronat.* & permutari, *cap. nemini regum. 10. quest. 3. ultim.* Id quod totum sit quando fundum habet annexum, & cum vniuersitate transit. Sed decimæ etiam sunt res sacre & Deo dicatæ, *cap. 1. & cap. prohibemus extra, de decimis.* & tamen † præscribi & possideri à Laicis possunt, *d. cap. tua. extr. de decimis.* Resp. Duo sunt decimarum genera, quædam omnino præscribi possunt, *d. cap. prohibemus.* & sunt prophanæ ac feudales, quæ uendi & alienari possunt. Faber in §. item Seruiana. Insistunt. de actio. Quædam sunt spirituales & alienari non possunt.

Deinde obicitur res sacras Ecclesiæ præscribi posse. Res Ecclesiæ Romanæ centum annis: Res aliarum ciuitatum Ecclesiæ, quadraginta, *authent. quas actiones. Cod. de sacrosanct. Eccles.* & præscriptio est species alienationis. *cap. ad audientiam. extr. de præscript. alienationis. ff. de verb. sign.* Respond. Præscribitur quadraginta annorum curricula Ecclesiæ, si alia † Ecclesia contra Ecclesiam præscribit, tum enim Ecclesia nihil perdit, quia quod Ecclesiæ fuit, Ecclesiæ manet. *c. ad aures. extra, de præscript.* Verum laicus præscribere non potest, etiam mille annis, *cap. causam. extr. de præscript.* Deinde si Oeconomus Ecclesiæ vel cœnobij patitur præscribi Ecclesiæ, damnum Ecclesia non sentit, quia regressum habet aduersus Oeconomum, qui damnum datum rescire tenetur. Denique ei, quod in *Thesi 16* dicitur locum sacrum † manere sacrum etiam diruto † edificio, obicitur vulgata Logicorum regula: Cessante causa cessat effectus: Hic cessat causa, id est exercitium, vel administratio rerum sacrarum: Ergo & sacer amplius non potest dici. Respond. Cessat causa, quia semel Deo dicatum, in humanos usus conuerteri non debet, c. semel Deo dicatum. de reg. iur. in 6.

27 Nec valet argumentatio à rebus sacris ad religiosas, quia † religiosus constituitur propria autoritate; locus sacer Pontificis autoritate, & in *authent. si quas ruinas. C. de sacrosanct. Eccles.* sacrum religiosum dicitur. Sed obiicitur contra datam solutionem. *l. cum loca. 36. ff. de religiof. & sumpt. fun.* vbi dicitur loca capta ab hostibus definire sacra esse. Respond. Aliud esse, prophanatum in actu occupationis locus sacer, & definit esse sacer. Definit quidem esse sacer, quamdiu est occupatus: sed tamen, si calamitate illa liberatus sit, pristino statui restituitur.

28 *Ad Thesin 17.]* Religiosum locum unusquisque † propria voluntate facit, si mortuum insert in locum suum. Sed obiicitur *l. 4. ff. eod. de religiof. & sumpt. fun.* Respond. In locum suum proprium quis inferri potest ministerio heredis, vel alterius cuiusdam, si hoc ita defunctus destinavit. Sic si legatus est fundus alicui, & in eum testator est illatus, illatione fit religiosus, si modo in alium locum oportune inferri non potuerit. Hæc causa est necessitatis, quasi dicat, alias non tener id legatarius concedere. Deinde *dist. Thesi 17.* obiicitur *l. sunt persona. 43. ff. de religiof. & sumpt. fun.* vbi dicitur, socium inuito socio mortuum in communem fundum inferre non posse. Respond. Ratio specialitatis, cur id non permittatur exprimitur in *d. l. sunt persona.* ne scilicet cadauera iacerent insepulta. Et summa est ratio, quæ pro religione facit. Et hoc procedit dum socius parat vel curat parari sepulchrum. Nec tamen tamdiu cadauer insepultum iacere potest; alias socius qui intulit, tenetur socio actione in factum, ut tollatur cadauer extranei illatum, *l. 4. §. ff. comm. diuidendo, & c.*

Ad Thesin 18.] Si alienus est usufructus, proprietarius religiosum locum facere non potest, nisi consentiente usufructuario: Cui opponitur hoc modo: Quilibet est suarum rerum liber moderator & arbiter, *l. in re mandata. C. mandat.* Ergo proprietarius etiam inuito usufructuario inferre mortuum potest in agrum suum, cuius est Dominus. Resp. Quando Dominus alteri concedit usufructum, id est, ius vtendi fruendi, à proprietate abstinet, §. 1. *infr. de usufr.* Et si mortuus inferretur à Domino, usufructuarius in suo iure turbaretur, iusque vtendi fruendi ei impediretur, cum tamen certi iuris sit, proprietatis dominum non debere impedire vtentem fructuarius, nec deteriore facere eius conditionem, *l. sed si quid. 15. §. proprietatis. ff. de usufructu. & c.*

Secundo obiicitur tale argumentum: Si proprietarius habet actionem vel interdictum de mortuo inferendo, contra inuitum & reluctantem usufructuarium, merito eo non concedente mortuum inferre potest: sed habet actionem de mortuo inferendo, *dist. l. sunt persona. 43. in pr. ff. de religiof. & sumpt. fun.* Ergo usufructuario inuito proprietarius mortuum inferre potest. Resp. Dominus proprietatis semper habet contra usufructuarium interdictum, de mortuo inferendo, *l. 1. §. hoc interdicto ff. de mortuo inferendo.* eoq; vtiliter agere potest tum, quando usufructuarius reluctatur, & prohibet domino illationem, idq; ob illam specialem rationem, ne cadauera sint insepulta, quæ in *d. l. sunt persona.* exprimitur. Adduntur autem in *d. l. sunt persona.* hæc verba: *Sed si mortuum intuleris, non facies suum sepulchrum,* ex quibus verbis apparet dominum proprietatis, ratione prohibitionis factæ ab usufructuario, habere interdictum de mortuo inferendo, eoq; agere posse ratione proprietatis, sed sine effectu, quia illa actio alioquin per se vtilis & efficax, eliditur ab usufructuarij exceptione quasi dominij, *tot. tit. infr. de except.* Quia usufructuarius in suo iure turbandus non est, ideo dominus proprietatis ab eo tenetur, & si intulit cadauer, postea illud rursus tollere, quæ iam modum etiam de socio comuni dictum est antea. Quia hi duo casus in *d. l. sunt persona,* comparantur per illa verba: *eadem sunt & in socio.* Et quod teneatur cadauer proprietarius tollere, importat illa verba: *si mortuum intuleris, non facies suum sepulchrum.*

Tertio obiicitur *l. 2. §. si & usufruct. ff. de religiof. Et sumt. funer.* Respond. Ibi specialis itidem casus est fauore religionis, idq; indicant particula, NISI & ALIAS sibi opposita, & fauore religionis etiam is, qui pignori dedit agrum, si in eum mortuum intulerit, agrum facit ex aequitate religiosum, *l. 3. ff. de relig. Et sumt. fun.* quod quidem stricto iure non videbatur debere concedi. *d. l. 2. §. fin. Et c.*

Ad Thes. 20.] Iure Canon. requiritur ad locum religiosum aspersio aquæ benedictæ, & alia: alias cœmeteria sepulchra mortuorum fieri non possunt: sed illa nunc abolita sunt, & cœmeteria † dedicantur ac constituuntur a magistratu cuiusque loci. Pontifex purat tantam vim inesse aquæ benedictæ, vt etiam si per aliquot milliaria ablit, tamen locus fiat religiosus.

Ad Thes. 21.] In portas ingrediuntur immunda, vt meretrices, latrones, ergo non possunt esse sanctæ. Respond. Olim † aratro designabantur loci ciuitatum vel vrbium, & suspendebatur ibi aratrum, vbi porta erat extruenda & agricultura Deo erat grata: Et Deo earum fuit per porras ita conseruari societatem hominum egrediendo & ingrediendo. Vnde solitæ sunt affigi portis statuæ, quibus admonerentur omnes viatores Dei. Deinde etiam legibus subnixæ est violatio portarum, vnde sanctæ dicuntur portæ.

Denique muri & portæ sanctæ non dicuntur, nec sunt etiam, sed † quodammodo, quæ particula est restrictiua. Quia magis profanum quid sapiunt, respectu scilicet rerum sacrarum & religiosarum.

Ad Corollarium.] Contra corollarium ab aliquibus disputari solet, & quidem I. ex *l. sanctum 8. §. fin. ff. de rerum diuis.* vbi Cassius & Sabinus dicunt, muros in municipiis & in oppidis, castris, villarum mœnibus sanctos esse; Dum igitur sancti sunt secundum generalitatem dicti, §. sanctæ, textus capite puniuntur, nec mitiori pœna quæ muros transcendunt; Nam vbi textus non distinguit nec nos distinguere debemus, *l. de priuilegio. ff. de public. in rem. act.* Respond. Pro corollarii sententia confirmanda optime facit, *l. §. fin. ff. de rer. diuis.* vbi tantum de vrbe Roma loquitur, ob eamque violatam Remum à Romulo occisum esse tradit. Illi igitur qui † muros vrbis Romæ transcendunt, propter excellentiam & præminentiam merito capite puniuntur, cum regia & imperatoria sedes ibi fuerit, quæ postea fuit Constantinopoli, & nunc est Viennæ, nec tamen negandum est, eandem etiam pœnam seruati posse in eiusmodi imperialibus ciuitatibus, vbi Cameræ imperiales habentur, ac alia secreta ac priuilegia asseruantur. Vt enim se habent illæ ciuitates ob asseruata priuilegia & sedem Imperatoriam ad maiorem pœnam: Ita reliquæ ciuitates habent se ad mitiorem, vel aliquam extraordinariam: Eius rationes sunt. I. Quia capitis pœna est † duplex ciuilis & naturalis. Ciuilis est deportatio, Naturalis est capitis naturalis pœna, & in dubio pœna capitis ciuilis in aliis ciuitatibus recipi & tollerari potest. II. Ratio mitigationis summa est. Quia in pœnis id quod benignius est, sequimur *c. in par. de reg. iur. in 6. l. interpretatione. ff. de pen. l. Arrianus ff. de oblig. Et act. c. odia de reg. iur. in 6.* Quâuis in aliquibus ciuitatibus statutis effectus sit, vt transcendentes muros capite puniantur, quod in loco quolibet probandum non est, cum statuta & consuetudines probabiliter ignorari possint, cum facti sint, & prudentissimos quosque fallant. *l. 2. in fin. ff. de iur. Et facti ignor.* IN ST O contra datam solutionem. Sed dicitur in *d. l. §. fin.* ciuem Romanum non alia quam per portas ingredi debere, ideoque pœnam capitis ferre si muros transcendit, ciues autem Romani omnes sunt, qui sunt in orbe Romano. *l. in orbe. ff. de stat. hom.* Ergo omnes omnium ciuitatû ciues pœna capitis naturalis sunt afficiendi. Respond. In *d. l. l. §. fin.* ciues Romani ii sunt qui in vrbe Roma versantur:

d. autem l. in orbe loquitur de stat. hominum, quasi quoad statum & conditionem omnes ingenui in prouinciis agentes, iure ciuium Romanorum ex constitur. Antonii sint donari. In aliis tamen & praesertim in pœnalibus non sunt pares ciues in vrbe Romana & extra urbem Romam versantes, &c.

35 Denique probatur hæc sententia per *l. 3. §. nec non ff. de remilit. vbi*, qui vallum transcendit capite punitur. Respond. Breuiter hoc fieri propter expeditionum pericula, in quibus semper est strictior & durior disciplina ac coercitio: Idq; propter varia pericula, quæ inde ab hostib. sunt expectanda. Vnde non mirum duriozem pœnam esse constitutam, ob difficultatem prodicionum & incursionum. Manet igitur verum arbitriariam pœnam in aliis ciuitatibus posse esse, quamuis Ludouicus Romanus *in singulari 747.* quem sequitur Capella *in tract. de seruitut. rust. §. Verb. præd. cap. 54. de scil. num. 9.* contrarium defendat, &c.

DISPUTATIO IX.

Exit. i. lib. 2, institut. de acquir. rer. domin.

CONTINUATIO.

In superiori disputatione egimus de rerum diuisione & qualitate: item de rebus communibus, publicis, vniuersitatis, ac nullius: nunc vero de rebus singulorum dispiciemus. Et res singulorum sunt, quæ in patrimonio nostro sunt, nostroque dominio subiiciuntur vel iure gentium, vel iure ciuili. *§. singulorum autem institut. de rer. diuis.*

Thesis i. Dominium est ius de re sua perfecte disponendi pro arbitrio, nisi lege aut conuentione prohibeatur. Mynsinger. *in rubric. h. titul. institut. num. 4.*

2 Dominium est aut directum, aut vtile. Directum dominium est ius dominationis, quod quis habet in re corporali, superiorem non recognoscens, qualis est dominus feudi, vel emphyteuscos in proprietate: Vtile vero dominium est ius cum fructu, quale habet vasallus, emphyteuta aut superficiesarius, superiorem recognoscens in usufructu. Mynsing. *in rubric. lib. 2. instit. num. 16.*

3 Plenum dominium dicitur habere is, qui vtrunque, directum & vtile habet, vt in bonis allodialibus fit, & rebus hereditariis Mynsing. *in rubr. lib. 2. instit. nu. 18.*

4 Quod antea nullius fuit, id naturali ratione occupantis fit, vt sunt feræ bestiae, volucres, pisces, omniaq; animalia, quoties ab aliquo capiuntur, iure gentium statim capientis sunt, nec interest, an in proprio fundo, an alieno quis capiat: potest tamen quis ne fundum alienum venandi aut aucupandi gratia ingrediatur, domino prius prauiſo, prohiberi. *§. feræ igitur instit. de domin. rer. acquir. l. 5. §. 2. ff. de acquir. rer. domin.*

5 Hinc quæritur; an fera bestia, si ita vulnerata sit, vt capi possit, statim tua esse dicatur. §. *illud quasitum, instit. hoc tit. l. 5. §. 1. ff. de acquir. rer. domin.*

6 Vnde Fridericum Imperatorem non immerito commotum existimamus, cur subditis venationum iura antea communia, adimenda putauerit. *tit. 27. §. quis rusticus §. vers. nemo lib. 2. in vñb. feud.*

7 Ab hostibus capta iure gentium statim nostra fiunt, nisi ad suos reuersa fuerint: tum enim iure postliminii pristinum statum recuperant. §. *item ea quæ instit. h. tit. l. 5. §. 1. ff. de capt. & postlim. reuers. l. 5. §. 7. ff. de acquir. rer. domin.*

8 Thesaurus in loco proprio, aut in sacro vel religioso, casu fortuito inuentus, totus inuentori acquiritur. §. *thesaurus. instit. hoc tit.*

9 In loco vero alieno fortuito inuentus, dimidius inuentoris, & dimidius domini soli esse debeat. §. *thesaurus. vers. & si quis. hoc tit.*

10 Vis fluminis si per alluionem partem aliquam de meo prædio detraxerit, & vicino attulerit, ea pars mea permanet iure gentium: si vero longiore tempore vicini mei fundo adhæserit, arboresque quas secum traxit in eum fundum radices egerint, ex eo tempore vicino fundo acquiruntur. §. *preterea quod. vers. quod si vis. hoc tit.*

11 Insula in mari nata, occupantis fit: nata vero in flumine publico, iis acquiritur, quorum prædiis proxime adhæret. §. *insula. hoc tit.*

12 Flumen si parte eius aliqua diuisum sit, posteaque infra unitum, agrum alicuius in formam insulæ redegerit, eiusdem permanet is ager, cuius & fuerat. §. *insula. vers. quod si aliqua. instit. hoc tit.*

13 Flumen si naturali alueo in totum derelicto, ad aliam partem fluat, prior quidem alueus eorum est, qui prope eius prædia possident: nouus vero alueus eius erit, cuius & ipsum flumen. Quod si post aliquod tempus ad priorem alueum reuertatur flumen, nouus alueus rursus erit prope ripam eius prædia possidentium. §. *quod si naturali hoc tit.*

14 Species ex aliena materia ab aliquo facta, quando sit communis, & quando non: nam si species ad priorem materiam reduci potest, ea ad materiæ dominum pertinet: si vero non, ad eum qui fecit. §. *cum ex aliena. hoc tit.*

15 Qui partim ex sua, partim ex aliena materia speciem quandam facit, ea species ad facientem, & non ad dominum materiæ spectat. §. *quod si partim. hoc tit.*

16 Dominium mutatur accessione, siue res illa quæ accedit sit precioris, siue vilior. §. *si tantum alienam. instit. hoc tit.*

17 *Ædificans ex sua materia in alieno solo perdit ædificium, sitque eius, cuius & solum est. §. ex diverso. instit. hoc tit.*

18 *Ædificans vero in suo solo domum ex aliena materia, domino materia nec rei vendicatione nec ad exhibendum tenetur: sed tantum ipsi ad duplum rei persolvendum pretium obligatur. §. cum in suo. instit. hoc tit.*

19 *Possessori malæ fidei scienti solum esse alienum, culpa obiici potest, quod temere in eo solo, quod sciebat alienum esse, ædificavit: secus vero in bonæ fidei possessore, qui sumtus deducere cupit. §. certa illud hoc tit.*

20 *Arbor in fine agri posita, si omnes radices in fundum vicini protendat, vicino acquiritur: in confinio vero posita, si utrinque radices egerit, communis fit. §. si Titius. hoc tit.*

21 *Dominia rerum iure naturali pictura acquiruntur: hinc non immerito quaeritur, an pictura tabulæ cedat, an vero tabula picturæ. §. si quis in aliena. hoc tit.*

22 *Dominia rerum ut specificatione acquirantur, quæ sint necessaria. Mynsing. in §. cum ex aliena. num. 14. instit. de rer. diuis.*

23 *Fruentum alicuius casu vel sine voluntate cum frumento meo mistum, commune non est, sed suum cuiusque frumentum arbitrio iudicis est restituendum. §. quod si frumentum h. tit.*

24 *Fruentum perceptione dominia rerum iure naturali acquiruntur: hinc fructus sunt aut naturales, aut industriales. §. si quis autem hoc tit.*

25 *Possessor bonæ fidei fructus perceptos pro cultura & cura lucratur: malæ fidei vero possessor & fructus consumptos restituere debet. §. si quis autem & §. vero ad quem. h. t.*

26 *Rei in vulgus proiectæ vel pro derelicto habitæ dominiū statim amittitur, & apprehensione eius iure naturali acquiritur, §. hoc amplius. h. tit.*

Corollarium: Denique quaeritur: an aliquis prohiberi possit, ne fundum alterius ingrediatur, & actio iniuriarum aduersus fundum alienum ingredientem contra domini voluntatem detur? Iulius Clarus in pract. crimin. in §. iniuria. num. 2. Mynsing. in §. fera igitur. num. 7. ff. de rer. diuis. & qualis.

DISPUTATIONIS IX.

De acquirendo rerum dominio, obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

1 *Dominium quomodo definiatur.*

- 2 *Dominium tantum unicum est.*
- 3 *Possessio differt à proprietate iuris.*
- 4 *Vjusfructus est duplex casualis & formalis.*
- 5 *Fera bestia vulnerata quando fiat nostra.*
- 6 *Iuris naturalis effectus potest impediri per civilem rationem.*
- 7 *Animalia qua venando cuilibet capere liceat.*
- 8 *Venandi prohibitio unde exeperit.*
- 9 *Capta ab hostibus quomodo nostra fiant.*
- 10 *Civitas capta ab hostibus, potest iure postliminii iterum renouiscere.*
- 11 *Res mobiles ab hostibus capta, prada loco cedunt.*
- 12 *Thesaurus in loco sacro vel religioso, fortuito casu inuentus cui cedat.*
- 13 *Thesaurus proprie quid sit.*
- 14 *Vis fluminis quod de pradio alicuius detractum est, cui accedat.*
- 15 *Arbor si in alieno coalescit fundo, an vindicari possit ab eo cui detracta est.*
- 16 *Insula in publico flumine nata, cui acquiritur.*
- 17 *Flumen si ad priorem alueum reuersum sit, cui alueus iste acquiritur.*
- 18 *Agri dominium an amittatur in inundatione.*
- 19 *Mulsum si quis ex vino & melle fecerit, communem speciem facit.*
- 20 *Specificatio quid requirat.*
- 21 *Specificationis quot fuerint sententia.*
- 22 *Accessione dominium mutatur, & quare.*
- 23 *Accessio plus habere non potest, quam est in re principali.*
- 24 *Pictura an in accessione cedat tabula.*
- 25 *Ædificans in alieno solo, cui adificet.*
- 26 *Ædificans in suo solo ex aliena materia quid prestare cogatur.*
- 27 *Sumtus deducere qualis possessor possit.*
- 28 *Arbor in confinio posita, cui acquiritur.*
- 29 *Fruentum alterius si casu cum meo mixtum sit, an commune fiat.*
- 30 *Possessor bona fidei lucratur fructus pro cultura & cura.*
- 31 *Fructus sunt duplices industriales & naturales.*
- 32 *Dominus perfectus qui est, euictionem non timet.*
- 33 *Rei pro derelicto habitæ, dominium statim amittitur.*
- 34 *Seruus pro derelicto habitus, si quid stipuletur, id nullius est momenti.*
- 35 *Fera in alieno capta, primo occupanti conceditur.*
- 36 *Fundum alienum, prohibente domino ingredi, iniuria est.*

AD The[s].x.] Nunc de acquirendo rerum dominio agemus, dominium autem † de-
 finitur proprietate à Icto in l. si procurator, 3. in principio. ff. de acquir. rer. domin. in
 verbis dominium, id est, proprietas. Et raram non est Ictos succinctas ponere definitiones,
 alias sic definitur, quod sit principium perfecte de rebus nostris disponendi, nisi quid aut
 vi aut iure prohibeatur. Sed obiicitur authen. si vero Dominus temporalis C. de hered. &
 Manich. Vbi Imperator Fridericus duas facit species domini: Dominiũ utile & directum,
 seu principale. Resp. Illa authentica desumpta est ex vsibus feudor, & quidem ex tot. tit.
 de statut. & const. in extrauagantibus. vbi non agitur de dominio utili & directo. Sed tan-
 tum de potestate, imperio, & iurisdictione perpetua vel temporali, & disponitur ibi in §.
 statuiamus vers. si vero, consules, rectores, vel iurisdictionem quamcunque habentes,

- debere eiicere hæreticos: Poenæ etiam adiunguntur eorum, qui hoc negligunt, ut scilicet, si sunt domini temporales, hoc est, si habent potestatem ad tempus, eorum terra occupetur à Catholicis, saluo tamen iure principalis, hoc est, eius, qui ipsi potestatem demandauit delegauit vel ad tēpus concessit, nisi forte principalis concessit. Et improprie domini dicuntur, qui talē potestatem temporale vel perpetuam habent: quemadmodum & emphyteuticarii abusuue domini vocantur, in *l. possessores in fin. Cod. de fund. patr. lib. 11.* Constat igitur satis hic non agi de directo dominio, & vili, cum eiusmodi distinctio ex legibus probari non possit, & magno errore sit introducta, Cuiac. *lib. 11. obseruat. cap. 35 &*
- 2 Magistorū sit, non iuris. Costalius, in *l. 1. ff. si ager vestigial. per.* Vnicum tamen est dominium, hoc est, proprietas, ciuile scilicet vel legitimum vel nullum vile. Quale enim ius usufructuarius habeat, infra dicetur. Quamuis tamen docendi gratia distinctio illa à multis retineatur, nec adeo incommode. Secundo obiicitur, possessionem esse partem domini, quæ tamen proprietas non est, cum possessioni nihil sit commune cum proprietate, ut I Cus Vlpian. affirmat in *l. naturaliter 12. §. 1. ff. de acquir. possess.* & à iuris proprietate distat *l. quasi. de verb. signif.* Ergo dominium proprietate definiti non potest, quia dominium habet iunctam possessionē. Proprietas autē nihil commune habet cum possessione. Resp. Possessio semper est ibi ubi est dominium seu proprietas, nec proprietas separari à possessione potest, *l. 8. C. de acquir. possess.* Non autē proprietas ibi semper est ubi est possessio,
- 3 quia possessio tamen à iuris proprietate distat. Quicquid enim apprehendimus, cuius proprietas ad nos non pertinet, aut nec potest pertinere, hoc possessionem appellamus *d. l. quasi.* Et eo respectu etiam nihil commune habet cum proprietate possessio, *d. l. naturaliter* quemadmodum in bonæ fidei possessione videmus, qui rem tenet, quam ignorat alienam esse, aut qui putat eam, qui vendit ius alienandi habere, *l. bona fidei. ff. de verb. signif.* Hic habet possess., non autem habet proprietatem, si autem contingeret ut etiam acquireret proprietatem dominium cum possessione haberet, quemadmodum alii perfecti domini. Tercio obiicitur: Vsfuctum esse partem domini *l. 4. ff. de vsufr.* qui tamen separationem à proprietate habet, *§. 1. infr. de vsufr. & proprietate* non tribuit, sed saltem ius vtendi fruendi *d. §. 1. de vsufr.* Ergo dominium proprietate definiti non potest. Resp. Vsfuctus an sit pars domini, an vero proprium ius quoddam feudi vel res corporalis dubitatum fuit inter I Ctos, ut constat ex *l. 6. i. reo. 20. §. si reo ff. de fidei*, sed res
- 4 ita facile componitur, si dicimus vsumfructum esse tamen duplicem, causalem & formalem, causalis dicitur cum dominus seu proprietarius habet in sua re vtendi fruendique potestatem seu facultatem pro arbitrio, & semper comitatur proprietatem, & ideo dicitur pars domini *d. l. 4.* vel plenum dominium *§. ult. infr. de vsufr.* quia ad dominium reuera spectat: formalis appellatur ius, quod habet usufructuarius separatim à fundis & proprietate, *d. §. 1. infr. de vsufruct.* Is usufructus pars domini non est, sed nuda vtilitas detracta à proprietate, & seruitus *d. l. re de dicimus ff. de verb. signif.* cum separationem à proprietate accipiat *d. §. 1. infr. de vsufruct.*
- 5 Ad Thef. 4.] Fera bestia vulnerata tunc fit nostra quando eam capimus, non aliter idque ita approbatur à I Cto in *l. §. 1. ff. de acquir. rer. dom. & à Iustinian. in §. illud quasi. b. t. n.* Trebatii autem sententia reiicitur, *d. l. §. b. §.* Sed pro illa sententia Trebatii defendenda obiicitur vulgatum illud. Qui causam rei præstat, ipsam rem præstat. Resp. Illud vulgatum tunc procedit, quando cum vulneratione coniuncta est occupatio: alias cessante vulneratione occupatio non sufficit, nec dominium tribuit, olim quidem vulneratam à quouis bestiam, si quis abstulit, commisit furtum, *d. l. §. 1.* Sed illud ex sententia Trebatii est, quæ est reiecta, ut modo dictum.

Ad Thes. 6. Obiicitur huic thesi ius naturale esse immutabile §. *sed naturalia sup. de iur. nat. gent. & civil.* Ergo per constitutionem Friderici non potuit mutari. Resp. Ipla natura hoc est, primus omnium rerum conditor hanc facultatem dedit initio omnibus animantibus rationalibus, ut l. *ceteris* ipsis capere bestias, quouis in loco, cum antea nullus fuerit, & ideo primo occupanti concessa. Sed effectus illius iuris naturalis per civilem rationem impediri posset, idq; civilis iuris proprium est, scil. non in totum à iure naturali recedere, nec per omnia ei seruire, sed aliquantulum ab eo desistere, l. *ius civil. 6. in pr. ff. de iust. & iur.* Et ideo Fridericus Imperator primum hoc ius naturale constitutione sua impedire tentauit, prohibendo, ne quis animalia venando capiat, nisi vrsos, apros & lupos, cum illa animantia sint ferociora syluas magis deuastent, & hominibus saepe damnum inferant. Et sic imperator hoc ius naturale inuasit, liberumque iure naturali exercitium venandi impediuit. Et forte illa prohibitiō inde cepit, quod subditi pro minuentis tributis concesserint principibus venationes, vel alias principes audacter interdixerunt subditis libero venandi exercitio. Huic prohibitioni dum acquirerunt subditi, nec se opposuerunt, paulatim etiam præscriptione accedente quæsiuerunt sibi principes iura venandi: Et certum est quemlibet fauori pro se introducto posse renunciare l. *pen. Cod. de pact.* Et præscriptio modus est acquirendi legitimus, eaq; acquisitum ius sine iusta causa aufertur principib. nunc non potest. Habent igitur omnes cōmuniter adhuc potestatem venandi, secundum ius antiquius non secundum ius recentius, quo illa facultas impeditur, & nunc suo iure principes vtuntur, & nihil peccat, sibiq; impuret subditi, qui potuissent resistere & reniti. Nā q̄ meræ facultatis sunt, præscribuntur interueniente prohibitione, cum insistentia prohibentis & patientia subditorum. Et eo nunc reductum est, vt principes iura venandi, iure regalium sibi vendicent, & aliis non concedant: Imo vt capite puniantur, qui se edictis principum prohibitoriis atrociter opponunt. DD. *hic.*

Ad Thes. 17. Ab hostibus capta † nostra sunt, nisi ad suos reuersa fuerint, tamen enim iure postliminii pristinum statum recipiunt. §. *item item ea b. l. cum loca 36. ff. de religio. & sum. fun.* Sed obiicitur l. *si & iusfr. 21. ff. quib. mod. & iusfr. amitt.* Vbi expresse affirmatur ciuitatem desinere esse & sic mortuam esse, si aratum in eam inducatur, scil. si hostes eam euertant, quod olim ita moris fuit, vt Horatius lib. 1. *carminum* testatur. Ergo dū capite dominatur non potest recipere pristinum statum & iura. Resp. Hortoman *illustr. g. r.* id verum esse iuris quadam subtilitate, vel stricta ratione: propter ius autem postliminii & legis Cornelie fictionem, ciuitatem pro eadem haberi & reuiviscere: quasi mortuam per ius postliminii, id quod similiter obtinet in locis in litore, vel mari occupatis, qui recidunt in pristinam causam ædificio diruto l. *in tantum 6. in pr. ff. de ver. diuis.* & in loco sacro occupato, & deinde à calamitate hostiū liberato d. *l. cum loca.* Sed rursus obiicitur agrum ab hostibus captum publicari l. *20. §. 1. ff. de capite & postlim. reuerf.* Ergo non fit prioris domini cuius ante fuit. Respond. Publicatur ager & iure belli fit in publicis vñibus hostium. Sed si expulsi fuerint hostes ager ad priores dominos reuertitur, nec amplius publicus est, d. *l. 20. §. 1.* Si autem forte † mobiles res sunt captae, ab hostibus prædæ loco cedunt, nec postliminio reuertuntur, cum inter milites distribuuntur, quod probatur expresse per d. *l. 20. §. 1.* Vbi præda & sic res mobilis, ab agro publicando, & sic à re immobili distinguatur, id quod similiter probatur l. *28. in pr. ff. de capiti. & postlim. reuerf. & l. i. quis pen. ff. ad l. l. pecul.* Vbi dicitur, eum qui surripit prædam ab hostibus captam, teneri crimine pecculatus. Ergo præda dum surripitur res mobilis est.

Ad Thes. 8. Affirmatur † thesaurum in loco sacro vel religioso fortuito calu inuentū, totum inuentori acquiri. Huic opponitur valde l. *3. §. pen. ff. de iur. fisci*, vbi diuitia

fratres constituunt, thesauri in loco sacro vel in loco religioso inuenti partē dimidiā inuentori partem dimidiā fisco acquiri, & ibi vocabulum religiosus pro sacro ponitur: monumenta pro religioso ponuntur, id quod particula aduersariua, aut indicat, q̄ alias frustra ibi poneretur. Et hanc diuorum fratrum constitutionem nouissime imperator Fridericus amplexus est. *in c. un. qua sunt regal. in fin. in §. sib. feudor.* Ergo falsum est q̄ hic dicitur, totum thesaurum in loco sacro vel religioso inuentum inuentoris fieri. Respond. Inter cetera gloss. *in §. thesauros, h. titul.* Diuum Hadrianum naturalem æquitatem esse secutum in eo constituendo, quā in eo conspicitur, quod is qui in loco sacro non dedita opera thesaurum inuenit, in loco tali eum inueniret, qui nullus sit in bonis, exemplo rerum communium, in quibus si aliquid reperitur, totum id inuentori acquiritur, §. *item lapilli h. titul.* Deinde non fecit hoc studio vel dedita opera, alias enim non procedit *l. vn. C. de thesauris lib. 10.* Diui fratres autem & Fridericus inplexerunt civilem aliquam rationem, scilicet æquum quoque esse fisco augeri, ideo dimidiā partem fisco attribuerunt, dimidiā partem inuentori. Et hanc solutionem Glossę Nicolaus Vigilius in tertia parte. ff. in titul. de acquir. rer. dom. amplectitur. Et ita potest cuitari abrogatio vel correctio dicti §. thesauros. h. tit. quā Dn. Borcholt. in d. §. thesauros & in d. c. un. qua sunt regal. in fin. in §. sib. feud. statuit. Alii in d. §. thesauros statuunt in d. l. 3. §. pen. ff. de iure fisci & in d. c. un. qua sunt regal. locum sacrum & religiosum fuisse in rebus vniuersitatis, & idcirco dimidiā partem fisco vniuersitatis, alteram dimidiā partem inuentorem sibi vindicare, id quod eodem modo disponitur in d. §. thesauros. Hæ solutiones retineri possint, eo non attento, quod Equinarius Baro & alii dicant in d. §. thesauros, mendum seu Antimoniam esse, nulla subtilitate conciliandam, & Iustinianum immemorem fuisse constitutionis Diuorum fratrum & Friderici Imperatoris, vel potius à Triboniano ex incuria vel malicia fuisse eam constitutionem Hadriani assumptam, neglecta constitutione D. D. Fratrum, nouissime in vltimis feudor. comprobata. Sed obicitur etiam l. 22. in princ. ff. famil. hercisc. vbi iure naturali non acquiritur thesaurus. Respond. Improprie 13 ibi thesaurus ponitur, cum † alias ignoti sit domini & vetus depositio, cuius non extet memoria, & quæ iam dominum non habeat. *l. nunquam 31 §. 1. ff. de acquir. rer. dom. & in d. l. 22. thesaurus est testatoris. &c.*

14. Ad Thef. 10. Agitur hic de alluione ex §. praterea h. t. n. vbi adiicitur: Si vis † fluminis de tuo prædio aliquam partem detraxerit, & vicini prædio attulerit, palam est, eam tuam permanere: Si autem arbores secum traxerit, & quæ in vicino fundo radices egerint, ex eo tempore vi dicuntur vicino fundo acquisitæ: Sed oppon. *l. item Pomponius §. de arbore. ff. de rei vindicat.* vbi vtilis rei vindicatio datur de arbore, quæ in alienum agnum translata coaluit, & radices immisit. Ergo dum datur actio non fit naturalis dominus is, in cuius agro arbor coaluit, vt Iustina. affirmat. Resp. Hosce textus ita conciliant vt dicant, *d. l. Pomponius. §. de arbore* loqui in tali casu, quando cum factō hominis transfertur arbor, & † coalescit in agro alterius, tum dari vtilem rei vindicationem, quæ & in factum actio dicitur *l. in rem 23 §. item, quacunq. ff. de rei vindicat.* Cuiac. in §. si duorum h. tit. & æquum est, tum dari actionem, quando factum hominis interuenit: Alias si factum hominis non interuenit, sed vi fluminis sola id contingit, actio nulla superest, sed statim ei, in cuius agro arbor coalescit, acquiritur, secundum Iustinianum Imperatorem in d. §. praterea. vbi vis fluminis mentio fit. Non autem in dict. §. de arb. Contra datam solutionem opponitur *l. hoc amplius 9. §. Alfenus ff. de dam. infect.* vbi dicitur arborē, quæ coaluit in vicini fundo, vindicari non posse à priori domino. Ergo falsum q̄ in d. l. 3. §. de arbore, vtilis rei vindicatio datur. Resp. Distal. hoc amplius §. Alfenus, de directā rei

rei vindicatione loquitur, quasi ea non detur priori domino, cum iam dominium per co-
alitionem mutatum sit; Alias vtilem habet vindicationem eo casu, quando facto hominis
arbor translata coaluit, *d.l. Pomponius. §. de arbore.*

Ad Thesin 11 & 12.] Insula in publico flumine nata † iis acquiritur, quorum pre-
diis proxime adhæret. Cui opponitur *l. si epistolam pen. §. si ff. de acquir. rer. dom.* vbi di-
citur insulam in flumine publico natam fieri publicam; Ergo non sit priuatorum. Resp.
Quod ibi dicitur insulam in flumine publico natam fieri publicam, sit eo respectu, quia
publicus est vsus riparum, hoc est, communiter omnibus patent ripæ, *§. riparum, h. tit.* In-
de tamen non sequitur insulam, iis non acquiri, quorum sunt ripæ, & prædia prope ripas.

Ad Thesin 13.] De sumta est hæc Thesis, ex *§. quod si naturali. h. tit.* in quo simul po-
ponitur hoc: quod si post † aliquod tempus ad priorem alueum flumen reuersum fuerit, 17
nouus alueus rursus eorum incipiat esse, qui prope ripam eius prædia possident. Cui op-
ponitur *l. adeo. 7. §. quod si toto. ff. de rer. dom. acquir.* vbi dicitur, stricta ratione procedere *§.*
nostrum, non ex æquitate, cum tamen placeat in omnibus rebus præcipuam æquitatis &
iustitiæ, quam stricti iuris rationem sequi, *l. placuit. 8. C. de iudic.* Ergo æquior sententia
esset ponenda. Resp. Aliqui volunt *d.l. adeo. §. quod si toto*, loqui in eo casu, quando totus
fundus alicuius nouo alueo est absorptus, tum æquius dicit esse Ictus eius manere fundū.
Dicitur autem *§. quod si hoc tit.* loquitur de eo casu, quando pars est absorpta. Deinde *d. l.*
placuit. C. de iudic. tum habet locum, quando lege quid non est expressum; Tum enim id
quod æquius est, sequimur. Alij dicunt in *d. §. quod si aliquo. h. tit.* idem obtinere, siue pars
fundi, siue totus fundus alicuius alueo sit occupatus, tum scil. ex æquitate esse à iudice ei
subueniendum, cuius ager occupatus est, cum nostra res maneat, quamdiu eius recuperā-
dæ species manet. *l. Pompon. 44. ff. de acquir. rer. dom.* Sed obicitur adhuc *l. erga. 30. §. allu-
vio. ff. de acquir. rer. dom.* vbi dicitur agrum illum ad pristinum dominum pertinere: Ergo
nō ad eos, qui prope ripam prædia possident, vt dicitur in *d. l. Attius. 38. ff. eod.* Resp. *d. l. er-
go. §. alluio*, loquitur de inundatione, de qua *§. alia sane. h. tit.* loquitur, illa speciem fundi
non mutat, hoc est, dominium ea facta non transit, si enim recedit aqua, prioris domini
rursus fit: Lex aut *Attius cum d. §. si hoc tit.* de mutatione aluei loquitur. Sed contra dat.
solut. inundationem scil. speciem fundi non mutare, obicitur *l. si ager. 23. ff. quib. mod.
& sust. amitt.* vbi dicitur: inundatione agri dominium amitti. Respond. Amittitur † im- 18
proprie, hoc est, impeditur effectus, ac retinetur potius proprietas, quemadmodum in a-
liis rebus occupatis videmus, si illa calamitate liberantur, vt supra dictum est, nec amitti-
tur possessio, idque constat ex *l. 3. §. item quod. ff. de acquir. poss.* Quia animo nihilominus
possidet quis, licet nō corpore, & nihil acquiritur, nihil etiam amittitur nisi animo & cor-
pore simul, *l. 3. §. 1. & l. 8. ff. de acquir. poss.*

Ad Thes. 14. 15. & 22.] Affirmatur † communem fieri speciem, si ex vino & melle 19
mulsum quis fecerit. Sed obicitur *d. l. adeo. 7. §. cum quis ff. eod.* vbi dicitur, quod is qui ex
vino & melle mulsum facit, suum id faciat, nec fiat commune. Respond. Thesis nostra ita
procedit: si quis alterius voluntate id fecerit, non suo tamen nomine: Tum enim fit com-
municatio, quod principium, *§. si duorum. h. tit. n.* ostendit, vbi non est specificatio talis,
qualis est in *§. cum ex aliena. h. tit.* Si autem suo nomine quid fecerit, pura ex melle & vino
mulsum suum id facit & vere est specificatio. Atq; ita accipienda est *d. l. adeo. §. cum quis.*
quod verba illa, *suo nomine*, ostendunt, & semper tamen † specificatione requiritur *l. Bo- 20*
na fides, vt in reliquis de iure gentium modis. *l. 1. Vt suo non alieno nomine fiat.* Sed cō-
tra dat. solut. opponitur *l. 5. §. idem scribit. ff. de rei indic.* vbi scribit Vlpiz. quosdam existi-
malle

masse ex melle & vino proprio nomine mulsum bona fide factum fieri commune, quamuis dicat verius esse, eius potius esse qui fecit. Resp. *d. l. 5.* loquitur de specificatione bona fide facta, non de confusione. Instari potest hoc modo: Tres fuerunt \dagger sententiæ in specificatione, scil. Sabinianorum, Proculianorū & aliorum, qui mediā habebant sententiā, ut in *d. §. cum ex aliena. h. tit. n.* traditur, inter quas sententias nulla est de cōmunicanda specie, q̄ tamē sit in *d. l. 5.* vbi in casu specificationis cōmunicationem quandā fuisse ostēditur. Resp. Cōcedi potest quartā fuisse sententiā eorū, quibus forte ad similitudinē frumenti & aliarum rerum confusurum cōmunio placuit, q̄ tamen Vlp. *ibi* omnino reiicit: Et hoc cum tribus sententiis in *d. §. cum ex aliena.* saltem relatis non pugnat, quia ibi duntaxat ex referuntur sententiæ, quæ omnino coherent, nec in totum ante reiicte sunt: & ex his mediā Iustin. sequitur, & Caius in *d. l. adeo. §. cum quib.* quæ constata est ex Cassianorum & Proculianorum sententiis. Sed opponitur etiam *l. Minutius. 61. ff. de rei vindic.* vbi dicitur specificationem facientē ex aliena materia nauem, non facere eam suā, quæ tamen ad materiam rudem reduci non potest. Resp. Minutius fuit in sententiā Sabinianorū, tribuitq; speciem factā domino tum, quando ad materiā rudem reduci non potest. q̄ Iustinia. aliter visum, & cōstat alias ex *l. sed si meis. 26. in pr. ff. de acq. rer. dom.* vbi dicitur naue ex tabulis factam, eius esse qui facit: quia cupressus non manet, materia quidē reliqua est, sed forma est mutata. Et in *l. 23. ff. de acq. rer. dom.* particula negatiua est delenda, q̄ subiecta exēpla volū de ære, ex quo facta statua, & de argento, ex quo factus scyphus, quæ ad materiam rudem & priorem reuerti possunt: & ideo eorum dominus is manet, cuius materia fuit. Denique notandum Iustinian. in *§. cum ex aliena. h. tit.* referre exemplum de frumento & spicis excusso, sed omittere explicationem Caij I Cti in *d. l. 7. §. cum quib. Vers. Sicut ff. eod.* vbi dicitur in exemplo nō fieri nouam speciem: Sed eam quæ est detegi, quemadmodum in nuce detegitur nucleus, & ideo non sit excussoris, sed manet eius cuius spicæ fuerunt: Et excusatur forte Iustinianus, quod Tyrones voluerit exonerare tam subtilium exemplorum cōgnitione. Mynsinger dicit exempli gratia esse propositum hoc exemplum a Iustiniano, nec tamen velle Iustinianum in omnibus exemplis idem esse iuris.

\dagger *Ad Thefin 16. & 21.* Accessione dominium \dagger mutatur, siue illa res quæ accedit sit pretiosior, siue vilior. Nam intentio & distinctio animi hic attenditur, quæ facit, ut res etiam pretiosior ei, quæ vilior est accedat, ab eaque vincatur: & quasi extinguatur, *l. cum aurum. 19. §. cum margaritis de argento & auro legitur.* vbi dicitur si margaritæ, utpote res pretiosæ auro fuerunt adhibitæ, auro cedunt, non autem e contra aurum margaritis cedit: Sed obicitur *l. iustissime. 44. in princ. ff. de adil. edict.* vbi dicitur iustissime adiles noluisse hominem ei rei, quæ minoris est accedere: Ergo res quæ vilior est recipere rem pretiosorem non potest, nec per consequens eam vincere. Respond. Id speciale est propter dignitatem hominis, vbi I Ctus sic explicat. Quia homo, hoc est, seruus rei minoris precij accedere non potest, idque ius ciuile vult. Si igitur maioris precij est res, vel paris valoris cum homine accedere ei homo potest. Sic nec fundo tunica accedit, id namq; propter præstantiam fundorum esset ridiculum ipso I Cto teste. Idem quoque in accessoria fideiussoris obligatione obseruatur, vbi \dagger plus non potest esse in accessione, quam est in principali. \dagger *§. fideiussores. in fr. de fideiussoribus,* secus tamen est, si obligatio sit principalis. Sed obicitur contra dictam solutionem rursus, *l. si in emptione fundi. 34. in princ. ff. de contrah. emt.* vbi loquitur textus in emptione fundi, cui si Stichus accedis, valet emptio, postea adiicit I Ctus: Nec refert quanti sic accessio, siue plus in ea sit, quam in ipsa re, cui accedit siue minus. Ergo falsum est quod dicitur hominem rei minoris precij accedere non posse. Respond. Loquitur quidem principium *d. l. de seruo,* qui rei maioris precij vel paris valoris

valoris sit: sed vers *nec refert*, loquitur de aliis rebus non de homine, quod exempla subiecta demonstrant. Sed rursus occasione rerum pictarum, quarum *in d. l. si in emptione fundi. in princ.* fit mentio obiicitur, † tabulam cedere picturæ, cum tamen in pictura accessio sit ad tabulam, & tabulæ merito cedere debeat, quemadmodum chartis cedunt litteræ, ut in *Thefi* 21. affirmatur. Resp. Iustinian. *in d. §. si quis in aliena tabula. h. tit. ex l. C. de Caio. in l. quæ ratione. 9. §. sed non stringit. ff. eod.* affirmat, charta cedere literas etiam aureas, non autem picturam cedere tabulæ. Affert huius rei rationem hanc, quod ridiculum sit, artem Apellis vel Parrasij in accessionem vilissimæ tabulæ cedere. Tam enim celebris fuit olim ars artificum, & præsertim pictorum. Sed obiicitur directo *Lin rem. 23. §. sed & id. ff. de rei vind.* vbi Paul. l. C. ut contrarium decidit, tabulæ scil. cedere picturam, addēs rationem, quia sine tabula ut subiecto, pictura ut adiunctum esse non potest. Respond. Paulus discedit hac in parte à Caio, sed Caij sententiam probat Iustinian. *in d. §. si quis in aliena. reiecta sententia Pauli*, quem notat, dum dicit *in d. §. si quis.* ut idco Caij sententia propter præstantiam picturæ præualeat. Sed obiicitur rursus vehementer *tit. 1. lib. 2. Caij*, vbi expresse Caius affirmat, statutum esse, hoc est, per sententiam decisum & conclusum esse, hanc præqualuisse sententiam, ut tabulæ pictura cedat, cum tamen Caius *in d. l. quæ ratione. 9. §. sed non expresse*, utique sibi sit contrarius dicendo, tabulam cedere picturæ. Quia plus est plerumq; in precio manus, quam in re, ut idem Caius affirmat, *in l. mulieris. ff. de verb. sign.* Respond. Cerrum est ex plurimorum Doctorum autoritate, duos libros institutionum Caij, non esse ipsius Caij l. C. i, sed alterius cuiusdam vel plurium aliorum collectos Gothicus temporibus, & male confartinatos. Vnde nec in hac parte ipsis fides adhibetur, &c.

Ad Thefin 7.] Qui in † alieno solo ex sua materia ædificat, & quidem bona fide, illius sit domus cuius est solum: Sed quādo mala fide id facit, materia etiam domus proprietatem amittit: Quia voluntate eius intelligitur esse alienata, utique si non ignorabat se in alieno solo ædificare, & ideo licet dirura sit domus, materia tamen vindicari non potest, §. *ex diuerso. h. tit. n.* Sed directo opponitur *l. 2. vers. sed & illud. C. de rei vind.* vbi Antonius Imperat. rescribit malæ fidei possessorem dissoluto ædificio scienter posito in alieno solo vindicare posse eius materiam. Ergo falsum est eum nihil repetere posse. Resp. *d. l. 2.* conciliatur cum *d. §. ex diuerso.* ut dicamus, *d. §. ex diuerso.* stricto iure procedere & subtilitate quadam, *d. l. 2. ex æquitate.* Æquius autem & benignius est, eum qui materiæ est dominus, dissoluto ædificio materiam vindicare posse, quamvis mala fide ædificauit. Et huius æquitatis ratio hæc est, quod nemo cum alterius iactura fieri debet locupletior, *l. plane. ff. de pct. hered. l. nam hoc natura. ff. de regul. iur.* vnde etiam malæ fidei possessor ex benignitate habet sumptuum necessariorum & utilium deductionem *d. l. plane. §. l. seq. l. 1. C. de rei vind.* Si autem sciens donandi animo quis ædificauerit proprietatem amittit, *d. l. 2. C. de rei vind.* quia qui consulto quid ædificauerit donare videtur, *l. cuius per errorem. ff. de reg. iur.* & sic etiam *d. §. ex diuerso.* procedere potest, quia intelligitur, hoc est, præsumitur donasse id, quod sciens in alieno ædificauit id quod etiam verba illa: *quia intelligitur voluntate eius alienata*, ostendunt.

Ad Thefin 18.] Si quis † in suo solo ex aliena materia ædificat domum, nō tenetur domino materiæ rei vindicatione, nec ad exhibendum. Attamen ad duplum rei perfoluendum precium est obligatus. §. *cum in suo. h. tit. idq; per leg. 12. tabul.* quæ ita fuit concepta: Tignum iunctum ædibus vineaq; conceptū ne soluito. Cuiac. *in paratit. ff. de ligno iur. Et.* Sed obiicitur *l. qui res suas. 98. §. fin. ff. de solut.* vbi dicitur *l. 12. tab.* phibere solui tignū & id. iunctum & precii eius materiæ dari. Ergo dum precium datur materiæ, non datur duplū.

Resp.

Resp. *d. l. quares. §. Vlt.* loquitur de bonæ fidei ædificatione, qui saltem materiæ precium præstat non etiam duplum. Sed *§. cum in suo*, loquitur de malæ fidei ædificatore, qui tenetur duplum dare pro illa materia ex qua ædificat domum, & in illo duplo, simpli, hoc est, materiæ valor est. Idq; ideo, quia in aliena materia sciens ædificauit. Et de malæ fidei possessore *d. §. cum in suo h. tit.* esse intelligendum ostendit *l. in rem §. lignum. ff. de rei vindicat.* quæ *l.* loquitur in casu *d. §. cum in suo*, & facit mentionem fidei possessoris. Deinde cõstat id ex *d. l. i. in pr. ff. de lign. iunct.* vbi dicitur furtiuarum rerum, &c. Vnde & is tit. *de ligno iuncto*, subiectus est tit. *de furt.* in ff. Et si solum est ædificium, competit rei vindicatio, *d. l. i. §. ff. de ligno iuncto*. Et ad exhibendum vt præsentia rei fiat, *d. l. i. §. fin. ff. de ligno iuncto*, quæ tamen competunt, cum duplum est consecutus is, qui materiæ dominus est.

- Ad Thesin 19.*] Desumpta est Thesis hæc ex *§. ex diuerso. h. tit.* & loquitur in casu
 27 † bonæ fidei possessoris, illum scil. deducere sumtus posse, & additur ratio hæc, quia abiici potest ei culpa, quod tement in eo solo ædificauit, quod intelligebat esse alienum. Sed obicitur *l. plane. 38. cum l. seq. ff. de pet. hered. l. domus. §. C. de rei vindicat.* vbi dicitur, benignius esse etiam malæ fidei possessorem sumptus deducere posse, scil. necessarios & viles, idq; *in d. §. certe*, negatur. Respond. Iustin. sequitur strictum ius, & æquitatem relinquit iudicis arbitrio, vt eam sequatur si velit, quam etiam iudex ob oculos habere debet, alias æquius est malæ fidei possessorem etiam deducere sumptus, & quidem necessarios simpliciter, viles ita demum, si sine detrimento & læsione prioris status tolli possunt, *d. l. domus. in fin. C. de rei vind.* & additur *in d. l. plane*, ratio huius benignitatis. Quia nemo cum iactura alterius debet locupletari. Idem respondetur ad *l. si à domino. 36. §. Vlt. ff. de pet. hered.* Quia ibi prædo fecit sumtus in fructibus quærendis & colligendis, & dicitur naturalem rationem, hoc est, æquitatem postulare, sumptus non repeti à malæ fidei possessore. Vt terius obicitur malæ fidei possessorem nullos sumtus deducere posse, *per l. si seruus. 27. §. si oliuam. 25. ff. ad d. l. Aquil.* vbi qui sciens colligit meas vuas & sic sumtus in iis colligendis impendit, eos repetere non potest. Respond. Quia non possidet & donandi animo fecit sumtus, de quo Cuiac. *lib. 10. obs. c. 1.* Et idem est, si quis donandi animo in alieno solo ædificauit ex sua materia. Non enim potest vindicare suam materiam ædificio lapsa: quod alias etiam malæ fidei possessor ex æquitate potest facere, *d. l. 2. C. de rei vindicat.* vt supr. dictum. Obicitur deniq; *l. si is contra. C. de edific. priuati.* vbi dicitur impensas edific. alieno loco impositorum improbe in iis factas, scil. à malæ fidei possessore, non repeti posse. Resp. *d. l. si is secundum vers. certe. h. tit.* Stricta ratio procedit, vel donandi animo id factum est, qui enim alienum fundum donandi causa excolit, nullam intentionem propter impensas faciet. *l. qui alien. ff. de donat. &c.*

- Ad Thesin 20.*] Desumpta est hæc Thesis ex *§. si Titius. h. tit. n.* vbi simul proponitur,
 28 arborem † in sine positam, si omnes radices in vicini fundum protendat, vicino acquiri. In cõfinio autem positam arborem, si vtrinq; radices egerit cõmunem fieri. Ratio autem cur vicino arbor acquiratur, si omnes radices in eius fundum proiciat, illa est, quod non videatur esse alterius arbor quam eius, cuius fundo alitur. *l. sed si ex mox. 25. §. arbor. ff. de acquir. rer. dom.* quam rationem Imp. Iustin. in *d. §. si Titius* exprimit. Sed obicitur hic *l. si plures. 6. §. Vlt. ff. de arbor. furtim casar.* vbi dicitur *in fin.* si radicibus vicini arbor alatur eius esse arborem in cuius fundo origo est eius. Item q̃ non liceat vicino succidere radices in agrum ipsius porrectas: Ergo dum non licet extinguere & succidere arborem, non est dominus, quia alias liceret ei hoc, cum quilibet suæ rei moderator sit liber & arbiter. *l. in re mandata. C. mandati.* Similiter obstat, *l. si vitem. 22. in fin. pr. ff. quod vi aut clam*, vbi dicitur radices quæ in vicini fundo sunt, eius non esse, sed illius, in cuius fundo est arbor, quia radices

ces sunt accessiones fundi principalis, in quo nata est arbor, ex qua proiciuntur radices in alienum agrum. Resp. Glossa quadruplicem habet solutionem *in d.l. si plures. in Verb. ergo eius fuerit*. Francisc. Hottom. *lib. 1. obs. c. 10. & lib. 5. obs. c. 3.* existimat, dissentientes esse Ictorum sententias, in hac de radicibus arboris questione, & affirmat Caium Ictum *in d. l. adeo. §. Slt. & Martianum in l. seq. ff. h. tit.* secutos fuisse id, quod arbor eius sit ex cuius fundo alitur, eorumque; sententiam Iustin. *in d. §. si Titius* amplectitur, vt verior. Deinde affirmat Pompon. Ictum *in d. l. si plures*. Et Iauolenum *in d. l. si Vitem*, ad similitudinem putpurae, ædificij, & aliarum rerum voluisse, radices vt accessorium sequi truncum aut fundū, in quo truncus est positus, id quod etiam Iauolenus *in d. l. si Vitem*, expresse indicat. Et hæc solutio Hottomanni non est temere reiicienda, cum certum sit, Ictos in multis sæpe quæstionibus, inter se dissensisse vt ex ipsorum responsis constat. Quamuis Iacob. Ciuiac. *in d. §. si Titius* puter simpliciter *d. l. si plures. & d. l. si Vitem*. loqui de arbore in confinio posita, illamque; non fieri communem quamuis vtrinq; radices immittantur. Et certe in dd. ll. confinij nulla fit mentio: quæ solutio similiter tolerari potest. Deniq; quod dicitur arborem in confinio positam, communem esse, si vtrinq; radices egerit, ita est intelligendū, vt fiat arbor cōmunis pro diuiso, hoc est, pro ea parte quam quilibet in suo fundo habuit, *l. pen. ff. pro soc. l. arbor. 19. in pr. ff. comm. diuid.* vel q; idem est pro regione cuiusq; fundi, vt ipse Martian. Ictum Caium *in d. l. 7. §. fin.* explicat *l. 8. in pr. ff. de acquir. rer. dom.* Quod cedit si terræ adhuc cohaereat arbor, quod idem est in lapide, si excreta est arbor, puta à vëto eruta, vel ferro succisa, non fit communis pro diuiso, sed pro indiuiso. *d. l. pen. ff. pro socio, d. l. arbor. ff. 19. communi diuid. d. l. 8. §. 1. ff. eod.* Sed huic assertioni obstat ipse Paul. Ictus & sibi est contrarius *in d. l. plane. Vers. sed naturali conuenit. ff. pro soc.* vbi affirmat, naturali in re conueniens esse exempta arbore vel lapide, tantam quæquam partem habere, quantum in terra habebat, quod *in d. l. 19. ff. comm. diuid.* negauit idem Paul. & Martian. *in d. l. 8. §. 1. ff. de acquir. rerum dom.* Respondent pleriq; *d. l. arbor*, secundum *d. l. pen.* esse accipiendam, & vel ita *d. l. arbor. §. d. l. 8. §. 1.* procedere stricto iure & sic iur. ciuil. *d. l. pen. de æquitate & sic iur. gent.* accipi, quod verba illa: *naturali iure conuenit*, ostendunt. Hottom. tamen *lib. 5. obs. c. 3. in fin.* affirmat Paul. *in d. l. arbor. §. d. l. pen.* tam perspicue à seipso dissentire, vt locum fucatis conciliationibus nullum relinquat. Nihil autem soluit, ideo solutiones antea adductæ retineri possunt.

Ad Thesin 23.] Proponitur in hac Thesi † frumentū alicuius casu vel sine voluntate mixtum cum meo frumento non fieri cōmune, sed suum cuiq; frumentum arbitrio iudicis est restituendum. Cui opponitur *l. si alieni nummi. 78. de solut.* vbi dicitur, si inuito te, & sic sine voluntate tua, mixti fuerunt nummi, vt discerni non possint, eius fieri nūmos qui accepit. Resp. Diuersa ratio est *in d. l. si alieni*. Quia ibi bona fide sunt nummi extincti, hoc est, permixti, quia tertio euidam soluitur, qui accipit pecuniam & permiscet bona fide eiusdem notæ nummos, si enim bona fide non possunt repeti *l. 17. ff. de solut.* Et perinde est si permiscet cum suis, ac si consumisset *d. l. si alieni*. Nulla tamen accessio vel specificatio hic est. Deinde tertius ille, scilicet creditor, cui soluitur, suū accepit, & ideo actione realī, vindicatione, scilicet nummi repeti nō possunt à Domino, quia pexmixtione q. consumti sunt nec possunt cōdici, h. e. actione psonali repeti, q. tertius ille cui nūmi sunt soluti, nihil ei debet nec obligatus est, cum per solutionē facta sit liberatio. *§. 1. inf. de quib. m. toll. oblig.*

Ad Thesin 24. & 25] Affirmamus ex Iustiniano, bonæ fidei possessorem fructus lucrari † pro cultura & cura, quib. verb. Iustin. perspicue indicat, eum lucrari fructus † industriales & naturales. Cultura enim respicit maxime fructus industriales, qui ex terra produciunt. Cura respicit naturales, puta fructus pecorum, poma, &c. Quamuis tamen industriales

stralib. diligentia quādam requiratur: Et iuvat hanc explicationem *l. bonafidei* 48. *in pr. ff. de acquir. ver. dom.* ubi dicitur, bonafidei possessorem omnes fructus lucrari. Hanc assertionem imprimis aduersatur, *l. fructus* 45. *ff. de vsur.* ubi dicitur naturales fructus, veluti pomum, bonafidei possessores suos non facere, sed tantū industriales, quos suis operis acquisuerunt. Resp. Ad *d. l. fructus*, quod attinet, sciendum est ibi agi de donat. inter virum & uxorem. Nam si vir uxori aliquid donationis loco dederit, fructus ex ea re donata provenientes, eos saltem uxorem sibi acquirere, quos suis operis acquisivit in fundo colendo, h. est, industriales. Nam ex huius bonis quæ non natura proveniunt, facultates inter virū & uxorem non minuuntur, *l. de fructib.* 17. *ff. de don. inter vir. & vxor.* Naturales suos nō facit vxor percipiendo, sed bene consumendo tantum, *l. si fructus* 8. *C. de don. inter vir. & vxor.* alias bona imminui viderentur. Sed contra datam solutionem sic instatur: In *d. l. fructus* non tantum agitur de donat. inter vir. & vxor. sed quibuslibet bonæ fidei possessorib. Ergo omnes bonafidei possessores, vtpote in emptionibus, & aliis rebus extra donationē inter virum & uxorem naturales fructus non lucratur. Resp. Particula cuiuscunq; quæ in *d. l. fructus* ponitur, non vniuersaliter est accipienda, quasi omnes complectatur bonafidei possessores: sed partitiue & distinctiue, quasi dicat nō cuiuslibet bonafidei possessoris, sed alicuius bonafidei possessoris, qui scilicet titulum habeat, alicuius vero non fieri fructus, qui scilicet titulum non habet, vt est possessor hereditatis, qui titulo caret, quia in hereditate fructus, hereditatem vt vniuersale ius augent, *l. item veniunt* 20. §. 3. *vers. fructus ff. de pet. hered.* Et veniunt iure petitionis & actionis, si uti res ipsæ. *d. l. item veniunt, cum l. seqq.* Bonafidei igitur possessor omnes fructus suos facit percipiendo: quod tamen eo vlt; procedit, donec res non fuerit euicta: Nam tunc extantes, hoc est, nondum consumptos, siue pendant adhuc in terra vel arboribus, siue terra sint separati & domum euecti, siue sint industriales siue naturales bonafidei possessor reddere cogitur. Quia quod meum est, vindicare possum quamdiu extat, *l. solum* §. *ff. de rei vindicat.* id quod indicat particula *INTERIM* in *d. l. bonafides*, *in princip.* id quod Welsch. hic notat. At post litem contestatam bonafidei possessor, sit malafidei possessor, cum pariter sibi licem moueri eamq; amplectitur litem contestando, vnde nullos tunc fructus lucratur, *tot. tit. infr. de offi. iud. l. 26. de fruct. & expens. l. 25. §. si ante litem ff. de pet. hered.* Gloss. in *d. l. bonafides*, est in contraria sententia, quod duntaxat industriales suos faciat bonafidei possessor, puta segetes vel pilos, lac, lanam, qui fructus sunt industriales, non tamen mere industriales. Mere autem naturales suos non facit, & mouetur per *d. l. ff. de vsur.* & ad *d. l. bonafidei* 48. ita responder, in verbo *omnes*, bonafidei possessorem lucrari fructus industriales, non tantum quos ipse percepit, sed etiam quos perceperunt, non naturales quos excipi putat particula *pene* limitatiua. Sed particula illa nō respicit, ad *d. l. fructus*, sed eo respicit quod perfectus Dominus in rotum non sit bonafidei possessor, quia res ei euinci potest. Perfectus autem Dominus ꝑ euictionem non timet. In Glossæ sententia est Vacanius à Vaccina *lib. 2. Variar. lect. in 41. declarat. n. 11. cum seqq. §. qd, ad fin.* Cuiac. in *d. §. si quis & in tract. 7. ad Aphricanū, fol. 328.* Sed bonafidei possessorem lucrari fructus pro cultura & cura, pugnat cum *l. quis scit. 25. §. vlt. ff. de vsur.* ubi bonafidei possessor non est, & tamē fructus facit suos. Ergo etiā malafidei possessor suos facit fructus, q̃ tamen ante negatū est Resp. Tantisper facit suos, donec res seu fundus euincatur, quamuis habeat rei alienæ scientiam, idq; propter initium, q̃ bonafidei fuit: id initium vulnus malafidei sanat, obtegit, velat & operatur bonam fidē, donec res euincatur. Sed datæ solutioni valde refragatur, *d. l. bonafidei* 48. §. *in contrariū. ff. de acq. ver. dom.* ubi contrariū asseritur. Respondent aliqui suos non videri fructus in tali casu, respectu scilicet habito ad finē & exitum iudicij, qui tunc cogitur reddere extantes, quam-

nis interim, donec euincatur fundus, fructus illius sunt. Gloss. *in d. §. si quis à non domino, in Ver. bone fidei*, affirmat *in d. §. in contrarium*, aliquid opponi, sed nihil poni, h.e. decidi quafi *d. §. in contrarium*, explicandus sit ex *§. & l. qui fecit*. Sed sciendum est potius *in d. l. bona fidei*, *§. in contrarium*, proferri eundem casum, qui habetur *in d. l. qui fecit*. *§. & l. q.* illa verba satis ostendunt: Si eo tempore quo mihi traditur, *putem vendentis esse*, quæ verba satis iudicant, fuisse eum bona fidei possessorum, & postea queritur anne suos fructus faciat ex eo tempore, quo cognoscit eam esse alienam? Et responderetur hoc modo, Verendum ne non sit bona fidei possessor, quamuis capiat h.e. putandum, eum non esse bona fidei possessor, quamuis capiat. Eum enim sensum verbum, *venior*, inducit, vt ex Grammatica constat: Et cum cum *d. l. qui fecit*, *§. & l. hic* *§. conuenit*. Deniq; obicitur scientiam bona fidei possessori nihil prode. *l. si seruus testor. 34. ff. de stipulat. seruuor*. Resp. Alia est ratio, scilicet haberi hominis qui scienter non potest possideri. Cuiac. *tract. 7. ad African. fol. 229.* vide alia solutionem Cuiac. *fol. 332.* Quia non vt rei, ita fructuum est mala fidei possessor.

Ad Thesin vltimam.] Rei propter derelicto habitum dominium statim amittitur, vt ff. Iustin. *in §. pen. h. tit. n.* ostendit: Et notanda est particula *statim*, quasi ipso momento dominium amittatur, quamuis ab alio res nondum apprehensa. Et accedit hac in parte Iustin. sententia Sabinianorum, quod expressè ostendit *l. falsus. 45. §. quod si dominus. ff. de furt. & l. 2. ff. pro derelict.* Proculianorum sententia reiecta, qui voluerunt non statim rei pro derelicto habitum dominium amitti, sed tunc demum, si alius quispiam eam rem apprehendat, Sabinianorum aut sententia præualuit, quæ Iustin. sequitur. Hinc si pro derelicto quis habeas seruum, & is postea furtum committat dominus non tenetur. Quia seruus hic sine domino est, *l. quemadmodum. 38. §. 1. ff. de nox. act.* Hinc etiam fit, vt id quod seruus stipuletur, qui pro derelicto est habitus, nullius sit momenti. Quia nemini acquiritur cum sit sine Domino *l. q. seruus. 36. ff. de stipul. seruor*. Sed obicitur contra Sabinianorum & Iustin. sententiam *l. si quis. C. 17. §. & l. ff. de acquir. posses.* vbi dicitur dominum eum nihilominus manere, qui tamen dominus esse non vult. Resp. Aut non amittitur dominium solo, si dominus rem non abicit ea mente, vt in bonis suis illa amplius non sit, quod *in d. l. si quis*, factum esse vix demonstratur. Cuiac. *ad d. l. 2. ff. pro derel.*

Ad Corollarium.] Corollarii sententiam multi Dd. amplectuntur, vt testatur Io. hannes Fabianus Angel. & reliqui interpretes *m. §. fera. h. r. Iul. Clar. in pract. §. iniuria vers. quaro.* & vtuntur optimis rationib. Et prima ratio summa huius rei hæc est, quod *in d. §. fera*, generaliter dicatur, aliquem prohiberi posse ne ingrediatur fundum alterius: postea subiicitur, quicquid aut eorum corporis tuum est, donec tua custodia coercentur: Ergo hic suam facit feram, qui contra prohibitionem ingreditur. Secundo quod fera in alieno capra, iure naturalis primo occupanti conceditur, *d. §. fera*. Ergo & merito contra prohibitionem ingrediens suum id facit: Sed obicitur primo ita: Iniuriarum actio contra eum, qui contra prohibitionem domini ingreditur, intentari potest, *l. iniuriarum. §. fin. de iniur.* Ergo ingrediens alienum fundum id, quod caput suum non facit. Resp. Iniuria tamen sane est, alienum fundum domino prohibente ingredi, illa iniuria taxanda & æstimanda est, dum cõtemtus est dominus, Interim tamen iniuriarum actio id, quod caput non aufert, cum id ante cuiusdã non fuit, sed saltẽ iniuriarum vindicet. Secundo obicitur *l. in laqueum. 35. ff. de acq. rer. dom.* Resp. Paul. *in d. l. in laqueum* variis allatis distinctionib. ad quæstionẽ de fera, quæ in laqueum alicuius incidit, ita responderet, summam huius rei esse, Titij tum esse aprum, si ipse eum apprehendat, h.e. manualiter capiat. Sed si manualiter non capiat, & tamẽ forte reciscat dominus fundi aprum hærere in laqueo, isque aper in naturalẽ libertatẽ reluciendo se recipiat Sepronio id causante dari Titio saltẽ actionem in factum, h.e. subsidiariam, id est, Aquilia actionẽ Quia fecit

Sempronius, quo minus Titius dominus istius apri, dominium apprehendendo acquirat. Et si enim possessionem tantum habere potest, scilicet affectum possidendi ex scientia eius rei, quod aper in laqueum incidit, tamē dominium nondum habet, quod possessio prodit. *l. in pr ff. de acquir. rer. dom.* Nec furti tenetur is qui ingreditur & caput teram, quia non alienū aprum capit, sed eum, qui ante nullius fuit, *d. l. falsus. 43. §. qui alienum. ff. de furt.* & hac explicatione confirmatur magis nostrum corollarium, quia dicitur *in d. l. qui laqueum.* tam demū aprum fieri Titij si eum apprehendit: Ergo si Sempronius contra prohibitionem tendit recia & aprum capit, suum etiam facit: quia non est Titij, sed eius, qui eum apprehendit, quamvis iniuriarum teneatur, ut supra dictum est: Et hanc solutionem probat Glossa *in d. l. D. Pius. 16. ff. de seruitut. rust. praest.* Nicolaus Viglius *in 3. paratit. ff. de acquir. rer. dom.* Quamvis Cuiac. *lib. 4. obser. cap. 2. in fin.* sine nominibus iustis repugnet.

DISPUTATIO X.

Ex tit. 2. 3. 4. & 5. lib. 2. Institution. desumpta, de
seruitutibus.

CONTINUATIO.

In superioribus duabus disputationibus de rerum diuisione & dominio rerum acquirendo dictum est: nunc vero de rebus corporalibus & incorporalibus dispiciemus.

Thesis 1. Res corporales sunt, quæ sua natura tangi possunt, ut homo, vestis: incorporales vero, quæ tangi nequeunt, ut seruitus, hereditas, ususfructus, per *tot. tit. Instit. de reb. corporal. & incorporal.*

2 Seruitus est ius agendi habendive aliquid in fundo alieno ad sui prædii utilitatem, quod iure communi agere habere non licet. Wesenb. *in paratit. num. 2. ff. de seruit.*

3 Porro Bartolus eam ita definit, ut sit ius quoddam prædio inhærens, quod dominantis utilitatem auget, seruitutis libertatem minuit. Bart. *in l. 1. ff. de seruit. vbi Accurs. Wesenb. n. 4. Iason & alij in æque. Instit. de action.*

4 Seruitus alia est realis seu prædialis, alia personalis. Mynsing. *in rubric. tit. de seruitut. Instit. num. 3.*

5 Realis seruitus est, quæ à re rei debetur, nec sine prædiis constitui potest, hæcque dicitur vel rustica, vel urbana. Myns. *in rubr. Instit. de seruit. num. 7.*

8. & 9. 6 Rustica seruitus est ius, quod debetur rusticis prædiis, & seruit colligendis fructibus: hinc rusticorum prædiorum iura sunt, iter, actus, via, aquæductus. *in princip. Instit. de seruitut.*

7 Iter est ius cundi, ambulandi hominis, non etiam iumentum agendi, vel vehiculum: Actus est ius cundi, ambulandi hominis, agendi iumentum vel vehiculum; & qui actum habet, iter quoque habet, eoque uti potest etiam sine iumento. *in princ. Instit. de seruit.*

8 Via est ius eundi vagandi & ambulandi hominis : Aquæ ductus vero est ius aquæ ducendæ per fundum alicuius. *in princ. hoc tit.*

9 Inter prædiorum rusticorum seruitutes recte quoque connumerantur aquæ haustus, pecotis ad aquam appulsus, ius pascendi, seruitus calcis coquendæ, & arenæ fodiendæ: ideo sic dicuntur, quia sine prædiis constitui non potest. *§. inter rusticorum. institut. hoc tit.*

10 Nemo enim seruitutem urbani vel rustici prædii acquirere potest, nisi qui prædium habet, *§. ideo autem. vers. nemo enim. hoc tit.*

11 Seruitus urbanorum prædiorum est, quæ ædificiis inhaeret, & habitationi seruit, ut est ius oneris ferendi, altius tollendi, stillicidium auertendi, tignum immittendi, seruitus proiiciendi, protegendæ, prospectus & luminum. *§. prædiorum urbanorum. institut. hoc tit.*

12 Seruitutes inter viuos pactis seu conuenientionibus, stipulationibus & ultimis voluntatibus acquiruntur & constituuntur, ut ius alius non tollendi, stillicidium non auertendi, & ne prospectui vel luminibus officiat. *§. si quis ve'it. institut. hoc tit.*

13 Seruitus personalis est, quæ à re personæ debetur, & cum persona simul extinguitur; eiusque species sunt ususfructus, usus & habitatio. *in princ. instit. de usufruct.*

14 Ususfructus est ius utendi fruendi rebus alienis, salua rerum substantia. *in princ. instit. de usufruct.*

15. Ususfructus consistit in iis rebus, quæ usu non consumuntur, & acquiritur testamento, factis & stipulationibus. *§. usufructus. institut. hoc tit.*

16 In seruis quoque ususfructus consistit, & si quis serui usufructum habet, tantum habet, quantum operis serui acquiri potest. *§. constituitur. hoc tit. l. 3. ff. de oper. seruo.*

17 Ususfructus finitur morte usufructuarii; maxima & media capitis diminutione non utendo per modum & tempus, ac rei interitu seu mutatione. *§. finitur instit. hoc tit.*

18 Finitur de mum usufructus quoque, si is domino proprietatis ab usufructuario cedatur, vel si usufructuarius proprietatem rei acquisierit, quæ res consolidatio dicitur. *§. finitur autem. hoc tit. l. l. 35. ff. de ven. libert.*

19 Vsus est ius utendi rebus alienis pro necessitate usurarii, salua rerum substantia, Mynsinger. *in princip. m. m. 1. institut. de usu & habitat.*

20 Vsus & usufructus quid, & quomodo inter se differunt. Myns. *in princ. num. 4 institut. de usufruct.*

21 Usufructuarius potest ius, quod habet, locare, vendere, aut gratis con-

cedere, ut fruatur. Mynſing. in princ. nu. 4. de usufruct. & in princip. institut. de usu & habitat.

22 Habitatio est ius habitandi in aliena domo, vel per se vel per alium, salua domus substantia. Mynſinger. in §. sed si cui. instit. de usu & habitat.

Corollarium: Hinc inter reliqua omnia summam quæritur: an seruitutes præscribantur? Et affirmamus eam præscribi teste Wesenbecio in parat. ff. de seruit. num. 5. in fine.

DISPUTATIONIS X.

De seruitutibus, obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 Res in corporales an recte definiantur, quæ tangi non possunt.
- 2 Nummi, cur dicantur res incorporales.
- 3 Seruitutis definitio an sit probanda.
- 4 Utilitas an ex seruitutibus quaratur.
- 5 Res sua nemini seruit.
- 6 Ususfructus an recte in causalem & formalem diuidatur.
- 7 Aqua ductus in agrum, an semper utilitatem respiciat.
- 8 Iter an recte definiatur ius ambulandi hominis.
- 9 Seruitus prospectus an proſit prædiis.
- 10 Iter an sit seruitus realis.
- 11 Seruitutes generaliter tranſeunt ad heredem.
- 12 Seruitutes reales mixtam causam obinent.
- 13 Actus an sit ubi Vehiculum duci potest.
- 14 Actus & Via definitiones quomodo differant.
- 15 Actus quomodo iter in se contineat.
- 16 Seruitutes Urbanorum prædiorum quæ sint.
- 17 Prædia Urbana a rusticis quomodo distinguantur.
- 18 Prætorij & stabuli meritoria sunt Urbanorum prædiorum, non rusticorum.
- 19 Prælium rusticum potest dici Urbanum, & contra, diuerso respectu.
- 20 Seruitus altius tollendi an constitui possit.
- 21 Seruitus non accipiendi flumen, an vere sit seruitus.
- 22 Seruitus pacto stipulationis & ultima voluntate an recte constitui possit.
- 23 Ususfructus an recte definiatur, quod sit ius.
- 24 Usus & Ususfructus quomodo differant.
- 25 Usus cur diuidi non possit.
- 26 Ususfructus an sine & sine esse possit.
- 27 Ususfructus an sit seruitus personalis, an vero realis.
- 28 Ususfructus etiam in seruiciis consistit.
- 29 Opera an in usufructu contineantur.
- 30 Vestimentis an recte ad quasi usufructum referantur.

- 32 *Servitus vsusfructus an morte, itemque maxima & media capiti diminutione extingatur.*
 33 *Vsusfructus an cessione finitur.*
 34 *Vsusfructus an locari possit.*
 35 *Vestes an elocari possint.*
 36 *Habitatio an sit ius.*
 37 *Habitatio an recte dicatur esse servitus.*
 38 *Habitatio quid sit.*
 39 *Servitutes an praescribantur.*

AD Thef. 1.] Affirmatur definiti res incorporeales, quæ tangi non possunt. Cui obicitur *l. qui heredes 46 ff. de codic. indeb.* ubi dicitur nummos esse incorporeales, quæ tamen possunt tangi. Nam in *d. l. qui heredes*, cum de nummis dixerat, subiicit hæc verba, *eadem causa rerum corporaliū est.* Ergo nummi res incorporeales sunt, idem dicitur in *l. si 94 § 1 ff. de solut.* In pecunia non corpora, sed quantitatem consideramus. Respondeo. Nummi sunt res incorporeales, quia qui debet nummos quantitatem debet non corpus. **I.** Quia assidua permutatione pecunia quodammodo extinguitur. §. *constituitur, infr. de vsufr.* Immo miscetur nummi ut discerni non possint, *l. si alieni nummi 78 ff. de solut.* Vitur autem in *d. §. constituitur* Imp. Iustin. particula quodammodo quæ indicat, non in totum extingui nummos, perpetua & assidua permutatione, esseque nummos res corporales quoad sub tactum cadunt.

Ad Thef. 2. & 3.] Hæc servitutis definitio à multis defenditur à multis quoque impugnatur. Wesenb. in parat. ff. de servit. n. 4. tribus rationibus conatur ostendere hanc definitionem laxiorem esse definito, & ideo minime probandam. Prima ratio D. Wesenb. citi hæc est. Nō declaratur hæc definitio, quid sit servitus. Ergo est vitiosa. Respondeo. Satis declaratur in definitione hæc quale sit ius servitutis scilicet quod utilitati respiciat prædii dominantis, & libertatem prædii serviutis minuat. Hic satis distinguitur propria forma & natura servitutis, quæ ea est ut unus aliquid patiarur, cuius libertas minuitur, & ut alter suum quod inde commodum & utilitatem, *l. quoties 15 ff. de servit.* Exempli gratia: Si ego ex meis arboribus fistulas vel canales habeo per totos in vicini arcam, mea aqua auertitur, & utilitati meæ aliquid accedit, vicini libertas impeditur, dum aquam ferre cogitur, & ita quoque in aliis servitutibus accedit. **II.** Ideo inquit Wesenbecius est vitiosa hæc definitio, quia ita potest constitui servitus, ut utrique sit commoda. Ergo non minuit unius libertatem, & augeat alterius prædii utilitatem. Respondeo. Id sit pacto. Conventio enim dat legem contractui. *l. contractus ff. de reg. iur.* & servitutum natura pacto & certo modo adiecto potest mutari, *l. 4 §. modum §. de servitut.* Et tamen hoc raro fit. Propria autem natura servitutum semper manet, scilicet ut unius prædii utilitatem quærat, alterius libertatem minuat. Ergo id quod *ἐπὶ τὸ πλεονέκτην*, hoc est, ut plurimum sit, poni debet in definitione, non quod ex pacto inducitur. **III.** Wesenb. ratio est hæc *l. 1 §. ult. ff. de aqua plu. arcend.* ubi sunt iura talia, quæ prædii unus utilitatem promoueat alterius libertatem impediunt, & tamen servitutes non sunt, cum ab his ibi expressis verbis separantur. Respondeo. Verum est quodammodo ego congor ferre fossas & aggeres per meum fundum ducendos, servitus non est, ut ibi Iustus dicit: est tamen, quasi servitus, ut ibi Iustus in *d. l. 1 §. ult. in fin.* affirmat: & competit pro ea utilis actio, non directa & dum est quasi servitus, merito etiam sub servitutibus continetur, sicut sub dominio quasi dominiū continetur, sub contrahentibus quasi contractus *d. l. contractus ff. de reg. iur.* **IV.** Obicitur valde *l. et fundo 19 ff. de servit.* ubi dicitur, servitutē aquæ ductus imperi posse ei fudo, quæ quæ vendit etiam non sit utilis, Ergo definitio Bartoli adhuc est vitiosa, quæ vult utilitatem,

DISPUTATION. IURIS CIVIL.

144.

litate quæri ex seruitutibus. Respond. Glossa in *l. quoties. ff. eod.* quam sequitur Wesenbecius in *parat. ff. de seruit. num. 3. d. l. ei fundo* accipiendam esse in eo casu, quando quidem ipso momento, cum nunc ducit, cœpit aqua, hoc est, cum primum seruitus est constituta, non est vilis, sed tamen futura vilis est progressu temporis, quia iura prædiorum nihil aliud sunt, quam prædia qualiter se habentia id est, qualitatem indicantia, ut bonitas, salubritas, amplitudo, *l. quid aliud. ff. de verb. signif.* Et semper etiam mens contrahentium potius est accipienda, quæ hæc est, ut non sine utilitate constituatur seruitus, licet ab initio non sit vilis. Data solutioni opponitur *l. quoties 15. ff. de seruit.* ubi generaliter dicitur. Si nihil vicinorum interest, hoc est, eorum, quibus constituitur seruitus, non valere omnino seruitutem. Ergo si ab initio non valet tractu temporis non conualescit. *l. quod ab initio. ff. de reg. iur.* Respond. Regula illa Catoniana ad institutiones heredum & ad testamenta pertinet, nec huc facile torquetur, sed ad *d. l. quoties*, quod attinet, loquitur illa in eo casu, quando nec hominum nec prædiorum sit seruitus, quia tum non interest vicinorum, cum extra personalem & realem seruitutem nulla alia sit *l. i. ff. de seruit. l. si mihi 20. §. ult. ff. de seruit. rust. prad. l. etsi 6. §. etiam verb. Labeo. ff. de seruit. vindic.* Ne autem per tuum fundum eas, ne in eo consistas, seruitus non est, nec personalis, nec realis: Et ideo nihil alicuius interest, ut in *d. l. quoties* dicitur, res enim sua nemini seruit *l. uti frui, §. in princ. ff. si usufructus petatur l. i. ff. de usufructu*, in qua dicitur, usufructum esse ius utendi fruendi alienis rebus. Hinc sequitur etiam non adeo commode ab interpretibus nostris usufructum esse seruitus diuidi in causalem & formalem, quia causalis, hoc est, in propriis bonis commoditas & utilitas, usufructus proprie non est, quia is in alienis rebus non in propriis est, & propria res nemini seruit, ut supra dictum: sed potest tamen distinguendi gratia hæc diuisio retineri, præsertim, cum in *l. 4. ff. de usufructu* usufructus vocetur: quamvis Corral. lib. 5. *Miscell. cap. 3.* eam omnino reiiciat. Ad hanc solutionem ad *d. l. quoties* amplectitur Anton. Goueanus lib. 1. *Var. lect. cap. 15.* V. Obijcitur *l. huius iure 3. in princ. ff. de aqu.* ubi aqua duci potest in agrum ꝓ ad irrigandum, vel pecoris causa vel amœnitatis. Ergo si amœnitatis causa aqua duci potest, sane prædii nomine, non sit, vel non quæritur in de utilitas prædii, & tamen aquæ ductus refertur inter seruitutes, & sciendum est particulam *vel* disunctiuam, seiungere hæc tria, irrigatione, pecoris causam, & amœnitatem. Respond. Amœnus potest esse locus etiam fructum gratia, quod si aqua ducitur per fundum sit fertilior, pinguior irrigando, quamvis Glossa in *d. l. si pomum 8. ff. de seruit.* putet, verbum amœnitas, potius respicere usufructum, qui personæ datur, quasi ea homo usufructuarius delectetur & oblectetur: quæ solutio iuuatur per *l. 16. §. i. ff. quod si aut clam.* ubi simile de amœnitate est, & refertur ad usufructum. VI. Obijcitur *l. i. ff. de seruit. rust. prad. & §. iterum h. t. n.* ubi dicitur quod iter sit ius ambulandi hominis, ambulatio autem non spectat ad utilitatem fundi sed ad utilitatem hominis, hoc est, ad sanitatem ut Wesenbec: affirmat & ipsa vocabuli significatio ostendit. Resp. Eundem verbum refertur ad utilitatem prædii & significat transire, quando vnus transit ad expeditionem negotiorum, & ambulandi verbum refertur ad iritionem & reditionem, ita tamen ut in eo loco maneamus & cōmoremur, & dum redimus & reuertimur transeundo fructus & agros custodimus: Sentit igitur prædium inde utilitatem, & merito ad definitionem Bartoli hæc spectant. Sciendum quoque Theophilum non agnoscere vocabulum ꝓ ambulandi. Habere enim tantummodo vocabulum, quod significat transeo, vel vnum pro eodem accipit, & probatur per *l. 3. §. fieri 14 cum seq. ff. de itin. actuque priuat.* ubi dicitur, iter esse ius eundi, actum ius agendi, nec additur verbum ambulandi. Imo Iustin. Imperator, in *l. ult. in princ. C. de seruit. & aqua*, dicit, de aliquo, qui pactus erat

erat transitum id est iter nihilque de ambulatione meminit. Contra datam solutionem obicitur *l. 8. ff. de seruit. vbi* dicitur, quod non possit seruitus talis imponi ut liceat spaciari quia sit inutilis. Ergo ambulandi seruitus non constituitur. Respond. Illa verba notis sunt inelusa & ideo dubiæ authoritatis Wesenb. tamen *in parat. ff. de seruit. n. 3.* amplectitur illa verba & sciendum est, spaciari magis spectare ad voluptatem, ambulare ad vsum prædiorum, quæ sunt meliora, dum inspectione, quæ sit perititionem, custodiuntur. Denique obicitur seruitus prospectus, quæ seruitus est realis & tamen saltem ad gratiorem prospectum & ad voluptatem tendit, item ius pascendi & calcis coquendæ, quæ seruitutes reales sunt non spectant ad utilitatem prædii. Resp. Seruitus prospectus etiam in consequentiam prædii vrbani vel ædibus prodest, sic ius pascendi prædio meo prodest, quia dum boues pasci in alieno solo & prædio, meum prædium fit melius, quia interim ego meos fructus mihi afferuo & retineo. Sic quædam calcem coquo in alieno prædio, meo prædio ut litas accedit, quia initium mihi manet integrum & saluum.

Ad Thes. 6 & 9. Dicitur in dd. i. h. s. b. seruitutes reales esse iter, actum, viam, aquæ ductum, pecoris ad aquam appulsum, aquæ haustum, & reliquas in h. r. enumeratas. Cui primo aduersatur *l. 1. §. recte. ff. si seruit. vind.* vbi expresse dicitur iter non esse seruitutem. Ergo, fallum est quod dicitur iter esse seruitutem & quidæ realiter. Resp. Ad *l. 1. §. recte* quod attinet, negatur quidem ibidem iter esse seruitutem, non tamen id simpliciter negatur, sed ideo, quia ibi vltus fructus hoc est, ius vtendi fruendi constituitur. In illo iure vtendi fruendi simul erat datum iter, nec constitutum erat iter quasi seruitus, sed quasi accessorium & quasi pars vltus fructus. Nam pars in toto est *l. in tot. ff. de reg. iur.* Respectu igitur vltus fructus negatur hic iter seruitutem esse, & sic relative. Absolute vero considerando, per se iter esse seruitutem toties *in tit. de seruit. rust. prad.* dicitur. Et hanc solutionem non obscure suppeditat ipse textus, *n. d. l. 2. §. recte*, dum dicit, iter, quod tuendi gratia fructuario præstatur, & hic iter seruitus non est, ut postea subiicit, si igitur sola constituitur seruitus itineris, vel quis alia vere seruitus dici potest, non vt accessorium, sed vt principale quoddam respectu materiam prædiali seruitutem. Sed contra datam solutionem in isto ex *l. pen. ff. de seruit. leg.* vbi ius transiendi, hoc est, eundi, seu iter, personale esse & personæ datū dicitur. Ergo iter non est realis seruitus. Resp. Regulariter & iuxta propriam suam naturam, reales seruitutes iustitiæ & vrbani, à re rei debentur & præstantur, & quod *ἐπὶ τὸ πλεον* sit, maxime attenditur *l. 3. de ll.* Wesenb. *in §. l. b. i.* Interdum tamē respectu personæ principaliter constituuntur ex quadam contemplatione, quodam intuitu & affectione, vt *in d. l. pen.* vbi pater ex favore & amore quodam filiam ius transiendi constituit, quod etiam in seruitutibus pecoris pascendi, & ad aquam appellendi certum est, quæ efficiunt magis prædii quam personæ, *l. pecoris 4. ff. de seruit. rust. prad.* tamen si testator certam personam demonstrat & eligit, cui seruitutem realem vult præstitam, auctori vel heredi non præstabitur *d. l. pecoris. ff. de seruit. rust. prad.* Nota verba, *emtori vel heredi non præstabitur eadem seruitus*, quia hic propter demonstrationem certæ personæ & vltimam voluntatem quæ seruanda est *l. 1. C. de sacrosanct. ecclesia.* factæ sunt personales, & personam non egrediuntur, alias enim generaliter transiunt ad heredem seruitutes reales, cum sint seruitutes prædiorum non hominis *l. si mihi 20. §. fin. l. via 23. §. si fundum cū seqq. l. si viam 26. ff. de seruit. rust. prad.* quod dubitationem non habet. Deinde certum est hominis etiam inter viuos dispensatione seruitutem itineris euitari posse, *l. 4. §. modum. ff. de seruit. rust. prad.* cum ea prædii magis esse videatur, quam personæ pecoris pascendi, & ad aquam appellendi seruitutes, vt dicitur *in d. l. si mihi. §. l. ff. de seruit. rust. prad.* Atque ita etiam *l. 6. §. fin. ff. de seruit. rust. prad.*

præd. est intelligenda. Nam ibi ideo sunt personales quia ego ijs tantū habeo iuris, vt hyeme ingruente in prædia ista me recipere possim. I I. Obijciunt *l. Mela 14. §. fin. vers. nam & haustus ff. de aliment. & cibor. leg. Resp.* Illa lex explicanda est ex alijs II. præsertim ex *d. l. pecoris 4. ff. de seruit. rust. præd.* Quia ibi agitur de materia ultimarum voluntatum, id quod etiam *Rubr. de aliment. & cibor. leg. & d. l. pecoris 4.* ostendunt. Si igitur forte in testamento relicta est seruitus aquæ, haustus, vel pecoris ad aquā appellus, et si est ea simpliciter constituta & ideo personalis. Hinc dicere possumus ꝑ reales seruitutes mixtam causam obtinere: Nā seruitutes reales, personæ simpliciter constitutæ, vel ad vñam personam, non agri vel prædij concessæ, fiunt personales. Vnde potius causam constitutionis prædialis in scripturam & instrumentum esse referendam, consulit Wefenbec. in *patuit. ff. de seruitut. n. & c.* Alii cum gloss. respondent manere sua quidem natura seruitutes reales, cum id quod per accidens accedit nō tollat aut mutet propriam naturam seruitutum, quæ solutio glossæ in *d. l. pen. ff. de seruit. leg.* cum superiore pene coincidit.

Ad Thes. 7. & 8.] Definitur actus quod sit ius eundi ambulandi hominis, agendi iumentū vel vehiculum, & qui actum habet etiam iter habet, eoq; vti potest, etiam sine iumento. Sed oppon. *l. si tam angust. 14. ff. de seruit.* Vbi dicitur si tam angusti loci demonstratione facta, via concessa fuerit, vt neq; vehiculum, neq; iumenta ea inire possint, iter magis, quam via aut actus acquisitum videbitur. Sed si iumentum ea duci potest, non etiam vehiculum, actus videbitur acquisitus. Ergo actus est quando vehiculum duci non potest, quod est cōtra actus definitionem. Resp. In *d. l. si tam angust.*, non negatur, ꝑ actum non esse vbi vehiculum duci non potest, sed hoc dicitur, si vehiculum propter loci angustiam duci non possit, sed saltem iumentum, esse nihilominus actum id quod particula *vel*, in definitione actus ostendit, quasi sufficiat vnum duci posse, vel iumentum vel vehiculum, nihilominus actum esse. Vnde etiam in *d. l. 1. ff. de seruit. rust. præd.* dicitur, actum iter in se habere etiā sine iumento, Nota part. etiam, q̄ ostendit vel solum eum sine iumento ire posse, vel cum iumento, qui actum habet. I I. Obijciunt hanc definitionem continere superflua & ideo non esse probandam. Probo id ita, quia vehiculum duci non potest, nisi adsint iumenta. Ergo posito vehiculo iumentorum nulla mentio fieri debet, quia id alias satis liquet. Resp. Hic ratione mouetur Hottom. *lib. 2. obs. c. 7.* vt dicat in definitione actus, pro iumentum legi debere actum, quasi vehiculum præsupponat iumenta. Sed nihil esse mutandum solutio supra data ostendit, potest enim vehiculum sine iumento duci & iumentum potest esse sine vehiculo, & nihilominus est actus. I I. Obijciunt hanc definitionem non valere ideo, quod definitioni viæ conveniat, per omnia, vt ex collatione satis ostenditur. Nā via non solum est ius eundi, ambulandi hominis, agendi vehiculum vel iumentum, sed etiam trahendi lapidem & lignum, & rectam hastam ferendi modo fructus non lædantur. *l. quia sella. 7. in pr. ff. de seruit. rust. præd.* Hinc mouetur VVes. *hic* vt existimet pro verbo eundi legendū esse vehendi, idq; illa verba: in *c. in d. l. 1. ff. de ser. rust. præd.* ostendere putat, quæ alias aliquo referri non possent, respondet autem Duaren. *lib. 1. annuvers. disput. c. 31.* (vbi retinet definitiones viæ & actus, nec quicquam mutat) ius eundi & ambulandi ꝑ inesse actui, ex interpretatione tantum, & præsumta pacifcentium voluntate. Nam qui actum concedit, etiam iter multo magis tacite concedere videtur: Quia sine itinere actus feliciter non procedit. Inest igitur actui ius eundi, ambulandi hominis, ex tacita pacifcentium voluntate; viæ autem ius eundi ambulandi hominis, inest simpliciter sua natura non ex conuentione. Vnde iam constat definitionem viæ multo esse latiore, quam definitionem actus.

IV. Obijciunt *l. loci corpus 4. §. 1. ff. de seruit. vind. & l. si mater. 11. §. si quis iter petierit. ff. except. rei iud.* in quib. II. dicitur, actū sine itinere esse posse, cū tamē dicamus in definitione actui

actui iter ineffe. Resp. Diuersæ sunt seruitutes iter & actus, nec definitionibus contentantur, 16
 quamvis leges dicant iter ineffe actui, quod sic est accipiendū, vt dicamus, ex interpretati-
 one & præsumpta pacifcentiū voluntate, actū iter in se continere non ex ipsa actus natura.
 Cui enim cōcessus est actus h.e. id q̄ plus est, ei quoq; cōcessum est iter, hoc est, id q̄ minus
 est, cū actus sine itinere h.e. iure cundi, ambulandi hominis, expediri non possint. Ac
 ita Duar. lib. 1. annuere. diff. c. 31. sentit. & dd. ll. cū Iusti. & d. l. 1. ff. de seruit. rust. p̄d. cōciliat. 17

Ad Thes. 11.] Affirmamus in thesi 11. vrbanoꝝ p̄diorū seruitutes esse, vt quis
 recipiat in ædes suas vel in aream, vel in cloacā fillicidium vel flumen, aut non recipiat,
 & ne altius quis suas ædes tollat, ne luminibus vicini officiat. Cui directe obijciuntur l. 2. in
 pr. ff. de seruit. rust. p̄d. vbi affirmat I Crus Neratius hæc seruitutes esse rusticorū p̄diorū,
 si scilicet alicui licet altius tollere quid & officere prætorio vicini, & cloacā habere per
 vicini dominium vel prætorium. Ergo quas seruitutes Iustinian. vocat vrbanas, Neratius vo-
 cat rusticas. Respond. Iustinianus Imper. sequitur sententiam Vlp. in l. 1. in pr. ff. communia
 p̄dior. & l. vrbana p̄di ff. de verb. signif. & Florentini I Cti in l. fundi ff. de verb. signif. ac
 distinguunt vrbana p̄dia à rusticis, non loco, sed materia, hoc est subiecto, commoditate
 & vtu rei, V Velsen. in parat. ff. de seruit. vrb. p̄dior. n. 2. vrbana enim sunt quāuis sunt in vil-
 la d. l. 1. ff. communia p̄dior. Neratius autē hac in parte ab alijs I Cti dissentit, distinguēdo
 vrbana p̄dia à rusticis non materia, sed loco, h.e. situ. Et hoc Iustin. indicat in §. 1. h. r. dum
 dicit: Quidā recte putant, hoc est, Vlp. & Florentin. & forte alij: Atq; ita accipiendā esse, d.
 l. 2. ff. de seruit. rust. p̄d. monet D. Borcholt. ad rub. 11. in sit. de seruit. rust. & vrb. p̄d. ex
 Anton. Goucano lib. 1. var. lect. c. 16. Quod vt rectius intelligatur, sciendū est, Nerat. in d. l.
 2. in pr. facere mentionem prætorij, q̄ est comparatū ad habitatiōē voluptatemq; domi-
 ni villæ, qui quasi prætor & princeps supremus familiæ rurivocabatur. V Velsen. in parat.
 ff. de seruit. vrb. p̄d. n. 2. Villæ autē dicuntur domus vel ædes d. l. fundi ff. de verb. signif. Et
 ideo q̄ p̄toria sunt in villis affirmat Nerat. in d. l. 2. seruitutes licere altius tollere, & offi-
 cere prætorio vicini, esse rusticorū p̄diorū seruitutes. Et de stabulis meritorijs recipien-
 dis, mercede tā equis q̄ hospitib. idoneis, affirmat idē Neratius, ea scilicet p̄diorū vrbanoꝝ
 nō esse, sed rusticorū in l. 4. §. stabula ff. in quib. causis pign. vel hypoth. vtrunq; negat Vlp. in
 d. l. vrbana. de verb. signif. vbi ostendit p̄toria & stabula meritoria esse vrbanoꝝ p̄diorū,
 siue sint in vrbe, siue sint in villa, contra Neratium: Et ita aliqui solunt. Insto. Sed Neratius
 in d. l. 4. §. stabula ff. in quib. causis pign. non videtur loco distinguere, quia & stabula & ædi-
 ficia ibi sunt in ciuitate quāuis stabula nō sint in continentib. ædificijs. Hinc rectius Hop-
 perus & V Velsen. in parat. ff. de seruit. vrb. p̄d. n. 2. in fin. & n. 10. putant: Neratiū ita cū re-
 liquis esse conciliandū, vt dicamus seruitutes illas vrbanas p̄dijs inhærentes, quandoq; in
 subiecta materia dici seruitutes p̄diorū rusticorū propter vsum, quia sæpe in ædificijs
 reponuntur frumenta & pascuntur pecora. Sic sæpe in horreis ad vsum frumentorū cōpa-
 ratis habitam⁹, eoq; respectu dici possunt vrbana p̄dia, quia alias rustica sunt. Quod igitur
 Nerat. dicit in d. l. 2. rusticorū p̄diorū sunt, ita est intelligendū quasi dicat, rusticis præ-
 dijs imponi possunt, quia nihilo minus reuera p̄dia vrbana sunt. Exēpla alia: Ego habeo
 ædificium h.e. vrbānū p̄dium apud tuos fundos, h.e. apud rusticū p̄diū tuum; Ego te-
 cum pacifcor, vt liceat mihi ducere cloacam ex meo ædificio, h.e. p̄dio vrbano in tuos
 fundos per canales. Hic in p̄dio rustico vrbano seruitus constituitur, & dicitur teo re. 20
 spectu tuū p̄diū (alias rusticum) vrbānū ppter vsum cloacæ ducēdæ. Sic possum pacisci
 tecū ne alius ædificiū vicinū rustico p̄dio extruas, ne vmbra ædificij, legetib. meis offi-
 ciat. Hoc respectu dici potest rusticū p̄dium, q̄ tamen est vrbānū. Et e cōtra. Sic possum
 pacisci, ne arborē habeas in fundo positā, quæ officiat prætorio h.e. cōnaculo p̄di mei
 vrbā.

- urbani, hoc est, ut eruas omnino, vel deinceps positam non habeas. Hoc respectu etiam rustica dici possunt urbana propter usum & subiectam materiam. II. Obiicitur servitus altius tollendi. *L. altius. C. 8. de servit. § aqua*, ubi dicitur licere aedificium ponere usque in celum. Ergo servitus constitui non potest. Resp. quod est supra meum fundum, esse liberum *L. 1. ff. de servit. Verb. prad.* nisi forte aedes servitutem debeant, quæ pacto & stipulationibus constitui potest. §. *Ult. h. tit.* & servitus debetur *d. L. altius*, ubi ibi est expressum, & tunc altius aedificare non licet. Deinde altius aedificandi libertas impeditur, si id statutis & edictis principum est prohibitum, alias si quis contra facit, & modum in aedificando excedit, novi operis nunciationem patitur. *L. 1. §. nunciamus, ff. de novi oper. nunciat. & fideiuss. naturale*, quod in aedificando quilibet habet; iure civili impediri potest, quamvis tolli non possit. *L. 6. ff. de iust. § iure*. Alias si nullo iure aedificare prohibentur, & si aedes nostræ nulli serviunt, nulli competit contra nos actio. *L. cum ea. 9. ff. de servit. Verb. pradior.* Instatur hoc modo: Sed viridaria possunt extrui in aedificio, ab eo qui debet servitutem altius non tollendi. Ergo tamen altius quid facere potest. *L. aedificia. 12. ff. de servit. Verb. pradior. § c.* Respond. Is qui extruit viridaria non altius aedificat. Ea enim viridaria in aedificio haberi possunt, modo prospectui non officiant. III. Obiicitur servituti non accipiendi flumen, (quæ servitus negativæ constituitur) quod potius sit libertas, quia si quis recipere non cogitur servitutem servitus non est. Respond. cum Domino Borcholt. hic servitutem negativæ ita constitui posse, ut si vicinus mihi iam antecessit ius immittendi stillicidii in aream, ego postea rursus ei cedo ius non immittendi aut non auertendi stillicidii: hoc casu vicinus habet ius non immittendi stillicidii, non quidem iure suo, sed iure servitutis. Manet igitur servitus.
23. *Ad Thes. 12.* Affirmatur ibi pacto & stipulationis & ultima voluntate servitutem constitui posse. Sed obiicitur tale argumentum: Si pacto usus fructus constituitur; non nascitur inde civilis obligatio & actio, sed ex usufructu constituto nascitur obligatio. Ergo usus fructus pacto constitui non potest & non recte dicitur à Iustiniano pacto constitui posse servitutem. Respond. Id cum effectu est intelligendum quasi non sufficiat nuda conventio, sed etiam opus sit traditione. Nam traditionibus & vlucapionibus iterum dominia transferuntur non nudis pactis *L. traditionibus. C. de pact. II.* Obiicitur servitutes stipulatione constitui non posse, id quod probari potest hoc modo stipulatio iure vel in diem, vel sub conditionem fieri potest, §. *omnis stipulatio infr. de Verb. oblig.* Sed servitutes neque ex tempore neque ad tempus, neque sub conditione neque ad certam conditionem fieri vel constitui possunt. *L. 4. ff. de servit.* Ergo stipulatione servitutes constitui non possunt. Resp. Quamvis stipulatio sub conditione fieri possit, tamen inde non sequitur stipulatione servitutes constitui non posse. Et quidem notandum est *d. L. 4. ff. de servit.* intelligendam esse de servitutibus realibus tantum. Certum enim est personalem servitutem, sub conditione & ex die constitui posse. *L. 4. ff. de usufr.* Sed datæ *ad d. L. 4. ff. de servit.* solutioni ad modum refragatur *L. exisimo. 98. in pr. de Verb. oblig.* in qua l. asseritur expresse posse id, quod verum est, sub conditione stipulari. Ergo & viam, quæ est servitus realis, sub conditione stipulari possum. Resp. Plus est in consequente quam fuit antecedente. Nam *d. l. exisimo*, loquitur de nuda stipulatione. Nam qui viam promittit se constiturum, eam non statim constituit: quemadmodum in feudo videre est. Nam feudi dominus non statim feudum promissum constituit, sed tradit feudum tandem per inuestiturā: Atque ita hæc l. pugnantem conciliat Anton. Goucanus *lib. 1. Var. c. 9.* quem sequitur Wesenbec. *in parat. ff. de servit. num. 8.*

Ad Thes. 13. & 14. Proponitur hic definitio usus fructus, quæ nec emphyteusis, ne fidei commissio

misso, nec doti uxoris, nec cōductioni, nec legato annui reditus certi fundi cōuenit, eamq;
 remotis contrariis explicat Hottom. *in quæst. illustr.* 22. II. Opponitur huic definitioni, *L. 4. de vsu fr.* vbi dicitur, vltim fructum esse partem dominij, sed quid ad illam leg. sit respon-
 dendum *in diffut.* 2. *lib. 2. in princ.* satis fuit dictum. III. Opponitur vsusfructus ¶ non
 est ius, quia est diuiduus, *L. 5. ff. de vsu fr.* Iura autem diuidi non possunt: Cum sint incor-
 porales res quæ tangi non possunt. §. *ult. sup. de reb. corp. & incorporois. & l. arbor. 19. §. 2. ff. communi diuidund.* vbi dicitur nullam communionem iuris separatam intelligi. Resp.
 Vsusfructus dicitur diuiduus, scil. intellectu & utilitate vitæ cōmunis per accidens, id qd
 ostenditur *in d. l. arbor. 19. §. fin. ff. de seruut.* & ratione fundorum in quib. cōstituuntur, &
 ratione fructuum. *L. 8. & 16. ff. de seruut.* Sunt autem natura per se iura omnia vt & seruitu-
 tes indiuidua: Et hac ratione hanc *ell. Hottomannus conciliat in illustr. quæst.* 18. Vsu ho-
 minum pro parte aliquem frui posse, id est, vltim fructum habere, sed vsum tamen pro por-
 te habere non posse. *L. 19. de vsu & hab. vtilitate* igitur omnes seruittutes sunt diuidua. Ra-
 tio diuersitatis est, quia vsus in factio consistit, & est personale quoddam *d. l. 8. ff. de seruut.*
 nec post factū quid legari potest, *d. l. 8. ff. de vsu & hab.* Et vsus tantū ad vicium quo-
 tidianū refertur, & necessitates humanas, nec sub partitionē cadit. In vsufructu aut exrant
 post factum fructus, qui diuidi possunt. Atq; ita Alciar. *lib. i. paradox. cap. 17.* illa conciliat.
 Et hac diuersa ratio bene est noranda, secundum Welcmbeec. *in paratis ff. de vsu & habut.*
 Insto. Sed tamen vsus est pars vsufructus, & inest vsufructui, *l. qui vsu fructu. 50. ff. de verbo-
 rum obligat.* vbi dicitur vsusfructus stipulationis vsum habet: Ergo quod iuris est in to-
 to, est etiam in parte. Respond. Hottom. *in d. illustr. quæst.* 18. dicit, id de parte homoge-
 nea esse intelligendū. Nam dicitur pars vsufructus, quia emne id qd in vsufructu est, pars
 vsufructus recte dici potest. Sed tamen quia vsufructus cōtinet fructus, qui diuidi possunt
 in eo id admittitur. Vsum autem ¶ dum fructum non habet, sed nudum factum; diuidi non
 potest. Insto contra datam solutionem: Vsum diuidi potest, vt scil. si vsus sit duorum, & is
 diuidendus sit in communi diuidendo iudicio, & officio iudicis vnus habeat vsum fructum,
 alter mercedem, *l. item. 10. §. 1. ff. communi diuid.* Respond. Id sit propter necessitatem, vt
 in *d. l.* dicitur, qui legem non habet: Et vsus diuidi non posset, nisi vnus habeat integrum
 vsum, alter mercedem & quasi si ui videatur, non tamen proprie, id quod particula QVAST
 indicat. Insto contra datam solut. ex *l. huius stipulationis. §. 5. Ergo. ff. vsu fructuarius quem-
 admodum canentis* vbi dicitur, si fructus sine vsu obtingit, valere stipulationem: Ergo vsu-
 fructus ¶ sine vsu esse potest, quod antea fuit negatum, & in *l. per seruum. §. deniq; ff. de vsu*
 & *habitat.* dicitur inutile esse si fructus sine vsu legetur. Respond. Budæus putauit esse
 Antinomiam & contrarium, sed non est. Quia etli regulariter vsusfructus sine vsu nō est,
 potest tamen constitui vsusfructus ita, vt ei vsus non insit, puta quando testator vsum ali-
 cui concedit, & alteri vsufructum sine vsu. Qui tum habet vsufructum sine vsu, non
 poterit in fundo habitare & cōmorari cum liberis & vxore, & potest ab vsuario prohiberi,
 ne in fundum veniat nisi fructuum gratia. Ius fructuum est tum vsufructuarij: vnde etiam
 fructus in textu tantum dicitur; atque ita Cuiac. *lib. 1. obser. cap. 9. seruut.* Insto. Sed oppo-
 nitur rursus *l. diuinus Hadrianus. 22. in princ. ff. de vsu & habut.* vbi dicitur: legatum vsus
 habere in se vsufructum. Respond. Ratio huius rei additur in textu, quia nisi liceret le-
 gataris sylvam cadere & vendere, quæmadmodum licet vsufructuario, nihil ex eo legato
 essent habituri. Insto contra dat. solutionem, ex *§. 1. inf. de vsu & habut.* vbi non licet vsu-
 rario vendere. Respond. Cadere & vendere non possunt sicuti plenus vsufructuarij, sed
 pro ratione & modo sui vsus Welcmbeec. *in paratis. ff. de vsu & habut. n. 3.* vbi hæc explicat.
 Deniq; in Theß 14. affirmatur, vsufructum esse seruittutem ¶ personalem, cum videatur 28 :

real esse, per *l. recte dicimus. ff. de Verb. sign.* vbi dicitur vsumfructum non esse dominij, sed seruitutem, vt via & iter; Sed, via & iter sunt seruitutes reales, §. 1. *ff. de seruit.* Ergo & vsumfructus est realis seruitus, Resp. Aliqua exemplaria *in d. l. recte dicimus.* legunt pro seruitutis seruitutis. Deinde Ictus Paulus *in d. l. recte dicimus*, non vult vsumfructum esse seruitutem realem, sed potius personalem quemadmodū via & iter sunt seruitutes quamuis reales, nec esse vsumfructum partem dominij, cum sit ius vtendi fruendi alienis rebus, separatim à proprietate, §. 1. *h. tit. n.*

²⁹ *Ad Thesin 16.*] Affirmatur in illa thesi vsumfructū cōsistere † in seruis, & si serui vsumfr. quis habet tantū habet quātum serui operis potest acqri, §. *constituitur h. t. l. 3. ff. de operib. seru.* vbi dicitur In hominīs vsumfructu operas esse: Sed huic assertioni directio obstat, *l. operis. §. ff. de operis seruor.* vbi dicitur: operis seruorū legatis, vsum intelligi legatum: Ergo vsumfructus operas non continet, sed vsum. Respond. Anton. Goucanus *lib. 1. Variar. cap. 7.* affirmat se in antiquo libro dolose vidisse scriptum, pro vsum vsumfructum, atque ita hanc leges conciliat: quamuis etiam responderi possit, recte vsum, idque ideo quia si legitur vsum simul intelligitur vsumfructus, cū vsum in vsumfructu inh̄t, *l. qui vsumfructum. §. ff. de Verb. oblig.* id quod etiam Welsemb. placet, *in paratit. ff. de operis seruorum.* Vbi dicitur operis serui concessis & legatis, & fructum concessum videri, *l. 4. in pr. ff. de operis seruor.* & vsum *l. 5. ff. eod. intelligi.* & sic vsumfructum his coniunctis, *l. 3. ff. de operis seruor.* Sed contra operas ³⁰ iuril. in vsumfruct. † non contineri probo *per l. opera. ff. de oper. seruor.* vbi dicitur, operas capitis diminutione non amitti. Sed vsumfruct. amittitur duabus capitis diminutionibus maxima & media non vtendo, §. *ult. h. tit.* Ergo operæ in vsumfr. non continentur, quia tū simul interirent capitis diminutione. Respond. Alio iure operæ, alio iure vsumfructus venit: operæ ad heredem transmittuntur, non autem vsumfruct. *d. l. 2.* idque ideo quia vsumfructus est personale quiddam, & personalia cū persona expirant: non autem operæ quæ sunt causale quiddam magis. Magnam enim inter se habent cognationem seu affinitatē, operæ & vsumfr. vnde tit. *de oper. seruor.* subiungitur materix *de vsumfr.* Non tamen per omnia vnum idemq; sunt, Goucan. *d. c. 7. lib. 1. Variar.* Porro inter exempla q. vsumfructus computantur ³¹ vestimenta & pecunia numerata. Sed contra vestimenta sic arguitur. Si vestimenta † ad q. vsumfructum referuntur, vsum etiam consumuntur vt vinum, oleum, frumentum, quarum rerum nullus est vsum nisi in abusu: Vestimenta vero non vsum ita consumuntur *l. sed si in. §. et si vestimentorum. ff. de vsumfr.* Ergo vestimenta ad quasi vsumfr. inepte referuntur. Resp. Non eadem ratio est in vestimentis, quæ est in oleo, vino & frumento, quia earum rerum nullus est vsum nisi in abusu: Vestimentorum vsum est absque abusu. Nam vti quis debet vestimentis arbitrio boni viri, nec talis est vestimentorum ratio, vt quantitarum, vt text. *in d. l. sed si* loquitur, contritio: Ergo concessa est naturaliter, nec ea imputari potest fructuario. Deinde pecunia numerata si datur vtenda est potius mutuū: Ergo non q. seruitus. Resp. Iustin. Imp. dicit, pecuniam numeratam proximam esse vino, oleo, quasi dicat, proxima est, non tamen eadem est, sed potius similis, & loquitur tantum de vsum pecuniæ legatorum, alias inter viuos nihil est aliud nisi mutuū. Welsemb. *in §. constituitur. n. 8. & paratit. ff. de vsumfr. car. rer. num. & ult. in fin.*

³² *Ad Thesin 17.*] Affirmatur primo † morte vsumfructuarij, item maxima & media capitis diminutione extingui seruitutem vsumfructus. Cui obiicitur vehementer *l. & ult. c. de vsumfr.* vbi dicitur vsumfructus per seruum vel filium familias acq̄ritum capitis diminutione filij magna vel media vel emancipatione, vel serui quacūq; alienatione, morte vel manumissione non perire, si igitur seruus & filiusfam, in eiusmodi casus inciderit, non interitum.

terruptitur patri vel domino usufructus: sed manet intactus, nec si pater in eiusmodi casus inciderit, perit usufructus: sed apud filium remanet, ex quo nunc satis apparet, usufructum morte non perire, nec interire maxima, media, vel minima capitis diminutione. Respond. Specialis admodum casus proponitur *in d. l. ult.* id quod illa verba: in iis casibus satis ostendunt: Et quidem sic se res habet, si dubium est an usufructus sit relictus contemplatione filij & serui, tunc ex Iustino. constit. *in d. l. ultim.* nec morte patris nec filij, nec domini nec serui usufructus expirat, sed durat, & hoc in dubio procedit, secus si planum & euidens, hoc est, ut *in l. cum oportet. C. de bonis qua lib. & in l. plenum. 12. §. si & su. ff. de usu & habit.* Simile habemus in *disputatione 3. de nupt.* in materia deductionis in domum, *ex l. 6. C. de donat ante nupt. & l. penult. ff. de donat. inter virum & uxorem.* Nec quicquam huic solutioni aduersatur, *l. qui & usufruct. 36. §. si. ff. de usufruct.* modo lectio Pandectar. Florentini retineatur, & legatur usufructus non usufruct. seruo. ut Pacius ibidem notat. Secundo obiicitur, *l. si mulieri. 8. ff. de usufruct. accres.* vbi mulier amissis liberis, quibus legatur usufructus, habet usufructum. Resp. In principio ponitur particula *cum*, quæ si aduersarialiter sumitur valde pugnat, alias si est præpositio, ut esse debet, non obstat, & tum hic eius legis est sensus, mulieri vna cum liberis legatus est usufructus: Ergo mortuis liberis nihilominus usufructus apud matrē manet, quia illi simul usufructus erat legatus. Tercio obiicitur, *l. 3. in pr. & §. 1. ff. quib. mod. usufructus amittitur*, vbi dicitur generaliter capitis diminutione, id est accipiendum non tantum de maxima & media, sed etiā de minima. Resp. Respondent aliqui capitis diminutione generaliter positam pro maxima & media accipi, quia minima pene nulla est, quæ solutio consistere non potest, quia Paulus *lib. 7. sentent. iur. 6. §. capitis*, dicit ex arrogatione & adoptione statum mutari & usufructum amitti, vbi Cuiac. affirmat mutatum id tamen esse constitut. Iustin. *in l. penult. C. de usufruct.* quæ solutio verior est. Cui tamen posteriori solutioni videtur obstat. *l. 1. ff. de usu & usufruct. legat.* vbi dicitur usufructum ex magna causa amitti, hoc est, maxima & media capitis diminutione: Ergo id ex Iustiniano. constit. non primum extitit. Respond. Illa verba: ex magna causa: ad Vlpian. à Triboniano adiecta sunt.

Ad Thesin 18.] Affirmatur finiri usufructum si domino proprietatis ab usufructuario cedatur. Cui opponitur § *ult. h. tit.* vbi dicitur, cedendo nihil agi. Resp. Si extraneo agatur nihil ceditur, hoc est, non valet cessio. Insto. Sed tum oppono *l. si & usufruct. 66. ff. de iur. dot.* vbi dicitur cessione extraneo facta, nihil ad extraneum transire, sed reuer-
 ti ad dominum proprietatis usufructum: Ergo falsum est tum nihil agi. Resp. Usufructus legitimo tandem modo extinctus, reuertitur ad dominum proprietatis, alias nihilominus retinet usufructum usufructuarius, quamuis eum alteri cedat: atque ita *ibidem* Ictum Pomponium esse intelligendum putat Wesemb. *in paratit. ff. quib. mod. usufruct. amitt. num. 5.*

Ad Thesin 20.] Affirmatur in *Thes. 20.* usufructuarius si locare possit. Cui oppo-
 no *l. locare. 44. ff. locati conductis.* vbi expresse dicitur locare seruitutem nemo potest. Resp. Illa lex loquitur de seruitutibus realibus. Et notandum est vocabulum seruitutis absolute positum plerumq; pro realibus seruitutibus. esse accipiendum, ut est *in l. locare. 44. ff. locati.* Etiam obiicitur *l. sed si quid. 15. §. & vestimentorum. ff. de usufructu.* vbi dicitur vestimento-
 rum usufructu locari non posse. Resp. Illa lex loquitur de q. usufructu, in quo sunt vesti-
 menta, oleū & frumenta; quibus tamen vestimenta cum reliquis q. usufruct. exemplis p omnia
 non cōueniunt, ut sup. *ad Thes. 16.* monitū fuit, Thesis aut nostra pcedit in vero & naturali
 usufructu tantū. Excipiuntur tamen *in d. l. sed si quid. §. proinde.* vestes scenicæ & funebres
 quæ locari possunt, quæ per clocationē statim nō videntur fieri deteriores, ut alia vestimenta.

Ad Thesin

Ad Thesin 22.] Proponitur in illa Thesi definitio habitationis, & sciendum est, habitationem esse ius, id quod Imper. *in §. sed si cui in Verb. q. proprium aliquod ius, ex l. cum antiquitas. 13. in Verb. ius proprium. C. de vsu.* ostendit. Deinde dicitur in aliena domo Res enim sua nemini seruit, *l. vtrius. §. in pr. ff. si vsus per.* Deniq; ponuntur, illa: salua domus substantia. Quia vt vsusfructus & vlus deteriorationē substantiæ non recipiunt, *l. 1. ff. de vsu. l. vlt. ff. de vsu & habit.* Ita nec habitatio, cum sit quoq; personalis seruitus earumq; naturam plurimum imiteretur, *d. §. sed si cui, de vsu & habit.* Sed quod ¶ non sit ius probo *ex l. pen. ff. de cap. diminut.* vbi dicitur legatum habitationis in factis potius q̃ in iure consistere, & factum iuri est contrarium. Respond. Non dicitur omni no legatum habitationis factum esse, sed dicitur potius esse facti, q. dicat, videretur magis esse facti, cum tamen nihilominus sit ius & sit seruitus personalis. Iusto contra datam solutionem *ex l. Scia. 20. §. Caio. ff. de fundo instructo & instr. leg.* vbi habitatio definitur ædificium *in Verb. at si habitatio, id est, adificij instrumentum legasset:* quemadmodum Ictus Neratius *in l. si procurator. 13. in pr. ff. de acquir. rer. dom.* definit dominium proprietatem, *in Verb. Dominium mihi, id est, proprietatem acquiritur.* Resp. Quando id dicitur respectus sit ad ædificium vel lubiectum, hoc est, domum ipsam, in qua habitationis seruitus, vt ius in corpore tanquam adiunctum constituitur, & hæret: Interim tamen sua natura per se considerata habitatio ius
 37 est. III. Obijciatur ita si habitatio esset ¶ seruitus pro ea vindicanda ordinaria daretur actio conessoria vel negatoria, *§. aque. inf. de act.* Sed comperit actio commodati Viuiiani, & quod tutius est actio præscriptis verbis, *l. si gratuitam §. in pr. ff. de præscript. Verb.* Resp. *Ad d. l. gratuitam,* quod attinet, loquitur illa de gratuita habitatione, nulla mercede interueniente, & tum aut est commodatum, quod est gratuitum, *§. item si §. fin. inf. quibus mod. re contrah. oblig.* aut est precarium, quod iidem est gratuitum, *tot. tit. ff. de precario.* Si autem dubitatur an sit precarium vel commodatum, tutius est agere præscriptis verbis, nō actione commodati, vt ibidem affirmatur. Nos autem non loquimur de gratuita habitatione sed de mercenaria. Habitatio enim mercedem capit, *d. l. cum antiquitas. 13. C. de vsu.* vbi id Iustin. Imperat. expresse addit. Nec tamen est locatio, nec conductio, quæ similiter mercedem postulat: nam tum etiam ex locato actio daretur, & contractus esset, *tot. tit. Instit. de locato.* Sed est seruitus, & actiones pro ea competunt, quæ pro vsu & pro vsufructu competere solent. At si gratis datur habitatio, potius commodatum est, *d. §. item si q̃ quibus mod. re contrah. oblig.* Et si habitatio datur gratis, potius ipsa substantia domus, vel habitatio inspicitur *l. 1. ff. commodati.* In seruitute autem ius duntaxat habitandi inspicitur,
 38 deterius nulla ratione faciendum. Hottom. *lib. 3. obs. c. 23.* Habitatio igitur ¶ est ius habitandi certa mercede in aliena domo & est seruitus, non locatio, quæ contractus est, nec commodatum, quod contractus est, & sine mercede natura sua constituitur: Et ita facile videmus quo respiciat *l. in adib. 9. ff. de donat.* vbi dicitur, in alienis ædibus habitare gratis, donatio videtur. Nam ibi ab initio fuit concessa habitatio certa mercede, quæ postea fuit remissa & donata, vel fuit locata habitatio vel merces remissa. Sic in *l. Aquilius. 27. ff. de donat.* gratis conceditur habitatio Nicostrato Præceptorum ab Aquilo Regulo, iuvene & discipulo. Et similiter *in l. si mercedem. 53. in princ. §. si habitatoribus, de act. emt.* Atque ita Hottomanni sententia corrui, qui *lib. 3. obser. cap. 23.* existimat, habitationem non recte ius, sed domum ipsam definiti, quasi habitatio sit domus non ius. Deinde non obtinet Hottoman. in eo, quod putat habitationē semper fieri gratis. Refutatur enim *ex d. l. cum antiquitas*, vt supra est dictum.

num eam quæstionem intricatam & Gorgoneo nodo intricatiorem vno ictu quasi discil-
disse, vt Weseemb. *in paratit. ff. de seruit. n. 5. in fin.* eleganter affirmat. Sed obiicitur primo,
l. 1. 4. in pr. ff. de seruit. vbi dicitur discontinuas seruitutes non vsucapi, quia possessio per cō-
tinuationem interpellatur & ideo vsucapio nō procedit. Resp. Eriam si actus sint discon-
tinui, tamen semper ius seruitutis animo possidetur continuo, quia aliquis vtitur serui-
tute (forte aquæ ductus) quoties placet & opus est. Nec enim quis perpetuo ea agere po-
test, quin interdum desistat: Animo tamen nihilominus ciuilitur possessionem retinet. Er-
go quo ad actum seruitutis discontinuæ esse possunt, quo ad animum sunt continuæ.

II. Obiicitur *l. 4. §. si via. ff. de vsurp. & vsucap.* vbi dicitur seruitutes longo tempore nō
vsucapi: Ergo nec 10. vel 20. annis vsucapiuntur, quod longum tempus dicitur, *tot. tit. C. de long. temp. præscript. 10. & 20. annorum.* Resp. Id fiebat propter leg. Scriboniam, quæ
vetuit ac prohibuit seruitutes vsucapi ac præscribi. Nec continuas nec discontinuas, nec
personales nec reales. Idque fauore libertatis, & odio seruitutis, vt Weseembec. *in paratit. h. tit. & Cuiac. ad d. l. 4. si viam* notant. Denique obiicitur *l. hoc iure. 3. §. ductus aqua. ff. de aqua quodid. & asina.* vbi dicitur ductus aquæ cuius origo memoriam excessit, consti-
tuti loco habetur: Ergo ad seruitutem præscribendam tempus immemoriale requiritur,
nec sufficiunt anni vel 10. vel 20. Resp. Quæritur *in d. l. 3. §. ductus aqua*, an ductus aquæ,
cuius origo memoriam excessit, titulus sit docendus? & respondetur titulum esse docen-
dum, quando quis habuit sine origine, vel cuius origo ignoretur, quia diuturnitas tempo-
ris loco constituti, hoc est, loco priuilegij est, vt Weseembec. eleganter hanc legem expli-
cat, *in §. res fisci infra. de vsucap.* hoc est, efficit, vt titulus sit, vbi tamen reuera titulus nō fuit.
Non tamen inde sequitur perpetuum tempus seu immemoriale ad præscriptionem serui-
tutum requiri, quia hoc in certo casu est, vnde regula non est sumenda. Manet igitur ve-
rum per Iustinianum vetus ius varium, præscript. seruitutum certum esse factum, *per l. 1. & l. 18. in fin. C. de longi temporis præscriptione, & c.*

DISPUTATIO XI.

Ex tit. 9. lib. 2. Instit. de vsucapionibus & longi temporis
præscriptionibus.

Thesis I. Singulæ res an hodie vsucapione acquiruntur? Mynsing *in ru-
bric. Instit. de vsucap.*

2 Iure ciuili dominia rerum acquiruntur vsucapione, donatione, succes-
sione, arrogatione, additione & adiudicatione. §. 1. *Instit. de vsucap.*

3 Introducta est vsucapio à lege 12. tabul. ob bonum publicum, ne vide-
licet dominia rerum semper sint in incerto. §. 1. *Instit. hoc tit. l. 1. ff. eod.* Mynsing.
in rubric. tit. Instit. num. 14.

4 Vocatur autem vsucapio, quod res vsu per eam capitur, id est, sine pre-
cio & gratis acquiritur. Weseemb. *in paratit. ff. de vsurpat. & vsucap. num. 2.*

5 Nam capionem pro gratuita acquisitione poni dubium non est. l. 8. 12.
18. & 21. *ff. de donat. caus. mort.*

6 Vſucapere ſignificat vſu retinere, atq; ita alterius vſucapionem poſſeſſionemq; interrompere. *l. 2. vbi Cuiac. l. 4. §. ſin. ff. de vſurpat. & vſucap.*

7 Vſucapio eſt adiectio domini per continuationem poſſeſſionis temporis lege definiti. *l. 3. ff. eod. tit. Mynſing. in rubr. num. 6. Inſtit. de vſucap.*

8 Dominium vſucapione transferri poteſt, & per dominium intelligitur dominium directum, hoc eſt, proprietas cum vtendi fruendi commoditate. *Mynſinger in rubric. num. 7. Inſtitut. hoc tit. Coraſ. lib. 6. Miſcellan. cap. 20.*

9 Per poſſeſſionem vſucapio inducitur, quam poſſeſſor proprio non alieno nomine habet, nec per alium, niſi ſe poſſidere compertum habeat. *l. 25. ff. eod. tit. l. 2. C. de præſcript. 30. annor. l. 109. ff. de verbor. ſignif.*

10 Poſſeſſio ad vſucapionem ita eſt neceſſaria, vt hæc ſine illa non procedit. *l. 2. §. 1. ff. pro herede.*

11 Poſſeſſionem autem intelligimus ciuilem ſolam, vel cum naturali coniunctam, non naturalem tantum. *Dyn. in c. ſine poſſeſſione. num. 3. de reg. iur. in 6. l. requiritur. §. ſin. vbi glo. in verb. poſſedit ff. de acquir. rer. domin.*

12 Quo ad poſſeſſionem in vſucapione requiruntur bona fides, iuſtus titulus, res præſcriptibilis, traditio rei & continuatio temporis. *Wefenbec. in paratit. ff. de vſurpat. & vſucap. num. 11.*

13 Error falſæ cauſæ parit vſucapionem, quod intelligitur de errore facti vel iuris. *Wefenb. & Mynſing. hic.*

14 Bona fides eſt ſincera & illæſa conſcientia vnumquemq; certo excuſans de ignorantia rei alienæ, quam vel tradit alii, vel accipit ab alio. *Mynſ. in rubric. huius tit. num. 13.*

15 Vſucapiens tum bonam fidem habere dicitur, ſi neſciat rem alienam, vitioſam vel alias à legibus alienari prohibitam. *Mynſ. & Wefenb. hoc loco.*

16 Hinc bona fides ad vſucapionē requiritur, & quidem iure ciuili eam ab initio ad fuiſſe ſufficit. *l. 48. ff. de acquir. rer. domin.*

17 Quod tamen ius Canonicum, quod omni tempore bonam fidem requirit, non admittit. *c. ſin. vbi Dd. de præſcript.*

18 Et hæc adeo neceſſaria eſt, vt poſſeſſor credat, eum, à quo habet titulum, fuiſſe dominum, & habuiſſe ius diſtrahendi aut alienandi, aut ſaltem credat ſe vſucapere poſſe. *l. 110. ff. de verbor. ſignific. l. 32. §. 1. ff. de vſurpat. & vſucap.*

19 Iuſtus titulus eſt, per quem indicatur aliqua poſſidendi legitima cauſa ſufficiens ad dominium acquirendum vel in re naturali vel ciuili. *Mynſing. in §. ſingularum. num. 6. Inſtit. de rerum diuiſ. & qualit.*

20 Titulus à tuendo appellatus, quod factum authoris tueatur, veritatem

tatem cuiuslibet rei indicans. Mynſing. *in rubric. num. 12. Institut. de vſucap.*

21 Iuſta poſſeſſio, vt viam ſuam ac poteſtatem habeat, & vſucapiendi cōditionem præſtet, requirit legitimū titulū, bonā fidem atq; rem talem, quæ vſucapi poſſit. Mynſ. *in rubric. num. 11. Inſtit. hoc tit.*

22 Hæc etiam requiritur, quam poſſeſſor ſciat ſe habere ſuo nomine. *l. 2. C. de præſcript. 30. annor.*

23 Vſucapionem recipiunt maxime res corporales. *l. 9. ff. de vſurpat. & vſucap.*

24 Res vero propriæ, ſacræ, ſanctæ, religioſæ. Item liber homo, loca publica vſucapioni & præſcriptioni ſubiecta negantur. *l. 45. ff. eod. l. 6. C. de oper. publ. §. ſed aliquando. h. tit.*

25 Non ſolum autem hic intelliguntur res corporales, ſed & incorporales, vt ſeruitutes & iuriſdictiones: licet enim olim propter legem Scriboniam vſucapi non poterant, tamen obtinuit & has inſtar rerum immobilium acquiri poſſe. *l. 10. §. 1. ff. de vſurpat. Hottoman. lib. 3. obſer. 25.*

26 Res quæ ſolo continentur, ita procedunt, ſi quis poſſeſſionem vacantis loci propter abſentiam aut negligentiam domini adeptus fuerit. *§. quod autem. hoc tit.*

27 Intrans vero poſſeſſionem rei alienæ mala fide, non præſcribit: ſecus in eo, qui eam bona fide accipit: *§. quod autem. Inſtit. hoc tit.*

28 Procedit quoque vſucapio, etiamſi res ſoli ſine vi poſſeſſa ſit. *d. §. quod autem. d. tit.*

29 Diutina poſſeſſio, quam defunctus bona fide naſtus erat, in herede & bonorum poſſeſſore continuatur. *§. diutina. Inſtitut. d. hoc tit.*

30 Tempora inter emtorem & venditorem quoq; ad comprehendendam vſucapionem recte continuantur. *§. inter venditorem. Inſtit. h. tit.*

31 Quod noſtra conſtitutio ſimiliter & in vſucapionibus obſervari cōſtituit. *l. vnica. C. de vſucap. transform.*

32 Ediſto diui Marci cauetur eum, qui rem alienam à fiſco emit, ſi poſt venditionem quinquennium præterierit, dominium rei exceptione repellere poſſe. *§. ult. Inſtit. h. tit. l. ſin. C. ſi aduerſ. fiſcum.*

Corollarium: Cuilibet actioni ſeu promiſſioni an 30. annis præſcribi poſſit? *l. cum notiſimi. 7. §. in his etiam promiſſionibus. 6. C. de præſcript. 30. vel 40. annorum.*

DISPUTATIONIS XI.

De vsucapionibus, & longi temporis præscriptione,
obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 *Vsucapi an tantum res singula possint.*
- 2 *Hereditas an vsucapi possit.*
- 3 *Vsucapio, longi temporis possessio, & longi temporis præscriptio quomodo differant.*
- 4 *Vsucapio an sit bono publico introducta.*
- 5 *Vsucapio propter quas causas aqua & iusta habeatur.*
- 6 *Vsucapio cur à Iustin. impium præsidium vocetur.*
- 7 *Possessionis vocabulum quomodo sit accipiendum.*
- 8 *Vsucapione quando transferatur dominium.*
- 9 *Possessio est causa vsucapionis & dominii.*
- 10 *Vsucapio quibus casibus non procedat.*
- 11 *Dominium vsucapione quale transferatur.*
- 12 *Dominij diuisio in Civile & directum non est iuris.*
- 13 *Possessio ad vsucapionem necessaria, qualis intelligatur.*
- 14 *Vsucapio per procuratorem fieri non potest.*
- 15 *Possessio requirit certum & iustum titulum.*
- 16 *Error falsa causa, vsucapionem parit.*
- 17 *Fides bona quomodo ad vsucapionem requiratur.*
- 18 *Iure Canonico bona fides in continuo vsucapionis tempore requiritur.*
- 19 *Vsucapionem maxime recipiunt res corporales, interdum tamen & incorporales.*
- 20 *Prædia Ecclesiastica an vsucapi possint.*
- 21 *Res furtiua quando vsucapi possit.*
- 22 *Vsucapio procedit etiam si sine & si res soli possessa sit.*
- 23 *Vsucapi an possit à malefidei possessore acceptum.*
- 24 *Possessio diutina quam defunctus bona fide nactus erat in heredem continuatur, licet ipse sciat rem esse alienam.*
- 25 *Vsucapio in heredem recte continuatur.*
- 26 *Pactum de retrouendendo an præscribitur.*

1 **A**D Thefm 1.] Affirmatur vsucapionē acquiri † singulas res. Cui assertioni obijci-
tur valde *l. in rem. §. ultim. ff. de rei vindic.* ubi dicitur quod dominus vsucapi possit,
quæ totum seu vniuersum est, cum multas partes contineat. Respond. Et si domus res sit
quædam vniuersa, quæ multas alias res in se contineat, tamen non est ius vniuersale, hoc est,
hereditas seu vniuersitas, quibus opponitur acquisitio per singularitatem, hoc est, per sin-
gulas res. Et ideo denique totum vt vniuersum vindicari potest, *d. l. in rem. §. fin. quem-*
admodum & grex qui vniuersum quiddam vindicatur l. i. §. fin. ff. de rei vindic. Et pe-
ritio hereditatis vniuersum ius, id est, totam hereditatem vel quoram eius partem vindi-
cat *tot. sit. ff. de petit. heredit. & tit. si pars hered. pet.* Rei autem vindicatione singulæ res
petuntur. §. *omnium infr. de act. & d. l. i. in princ. ff. de rei vind.* Et si domum vsucapio, il-
lam possideo, & quia possideo, etiā vsucapio; procedit, *l. sine possessione. ff. de surp. & vsucap.*

nec tamen singulas res, puta, in domo contenta possideo, *l. qui vniuersas 30. in princ. ff. de acquir. poss.* Ergo nec eas vsucapere possum, & ideo dissoluta domo, res in ea contentas vindicare possum, *d. l. in rem. §. ult.* cum non sint vsucapiae quia nec possunt, *d. l. qui vniuersas. 11.* Obiicitur contra datam solutionem, hereditatem vsucapi posse, *l. 1. & 101. tit. ff. pro hered.* quae tamen est ius vniuersale, *dict. l. 1. in princip. ff. de rei vind. l. hered. ff. de reg. iur.* Respond. hereditas vsucapi ¶ non potest, quia est ius, & iura vt res incorporales nec vsucapiuntur, nec possidentur, *l. seruus 43. §. incorporales. ff. de acquir. rer. dom.* Id quod Accursius *d. l. 1. ff. pro hered.* & ibidem Cuiac. annotant. Titulus igitur pro herede, singulas res tantum vsucapit, non vniuersum ius. Welsenbecius *in parat. ff. pro hered. num. 6.*

Ad Thes. 2.] Hæc tria vsucapio, longi temporis possessio & longi temporis prescriptio, apud interpretes confunduntur, teste Cuiac. *hic in not. prior.* imo ex textibus iuris confunduntur. Quamuis alias inter hæc ¶ differentia sint, inter quas nota est differentia. quod per longi temporis possessionem res vsucapiantur & prescribantur, vt *hic in pr. Iustin.* affirmat & nos *in thes. 10.* ex qua satis apparet longi temporis prescriptionem, hoc est, vsum annorum legitimorum esse causam vsucapionis, seu prescriptionis, & vsucapio tum est effectus, nam sine possessione vsucapio non procedit, *l. sine possessione ff. de vsurp. & vsucap.* alias differentias apud Welsenbec. *in rubr. & alios, vide, &c.*

Ad Thes. 3. 4. 5. 6.] Affirmatur vsucapionem ¶ bono publico esse introductam. Cui primo opponitur ita, vsucapio id quod cuiusque est aufert, Rei cuius non est attribuit, quod fieri non debet, quia nemo cum alterius auctoritate debet fieri completior, *liure natura. l. id q. nostru est. ff. de reg. iur.* Ergo vsucapio non bono publico est introducta, cū bonum publicum, omnium potius spectet utilitatem, non damnum. Respond. Multæ sunt causæ ¶ quare æqua & iusta habeatur, quæ *in thes. 3. 4. 5. 6.* exprimuntur. Primo vt finiantur lites, ne sint perpetuæ de possessione controuersia. Vnde Cicero eā vocat finem sollicitudinis & periculi, & iudicis est diminueret lites, *l. quidem 21. in fin. ff. de reb. cred. 11.* Quia ex patientia & silentio tacitus consensus præsumitur, id quod simili probatur, ex eo qui non adiit hereditatem, sit tamen eam longo tempore possidet, admissus videtur *l. qui in aliena 6. §. sed & siff. de acquir. vel omit. hered.* III. Ratio. Quamuis priuatis aliquid auferat vsucapio, tamen inde iuuatur publica utilitas, quæ potior est: Et in summo est bono Reipublicæ cuius semper potior est causa *l. ius publicum. ff. de pact. & Cicero lib. 3. de legib. dicit: Salus populi suprema lex esto, Cuiac. ad rubr. tit. ff. de vsurp. & vsucap.* Vaconius à Vaconia *lib. 1. Var. lect. cap. 28. n. 4.* Manet igitur verum vsucapionem longa & indubitata possessione acquiritam non esse auferendam, §. quod ad eas *h. tit.* præsertim cū bona fides tantum præstet possidenti quantum veritas, quoties lex non est in contratio, *l. bona fides tantum. ff. de reg. iur.* Hinc licet pactis iuri publico non possit derogari, puta quando partes pactum opponunt, ne iure offerendi ex contractu villo tempore prescribi possit, nihilominus tamen currit prescriptio, quia priuatorum pacta, publica non mutant *auth. res qua C. communia de legat. & fideicommiss.* Welsenb. *n. 14.* quamuis tamen pacto re tuendi offerendi & iis quæ meræ sunt facultatis 30. annis prescribatur. II. Obiicitur ita: Qui se tueretur iniquo vsucapionis præsidio peccat & in peccato manet, eo quod habet malam fidem. Sed vsucapio est impium præsidium, vt à Iustis. Imp. vocatur *in Nouell. 9.* Ergo qui vsucapit munici se impio præsidio & in peccato manet. Et per consequens vsucapio est iniqua, dum à Iustin. posteriorib. constitutionibus improbat. Respondent aliqui loqui ibi Iustinianum de fraudulenda vsucapione, quæ fit in rebus Ecclesiasticis, quibus auari inhiabant, quibus tam facile ob fauorem Ecclesiasticum prescribi non potest, nec loqui Iustinianum

de ea, quæ oritur ex negligentia priuatorum. Et actiones, quæ competunt pro rebus fœneralibus, domibus, locis vel ciuitatibus præscriptione 40. annorum tolluntur *Novell. 111. § 108. 131. sublata l. Slt. C. de sacrosanct. eccles. q. 100. annorū præscriptionē introduxit, Cuiac. lib. 5. obseruat. cap. 5. Borcholt. cap. 7. feud. part. 3. n. 8.* Alii respondent vt & Pacius *ad. d. Nouel.* notauit, subrepticiam esse d. Nouellam, idque ex *Novell. 111. & 137.* patere in quibus ea, quæ hac *Novell. 9.* disponuntur contraria dispositione emendantur & tolluntur. Schrimgerus quoq; indicat *dict. Nouell. 9.* neque in Basilicis, neque in numero Græcarum Nouellarum reperiri, & Nouellā hanc esse supposititiam & à Pontifice insertam, colligitur ex *c. ad audientiam 13. cum seq. ext. de præscript. vbi 100. anni requiruntur ad præscriptionem Romanæ Ecclesiæ.*

Ad 7. & 11. Thes.] Proponitur in hac thesi definitio Modestini *ex l. 3. ff. eod.* Sed referente Mynsingero *hic in rubr. nu. 11.* Paulus Castrensis ideo hanc falsam putat definitionē, quod non exprimat bonā fidem, nec iustam causam, quæ duo ad vſucapionem sunt necessaria, vt *in seqq.* dicemus. Resp. Vocabulum ꝑ possessionis, cum effectus est accipiendum pro vera, iusta, plena ac perfectā possessione, quæ titulum & bonam fidem habeat. Myns. *hic in rubr. n. 11. Wel. ff. eod. n. § 6.* Et bona fides vel requiritur ab initio ad possessionē continuandam, & vſucapionem cauſandam, de iure ciuili, vel sit continua de iure Canon. secundum *c. Slt. extr. de præscript.* Nec opus est in definitione poni, eam esse in re aliena, quia hoc constat satis ex eo, quod dicitur in definitione, eam esse adiectionē domini. Quod enim nostrum est nobis amplius non addicitur, *§ sic itaq; discretus in fr. de act.* Notandū tamen vſucapionem ꝑ tum demū transferre dominium, si à non domino res tradatur & bona fide accipiat, *l. traditionib. 20. C. de pact.* Alias, si quis à vero domino, quid accipit, iure naturali per traditionē seruus fit dominus, nec opus habet vſucapione, nec illa tum locum habet, *l. sequitur 4. § si ex lana ff. de vſucap.* Cuiac. *ad hunc tit. in pr. §. per traditionem sup. de rer. diuis.* Secundo definitioni obicitur *l. si finita 15. §. si de vestigal. ff. de damno infecto.* vbi dicitur domum non posse capi possidendo. Ergo per possessionem dominium non acquiritur. Resp. Loquitur *d. l. si finita* de tali casu, quando quis est missus in possess. ex primo decreto, de quo ibi pro subiecta materia agitur, tum enim nō statim dominiū acquiritur. Tertio Cuiac. Duaren & alii volunt legi in definitione *adeptio* pro *adictio*, sed Wel. *nu. 3. & 4. ff. eod.* putat rectius legi *adictio* quasi à lege facta, quam *adeptio*, id est, acquisitio à tradente facta. Non enim statim traditione transfert dominium is, qui dominus non est, sed saltem vſucapiendi conditionem. Idem sentit cum Wel. Coartius *lib. 1. dſſ. c. 10. & 12.* Glossa autem putat non esse ponendam in definitione adeptionem vel adiectionem, sed adeptionis causam, & cōmouetur *per l. 3. §. ex plurimū. ff. de acquir. rer. poss.* vbi dicitur dominium acquiri ex nuda tantū causa: si enim dominium acquireretur vſucapione item donatione, & vtrunq; esset dominiū adeptio, sequeretur ex plurib. causis dominiū acquiri. Resp. Cuiac. *in l. 3. ff. de vſucap.* respondet hoc modo: Vnam esse causam, & quidem proximam, possessionem scil. eiusq; possessionis multiplices esse titulos, & titulus est causa possessionis. Possessio ꝑ causa est vſucapionis vt & dominiū *l. 1. ff. de acquir. poss.* Possess. multæ causæ sunt. Vſucapionis vna: Dominiū autem non vnus titulus sed plures.

Quarto obicitur *l. præscriptio 45. in pr. ff. de vſurpat. & vſucap.* vbi dicitur præscriptio nem lōgē possessionis ad acquisitionē nihil prodest. Ergo falsum est quod dicitur in definitione, vſucapione acquiri dominiū mediante possessione. Resp. Proponuntur in *d. l. præscriptio*, duo casus, ex quibus ꝑ non procedit vſucapio. Primus est, si quis in litore ædificauit, q̃ antea nullius fuit, & propterea destruxit ædificiū non potest prohibere, quo minus ibi alter aliquis, qui est primus occupans ædificet, quia locus in quo ædificium de-

Actum steric, recidit in pristinam causam, id est, fit rursus communis iure naturali. Secundus casus est, si quis plurib. annis piscatus est, & dereliquit piscationem, & postea alius quispiam apprehendit derelictam piscationem: tam primus qui dereliquit piscationem, eum prohibere non potest, quo minus piscetur. In isto contra datam solutionem dicitur cum, qui primus piscatus est prohibere alterum piscantem non posse. Cui oppono *l. si quis quā 7. ff. de diuers. temp. praescriptio*. vbi iisdem verbis contrarium dicitur. Resp. Ibi possessio longa piscandi non fuit interrupta, sed continuo est piscatus. Ergo alterum eodem iure prohibere potest. Et hac solutione accepta, ut vera, ad correctionem textus non est confugiendum.

Ad Thes. 8.] Dicimus in illa thesi vsucapione transferri dominium per dominium, dominium tamen plenum intelligimus, h. e. proprietatem cum vtendi fruendi commoditate, nec vile dominium agnoscimus, vt supra in *disf. 2. lib. 2.* fuit dictum. Mynsing. *hic in rubr. vum. 7.* Coram. *lib. Miscell. 6. cap. 2. o.* probatur in *l. 2. in verb. nemo colonorum sibi ius proprietatis usurper.* hoc est, vsucapiat, & per id dominium acquirat, *C. de praescript. 30. vel 40. annorum.* Hinc rei vindicationem habet is qui vsucapit, & tutus est exceptione dominij peremptoria, aduersus priorem dominum occupantem & rem suam vsucaptam repetere volentem *l. si quis 8. C. de praescript. 30. vel 40. an.* Et hac exceptio est litis finitæ impeditque litis contestationem vel ingressum, *C. 14. de lite contest.* in *6. Wessenbecius num. 14. ff. eod.* Sed obiicitur quod tantum vile transfertur dominium per vsucapionem & non dominium directum *l. si duo. 13. §. 1. ff. de iur. iur. & §. 1. §. 1. ff. de aqua plu. arcend.* vbi dicitur dari ex longa possessione vilem actionem. Ergo dum vtilis datur actio, dominium vile transfertur, alias directæ actio competeret. Respond. Loquuntur illi textus in certis casibus, & faciunt mentionem vtilis actionis: sed non statim inde sequitur, de vili dominio tantum ibi agi, & vsucapione dominium vile acquiri, quia tamen vile dominium nullum est & magistrorum potius est diuisiu dominij in vile & directum, non iuris, vt Petr. Costalius putat, in *l. 1. ff. si ager, & etigal. 11.* Ei q. dicitur vsucapione transferri dominium obijciatur *l. si potest acceptum 18. ff. de rei vind.* vbi dicitur rei vindicationem dari pro re repetenda, etiamsi quid vsucaptum sit. Ergo vsucapio dominium non transfert. Resp. Petr. Costalius ad *d. l. si post acceptum*, quod vsucapio quidem per litis contestationem non interpelleretur, sed pendente lite procedat, quoad cursum tantum, quemadmodum & in *§. vlt. l. 2. ff. per emptore* dicitur, & per libelli obligationem *l. pen. & §. 1. Cod. de annal. exception.* Cuius in *l. 2. ff. eod.* Et statim post litis contestationem etiam bonæ fidei possessores fiunt malæ fidei possessores *l. sed et si 25. §. 1. ff. ante litem ff. de per. hared.* Idem sentit ad *d. l. si post acceptum*: Et nisi id diceremus expresse refragaretur *l. nec bona 10. C. de longi temporis praescriptio*. vbi dicitur, bona fidei possessionem adeptis praescriptio post moram litis contestata non proficere, cum quo *l. mora 26. C. de rei vind.* conuenit. Sed contra datam solutionem obiicitur *l. sed et si vsucapio 14. in pr. ff. famil. hercisc.* Vbi dicitur post litem contestatam vsucapionem completam dominium tribuere, id quod superiore solutione negatum est. Resp. Castalius in *d. l. si post acceptum*, hoc modo: Cum nominatim super re iudicium acceptum est, litis contestatio saltem in effectu interpellat vsucapionem: quod si actum est generali actione, puta famil. hercisc, vt in *d. l. sed et si* & vsucapio post acceptum iudicium contestatum in certa re sit completa, omnino res illa de iudicio subducitur, nec litis contestatio in effectu vsucapionem interpellauit. III. Obijciatur *l. praeter ea 20. ff. de rei vind.* vbi vsucaptum est restituendum, scil. partus ancillæ, & omnis causa. Respondi. Post acceptum scil. iudicium, quia tum non tantum principalis res repetitur, per rei vindicationem, sed & omnis causa *l. cum fundus 31. ff. de reb. cred.* Quia tum bonæ fidei possessores, fiunt malæ fidei possessores vt supra dictum est.

I V. Obiicitur *l. in rem 22. in fin. ff. de rei vindicat.* Ex quo apparet etiam vsucapra vere & bona fide esse restituenda. Ergo vsucapio non tribuit dominium. Resp. ad illam *l. vide quæ in thes. 1.* hac disputatione sunt dicta.

- 13 *Ad Thef. 9.*] Possessio ad vsucapionem est necessaria, sine quo non procedit vsucapio. Possessio est intelligimus civile solâ, vel cû naturali coniunctâ, nō naturalem solâ. Dinus *in c. sine posses. 3. n. 3. de reg. iur. in 6. l. requiritur. §. fin. vbi gl. in verb. possedit. ff. de acquir. rer. dom. l. 2. §. 1. ff. pro hared.* Hinc fit usufructuarium vsucapere non posse, quia semper in iure errat. Cuiac. *hic.* Deinde tantû habet ius vtêdi fruêdi, nec possidet: sed potius in possessione est. §. *fructuarius* *infr. per quas person. cuiq. acquir.* Nec obstat usufructuariû habere vile interdictû, vnde vi, si prohibetur in fundo vtî frui. *ff. de vi & vi arm. quia interest usufructuarii, cum in suo iure non turbari.* Ideo hoc interdictum habet vtiliter non directo, quia vtilis tantum Dominus est, hoc est, ius vtendi fruendi habet, vel saltem est in naturali possessione *l. naturaliter. ff. de acquir. posses. nec* civiliter possidet, id est, animo domini, sed saltem vtitur fruitur re, eamque in conspectu habet. Et in omni vsucapione requiritur, vt quis opinione proprietatis rem teneat, hoc est, proprio nomine non precario & quidem ab initio bona fide *l. 1. C. de vsucap. l. 2. C. de præscript. 30. vel 40. annorum,* vbi dicitur, initium bonæ fidei colonos habere non posse, nec conuenire eos possessores appellari, quia ita tener, vt ob hoc ipsum soli debeant mercedem. Quæritur nunc vterius, anne
- 14 per ꝑ procuratorem vsucapiatur? Et respondetur quod non, quia vsucapio non nisi scienti procedit, quamuis possessio per procuratorem ignorantem acquiratur, vt Ictus Papi-
nianus ostendit, claris verbis *in l. possessio 49. §. ff. de acquir. poss. §. ex his* *infr. per quas person. cuique acquir.* Nec obstat *l. 2. ff. pro socio l. Labeo 8 in princip. l. si seruum l. si emtorem l. Celsus 2. l. qui fundum §. vlt. ff. pro emtore.* quia in rebus peculiaribus id procedit. Nam ex causis peculiaribus ignorantes vsucapiunt per alios, idq; iure singulari fieri dicitur *in l. peregre 44. §. quasitum. ff. de acquir. poss. Wesenb. n. 11. ff. eodem.* Cuiac. *in l. 4. ff. eod.* Hinc sequitur sententiam eius, qui vsucapit per alios ad conditionem esse necessariam *l. 1. C. de acquir. poss.* Nam bona fides requiritur quam ignorans non habet, quia ignoti nulla cupido, & sic nulla etiam possessio est, sine qua vsucapio non procedit. *gl. in d. l. C. l. sine possessione. ff. eod.*

- 15 *Ad Thef. 12.]* Possessio requirit ꝑ certum & iustum titulum, hoc est, causam. Cui ob-
stare videtur *c. vlt. extra de præscript.* vbi saltem bona fides requiritur. Resp. Bona fides coniuncta cum bono titulo & iusto, vnde *quod in d. c. vlt. docet, id ex c. si diligenti 17. in fin. extr. de præscript.* est supplendum: vbi bona fides & titulus coniunctim requiruntur. Et sane vulgati versus veterum hic sunt notandi, qui requisita vsucap. continent, hoc modo.

Non vsucapies nisi sint tibi talia quinque.

Bona fides: iustus titulus: res non vitiosa:

Vt res tradantur, tempus quoq; continuetur.

- 16 *Ad Thef. 13.]* Dicimus ꝑ errorem falsæ causæ parere vsucapionem, & intelligimus hic errorem facti, non iuris. Wesenb. *hic* & Mynsinger. Nam facti error in proprio facto admissus non prodest, quamuis fiat fide bona, *l. Celsus 27. ff. eod.* Alieni autem facti error prodest, ideo, quod pro suo vsucapi potest *l. vlt. §. pro suo.* Nec iuris error prodest *l. nunc quam 31. in pr. ff. eod.* Et in summa nemo vel bona fide vel mala fide causam possessionis sibi mutare potest. *l. non solum 33. §. 1. ff. eod. d. l. 2. §. 1. ff. pro hared.* Et omnes illi tituli pro soluto, pro donato, pro dato, &c. procedunt in bona fide si quis putat & existimat certo, sc à ve-

se à vero domino accepisse quid in donatum vel dotem. Hi enim tituli quasi species sunt vsucapionum subiectæ titulo de vsucap.

Ad Thef. 14. 15. 16. 17. & 18.] Bona fides † ad vsucapionem requiritur, & quidem¹⁷ iure ciuili sufficit ab initio eam adfuisse. *l. qui sit. §. & ff. de vsurp. l. bona fides 48. ff. de acquir. rer. dom.* quia superuenientem scientiam quasi tegit & obuelat. Et hoc est, quod dicitur in *l. & in fin. C. de prescript. long. temp.* nullam scientiam vel ignorantiam esse expectandam, si sit bonum initium, hoc est, vbi dicitur, licet quis sciat prædium esse alienum tamen vsucapere eum id posse. Ergo mala fide, id est, conscientia rei alienæ currit præscriptio. Respond. Ille §. loquitur de herede vel bonorum possessore, in quo accessione temporis continuatur possessio, quæ defuncto prodeffe cæpit, hoc est, quæ defunctus bona fide habuit. Alias enim in heredem vel bonorum possessorem, eam transferre defunctus non potuit. *l. nemo plus iuris. ff. de reg. iur.* Deinde vnuersum ius transit in heredem *l. hered. ff. de reg. iur.* Ergo & vsucapionis conditio in heredem continuatur. Omne enim, nihil excludit, de quo infra plura. Incidens igitur mala fides non interrumpit vel interpellat vsucapionem. Si autem ab initio bona fides non adfuit, non obtinet vsucapio, *l. bona fides 48. in pr. ff. de acquir. rer. dom. l. 2. in fin. pr. ff. pro emtore.* Sed contra datam solutionem PROBO, non tantum ab initio, sed etiam traditionis tempore bonam fidem requiri, vt constat ex *l. sed etsi §. & ff. de publ. in rem act.* vbi si emta res est, quæ debet vsucapi, duplex tempus est spectandum, initium scilicet contractus & tempus traditionis. Respond. Hoc speciale est in emtione & venditione, vbi vtroque tempore bona fides requiritur, *l. 2. in princip. ff. pro emtore & l. pen. ff. de vsucap.* in quo casu *d. l. 7. §. & ff.* loquitur. Alias in vsucapione initium tantum spectatur, vt & in stipulatione, donatione & permutatione, & aliis contractibus dicit. *l. 2. in princip. ff. pro emtore dicit, l. pen. h. titul.* Et ratio diuersitatis hæc est, quia qui emit mala fide, hoc est, sciens, rem quam emit esse alienam, nullum contractum celebrat, qui dolus & fraus ab omni contractu absit, *tot. titul. ff. de dolo malo.* Deinde emtio est contractus bonæ fidei, eoque nullus fere inter homines est frequentior, eiusque traditione transfertur dominium. *§. vendita sup. de rerum diuis.* vel vsucapionis conditio, si is qui tradit Dominus non est *l. clau. 74. ff. de contrahen. emt.* At in donatione, stipulatione & permutatione, qui sunt contractus stricti iuris, sufficit tempus traditionis, quia traditio sola adfert vim donandi: Et in his etiam habeamur scientiam rei alienæ, tamen non improbe facio, qui oblata libertate vtor sperans eius rei quam quis promissit dominium me aliquando recepturum, vt stare promissis possit. Wesenb. *nu. 3. ff. pro emtore, & Cuiac. in l. si aliena. ff. eod.* vbi dicit stipulari possumus scientes, nō scientes emere, q̃ bona fides non patitur. Sed quod dicitur in emtione vtrunque tempus spectari, ei obiicitur *l. si aliena 10. in princ. ff. eod.* quæ loquitur in casu emtionis, & dicit, traditionis tempus esse inspiciendum. Ergo falsa est supra data solutio. Respond. Inter diuersæ scholæ aucthores, hoc est, Proculianos & Sabianos semper constitisse, quoad bonam fidem, tempus emtionis spectari oportere, sed in eo controuersiam fuisse, vt an tempus emtionis sufficiat, an vero tempus etiam traditionis necessarium esset? Et Proculianos existimasse, sufficere, si emtor emtionis tempori bonam fidem habuerit. Contra Sabianos, etiam traditionis tempore bonam fidem exegisse. Et Vlpian. docet illam Sabianorum sententiam obtinuisse, & exprimitur traditionis tempus quia de eo erat controuersia: Et idem est ac si Ictus diceret: traditionis etiam tempus inserta particula ET IAM. Nam Sabiniani non negabant etiam tempus contractus esse inspiciendum: Et sic Dn. Borcholt. in rubr. ad h. tit. sentit post Cuiac. in *dist. l. si aliena 10.* Denique ob-

iicitur. *L. & generaliter 20. ff. de noxal. act.* vbi dicitur, posse me vſucapere, quamuis ſciã rem eſſe alienam. Reſpond. Iuſtam cauſam poſſidendi habeo, & iuſtum titulum in publi-
 ciana aetione, cuius ibi ſit mentio quamuis poſtea reſciſcam me non à domino quid ac-

- 18 cepiſſe, Coſtal. *ad l. & generaliter* De iure tamẽ Canonico, ¶ bona fides in cõtinuo vſuca-
 pionis tempore requiritur. Et hoc communiter eſt receptum, in hiſ enim quæ ſpiritu-
 alia ſunt & peccata decernunt, diſputationi iuris Canonici eſt ſtandum, *gloſſ. §. pen. infr.*
de grad. conſ. inguinit. Canoniſtæ in *cap. Clerici extr. de iudiciis.* Gail. *lib. 2. præſt. obſer-*
uat. 18. num. 10. Hinc Schurffius affirmat in *conſil. 82. num. 2. & 3. centur. 1.* præuaſiſſe
 hic ius Canonicum per *cap. ſin. extr. de præſcript.* & eam receptam eſſe ſententiam, in
 Camera imperiali, & per eam ius ciuile mutatum affirmat Mynſing. *centur. 4. obſeruat.*
 6. Coſtal. in *l. & generaliter 28. ff. de noxal. act.* Addit etiam Schurffius in *d. loc.* licet bona
 fides præſumatur ex 30. annorũ poſſeſſione: tamen ſecurius eſſe ea allegari, & dicit hanc
 opinionem eſſe communem, & ſinita ac completa vſucapione omni iure quis pro ſuo
 poſſideri non pro alieno: Et quamuis ſciat rem fuiſſe alienam & per vſucapionem acqui-
 ſitam, tamen conſcientia inde periclitari non poteſt, cum & DEVS in 7. præcepto velit, vt
 res noſtras cuſtodiamus, quod non fit dum vſucapiuntur, imo in vſucapione eſt quædam
 conſenſio & patientia, & volenti non fit iniuria *cap. ſcienti de reg. iur. in 6. vt ſupra dictum*
 eſt. Deinde in vſucapione publicum bonum verſatur, quod priuato derogat, *Cic. lib. 3. de*
 11. Et ideo hinc quis conſcientia laborare non poteſt.

- 19 *Ad Theſ. 22. & 24.*] Vſucapionem reſpiciunt maxime res ¶ corporales *L. vſucapio-*
nem 9. ff. eod. & putat Cuiac. in d. 9. vocabulum maxime eſſe adiectum à Triboniano pro-
pter l. & m. C. de vſucap. transfer. & l. ſelt. in fin. C. de præſcript. long. temp. vbi dicitur ſeruitutes
 vſucapi poſſe quaſi dicat lex, maxime, id eſt, potiſſimum res coporales recipiunt vſucapi-
 onem, interdum tamen etiam incorporeales. Sed obijcitur *L. cum ſponſus 12. §. in velti-*
galibus. ff. de publica in rem act. vbi dicitur prædia veſtigialia vſucapi non poſſe. Reſpond.
 20 Non ¶ poſſunt ideo vſucapi, quia municipalis cautio & lex inhibuit. Inſto contra datam
 ſolutionem ex *l. ſi in finit. 15. §. ſed in veltigal. ff. de damno infecto.* vbi dicitur, quod vſuca-
 pi poſſit veſtigale prædium. Reſp. Ibi cautio non fuit interpoſita à municipe: Alii di-
 cunt vſucapi non potuiſſe veſtigialia prædia. Sed tamen longo tempore acquiri. 11. Ob-
 ijicitur *l. 4. §. Labeo, cum ſeq. & §. ſi rem. ff. de vſurpat. & vſucap.* vbi dicitur, rem furtiuam,
 21 quæ vitium tamen habet, vſucapi poſſe. Reſp. Procedit in eo caſu, quando res furtiua ad
 dominum rediit, & deinde ad alium peruenit. Tunc enim vſucapi poteſt, quia vitium
 cenſetur purgarum, §. *aliquando h. tit. n.*

Ad Theſ. 26.] Hæc procedit in bonæ fidei poſſeſſionibus. Quia defunctus iſtam rem
 in hæreditate inuentam habet ex iuſto cõtractu, puta depoſito vel commodato. Secundo
 eius rei iuſtam & probabilem ignorantiam habet hæres, vt pote, qui in ius defuncti vni-
 uerſum ſuecedit & probabilem cenſetur habere ignorantiam eius rei, *cum quis in ius de*
reg. iur. in 6. Ideo hæres vſucapiendi conditionem optime transferre poteſt in eum, qui
 rem iſtam bona fide accepit.

- 22 *Ad Theſ. 17. & 31.*] Dicitur in *theſ. 27.* vſucapionem procedere etiam ſi ſine vi res ſo-
 li poſſeſſa ſit: hæc theſis deſumpta eſt ex §. *quod autem ad eas res h. s.* vbi dicitur: Is qui loci vo-
 cantis poſſeſſionem propter abſentiam aut negligentiam Domini, aut quia ſine ſucceſſi-
 one deceſſit, ſine vi nanſciſcitur, quamuis ipſe mala fide poſſideat: tamen ſi alii bona
 fide accipiente tradiderit, poterit ei longa poſſeſſione acquiri quia is neq; furtiuum, neq;
 vi poſſeſſum accipit: Et theſis noſtra loquitur in eo caſu, quando res talis ſoli alteri tradi-
 ta eſt, iſq; bona fide accepit. Sed obſtat valde *L. & l. C. vnde vi.* vbi diſponitur, non eſſe per-
 mittendum

mittendum, ut suum cuique auferatur, h. e. ut fundi alieni occupentur. Quia, inquit Iustinus, ridiculum est dicere & audire, quod per ignorantiam rem alienam quasi propriam occuparet quis, cum omnes scire debeant, quod suum non est, hoc ad alium omnibus modis pertinere, unde sequitur usufructuionem in tali re non procedere. Respondeo. Ideo res non est vitiosa per se, sed is qui inuadit ita mala fide, est prædo, h. e. fur, cum sciens alienum occupet, & ideo ex Iustino. constituitur poenam inuasoris non euadit. Nihil autem d. l. & l. disponit de eo, non licere tertio cuidam, usufructuere illam rem, quia saltem dicitur, poena afficiendum eum, qui alienum fundum inuadit. Non igitur valet hic Regula: Quod ab initio vitiosum est tracta temporis non conualescit, quia illa in testamentis procedit. Deinde res hic vitiosa est, id quod etiam glossa explicat in d. l. & l. in verb. & prædonem. Sed notandum aduersus eos, qui a mala fidei possessoribus fundum bona fide comparauerunt, ita Domino competere actionem, si priusquam usufructu implerent, vel legem præscriptionis possessionis adquisierunt, domini uero ad te puenient, ut Gordianus Imperator rescriptit in l. 4. C. de rei vind. Sed huic præsertim opponit thes. 31. ubi dicitur, generaliter vitia possessionum à maioribus contracta perdurare & successionem auctoris sui conuerti culpam. Ergo non est verum, quod usufructu possit à mala fidei possessore acceptum. Respondeo. Quod ex d. l. 4. C. de rei vind. est allatum procedit in speciali successione, non in uersali, hoc est hæredes, vel bonorum possessores: Et in iure singulari, in possessoribus singulares, vitia auctorum non transeunt, nec impediunt usufructuionem, dummodo tamen implentes usufructuionem sint in bona fide. Et loqui illam legem de singulari successione, subiecta materia, quæ est, de rei vindicatio. ostendit. Nam per rei vindicationem singulas res vindicamus, non in uersitatem, hoc est in uersum ius d. l. in pr. ff. de rei vindicatio. sed thes. 31. desumpta ex l. vitia 11. C. de acquir. possess. loquitur de in uersali successione, non de singulari, id quod rubr. ostendit. De acquirenda possess. Et possessio est in uersitas ut hæreditas, l. hæreditatis appellatio. ff. de verb. signif. Wel. in §. diutina h. t. Sed obicitur iustus l. Pomponius. 13. §. fin. ff. de acquir. poss. ubi dicitur vitiosa possessioni nullam accedere posse. Ergo ei nulla accedere potest, contra d. l. 4. C. de rei vindicatio. Respondeo. Verum est nullam accessionem tum fieri posse, sed tamen si forte alicui res aliena venditur à non domino, poterit is cui venditur eam usufructuere, si modo bona fide eam accepit. Et loquitur illa lex de singulari possessore, non de in uersali, & ut accessio in emptione procedat, necesse est ut emtor & venditor in bona fide sit. Cuius. in l. id tempus ff. de usurp. & usufructu. Idem testatur Mynsing. in §. inter venditores, & ibi glossa. hoc test. ubi dicit, emtor & venditor bonam fidem habeant, in in uersali autem sufficit bonam fidem defunctam tantum habuisse ut infra dicitur. Denique contra d. l. vitia 11. C. de acquir. poss. obijciunt iust. mala fidei C. de præscript. long. temp. Vbi si quis à mala fidei possessore quid accepit, 30. annor. præscriptione tutus est. Et distinguitur ibi inter ignorantiam & scientiam. Respondeo. Loquitur illa auct. de præscript. actionis, alias usufructuio & præscriptio rerum currit etiam contra ignorantiam, l. de vit. C. de præscript. long. temp. ubi dicitur, nulla scientiam vel ignorantiam esse domini expectandam, in quo tamen quoad actiones distinguitur. Wel. in d. §. diutina & Cuiac. in Nouell. 119. & spon. salit. larg. in fin. dicit actiones contra bonæ fidei 10. vel 20. annis: Aduersus mala fidei possessores 30. annis præscribi.

Ad Thef. 29.] Diutina possessio quæ prodesse ceperat defuncto, hoc est, quod defunctus bona fide nactus erat, in hæredem & bonorum possessorem continuatur, licet ipse hæres vel bonorum possessor sciat rem esse alienam. Na alias certum est heredes succedere in in uersum ius, quod defunctus habuit. Ergo etiam in usufructuionis tempus continuandum succedit. Quia sufficit defunctum ab initio usufructu potuisse: Si vero defunctus usufructuere non potest, nec successor potest, cum hæres 11. ff. de diuers. temp. præscript. l. 2. C. de fin. & litiu. exp. Sed obijciunt l. quod sit 40. ff. de

acquir. rer. dom. vbi hæres non vſucapit per defunctum bona fide existentem. Reſp. Ibi defunctus bona fide poſſidebat ſeruum, eique ſeruus eſt bona fide hæres liberum enim ſcit: Queritur igitur an per eum vſucapiatur? Et reſpondetur à Icto, quod non, quia non acquiritur quid per liberam perſonam excepto procuratore, vt in ſeq. diſſ. videbimus. Dum igitur hic ſeruus putatiuus liber eſt, idque hæres ſcit, heredi per eum nihil vſucapi poteſt.

II. Obiicitur: Poſſeſſio defuncti non continuatur in heredem. Ergo nec vſucapio. Nam ſine poſſeſſione vſucapio non procedit, & ceſſante cauſa vſucapionis ceſſat ipſa vſucapio: Antecedens probo per *l. cum heredes 23. ff. de rerum poſſeſ. l. fin. C. de editio D. Hadriani ſoll.* Reſpond. Excipitur explementum vſucapionis vt putat Corraſ lib. 6. *Miſcell. cap. 12. in pr.* Ad implendam enim vſucapionem non tantum dominium, ſed etiam poſſeſſio quaſi coniunctim in heredem deſcendit niſi medio tempore ab alio poſſeſſio ſit apprehenſa. *l. poſſ. ff. de ſurpat. C. ſucap.* vel dicendum eſt, in *d. l. cum heredes*, addi: niſi ſit poſſeſſio naturaliter apprehenſa: id quod etiam hic eſſe poteſt. Deniq; obiicitur: Hæreditas eſt iuris, & ſine apprehenſione non poteſt obtingere poſſeſſio, cum facti ſit: Reſpond. Etsi non ſit apprehenſa poſſeſſio, tamen qualis in teſtatore eſt, talis etiam eſt in herede. *l. garis. ff. de acquir. poſſ.* Quia hæres & teſtator vel hereditas, quæ reſtat teſtatorẽ vt defunctum, quemadmodum vna perſona ſunt & vna vice funguntur, *l. heres. 22. l. 3. §. vacuum. l. iſto 44. §. notandum ff. h. t.*

Ad Theſ. 30.] Dicimus inter emtorem & venditorem quoq; coniungi tempora: quibus verbis Weſenb. & Cuiac. in *l. 14. ff. eod.* ſubiiciunt verſ. qui ſequitur, qui talis eſt: id quod etiam ex noſtra conſtitutione in vſucapionibus obſeruat. Et ſunt huius tranſpoſitionis hæ rationes, quare ſcil. ille verſiculus nõ fit ponendus ante *§. inter emtorem*. Sed poſt illum *§.* quia nullam teſtatoris & hæredis mentionem facit in *l. 9. C. de ſucap. tranſfor.* Et ideo poſt *§. diutina*, ſtatim ille verſus non eſt ponendus. Secunda ratio, quia ius illud ſemper
25 certum fuit, vt ¶ vſucapio in heredem continuaretur, quia vna quaſi perſona ſunt hæres & teſtator, vt ſupra dictum eſt: Notandum vero eſt coniungi tempora inter emtorem & venditorem ſcil. in longi temporis poſſeſſione 40. vel 20. annor. id quod etiam ad vſucapionem triennii in mobilibus à Iuſtiniano eſt traditum & pertractum. Sed obiicitur primo *l. ſi ades 32. §. 1. ff. de ſeruitur. Urb. præd.* Vbi ſi non completo tempore vſucapionis alius poſſidere cœpit ædes, ex integro ſtatuto tempore libertatẽ vſucapit. Ergo acceſſione temporis non iuuatur. Reſpond. Prædia vrbana niſi poſſideantur continue, eorum libertas non præſcribitur. Quia ſi autem reſpondetur in *l. id tempus 14. ff. de ſurpat. C. ſucap.* loqui illum textum de vſucap. vel ſurpat. anni vel biennii in aqua acceſſio temporis ceſſabat. II. Obiicitur *d. l. Pomponius 13. §. quaſitum ff. de acquir. poſſ.* vbi dicitur in emtoribus interrumpi poſſeſſionem, non ita in hæredibus, quoniam plenius eſt ius ſucceſſoris vniuerſalis, quàm emtoris, ſed ſubtilius eſt, quod in emtore & in hærede id quoq; prohibetur. Reſp. Loquitur illa lex de eo, quando medio tempore interrupta eſt poſſeſſio, qua in re ſunt ſimiles emtores ſucceſſoribus. Cuiac. ad *d. l. id tempus 14. ff. eod.* Idem eſt, in *d. l. Pomponius in §. ſi liber*. vbi liber homo vel dominus venditoris acceſſione nõ vtitur quia alius medio tempore accedit, & ei prodeſt acceſſio qui poſſidet, *l. pen. §. 1. ff. de diuerſ. temp. præſcript.* III. Obiicitur *l. id tempus 14. in princip. ff. de ſurpat. C. ſucap.* vbi dicitur, tempora in præſcriptione coniungi inter emtorem & venditorem. Ergo id non eſt ex Iuſtinian. Conſtitutione pro vt in theſi affirmatur. Reſpond. Cuiac. in *d. l. §. de ſucap. tranſfor.* IV. Obiicitur *l. 2. §. pen. ff. pro emtore*. vbi dicitur expreſſis verbis: Emtori tempus venditionis ad vſucapionem procedit. Ergo dū hoc Paulus Ictus
qui

qui diu ante Iustinianum vixit, constituit, non est id ex Iustiniani constitutionibus. Resp. Id vitio Triboniani ita esse adiectum, vt ex *d. l. & l. patet*. Cuiac. *in d. l. 14. h. tit.* Welsch. *in §. distina. h. tit. n.* Deniq; obicitur *l. 11. C. de long. temp. prescript.* quæ est Iustin. Resp. Loquitur illa lex de coniungendo prioris possessionis tempore in donatione vel alia lucratiua causa, non in casu emptoris.

Ad Thesin 32.] Desumpta est hæc Thesis ex *§. & l. h. tit.* Cui directo opponitur *l. nec & l. 13. §. item si quis à fisco hereditatem, quasi vacantem emit rem, & l. iterum esse actionem dandam*. Ergo ipso iure non est secutus, cum in eum actio detur. Resp. Gloss. loqui illam *l. de possessore vniuersali vel hereditate*, quæ est res vniuersalis. Dicta Thesis autem loquitur de possessore singulari. Insto contra datam solutionem & probo eam subsistere non posse, idq; *in d. §. l. h. tit.* volunt illa verba: vel per alium quemcunq; titulum, quæ verba generalia hereditatis etiam titulum includunt. Rectius ergo sentit Vulgofius, quem secutus est Dn. Borcholt. *in d. §. & l. h. tit. d. l. nec & l. 13. §. item si quis esse correctam, per l. 2. §. 3. C. de quadrien. prescript.* ex quibus *l. d. §. & l.* est desumptus. Alij dicunt *in d. l. nec & l. 13. §. item si quis esse correctam*, ex lege vèdidisse hereditatem iacentem, igitur in eum datur actio utilis qui vendidit: sed Thesis nostra procedit, quādo quis sine pacto tali emit; sed solutio ista est à textu alienior. Insto. Sed emptor non potest retinere possessionem improbe, hoc est, si conueniet litem contestetur *l. nec ex vera. 9. C. de acquir. poss.* Resp. Dicitur ibi si non est adeptus possessionem: Hic autem eam est adeptus.

Ad Corollarium.] Corollario obicitur tale argumentum: Cuilibet actioni seu promissioni præscribitur 30. annis, *l. cum notissimi. 78. in his C. de prescript. 30. vel 40. annor.* Ergo pacto de retrouendendo præscribitur. Resp. Hæc lege moti sunt multi, q; dixerint, ¶ pacto de retrouendendo annis 30. præscribi. Mynsing. *in d. loco. cent. 6. obs. obser. 60. nu. 26* 20. & 21. Et Gail. *lib. 2. obs. obser. 12.* Camera Imperial. contrarium seruat, nimirū illo pacto non posse præscribi vllō tempore, vt nec iure reddendi vel offerēdi pignoris. Deinde quia meræ facultatis sunt, quibus præscribi non solet. II. Obicitur ita, pactum priuatorum non potest mutare ea quæ sunt iuris publici, vt est præscriptio, quia bono publico est introducta. Resp. Non pendet præscriptio à publica mera facultate. Priuatorum namq; etiam plurimum interest vnde id peccatum Camerali, & sic notissimo iure est correctum, Vnde de veritate eius quod dicimus: Pacto de retrouendendo non præscribi, amplius non est dubitandum.

DISPUTATIO XII.

Ex tit. 7. 8. & 9. lib. 2. Institut. De donationibus.

CONTINUATIO.

Alter modus, per quem dominia rerum iuri civili nobis acquiruntur, donatio est. Myns. *in rubric. Instit. de donat. num. 1.* à donando quasi doni datio dicta. *l. 35. §. 1. de mort. caus. donat.*

Thesis 1. Res singulæ de iure civili donatione acquiri possunt, per tot. *tit. Instit. de donat.*

2 Donatio est mera liberalitas & munificentia, quæ fit nullo iure cogente ex sola animi benignitate. *l. 1. in pr. de donat. l. 214. ff. de verb. signif.*

3 Donatio omnis fit aut mortis causa, aut inter viuos, *in princip. Institur: de donat.*

4 Mortis causa donatio est, quæ propter mortis suspensionem fit, & quis mortalitatis cogitatione donat. *in princ. Instit. hoc tit.*

5 Omnibus mortis causa capere permissum est, qui etiam aliquid per legata & fideicommissa accipere possunt. *l. 15. & 37. ff. de mort. caus. donat.*

6 Mortis causa donatio dicitur perfecta, si mors insequitur. *in prin. h. tit.*

7 Pro reuocanda donatione datur utilis actio, scil. rei vendicatio.

8 Donationes mortis causa & legata per omnia comparantur. *in princip. hoc tit.*

9 Donationes inter viuos sunt, cum donator suam voluntatem in scriptis aut sine scriptis facit. *§. alia autem. hoc tit.*

10 Donationes inter viuos non omnino legatis comparantur. *§. alia autem. hoc tit.*

11 Donatio non excedens 500. solidos, hodie sine insinuatione valet: secus si eam summam excedat. *§. alia autem. vbi Myns. n. 4. Instit. hoc tit.*

12 Donationes inter viuos, si sint perfectæ, temere reuocari non possunt. *§. alia autem. hoc tit.*

13 Insinuatio est actus iudiciarius, in quo donationis redactæ in scripturam eodem vel diuerso tempore apud iudicem fit publicatio, & inter acta publica redigitur autoritate iudicis ad fraudes vitandas, & facilius probandam veritatem. Bartol. & Dd. *in l. Modestinus. ff. eodem tit. l. omnium. C. de testamen.*

14 Differentia inter donationem mortis causa & inter viuos est, cum donatio mortis causa propter pœnitentiam reuocatur: Donatio autem inter viuos semel perfecta, temere reuocari nequit. *d. hoc tit.*

15 Huc usque de acquirendis rebus traditum est: nunc de earum alienatione dispiciamus. Mynsing. *in rubr. num. 1. Instit. quib. alien. licet vel non.*

16 Alienatio fundi dotalis à marito fieri nequit ex lege Iulia, ne quidem volente & consentiente vxore. *in princ. hoc tit.*

17 Maritus, per traditionem dotis naturalem dominus eius fit. *in pr. h. tit.*

18 Item ea, quæ ex causa donationis aut alia qualibet ex causa tradantur, procul dubio transferri possunt. *§. per traditionem. Instit. de rer. diuis.*

19 Pignus alienare vel distrahere potest creditor ex conuentione. *§. contra autem. Instit. quib. alien. licet vel non.*

20 Modus distrahendi pignus est, si in pactione cautum fuit, quemadmodum distrahi debeat, id obseruabitur. *§. contra autem. Instit. quib. alien. licet vel non.*

21 Sin vero minus, ex denunciatione post biennium creditor vendere potest. §. *contra autem. hoc tit.*

22 Pupillus sine tutoris auctoritate nihil alienare potest. §. *nunc admonendi. hoc tit.*

23 Omnes res pupillo recte dari possunt, tutore inscio: verum si debitor pupillo soluere vult, ei auctoritas tutoris necessaria est, alioqui non liberatur. §. *at ex contrario. Instit. hoc tit.*

24 Acquiruntur deniq; nobis res per eos, quos in potestate habemus. *in princ. Institut. per quas person. nob. acquir.*

25 Aduentitium peculium est, quod filius familias aliunde, quam ex re patris vel propter patrem consequitur, & quod ipsi à matre genereve materno aduenit. *l. cum oportet. C. de bon. qua liber. §. igitur liberi. vbi Mynsing. num. 5. Institut. hoc tit.*

26 Castrense peculium est, quod filius militiæ armatæ causa acquiritur, tum in castris, tum alibi adipiscitur: Quasi castrense est, quod filius in togata militia acquirit ex opera foris aut professione artium. §. *igitur liberi. vbi Mynsing. num. 2. & 3. Institut. hoc tit.*

27 Porro etiam ex iusta causa per seruos nobis scil. ignorantibus & inuitis acquiruntur. §. *item vobis. hoc tit.*

28 Profectitium peculium est, quod ex re vel occasione patris obuenit, & ad filium proficiscitur. §. *igitur liberi. vbi Myns. num. 4. hoc tit.*

29 Demum notandum est, quod scienti & ignoranti recte quoq; acquirantur per procuratorem, & sic liberam personam. §. *ex his itaq; hoc tit.*

Corollarium: Hinc quaeritur: an pater beneficio *l. si vnquam. C. de reuocan. donat.* renunciare possit? Mynsing. *cent. 5. obser. 63. Gail. lib. 1. obser. 40. n. 13.*

DISPUTATIONIS XII.

De donationibus, obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 Donationes res singula acquiruntur.
- 2 Donatio omnium bonorum presentium & futurorum &rum &aleat.
- 3 Res seu bona presentia donari possunt, non futura.
- 4 Legata & donationes mortis causa facta, quomodo conueniant.
- 5 Donationes an sint iuris ciuilibus vel naturalis.
- 6 Donationes mortis causa & legata quomodo differant.
- 7 Dominium in mortis causa donationibus quomodo transeat.
- 8 Res aliena donari non potest.
- 9 Donatio an recte dicatur esse liberalitas & munificentia.
- 10 Donatio à contractibus distinguitur.
- 11 Donatio quo respectu contractus dici possit.;

- 12 *Munus & donatio quomodo differant.*
- 13 *Donatio & remuneratio quomodo differant.*
- 14 *Liberalitas quomodo hic accipiatur.*
- 15 *Donatio omnis vel inter vivos fit, vel mortis causa.*
- 16 *Mortis causa donatio, an vera sit donatio.*
- 17 *Donationis quot sint species.*
- 18 *Mortis causa qui donare & capere possint.*
- 19 *Donatio mortis causa quando sit perfecta.*
- 20 *Actio pro reuocanda donatione qualis datur.*
- 21 *Legata & mortis causa donationes quomodo differant.*
- 22 *Donationes mortis causa an ex testamento etiam fieri possint.*
- 23 *Donationes inter vivos non omnino legatis comparantur.*
- 24 *Donatio quando quingentis solidis constat, insinuatione non est opus.*
- 25 *Fundi dotalis alienatio à marito fieri non potest.*
- 26 *Rerum mobilium dotalium an fieri alienatio possit.*
- 27 *Maritus fit dotis dominus naturalis per traditionem.*
- 28 *Maritus an sit dotis dominus civilis, an vero naturalis.*
- 29 *Dos debet inferuire oneribus matrimonij.*
- 30 *Dotis dominium mulieri tribuitur.*
- 31 *Dominium dotis, marito & potestate civilis domino tribuitur.*
- 32 *Domini eiusdem rei an duo simul esse possint.*
- 33 *Uxores per matrimonium patria potestate non liberantur.*
- 34 *Maritus quo casu fiat rei dotalis dominus.*
- 35 *Res in dominio esse, & in bonis alicuius esse, differunt.*
- 36 *Pignus alienare potest creditor ex conventionem expresse facta.*
- 37 *Pignoris alienationem quid inducat.*
- 38 *Dominis an aliquid per seruos qui in ipsorum potestate sunt, acquiratur.*
- 39 *Peculium aduentitium hodie non confertur.*
- 40 *Dominis ignorantibus & inuitis etiam per seruos acquiritur.*
- 41 *Possessio & proprietates quomodo discernantur.*
- 42 *Procurator scienti & ignorantem acquirere potest.*
- 43 *Dominium an etiam per procurem acquiri possit.*

HÆc donationum materia inquit Iul. Clar. in §. donationum, in lib. 1. sens. antiquis temporibus frequens erat & quotidiana. Nunc autem cum liberalitate prope extincta mentes hominum auaritia occupat, non ita ut solebat in iudiciis foroq; versatur, nec tamen propterea omitti debent vitia, quæ ad hunc statum pertinent.

Ad Continuationem.] Affirmatur iure civili donatione ¶ res singulas acquiri. Sed obicitur vehementer *l. si quis argentum. 35. §. sed si quis. C. de donat.* ubi vniuersitas potest donari: Ergo falsum est res singulas donatione acquiri, cum vniuersitas res singularis nullo modo dici possit. Nego consequentiam, quia etsi datur vniuersitas bonorum: Non tamen statim sequitur acquiri vniuersitatem, quia potius res singulæ in illa vniuersitate acquiruntur, non enim acquiritur ius, id est, hereditas, vel quota eius pars. Hereditas enim est tantum mouentium non ytentium, *l. hereditas. ff. de reg. iur. l. 1. in pr. ff. pro herede.* Sed singulæ res per donationem acquiruntur non quidem proprie hereditas. Wetsemb. §. & l. num. 4. in fi. per quas personas cuiq; acquiritur. respondet simpliciter materiæ, vniuersitas

non facit, quo minus causa & titulus, quia à materia est separatus, sit singularis. Certum autem est valere donationem omnium bonorum, vel vniuersitatis bonorum, ita tamē vt acquirantur & apprehendantur res singulares, quæ in donatione tantum considerantur, secus est in hereditate, in qua omne ius definitur, venit. Est enim hereditas successio in vniuersum ius, quod defunctus habuit. Vnde omnia cōmoda & incommoda heredē comitatur, *l. i. ff. de bonor. posses.* nec quidem valet donatio hereditatis simpliciter facta. Est hæc communis sententia secundum Cagnol. in *l. fin. n. 22. C. de pact.* quæ etiam placet Iul. Clar. in *§. donatio. q. 19. n. 6.* Et hic notandum est regulariter † non valere donationem omnium 2 bonorum, præsentium & futurorum. per *l. stipulatio hoc modo concepta. ff. de Verb. oblig.* Est & communis opinio secundum Bald. in *c. in præsentium. n. 36. extr. de probat.* Iul. Clar. in *d. §. donatio. q. 19. n. 1.* Et Mozius in *tract. de donat. c. de rebus qua donantur. n. 2.* vbi addit retinendum aliquid esse ab eo qui donat vniuersitatem bonorum. Et quidem id quod excedat vicesimam bonorum seu patrimonij partem, vt de eo fieri possit testamentum. Vnde nec omnium bonorum præsentium & futurorum donatio iurata valet, sed annullatur quāuis sit facta Ecclesiæ. Bart. in *d. l. donatio hoc modo.* Iul. Clar. in *§. donatio q. 21. n. 1. 2. 3.* Vaudus tamen *lib. 1. quest. q. 31.* hoc negat: dicendo omnium bonorum præsentium & futurorum donationem fieri posse & valere. Nam qui bona vniuersa dat iura etiam dat & actiones omnes. *l. nam quod in fin. l. si legatus. §. si quis bona. ff. ad Trebell. l. item veniunt §. ait Senatus. ff. de pet. hered.* hoc est donat omnia iura & persecutiones. Quia bonorum nomine ius nō singula corpora significantur, *l. 3. ff. de bonorum posses. l. bonorum. ff. de Verb. sign.* II. Quia nihil excipitur nisi res alienum. *l. plane. §. quia Domini ad non Domini causam reducerentur. l. in re mandat. C. mandati. l. si filiusfam. §. 1. ff. de solut. matrim. §. per traditionem. in fr. de rev. diuis.* Habet autem Iul. Clar. & Mozius has rationes, quibus omnium bonorum præsentium & futurorum nullitatem demonstrant. Prima ratio, quia infert talis donatio votū captandæ artis contra iuris regulam. *l. vlt. C. de pact.* Secunda ratio continet heredis constitutionem, cum tamen certum sit, hereditatem pactis deferri non posse. *l. hereditas. C. de pact. conuenit.* Tertia: quia est contra bonos mores, cum adimat testamenti facultatem, *l. stipulatio hoc modo. ff. de Verb. oblig.* Iul. Clar. in *§. donatio. q. 19. c. 20.* & hæ rationes prævalent & in praxi attenduntur, vt Iul. Clar. testatur: quicquid etiam Vaudus dicat. Videbimus autem nunc Vaudi rationes easq; breuiter refutabimus. Ad primam & secundam rationem ante relatas, quod attinet, sciendum est conseruari tamen vltimam voluntatem, quando tenetur quis sibi aliquid relinquere, nec liberalitate omnia bona exhaustire, vnde testamenti factio euanesceat. Reliquas Vaudi rationes & leges nunc videbimus, & refutabimus: non enim est contentus Vaudus Iulij Clari rationibus, sed eas refutat respondendo ad primam, ridiculum esse interpretari eum, qui bona sua etiam illa, quæ olim adiciētur futura omnia donata, cuiq; velit, ideoq; voti sui compotem fieri non posse, quod liberalitatem de supremis iudiciis liberalitas illa constringat, quia tum demum liberū adimitur vltimæ voluntatis arbitrium, non si quæ inter viuos gesta & contracte sunt, quæ satis cōstat ad testamentorū ius non pertinere, *l. Verbum erit. ff. de Verb. sign.* At stipulatione aliquis aut pactioe cōiuncta certæ rei derelinquendæ testamento suo selegē dicturum pmiserit. *l. cum donationis. 15. l. pactum. C. de transact. l. pactum quod dotali, c. l. vlt. C. de pact.* id non valet & summæ est iniquitatis, quia testamentorum ordinationes non ex vi interpositæ obligationis pēdeant, sed ipsa per se & vi propria subsistant & firma esse oporteat. *l. captatorias. l. ista institutio. ff. de hered. instit.* Et etiam si huiusmodi liberalitate extenuatur bonæ & fortunæ, non tamen testamenti factio adimitur vel amittitur. Quia fieri potest testamentum etiam sola anima superfit, valetq; obligatio hereditatis ex testamento per *l. vlt.*

§. si autem hoc. l. in verb. Et si exiguus sit sensus hereditatis. cum §. seq. C. de iure delib. & per auth. sed cum testator. C. ad l. Falcid. Sed ad responsum Vaudi iustus respondeo sententiam Clari & aliorum donationem omnium bonorum presentium & futurorum fieri inter vivos, & tamen tollere tandem in ultima voluntate votum distribuendæ hereditatis, quia hereditas super qua debet fieri hereditas, nulla adest. Et institutio heredis vel exhereditatio nulla est, & per consequens deficit testamentum. Non ergo valet donatio, quando quis omnem presentem & futuram rem donat, & omne quicquid habet in numerato in omnibus nominibus & obiectorum spe, quicquid possidere vel persequi potest. Deinde prædictæ leges volunt aliquid relinquendum. Dicunt enim, *et si exiguus sit census*, unde apparet tamen esse aliquid relinquendum, quamvis sit exiguum. Deinde dicitur Vaudus Constitutus Iustinian. *in d. l. argentum. 35. in §. sed et si quis. C. de donat.* loqui generaliter hoc modo: Si quis vniuersitatis faciat mentionem, puta bellis vel dimidiæ partis bonorum, vel tertiæ, vel quartæ, vel quantæcunque partis stabilem eam esse: Ergo ubi lex non distinguit, nec nos distinguimus. Respond. Presentium tantum fieri potest donatio non futurorum. Ita ille textus generalis explicatur ex *d. l. Ultim. C. de iure delib.* ut supra dictum est. Deinde si inofficiosa donatio facta est, potest illa reuocari, & sit extra testamentum, *et. tit. de inofficioso testamento. & d. l. si quis argentum. C. eod.* Porro dicit Vaudus sibi debere eum imputare, qui effusum exerceat liberalitatem, ut heredis institutio inanis inueniatur, idque probari putat ex constitutione *d. l. si quis argentum.* Sed respondeo in *d. l. si quis argentum.* agitur de donatione inter vivos facta. At testamentum nullum est sine heredis institutione quæ deest. Quia est eius fundamentum & caput, *§. ante hered. inst. de legatis. l. inter cetera 30 ff. de libert. & p. s. h. hered. inst.* Confirmat etiam Vaudus suam sententiam per *d. l. Ultim. quæ res pignor. obligari possint.* Sed infra ad hanc legem respondetur. Denique ad eam rationem quæ etiam Iulij Clari sententia affirmatur vel confirmatur, scilicet periclitari eum fame, qui omnia bona dat, respondet Vaudus hoc modo: Non eum abrupte præcipiandum esse ad solutionem omnium bonorum, *l. si extraneus. ff. de iura dorum.* alias profuturum ei rescriptum Diui Pij, non scilicet omnia esse ei extorquenda, ne post solutionem egeat. *l. qui id quod. ff. de donat. l. Dynius. ff. de regul. iur.* Et summa liberalitas nemini summam egestatem adferat, *l. §. exhereditatum. §. Slt. & l. seq. de re iudic.* Nam & alias in quantum facere possunt, multi onerantur, *l. maritum facere ff. de re iudic.* Respond. Illæ leges omnes confirmant magis testamentum optime fieri posse. Nam heres etiam in minima parte institui potest. *d. l. Ultim. in verb. et si exiguus sit sensus. C. de iur. delib.* ut supra est dictum. Secundo obiicitur *l. omnes 17. in fin. ff. quæ i. fraudem cred.* ubi quis vniuersa bona alienare potest & in libertatem transferre: Ergo etiam donari vniuersitas potest. Respond. Omnes res seu bona presentia secundum antea allegatam distinctionem donari possunt, non futura. Præterea illa lex de donatione non loquitur, quamvis vocabulum traditio sit generale, quo ibidem ICtus Iulianus vtitur. Contra datam solutionem seu distinctionem inter presentia & futura bona, obiicitur *l. Ultim. C. quæ res pignor. oblig. possunt.* ubi dicitur si posita sunt in cuiuscunque instrumento contractus, hæc verba: *Fide & periculo rerum ad me pertinentium vel per exactionem satis fieri sibi promitto.* Accipienda esse ea verba de rebus presentibus & futuris: Ergo falsum est tantum presentium rerum fieri donationem. Respond. Illa verba in cuiuscunque contractus instrumento, sunt intelligenda tantum de contractu quolibet hypothecario. In generali enim hypotheca continentur res presentes & futuræ, idque fit propter maiorem pignoris securitatem, ne alienatis rebus presentibus, à creditore debitor defraudetur. Et idem est si positum esset *in d. l. Ultim. in princ.* in quocunque contractu scilicet pignoris

pignoris instrumento, ne ad quoscunque contractus referantur. Tertio obiicitur *l. 19. C. de pact.* ubi valet pactum inter viuos hoc modo: Vt eorum superuixerit, ad eum omnes res alterius pertinebunt: Ergo falsum est omnia & presentia & futura bona venire. Respond. Id speciale quoque est propter miliciam: nam prae aliis milites pluribus privilegiis gaudent. *tot. tit. inf. de militar. testam.* Denique obiicitur *l. mulier. 22. §. fin. ff. ad Sc. Trebell.* ubi dicitur hereditatis portionem legari posse: si legari potest, poterit etiam mortis causa donari, quod ante fuit generaliter negatum & dictum hereditatem nec quotam partem posse donari, ut ius seu vniuersitatem quandam, & alias certum est legata & donationes mortis causa factas per omnia esse comparatas. §. *1. h. tit.* Respond. Legari potest hereditatis petitio, idque fit inter mortuos, nihilominus singulae res per legata acquiruntur existentes in hereditate. §. *Ultim. inf. per quas personas.* Et ibi Wesembec. num. 4. ut supra dictum est. Deinde comparantur quidem per omnia legata & mortis causa, donationes quo ad effectum, non quo ad formam. Nam legata fiunt in testamento à morientibus: Donationes mortis causa fiunt in conditione mortis, nec antea ratae sunt quam mors est consecuta.

Deinde in continuatione affirmatur, donatione res iure ciuili acquiri. Id quod Iustinian, in §. *Ultim. supra de vsu & habit.* & in §. *est & aliud genus. hoc tit.* affirmat: ubi notanda est particula *Est*, & vocabulum *Aliud* quibus verbis ad donationem simplicem inter viuos & inter mortuos factam respicit, dicitque eas iuris ciuilis esse. Cui opponitur tale argumentum: Donatio fiebat tantum traditione & stipulatione, non nudo pacto, *i. alienatum: §. donatio. de verb. signif. l. 12. ff. eod.* Hodie autem non tantum traditione & stipulatione fit, sed etiam ex nudo pacto *ex l. si quis argentum. C. de donation.* Sed traditio est iuris gentium seu naturalis, & e iure naturali acquirimus dominium. §. *per traditionem. §. de verum diuis.* Item pactum iuris gentium est *l. 1. in princip. ff. de pact.* Ergo & donatio est modus acquirendi iure gentium vt emptio, non ciuili. Resp. Donatio etsi fiat traditione & nudo pacto: non tamen est contractus iuris gentium. Sed per se modus acquirendi iure ciuili, à quo formam accepit Mynsingerus hic in Rubrica quamuis respectu consensus dici potest, iuris gentium esse donationem, quia requiritur vt quis volens donet, *l. 10. C. de donation.* & vt volenti donetur, quia nolenti non acquiritur liberaliter, *l. 19. §. non potest. hoc tit. l. inuito. ff. de regul. iur.* Et sicut est stipulatio contractus & quidem iuris ciuilis à quo formam accepit, §. *de constitut. inf. de actio.* & tamen consensum in se habet, natura omnes contractus siue re siue verbis, siue alias fiant, consensum requirunt. *d. l. 1. §. conuentionis. ff. de pactis.* Ita donatio quoque est modus acquirendi de iure ciuili, & tamen consensum requirit dantis & accipientis. Dn. Wesembec. dicit donationem esse iuris gentium quo ad traditionem & consensum, iuris ciuilis vero quo ad simpliciter, quia tum necessitas donatori dandi imponitur à iure ciuili secundum constitutionem Iustinian. in *d. l. si quis argentum.* & pro rei donatae repetitione competit conditio ex lege hoc est, ex constitutione dictae legis. *si quis argentum.* Et hoc pactum donationis, ex quo propter nudam promissionem donatoris datur actio, legitimum pactum dicitur secundum *l. legitima contructio. 6. ff. de pactis.*

Secundo obiicitur donationem mortis causa esse modum acquirendi de iure ciuili, quemadmodum simpliciter donatio, quia legato comparatur & quodcunque iuris est in legatis etiam mortis causa donationibus obrinet, *l. illud. 37. ff. de mortis causa donat.* Et legata liberalitatem quoque exercent. *l. rem legatam. ff. de adim. legat.* Vnde dum legato per omnia equiparatur, vt in *Thesi 8.* dicemus, merito legatum est, & in eo loco de eo agi deberet.

Respond. Legato comparatur quidem donatio mortis causa per omnia, scilicet per omnes effectus legari, *l. ult. C. de mort. causa donat. in verb. omnes effectus sortitur.* & qui dicit omne nihil excludit, *l. Iulian. ff. de legat. 3.* Et dominium transfertur in mortis causa donatione, quemadmodum & in simplici inter vivos donatione, *l. 1. §. 2. C. de publ. in rem act.* manfit tamen † discrimin, primo in appellationibus: Secundo in eo quod donatio magis fiat inter vivos, legatum inter mortuos ut supra dictum est. Diuersis ergo locis tractantur, nec donationes mortis causa, ad vltimarum voluntatum tractatum reiciuntur. Tertio obicitur contra datam solutionem tale argumentum: Quod potest reuocari, eius dominium non transfertur: sed ex penitentia reuocatur, donatio mortis causa: Ergo dominium eius non transfertur. Respond. Reuocabiliter † transit dominium, & nihil impedimento est reuocatio domini mutationi, *l. in rebus. C. de iure dotal. l. 2. ff. de in diem addi.* Notandum tamen acquiri dominium in aliis rebus, non in nostris, quia quod nostrum est, amplius nostrum fieri non potest. *§. sic itaq. discretis. in fi. de act.* modo tamen is, qui donat eius rei verus sit dominus, vel saltem putatiuus. Res enim † aliena donari non potest, *l. in adib. 19. ff. de donat.* Si autem bona fide traditur ab eo qui dominum non est, transfertur saltem vocationis conditio sub titulo pro donato. Deniq; obicitur sic: donatio non est modus acquirendi domini, quia etiam inuito acquiritur *l. seruus. C. de verb. oblig. l. inuito. 32. ff. de acquir. rer. dom.* Donatio autem non nisi volenti acquirit, *l. 19. §. non potest. ff. de donat.* Resp. Cuiac. *in d. l. seruus.* acquiri quidem posse dominium inuito, sed non retineri, *per d. l. hoc in re. 19. §. non potest. ff. de donat.*

Ad Thesin 2.] Affirmatur donationem esse liberalitatem & munificentiam. Cui opponitur *l. 17. C. de fide in fi. C. l. 7. l. ult. C. de his, qua si metus & causa.* vbi dicitur, donationem esse contractum, vnde & Cuiac. *lib. 1. obs. c. 28.* affirmat, iure veteri donationem fuisse iuris naturalis per traditionem, & fuisse modum acquirendi iure civili: Iure nouo autem esse contractum, qui constat ex nudo consensu vel pacto secundo *d. l. si quis argentum. C. eod.* Id quod etiam Appellus voluit *in dialogo Instit. Myn. in Rubric. h. i.* referente, ex quo nunc conlequi videtur, donationem non esse definiendam liberalitatem & munificentiam sed contractum. Resp. Donationem si metimur ex initio seu principio, quod est liberalitas, quæ nullo iure cogente fit, dicendum sane est eam contractum non esse, & est potior semper liberalitas, hoc est, initium ex quo fiat denominatio, *l. quari. l. de statu hominu.* Et consideratur hic liberalitas respectu mentis & intentionis donantis, vel respectu animi & voluntatis dantis, nec tamen contractus dici potest, vnde etiam † distinguitur donatio à contractibus *in l. 4. §. fin. autem. C. de lege. §. in l. 3. §. pen. ff. de oblig. & action.* vbi dicitur donationem fieri absq; omni obligatione, suntq; hæc legis verba: Si quis pecuniam donandi animo dederit quamuis ducentis fuerit, mea tamen sit, non tamen obligor eo, quia hoc inter nos non est actum. Hoc ergo respectu nulla datur obligatio, ut in *συμβαλάμασι* contracta etiam dici potest aduersus donantem ad rem tradendam, ut supra est expositum. Nec mirum vnā rem diuerso modo esse beneficium seu liberalitatem, & deinde etiā esse contractum, quemadmodum in feudo videmus, qd est beneficium, teste Oberro de Orto. *C. Vm. §. fin. in quib. causis feudi mittitur,* scilicet respectu animi & intentionis domini feudum cōcedentis: Quia non datur sub prætextu pecuniar, sed ex amore & honore domini, *l. vnic. in fi. pr. de feud. dat. iuris esse leg. cōmiss.* Cōtractus interim nihilominus est respectu obligationis qd est inter domin. & vasallum. Dominus n. pmittit feudum & deinde tradit, vasallus contra pmittit fidem & debita pro beneficio officia seu obsequia. Respectu huius contentio- nis feudū recte contractus dici potest. Eodē modo ut dixi donatio simpliciter facta respectu intentionis & destinationis. dantis est liberalitas & beneficium. *Wesemb. in parati. ff. eod.*

ff. eod. in princip. vbi dicit, donationem non ad beneficium accedere magis, quam ad negotii speciem, nec habet carenus obligationem ante probationem, unde ab eo vt principaliori definitur merito. Estq; liberalitas causa *πεννημεν*, hoc est, interna mouens dantem *καταρχικη*, hoc est, externa, constat forte in meritis donatarii, & sic lenit Iulius Clarus in §. *donatio quasi. 12. vers.* Sed quando tamen saepe stipulatio interuenit, & quid datur sub certo modo propter aliquam causam, unde actio praescriptis verbis, do vt facias oritur, si id factum non est propter quid aliquid datum est. Saepe etiam donationes nudo pacto permissae, repetuntur actione ex constit. *dict. l. si quis argentum. Cod. de donat.* Huius ¶ conventionis inquam respectu donationem contractum 11 recte dicimus. Vnde etiam D. Wessenbec. in *ff.* sibi non contrarius, donationem contractum esse affirmat & definit. Dominus etiam Borcholt. affirmat in *traet. de pact. cap. 1. num. 14.* diuerso modo liberalitatem & contractum esse donationem. Quamuis Cuiac. *dict. lib. 10. obseruat. cap. 28. in fine*, dicat, hodie donationem esse contractum, qui solo consensu fiat per *dict. l. si quis argentum*, quod ab aliis simpliciter non conceditur, & recte vt supra dictum. Et notandum hic donationem quatenus est contractus, non bonae fidei sed stricti iuris esse. Quia de contractibus bonae fidei non disputatur, inquit Ictus in *l. eum q. 22. ff. de donat. §. actionem. infr. de actionib.* Bart. tamen in *l. fin. C. de condict. indeb.* vult, hodie esse bonae fidei quia habet priuilegium, hoc est, traditionis necessitatem ex nudo pacto per *d. l. si quis argentum*. II. Obiicitur tale argumentum: Quod praedicatur de genere praedicatur etiam de specie. Sed hic non praedicatur de specie quod de genere: Ergo male. Minorem probro per *Novell. Si sponsalibus largit. sit contractus special. in rubr.* vbi dicitur sponsalium largitatem vel donationem ante nuptias esse specialem contractum. Ergo & donatio omnis contractus debet esse simpliciter. Respond. Donatio propter nuptias facta, est contractus, & quidem iuris civilis, & quidem ex constitutione Ictorum & Imp. sed tamen ante Iust. donatio fuit liberalitas simplex, *l. fin. C. de donat. ante nuptias*. III. Obiicitur, donatio mortis causa legatis comparatur per omnia §. 1. *h. tit.* Ergo etiam legatum est, nec contractus. Respond. Quoad effectus comparantur non quoad formam, hoc est, quod ad formam spectat & formam ingreditur, hoc est, quod donationes mortis causa fiant & celebrantur inter viuos. Legata autem à morientibus relinquuntur. IV. Obiicitur donationem potius munus esse definiendam. Respond. Munus ¶ semper fit cum causa, donatio saepe fit sine causa. *l. ex liberalitate l. interdum. ff. de verb. signif. l. 3. h. tit. num.* Imo fit nullo iure cogente *l. donari h. tit. l. donari. ff. de reg. iur.* hoc est, libera voluntate nullo iure donantem cogente, quamuis aliquis ad donandum libera mente moueatur forte aliquo merito, vel aliam quamcunque affectionem habet, erga aliquem *l. affectionis de donat.* ad quod tamen compelli à quouis non posset. V. Obiicitur quod donatio potius esset remuneratio per *l. sed et si §. consuluit. ff. de petit. hereditat.* vbi dicitur, nos iure naturali compelli ad *ἀντίδωρα*. Resp. Remuneratio ¶ non est proprie liberalitas. Quia iure naturali, i.e. gentiū compellimur ad *ἀντίδωρα* ferenda, si quid ob causam datur, potius ibi remuneratio quaedam est, 13 puta quando aliquid donasti vt captum ab hostibus redimeret, vel vt rem sublatam recuperaret. *l. hoc iure §. ab eo. & §. et l. adas. ff. de donat.* Et ideo non est proprie donatio, quia res nec in necessitatibus liberalitatem exerceri praesumitur. *l. rem legatam in fin. ff. de adim. legat.*

Denique obiicitur: donationem non posse definiri liberalitatem. Quia liberalitas est virtus, virtus autem requirit habitum. Ergo vbi semel quid donatur ibi non sta-

rim est donatio. Respond. Vocabulum liberalitas alias, pro virtute acceptum est habitus, paratus ex crebris actionibus. Et eatenus in Ethicis consideratur. Alias civiliter vel iuridice liberalitas vel munificencia dicitur, quando quis semel quid donat & liberalitatem suam exercet ex affectione & singulari amore: Et hinc consideratur respectu animi semel declarati & aperti: & sic hic donationem accipimus.

15 *Ad Thes. 3.]* Omnis donatio fit inter vivos, aut mortis causa. Proprie dicitur donatio, quæ fit simpliciter nullo iure cogente, quando quis meram exercet liberalitatem, quæ nullo casu ad aliq̃ reuertitur *l. 1. ff. de donat.* Et dicitur absoluta & perfecta donatio. 16 Sed obiicitur mortis causa donationem non esse donationem, quia cogitur quis morte & instanti periculo. Respond. Etiam si quis, moueatur periculo: non tamen cogitur iure. Posset enim nihilominus omittere donationem.

II. Obiicitur mortis causa donatio fit præter suspicionem mortis *l. senatus 35. §. mortis. ff. de donat. mortis causa.* Ergo non fit cum mortis suspicione. Respond. Etiam si mors nondum instet tamen si quis cogit de mortalitate, in consequentiam etiam timet mortem & suspensionem de ea habet. Quia cogitat certam esse mortem, quamvis hora mortis sit incerta, *l. ff. de condit. & demonstrat.* & hæc in mortis consideratione concurrunt.

III. Obiicitur *l. 9. §. fin. ff. de mort. causa donat.* ubi dicitur donari non potest, nisi eius fiat cui donatur: Ergo conditionalis donatio qualis est mortis causa donatio de iure non subsistit. Respond. Omnis donatio transfert dominium & quidem donatio mortis causa conditione donatarii existente. Habet enim donatio mortis causa conditionem, qua existente, procedit donatio. Ea autem non existente, donatio deficit. Et gloss. *dict. l. 1. in princ. in verbo secutum. ff. de donat.* eleganter tenet, eam proprie esse donationem, licet eius dispositio annexam habeat conditionem, nam illa conditio non est qualitas, quæ mutet substantiam actus, & ideo conditionalis donatio manet, & vera est atque propria donatio. Iul. Clar. in *§. donatio est. 2.*

IV. Obiicitur: Reuocatur donatio mortis causa. Ergo non est donatio. Respond. Donatio mortis causa habet in se tacitam conditionem, quia cessante causa cessat effectus, & legis dispositio *C. cum cessante extr. de appell.* Deniq; obiicitur *l. 25. C. de donat. l. 2. ff. de donat. mortis causa,* ubi referuntur plures species diuisionis. Ergo non tantum duæ sunt Prima est directa. Secunda mortis causa. Tertia sub conditione faciendi vel non faciendi. Quarta ex aliquo tempore. Respond. Mens & intentio plures possunt facere species, quæ in primis est attendenda & inspicienda. Imo non tot sunt donationum species quot sunt diuersitates voluntatum. Alias tamen omnes ad duas possunt reduci, pro vt insunt, & corpore nostro in abstracto referuntur: Aut enim omnes donationes qualescunque sint, sunt inter vivos aut inter morientes, licet diuerso modo aut intentione id fiat. Et conditionalis est donatio proprie respectu donationis quæ est causa faciendi, dono Stichum, vt emas illud, vel illud *l. 2. in fin. l. 3. ff. eod.*

18 *Ad Thes. 5.]* Mortis causa non donare & capere omnib. permittitur qui legata & fidei commissis accipere possunt, quia hæc comparantur, vt dicitur. Vel quod idem est mortis causa capere possunt omnes, quibus est testamenti factio, licet testamentum non faciant *l. tam 13. 28. in princip. ff. de mort. causa donat.* Imo omnes, qui contrahunt, donare possunt. Welenb. in *parat. ff. hic n. 4.*

19 *Ad Thes. 6.]* Perfecta est donatio mortis causa, si mors insequitur, hoc est, effectum tum capit & robur & vires accipit. Sed obiicitur *leg. 13. §. fin. l. senatus 35. §. mortis. ff. de*

mortis causa donat. vbi dicitur donationem mortis causa ita fieri posse, vt nullo casu reuocetur, & ideo si contrahatur donatur & nihilominus valere donationem, quamuis morte infirmetur. Respond. Hæ leges bene sunt notandæ, cum in facto constant magis, vt in d.l. 15. affirmatur, & fit hoc ex pacto, vt Bart. *ibidem* affirmat. Vel dicendum est, eo casu donationem mortis causa accipere vim & naturam simplicis donationis & perinde haberi, ac si simplex donatio esset *l. vbi 27. ff. de mort. causa donat.* Wesenbecius in parat. ff. de mort. caus. donat. II. Obiicitur hoc modo, qui pecuniam accepit, vt hæreditatem adiret, mortis causa accepit *l. eum qui 21. ff. de mortis causis donat.* Hanc autem pecuniam accipit hæreditare iam iacente & mortuo eo, qui hæreditatem reliquit. Ergo morte non confirmatur. Respond. Fuit dubitatum inter Ictos an illa pecunia esset donatio mortis causa, vt in d. *l. eum qui* indicatur, hancque sententiam postea Ictos secutos fuisse ostendit Iulianus, vbi nihil certi decidit. Præualuit tamen sententia Caij Icti existimantis sine donatione capi pecuniam, quam quis in hoc casu accepit, vt hæreditatem adiret, vel non adiret, *l. mortis 31. §. fin. ff. de mort. caus. donat.*

Ad Thes. 7.] Dicimus dari vtilem † actionem & rei vindicationem pro reuocanda donatione: Et sciendum est, si quis donationis legem dixit, dari donationem ex stipulatu & incerti actione præscriptis verbis *l. legem 9. Cod. eod.* Sed obiicitur *l. 1. §. fin. ff. de donat.* vbi dicitur, si sponsus sponsæ dederit, confessum eius est, & non habet locum reuocatio, id quod tamen in *l. cum veterum etiam Cod. de donat. ante nupt.* affirmatur. vbi dicitur habere locum conditionem, si per sponsam sit, quo minus fiant nuptiæ. Respond. Id natum est ex iure nouo, sed d. *l. §. fin. ff. de donat.* loquitur in iure veteri. 20

Ad Thes. 8.] Affirmatur comparari per omnia donationes mortis causa & legata: Cui obiicitur, ita legata ab herede præstantur *l. 1. §. si quis. ff. quod legatorum.* Ergo falsum est, legata & donationes mortis causa per omnia comparari. Respond. In effectu & vi conueniunt mortis causa donationes & legata, *l. vlt. in scribis, omnes sortiuntur effectus C. de mort. caus. donat.* licet adhuc † in multis formalibus externis differant. Cuiac. lib. 10. *obseruat. cap. 28.* Sic donatio mortis causa fit inter viuos, legatum in testamento à morientibus relinquitur. Id quod etiam Iustin. semper in §. 1. h. tit. indicat, quando vitur particula taxatiua vel limitatiua *Fere*, quæ innuit donationem mortis causa quoad formam non comparari legatis, sed tantum quoad effectus. II. Obiicitur contra datam solutionem scilicet ex Iustin. constitui esse æquata & comparata per omnia donationē mortis causa & legata *l. Marcellus 15. ff. de mort. caus. donat.* vbi dicitur, Paulum suo tempore donationes mortis causa notas ad exemplum legatorum esse reuocatas. Idem dicitur in *l. etsi debitor 17. ff. in fin. ff. de mort. caus. donat.* vti etiam dicitur in *l. illud 37. ff. de mort. caus. donat.* vbi Vlpi. affirmat, generaliter id meminisse oportet, donationes mortis causa legatis per omnia esse adæquatas. Resp. Aliqui volunt illa verba ad exemplum legatorum esse donationes mortis causa redactas, adiecta esse ad d. d. l. ex consir. Iustin. quæ est in d. *l. vlt. C. de mortis causa donat.* à Triboniano. Sed verius est dicere Paulum hoc notasse saltem in filiis famil. militibus d. *l. Marcellus.* Idq; ante constituit. Iustiniani ita fuit, & in filiis famil. etiam omnibus d. *l. etsi debitor d. l. illud.* Iustinianus vero in omnibus personis generale ius id fecit, per suam constitutioe d. *l. vlt.* vbi etiam constituit quinq; testes, vt & in omni voluntate vltima *l. vlt. C. de conditt.* Vel in §. 1. de donat. Hic quamuis Corasius lib. 5. *Miscell. cap. 17. num. 5. cum seq.* simpliciter respondet, Iustinianum se autorem dixisse in dict. *l. vlt.* omnium eorum, quæ a veteribus ipse, imperfecte & parum apte tra- dita

Non sal. larg. in pr. Respond. Loquitur thesis nostra de simplici donatione, non de donatione ante nuptias, quæ simpliciter in sinuationem non requirit. *d. No vel. 119. in pr.* Et quāvis in eo excepta sint donac. ante nupt. & dotes, quod non tantum constante matrimonio augeantur, sed etiam fiant, tamen dotis fauor plura priuilegia postulat, quam donatio propter nuptias, idque omne propter fragilitatem vxorum, §. 1. *infr. quibus alien. licet vel non §. fuerat, infr. de arb.* II. Obiicitur *l. sancimus 3. in princ. C. de donat.* ubi ex Iustiniani constitutione non requiritur in sinuatio in trecentis solidis. Ergo ultra illum numerum requiritur in sinuatio. Resp. Iustitia. *in d. l. sancimus*, affirmat, trecentorum solidorum summā in sinuatione non indigere, perinde ac si esset summa trecentorum solidorum quæ sine in sinuatione ante Iustinianum processit, sed hæc trecentorum solidorum summā postea Iustinianus ampliavit in posterioribus ll. vt ostendit *l. si quis 36. C. de don.* quæ lex hac in parte dictam *l. sancimus* tollit, vt pote priorem, *l. vlt. ff. de constit. princip.* Contra datam solutionem ad dictam legem sancimus oppono dictā *l. sancimus §. alias*, ubi dicitur, quingentorum solidorum summam non indigere monumentis, hoc est, in sinuatione; Ergo illa *l. sancimus* est abrogata per dictā *l. si quis §. vlt.* Respond. Id tempore dictæ *l.* speciale fuit, in donat. ad pias causas, quæ subsistebatur etiam, quamvis esset quingentorum solidorum, idque in fauorem piarum causarum. Hodie autem non amplius est speciale, sed factum est ius generale in omnibus donationibus communibus & ad pias causas *d. l. si quis vlt.*

25 *Ad Thes. 16.* Alienatio fundi dotalis à marito fieri non potest ex *l. Iulian.* ne quidem volente & consentiente vxore: Cui opponitur *l. 1. ff. de fund. dotal. in princ.* ubi fundi dotalis alienatio conceditur. Respond. Agimus hic de voluntaria & spontanea alienatione, at in dict. *l.* agit de involuntaria, seu de coacta alienatione, quæ fit per iudicem, id propter authoritatem prætoris vel propter decretum prætoris conceditur, quo alias in possessionem mittitur.

II. Obstat quod quilibet sit suarum rerum moderator & arbiter *l. in re mandat. C. de.* Respond. id procedit quando quis habet suarum rerum liberam administrationem, quæ hic non est, quia lex inhihet alienationem, vnde id à nemine nisi à principe mutari potest *l. 1. sit. d. l. vlt. C. de ll.* idque in fauorem mulierum, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ conuertatur, vt loquitur Iustin. Imperat. *hic in fin.* Idem seruatur in pupillis in eorum fauorem, §. *admonendi infr. h. sit.* Et hæc definitio libertatis indicat in §. 1. *supr. de iur. personarū* aliquē in suis reb. libere agere posse, *visi iure, hoc est.* legibus aut vi impediatur, & tū reuera liberi sumus, quādo nos legib. subiicimus secundū Ciceron.

III. Obiicitur *l. vxor 32. ff. de pact. dotal. l. quoties C. de iure dotal.* ubi consentiente vxore fundus dotalis alienari potest. Respond. Ibi fuit æstimatus fundus, & tum alienatio conceditur facta scilicet æstimatione, si hoc fiat consentiente muliere, *l. si æstimatio §. 1. ff. solus matrimon.* Teneatur autem tum maritus vel hæres eiusdem generis vel qualitatē rem restituere, *l. res in dotem 43. ff. de iur. dot.*

IV. Obiicitur *l. fin. ff. de iur. dot.* ubi fundus dotalis alienari potest, solutio ex ipso textu dependet, seu ratio, quare eo casu id permittatur: Quia inquit! Cuius nulla ibi capcio est. Deinde ex re vxoris fuit. Idem est in *l. vlt. ff. ad Scrum Vellei.* Antonius Guib. ita etiam soluit. *c. 5. de iure dotal. sub quæstion. an res dotalis possint alienari.* Id quod etiam tum procedit, quando res seruando seruari non potest, *l. 1. C. de seru. pig. dato.* Cui tamen obiicitur rursus *l. in rebus 30. C. de iure dotal.* Vbi alienatur seruus dotalis qui seruando seruari potuit. Respond. Casus est specialis. In fauorem enim libertatis ibi alienatio permittitur, ob quam etiam contra regulas iuris fuerunt concessæ, §. *vlt. C. de donat.* Et sic

constat alienationem fundi dotalis interdum permitti; regulariter tamen cessat alienatio rerum, præsertim immobilium, puta fundi, de quo loquitur propriæ lex Julia, prohibens alienationem. Quia fundi utpote res immobiles, facile recuperari non possunt. ¶ In mobilibus rebus dotalibus quidam alienationem procedere putant, cum de facili recuperari possint. Dicunt aliqui lege Iustinian. rerum mobilium alienationem prohiberi *l. vñ. §. cum & lex, C. de rei vxo. ult.* Sed id non esse permittendum putat Antonius Guibertus *cap. 5. de iur. dot. sub quest. an res dotales possint alienari?* Nam lex Julia illarum alienatione non interdixerat, ut constat ex *l. diuortio §. si sorem & l. seruus dotalis. ff. solut. matrim. & l. ex lapidicinis. ff. de iur. dot.* Nam non prohibetur alienari *l. cum prator. ff. de iudic.* Et sic Azo in summa in titu. de fundo dotali sentit. Sed quaeritur hic commodissime, anne eiusmodi alienatio contra legem Iuliam prohibentem alienationem fundi dotalis facta cum iuramento procedat, hoc est, vires accipiat? Et videbatur dicendum quod non I. Quia quod ab initio non subsistit, tractu temporis non conualescit, *l. quod ab initio ff. de reg. iur.* II. Quia facta contra leges nullius sunt momenti *l. 5. Cod. de h.* III. Quia non est obligatorium contra bonos mores interpositum iuramentum. *cap. non est obligatorium de reg. iur. in 6.* His tamen non obstantibus communis opinio DD. est in contrario, idque probatur *c. cum contingat. 28. extr. de iure iur.* Nec primo obstat regula Canoniana: Quod ab initio non subsistit tractu temporis non conualescit. Quia militat illa regula duntaxat in castris testamentorum, & institutionum, sub qua materia etiam extat *tot tit. de reg. iur. Canoniana.* Deinde non obstat *d. l. 5. C. de h.* quia loquitur de iure civili. Nec enim iure civili talis alienatio conceditur, sed tantum iuris Canonici aequitate sustinetur, eam ob causam ne iuramenta inefficacia habeantur: Denique non obstat *d. c. non est obligatorium.* Quia secundum Dynum id ibidem exaudiendum est de tali iuramento, quod est contra bonos mores, & vinculum est iniquitatis, vel quod super illicito contractu in dispendium animæ est interpositum, quod nec iure civili valet. *l. passa C. de passis.*

Ad Thef. 17. & 18.] Affirmamus maritum per traditionem dominum dotis naturalem fieri §. per traditionem in verb. si traditur marito, quid ex causa dotis supra de rer. diuis. & hic in pr. in verb. dotis causa marito datum, & notandum est verbum DARE quod significat dominium transferre §. ita, sic discretus in fr. de act. Et traditio modus est acquirendi naturalis, ex quo consequitur maritum per dotis traditionem naturalem fieri dotis dominum. Idem dicitur in *l. traditione. 20. C. de pass.* Hæc tamen quaestio in iure nostro & inter interpretes nostros magnam habet dubitationem & multis ac variis sententiis est inuoluta. Imò secundum Anton. Guibertum in tract. de dot. cap. 5. variae & discrepantes fuerunt semper sententiarum in hoc articulo sententiarum, quæ tamen in concordiam sunt reducendæ: Et quidè ut dictum est, asserimus nos maritum iure naturali fieri dominum ex actu traditionis. Cui oppon. vehementissime *l. in reb. 30. C. de iur. dot.* vbi dicitur, dotem naturaliter manere in dominio vxoris, & iuris subtilitate duntaxat esse in mariti dominio. Vnde sequitur maritum esse & civile dominum, non naturalem, vxorem a. dominum dotis naturalē esse. Resp. Quia *lib. 10. obseruat. cap. 32.* affirmat, se solitū fuisse d. l. in reb. c. d. cū §. per traditionem, ita conciliare, dicendo dict. §. per traditionem & d. §. 1. quibus alienare licet vel non. intelligendos esse de actu traditionis dotis, quasi hoc respectu maritus fiat naturalis dominus dotis per actum traditionis nudum, vel simpliciter consideratum eoque respectu vxor sit civilis domina dotis. Dictam vero *l. in reb. 30. Cod. de iur. dot.* esse accipiendam non de nudo actu traditionis, vel de initio traditionis, sed potius de effectu traditionis dotis, imò de mente & intentione tradentis dotem, quod maxime

in quolibet actu est attendendum, l. 3. §. pen. ff. de oblig. & act. eoque respectu uxorem potius manente naturalem dominam maritumque esse duntaxat dominum civilem quasi iuris subtilitate factum utilitatis causa, l. quamuis ff. de iure dot. Idque ideo quia soluto matrimonio per diuortium vel etiam per mortem uxoris, tenetur maritus restituere dotem uxori, vel eius patri, tot. titul. ff. C. de solut. matrim. quemadmodum dos perit nec apud maritum dominium manet, l. traditio ff. de acquir. rer. dom. Tum enim ius uxoris expergiscitur, & quasi ex postliminio reuertitur, quod antea dormiebat ob onera mariti, quæ in matrimonio facere cogebatur per dotem constante matrimonio dict. l. quamuis. Dos enim nulla est nisi inferuiat oneribus matrimonii. l. si princ. 76. ff. de iur. dot. Et ibi ¶ dos esse debet ubi sunt onera matrimonii, l. si u. que 56. ff. cod. Et ut dictum est maritus tum amplius dominus dotis non est, ne quidem civilis, scilicet soluto matrimonio. Quia ubi non est matrimonium ibi etiam non est dos. l. cum mul. ea. 20. Cod. de donat. ante nupt. Et hanc ut veritiore solutionem agnoscit etiam Antonius Guibertus Costan. cap. 5. de dotibus. Vbi affirmat maritum simpliciter esse dominum civilem, uxorem vero naturalem dominam.

Deinde opponit dict. §. per traditionem & d. §. 1. quibus alienare licet & non. ex Bald. in dist. l. in rebus, ad eundemque modum responderet, quo factum est, scilicet referri id ad actum traditionis. Traditur quidem dos sed non eamēte, ut dominium ad accipientem perueniat d. l. traditio ff. de acquir. rer. dom. Et ita etiam sentit Andr. Alciatus in dist. l. in traditionibus C. de pact. Et hac solutione retenta, non est querenda talis solutio, quod dict. l. in rebus 30. C. de iure dot. sit deprauata à Triboniano, ex malo intellectu distinctionis domini in naturale & civile vel legitimum, qua tamen distinctione sublata, hodie sit unicum dominium scilicet legitimum, l. vnic. de nudo iure Quirit. tot. id quod tamen D. præceptor Borcholten. addit. ad cap. 1. in feud. amplectitur. Quia ergo ut dictum est vxor naturalis est dotis domina, effectu dotis traditionis inspecto, necessarium non est ICtis vxoris partes tueri, eique dominium attribuire, id quod etiam Boetius in top. Cicer. lib. 6. comment. affirmat, ubi dicitur, dos licet matrimonio constante in bonis mariti sit tamen in vxoris iure manet. Et post diuortium veluti res vxoria peti potest. Deinde quia maritus est civilis dominus dotis, iudem ei dominium à ICtis tribuitur, quod quando sit latius videbimus nunc. Et quidem tribuitur ¶ mulieri dominium in mulis legibus. In l. fructus alias §. si fundum ff. solut. matrim. dicitur thesaurum, quem maritus in fundo dotali inuenit in fructu non computari, sed pro parte dimidia esse restituendum, quasi in alieno inuentum, secundum §. thesauros supra de rerum diuis. Deinde dos dicitur proprium patrimonium vxoris, l. vnic. §. & hoc C. de rei vxor. act. l. g. tertia, §. sed utrum ff. de minor. 25. annis l. in eum ff. de relig. & sumpt. fun. Et dicitur res aliena intuitu mariti, l. si constante §. si marito. ff. solut. matrimonium. Vnde eam maritus non potest dilapidare, l. si cum dotem. §. si in autem. ff. solut. matrim. nec vendere, ut hoc titul. num. Et si dolo vel culpa mariti res dotalis intereunt, vel deteriores efficiuntur, dolum & latam culpam à marito exigimus, l. in rebus. ff. de iure dot. dol. si constante §. si maritus. ff. solut. matrim. quæ in rebus propriis nemo præstat. l. etiam. §. licet. ff. de collat. bonorum l. quamuis. ff. de iur. dotuli. Deinde vxor partus dotalium ancillarum, item quæ æstimata non sunt, & omnia, quæ serui dotalis acquisierunt, actione ex stipulatu consequitur, l. vnic. §. cumq. ex rei stipulat. C. de rei vxor. act. Seruos etiã dotalis ita merito recte donati, ut manumittantur. d. l. si quis, si constante §. si vir. ff. de solut. matrim. Idq. solis dominis licet §. si itaq. infr. de act. Hinc sit mulierem ad satis dandam posse adhiberi, si fundus.

dus dotalis petatur à marito, quæ tamen fideiubere prohibetur, nisi in causa sua. *l. dedis. §. ff. qui satisfaci. cog.* Vnde si maritus ad inopiam vergat, vel matrimonium dissoluatur, mulier habet rei vindicationem, quæ tamen dominis, & quidem ciuilibus & naturalibus cõpetit aduersus rerum, & quidem hoc casu, dotalem possessorum, *lin rem. 23. in pr. ff. de rei vind. l. ubi ad hunc. C. de iur. dot.* Deinde quia maritus est ciuilis dotis dominus, saltem propter administrationem dotis, & propter matrimonij onera, quæ facit & sustinet, tribuitur eidem similiter quod dominium multis iuris textibus, & quidem *in l. dotali. 13. §. dotale. ff. de fund. dotal.* ubi dicitur maritum esse dominum iure dotali. *l. Lucius. §. pen. ff. ad municip.* ubi dicitur dotem in bonis mariti esse. *l. si pradium. 23. C. de iur. dot.* ubi dicitur dominium rei dotalis questum esse marito. Hinc fit, maritum vindicare res dotales. *l. dote ancillam. 8. C. de rei vind. & ibi Gloss. in Verb. nequiss. potest etiam maritus seruos dotales libertate donare. l. 1. C. de seru. pign. datis. 3. C. de iur. dot.* Nec non iubere seruos dotales adire vel repudiare hereditatem delatam. *l. seruos dotalis. ff. solut. matr.* quæ solis rerum dominis permittitur. *l. si non proprietatem. C. de iis qui à non domino matrim. lin rem. l. officium ff. de rei vind. l. Gm. C. de alienat. mutandi iudic. causa suæ.* Sed si rei dotalis interitus contingat, mariti erit detrimentum. *l. si fundum. ff. de fund. dotal.* quia regulariter periculum rei ad dominum pertinet, *l. pignus. §. de pign. act.* Si autem vxor res dotales amouit, furtum quod in rebus propriis non admittitur, *l. 1. ff. de furt. §. furtum. de oblig. qua ex delicto nascuntur.* eo casu in rebus dotalibus à muliere contrahitur, *l. ob res amotas. ff. de ar. motar.* Ergo confitendum est res dotales mariti esse, nec rer. dominium ad vxorem amplius pertinere, scil. quo ad onera matrimonij perferenda, vnde & maritus fructus dotis percipit, *l. pro onerib. C. de iur. dotal. l. dote fructus. ff. eod.* Et sic Accurs. Barr. Bald. Cyn. & Salic. *in d. l. in rebus. C. de iur. dot.* & Bald. & Nouellus *in 8. parte privileg. 26.* sentit. Sed superiori solutioni quædam videntur ob stare, quæ nunc breuiter videbimus, & primo obstat tale argumentum. Qui est dominus rei ut maritus dotis, potest perfecte de reliqua disponere: sed hoc maritus facere non potest. Nequaquam ergo dominus dotis est dicendus. Resp. Non est plenus dominus seu naturalis, effectus dotis inspecto: sed tantum ciuilis, & propter rationem ciuilem dicitur dominus dotis. Alienare autem non potest, quia lex Iulia alienationem prohibet, ut supra dictum est. Secundo maritus non habet rei vindicationem, sed vxor, *l. 2. C. de rei vind.* Resp. Ante etiam de hac re dictum fuit. Et ulterius sciendum est secundum aliquos *in d. l. 2.* non agi de fundo dotali, sed de tali fundo, cuius usum sibi vxor referuat. *§. fin. 5. de excus. tut. vel curat.* Vide D.D. & præcipue Mynsing. & Wesembec. Vel dicendum est, fuisse hic alienationem à marito fundum, vel à matre eius & ideo vindicare potest à muliere. Quia ius alienandi maritus non habet, ut supra dictum est, Anton. Guibert. Costan. respondet *in tract. de dotib. & 5. in d. l. dote ancillam. C. de rei vind. & in l. de his. C. de iur. dot.* In d. l. 2. ideo mulieri denegari illam actionem, quia *in d. l. 8.* constante matrim. mulier volebat dotalem ancillam vindicare, de cuius statu quæstio apud præsidem prouinciæ habebatur, quæ ante omnia definienda fuit. *§. præiudicialiter. in fi. de act. l. 2. tit. 2. ff. de ord. iud.* Deinde certum est *l. de his,* non loqui de rei vind. Sed de actione furti, vel vi bonorum raptorum, vel simili, quæ marito aduersus rer. dotaliū contrahentes à pretore datur. Vnde eo modo dd. *ll. sunt detorte.*

III. Concilietur, duo non possunt esse in solidum quod domini eiusdem rei. *l. si certo. §. si duo. 32. l. 1. ff. de mod. l. qui contra. ff. de reg. iur. l. Pomponius. §. sed & in fin. ff. de procurat.* Igitur maritus & vxor non possunt simul esse domini rerum dotalium, id quod tamen ante indata solutione fuit affirmatum. Resp. Diuersum dominium in diuersa persona cõtinetur, naturale nimirum in persona mulieris effectus dotis inspecto, & commentitium iure ciuili in persona mariti. Guibert. Costanus *in tract. de dotib. 2. §. Cuiac. lib. 10. obser. cap. 32.*

vbi asserit vnum esse verum, alterum fictitium, verum bonitatum, alterum Quiritarium: Et duo etiam sunt possessores propter petitionem, id est vindicationem. Ita enim legendum est pro possess. *in d.l. Cuiac. notat in l. pen. §. si fundus. ff. qui satisdant. cog.* Idque verba *d. §. sequentia* ostendunt. Hæc solutio simili confirmatur, quod est *in l. in bello. §. si quis seruum. ff. de capt. & postlim. reuersis.* vbi seruus ab hostibus redemptus est redimentis, est & prioris domini. Sic *in §. cum in suo solo. supr. de verum diuisione.* vindicare non potest dominus materiam, scilicet dum stat ædificium: Quia civilis ratio id impedit, scilicet. text. 12. tabul. *de trag. iur. et.* Solutio autem ædificio potest vindicare, scilicet. ex æquitate, hoc est, iure naturali, quia natura æquum est, ne quis cum alterius iactura ditescat, *l. iure natura. ff. de reg. iur.*

IV. Obiicitur tale argumentum ex Accurs. & Bart. Quibus casibus traditio à non domino facta, vlucapiendi facultatem parit, iisdem casibus traditio à vero domino facta dominium in accipientem transfert. *l. clauibus. ff. de contrah. empt. l. Pomponius §. si §. ff. de acq. possess.* Atque ita in casu dotis traditio mulieris marito accipientem parit, idem vlucapiendi facultatem. *l. i. ff. de §. uicap. pro dote. l. Pomponius §. in dorem. ff. de acq. possess.* igitur traditio mulieris dominæ, marito dominium parit. Resp. Maior quam Papinianus in causa dotis probat, *l. clauibus. ff. de contrah. empt.* vlucapioque vera non est. Si enim vir uxori, vel vxor viro donauerit, siquidem res aliena donata fuerit. Verum est quod Trebarius putauit, si pauperior is, qui donasset non fuerit, vlucapio non possidenti procedere, *l. si vir. ff. pro donato.* Et tamen si res dantis propria sit, dominium in accipientem non transfertur. Denique obiicitur, quod maritus sit verus dominus vxoris, unde & verum habet dominium maritus semper. Antecedens probatur *Genes. 3. cap.* vbi dicitur mulierem esse debere sub potestate mariti, & ipse dominabitur tibi. Deinde Cæsar *lib. 6. de bello Gallico,* scribit: Olim

33 Gallos in vxores sicuti in liberos vitæ & necis potestatem habebant Resp. Vxores per matrimonium patris potestate non exeunt. Quia matrimonium non refertur inter modos soluendæ patriæ potestatis. *101. tit. supr. quib. mod. pat. potest. sol.* & alias multis in locis dicitur, filias in matrimonium collocatas patris potestate non abire. *l. si vxorem. C. de cond. infer. l. qui. §. ult. ff. de iure iur.* vt *supr. in disput. 2.* satis fuit dictum. Et certum *d. c. 3. Genes.* accipiendum esse de prærogatiua vel autoritate maritorum in vxores, nec villo modo ad dominium potest detorqueri vel retorqueri, vt supra est dictum, & sic etiam Anton. Guibertus *d. tract. de dotibus. c. 5.* sentit. Et hæc sententia vel solutio non est adeo improbanda. Alij vt Paulus *lib. 2. quæst. cap. 3.* Et Corraf. *lib. 5. Miscellanea. c. 14.* ita sentiunt: Aut hoc agitur inter virum & vxorem vt dominium rei dotalis ad maritum transferatur, aut illud vt non

34 dominium, sed duntaxat possessio ad virum transeat, & sic ius vtendi fruendi. Priori tamen casu rei dotalis dominus reuera & proprie fit maritus non etiam vxor. Posteriori vero casu fit vxor reuera & proprie domina non etiam maritus. Hanc distinctionem suppeditat nobis. *l. si ego. 9. de iur. dot.* vbi Ulpianus de quodam casu loquens ait: Non puto hoc agi inter maritum & vxorem, vt dominium ad eum transferatur. Idem suadet hanc distinctionem Imperator Iustin. *in pr. Instit. quib. alienare licet vel non.* vbi tradit feudū dotalem esse mariti, propterea quod ipsi dotis causa datum sit. Dare est dominium transferre *d. §. si itaque discretis. infr. de act. l. non videntur data. de reg. iur.* Sic etiam *d. l. de his. 11. C. de iur. dotal.* quia marito tanquam domino rei dotalis vindicatio cōceditur, loquitur de dote dato, de his inquit, qui in dorem data sunt. Duobus itaque locis illis agitur de casu, quando inter virum & vxorem conuenit, vt dominium rei dotalis ad virum transeat, cum vero res æstimata in dorem datur. Nam dotalem rerum æstimatarum reuera dominus est maritus, earumque periculum ad maritum tanquam dominum spectat. *d. l. vnic. §. & cum lex. vers. licet. n. Anastasiana. C. de rei & vxor. act. l. plerumque cum post. 62. §. penult. ff. de iur. dot.* Idem hoc agitur

agitur cum dantur marito in dotem res, quæ numero, pondere & mensura constant. Nam & harum peculium mariti est, easque maritus ad arbitrium suum distrahere debet, ita ut soluto matrimonio non easdem species, sed alias eiusdem generis & qualitatis restituar, *l. res in dotem. q. 2. h. tit.* Quod autem vxor res dotales tradere solet marito, & traditione rerum dominia transferuntur, *d. l. traditionibus. C. de pact.* inde astruendum non est, traditione illa perpetuo rei dotalis dominium maritum consequi, sed tum demum tantum, si animus transferendi dominium adsit, *d. § per traditionem. l. quia ratione. C. §. hac quoque res. ff. de acquirend. rerum domin.* In omnibus enim rebus quæ dominium transferunt, concurrat oportet transferendi domini effectus ab utraque parte. *l. in omnib. 55. ff. de oblig. & act.* Et neque voluntas nostra siue factio nostro, siue traditione, neque factum hoc est traditio, siue voluntate proprietatem, siue dominium transferre potest, ut Petrus Faber explicat. *l. si id quod nostrum est. ff. de regul. iur.* si itaque mulier sine effectum transferendi dominium existat, possidet maritus res dotales ad fructus percipiendos, ut inde onera matrimonii facilius sustineat, idque fit iure singulari, & legis autoritate & propter usum fructum quasi rerum exercitium & administrationem, quam lex ei concedit constante matrimonio, ut nuptiarum oneribus seruiat. *l. si pater mulieris in fin. ff. de iur. dot. l. fin. in princ. ff. de dos. except. l. pro oneribus. C. de iur. dot.* Corral. lib. 5. Miscellan. cap. 14. num. 6. Secundum ergo prædictam distinctionem contrarietas legum, quæ monstrata est, tolli etiam posset, ut scilicet leges, quæ reuera dominium marito tribuunt, intelligantur de casu, quo id actum est inter virum & vxorem, ut rei dotalis dominium transeat ad maritum, leges, & quæ expresse & proprie rerum dotalem dominium tribuunt mulieri, exaudiantur de casu, quo id actum est, inter virum & vxorem, ut non dominium ipsum, sed possessio duntaxat ad percipiendos fructus ad maritum transferatur. Est tamen & illud hic notandum eas leges, quæ volunt res dotales vel dotem esse in bonis mariti, ut est *d. l. quamuis. 75. in princ. de reg. iur. & l. Lucius. 21. §. idem respondit ff. ad municip.* non ita perpetuo accipiendas esse, quasi velint res dotales vel dotem esse in dominio mariti. Nam ¶ aliud est in dominio esse longe aliud in bonis. In bonis nostris non computatur solum & alia, quæ dominij nostri sunt, sed & illa, in quæ ius quoddam habemus *d. l. bonorum. ff. de verb. sign.* In bonis itaque mariti constante matrimonio perpetuo dicitur esse res dotalis, siue eius dominium translatum sit in maritum, siue non dominium, sed possessio saltem in eum sit translata, siquidem & hoc posteriori casu ius percipiendorum fructuum, in rebus dotibus maritus habeat, *d. l. dotis. 7. in princ. l. §. 1. ff. de iur. dot. d. l. pro oneribus. 20. C. eod. d. l. Enic. §. cumque ex stipulatione actio. C. de rei vxor. act. Et rei vindicatio. l. rem in bonis. ff. acquirend. rerum domin.* imo res quæ proprie sunt vxoris, licet non sint dotales, vix quodammodo esse intelliguntur, ut & res viri videntur quodammodo esse vxoris propterea quod coniuncta familia & vna domus est. *l. 1. §. si vir aut vxor. ff. de SCro Syllan.* Licet autem constante matrimonio, marito res in dotem datæ, eius sint, tamen soluto matrimonio, ipso iure fiunt mulieris, ita ut ipse earum vindicationem habeat, *d. l. in rebus. 30. C. de iure dotal.*

Ad Thefm 19.] Pignus ¶ alienare potest creditor ex conventionione scilicet expressa. ¶ Quia tum pacti lex est seruanda, nec tamen opus est vlla denunciatione. Si vero tacite id factum vel pignus tacite datum sit, terna denunciatione opus est. Idq; simpliciter dicitur in *d. l. 4. ff. de pign. act.* Et Paul. lib. 2. sentent. 5. in princ. vbi dicitur: Si simpliciter fuit pignus datū, post tertiam denunciationē factam potest distrahi pignus. Vbi id Cuiac. sequitur, & inducit ¶ alienationē terna denuntiatio, nō ipsum pignus, q; inducit obligationē. *l. si is qui rem. 66. ff. de furt.* Et hunc casum in fine huius thescoi ponimus. Idē obtinet, si non conuentū fuerit,

fuerit, ne res petatur, tum post ternam demum citationem à creditore factam alienatio procedit. Paul. *lib. 2. sentent. tit. 5. in pr.* quamvis Wesemb. hic velit, tum quando simpliciter est constitutum pignus, sufficere nouo iure denunciationem vnicam, idq; probat per *l. fin. C. de sur. dom. Imperat.* Sed illa lex non sustulit *d. l. 4. ff. de pign. act.* sed tantum hæc breuiter adiecit, biennium adhuc post ternam denunciationem factam, esse expectandum, ne facile domini suis rebus defraudarentur.

Ad Thema 20. 21. & 22.] De obligatione pupilli, de qua hic agitur, satis copiose dictum fuit, ad *disput. 6. supr. lib. 1.*

Ad Thesin 23.] Dicitur debere fieri solutionem tutori. Cui obiicitur *l. stipulatus 11. ff. de solut.* vbi dicitur recte solui pupillo posse. Resp. Illa lege pupillus fuit stipulatus, & nihil sibi debebatur, sed fuit conuentum inter contrahentes, quod solutio posset pupillo fieri. II. obstat *l. sancimus. 28. §. fin. C. de admin. tutor. vel curat.* vbi dicitur, quod sit securus. Resp. Ibi solutio fit ex reditione & pensione. Hic autem fit ex causa mutui.

38 Ad Thesin 24.] Affirmatur ibi nobis † acquiri aliquid per seruos, quos in potestate habemus. Cui multa obstat videntur, de quibus omnibus videbimus. Et quidem sciendum est, statim acquiri dominis, quod serui acquirunt, §. *1. si de his qui sunt sui vel alien. iur. §. item vobis, hic.* Gui obiicitur *l. sed recte. 25. §. 1. ff. de usufructu. l. seruus. 43. §. fin. ff. de acquir. rer. dom.* vbi dicitur in pendenti esse, quod serui acquirunt. Pone casum, seruus fructuarius emit seruum, & per traditionem eum accepit, nec dum precium numerauit, sed tamē pro eo satisfecit, puta fideiussore, vt *Gloss. ibid.* Hic in pendenti est dominium, illud dominiū declarabit numeratio, seruus enim cum sibi nec acquirat, nec quicquam proprii habere possit, aut usufructuario aut proprietario acquirat: Si ergo ex peculio, quod ad usufructuarium pertinet soluerit, intelligitur homo emtus retro usufructuarij fuisse. Cum vero ex eo peculio, q; proprietatē sequitur soluerit, proprietarii ex post facto esse videtur, *d. l. seruus. 43. §. fin. ff. de acquir. rer. dom.* qui §. dictam *l. sed et si. §. 1.* explicat. In eo est pēdenti dominium, quod demonstrabitur, hoc est, declarabitur numeratione, hoc est, solutione precij vel pecuniæ. Seruus enim nihil proprii habere potest, cum olim saltem peculij administrationem serui habuerint, vt eo rectius negotiari & dominorum negotia administrare discerent. II. Opponitur *l. seruus communis. 2. 7. ff. de stipul. seruor.* vbi si seruus est cōmunis vtiq; acqrit, siue emat, siue stipuletur vel alia ratione acquirat, quīs pecunia ex pecunia detur, q; alter ex dominis sequitur. Resp. Diuersa causa est in usufructuario seruo, & deinde in seruo cōmuni. Ratione n. societatis vtriusq; acquiritur, quīs ex vnus peculio pecunia detur, quæ soluitur. III. Opponitur *l. si seruus communis 21. ff. de stipul. seruor.* Resp. Ibi agitur de dominis duobus, hic de domino & usufructuario, & est inutilis stipulatio: quia in alternatiua stipulatione inter personas, quibus æqualiter acquiri potest, vitatur stipulatio, vt ibi dicit Bart. IV. Obiicitur §. *sed cum factum. inf. de stipul. seruor.* vbi dicitur, si factum in stipulatione est deductum, persona stipulantis duntaxat cōtinetur, veluti si seruus stipulatur, vt sibi ire, agere liceat, ipse tantum prohibere non debet, non etiam dominus eius, quia facti stipulatio personam stipulantis non egreditur: Ergo domino hoc casu nihil acquiritur, sed tantum soli seruo, qui in stipulatione continetur. Resp. Hoc stricta quadā ratione procedit non ex æquitate. Secundo licet non principaliter dominis stipuletur: tamen secundo vel in consequentiam, quia etsi saltem eat vel agat seruus: tamen vtilitas eundi vel agēdi transit ad dominum dominoq; acquiritur. Cuius in consequentia vertitur vtilitas & emolumentum. V. Obiicitur *l. 4. in pr. ff. de manumiss.* vbi dicitur seruum nummos suos habere, & iis etiam sibi libertatem comparare posse. Resp. Est solutio in *d. l. 4. §. 1.* vbi dicitur, quod seruus nummos proprios habere non possit, sed conuenientibus oculis

culis domini, credendum esse suis nummis eum redemptum, puta si ex peculio sit redemptus, quod ad venditionem pertinet, idque favore libertatis, siue ex aduentitio lucro siue liberalitate amici, vel repromittente vel delegente, vel in se recipiente amico debitum, sit liberatus. VI. Obiicitur *l. quod seruus. 2. ff. de acquir. poss.* ubi dicitur, seruum acquirere domino saltem iustam possessione. Ergo non omni statim domino acquirit. Resp. Id quod iniuste acquiritur non ideo possideri, nec videtur possessionem adeptus, quia iustus est, ut eam retinere non possit, *l. non videtur. 2. ff. de acquir. poss.* cum nullus sit momenti: Agimus a. nos de iusta acquisitione, cum nemo ex alieno damno lucra sentiat. *l. iure nat. ff. de reg. iur.* Sed data solutioni refragatur *l. 3. §. ex contrario. ff. de acquir. poss.* ubi dicitur, non multum interesse iuste quis an iniuste possideat. Resp. Potest quis iniuste possidere vel iuste scilicet per se, at per alium iniustam possessionem minime acquirere potest. VII. Obiicitur *l. si seruus. 21. ff. de acquir. rer. dom.* ubi seruus qui bona fide seruit, emit rem, & nulli acquiritur ea res. Resp. Hoc ideo fit, quia ego non possideo, & quia liber homo bona fide seruit: Ergo sibi acquirit liber homo per traditionem bona fide factam. Et agitur ibi de acquisitione potius naturali, quod Rubr. ostendit, quam de ciuili, alias si ex re eius, a quo possidetur, res sit comparata, ei acquiritur. Nam quod ex re alterius est, possessori non acquiritur, *l. seruus. 43. in pr. ff. de acquir. rer. dom.* Atque ita *d. l. si seruus. 21. in prin. de acq. rer. dom.* loquitur. Acquirat etiam seruus qui bona fide possidetur, quamuis sit alienus vel liber, omnia ei a quo possidetur *l. 1. §. sed et per eum.* VIII. Obiicitur seruus publicus cum stipulatur rem pupilli saluam fore, Reipubl. non acquirit, sed pupillo, *l. 1. §. exigere. ff. de magist. conueniend.* Resp. Ut tutela publicum munus est, §. 1. *supr. de excus. tut. vel curat.* Reipublicæ munus non est, §. 6. *tutela non est. ff. de recusat. tutor.* Ita seruus publicus non est Reipublicæ seruus, sed omnium ac singulorum vtilitate introductus. Nam cum per liberos homines, exceptis procuratoribus tutoribus & curatoribus, nulla ex causa alicui acquiri possit, §. *ex his itaq. per quas personas cuius, acquiritur. §. si quis alij. inf. de inutil. stipul.* & tamen sæpe eueniret, ut pro absentibus & pupillis, aut Reipub. nomine stipulari, aut transigere oporteret, itaque contractibus & actibus publica fide conscribendis seruus publicus adhibuerunt, hoc est, omnium & singulorum communem, ut pro omnibus & singulis stipulari, aut transigere oporteret. *l. 2. ff. rem pupilli saluam fore. l. non. 18. ff. de adopt.* munere Notariatus iudicatur, qui mandabat seruis, non quasi indignis liberis hominibus, sed quod non liceret per libera personas acquiri, sed saltem per eos qui in potestate parentum & dominorum sunt, scilicet filiosfam. & seruos. Sed hoc munere seruis interdicit Arcadius & Honorius Imp. *l. general. C. de tab. lib. 10.* & inde hodie serui tabelliones esse non possunt. Denique opponitur §. *dominus. vers. fina. §. de noxal. act.* ubi dicitur seruum posse damnum rescarcire quæ sita pecunia, si aliquid pecunie acquisiuit, habet aliquid pro se, nec omnia domino acquirit. Resp. Verum est statim ipso momento, id quod seruus acquirit ad dominum pertinere. Sed intelligi hic pecuniam acquisitam, hoc est, per alium quendam, quam pecuniam ipse seruus mutuo rogare potest, promittendo se redditurum, quando manumissus fuerit, atque tum damnum rescarcire potest. Alioqui si nulla est spes libertates, nihil potest seruus mutuo sumere. Obligatio enim in personam serui non cadit, *l. in personam. ff. de regul. iur.* Et hoc Alciatus indicat, dum dicit *καὶ ἐλπίδα*, hic seruum esse dominum, h. e. in spe, quod etiam in d. §. *dominus*, indicatur his verbis: *Auxilio pratoris inuito domino manumissum.* Ergo est in conditione manumissionis, & certum alias est, ex d. *l. 4. ff. de manumiss. seruorum* redemptum alienis nummis conuenientibus domini oculis, quasi suis nummis esse redemptum, alias proprium habere non potest. *l. hos accusare. 12. §. omnib. ff. de accusat.*

Ad Thesin 25.] Opponitur aduentitium peculium, si confertur non habet filiusfam.

mil. in eo domitium l. 4. C. de collat. l. 1. §. si sub conditione. de collat. dos. Resp. Per Iustitia.
 32 constit. in l. fin. C. de collatione. hodie ¶ non confertur. Cuiac. lib. 3. obser. lib. 30. Secundo v-
 fusfructus filio datus ad patrē pertinet: Ergo non tātum tum vsumfructus patri acquiritur,
 quando filius retinet proprietatem, quia hic proprietatem non habet, pbatur id per l. vlt.
 C. de vsumfr. Resp. Vaud. lib. 5. quæst. 15. affirmat, vsumfr. filiiam. pertinere ad patrē, eiq; post
 factum filij in diem vitæ integrū conseruari, contra Accurs. in auth. idem est. C. de bon. qua
 lib. 8. d. l. vlt. C. de vsumfr. Sed id antea in disp. 3. lib. 2. fuit explicatum.

Ad Thesin 26.] Dicimus castrense peculium totum filio deberi. Cui obicitur val-
 de l. pater. 15. §. vlt. ff. de Cast. pecul. vbi pater habet vsumfructū castrensis peculij, filius prop-
 rietatem. Si ergo pater moritur, filius plenam accipit proprietatem. Resp. Vsumfructus
 separationem à proprietate accipit, §. 1. supr. de vsumfr. Et ideo etiam hic pater habet vsum-
 fructum in bonis istis ad militiam defendendam & promouendam.

Ad Thesin 27.] Affirmatur ¶ per seruos nobis ignorantib. & inuitis acquiri ex iusta
 40 causa. Cui opponitur §. item vobis. vers. sed si, per quas personas acquiritur. vbi per seruos non
 potest acquiri, ignorante domino. Resp. Hoc speciale est in hereditate: Nam hereditates
 plerumq; sunt damnosæ, & multo ære alieno grauata, & ideo iustum dominiū debere ad-
 esse leges volunt, cum iniquum esset vt hereditarij vel ære alieno quis innitus obligaretur,
 l. 6. ff. de acquir. vel omit. hered. Sic pupillus propter eandem causam hereditatem etiam lu-
 crosum, adire non potest, sine tutoris auctoritate, cum alias suam substantiam sine tutoris
 auctoritate possit reddere meliorem, §. sed neq; si de anth. tutor. §. nunc admonendi quib. li-
 cet vel non. Alij respondent ideo seruos non posse hereditatem adire, quod aditio sit actus
 legitimus, qui per seruos expedire nō potest, sine iussu dominorum à quibus serui personā
 accipiunt, §. 1. infra de stipul. serui. l. actus. ff. de reg. iur. Et secundum hanc distinctionem
 est intelligenda l. placet. 79 ff. de acquir. hered. vbi dicitur, quod in persona serui in momēto
 consistat res, quæ acquiritur, sed statim transeat ad dominium. Secundo opponitur l. ea
 qui ciuilitate. 33 ff. de acquir. rer. dom. vbi dicitur, possessionem volentibus nobis acquiri, non
 ignorantib. Resp. Hoc quoq; speciale est in possessione, quæ non nisi volentibus & scien-
 tibus nobis acquiritur, cum facti sit, & q; seruus apprehendit, non videtur dominus ap-
 prehēdisse: Ergo opus est animo & corpore ad acquisitionem possessionis. l. quemadmodū.
 §. ff. de acq. vel omit. possess. Tertio oppono l. 1. §. item acquiritur. ff. de acq. vel omit. possess.
 vbi dicitur. Seruum etiā possessionem illarū rerū, quas peculiariter tenet ignorāti domino
 acquirere. Resp. Per seruum ignorantib. dominis acquiritur in iis rebus, quas habent in
 peculio & peculiariter tenent: Et additur ibi ratio, quare ignorantib. dominis illæ res ac-
 quirantur: quia voluntate domini seruus illa possidet, cui permissa est peculij administra-
 tio, & hoc vtilitatis causa est permissū in iure regulari, ne cogerētur domini per momēta
 species & causas peculiorū inquirere, l. peregre. 45. §. q̄ si nū. ff. de acq. vel omit. possess. Quarto
 oppono cōtra dat. solur. l. q; seruus. 24 ff. de acq. possess. vbi dicitur generaliter domino igno-
 ranti acquiri iusta possessionem: Ergo acquiritur possessio non tantū peculiariter rei, igno-
 ranti, sed etiā aliarum rerum. Resp. In d. l. q; seruus, agitur de iusta & iniusta possessione,
 & quidem in eo casu, quando seruus habet peculij administrationem, vt ante dictum est,
 si ergo iusta est possessio, ignorāti domino acquiritur: quia dominus creditur possidere, vt
 in d. l. quod seruus. adiicitur. Hinc in thesi nostra, à pprietate possessio ita discerni debet.
 41 Possessio ¶ volentibus dominis per seruos acquiritur. Proprietas ignorantibus & inuitis.
 Quinto oppono l. hoc iure. §. non potest ff. de donat. vbi non acquiritur inuito, & inuito be-
 neficiū nō datur. l. inuitus. de reg. iur. Resp. In d. l. non potest, dicitur nō posse dominū cogi
 ad retinenda, quæ seruus acquisiuit, nihilominus tamen inuita acquiri potest per seruum.

Ad Thesin 29.] Affirmatur in thesi vltima per ꝑ procuratorē & sic liberā personam 42
 ſcienter & ignorantī acquiri: Scienti acquiritur, quia procurator habet mandatum de ac-
 quirenda poſſeſſione, & vbi eſt mandatū ibi quoq; eſt voluntas. Ignoranti acquiritur, quia
 dato mandato & adhibita voluntate, ignorat Dominus, quo die & quo tēpore eam rem
 procurator ſit acquiſiturus poſſeſſionē? Et hoc reſpectu dicitur ignorantī acquiri, ſecundū
l. i. C. de acquir. poſſ. Id q̄ Cuiac. *l. 62. ff. de Verb. oblig.* probat. Sed obicitur *l. per procuratorē.*
8. C. de acquir. poſſ. vbi dicitur. Dominium etiam per procuratorem acquiri: Ergo non tan-
 tum poſſeſſio. Reſpond. Poſſeſſio cauſa eſt dominij *l. i. in pr. ff. de acquir. poſſ.* Ergo & ꝑ do-
 minij acquiri poteſt per procuratorem *l. 13 in pr. ff. de acquir. poſſ.* Sed valde darā ſolutioni
 obſtat *l. i. C. per quas perſon. cuiq; acquiritur*, vbi dicitur, per procuratorē nihil acquiri, niſi
 cauſam poſſeſſionis. Reſponder. gl. *ibi d. in fin. in d. l. per procuratorem*, per cauſam poſſeſſio-
 nis intelligi ipſum dominium. Et certum eſt procuratorē poſſeſſionem ignorantī acquirere
 quæ facti eſt. *l. i. §. 1. poſſeſſio. 49. de acquir. poſſ.* Alij dicunt, ſi habet generale mandatū, ac-
 quirere eum dominium & poſſeſſionem, idque vtilitatis cauſa *d. l. 8. C. de acquir. poſſ.* Nec
 obſtat *l. falſus. §. 1. ff. de furt.* quia ibi eſt falſus procurator. Nec obſtat *l. cum qui. §. 1. ff. de*
ſolut. quia ibi errat ob reuocatum mādātum. Sed valde obicitur vltimus *l. i. §. per procura-*
tores ff. de acquir. poſſ. vbi dicitur, ſi procurator ſuo nomine accipit rem, eam nō acquiri
 domino. Reſp. Niſi forte tradens gerat, la. e. tradat ei, vt acquiratur domino mandanti. Et
 ita conciliatur *l. qui mihi. 13. in fin. ff. de donat.* quia ibi tradens procuratori, eo nomine rem
 tradit, vt mihi acquiratur non procuratori. In *d. l. i. §. per procuratorem* traditur à tradente,
 nō vt domino acquiratur. Requiritur igitur vt nomine dominij, cuius eſt procurator tra-
 datur: Id q̄ conſtat ex *l. ſi procurator. 13. C. de acquir. rer. dom.* Sed inſto ex *l. res mandata. 59.*
ff. de acquir. rer. dom. vbi dicitur: Rem procuratori nomine domini traditā non fieri domi-
 ni, niſi ei tradatur à procuratore. Reſpondet Charontas Græcoſita conciliare vt dicant. id
 procedere ſubtilitate iuris, *d. vero l. qui mihi 13. ex æquitate*, vt Pacius ex Charonta in *d. l. res*
mandata, notauit. Idemq; ad *l. per ſeruum 37. §. ſol. ff. de acquir. rer. dom.* Reſp. Sequitur igitur
 verū eſſe per procuratorem ſolam poſſeſſionem acquiri. & per hanc poſtea dominium
 vel vlucapiendi conditionem, *d. l. i. §. l. per procuratorem, C. de acquir. poſſeſſ.*

Ad Corollarium.] Rationes noſtri Corollarij hæ ſunt. I. Quia quilibet renun-
 ciari fauori pro ſe introducto poteſt, non pro alio, *l. penult. C. de pact. §. ib. Dd.* At hic pro
 liberis introducto fauori renunciati pater: Ergo renunciatio non tenet. II. Etiam ſi volū-
 tas quidam ad ſit donantis: tamen fauor liberorū eſt potior, qui ſimul ſuadet reuocationē
 quæ procedit etiam ſi interueniat iuramentum. Et hæc ſententia Cameralibus placet.
Mynſcent. 5. obſ. 63. n. 8. Et valet ipſo iure renunciatio, quo ad pacem cum pacta ſint ſeruāda
l. i. ff. de pact. Reſcinditur autem talis donatio per liberos, qui per querelam in officio ſc.
 donationis reſcindunt obſtaculum, & reuocant donationem.

DISPUTATIONIS XIII.

Ex tit. 10. lib. 2. Inſtit. De teſtamentis ordinandis.

CONTINUATIO.

Dictum eſt haſtenus de modis ſigillarim res acquirendi: ſequitur nunc, vt
 videamus, qualiter per vniuerſitatem dominia rerum conſequamur.

Theſis I. Primus per vniuerſitatem acquirendi modus eſt hereditas, vel
 ex teſtamento, vel ab inteſtato obtingens. *§. fin. Inſtit. per quas perſon. cuiq; acq.* De

testamento vt digniore & pleniore nunc in praesentia. l. 8. in fin. C. commun. de success. l. 39. ff. de acquir. vel omit. heredit. l. 89. ff. de regul. iur.

2 Testamentum ex eo appellatur, quod sit testatio mentis. in prin. Instit. de testam. ordinand.

3 Plenius definit Modestinus I Ctus Testamentum voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. l. 1. ff. qui testam. fac. poss.

4 Testamenti factio non priuati, sed publici iuris est. l. 1. ff. qui testam. fac. poss. & hoc est vel solemne in scriptis, vel nuncupatium. §. sed cum paulatim. Instit. de testam. ordinand.

5 Solemne in scriptis est, quo heredis nomen scribitur, & solemniter conditur in praesentia septem testium ad id rogatorum, cum testatoris ac testium subscriptione & consignatione. §. sed cum paulatim. Instit. hoc tit. l. omnium. 19. l. iubemus. 29. C. de testam. Nuncupatium est; quo heredis nomen absque scriptura nominatur septem testibus praesentibus vocemque testatoris exaudientibus. l. hac consultissima. §. per nuncupationem. l. 26. C. de testam. §. fin. Instit. de testam. ord. l. 22. ff. qui testam. fac. poss. l. fin. de iur. codicill.

6 Solemnitas testamentorum magna est propter eorum sinceritatem, & vt ultima voluntas sit usque ad mortem ambulatoria, & ne quid falsi committatur, testes adhibentur. l. 32. §. 3. ff. de donat. inter vir. & vxor. l. fin. C. de fideicom.

7 Testamenta literis integris ac planis, non mutilatis & obscuris scribi debent l. hac consultissima. C. de testam.

8 Requiritur quoque vt testamentum fiat vno contextu, nullo alio extraneo actu interueniente, quod ad testamentorum sinceritatem pertinet, ne propter extraneos actus voluntas testatoris facile turbetur. §. sed cum paulatim. hoc tit.

9 In testamentis ordinandis requiruntur septem testes ad hoc rogati. auth. rogati. C. de testam. §. sed cum. Instit. eod. tit.

10 Testes in ordinatione testamenti debent esse rogati, ita vt videant & audiant testatorem loquentem. l. si non speciali. 9. & l. si vnus. 12. C. de testam.

11 Testes sese subscribere debent; nec vnus pro alio, sed quisque propria manu; nisi sint in tali loco, vbi tot literati non reperiuntur. l. hac consultissima. & l. fin. C. de testam. l. singulos. 10. ff. eod. tit.

12 Testes quoque testamentum propriis annulis signare debent, vel si proprios non habent alienis, imo & ipsius testatoris annulo signare possunt, dum ramen si alieno vtantur, mentionem eius rei in subscriptione faciant. l. 22. §. si ab ipso. vbi Bart. & Dd. ff. eod. tit. l. 12. C. eod. tit. §. possunt autem. Instit. hoc tit.

13 Adhiberi autem possunt omnes ij testes, cum quibus testamenti factio est, idque conditi testamenti tempore. *§. testes autem. institut. hoc tit. l. 22. §. fin. ff. hoc tit.*

14 Quaritur hic, de quamam testificatione hoc accipiatur, an de aCiua, an passiva. *§. testes autem. vbi Mynsing. num. 2. institut. hoc tit.*

15 Mulier in testamento testis esse non potest. *§. testes autem. institut. hoc titul.*

16 Seruus tamen eo tempore cum signaret communi opinione pro libero habitus, etiam si ex intervallo seruilis conditio detegatur, testamentum non vitabit. *§. sed cum aliquis. institut. hoc tit. l. 1. C. de testam. l. 22. §. conditionem. ff. eod.*

17 Tempus signationis in testium conditione potissimum inspicere debet, non id quod postea illis contingit.

18 Filius familias si de castrensi peculio faciat testamentum, nec pater eius recte adhibetur testis, nec is, qui in eius potestate est, *§. pater nec non. institut. hoc tit.*

19 Testimonium enim domesticum hac in re plerunque reprobari solet. *§. pater nec non. vers. reprobatur. institut. hoc tit.*

20 Porro impubes, furiosus, mutus & surdus in testamenti ordinatione testes esse non possunt. *§. testes autem. institut. hoc tit.*

21 Item nec is, cui bonis interdictum est, neq; ii, quos leges iubent improbos & intestabiles esse, in numero testium adhiberi possunt. *§. testes autem. institut. hoc tit.*

22 Neheres quoque, nec quem in potestate is habet, testis esse potest. *§. sed neq; institut. hoc tit.*

23 Legatariis tamē & fideicommissariis, quia iuris successores non sunt, & alii personis eius coniunctis, testimonium non denegatur. *§. legatariis. institut. hoc titul. l. 20. in princ. ff. cod. tit. l. 22. C. de testam.*

24 In testamento tempore pestis facto pauciores testes, & quidem quinque admitti possunt, secundum Bald. in l. fin. nu. 1. in fin. C. de testam.

25 Testamentum principi oblatum testibus non indiget, nec opus habet expressione solennitatum. Iulius Clarus lib. 3. sentent. *§. testament quast. 56. num. 7.*

DISPUTATIONIS XIII.

De ordinandis testamentis, obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

1. Testamentorum materia pre ceteris omnibus utilitate & subtilitate excellit.

2. 3

2 Testa-

190 DISPUTATION, IURIS CIVIL.

- 2 Testamentum unde sic appellatum.
- 3 Testamentum quid sit.
- 4 Testamenti definitio an conueniat codicillis.
- 5 Testamenti factio an sit iuris publici & civilis, an vero iuris gent.
- 6 Testamentum cur tot solennitates habeat.
- 7 Testamentum ad pias causas, si duos habeat testes, ratum habetur.
- 8 Furiosus non potest facere testamentum ad pias causas.
- 9 Mulier potest esse testis, in testamento ad pias causas.
- 10 Verborum superstitiosa observatio in testamento sublata est.
- 11 Voluntas testatoris quomodo sit libera.
- 12 Iurisconsultus an ad testamenti factionem requiratur.
- 13 Abbreuiaturus an sit licet in scriptione testamenti.
- 14 Exheredationem & heredis institutionem an semper in testamento poni necesse sit.
- 15 Testamentum quo contextu scribendum est.
- 16 Actus extraneus an in testamento admitti possit.
- 17 Mortis causa donatio in testamento fieri non potest.
- 18 Testes in testamento ordinando quot requirantur.
- 19 Rusticus consultum est ut 5. testes in testamentis adhibere possint, si plures non adsint.
- 20 Testes in testamento an debeant ad id esse rogati.
- 21 Testes praesentes videre & audire testatorem in testamento debent.
- 22 Testamentum quomodo obligandum sit.
- 23 Testificatio in testamento an actiua esse debeat vel passiuas.
- 24 Mulier an & cur testis in testamento esse non possit.
- 25 Testimonium mulieris quando admittatur.
- 26 Testium conditio quo tempore aestimetur.
- 27 Pater an possit esse testis in testamento filii militis de castris peculio testamentum facientis.
- 28 Legatarij & fideicommissarij, an possint esse testes in testamento.
- 29 Pessus tempore an pauiiores testes adhiberi in testamento possint quam septem.
- 30 Testamentum principi oblatum, testibus & alijs solennitatibus non indiget.

Iulius Clarus in §. testam. in pr. lib. 3. recept. ur. sent. dicit. Neminē esse qui nesciat, quantum testatorum materia praeter ceteris omnibus utilitate subtilitate excellat. Quotidie enim in scholis & in foro versantur super ultimis defunctorum voluntatibus variae quaestiones. Item quaest. num. 41. affirmat, quotidie per notarios confici testamēta publica forma, merito igitur haec materia est cognoscenda.

Contra continuationem obiicitur, etiam infra agi de legatij, quibus res singulares acquirimus. Respondet Iustin. in §. < per quas person. cuiq; acquiri. oportunius infra de iis acturum: Et dum dicit *oportunitus* indicat praecedere debere testamēti tractationē, ut poterit, quo continentur partes, puta legata fideicommissa & subtit. Hoc enim non bene cognito, nec cognosci bene poterit legatum. II. Obiicitur ante etiam de rebus vniuersitatis esse actum §. vniuersitatis *supr. de rer. diuis.* Respond. III. non sunt in alicuius dominio priuati sed vniuersitatis. III. Obiicitur continuationem non esse bonam cum non respiciat ad proximo praecedentem titulum *secundum l. 2. ff. de stat. hom. Resp. Additur ind. l. 2. ut res fert & postulat.* Hic duo tituli generales, omnib. modis acquirendi tam singularibus, quam vniuersalibus intericiuntur. Et munus est continuationis, singularia cum vniuersalibus coniungere.

Ad Thef. 2.] Testamentum ex eo appellatur quod sit testatio mentis: Ita Iustin. Imperat.

perat. vult. *in pr. h. h. n. ex sententia Serui Sulpitii, Gell. lib. 6. noct. attic. cap. 12.* Et etymologia loco id ponitur, vel etiam loco definitionis rei. Etymologia loco poni potest ad similitudinem donationis, quæ à I. C. Paulo deducitur à dono quasi doni datio vel dono datū *in l. senat. 35. §. 1. ff. de mort. caus. don.* Deinde etiā Imp. Iustin. affirmat *in §. est & aliud sup. de donat.* Verba seu vocabula reb. debere esse conuenientia, & solent etiam etymologia vim rei exprimere, & ad rem ipsam concinne alludere, vnde & ab aliquibus allusiones vocantur, id quod Alciato placet, *in l. taberna. ff. de Verb. signif. lib. 4.* vbi dicit, non esse etymologiam, nec Iustinianum respicere ad vocis originem, sed ad toni similitudinem & esse potius allusionem quandam: Viglius à sola contestatione testamentum dictum putat, quemadmodum donatio à dono. Oldendorp. in Lexico suo dicit, testamentū quasi testationem manantem. Theophil. vocat etymologiam & notationem sono & tono exprimentem vim testamenti, seu testimonium mentis defuncti, sono arguens. Parum autem referre puto, siue dicas allusionem esse, siue dicas esse etymologiam. Deinde potest esse illa etymologia loco definitionis rei, & tū illa verba Contestatio mentis, omnia continet, quæ alias completitur definitio testamenti à I. C. Modestino proposita *in l. 1. ff. qui testamentum facere possunt.* & ab Vlp. *in frag. 1. 2. in pr.* Et totam testamentorum vim ac naturam nobis indicant, scilicet quod sit voluntatis nostræ sententia iusta, hoc est, secundum leges & solennitates iuris ciuilis, facta à defuncto: Nec Iustin. forte prolixorem definitionē in hisce primis Elementis ponere voluit. Sed obiicitur 1. sic: Si nihil amplius continet illa Etymologia vel definitio rei, nisi quod proponit definitio Modestini, adhuc imperfecta est. Idq; ex eo probo, quod non exprimat heredis institutionem, quæ est caput & fundamentum testamenti, sine quo testamentum non subsistit, §. ante heredis *infr. de legat.* Respond. In definitione Modestini ponitur vocabulum I V S T A. Id vocabulū omnia ea requirit, quæ ad testamenti factionem pertinent, nec quicquam excludit: Ergo nec heredis institutionē. Vocabulū I V S T A hic generaliter omnia cōprehendit, scil. solennitates & heredis institutionē. Iustus est q; secundū reg. iur. sit: alias *in l. 1. ff. de iniusto rupto, &c.* specialius accipitur. Fallitur igitur Accursius *in d. l. 1. ff. eod. q; putat addenda esse definitioni Modestini hæc verba:* Cū heredis institutione, seu subintelligenda illa esse vna eū exheredatione, & additio ad institut. Accursiū valde notat, quod in definitione I. C. I, alias perfecta aliquid desideret. Mynsing. *in §. 1. d. l. dicit,* non opus esse suppletionem Accursii.

II. Obiicitur à Castrense *in d. l. 1. d. 1.* conuenire hanc definitionem legatis & fideicommissis. Ergo non esse bonā & definitionem esse latiore. Resp. Quod in vno cōueniens est, non statim conuenit in aliis. Legata & fideicommissa in testamento relinquuntur & pars sunt testamenti, seu iustæ voluntatis defuncti. Propriam autem naturam habent & aliam etiam definitionem vt infra dicetur. Iterum obiicitur contra datam solutionem Sed legatis comparatur ex l. 12. tab. quæ ita scripta fuit. *paterfam. Sui super pecunia sua rei legassit.* quibus verbis heredis constitutio etiam continetur *l. Rem. ff. de Verb. signif.* Resp. Verbū LEGASSIT generaliter & latissime hic accipitur: strie significat donationē factā à testatore. Deniq; obiicitur q; definitio testamenti conueniat ꝑ codicillis, & ideo esse malam, similiter enim codillus est iusta mentis testatio vel iustæ voluntatis nostræ sententia Bart. *in l. 1. ff. eod.* Resp. vocabulū I V S T A requirit solennitates, q̄ in testamentis adhibenter, quæ in codicillis tamen desiderantur, quod ipse Iustin. Imper. affirmat de codicillis, *in §. fin. in fin. infr. de codillus.* vbi hæc habet verba: Nullam solennitatis ordinationem in codicillis requiri: Non igitur dicere possumus hanc definitionem Modestini continere codicillis. Insto contra datam solutionem ex leg. si certatum 17. §. Si itum. ff. de milit. testat.

testamento. vbi dicitur: In codicillis etiam spectari iuris regulas, si id verum est, sequitur iustum esse defuncti sententiam, hoc est, solennem. Respond. Verum est, id affirmari in dict. l. si certarum §. Vlt. eoque respicitur ad ea, quæ in codicillis fieri debent, alias, scilicet, vt ad sint 5. testes, qui in omni vltima voluntate requiruntur, excepto testamento, vbi 7. requiruntur testes & quidem rogati ad id specialiter. l. Vlt. §. Vlt. C. de codicillis. In suo igitur genere codicillus perfectum quiddam est & regulis iuris constat, sed non est solennis voluntas, hoc est, non 7. testes requiruntur rogati, & alia de quibus deinceps videbimus, nude apparet defensionem testamenti esse perfectam.

5. Ad Thes. 4.] Affirmatur testamenti factionem esse † iuris publici. Cui sic oppono: ius publicum est species iuris ciuiliis. §. Vlt. supr. de iust. & iur. Sed Theoph. in §. ius autē ciuile. supra de iure natural. gent. & ciuili. affirmat, testamentum esse iuris gent. Et Bartol. in l. interdum num. 7. ff. de condit. indebiti. dicit esse communem sententiam testamentum esse ex iure gent. ergo non ex iure ciuili. Respond. Pacius in b. titul. num. 11. & Iulius Clarus quest. 2. in §. testamentum. Item Conna. lib. 9. cap. 1. num. 3. comment. iuris ciuili. statuunt testamentum, quoad inuentionem & vscapionem omnium gentium, recte dici esse ex iure gent. quia apud omnes gentes in vsu fuit testamenti necessitas, id quod Wesenbec. etiam placet, in part. ff. hoc tit. num. 8. parresfam. om. omnibus temporib. & apud omnes populos disposuerunt ad eorum libitum de rebus suis in casum mortis. Obstat. Deportatus, inquit Porcius, non facit testamentum l. eius §. 1. ff. eod. Et tamen iuris gent. capax est: l. cum quidam ff. de panis. Respond. Quoad formam iuris est ciuiliis, &c. Decius in l. eum qui ff. de iuris d. om. iudic. dicit esse ex mero iure gent. sed res hanc habet rationem vt gloss. in d. loco num. 12. dicit quoad factionem seu compositionem testamentum recte dicitur esse iurisciv. & publici, pender enim à publica magistratus autoritate & dispositione & solennitate, quæ formā dederunt testamentis & in iis omitti à quopiā non possunt l. nemo potest 15. ff. de legat. 1. Et dum Theoph. de scriptione testamentorū loquitur, eamq; iuris gent. esse affirmat, plurimum errat, nisi dicamus, eū loqui de testamentorum vsu, qui antiquissimis temporibus floruit: Quisque enim suæ posteritati consulit, & id æquum est & oritur ex animorum affectione, sed testamenti factio iuris ciuiliis est: testamentum iuris gent. manet. Cuiac. in d. l. 1. ff. eod. Et hæc quæstio indaganda est, cum non sit sine effectu, quia dum est iuris gent. testamentum, non potest princeps dominum quælitum alicui ex testamento auferre, vt refert Iulius Clarus in d. loco.

6. Ad Thes. 5. 6. 7. 8.] Solennitas magna est testamentorum † propter eorundem sinceritatem, & vt vltima voluntas sit vsque ad mortem ambulatoria. l. cum hic status §. panis. centum. ff. de donat. inter vir. & vxor. & ne quid falsi committatur adhibentur testes l. Vlt. C. de fideicommiss. Vnde nec Imperat. ipse tollere solennia iuris potest, nec ex imperfecto testamento hæreditatem vindicare, l. 3. C. eod. Et si vnus testis forte deest: vel si testes suo vel alieno annulo non signant, deficit testamentum, l. si vnus C. etiam eod. & si desunt solennitates, ipso iure nullum est testamentum l. 1. ff. de iniusto rupto.

Obiicitur I. Corollarium nostrum vbi solennitates in testamento remittuntur: Non igitur verum est, tam strictè solennitates iure ciuili requiri, vt si vna desit solennitas testamentum ipso iure sit nullum. Respond. Hoc speciale est in testamentis factis ad pias causas, in quibus † duo sufficiunt testes secundum Bar. in l. 1. num. 75. C. de sacro sanct. Eccl. & est communis opinio Ictorum. Iulius Clarus quest. 6. num. 1. §. testamentum lib. 3. sent. Idque totum in fauorem piarum causarum, quæ cum sint fauorabile quiddam, merito ampliari debent, C. odios. de reg. iur. in 6. Tiraquel. in tr. t. de privileg. priuili. 10. Sed contra datam

datam solutionem obiicitur *l. 1. C. de S.S. Eccl.* vbi dicitur, quod vltimæ voluntatis, liber debeat esse stylus & licitum iterum quod non redit arbitrium: Quod si verum est, sequitur testamenta præsertim ad pias causas facta (in quo casu *dist. l. 1.* loquitur) non esse stricta vllis solennitatibus. Liberum ~~est~~ est, quod nulla re obligatur. Respond. Verum est, loqui *dist. l. 1.* in casu piarum causarum, sed non tollit omnes solennitates, sed quasdam tamen in fauorem & celeritorem cursum piarum causarum remittere videtur. Et quidem in testamento ad pias causas vera illa est conclusio, quod non requirantur iuris positiui solennitates, sed tantum solennitates iurisgent. scilicet non tam strictæ 7. testes sed tantum tot, quibus rei veritas possit doceri, & ita communiter tenent Dd. secundum Iul. Clar. *in d. quest. 6. num. 1.* & quidem, vt ante dictum est, sufficiunt ex Bartoli sententia duo testes: Item non requiritur, vt testes sint rogati. Bart. *in dist. l. 1. num. 6.* Murus etiam & surdus simul à natura, possunt sub distinctione, facere testamentum ad pias causas. Iohan. Fab. *in §. quin imo de testamento milit.* Salic. Alexand. Cornor. & laf. *in l. discretus Cod. de testament. ad pias causas* vel etiam si doli capax testari conetur. *cap. si pater de testam. lib. 6. cap. licet de sepulch. eod.* Tiraquell prolixè *privileg. p. contraria. Vers. pupillus aut. furiosus* † tamen ad pias causas non potest facere testamentum Bartol. *in l. 1. num. 16. Cod. de S.S. Eccl.* In testamento inter liberos sufficiunt etiam feminae, vel fortuitæ, Hartm. *lib. 2. pract. obseruat. num. 37. obseruat. 345.* Wesenbecius *conf. 29. num. 37. cum seqq.* Idem in testamento condito ad pias causas, *cap. cum omnes. Sbi Abb. cap. relatu. Sbi c. extr. de testa.* Tiraquell. *in dist. loc. priua. §.* In testamento ad pias causas quis pro parte testatus, pro parte intestatus esse potest, vide Gothofr. *ad dist. l. 1. C. de S.S. Eccl.* III. † Mulier in iis testamentis esse potest Bald. *in lectur. dist. l. 1. num. 9. Cod. de S.S. Eccl.* IV. Testamentum nutu factum, si non valeat, tamen hic valet & fauore piarum causarum. Gloss. *in cap. cum reb. 10. de testament.* Mansisse igitur quasdam solennitates vere dicitur. Nec enim est verisimile Imperatorem vnico verbo, incidenter dicto, voluisse tollere omnes solennitates, à iure introductas, quia & ipse Imp. solennitates iuris ciuil. sequi tenetur *l. 3. C. eod.* Deinde liberum est id, quod iure fieri impeditur, puta quando lege quis impeditur quid omittere, id quod fit in *lege nemo ss. ff. de legat. 1.* Id quod constat ex defensione libertis tradita ab Imp. Iustin. *in §. 1. de iur. person.* Idque Cic. testatur dum dicit: *Legum serui sumus & liberi reddamur.* Denique in casu piarum causarum, hoc constitutum est in iure Canon. *cap. cum omnes cap. cum relatum extr. de testament.* quarum dispositio referente Gazo *in dist. loc.* seruanda est, non solum in terris Ecclesiæ: Sed etiam in foro cæsaris. Et quidem ius Canon. hac vtitur ratione ex sacris literis: Nam inquit in ore duorum vel trium consistit omne verum, quamuis tamen hoc magis procedat in iis casibus, quando quid est probandum, puta delictum aliquod, & alter probari non potest, quam per duos ad minimum testes: tum enim in defectu aliorum testium, duo faciunt probationem, cum & alias duo sufficiant, vbi numerus non est additus. *l. 6. ff. de test.*

Deinde obiicitur *l. quoniam 15. C. de testamentis* vbi dicitur, verborum obseruantiam in testamentis non esse necessariam seu inanes II. obseruationes & propter non obseruatam solennitatem testamenti tabulas non esse irritas. Resp. Loquitur illa lex de solennitatibus verborum seu de superstitiosa † verborum obseruatione, quo amplius in testamentis frequentatur, vel militat, quemadmodum nec in actionum formulis. Olim quidem formulæ certæ, erant & cogeantur omnes petere certas libellorum formulas, quas nimis curiose tenebantur obseruare, quam curiositatem etiam sustulerunt, *in l. 1. §. 2. Cod. de formul. & impetrat. act. sublat.*

III. Obiicitur voluntas testatoris est pro lege *l. in conditionibus* ff. de condit. & demonstr. Ergo non est strictus solennitatus testator, a iure praeteritis. Respond. Voluntas per se est libera & pro lege valet, modo tamen non iuriscivilis solennitates omittit, quae vult fieri iudicium, & notario requiruntur. Idque propter eandem & sinceritatem testamentorum & ultimarum voluntatum. Verbum LIBERA vel pro LEGE accipitur, quatenus secundum illud vivimus, tum enim liberi reddimur secundum Ciceronem: Non igitur Deo obtemperant puta Oldendorp. & alii, qui dum purant ad substantiam testamenti non pertinere solennitates & praevalere id, quod iuris est naturalis, puta voluntatem ultimam testatoris, ei quod est iuris civilis, puta testibus, qui tantum ad formam pertinent & ad fidem probandam, de qua Du. Mylius. in §. sed enim paulatim. num. 3. d. 11.

IV. Obiicitur: Etiam si concedatur testamentum valere tum, si legitimo modo solennitatibus adhibitis est conditum: tamen certum est, etiam testamentum tum valere, si non rite & legitime, hoc est, si non secundum reg. iur. est factum, *l. Lucius* 88. §. Olim. ff. de legat. 2. ubi dicitur, valere tum testamentum, quando iuxta diligentia non est adhibita. Respond. Valet ibi testamentum ex mente & voluntate defuncti, clausula scilicet codicillari adiuncta, secundum *l. 3. ff. de milit. test. & l. Et. C. de codicill.* Cuiac. in *l. ex hac scriptura* ff. cod. Et satis hanc solutionem suppeditant illa verba: *Rationem animi mei potius secutus.* Deinde, *simus legitime & perite facere possum*, quae verba clausulam codicillarem important quasi dixerit, si non legitime factum, valeat tamen, prout potest, scilicet iure codicillari. Nam certi iuris est, testamentum in quo desunt solennitates, ipso iure esse nullum *l. 1. ff. in iustorio*, &c. Insto. Sed quod dicitur testamentum, in quo desunt solennitates ipso iure esse nullum, et obstant 1. Fideicommissa possunt peti ex imperfecto testamento & libertate *l. in testamento* 38. ff. de fideicommiss. libert. Ergo ipso iure non est nullum. Respond. 1b. non fuit addita clausula codicillaris & tamen valet testamentum, & speciale fuit in hoc casu conclusura ex affectione testatoris. Cuiac. in *l. ex hac scriptura* ff. qui test. facere poss.

II. Obiicitur *l. Si ff. de codicill. iur.* ubi haeres non fuit scriptus, sed nuncupatus, & legata fuerunt scripta, & sic testamentum fuit imperfectum & tamen valet. Respond. Non ideo est testamentum imperfectum, quod haeres non nuncupavit testator, & scripsit legata, sed legata quasi ex codicillis debentur, & pars esse intelliguntur nuncupati testamenti.

III. Obiicitur *l. Titia* 17. ff. de inoff. testamento: ubi apposta clausula codicillari, fideicommissa, ex inoff. testamento non debentur. Respond. Hoc ideo fit, quia is, cuius testamentum quasi inoffensum condemnatur, pro demerere habetur, nec intelligitur habuisse testamenti factionem. Nec fideicommissi ff. de leg. 3. Fideicommissa autem relinquere & codicillos facere non potest, qui testamenti factionem non habet: itaque in *d. l. Titia* fideicommissa non debentur, quia pro parte rescinditur testamentum à sorore instituti.

IV. Obiicitur *l. non dubium* 16 C. de testamentis, ubi non est factum legitime testamentum, circa fideicommissi & legata, & tamen valet. Respond. Ideo valet, quia haeres vel legatarius & fideicommissarius, voluntatem defuncti agnovit, & ideo testamentum valet & sustinetur.

V. Obiicitur sic: Concedo non requiri solennitates hasce in testamento, quas ordine in aliquot thesibus enumeratis ponitis. Sed tamen oppono hoc, plures adhuc requiri & quidem ex *d. l. Lucius Titius* §. Et. ff. de l. 2. ubi ad actum testamentorum requiritur 1. Cras. & Resp. Olim fuit requisitus, hodie non est de substantia, nec usu observatur, alias publicus notarius adhibetur, cuius fide instrumentum scribitur. Et forte adhiberi potest 1. Cras. si ha.

si haberi potest, ut eo felicius & rectius ille actus testamentarius peragatur, cum Ica-
 midentiores habeant rerum noticiam, & magis sint idonei ad testamentorum ordinatio-
 nem, quam alii alterius professionis homines. Deinde requiritur requisitio signorum &
 subscriptionum, quæ fiant à testib. l. 4. c. 5. ff. *testamenta quemadmodum aperiuntur*, ubi
 dicitur, debere à iudice admoneri signatores & testes, ut sua recognoscant sigilla. Resp.
 Id non respectat ordinationem & constitutionem testamentorum, sed eorundem aper-
 turam & publicationem, quæ sequitur ordinatum testamentum. Vnde & in ff. sequitur
 longe tit. *de his qui testamenta facere possunt*: Et nos hic tantum de solennitatibus, quæ ad
 constitutionem spectant agimus, non attendentes ad aperturam & testamenti recogni-
 tionem.

Ad Thes. 6.] Supra dictum est voluntatem testatoris esse ambulatoriam usque ad ex-
 tremum vitæ spacium per l. cum hic status § penitentiam ff. *de donat. inter vir. & uxor.* & de
 fundi voluntatem pro lege esse, hoc est legis vim obtinere, Nov. 22. *de nuptiis §. disponent.*
 Vnde videtur dicendum, posse testatorem disponere de his rebus prout vult. Resp. Ante
 dictum est voluntatem quoad dispositionem de suis rebus esse liberam, non quo ad so-
 lennitates observandas, de iure civili præscriptas: Et hoc etiam Iul. Clar. eleganter ex-
 plicat in §. *testamentum q. 16.* ubi affirmat, procedere hoc in his, quæ ab ipsius testatoris
 voluntate dependent. Cæterum non posse eum facere, quo minus leges in testamento i-
 psius habeant locum.

Ad Thes. 7.] Integeris literis scribatur testamentum l. hac consultißima C. *de testamen-*
to. unde eleganter quærit Iul. Clar. in quæst. 14 §. *testamentum nu. 3.* an ¶ abbreviaturis li-
 ceat vii in testamentis, cum satis conftet ex *authent. cum sine C. de testamentis*, testamen-
 tum non signis, sed literarum consequentia tantum esse scribendum. Et sciendum est, o-
 mnia sine abbreviaturis esse scribenda, Bart. in l. quoriam §. i. m. 4. ff. *de hered. instituendis*. Pu-
 tat autem Iulius Clarus hoc procedere quoad signa Arithmetica, in quibus facile admix-
 titur falsitas, alias posse procedere si reliqua communiter scribantur. Deinde affirmatur
 ¶ exheredationem vel hæredis institutionem in testamento contineri debere, & sci-
 dum alterutrum sufficere, interdum etiam utrunque in scriptura testamenti coniungi,
 hoc modo: *Titius filius meus hæres esto: Sépronius ex illa vel illa causa ex hæres esto.* Hæredis
 autem institutio dicitur fundamentum testamenti: Quia est favorabilis sine ea, nec testa-
 mentum subsistit, nisi filius exheredetur, & tunc nihilominus extraneus instituitur *tot. tit.*
infr. de hered. instir.

Ad Thes. 8.] Requiritur ut ¶ fiat vno contextu, nullo alio extraneo actu intervenien-
 te, idq; pertinet ad testamentorum sinceritatem, ne propter extraneos actus facile volun-
 tas testatoris turbetur. Obiicitur autè huic sententiæ l. assignare ff. *de assign. libert.* ubi di-
 citur quod assignatio libertorū fieri possit in testamento. Deinde *tot. tit. ff. de testamenta-*
ria tut. & in instir. de tutelis, ubi quis tutorem potest instituere liberis impuberibus in tes-
 tamento, & tutoris constitutio est contractus. Ergo extraneus actus pura contr. actus fieri
 potest. Deinde obstat l. non est mirum, 26. in prin. ff. *de pignor. act.* ubi dicitur, quod in testa-
 mento possit fieri pignoris constitutio. Item obstat §. *ut. sup. de servit. & §. 1. supra de G-*
sufusu. ubi dicitur, quod servitus in testamento constitui possit. Porro apparet id ex l. ex
sententia. ff. de testamentaria tutela, si quando nimirum quis per Deum obtestetur, ut quid
 faciat, l. cum potest §. filius matrem ff. *de legat. 2.* Ex quibus omnibus satis clare ostenditur
 contractus in testamento fieri posse, & sic admitti posse extraneum actum. Respond. In
 l. heredes palam §. fin ff. *de his qui testamenta fac. possunt*, actus illos, qui omnino non sunt ex-
 tranei, in testamento celebrari posse, & hi (de quib. diximus) tales sunt (ante de quibus in vi-

timis voluntatibus optime disponi potest, legibus id permittentibus, & sunt de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. Hanc sententiam Viglius in §. *sed cum paulatim num.* 4. & §. amplectitur & Iulius Clarus in §. *testamentum question. 75.*

II. Obiicitur sic: Medicus dum moribundus facit testamentum ea hora affert medicamenta epotanda & adhibenda, haud dubie id admittitur absque vitio testamenti. Ergo adhuc videtur dicendum extraneum actum admitti posse in testamento. Respond. Naturæ necessitas admittit excusationem & veniam meretur, favorabile enim est adhibere medicamenta, & ideo extendendum est *cod. de reg. iur. in 6.* Præterea quis peccaret in quintum præceptum decalogi: Non occides, si quis solemnitates testamentorum à iure civili introductas potius sequi vellet, quam iuris diuini regulas quæ semper prævalent. Deinde ad id. expresse pertinet *l. cum antiquitas. 28. Cod. de testamentis.*

III. Obiicitur mutilia verba à moriente prolata non vitiant testamentum. *d. l. cum antiquitas 28. C. de testamentis*, quamvis nihil valeant. Ex nec actus extranei violant testamentum. Respond. Verba inutilia censentur prolata à tali, qui iam periclitatur cum morte, qui est quasi furiosus & morti vicinus, si igitur mens testatoris potest retineri & ostendi, verba vtrunque prolata tolerari possunt & debent.

IV. Obiicitur *l. quæ extrinsecus 65. ff. de verb. oblig.* vbi dicitur, ea quæ extrinsecus accedunt obligationi, nihil ad præsentem actum pertinentia, non vitiant stipulationem. Ergo nec testamentum. Respond. Id quidem procedit in stipulatione, ut extraneus omnino actus admittatur, non autem in testamentis propter sinceritatem testamentorum, & ne à moriente cogitata facile deficient, & periclitetur vltima voluntas morientis. Denique valde opponitur *l. etiam 11. ff. de inoff. testamento.* vbi dicitur donationes mortis causæ in testamento fieri posse, qui tamen actus magis videtur extraneus, quemadmodum forte esset emptio, venditio, locatio, conductio. Respond. Viglius in *d. §. sed cum paulatim, in §. h. t.* communiter putari donationem & ceteros contractus in testamento fieri posse, cum facili & brevi spacio expediri possint, secundum *l. cum antiquitas.* Verum (inquit) id nulla lege probari potest, nec etiam *d. l.* Quia etsi verba innuant testamento eas donationes fieri posse, tamen secundum vulgatam *l. l.* sententiam, in ea lege, donatio facta fideicommissi naturam accipit, Bart. in *l. 1. ff. de don. mort. caus.* Decius *consil. 196.* Viglius *d. loc.* Quamvis etiam dici possit, ibi donationem esse factam à viuo adhuc ut textus satis ostendit non in testamento. Nam mortis causa donatio ¶ in testamento fieri non potest, vel si sit legatum potius est, non donatio mortis causa, quæ semper à legato distinguitur in hoc, cum inter viuos adhuc fiat, testamentum vero in quo relinquitur fiat à moriente, de quo in præcedenti disputatione satis dictum est. Verum igitur manet extraneum actum, hoc est omnino à causa remotum, ad tractationem testamenti non posse admitti, nisi forte consinitatem cum testamento habeat, ut respiciat implementum vltimæ voluntatis.

18 *Ad The. 9.]* Requiritur ¶ 7. testes in testamento ordinando. Obiicitur primo Paulus *lib. 3. sentent. sit. 4. §. plures et. l. heredes palam §. 1. ff. eod.* vbi dicitur, plures quàm 7. admitti posse ad testamentum ordinandum, ergo verum non est 7. debere esse. Respond. Necessitas non imponitur plures ne quis habeat, sed ideo septenarius numerus est constitutus, ne pauciores testes recipiantur propter sinceritatem & fidem maiorem testamentorum. Insto contra datam solutionem ex *d. l. cum antiquitas.* At testis octauus non est inutilis, sed magis probatur, ut eo sit certior fides & sinceritas testamentorum ut su-

pra dictum est. Et hoc optimo iure licet, quod Paul. in d. loco testatur, vbi dicit: Superflua facta profunt nec nocere possunt iure ciuili: Et alias vulgariter dici solet, superflua cautio non nocet.

Secundo obiicitur *c. cum effes. & c. cum relatum, extr. de testam.* vbi tantum duo testes iure Canon. in testamento solenni requiruntur: Ergo non septē. Resp. Id iure Canonico obtinere potest, vel dicimus in testamentis id procedere ad pias causas, ad quae iura Canonica respiciunt, vt satis est dictum. Et quia testamēti factio est iuris ciuilis, de ea ius Canon. in contrariū nihil disponit, quamuis id Alciat. placeat. in l. 1. *C. de Sacros. Eccles. referre* Viglio in d. loco. Præterea si tantum duo sufficerent testes infinitis saepe fraudibus testamenta exponcerentur Iul. Clarus in d. §. *testamentum. q. 57. n. 1. 2.*

Tertio obiicitur, quilibet actus alius tribus vel duobus testibus est contentus: Ergo & hic actus. Resp. Id procedit in aliis contractibus, & vbi plures ad probandam aliquam rem haberi non possunt, si forte quid est admissum, vel alias. Hic autem præcise 7. ad minimum requiruntur propter fraudes & falsitates. Iul. Clar. lib. 3. *sentent. §. testamentum. quest. 3. n. 1.*

Quatto opponitur *l. §. de donat. mort. caus.* vbi dicitur. Ad donat. mortis causa probandam 5. testes duntaxat requiri: Ergo non 7. possunt requiri in testamentis: quia donationes mortis causa legatis comparata sunt per omnia, d. l. §. *de legat.* Resp. A legatis ad testamētum hoc casu argumentū non procedit, cum legata duntaxat pars sint testamenti, & legatis fere per omnia comparentur donationes mortis causa, vt Iustin. ipse loquitur, in d. §. 1. *supra de donat.* Notanda est particula fere limitatiua, qua ostenditur adhuc mansisse aliquod discrimen quo ad formam inter donationem mortis causa & inter legatam. Nam donatio mortis causa fit inter viuos, legatū in testamento fit à moriente, quamuis quo ad effectum comparentur, cum ad eundem finem tendant. d. l. §. *de legat.* vt supra satis dictum.

Quinto opponitur l. 1. §. *ff. de Ventr. inspiciend.* vbi dicitur nihil referre si aliquid fuerit omisum ex hisce, q̄ prætor fieri iubet: Ergo dū prætor 7. testes requirit, pauciores admitti possunt. Respond. Loquitur ille textus in alia materia, in qua non tanta solennitas requiritur, scil. in materia de custodiendo partu eoq; probando, q̄ per pauciores facile administrari potest. Præterea loquitur ille textus in eo casu, quando ppter iustitiam leue quiddā est omisum: Nam alias levis solennitas omisita tales actus non vitiat, vt prolixè traditū est ab And. Tirac. in *trac. de iudic. in rebus exiguis*, & alias rusticitati parci solet, l. 2. §. 1. *ff. si quis in ius vocat.* & rusticitati semper est cōsultū, vt Iustin. loquitur in l. §. *C. de testamen.* in qual. 5. testes adhiberi posse à rusticis in testamētis admittitur, si plures habēri nō possunt, alias tamen 7. quamuis sint literarum imperiti exegit. Deniq; obiicitur talis syllogismus: Constitutiones posteriores prioribus derogant l. §. *ff. de constit. pec.* At Nouella Leonis Imperat. 41. disponens in testamento ciuium 5. testes, in testamento rusticorum 3. sufficere 19 est posterior constitutione Iuliani, q̄ satis patet ex *Nouella commendat.* Ergo merito præualeat, & dispositionem Iustiniani & aliorū Imp̄p. tollat. Resp. Verum est constitutiones posteriores firmiores esse prioribus, iisq; derogare, modo tales sint constit. quæ iure ciuili approbatæ & receptæ sunt, id q̄ de Leonis Nouellis dici nequit. Non enim vt authenticæ iuris nostri libri sunt insertæ, & vt Viglius putat, in §. *sed cum paulatim. n. 3.* ppter quod Græca lingua sunt conscriptæ illæ constitutiones iunioris Leonis: Si igitur quid disponūt contra receptas Imp̄p. Constit. non audiuntur, id q̄ magni nominis Viglius in d. §. *sed cum paulatim. n. 7.* testatur, cui etiam accedit q̄ consuetudo & praxis 7. testes admittat & requirat. Infito contra dat. solut. Leonis auctoritatem hoc casu sequendam esse inde constat, quod Leo in d. *Nouella* 41. affirmat, dubitarum fuisse à priorib. Imp̄p. an 7. an vero 5. testes suffi-

cerent, & respicit haud dubie *ad nouell. Iustin. Imp. 107. §. Et si quidem*, in qua Georgius Holland. & Hatmenopylus *lib. 8. Epir. cap. 1.* legunt hoc modo *μαρτύρων ἑπτὰ ἢ πέντε*, h. est, testium septem aut quinque: Ergo Iustin. Imp. alternatuiam admittit, & quinque etiam testibus esse contentus, sibi admodum in aliis locis contrarius. Resp. Iure ciuili olim in testamento per aēs & libram 5. testes sufficiebant, §. 1. *de ord. test. hic*, sed prætor superueniens duos adiecit. In codicillis etiam adhuc quinque testes sufficiunt, cum in iis ordinatio solennitatum non requiratur *l. fin. §. fin. C. de codic. Cuiac. in l. qui testamento. ff. eod.* In testamentis autem scriptis vel non scriptis, præcise 7. testes requiruntur. Et Iulius Patricius *in Epitome sua ad dislam Nouellam*, illa verba, ἢ πέντε non agnoscit, & addita videntur ex *d. nouella Leonis 41.* Vel dicimus *d. nouellam 107.* Iustin. loqui de testamentis ciuitatis & rusticorum simul, ita vt in testamentis ciuitatum 7. requirantur, *d. l. hac consultissima, in pr. §. per nuncupationem.* in rusticorum autem testamento 5. sufficiant, vt supra est dictum.

Deinde in eadem thesi assumatur testes ¶ debere specialiter ad id esse rogatos. Cui opponitur *l. ad fidem. ff. de testib.* vbi dicitur, etiam non rogatum testem sufficere, ad gesta rei fidem faciendam: Ergo falsum est quod dicitis, testes 7. debere ad testamentum specialiter esse requisitos, & rogatos. Respond. Speciale est id in testamentis, vt testes rogentur propter timorem fraudis & falsitatis, cum testamenta variis insidiis soleant esse subiecta, *d. l. hac consultiss. §. fin. C. eod.* Alciat. in *l. i. C. de SS. Ecclef.* Idq; non tantum in testamento scripto procedit, verum etiam in nuncupatio. Gloss. in *§. fin. in verb. adhibitis h. sit. n.* cum nulla differentia sit inter ea, licet *d. l. hac consultissima*, tantum in scripto testamento loquatur, Iul. Clar. in *d. §. testamentum. quæst. 58. num. 1.* sufficit etiam testes non ad testatorem, sed ab alio extraneo rogari, gloss. in *auth. rogati. i. cap. C. de testib.* à qua sententia non est recedendum, cum sit vterior, humanior, & æquior, secundum Iul. Clar. *d. quæst. 58. num. 5.*

Ad Thesi 10. 11. 12. 13.] Testes sint præsentēs, hoc est, ¶ videant testatorem, & audiant ipsum loquentem, *l. si non speciali. C. de testamentis.* Deinde fiat subscriptio per testes hac formula: Titius subscripti & Caij, Seij testamentum subscripui, *l. ad testium ff. h. sit. & ibi Cuiac. ex l. pen. ff. eod.* Dictari etiam potest testamentum per alium, *l. qui manus. l. seruus. h. e. l. quoties. §. sed si non. ff. de hered. instit.* vbi Cuiac. affirmat, linguæ Latinæ peritiam in testib. etiam requiri, & vt sua etiam manu subscribat heredis nomen, si nouerit literas, si uo nuncuper coram testibus, qui illud in scriptiōibus apponant. Et sufficit hodie iure Nouell. §. *quis. Vero Nouell. Et sponsal largit.* id fieri per alium, scil. vt vel per testes, vel per alium nomō heredis exprimat, cum possit testator scripturam consignatam inclusam & ligatam offerre. Deinde affirmatur *in Thesi 11.* aliquem ¶ annulo proprio vel alieno posse uti, eoq; testamentum consignare. Cui opponitur *l. ad testium. 22. §. signum. ff. qui testamenta faciunt.* vbi dicitur, quod etiam possit fieri obsignatio non tantum annulo, sed etiam alia quauis materia. Respond. Id concedimus. Nam liberum est vel proprio vel alieno annulo testamentum signare, vel etiam alia quapiam re, puta, aurea, lignea, argentea, &c. quib. impressæ sunt notæ vice signi. Viglius in *§. possunt. h. sit.* Sed datæ solutioni opponitur *d. §. signum.* vbi dicitur, quod tantum annulo sit signandum: Ergo non alia materia. Resp. Wesenb. hic Baro & Hottom. enunc. §. *vers. possunt autem.* dicunt legendum esse, & non tantum, quasi non tantum annulo, sed & alia re obsignatio fieri possit. Et dicit Hottom. se quinque annis abhinc id existimasse, nec dum adhuc eam opin. deponere possit. Deinde opponit *l. eos. 27. §. & l. ff. ad l. Cornel. de fals.* vbi dicitur, quod nemo uti alieno annulo possit: Ergo falsum est hoc. Resp. *d. l. eos.* vt & Rubr. & subiecta materia ostendit, procedit in tali casu, quando quis suffragatur alionum sigillum, eoq; ad scelera & defraudationem vitur, vt sæpe fit.

hi si licet crimen committunt, & virgines testis elegantur, dum furtum committunt & alienam rem inuito domino contrectant. Hic aut omnia volente & consentiente Domino fiunt; si quis autem alieno annulo signat, necesse est ut careat proprio, alias non permittitur. Specul. in §. *Videndum de probat.* V gl. in §. *possunt. n. 6. h. tit.*

Ad Thesin 14.] Queritur de quanam testificatione id sit accipiendum, an de actiua an vero de passiuā. Accurſ. quem sequitur Dn. Mynſ. & Borch. hic, de passiuā intelligit, quamuis nihilominus dicendum sit Iustin. vel potius Trebonianum minus apte loqui, cū vltimum exemplum non conueniat regulæ. Intestabilis enim nec testamētum facere potest, nec heres institui potest. glossa in l. u cui. §. fin. ff. eod. Et simile habetur in §. cum ex aliena. sup. de rer. diuis. vbi exemplum de spicis male refertur, cum in spicis non sit specificationis, sed saltē delectatio quædam, ut ibi Welsemb. & Mynſing. norāt, quemadmodum supra fuit explicatum. Et hanc Accurſij sententiam Viglius in §. testes num. 1. non improbat. Alij vt Theophil. quem sequitur Welsembec. intelligunt de actiua & passiuā, hoc est, qui testamenta facere, & qui ex testamento aliquid capere possunt. §. in extraneis. infra, de hered. qual. & different. Et vt dicit Theophil. testes sunt, qui habent testamenti factionem actiuā & passiuā, qui possunt scribere & scribi heredes. Sed illam sententiam non posse recipi, satis indicant exempla furiosi, prodigi, impuberis, qui heredes institui possunt, nec tamen possunt facere testamentum. Et otiose frustra; hæ personæ à regula exciperentur. Imo vt improbi ac intestabiles male exciperentur, qui utroq; modo testamenti factionem non habent. Id quod etiam Viglius in d. §. testes n. 2. affirmat.

Ad Thesin 15.] Testis in testamento mulier esse non potest, quia septem ciues Romani puberes requiruntur, quibus verbis iures non feruina denorantur, d. l. hac consultiſſima. C. eod. Deinde scemina ab omnibus ciuilibus & publicis negotiis repellitur, quale est testamenti factio, l. i. ff. h. tit. l. 2. ff. de reg. iur. adeo vt nec in iure Canonico admittantur in prophanis testamenti causis ad testimonium. Vbi cūq; enim non reperitur aliqua dispositione iuris ciuilis, id mutatum à iure Canonico, non debemus inducere impugnantiā interius Canonicum & ciuile, Iulius Clarus in §. testamentum. lib. 3. sentent. quest. 55. num. 5. Querunt autem rationem, quare mulier non admittatur? Aliqui dicunt, vt Decius d. l. 2. ff. de regul. iur. num. 34. & Iulius Clarus. §. testamentum. d. quest. 55. num. 3. id fieri propter fragilitatem sexus, quæ ratio videtur Viglio d. §. testes. num. 34. & Mynſing. num. 4. nimis generalis, & sane hic non sufficit, quia prohiberetur in contractibus etiam interponi illarum testimonium, quod tamen est falsum per l. qui testamento. §. mulier. h. tit. Præter hanc igitur sciendum est aliam esse. Deinde cum hac ratione specialitatis concurrere potest ratio Vigl. j. hic cum dicit inde hoc esse: quia veteres ad solennia nec mulierem, nec seruum, nec impuberem, nec peregrinum admiserunt, d. l. qui testamento. §. seruum. h. tit. Et qualitas ex antiquis testamentorum generibus descendit. Quod Mynſing. in d. §. testes. num. 4. probat. Alias vbi non tanta solennitas requiruntur, mulier testis esse potest, & in testamento militis, in quo omnis solennitas est remissa: Item inter liberos & ad pias causas, Iulius Clarus lib. 3. §. testamentum qui 55. num. 5. Et dicunt mulierem et tuis ἀποδεικνύς, testimonium ferre posse, non autem et tuis οὐκ ἀποδεικνύς. lex eo 18. ff. de testib. d. l. 2. §. mulier ff. eod. Cuiac. ad d. l. qui testamento. hoc tit. Welsembec. hic. Sed mulierem testem esse posse in testamento. probo ita: Cui licet id quod plus est, licet etiam id quod minus est. Militeri autem licet in iudicio versari, quod plus est: Ergo potest esse testis in testamento quod minus est: cum non sit iure publicum quoddam, sed tantū autoriare publicum d. l. 3. ff. h. tit. Resp. Nego minorem, quia magna est ratio diuersitatis. Ceterū est in criminalibus

nalibus inter quæ etiam legis Iul. pœna refertur *ros. tit. ad leg. Iul. de adult.* debere esse proba-
 25 bationes luce meridiana clariores: Ego ubi † aliter quid probari non potest, testimoniū
 mulieris admittitur, quæ deponit ea, quæ vidit, & multo magis in civilibus requiritur &
 admittitur testimonium eius, præsertim quādo alij testes haberi non possunt: Non ita est
 in testamento ubi non necessitas talis pbandi militat, cum in iis multi alij boni & honesti
 viri possint eligi: quorum copia ut plurimum haberi potest, qui nō ex necessitate facti vel
 delicti præcedentis producuntur, ut mulier in delictis probandis. Sed ex libera testatoris
 voluntate. Et plus est, ppter sinceritatem testamentorū, & vltimarū voluntatum, cōserua-
 tionem testem esse in testamento, quam in iudiciis. Insto contra dat. solut. opponendo *d.*
l. qui testamento. §. cum qui. l. repetund. ff. h. tit. num. ubi dicitur, q̄ possit is qui lege Iulia re-
 perundar. est damnatus in testamēto testis esse, additurq; eius ratio ex collatione iudicio-
 rum. Quia inquit, Ictus in iudicio esse veratur testis. Resp. Addēda est ibi negatio, ut no-
 tavit Pacius & Dn. Borcholt. hic, ideo, quia adactareur *l. repetund. 15. ff. de test.* ubi dicitur,
 q̄ reperundarum damnatus, neq; ad testimonium neq; ad testamentum adhiberi pos-
 sit. Deinde id, satis colligitur ex *d. l. qui testamento. §. eum qui.* Nam ratio directā suadet ne-
 gationem esse addendam, quæ talis est. Veratur damnatus reperundarum esse testis in iu-
 dicio: Ergo nec ad testamentum adhiberi potest, quod maius quiddam est.

Ad Thesin 16. & 17.] In testium conditione † tempus signationis inspicitur, non
 16 id quod postea illis contingit: Cui oppono *l. qui ab initio. ff. de reg. iur.* ubi dicitur, quod ab
 initio non valet, tractu temporis non conualescit. Resp. Illa regula in testamentis quo ad
 hoc, non procedit, idq; hac ratione, quia si persona illa, quæ tempore signationis fuit ido-
 nea, tempore aperiendarum tabularum non valeret, deficeret testamentum, ex eo, q̄ testis
 septimus deficeret, cum tamen certum sit, oēs testes debere cognoscere sua sigilla, tempore
 aperiendarum tabular. *l. 1. ff. testament. quemad. aper.* Ergo in testium conditione inspi-
 cimus initium & originem, non quæ postea testibus acciderunt. Insto contra dat. solut.
 ex *l. notationem. §. fin. ff. de verb. sign.* ubi dicitur, q̄ ipso actu rei aliquis debeat esse idoneus,
 donec ille actus daret. Et Dd. dicunt in *l. 1. c. de testamen.* quod in testamento duplex ido-
 neitatis tempus requiratur, cum testamentū aperitur & cum fit. Resp. Faber, quem sequi-
 tur Dn. Mynsing. in *§. sed cum aliquis. n. 6.* hanc obiectionem multum Accut. & alios Dd.
 torfisse, sed ut sit, coincidit cum superiori, & respondetur: Etsi in quocunq; actu vel dispo-
 sitione, inhabilitas superueniens impedit testes produci in iudiciū & examinari: singulari
 tamen iure est introductum ut testamento ipsorum testimonium admittatur propter ma-
 gnā vltimæ voluntatis fauorem. Quia nisi id fieret testamentum non posset conservari,
 quod tamen publice interest. *l. G. ill. §. quod si. 15. ff. de lib. & posth.* quo factum ut Iustinian.
 dicat, in *§. sed cum. h. tit.* se ex liberalitate sua testamento subuenire, iure speciali contra re-
 gulam iuris.

27 *Ad Thesin 18.*] Affirmatur † filiisfam. militis de castrensi peculio testamentum fa-
 cientis patrem non posse esse testem, nec eum, qui in eiusdem patris potestate est. Cui op-
 pono directe *d. l. qui testamento. §. per contrarium ff. qui testamenta suc. poss.* ubi dicitur. Pa-
 trem eius, qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi posse ab eo testem. Respond. Ha-
 bemus solutionem in Thesi nostra ex *§. in testib. h. tit.* dicitur n. ibi quod filiusfam. post mis-
 sionem id facere non possit: Ergo à contrario sensu ante missionem filiusfam. id optime
 facere potest. Quia anteq̄ dimissus est, adhuc versatur in expeditione miles, & adhuc est
 iuramento obstrictus & immatriculatus. Potest igitur tum facere testamentum prout vult
 cum sola eius voluntas tantum spectetur, *l. 1. ff. de test. a. mil. §. 1. infr. eod.* Et in tali casu *d. l. qui*
testamen-

testamento. §. per contrarium. loquitur. Deinde nec testimonium domesticum valet, hoc est, eorum qui in alterius sunt potestate.

Ad Thema 22.] Affirmatur † legatariis & fideicommissariis testimonium non dene- 28
gari, hoc est, eos testes in testamento esse posse, & omnes in quorū sunt potestate. Et quod eos
habent in potestate. Cui oppono *l. nullus. ff. de testib.* vbi dicitur: Nullus in propria causa
est idoneus testis. Certum autem est, legatarios & fideicommissarios hic testes esse in pro-
pria causa, cum sperent ex testamento legata & fideicommissa. Resp. *Wesemb. num. 11. hie*
& *Mynsing. num. 4* & *Viglius* putant, hoc ideo fieri & concedi a Iustiniano legatariis & fi-
deicommissariis, quia in testamento ipsum eorum causa principaliter non agitur, sed saltem
in consequentiā, ratione rei singularis, nō ratione hereditatis totius: Nam tota res agitur
inter heredē & testa. orem, non inter legatarios & testatorem, & ideo heres virote in pro-
pria causa nō potest esse testis, §. *sed cum paulatim. h. tit. n.* Legatarius non est heres regula-
riter. Si enim esset heres, nō admitteretur virote testans, quasi in propria causa. Legatarius
autem tantum super singulari portione est testis, & quidem in consi. quentiam, quod non
attendi solet. Idque ideo Iustinianus constituit, quia legatarij & fideicommissarij magis
testes esse velle præsumentur, si aliquid accipiunt, & prompiores etiam erunt, quasi alle-
cti honorario, ne forte testamentum deficiat: Et pro hac re, scil. fideicommissarium & le-
gatarium non esse veros heredes, textus est elegans in *l. id tempus. 14. ff. de vsucap. & vsur-*
pat. vbi dicitur, fideicommissarios & legatarios quodammodo & quasi heredes esse. Vbi
notandū sunt duæ particulæ importatæ, quæ ostendunt vere heredes
eos non esse. Deniq; oppugno illa *l. 1. §. in propria causa. quando appellatum sit.* vbi dicitur,
ad quem venit emolumentum in propria causa agere. Legatarius & fideicommissarius ca-
piunt emolumentum: Ergo in propria causa agunt. Et per consequens secundum *d. l. nul-*
lus. ff. de testibus. testes esse non possunt. Respond. *d. l. 1. §. in propria causa* non loquitur in
casu testamenti. Et hoc dispositum est a Iustiniano in fauorem testamentorum, ne desint
aliqui testes, sed vt prompte ad sint multi, puta fideicommissarij & legatarij, & in conse-
quentiam tamen, ratione rei specialis propria causa est, vt supra dictum.

Ad Thesin 24.] Affirmamus æquiores esse sententiam, vt tempore † pestis facto 29
testamento pauciores admitti possint testes, & quidem §. secundum Bald. in *l. fin. num. 1.*
in *fin. C. de testam.* Cui oppono rescriptum Diocletiani & Maximianæ in *l. casus. 8. C. de te-*
stament. vbi dicitur, remitti non debere numerum testium in testamento militis. Resp.
Dicimus in *thesi*, id ex æquitate procedere, alias de rigore iuris secundum *d. l. casus.* id non
videtur procedere. Et æquitas inde est, quia tempore pestis ob suspicionem contagionis
persona, non ita facile ad infirmos accedunt, prout tempore sanitatis: Et qui amat pericu-
lum peribit in eo, vt habent sacræ literæ. Imo aliquis peccat contra quintum præceptū
decalogi, Non occides: cuius obseruatio nobis sit potior. Hinc concludit Iul. Clarus, se
intrepide sic iudicaturum, quicquid Angelus & alij contradicant in *l. fin. C. de testamentis.*

Ad Thes. 25.] Testamentum oblatum Principi, † non indiget testibus, non habet 30
opus expressione solennitatum Iul. Clar. *lib. 3. sentent. §. testamentum. quest. 56. n. 7.* Id quod
etiam probatur per *legem omnium. 19. C. eod.* vbi dicitur, omnium testamentorum solenni-
tates superare hoc testamentum. Et nulli testes sunt necessarij, vt in omnib. aliis testamen-
tis. Idq; vis vocabuli *omniū* importat. Sed obiicitur *l. 3. C. de testamen.* vbi dicitur: Impera-
torē testamentorū solennia mutare non posse. Resp. Non potest ea fallere si sunt posita in
testamēto & obseruata. Deinde nec ipse Imp. in proprio testam. eas potest omittere. Alias
si qui Imp. offert tabulas testam. non rite factas, confirmationē accipiunt ex plenitudine
imperatoris Maiest. vt & alia multa, alias infirma illa firmitate iuuantur & sustentantur.

DISPUTATION. IURIS CIVIL.
DISPUTATIO XIV.

Ex tit. 11. & 12. lib. 2. Institut. de militari testamento, &c.

CONTINUATIO.

In superiori disputatione egimus de pagano testamento scripto & nuncupatio: Nunc quoque de militari testamento dispiciamus. Mynsing. *in rubric. tit. de milit. testam. num. 1.*

Thesis 1. Militare testamentum est, quod fit à milite armato in castris & expeditionibus degente, diciturque priuilegiatum, omissis testamentorum solemnitatibus. §. 1. & *sed hætenus. Institut. de milit. testam. l. 1. ff. eod. tit. l. penult. & fin. C. hoc tit.*

2 Ut iure militari quis testatus esse dicatur, ante omnia requiritur, ut nomen suum apud Ducem belli professus, & in numeros relatus sit. Vnde qui in numeris non sunt, licet publicis expensis irer faciant, milites dicendi non sunt, nec iure militari testari possunt. *l. ex eo tempore. 4. ff. de milit. testam.*

3 In quo ordinando supradicta diligens observatio militi propter nimiam imperitiam & simplicitatem constitutionib. principalibus remissa est. *in princ. Institut. h. tit. l. 1. ff. eod. l. 3. C. eod. d. tit.*

4 Nam quamuis neq; legitimum numerum testium adhibuerit, neque aliam testamentorum solemnitatem obseruauerit, sed quoquo modo voluntatem suam supremam, siue scriptam, siue sine scriptura reliquerit, recte nihilominus testatur, videlicet cum in expeditionibus occupatus est. *in princip. vers. nam quamuis. Institut. h. tit. l. diuus. ff. eod. l. penult. C. h. d. tit.*

5 Illis autem temporibus, per quæ citra expeditionum necessitatem in aliis locis vel suis ædibus degunt, minime ad vindicandum tale priuilegium adiuantur, sed testari quidem, et si filii familias sint, propter militiam conceduntur: iure tamen communi eadem obseruatione & in eorum testamentis adhibenda, quam in testamentis paganorum proxime exposuimus. §. *illis autem. Institut. h. tit. & in princ. Institut. quib. non est permis. fac. testam.*

6 Quod tamen ad milites vel in comœatu Principis, vel in præsidis, aut limitum, aut oppidorum merentes non extendimus: illi enim ipsi quoque priuilegio militari iure gaudent. Conan. *lib. 9. comment. iur. c. 5. num. 9.*

7 In testamento militis anne aliqui testes necessarii sint & adhiberi teneantur, & quotnam. §. 1. *Institut. hoc tit.*

8 Militum priuilegia hodie non cessant *per tot. tit. ff. & C. de milit. testam.*

9 Quinimo mutus & surdus miles testamentum facere possunt, quatenus militant & in castris degunt. §. *quinimo. Institut. hoc tit. l. 4. ff. eod. vbi tamen constitu-*

constitutionem Iustiniani in l. discretis. 10. C. qui testam. fac. poss. attendendam esse contra Accursium cum Iafone & Fabro assueveramus. §. quinimo. vbi Myns. num. 3. Instit. hoc. tit.

10 Post missionem vero veterani vel extra castra alij, si faciant adhuc militantes testamentum, omnium ciuium Romanorum iure id facere debet. §. sed haec tenus. Instit. hoc. tit. l. ad veterani. ff. ad leg. Falcid. l. fin. §. sed & veterani. C. de inoffic. testamento.

11 Et qui in castris fecerunt testamentum non communi iure, sed quomodo voluerint post missionem causariam vel honestam intra annum tantum valebit. §. sed haec tenus. vers. & quod in castris. h. tit. l. 2. 26. 36. §. fin. & l. 38. ff. h. tit.

12 Idque verum est, etiamsi post annum conditio institutioni heredis ascripta extiterit, mortuo testatore: intra annum enim valere hoc testamentum quasi militum placuit. §. sed haec tenus. vers. quid ergo. Instit. hoc. tit. l. quod dicitur 38. ff. eod. tit.

13 Sed et si quis ante militiam non iure fecit testamentum, & miles factus, & in expeditione degens, resignauit illud, & quidam adiecit siue detraxit, vel alias manifesta est militis voluntas hoc valere volentis, dicendum est valere hoc testamentum quasi ex noua militis voluntate. §. sed & si quis. Instit. h. tit. l. 9. & 20. §. 1. ff. eod. tit. l. 8. §. 3. ff. de iure codicill.

14 Denique minima capit. diminuit. ut arrogatione & emancipatione testamenti militis neutrum sit irritum. §. sed & si quis. vers. denique. h. tit. l. 22. & seq. ff. eod. l. 6. §. ff. fin. de iniust. testa. Et si autem quidam ex interpretibus nostris vetera haec militum privilegia nostri temporis militibus haud conuenire existiment; verius tamen est eadem iam nunc quoque; facta testataque remanere. in rubr. C. h. tit. Bart. in l. filiusfam. §. veterani. ff. de procurat. Bald. in l. pen. ff. ex quib. caus. maior.

15 Quemadmodum autem de castrensis bonis iure militari, ita de quasi castrensis iure communi testari Iustiniani constitutione permissum est. §. sciendum. h. tit. l. fin. ff. qui testam. fac. poss.

16 Qui alieno iuri subiecti sunt, hi ius testamenti faciendi non habent, etiam cum parentum consensu ac permissione, exceptis militibus de castris peculio. in princ. Instit. quibus non est permiss. fac. testam.

17 Impuberes, quorum nullum animi iudicium est, testamentum facere nequeunt, etiamsi postea puberes fiant. §. praeterea. Instit. hoc. tit.

18 Furiosi quoque; mente carentes, testamentum facere non possunt, etiamsi postea compotes mentis fiant, & decesserint: ante furor tamen si testamentum fecerint, valebit. §. praeterea. vers. item furiosi. Instit. hoc. tit.

19 Similiter prodigus, cui bonorum suorum administratio est interdicta, testamentum condere nequit: sed quod ante factum fuit ratum permanebit. §. item prodigus. h. tit.

10 Sic quoq; surdus, qui nihil omnino audit, & mutus, qui nihil omnino loquitur, testamentum condere non possunt. §. *item surdus. Instit. hoc tit.*

21 Item Cæcus testari nequit, nisi per observationem, quam lex diui Iuliani patris nostri introduxit. §. *cæcus autem. Instit. hoc tit.*

22 Denique eius, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, nullū robur habet, quamuis redierit, sed quod, dum in ciuitate erat, fecit, siue redierit iure postliminii, siue illic decesserit, sit validum ex lege Cornelia. §. *eius qui. Instit. hoc tit.*

Corollarium: Priuilegium anni post missionem præfectos quoq; & tribunos, ceterosq; qui successorib. acceptis militare, desinunt, habere contra Africanum cum Accursio, Bart. & Cuiacio æquius arbitramur. l. 21. ff. de testam. milit. Cuiac. in tract. suo ad Africanum. in d. l. 21. fol. 143..

DISPUTATIO XIII.

De militari testamento, obiectiones & resolutiones.

S U M M A R I A.

1. Testamenti militaris definitio, an codicillis competat.
2. Testamentum militare à codicillo militari quomodo differat.
3. Miles quis sit dicendus & quid in eo requiratur.
4. Stygma militibus cur hodie non, & olim, inuratur.
5. Militis priuilegium an sit, quod possit ex parte testatus, & ex parte intestatus decedere.
6. Militum priuilegia vnde orta sint.
7. Rusticorum & militum cur non sit eadem conditio in faciendo testamento.
8. Imperitia militum vnde assumenda.
9. Veterani & à militia dimissi milites, cur priuilegio militum gaudeant.
10. Milites cur intra annum a bello in pace adhuc gaudent militari priuilegio.
11. Milites an preui volunt & possunt, testamentum facere queant.
12. Testes in testamento militari quot & quare requirantur.
13. Militum priuilegia an hodie cessent.
14. Milites quando priuilegii testamenti militaris non gaudeant.
15. Vigiles an & quando gaudeant militum priuilegio.
16. Aduocati quomodo militent.
17. Filius familias an testari non possit.
18. Surdi & muti an testamentum facere possint.
19. Milites surdi & muti an à testamenti factione excludantur.
20. Cæcus an facere testamentum possit.
21. Testamentum in ciuitate factum, antequam quis capite minutus fuit, an valeat.
22. Milites qui curationis gratia in quiete sunt, an priuilegio militari gaudeant.
23. Morbus non tollit priuilegia.

NVN de pagano testamento scripto & nuncupatio actum fuit. Iam etiam demilitari quædam contraria sunt notanda, & peculiariter de militari testamento fuit agendum, præsertim cum habeat specialia privilegia ius testamentorum singulare vel commune.

Ad Thes. 1.] Hæc definitio sumpta ex definitione testamenti scripti vel solennis, quæ est in l. 1. ff. *quæ testamenta fac. possunt*, & accommodata est ad militare testamentum, paucis verbis mutatum. Dicitur enim testamentum militare sententiam esse, id est, ultimam voluntatem ad nouissimum iudicium. Nec tamen addimus q. sit iusta, id est, solennis sententia pro quo vocabulo ponimus vocabula illa: Minus solenniter facta. Sed obicitur q. illa definitio competat t. codicillis. Nam & codicillus est sententia eius, quod quis post mortem fieri velit, minus solenniter facta, id est, ordinarias solennitates minime desiderans, §. *ult. in fin. infr. de codicillis*. Respond. Hoc ne fiat, id est, ne definitio militaris testamenti coincidar cum codicillorum definitione, adiecta est definitioni vocabulum *miles*, quod differentiam specificam inducit quo vocabulo codicilli à testamento militis distinguuntur. Insto contra datam solutionem ex l. *si certum. 10. §. ult. ff. de testamento milit. & ex l. 8. §. 1. & ex l. Aristo. 9. ff. sur. codicillorum*, ubi dicitur, quod etiam miles codicillos facere possit. Sed illis certissime comperit definitio testamenti militaris. Ergo adhuc definitio testamenti militaris latior est definito. Respond. Et si hoc dicendum videtur: tamen certum est in aliquibus t. distare posse militare testamentum, & codicillos iure militari factos. Quia requiritur adhuc in testamento militari vt id probetur, hoc est, vt probetur id tantum testatorem militem serio testari voluisse, id quod in *thes. 7.* affirmatur: Et quamuis non exprimat hoc in definitione, tamen ex alia thesi id conspici potest, tale quid in codicillis militibus non requiritur. 2. testamento heredem instituere tenetur miles, id enim substantiale & internum & formale est testamentorum omnium. Non autem in codicillis militibus potest miles heredem instituere, nisi forte sit ad formam testamenti facti. *leg. 2. §. 1. l. 13. illud §. 1. ff. de iure codicillorum*.

Ad Thes. 2.] Proponitur hæc definitio, militis scil. quod is sit miles qui in expeditione est occupatus, hoc est, qui versatur in expeditione & militia §. *sed si expeditione infra de ex hered. liberor. l. ult. de res. lit. milit.* Deinde requiritur ad definitionem militis, vt sit obstrictus iureiurando, hoc est, symbolo quasi indutus & in numeros relatus, hoc est immatriculatus, in albi militum relatus, quod sit tempore explorationis. Et hæc coniunctim requiruntur scil. vt sit immatriculatus & iureiurando obstrictus, quæ duo præcipua sunt, solus enim delectus non facit militem nisi sit in catalogum receptus, & iureiurando obstrictus *l. ex milit. 11. ff. de iure milit.* Sed opponitur datæ explicationi *l. iuri. §. ult. ff. de bonorum possess. ex testam. mil.* ubi licet quis non sit in numeris: tamen est miles. Respond. Est specialis casus, vt si quis est in numeros receptus & postea ab uno in alium numerum sit transferendus est nihil minus miles, vel habetur pro milite. Quia breui in alium numerum est transferendus. Nec curatur illa mora pauci interueniens, cū modicum prætor nō curet. Et alias in simili quodam videmus, specerta alicuius rei, fictione quadam iuris rem eam esse iam nunc, qualis est futura. Vnde propter spem libertatis instantem seruus dicitur habere suam pecuniam §. 1. *de noxal. act.* Hinc tutor dari potest seruus cui libertas directæ est relicta, propter instantem libertatem *l. si impuber. 13. ff. de tutorib. & curat. dat. ab his.* cum alias certum sit liberum debere esse tutorem. §. 1. *super de tutelis*, idque ita quadam iuris fictione conceditur, vt & in hoc casu, ubi miles nihilominus

hilominus est, etiam si sit extra numeros: ad quos tamen breui est rediturus. Deinde op-
ponitur stygma inuri militibus, id quod ex historicis constat. Ergo nondum perfecta
est militis definitio. Respond. In ꝑ locum stygmatis brachiis inulti, successit symbo-
lum *dre Losungvirem* cinctura vt olim fuit. Vnde & adhuc milites se cingunt certis
ligaculis, præfictis tubicines & signiferi, & honestior quidem est illa cinctura vel symbo-
li redditio, quam stygmatis inultio, quæ iam dudum abusu militum recessit. Et quam-
uis istius mæris vt & forte aliorum, adhuc in historicis mentio fiat: tamen illa nostros
milites non obligant, nec ad eos pertinent.

III. Tertio obiicitur sic, superflua in definitione non sunt ponenda. Sed cinctura
est superflua, cum ex matriculatione pendeat. Ergo tantum sufficit immatriculatio &
iusiurandum fidelitatis. Respond. Etsi vna cum immatriculatione datur ipsius cinguli
cinctura: tamen hæc possunt distingui eodem modo, vt immatriculatio & iusiurandi
obligatio, quæ etiam eodem modo sunt coniunctæ.

Ad Theſ. 3. 4. 5. 6. & II.] Militibus est remissa diligens obseruatio in testamentis, hoc
est, solennitates adhibere non tenentur § primo h sit. Eorumque sola spectatur voluntas.
§. i. de hæred. institut. l. Antonius 42. ff. de fideicom. liber. quo fit vt contra iuris regulas mili-
tes pro parte testati decedere possint, §. hæreditas sup. de hæred. instit. l.
semiles 6. §. i. & l. miles, ita h. sit. l. 19. necoß. ff. de reg. iur. Sed quod dicitur priuilegium esse,
id est, quoddam priuans ius commune, vt ꝑ liceat militi pro parte testatum, & pro par-
te intestatum decedere, ei obstat l. nam et si parentibus 15. §. & l. ff. de inoff. testamento, vbi di-
citur, non absurdum videri, pro parte testatum & pro parte intestatum decedere. Et lo-
quitur ille textus non in casu militis. Ergo id priuilegium militum dici non potest. Re-
spond. Specialis est ille casus. Nam filius erat præteritus, & instituerat querelam in offi-
ciosi, aduersus duos hæredes scriptos, & conferens diuersas iudicium sententias, vnum
hæredem denecit, ab altero superatus est. Comperit ergo filio ratione hæreditatis diui-
dendæ inter se & eum, à quo est victus, iudicium familiaris heresicundæ, pro diuidenda hæ-
reditate, & venit filius ad hæreditatem ab intestato, hoc est, vt in textu est, sit legitimus
hæres, alter à quo est filius superatus suam partem ex testamento habet, quo casu videtur
pariteram, pro parte testatus pro parte intestatus discessisse. Idque non fit ita iam ab initio
testamenti, hoc est, tempore mortis, sed ex post facto scil. post aperta tabulæ, postquam
cognouit alios esse hæredes scriptos, eosq; hæreditatem adiisse, seq; præteritum fuisse. Et
ita etiam sentit Gloss. in d. l. 15. Alias d. l. ius necessarium ff. de reg. iur. & d. §. hæreditas, cum
procedunt, quando paterfamil. ab initio pro parte testatus & pro parte intestatus de-
cedit, quod hic non facit. Nam duos hæredes instituit, & sic totam hæreditatem distribuit.
Manet ergo verum id priuilegium esse militare. Et sciendum porro priuilegia militum,
quorum nonnulla receperat Myns. §. i. h. sit. ex antiquo illo in procinctu testandi iure orta
esse, & Andrecht, lib. 1. art. 6. Welenb. n. 2. ff. h. t. Vnde causa impulsiva horum priuilegio-
rum fuit olim militia l. i. ff. h. t. hodie est expeditionum necessitas vel nimia militum im-
peritia. hic in prin. Inter armorum enim strepitum leges silent. Mynsing. §. i. hoc ius. Et nul-
li militum imperitia vel iuris est ignorantia l. i. Cod. de iuris & facti ignorantia, & arma
potius sciant milites quam iura. l. sile. in pr. C. de iure delib. Hinc nec milites possunt esse
cultores agrorum, ne omittant vsum armorum, l. milites 33. C. locati. Sed huic cause pri-
uilegorum militarium oppono, quod rustici teneantur adhibere quinq; testes ex con-
stitutione Iustiniani, in l. sile. C. de testam. Hi reuera imperiti sunt & excusationem
etiam habent, l. 6. §. mediocritas ff. de excusat. tut. Et rusticitati alias est parcendum, l. 2. §. i.
si quis in ius vocatus. Ergo & hi non teneantur adhibere testes, & possent facere testa-
mentum

respondere possumus. Vbi dicitur scitintios & apparitores, qui virorum magnificorum & Ducum militum iussuonibus obtemperant, non posse iure militari testari, quamvis rotati in numeros, id est, immatriculati: Quia non pugnant, non censentur impericiratio-
ne instantis periculi, & sepe auxilia sunt in negotiis ducum militum, vtproe hodie lega-
ti, quibus tamen secundū Dd. videtur dicendum nos si in praelio sint iure militari testari pos-
se, merita ergo eorum erga rempub. Romanā extant. Sed non occupati sunt in bellis ita
vt milites, nec definitio militum ipsis integra competit.

Nunc de causis dictum fuit, quare privilegia militibus dentur & concedantur, vide-
11 bimusiā etiam anne pro vt velint ac possint, testamentum facere possint, id q*uod* *in l. i. ff.*
ead. & in thes. 7. affirmatur. Sed huic assertioni primum opponitur *thes. 3.* quæ desumta
est ex *§. i. h. t.* vbi dicitur, quod diligens obseruatio remissa sit militibus: id autē quod rem-
issum est non omnino est condonatum, cum illa vocis propria significatio satis indicet
non in totū libertatem voluntariam quandam militibus esse concessam. Deinde id
ostendit in d. §. vocabulum *diligens* quasi dicat diligens, hoc est, omnino solennis obser-
uatio est remissa, nō tamen sublata in militibus aliqua obseruatio solennis. III. Osten-
ditur id ex verbis *legitimum numerum testium*: Quasi dicat imperator essi non omnes ad-
hiberent testes, id est, septem: tamen debent aliquos adhibere. Et id satis arguit vo-
cabulum *legitimum*, vnde satis videtur probabiliter dicendum quod tamen aliquos tes-
tes adhibere teneantur, id q*uod* etiam *in thes. 7.* ostēda litur. Resp. Verū est id probabiliter ex
d. §. i. argui posse. Sed ex d. l. i. hoc constat, militē prout vult & pro vt potest testamentū fa-
cere posse, non ergo est alligatus testib. vel aliis obseruationibus id q*uod* ex illis generalibus
verbis satis ostenditur & relinquitur: Quamuis negari non possit, ad probationem vo-
luntatis militis testantis, (hoc est, vt constet eum scire testatum esse ne iocosis & conui-
ualib. verbis sic id factum) requiri ad minimum duos testes, idque tantum requiritur ra-
tione probationis, non ratione solennitatum, quarum obseruatio nulla requiritur in
militari testamento. Et ius gentium magis illos duos testes requirit, scilicet ad fidem & de-
functi vltimum arbitrium probandam, non ius ciuile. Mynfingerus in §. *plane h. titul.*
Wesenberg. hic in §. *plane num. 4.* Et quidem requiruntur in dubio duo testes *argumento*
legis, vbi *numerus ff. de test.* vbi dicitur, vbi numerus testium expressus non est, ad mini-
mum duo sufficiunt, in quorum ore consistit veritas, & sufficit ibi femina. §. *plane in Ver-
bis, conuocatis hominibus*: quod verbum vtique sexui congruit. Wesenb. hic & in §. *testis*
supra de ordine testium, & iam constat legitimas probationes requiri in testamento mi-
litis ex l. *Lucius Titius 40. in fin. ff. de militari testamento*. Sub probationibus autem con-
tinentur testes vt species, tot. tit. ff. *de testibus*. Et hi testes, vt dictum, saltem ad proban-
dam voluntatem testatoris militis requiruntur non ratione solennitatum, quarum re-
spectu testamentum miles facere potest, pro vt vult, quamuis ex d. §. i. h. tit. apparere vide-
atur, solennitates esse remissas in partem, non in totum, & tunc forte illa dicta l. i. ff. *h. tit.*
vbi dicitur, pro vt vult, pro vt potest, essent intelligenda secundum d. §. i. Specialiter lo-
quentem quasi generi per speciem hic derogetur, quod alias in iure est vltimum l. *in toto*
iure. ff. de reg. iur. id quod tamen relinquo. Sed obicitur rursus §. *plane h. t. num.* qui de-
sumtus est ex lege Traianus 24. ff. *cod.* vbi dicitur, quod conuocandi sint testes, hoc est,
rogandi quæ rogatio est iuris ciuilis & solennitatis. Aushen. C. *de testibus*. Ergo adhuc
verum est milites non facere posse testamenta, pro vt velint. Respond. Wesenb. in dist.
§. *plane & alii*, referri ibi facti alicuius contingentiam, non respicientem formam testa-
mentorum militum, eaque verba, *conuocatis hominibus* poni narratiue, non disponitiue,
nec imponi iis necessitatem conuocandi milibus, sed permitti id nihilominus eorum
volun-

voluntati, quæ voluntas nuda pro lege sufficit, quamvis ex constitutione C. præfixa, *ad nouo Codice faciendo, §. quibus* dici possunt, omnes constitutiones Imperatorum ad certas personas, vel occasione certarum personarum & casuum scriptas, factas esse generales. Deinde potest dici, ut supra dictum, requiri duos testes ad probandam saltem defuncti militis voluntatem, non ad solennitates, qui conuocari simpliciter possunt, etiam per alios non solenniter rogari, quamvis Schneidevvinus *nu. 14.* dicat, rogari debere testes in hoc testamento per ipsum testatorem, & postea dicat per alium id fieri posse, quo nihil magis est contrarium. Idem fieri videmus in codicillis, in quibus etsi nulla solennitas ordinationis requiritur, testes tamen quinquæ ad probationem illius voluntatis ultimæ requiruntur, non ad solennitatem *l. §. §. ltr. C. de codicill.* Vel respondemus ad *dist. §. plane*, hoc modo: Requiritur duo ad minimum testes, tum quando miles versatur in expeditione, non cum in conflictu: Tum enim nulli testes requiruntur *l. militis 15. Cod. de testamento milit.* id quod in *thesi 6.* affirmatur & indicant illa verba, *literis sanguine rutilantibus*: quamvis Cuiac. in *consult. 49.* simpliciter velit saltem probationes qualescunque requiri, non testes, id quod etiam nos concedimus, si aliæ probationes haberi possunt. Nec quicquam ulterius obstat *d. l. §. §. ltr. C. de codicill.* ubi dicitur, in omni voluntate ultima requiri quinque testes, excepto testamento solenni. Vnde videtur dicendum in testamento militis requiri quinque testes, cum etiam sit ultima voluntas, ut in *thesi 1. affirmamus.* Hoc inquam non obstat: Quia testamentum militare excipitur, id quod ex aliis locis omnibus de militari testamento constat, in aliis ultimis voluntatibus omnibus id alias procedit. Nec obstat etiam *d. §. plane h. tit.* ubi dicitur militis testamentum posse fieri vel cum scriptura vel sine scriptura, cum & sine scriptura aut à non militantibus fieri soleat. Hoc inquam non obstat cum alienus sit sensus à scripto Troiani, & hæc eius sit sententia, testamentum militis non valere, nisi constet cum serio testari voluisse, & verbum *P O T E S T* pro debet accipitur. Denique non obstat quod hæc institutio in testamento militis requiratur *res. tit. ff. h. si iul.* Vnde videbatur dicendum, non posse facere milites testamentum prout velint. Cuiac. enim resp. id de natura & substantia esse testamenti, non ex solennitatibus testamenti, quæ militi sunt remissæ. Substantia autem in nullo testamento sunt remissæ, alias totum testamentum, utpote fundamento & capite destitutum corrumpitur, *§. ante hæredis infr. de legat.*

Ad Thesi 8.] Affirmatur privilegia militum non cessare. Cui oppono tale primum: Cuius nullus est usus, de eo frustra tractatur: sed huius materiæ nullus amplius est usus. Ergo frustra de eo præcipitur. Probo minorem. Cessant enim et hodie privilegia militum. Respond. Mynsingerus, Viglius & alii, hodie non cessant privilegia militum, & veterem solennitatem non esse plurimum mutatam. Nam quemadmodum olim requirebatur, ut referrentur in numerum, ut essent iureiurando obstricti, ut essent cincti: Ita hodie immatriculantur, iureiurando fidelitatis constringuntur, & denique symbolo quasi cinguntur, ut supra dictum est. Ergo dum illa definitio veterum militum nostris militibus competit, quid obstat quo minus dicamus, militum privilegia adhuc viuere? Inso: Sed hodie milites non pugnant pro Rom. Imperio, sed potius inhiant prædiis, deprestantur bonos rusticos, omnia deastant, & raro ad prælia veniunt: Vnde cessante causa privilegii videtur ipsum privilegium cessare. Respond. Concedimus prædones, scurras & erroneos indignos esse hisce privilegiis. Alias si est iustum bellum, ut & hodie sæpe sunt, merito dum sit exploratio militum, tales recipiuntur & approbantur à duce belli, qui sunt fortes, quales adhuc inter nobiles & priuatos in hisce terris plures reperiuntur. Qui

autem magis furantur, quam militant hisce privilegiis non gaudent. Deinde alia ratio est, quare adhuc illa privilegia valeant, quia Imperat. constitutionibus non sublati sunt, & vnumquodque eodem modo soluitur, quo colligatur *l. nihil tam naturale. ff. de reg. iur.* Dum igitur mutata non sunt, cur stare prohibeantur, secundum *l. sancimus C. de testam.* Et per consequens durant perpetuo, donec tollantur per subsequentes Imperatorum constitutiones, cum & permissa intelligantur ut durent, *l. item eorum §. quod si actor. ff. quod cuiusq. vniuersit. nomine.* Tertia ratio. Quia olim pro Republ. defendenda, pugnarunt milites tantum, hodie etiam sæpe pro Ecclesia & pro societate humana conservanda: & parum arma foris proficiunt, si non domi sit consilium *l. 2. §. post originem. ff. de orig. iur.* Quarta ratio. Quia cognito iure singulari cognoscitur etiam ius commune.

24 *Ad Thes. 9. & 15.* Affirmatur milites non iunari privilegiis hisce si sunt dimissi, si citra expeditionum necessitatē, in aliis locis vel sedib. suis, hoc est, stativis degunt. Hoc ius olim propter honorem militiæ erat concessum, sed ex Iustin. constit. *leg. pen. C. eod. & l. 6. l. C. de restit. milit. & l. 17. C. de testam. milit.* Et hic ad occupationem bellicam seu ad necessitatem expeditionum refertur. Dum igitur Iustin. id ius eo coarctavit & restrinxit, ceteri, qui in hybernis agunt, eo non gaudent, scil. quando sunt immissi. Nam tum iure communi testari coguntur, testamentum autem factum in militia, hoc est, in expeditione dum adhuc milites fuerunt, valet intra annum tantum, propter merita, quæ exhibent milites communi societati. Hinc sequitur milites stationarios, hoc est, qui ad provinciæ quietem aluntur, & limitaneos, qui in locis hostium finitimis in repentinos eorum incursum intuenti sunt, & equites qui stipendio publico aluntur, hisce privilegiis non gaudent. Sed obicitur *l. 6. l. ff. de testamento milit.* ubi dicitur eum, qui miles non est, posse militari tamen iure prout velit, prout possit testari, modo in proximo id fiat. Respond. Id singulari ius iure quoque iure est indultum. Quia & ii pericula eadem sustinent, quam iustitiam milites non fiat, sed pagani, quemadmodum ex *d. l. Scuniaros C. eod. constit.* Id quod eleganter explicatur ita *in d. l. & in pr. ff. de bon. posses. ex testamen. milit.* Cuiac. *in l. consulto. & c.*

II. Obicitur: Vigiles iure militari testari possunt *l. 6. §. item in d. l. & in pr. ff. de bon. posses. ex test. milit.* qui tamen sunt prædarii milites *l. 3. l. tot ff. de offic. præf. Vigil.* Respond. loquitur ille textus de vigilibus & expeditionibus in bellis, qui forte in arcibus vel ciuitatibus obsessis militibusque vigilias agunt. Hi dum coguntur expectare periculum hostium merito etiam gaudent militum privilegiis *d. l. 1. un.* sed vigilantes qui Romæ excubias egerunt, non fuerunt milites, sed in pace custodiebant ciuitatem, ne quid mali accideret, ut & hodie in ciuitatibus vigiles certi haberi solent. Manet igitur verum eos solos qui expeditionis necessitatem & periculum sustinent, hisce legibus privari, non alios. Ex quo nunc satis explicari potest *thes. 15.* in qua affirmatur, studiosos & alios legatis militiæ focios, istis privilegiis nondam gaudere, quales sunt aduocati, procuratores. Hi enim armatam militiam non tractant, cui hæc privilegia sunt indulta. Sed opponitur *ad uocatos militare.* Ergo etiam iure militari uti. Respond. Militant legaliter non armis, nam vocabulum militare varie usurpatur, & late patet, ut Mysing. *ad Rubr. num. 2. notat.* Sic dicuntur iura armari gladio *in l. cū vir. nubis. 31. C. ad l. Iul. de adult.* quia mutuam habet inter se cognationē & familiaritatem arma & leges, *§. 1. inffit. in. proam.* Deinde *in l. 6. l. C. de excusat. tut.* dicuntur milit. sacratissimi palatii seriniarii, ad latus principis agentes, puta Secretarii, Syndici, &c.

II. Opponitur *§. item qui Reipubl. causa supra. dict. de excusat. tut.* Vbi annum habent vacationis à reditu absentes Reipubl. causa puta syndici. Ergo dum idem in testamento mili-

militis obtinet, id quod *in thes.* 11. dicitur. Idem ius propter similem rationem erit statuendum. Respond. Etiam si in vno quadam sit conuenientia, tamen per omnia non conuenient, præsertim cum expeditio militaris requiratur. III. Oppono *dict. l. un. ff. de bon. poss.* vbi dicitur propter merita Reipubl. eos, qui in hostico deprehenduntur & decedunt habere militare ius? Ergo dum eadem ratio est in aduocatis, videtur idem ius esse statuendum, id quod etiam *d. l. scriuarios C. eod.* videtur ostendere. Respond. Duæ sunt causæ huius iuris, pericula & merita. Merita quidem aduocati præstant, sed periculum eodem modo sustinent, sicuti ii, qui in hostico commorantur si ibi decedunt. Hi partim propter pericula, partim propter merita iure militari vtuntur. *l. & ff. h. t. n.* quemadmodum supra dictum est. Denique obiicitur. Aduocati habent hoc priuilegium, vt ipsorum testamenta querela impugnari non possint. *l. & l. C. de ineff. testam.* Ergo dū nec militis testamentum potest querela impugnari, cum testamentum possit facere prout velit *l. ff. eod. l. ul. Clar. in §. testamentum lib. 3. sent. quasi 15. n. 4. l. testamentum. 24. l. & l. C. de ineff. testam.* Wes. *consil. 17. n. 29.* videtur propter eandem rationem idem ius in aduocatis legaliter militantib. esse statuendū. Resp. ita: *d. l. & l.* separantur aduocati à militari testamento, & dicitur, quod debeant communiter facere testamentum aduocati *l. §. & l. h. t.* idem affirmatur, nam. Imp. constitutiones priuilegia tantum ad necessitatem expeditionum referunt, sicuti satis dictum est.

Ad Thef. 13. & 14. Obiicitur vehementer omnium *Ed. sententia. in fraudem 3. §. testam. ff. eod. tit.* vbi dicitur, testamentum ante militiā factum à milite, si in militia decesserit, iure militari valet, si militis voluntas cōtraria non sit. Ergo tantum contrarietas voluntatis nudæ requiritur, non vt id ex aliquo actu adiectionis resignationis & detractionis appareat. Resp. Hottoman. hic dicit, eum qui negat hæc contraria esse, contentiosum esse. Vnde respondendum hoc modo est: Verū est dici *in d. l. in fraudem §. testament.* de voluntate, si illa contraria non est, verum ex hac thesi addendum & præsupponendum est, detractionem resignationem vel aliud quid præcessisse, illam voluntatem, hoc est, aliquod factum præcessisse, vnde illa voluntas colligi possit. Et idem etiam Viglius Mynsingerus & alii *huc* sentiunt, scil. subiectam esse voluntatem contrariam. Si autem ex aliquo contrario actu, illa voluntas contraria non apparet, dicendum est, valere testamentum *l. Tribunus 20. §. & l. ff. eod.* Et ita nec quicquam *d. l. Tribunus* obstat.

Ad Thef. 16. Opponitur primo tale argumentum. Qui contra leges in ordine peccat is sane male facit. Vos peccatis contra ordinem & quidem contra leges. Ergo male facitis. Minorem probo per *l. qui ff. qui testamentum fac. pos.* vbi dicitur, primū in testamento esse querendum an persona possit facere testamentum, & an habeat suas solennitates. Ergo primo loco fuisset de eo videndum, quænam persona testamentum facere possunt. Resp. Agitur in ea lege de ipso testamēto, an valeat, & tū primo loco est videndū, an testator b. e. persona quæ facit testamentum, habeat factionem testamenti. Nam si non habet testamenti factionem, totum testamentū non valet quasi ab initio non subsistens, secundū regulam Catonianam *legis quod ab initio ff. de reg. iur.* Deinde videndum est, an recte illa persona solennitates adhibuerit. Non autē agitur *in d. l. 4. de ordine præscriptorum quo.* modo illa in libris proponi debeant. Illa enim commodiori via tradi non possunt, q̄ vt primo loco de testamenti definitione & solennitatib. agatur, deinde de personis quæ testamenta facere possunt vel non. Manet igitur ordo verus. II. Affirmatur filiūfamil. *17* stari non posse ne quidē cum voluntate patris, cui oppono tale argumentum: Homini sano testamēti factio nō est adimenda *l. ex facto. 43. in pr. ff. de vulg. & pupil. sub p.* Filius factio est *l. n. homo.* Ergo ei testamēti factio adimi nō debet. Resp. *d. l. ex facto*, loquitur de furioso, q̄

testamentum facere alias non potest, ut in *thes.* 18. dicimus, sed si resipuerit, testamentum facere potest. Nam inquit Iustus homini sano non est testamenti factio adimenda. Et sane hic non adimetur filiofam. testamenti factio, nisi lex illam ei ademisset. Nam lex 12. tab. ita fuit scripta: *paterfam. & si super pecunia tutelaue suare rei legassit, ita ius esto.* Ecce hic lex tantum facit mentionem patrisfam. Ergo quamdiu quis sub potestate patris sui. est non potest facere testamentum, quia nondum est paterfam. Paterfam. n. rum quis est; quando est suæ potestatis *l. 4. ff. de his qui sui vel alieni iuris.* III. Contra datam solutionem. Sub potestate existens potest alienare, potest manumittere, facere testamentum, legata relinquere. *§. 1. sup. de tut. & c.* Resp. Ibi textus loquitur de patrefam. pupillo, qui est sub potestate tutotum *§. 1. sup. de tut.* & tamen est sui iuris. De tali potestate hic non agimus, sed de patria potestate. IV. filiofam. milites testamentum facere possunt, ut in *thes.* 10. affirmamus. Ergo & filiofam. testari possunt. Resp. Id speciale est in militibus, qui ut volunt, ut possunt, testamentum de castrensi peculio faciunt, *§. 1. h. i. n.* V. Contra datam solutionem insto: hoc non esse speciale in filiofam. militibus; & quidem probo id per *Novell.* 117. *§. 1. liceat matri. vel auia cap. 1. §. 1.* vbi dicitur quod filiofam. sub potestate existentes de peculio adventitio possint disponere pro ut velint. Ergo testamentum facere possunt. Resp. Ponitur quidem verbum disponere, sed in Græco *διοικῆν*, quod potius domesticam significat administrationem, non autem testamenti factionem. Si autem poneretur verbum aliud, aliud etiam esset dicendum. Ergo filiusfam. nec in adventitio peculio testamentum facere potest, quia habeat in eo proprietatem, & pater tantum ususfructum, id quod D. Myns. etiam affirmat in *§. 1. n. 6.* VI. Oppon. *l. 1. §. 1. in fin. §. ipsum*, vbi dicitur, quod filiofam. in his duntaxat communis in quibus ususfructus patri acquiritur non possint testari. Ergo vi parricula *duntaxat*, à contrario sensu in aliis casibus id licet, puta in profectitio castrensi. Resp. Alexan. in *l. pen. C. eod.* Myns. in *d. §. 1. n. 6.* particulam *duntaxat* saltem esse positam, ut excludantur tantum Castrensia & quasi Castrensia bona, in quibus testatio procedit, ut supra est dictum, & hanc interpretationem necessariam esse Viglius hic affirmat. Nam tempore illius constitutionis, vnicus fuit casus, extra Castrense, & quasi Castrense peculium, quo patri non acquirerebatur ususfructus, videlicet cum sine consensu patris filius hereditatem adiit, quo casu non potest testari filiusfam. Quoties tamen pietas suadet, de omni peculio adventitio & profectitio filium testari posse communiter est approbatum. VII. Oppon. hoc modo: filiusfam. potest donare & quidem mortis causa, patre consentiente tacite vel expresse. Ergo etiam potest facere testamentum, cum in eo legata per omnia sint adæquata, *§. 1. sup. de don.* Resp. Donare potest filiusfam. patre consentiente, quia donatio non pendet ex alieno arbitrio hoc est, ex legis arbitrio & dispositione, sicuti testamentum Ias. in *l. senium nu. 9. C. qui testamentum facere possunt.* Deinde absurdum esset etiam, consentiente patre filium facere testamentum de hereditate, quam nondum adiit. IX. Contra datam solutionem opponitur *l. 1. §. 1. C. de impuberib. & aliis substitut.* vbi dicitur filium & patrem haberi pro vna persona. Deinde *l. filiusfam. 9. ff. de his qui sunt sui vel alieni iuris.* vbi dicitur filiosfam. in publicis causis haberi, p. patribusfam. Resp. *Id. l. 1. §. 1. §. 1.* loquitur ratione patriæ potestatis, haberi filium in quibusdā causis pro patrefam. Inde tamen non sequitur quo ad testamenti factionem idem procedere. Deinde ad *d. l. filiusfam.* quod attinet, loquitur illa de publicis causis, id est muneribus, in quibus filiusfam. habetur pro patrefam. ut fit in tutela. *§. 1. sup. qui testamento tutoris dari possunt.* Hic autem expresse lex valet, filiumfam. testamentum facere non posse ut supra visum est. Ergo dum lex id inhibet, nec volente patre id fiet, quia quod contra leges factum fuerit, pro nullo habetur *l. non dubium §. C. de R.* Manet igitur verum respectu patriæ potestatis non esse integram filiofam. personam in testamenti factione, cum lex id prohibeat.

Vltimò obiiicitur *l. 1. §. 1. ff. de tutel. & cat.* vbi dicitur pupillum non habere testamenti factionem: Ergo nec mortis causa donationem. Resp. Loquitur ille text. in tali casu, quando pupillus adhuc est. Is enim non habet testamenti factionem, cum nondum pubertatem sit ingressus, quo tempore licet testam. facere, *l. 5. ff. qui testam. fac. possunt*. Et ideo nec mortis causa donari potest, quæ cõparata est legatis, quia suam conditionem sine tutoris auctoritate non facit deteriore.

Ad Thes. 20.] Affirmamus ¶ surdum qui nihil omnino audit, mutum qui nihil omnino loquitur testamentum facere non posse. Tum autem id fieri posse, si tarde audire possit, & tarde loquatur, vnde Iustinian. dicit, mutum & surdum non semper, vt Theoph. habet, testamen. facere, quia nec olim id facere poterant, nisi id à Principe impetrarent, *l. 7. ff. qui testam. fac. possunt*. Et Iustinian. postea sua constit. quæ est *in l. discretis. 10. C. qui testam. fac. possunt*, disposuit mutum & surdum sui iuris existentes, si utroq; vitio naturæ laborent, testamentum omnino facere non posse. Si autem hæc naturalia non sint, sed ex accidenti, puta morbo superueniente, qui vocem amittat & aures concludat, acquisita fuerint; mutum & surdum testamentum facere posse, si literas sciunt, si autem alterutro vitio quis laboret, (quod tamen teste Iustiniano raro fit,) si tum fuerit surdus, & tum lingua articulate uti possit, siue natus factusve ita fuerit, eum omnia facere posse. Si fuerit mutus, siue natura siue ex accidente, tum facere posse testamentum, si est peritus literarum. Ratio autem quare mutus & surdus testamentum facere non possint, hæc est, quia mutus accire & rogare testes nec non potest: Surdus testimonium sibi perhibentes audire non potest. Cuiac. *in d. l. 6. ff. h. tit.* Cum tamen opus sit in testamentis verbis proferendis & audiendis, *l. heredes palam ff. h. t.* Myns. *in §. testes n. 8. supr. de ordin. testium*. Sed tamen ¶ de militibus textus non distinguit, vt est distinctum in testamento soleni, *d. l. discretis*, vt supra dictum est. Deinde milites per alios possunt dare nomen militum, & iusiurandum præstare modo fortes sint, & à Duce belli approbentur. Deinde notas etiam facere possunt vel nutu significare possunt quid velint: Ergo non statim dimittuntur propter illum morbum, cum æque pugnare possint. Hi autem ex causaria dimissione solent dimitti, qui morbo tali, qui eos pugnare impediatur corripuntur. *l. 2. §. ignominia ff. de his, qui not. infam.*

Ad Thes. 21.] Cæcus ¶ secundum Iustiniani constit. testamentum facere tenetur, vt in *Thesi* habetur: Quamvis olim simpliciter facere potuerit, cum accire valuerit testes, & eos perhibentes testimonium audire potuerit, vt Paul. *lib. 3. & 4.* affirmat, quod per Iustin. constituit. postea aliter se habet.

Ad Thema vltimum.] Affirmamus testamentum valere ¶ iure postliminij, quod in ciuitate factum est, antequam quis est capite minutus. Cui oppono *§. alio. infr. quib. mod. testam. infirm.* & *l. 6. §. irritum de iniust. rupt.* vbi dicitur, quod testamentum fiat irritum per capitis diminutionem, id est, seruitutem, sed iure postliminij, id est, fictione legis Cornelia. Pendet tamen illa irritatio donec ad tuos reuertatur. Tunc enim fingit ius postliminij testamentum semper valuisse, & nunquam cum seruum fuisse. Is casus singulariter notandus est.

Ad Corollarium.] Huic assertioni ex æquitate perfecta, multa aduersari videntur, & opponitur *§. illis autem temporib. & §. sed hæcenus. supr. de milit. testam. l. 1. §. 1. C. de restit. mil. l. sancimus. §. 1. C. quib. non obic. longa temp. præscript.* vbi generaliter dicitur, quod nulli hoc præuilegium habeant, nisi qui sunt in necessitate expeditionum: Ergo dum hi non sunt in expeditione, sed in quiete ¶ curationis gratia, cessant in illis præuilegia militaria. Resp. Et hæc actum non sunt in expeditione, tamen morbo impediti, animo adhuc in expedi-

tione versantur, nec sunt in totum dimissi, hoc est, iuramento liberati & soluti. Sed adhuc sunt obligati suo Principi & Duci, & post recuperatam valetudinem, ad eius curam redire coguntur. Animo & mente & nomine adhuc milites sunt, & parati sunt quolibet tempore post cessantem morbum ad suam stationem redire & pugnare, & pro virili repellere hostem. Et sane iniquissimum esset, his illud privilegium militatæ denegare, cum habeant animû reuertendi, & omnia faciendi, quæ iurarunt. Iuris igitur fictione & subtilitate is, qui morbo corripitur, & in vicinâ civitatē aufertur, habetur pro præsentē & pugnante, & iuris æquitate & benignitatē omnibus gaudet privilegiis, quibus alij milites fruuntur. Si autem reuertendi non habent, non sunt digni hisce privilegiis, sed inhoneste dimissi dicuntur *d. l. 2. §. ignominia. ff. de his qui vocant. inf.* Datur venia valetudini. Et censetur aliquis ibi esse, ubi habet animum reuertendi, *l. nihil. vbi Bart. de captiv. §. postlim. reuers.* Porro sicut superueniens casus non infringit testamentû, §. præterea, quib. non est permiss. fac. test. ita nec morbus tollit privilegia. Hoc iam confirmato facile est respondere ad *d. l. illos autem. §. d. §. sed hætenus, &c.* itaque nos huic iam disputationi finem imponemus.

DISPUTATIO XV.

Ex tit. 13. lib. 2. Institut. de exheredatione liberorum.

Thesis 1. De testamenti speciebus hætenus: consequens est, ut de testamenti partibus cum Imperatore subnectamus, ut exheredatione & institutione. Hinc exheredatio quo ad testamenti validitatem admodum necessaria est. Mynsing. *in rubric. Instit. hoc tit.*

2 Exheredatio est legitima exclusio liberorum ab hereditate & successione ob causam ingratitudinis commissæ. Myns. *in rubric. h. tit. num. 2.* Bart. *in l. quidam cum filium. ff. de verb. oblig.*

3 Eaque tam iure naturæ inducta, quam gentium & civili acceptata atque approbata videtur. Stephan. Forcatulus *de occulta iurisprudencia, dialogo 36. num. 3.*

4 Exheredare est aliquem hereditate & iure succedendi priuare. Myns. *in rubric. hoc tit. Instit. num. 2.*

5 Is autem, qui liberos utriusque sexus & cæteras per virilem sexum descendentes personas in potestate habet, videre debet, ut eos heredes instituat vel exheredes eos nominatim faciat, alioquin si eos silentio præterierit, inutiliter testabitur: *in princ. circa fin. & §. 1. & §. sed hæc quidem. Instit. hoc tit. l. maximum vitium. 4. C. de liber. præterit.*

6 Adeo quidem ut si viuo patre filius sit mortuus, nemo heres ex eo testamento existere possit, quia scilicet ab initio testamentum non constiterit. *in princ. vers. adeo quidem. Instit. hoc tit.*

7 In posthumo non satis inter nostros convenit: iure tamen novellarum cum

eum exheredari neutiquam posse plerumq; approbatione recte præualuit. *Nouell. 115. in §. aliud quoque capitulum. auth. nou. licet. & l. maximum vitium. C. de liber. præterit.*

8 Nec interest suus & emancipatus: vterque enim vel heres institui, vel nominatim exheredari debet, eundemque habet effectum circa testamentū parentis sui infirmum & hereditatem auferendam. *§. sed hac quidem. Instit. hoc tit. l. maximum vitium. C. de liber. præter.*

9 Adoptiui quidem liberi eiusdem iuris habentur, cuius sunt iustis nuptiis quæsit.

10 Itaque heredes instituendi vel exheredandi sunt, secundum dilucidam Imper. Iustiniani diuisionem. *§. adoptiui. & §. sed hac quidem. Instit. h. tit. l. penult. C. de adopt. §. sed hodie. cum §. seq. Instit. de adopt.*

11 Idemq; plani iuris est, in liberorum quoque testamentis. *Nouell. 115. §. iustum autem perspeximus. cap. 4. l. cum filius. C. de inoffic. testam.*

12 Vtrum vero testatoris militis exheredatio vel præteritio, quæ pro exheredatione habetur, hodie annihilat, vel querelæ inofficiosi testamenti locum relinquit, dubio Marte disceptatum est. *§. sed si in expeditione. Instit. hoc tit. per Nouell. 115. §. aliud quoq; vers. sed hac quidem. l. 7. ff. de testam. milit. l. 8. & seq. C. cod. tit.*

13 Mater porro vel auus maternus nouissimo iure necesse habet liberos suos aut heredes instituere aut exheredare, nec possunt eos silentio præterire. *§. fin. vbi Myns late Instit. hoc tit. d. Nouell. 115. §. aliud quoq; cap. 4. in princ. l. 4. C. de liber. præterit.*

14 Causæ exheredationis certæ sunt factæ ex Iustiniani constitutionibus: sed quæritur hic, an ille causæ ad maiores vel æque graues seu pares extendi possint? *Wescanbec. in §. sed hac quidem. numero 3. Institut. hoc titulo.*

15 Verum quæ de exheredatione parentum & liberorum diximus, tum demum vim suam obtinent, si parentes vel liberi vnam vel plures ex dictis causis testamento specialiter inseruerint. *d. Nouell. 115. §. aliud quoque. & §. iustum autem.*

16 Neq; tamen inseruisse suffecerit, nisi etiam scripti heredes vnam ex legitimis causis à testatore nominatis veram esse demonstrauerint.

17 Testamentum hodie confirmatur quo ad institutionem alterius cuiusdam heredis, & legata ac fideicommissa non annullantur. *Bald. in l. hac consultissima. §. ex imperfecto. num. 1. & 2. C. de testam. Wescanbec. in paratit. ff. nu. 4. de liber. & posthum.*

18 Denique exheredatio sub conditione proposita fieri nequit.

Corollarium:

216 | DISPUTATION. IURIS CIVIL.

Corollarium: Quæritur, anne is, qui matrimonium contrahit iniussu parentum, exheredari possit? Cuiac. lib. 3. *obser. cap. 5.* Ioachim. à Beust. in *tracta. de sponsalib. cap. 20.*

DISPUTATIONIS XV.

De exheredatione liberorum, obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 Exheredationis forma hodie plane alia est, quam olim fuit.
- 2 Exheredatione utrum opus sit, ut testamentum valeat.
- 3 Exheredatio quid sit, & an ex parte fieri possit.
- 4 Exheredatio debet fieri à toto gradu & quomodo.
- 5 Exheredatio non præsumitur nisi expresse probetur.
- 6 Exheredatio nominatim fieri debet.
- 7 Testator si silentio præterit filium suum in testamento, an testamentum valeat.
- 8 Miles si in testamento liberos suos silentio prætereat, silentium eius an pro exheredatione recte habeatur.
- 9 Mater & avus maternus an possint liberos suos silentio præterire.
- 10 Exheredationis causa ante Iustin. incerta, per eum certa facta sunt.
- 11 Causa exheredationis in Nouell. 115. an extendi possint.
- 12 Posthumus exheredari non potest.
- 13 Testamentum an confirmetur quoad institutionem alterius cuiusdam heredi.
- 14 Testamentum per exheredationem patris & matris infirmatur, quo ad institutionem.
- 15 Exheredatio an sub conditione fieri possit.
- 16 Exheredari an possit qui iniussu parentum contrahit matrimonium.

QUAMVIS talia plane sit hodie exheredationis forma, quā olim fuit. Vigl. in §. *lit. n. 6. h. tit.* & nihil attinet disputare de veteri exheredationis iure iam correcto. Wesemb. n. 13. §. *posthumus. h. tit.* tamen quia gratum est antiquitates introspicere. §. 1. *de ordin. test.* libeat in thematum horum veritatem & contraria refutanda inquirere.

Ad Thesin I.] Affirmatur ꝑ exheredatione opus esse, ut testamentum valeat. Cui oppono tale argumentum: Ius naturale per iuris civilis dispositionem tolli non potest. *l. iura sanguinis. ff. de reg. iur. §. ult. super. de legis. agr. tut.* sed hic per exheredationem tollitur ius naturale, quia natura liberis adiecit parentum hereditatem, *l. cum ratio. 7. de bon. damn. l. scriptio. ff. unde lib. & liberi sunt heredes. l. §. 2. infra. de hered. quæ ab intest. defertur. l. 11. tab.* concedit patri extraneum facere heredem præteritis liberis, *l. verbis. 20. de verb. sign.* Ergo male. Resp. Effectus iuris naturalis sæpe impeditur, non in totum ius naturale tollitur: & ius civile aliquid detrahit iuri naturali, *l. ius civile. ff. de iust. & iur.* Hinc parentes etiam si volunt possunt liberos contra ius naturale præterire in testamento, vel ex iusta causa exheredare, quæ tamen exheredatio hodie ex Nouell. 115. cessat, quæ institutionem cuiusdam extranei, nisi iusta causa ex 14. illis causis probetur, prohibet. Ex quibus causis hodie posthumi non omnino possunt exheredari, cum nihil delinquant. Viglius in §. *posthumus. in §. tam, aut num. §. lit. in fin. h. tit.* Potest igitur pater hodie ex iusta causa exheredare filium, idq; lex ei concessit æque ac heredem instituere.

Ad Thesin

Ad Thema 2. & 19.] Definitio hic proponitur exheredationis, quæ est legitima exclusio, hoc est, secundum leges facta, & quid ex *Novell. 115 §. aliud. vbi 14* causæ sunt quæ ab herede sunt probandæ. Deinde requiritur, ut fiat exheredatio à tota hereditate, non à parte. Hinc est quod filius ab uno ex heredibus non recte exheredetur, *l. non putauit, 8. §. si ab uno. ff. de bon. posses. contra tab.* Hinc si ab una persona testator aliquem exheredauerit, vitiosa erit exheredatio, *l. 3 §. filius. ff. de lib. & posthu. l. cum quidam. 19 ff. de lib. & posthu.* Sed obiicitur *l. Gallus Aquilius. 10. §. in omnibus. ff. de lib. & posthum.* vbi dicitur, quod aliquis possit exheredari in parte hereditatis. Imo in *l. quoties. 3. C. de hered. instit.* dicitur, quod aliquis possit heres institui in certa re singulari: Ergo & exheredatio ex parte fieri potest. Resp. Non eadem est ratio institutionis, quia institutio fieri potest ex parte hereditatis in una persona, altera pars alteri personæ dari potest & relinqui. Deinde si quis in re certa est institutus, tacite ei accrescere debet aliqua hereditatis pars, si nullum alium coheredem habuit, alias legatarij loco positus est, *d. l. quoties.* At talis ratio non est in exheredatione, quæ ab omnibus personis fieri debet, alias non dicitur exheredatus, sed potius institutus in parte hereditatis. Et diuersitatis rationem aliquam esse, satis clare offendit Paulus Iustus in *l. cum quidam. 19. ff. de lib. & posthu.* vbi dicitur benigne accipi institutiones, exhered. autem non esse iuuandos. Deinde dicitur, quod à toto gradu aliquis sit exheredandus. Primus est institutionis. Secundus, tertius & quartus etiam sunt substitutiones, *l. 1. in pr. ff. de vulg. & pupil. substit.* A toto & gradu filius est exheredandus, *d. l. 3. §. filius. ff. de lib. & posthu. 4* Cui opponitur *l. si posthumus. 14. in pr.* vbi dicitur, quod quis à primo gradu possit exheredari, à secundo præteriri, quod etiam in *l. natura est. 15 ff. de in ius. 1. sup.* dicitur: Ergo non à toto gradu est exheredandus. Resp. Totum gradum hic accipimus, siue sit institutionis siue substitutionis, unus totus gradus, nec tamē volumus ab omnibus gradibus aliquem necessario esse exheredandum, sed sufficit, si à toto gradu institutionis vel substitutionis aliquis exheredatus sit, non à parte illius gradus primi vel secundi. In eo contra dat. solut. ex *d. l. 3. §. ante heredis. ff. de lib. & posthu.* vbi quis ab omnibus gradibus est submovendus. Resp. Loquitur ille textus in tali casu, quando aliquis est exheredatus ante heredis institutione: tum enim censetur vel habetur remotus ab omnibus gradibus, hoc est, gradibus institut. & substitutionis. Hinc tamen non sequitur aliquem ab omnibus gradibus esse exheredandum necessario, cum id tantum in hoc casu militet. Potest igitur etiam aliquis à toto gradu exheredari, & hoc sufficit, non à parte gradus totius, id quod in *d. Thesi 6. excludimus.*

Ad Thesi. 3. & 4.] Odiosa sunt restringenda, *c. odio. de reg. iur. in 6.* Ergo dum exheredatio est iniuriosa quædam priuatio hereditatis serio promoueri & iuari non debet, *d. l. cum quidam. 19. in fin. ff. de lib. & posthum.* Et ideo & non præsumitur nisi probetur ab herede, secundum *d. Novell. 115* & illud operatur affectio paterna *l. isto. 8. in fin. ff. quod metus causa.*

Ad Thesi. 5.] Dicitur quod & nominatim aliquis sit exheredandus, nec quicquam & refert an nomen exprimat, an vero aliud loco nominis fiat, hoc est, ut designatio certa ex circumstantiis colligenda fiat, *l. nominatim. 24. ff. de manum. testamento.* Sed affirmatur in eadem thesi in fine, & si testator silentio præterit filium suum, nec eum aut heredem instituit, aut nominatim exheredauit eum testatorem inutiliter testari. Cui opponitur tale argumentum: Si datur possessio bonorum contra tab. quando quis est præteritus, aut non quo oportet modo exheredatus est, falsa est thesis nostra. Vbi dicitur aliquem tum inutiliter testari, sed datur bonorum possessio contra tab. *§. eadem hac. in fi. de hered. qua ab intest. defertur. l. 2. C. de bonor. posses. contra tab.* Ergo falsa videtur thesis. Quia quod nullum est &

inutile, rescissione minime indiget *l. 2. C. de bon. poss. contra tab. l. nam. Et sub conditione. ff. de iniust. rupt.* Resp. Verum est dari bonorū possessionem contra tab. quæ rescindit testamentum. *l. Si liberis. 17. C. de collat.* Sed *l. 2. C. & eadem*, sepositis aliorum variis solutionibus, sunt intelligenda de filio emancipato, qui per bonorum possessionem contra tab. vere rescindit testamentum. Nos autem loquimur de suis heredibus in potestate mortis & delatæ hereditatis tempore existentibus, qui hoc remedio tamen id agere videntur, quo nullum esse testamentum declaratur. Deinde secundum Bart. *in d. l. 2.* potest valere testamentum iure prætorio, non autem iure civili: quia iuris civilis subtilitate inspecta nullū est, secundum thesin nostram. Et sic hunc nodum dissoluendum putat Viglius *num. 3.* quem sequitur Mynsing. *m. §. 1. n. 8. b. tit. n.* Deniq; obicitur *l. posthumus. 12. in princ. ff. de iniust. rupt. Et irrit. fact. test.* vbi dicitur, quod bonorum possessionem secundum tabulas testamenti heres accipere possit, quamvis sit præteritus posthumus: Ergo dum secundum tabulas testamenti heres potest accipere bonorū possessionem, sequitur testamentū valere nec esse inutile, ut in thesi affirmatur. Resp. Elegans est casus *in d. l. posthumus. in pr.* vbi dicitur, quod si posthumus fuerit præteritus, qui vivo testatore natus decessit, iuris scrupulositate nimiaq; subtilitate testamentum ruptum videatur, (quia scil. natus est posthumus) si tamen signatum fuerit testamentū, sustinetur æquitare prætoria, dando bonorū possessionem secundū tabulas, quasi adhuc valeret testamentum, q; tamen iure civili nō valere videbatur. Hinc & hic legata & fidei commissā valent ex æquitare prætoria, licet stricti iuris civilis ratione inspecta, testamentum non valeat, ut *in disput. 18.* videbimus.

Ad Thesin 6.] Adeo testamentum in quo filius est præteritus non valet, ut quamvis filius vivo parte moriatur, nihilominus tamen testamentū non conualescat: quia regula iuris est in testamentis & institutionibus frequentata; quod ab initio non valet, tractu temporis non conualescit. *l. quod ab initio. ff. de reg. iur.* Sed obicitur *d. lex posthumus. §. idem. Et circa ff. de iniust. rupt. Et irrit. fact. testam.* Resp. Distinguendum est inter æquitarem iuris prætorij & rigorem iuris civilis, de quo alias plura.

Ad Thesin 12.] Miles in expeditione agens si testamentum facit, vel iure communi vel iure militari potest in eo liberos suos silentio sciens præterire, & eius ꝑ silentium favore militiæ pro exheredatione est. Quaritur anne id de milite etiam sit mutatum, per *Novell. 115. §. aliud.* ita ut eius silentium scienter factum amplius exheredationem non inducat, sed necesse habeat causam illam exprimere in testamento. Et Mynsingerus putat illam thesin esse correctam, per *d. 115. Nouell.* Sed eam non esse correctam ex sequentibus rationibus defendi potest. Prima ratio est. Quia milites prout possunt, prout volunt, testamentum facere possunt *l. 1 ff. de testamento milit. vi.* Et dum illa privilegia hodie durant nec sublata sunt, ut satis supra est probatum: sequitur militem scientem se liberos habere & exheredasse, quos non instituit: quæ præsumtio, etsi dura sit, & contra thesin 3. & 4. tamen favore militiæ militat, hocq; ex eo tum fundamento, quod militibus propter pericula & merita Reipubl. sit concessa licentia testamentum faciendi prout velint. II. Probatum id inde, quia in constitutionibus novissimis extensiones non facile sunt ferendæ, secundum vulgatam regulam iuris & Dd. Maxime correctoria non debent extendi. Constat autem *in d. Nouell. 115.* nihil esse in militum testam. mutatum, nec esse eorum factam mentionem. Manet igitur firmum, testamenta militum exheredationē continere in silentio à scientib. facto. Nam quod reperitur, cur stare prohibeatur? *l. sancimus. C. de testamentis.* III. Inde probatur, quia militis testamentum non potest querelari, hoc est, querela inofficiosi adversus illud institui non potest, etiam quocunque modo sit factum, *l. Papinianus. 8. §. si quis inutiliter ff. de inoffic. testam.* Queritur autem hic, an si per ignorantiam miles filium suum

non instituit heredem, legata saltem debeantur & dicitur, quod nec legata debeantur. *l. militis codicillis. 36. §. miles in sup. cum ff. de testam. milit.*

Ad Thes. 13.] Illa thesis est correcta omnino per *Novell. 115.* & dicunt aliqui, ut *Cuiac. l. filio. 77. de iust. rupt. &c. Azor in summa sua. Welschbec. l. 1. h. tit. Goucaeus in l. 1. ff. de vulg. & pupill. substit.* quod *Novell. 115.* tantum corrigat id, quod in hac thesi de *ma.* tre dicitur: quia prateritio parris totum testamentum annihilat. Si illa fiat, idque ideo, quia filius habet ius suaratis, quo ad paternam hereditatem, ut *Viglius* hic refert. Nec illa est vera causa quod non cogitavit de liberis, quia illa æque militarent in matre, *Welschbec. §. Ultim. num. 2. h. tit. ut in thesi §. supra* est dictum. Sed hoc grave est dicere, præsertim cum parentum fiat mentio, & dum generaliter *d. Novell.* loquitur, generaliter est accipienda, & corrigit omnes leges de exheredatione loquentes, alias correctio est odiosa, *c. odio. de regul. iur. in 6.* Hic autem simpliciter est admittenda, dum generaliter *d. Novell.* loquitur: Ergo & *d. l. ff. de iust. rupt.* est correctæ.

Ad Thesin 14. & 15.] Causæ exheredationis quæ certæ sunt factæ ex Iustiniani constitutionibus. Nam Iustinian. in *d. Novell. 115.* omnes nodos Gordianos, quæ varie hærebant, hic, Alexandri quasi gladio præcidit & amputavit. *Welschbec. in §. sed hæc. num. 3. h. tit. n.* Nec quicquam obstat *l. 7. in princ. ff. de bonor. damnatorum.* ubi dicitur, quod parentes debeant liberos suos ex meritis causis exheredare, unde videtur dicendum, eas certas fuisse ante Iustinianum, non inquam obstat: quia & ante Iustiniani tempora, constitutione Ictorum merita fuerunt causæ requisitæ. Sed certæ sunt illæ factæ per Iustiniani constitutionem. *Cuiac. in Novell. 115. pagina 129.* Quæritur autem si an illæ causæ ad maiores vel æque graves vel pares possint extendi? Et videtur quod non, quia odiosa non debent extendi *d. c. odio. de regul. iur. in 6.* Secundo, quia Imperator Iustinian. in *d. Novell. 115. §. aliud.* expresse dicit, *causæ hæc sunt*, quasi dicat, causæ hæc tantum sunt, & non plures, quemadmodum in *l. actionum. in ff. de action. dicit. Actiones bonæ fidei hæc sunt*, & certum est plures non esse. Tercio quod opus esset enumeratione harum certarum causarum, si causæ plures essent: Quarto frustra quereretur Imperator in *d. Novell.* graviores causas olim fuisse prætermittas, si licita esset extensio. Quinto, non esset sublata alteratio veterum Ictorum. Sed hisce rationibus non obstantibus ex Dd. communi sententia in praxi admittitur extensio ad æque graves, si miles vel etiam maiores, quod tamen *Viglio in d. §. Ultim. hoc tit. n.* non placet, ubi dicit, nunquam gravius ab interpretibus peccatum esse, quam in hac extendendum legum licentia, sed eius autoritas non obtinet. Manet igitur verum eas causas olim fuisse arbitrarias, iam autem factas esse certas & extendi posse ad æque graves, & procedunt tamen hæc causæ in testamento, non etiam ab intestato, quia ibi momentum ad exheredationem non habent. *Iason in l. in arena. 11 C. de vitio testamento. Welschbec. num. 4. de liber. & posthum.* nec facit etiam ad rem *c. vñ. in quib. causis feud. amitt. in vñ. sec. d.* ubi Albertus de Ort affirmat causas feudales ob quas feudum amittatur esse incertas: quia illæ causæ certæ factæ non sunt, ut hic: Ergo ponus diversa illa sunt.

Ad Thesin 16.] Affirmatur nominatim causam exheredationis esse inferendam in testamento. Unde sequitur si posthumum exheredari non posse die, cum nihil tale quid, ex quo amittatur hereditas, committere possit. Sed obiicitur valde *l. hic posthumus. 14. §. fin. ff. de lib. & posthum.* ubi causa, id est, illuvium est probandum iure fforum: Ergo hoc non est ex Iustiniani constituit. Respond. Olim probatio causæ requirebatur, sed causæ non grave, verum levissima.

13. *Ad Thesin 17.*] Affirmatur hodie testamentum confirmari † quo ad institutionem alterius cuiusdam heredis, & legata & fideicommissa non annullari, Bald. in *l. hac consulsissima. §. ex imperfecto. n. l. c. 2. C. de testamentis*. Wesembec. *n. 4. ff. de lib. & posthum.* Et e quidem voluit, ut supra dictum est, hoc tantum de mattis præteritione intelligendum, non etiam de exheredatione patris, id quod tamen graue est affirmare. Dicimus igitur
14. cum Iustiniano, per exheredationem patris & matris † testamentum infirmari, scil. quo ad institutionem tantum, & quidem ex Iustinian. constitut. Non igitur obstat *l. 8. §. fin. ff. de in ius. rupt. & irrito facto testamento*. Quia olim quidem totum testamentum, per querelam fuit infirmatum, non autem ex *d. Nouell. 115.* hodie etiam. Et ad *d. l. 17. filio*, quod attinet, apparuit ibi forte ex certis circumstantiis parentem voluisse aliquid relinqui, etiam si ius ciuile repugnet, id est, præteritio & vltima voluntas ex æquo & bono est explicanda. In sto contra datam solutionem opponendo *l. cum mater. 28. ff. in offic. testamen.* in qua lege expresse dicitur, quod etiam veteri iure legata & libertates valeant ad præteritionem, id quod in principio dicitur. Respond. *d. l. cum mater. in princ.* non agi de eo quando inofficiosi testamenti querela intentatur, sed cum quis agit ex tacita voluntate matris, non ex præteritione vel exheredatione. Deinde finis *d. l. cum mater*, agit de inofficioso testamento. Quam sententiam Cuiac. approbat *lib. 10. obser. c. 22.* Et sciendum est quando posthumus iniuste exheredatur, ipso iure esse nullam exheredationem, nec opus esse querelæ inofficiosi per *d. Nouell. 115.* Non autem id fluxit ex *l. si quis in suo. §. fin. C. de inoffic. testamento*, cum ibi nō dicatur exheredationem infantis quasi ingrati nullam esse, sed ex ea scriptura infantem non expelli à querelâ inofficiosi testamenti. Terrio obiicitur, nec legata nec fideicommissa valere, non valente institutione, quia institutio est reale testamenti, & formam addit testamento, & caput & fundamentum est testamenti. §. *ante heredis. de legat.* Ergo dum principale non subsistit, nec etiam accessorium, *l. cum principal. ff. de reg. iur.*

Deinde obstat id, quod ab initio non subsistit tractu temporis, *l. qui ab initio. ff. de reg. iur.* Respond. Verum id quidem est, sed hoc operatur vltima voluntas, quæ dum errat in vno, scil. in institutione non legitime facta, tamen non videtur errasse in reliquis, & nondum hic effectum parit. Si autem testator exheredauit filiū, legitima causa non posita, valet testamentū ipso iure, sed rescinditur per querelam, Wesemb. in *n. 4. h. tit.* Alias forma nō seruata, actus regulariter est nullus. Deniq; obiicitur *l. fin. ff. de hered. instit.* vbi etiā iure veteri legata valent. Si nullū est testamentū, ibi institutio ipso iure nō valet ex tacita mente testatoris. Et Imp. etiā illā testatoris mentē satis cōfirmat, *d. l. Papiria. 8. §. ult. de inoff. testa.*

15. *Ad Thesin 18.*] Affirmatur † sub conditione exheredationem fieri non posse. Cui obiicitur *l. 4. §. ult. ff. de hered. instit.* vbi institutio fit sub conditione & exheredatio. Resp. Institutio fit sub conditione §. *heres. de hered. instit.* non aut exheredatio, nec id ibi dicitur, quia odiosa est exheredatio, nō autem heredis institutio, quæ est fauorabilis. Deinde filius institutus sub conditione, deficiente conditione, deficit testamentum, utpote nullo herede instituto.

16. *Ad Corollarium.*] Queritur, anne is qui contrahit matrimonium † iniussu parentum possit exheredari. Et dicimus quod non, nisi turpi personæ se quis adiunxerit. *Nouell. 115. §. aliud.* Sed opponitur *thesis 3.* vbi affirmatur, quod exheredatio sit iniuria. Si est iniuria, merito etiam competit hoc in casu, ut ita vna iniuria, altera quasi pellatur: nam iniuriosum sane est parentum consensum in nuptiis non adhiberi, cum tamen id naturalis & ciuilis ratio suadeat, hoc est, iuris ciuilis necessitate, & iuris naturalis vel gēium stimulo ad id impellamur, ut Imperator Iustinian. affirmat, in *§. 1. supr. de nupt.* Resp. Est quædam iniuria.

i iniuria parentes neglecto eorum consilio & consensu quasi contemnere, sed non est tam atrox iniuria, quales sunt causæ quæ in d. *Novell. 115.* referuntur, cum odiosa sint restituenda cap. *edio. de reg. iur. in 6.* Ergo & merito hic debent coartari, cum id hic fieri debeat. Nam obtinuit illas quatuordecim causas ad minores non posse extendi, sed ad æque graues vel grauiores, ut est visum.

Tertio, si honesta est persona, quam requirimus, egit illa quasi, & velat tunc contentum. Quarto ciuilis ratio, qualis est ex hereditatio, non potest tollere naturalem rationem seu hereditatem, quam ius naturale quod est immutabile §. *sed naturalia supra de iuri notionem gentium*, & ciuili adiciit, *l. cum ratio 7. ff. de beris damnatorum*, nisi una causa sit ex illis quatuordecim grauissimis, tunc enim & legitima tollitur. Sed instatur opponendo *l. cum te 18. cum l. seq. C. de inoff. testamento*. Respond. Dicitur 11. magis confirmant nostrum corollarium, nam in d. *l. 18.* aliquis iussu patris contractum legitimum matrimonium debuit dissolvere, hic dum hoc filius facere non vult ad nutum patris, patet ipsum ex hereditate, & dicitur quod filius habeat quærelam inefficaci quia ex hereditatio est ex leui causa, & non expressa hodie in d. *Novell. 115.* Tertio obiicitur quod Carolus V. in casu nostri corollarii constituerit ex hereditationem: Ergo merito illud ius nouissimum est sequendum, secundum *l. ult. ff. de consuet.* Respond. Carolus V. dedit constitutionem ea de re in suis teris hereditariis, quæ nondum est facta generalis, nec nos ligare potest. Id quod Wesenbec. affirmat in *l. ff. de liberis & posthum.* Quemadmodum nec Electoris Saxonici constitutiones nos ligant.

DISPUTATIO XVI.

Ex tit. 14. lib. 2. institut. de heredibus instituendis.

Thesis 1. Legitima heredis institutio est caput & fundamentum totius testamenti, quæ si amittitur, testamentum annullatur. §. *ante heredis, institut. de legat. l. 1. ff. de hered. instit. l. 30. ff. de liber. & posthum.*

2 Hereditas est nomen iuris: non autem significat per se res hereditarias. *l. 8. in fin. ff. de rei vendicat. Mynsinger. in titul. institut. de hered. instit.*

3 Et constat, quod hereditas pro diuerso possideri non possit, scilicet ratione iuris, quod est incorporale. §. *incorporales. institut. de reb. corpor. & incorpor.*

4 Institutio heredis est ordinatio, qua quis post mortem suam in bonis suis alium dominum constituit per hereditaris aditionem.

5 Heredem instituere est, relinquere aliquem dominum omnium bonorum suorum. *Mynsinger. in rubr. num. 3. hoc tit.*

6 Heredes deinde institui possunt omnes homines, siue liberi, siue serui, proprii vel alieni, dum modo legibus non prohibeantur. in *princip. institut. de exheredit. liber. & in princ. hoc tit. l. 9. & 11. C. de hered. instit. l. 15. ff. de inoff. testam.*

7 Proprii olim quidem cum libertate: hodie vero etiam sine ea recte heredes institui possunt. *in princip. vers. proprios instituit hoc tit.*

8 Quod non per innoationem induximus, sed quoniam æquius erat, & Atticilino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Maturium Scabinum, quam ad Plautium scripsit, refert. *in princip. vers. quod non instituit hoc tit.*

9 Et non vnum solum, sed & plures heredes, quot quilibet testator voluerit, etiam in infinitum usque instituere licet. §. & vnum. *insti. h. t. l. 13. §. 1. ff. eod. t.*

10 Suus heres est, qui in potestate parentis existit.

11 Seruitus cum hodie inter Christianos sit sublata, odiosum est plura de ea monere.

12 Proprii serui dicuntur quoque ii, in quibus testator nudam proprietatem habet, alio usumfructum habente. *in princ. circa fin. instit. hoc tit.*

13 Seruus alienus dicitur, in quo testator usumfructum habet. §. alienus instituit. *hoc tit.*

14 Seruus à domino suo heres institutus, quamuis eadem in causa manserit, ex testamento liber fit heresque ei necessarius. §. seruus autem instituit. *h. tit.*

15 Alienus quoque seruus heres institutus, eadem in causa duras, iussu eius domini hereditatem adire debet: si vero alienatus sit ab eo, aut viuo testatore, aut post eius mortem, antequam adeat, iussu noui domini adire debet. §. alienus quoque instituit. *h. tit.*

16 Seruum institutum à domino heredem, contemplatione libertatis futuræ liberum fieri dicimus. §. est tamen instituit. *hoc tit.*

17 Seruus quoque alienus post domini mortem recte heres instituitur, §. seruus etiam hoc tit.

18 Hereditas namque nondum adita, vicem personæ sustinet, non heredis futuri sed defuncti, cum & eius, qui in vtero est seruus recte heres instituitur. §. seruus etiam. *vers. nondum, hoc tit.*

19 Seruus vero plurium, cum quibus testamenti factio est, ab extraneo institutus heres vnicuique dominorum, cuius iussu adierit, pro domini portione hereditatem acquirit. §. seruus autem instituit. *hoc tit.*

20 Hereditas plerumque diuiditur in 12. vncias, quæ appellatione assis continentur, & hæ partes habent propria nomina ab vncia usque ad assen, nec vti que semper 12. vncias esset oportet. §. hereditas. *hoc tit. l. 13. §. 1. & l. 30. in fine. ff. hoc tit.*

21 Pluribus heredibus institutis, partium distributio tum demum est necessaria, si testator eos ex æquis partibus heredes esse nolit: satis enim constat, nullis partibus nominatis, ex æquis partibus eos esse heredes. §. si plures. *hoc tit. l. quoties. §. heredes. cum l. seq. ff. eod. tit.*

12 Pars aliqua si vacet, nec tamen quisquam sine parte sit heres institutus, constat vacantem partem singulis tacite pro hereditaria parte accedere, & ex diuerso si in plures heredes scripti in portionibus sint, tacite singulis decrescere. §. *videamus institut. hoc tit. l. 17. l. asse toto. 77. ff. hoc tit.*

23 Asse superato, videtur testator heredes instituere voluisse in dupondium: & idem est, si dupondius expletus sit. §. *et si plures. institut. hoc tit. l. 18. ff. eod. tit.*

24 In heredis porro institutione tres qualitates, sicut in aliis legitimis actibus, obseruantur. *argum. §. omnis stipulatio institut. de verb. oblig. l. 10. ff. de verb. signif. nam aut pure simpliciterq; fit institutio, aut in diem, aut sub conditione. Ex certo vero tempore, aut ad certum tempus non potest, & dies adiectus pro superuacaneo habetur, estq; perinde ac si pure institutus esset heres. §. heres. vbi Viglius n. 7. Myns. n. 1. 2. inst. hoc tit. l. 34. ff. eod. tit. l. 1. & tot. tit. ff. de cond. institut.*

25 Conditio impossibilis institutionibus, legatis, fideicommissis & libertatibus pro non scripta habetur. §. *impossibilis. institut. hoc tit. l. 20. ff. de cond. instit. l. 3. ff. de condit. & demonstrat. l. 104. §. 1. ff. de legat. 1.*

26 Si plures conditiones institutioni adscriptæ sint, coniunctas, cum vnius loco habeantur, omnes expleri oportet: disiunctas vero seu alternatiuas ex parte tantum. §. *si plures. instit. hoc tit. l. 5. ff. de condit. instit. l. 129. ff. de verb. obligat.*

27 Institutionis effectus est, quod heres statim à morte testatoris adire etiam animo hereditatē, & ea aditione in ius defuncti vniuersum succedere possit. §. *fin. institut. de hered. qualitat. & differ. vbi Viglius num. 2. l. 6. C. de iure delib. l. 24. ff. de verb. signif. l. 63. ff. de reg. iur. & ad rubric. titul. Cod. de edict. diui Hadrian. toll.*

28 Possunt heredes institui ignoti quoq; & quos nunquam vidit testator. §. *& vnum. instit. hoc tit. l. extraneum. 11. C. eod.*

29 In extraneis heredibus illud etiam obseruatur, vt sit cum illis testamenti factio. §. *in extraneis. instit. de hered. qualitat. & differ.*

30 Deportati, in metallum damnati, hæretici, Anabaptistæ, illicitum collegium, spurii & incestuosi, in testamento heredes institui non possunt. *in §. legari. vbi Accurs. in fin. instit. de legat. l. 1. C. de hered. instit. l. si metallum. de iis qui pro non script. hab. l. hi qui l. manicheos. l. collegium. C. de apostat. & manich. §. fin. in Nov. quib. mod. natur. efficitur.*

31 Denique mulier intra tempus luctus nubens, heres nec institui, nec fieri potest. *l. 1. Cod. de secund. nupt. Mynsinger. in princip. num. 2. institut. hoc titul.*

Corollarium: Non parum controuersum est, an hereditas per procuratorem adiri possit. l. actus legitimi. ff. de reg. iur.

DISPUTATIONIS XVI.

De heredibus instituendis, obiectiones
& resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 Heredis institutio est caput & fundamentum testamenti.
- 2 Exhereditatio requirit iustitiam legis & hominis.
- 3 Legitima in testamento tolli non potest statuto vel pacto.
- 4 Hereditas est nomen iuris, & non significat per se res hereditarias.
- 5 Heres an cum diphthongo scribi debeat.
- 6 Successio & hereditas an pro rebus ipsis accipienda sint.
- 7 Hereditas, an sit successio in vniuersum ius.
- 8 Possessio nulla acquiritur nisi corpore & animo simul.
- 9 Heres & bonorum possessor quomodo differant.
- 10 Viuentis an sit aliquis hereditas.
- 11 Heres suus quis dicatur.
- 12 Filius exhereditatus, adhuc manet in patr. potestate.
- 13 Hereditas del. ta quid sit.
- 14 Testamenti factio cum seruis est ex persona dominorum.
- 15 Legatum consistit ex persona serui.
- 16 Seruus alienus an post domini mortem esse heres instituat.
- 17 Hereditas quomodo diuidatur.
- 18 Qualitates tres in heredis institutione obseruanda.
- 19 Condicio hereditatis duplex est.
- 20 Actus legitimi in institutione heredis quomodo accipiantur.
- 21 Institutio heredis ex die certo fieri non potest, & quare.
- 22 Condicio impossibilis si testamento aduciat, an institutio heredis & legata vitentur.
- 23 Heredes an institui possint quos testator nunquam vidit.
- 24 Deportatus in insulam an heres scribi possit.
- 25 Damnati in metallum cur prohibeantur heredes scribi.
- 26 Heretici cur non possint heredes institui.
- 27 Anabaptista & apostate heredes scribi non possunt.
- 28 Monachi Franciscani cur non sint capaces hereditatis.
- 29 Mulier intra tempus luctus nubens, an heres fieri possit.
- 30 Hereditas an per procuratorem adiri possit.

AD Thef. 1] Heredis institutio est caput & fundamentum testamenti, quæ si omit-
tatur testamentum annullatur, estque reale & substantiale testamenti, quæ nec in testa-

testamento militis omitti potest, cum det ipsum esse *tot. supr. de testamento militari*. Tamen hodie si heredis institutio non sit recte, per querelam inofficiosi rescinditur testamentum quoad institutionem, cætera tamen firma permanent, scilicet legata & fideicommissa, vt superiori disputatione fuit dictum. Si autem digna est exhereditatio, æque ea ferri potest, pater enim ex *l. 12. tab. & i. paterfam. C. de habet licentiam, filium exheredandi vel instituendi, ex iusta rament causa, in d. Nou. 115. relata*. Nunc exhereditatio liberorū, vtriusq; parentis quærit iusticiā † legis & iusticiā hominis *gl. in §. exheredatus. 2. Verbo, iusta in Nou. de hered. & falcid.* Iustitiam legis vt nominatim fiat exhereditatio, & recte iustitiam hominis, vt iusta & legitima causa fiat, vt quia ingratus fuit. Et hæc causa testamentum inferatur & ab herede probeatur, seu vt loquitur Baldus *in auth. non licet Cod. de libero praterito*: requiritur talis causa, pro forma & iustitia: ratione formæ, vt adiiciatur testamentum, ratione iustitiæ, vt probeatur in iudicio. *leg. 6. mmes. ff. de in integr. restitut.* Ergo si causa non est expressa, nullum est testamentum. Wefenbecius *consilio 29. num. 12.* & potest fieri coniunctim in testamento institutio heredis. Non autem exhereditatio, tunc enim potius fit iniuria & odiosum quiddam, vt supra est dictum. Sed notandum exheredatione legitimam posse tolli, quæ tamen est iuris naturalis. Et quidem legitima potest tolli ex iusta causa à patre, qui, vt supra dictum, habet illam potestatem à lege datam, legitima autem † statuto vel pacto tolli non potest, communi doctorum sententia. Quia iura sanguinis nullo iure ciuili dirimi possunt, h. e. iuris ciuilis pacto vel statuto legis. *Liura sanguinis & ibi Decius. ff. de reg. iur. Wel. com. 24. Eaque sententia in Camera est recepta. Mynfinger. 105. obs. 43. Gail. lib. 2. obseruat. obs. 122. & num. 1. ac 2. Minui quidem potest legitima, id quod iuris ciuilis est proprium l. iur. ciuile ff. de iust. & iur. §. Vlt. iust. de legitima agnatorum tut. in fin. Verb. non utique, hoc est, vt Theophilactus Verri non omnino.*

Sed obicitur *l. 8. §. sed impuberis. ff. de inoff. testamento*, vbi mater impuberis non potest habere inofficiosi querelam, qua legitimam consequitur quis *Novell. C. 18. tot. tit. offertur & c. C. de inofficioso testamento*. Ergo etiam filius non potest habere legitimam, si id lege aliqua vel statuto prohibeatur. Respond. Naturalis ratio adiicit liberis parentum hereditatem, *dict. l. cum ratio 7. in princip. ff. de bon. damnat.* Sed in *dict. l. 8. Ver. impuberis*. pater facit impuberis testamentum, & in eo procedit legitimam non dari vxori. Vbi tantum ciuilis subest ratio, non naturalis, Wefenbecius *consil. 24. num. 1.* alia res est inter patrem & filium. Quia pater non nisi ex iusta causa filium exheredare potest.

Deinde opponitur *dict. Nouell. 1. C. 18.* in qua dicitur quod lex det legitimam: Ergo etiam iure ciuili, puta statuto tolli legitima potest. Respond. Origine legitima est iure gentium seu naturalis, & ideo tolli ciuili ratione omnino non potest, quamuis possit diminui. Iuris autem ciuilis est quoad ordinatur triens vel semissis, & tum initium habuit ex iure naturali, & aliquam externam formam & dispositionem tantum ex iure ciuili, scilicet quoad triens vel semissis est constitutus, *in Nou. 8.* Vnde sequitur eam tolli non posse, licet diminui vel augeri *ll. & statuto possit*. Deinde actio pro legitima repetenda vel consequenda est iure ciuili introducta, scil. inofficiosi querela *tot. iiii. ff. C. de inoff. testam.* Ipsa autē legitima est ex iure naturali debita, & ideo tolli statuto vel pacto non potest, id quod etiam in contractibus ita fieri videmus, qui iure naturali, inspecta origine, sunt introducta, licet de iure ciuili quandam formam acceperint.

Ad Thef. 2. & 3.] Hereditas † iuris est nomen, non autem significat per se res hereditarias, quamuis in illo iure, hoc est, in hereditate plerunque sint res hereditales: Et

quod sit iuris nomen, expresse constat ex lege Pomponius 8. in fin. ff. de rei vindicat. vbi dicitur, qd hereditas pro diuerso possideri nō possit scilicet ratione iuris, quod est in corporale, §. *incorporales* *supr. de reb. corporalib. & incorporalibus*. Sed obiicitur quod diuidi possit hereditas, vt in thes. 19. & 20. affirmatur. Resp. Id sit inspectis rebus, quæ in hereditatis iure continentur. Eodem modo vltusfructus diuiduus est, scilicet ratione rerum vel fructuum, in quibus vltusfructus constituit, vt infra satis dictum fuit. Et hoc soluit ita ipse Instinianus in d. §. *incorporal. supr. de rebus corporalib. & incorporal.* vbi dicit, hereditatem esse ius corporale, nec ad rem pertinere, res plerunq; hereditarias esse corporales, cum & fructus in vltusfructu plerunq; sint corporales. Deinde in thes. 3. dicitur, quod hæres sine diphthongo scribi debeat. Cui opponitur quod potius h hæres cum diphthongo sit scribendus, cum veniat ab hærendo secundum Grammaticos non ab hero. Resp. multi scribunt adhuc per æ, & deducunt ab hærendo recte, idque Grammatici sequuntur, quia vnus hæres quasi alteri coheret. Deinde obiicitur, quod quæritas repugnet in hac deriuatione. Quia hæres habet primam longam, herus primam breuem. Vnde adhuc dicendum videtur hæres ab hero non deduci posse. Resp. Verum est repugnat quantitas, sed id non facit quicquam ad rem, quia videmus id in aliis vocibus, vt in lego, quod tamen primam breuem habet, à quo deducitur lex, quod habet primam longam, quod sæpe accidere potest, cuiusmodi alia annotauit Murmellius in *Prosodia*. & Gellius alicubi earum vocum similes recenset. Et I Cti in deducendis vocabulorum originibus imitantur stoicos, qui vt Cicero *lib. 1. officiorum* refert, propemodum ea in re delirant, dum curiose nimis vocabulorum etymologias considerant, & secuti sunt potius rem ipsam, ac naturalem rei ordinem in etymologiis respexerunt, quam literarum ordinem & syllabarum quantitatem. Et sane hoc magis est ex naturahæredis, vt deducatur ab hero, hoc est, domino, quia est quasi familiæ vel hereditatis dominus §. *ult. inf. de hered. qualitat. & differentia*. Et propemodum est vnus quasi dominus, & vna persona hæres & defunctus, §. *sui inf. de hered. qualitat. & differentia l. suis 11. ff. de lib. & posthum. &c.*

Ad Thef. 4. §. 6.] Proponitur & explicatur in hisce thesibus definitio hereditatis, quæ est successio, hoc est, ius succedendi, non autē significat ipsas res hereditarias. Sed contra sic opponitur ab Alciato: *Verbalia, vt est successio, significat ipsas res. Ergo & hic ipsas res.* Resp. I Cti eiusmodi vocabula pro iuribus accipiunt, nec patiuntur se allegari ad regulas Grammaticotum. Sic possessio iuris nomen est, l. *hereditatis appellatio. ff. de verb. signif.* Sic hereditas iuris nomen est, nec diuidi potest l. *Pomponius in fin. ff. de rei vindic.* Ergo & genus hereditatis secundum definitum debet intelligi. *¶* Dicit Alciatus heres dominum significat. Ergo pro rebus ipsis successio & hereditas sunt accipienda. Resp. Id argumentum refutat Iustin. Imp. in §. *incorporal. supr. de reb. corpor. & incorporal.* vbi dicitur hereditatem esse ius, h. e. incorporale quiddam. Nec, inquit, refert in hereditate existētes, vt plurimum esse corporales, quia idem & in vltusfructu accidit, qui tamen ius est. Quamuis Cicero in *topis* aliquanto crassius hereditatem definit pecuniam, illa enim continetur in illo iure vniuerso. Terrio inquit Alciatus hereditas diuisionem recipit l. *seruum. §. fin. ff. de hered. instituend.* id quod in thes. 19. & 20. affirmatur. Resp. Id sit ratione rerū in hereditate existentium non ratione iuris. Sic bonorum possessio dicitur diuidua possessio, ratione rerum; vltusfructus diuiduus ratione rerum. Deinde dicitur in definitione, est successio in vniuersum ius. Cui opponitur l. *cum hered. 23. in pr. ff. de acquir. d. vel omitt. posses.* vbi dicitur, quod si aliquis sit hæres scriptus, ad eum possessio non pertinet, nisi materialiter sit apprehensa. Ergo non in vniuersum ius ad heredem transit. Respond. Possessio tranſit, sed opus est naturali apprehensione, cum facti multum habeat, & corporis etiam

etiam actum requirit : & nulla possessio acquiratur, † nisi corpore & animo simul, quemadmodum 8. ff. de acquir. poss. Hereditas autem iuris potius est non facti, tot. tit. ff. de acquir. Et hereditas possessionem non habeat.

II. Obijcitur : *l. furti 6. §. illud. ff. qui notant infamia.* vbi dicitur heredem non succedere in tutelam & societatem. Sed tantum in res alienum, vt id soluat *l. actione distrabitur §. morte. ff. pro socio.* Ergo falsum est, hereditatem esse successionem in vniuersum ius quod defunctus habet. Respond. Hæres socii vel tutoris non est, quia vt tutela expirat morte. §. *ult. sup. quibus modis tutela fin.* ita etiam societas. §. *solutur de societate.*

III. Obijcitur *l. 1. §. si ex fundo. ff. de hered. instit.* vbi dicitur quod quis hæres institui possit ex certo fundo. Ergo non in vniuerso iure. Resp. Verum quid est ex certo fundo ibi aliquem esse heredem institutum, sed tamen quia sine coherede erat institutus, solus ex præsumpta testatoris voluntate tota reliqua hereditaria pars ei accreuit. Id quæ etiam verba illa detracta fundi mentione satis important, quod non amplius sit dicendum, eum esse heredem institutum in vno fundo, sed in tota hereditate detracto, id est, recto quasi fundo, & sic accipit hunc §. d. l. 1. Viglius in §. *sed & si quis, quibus modis testamenta instituntur* : & Wesenbec. in *institut. tit. ff. heredem institut. num. 5.* idem sentit, nam alias pro parte testatus pro parte intestatus quasi decederet, quod ius nostrum non patitur *leg. ius nostrum ff. de regul. iuris.*

IV. Obijcitur *l. quoties C. de hered. instit.* vbi aliquis instituitur hæres in certa re : Et dicitur quod legatarii loco sit. Resp. Id in tali casu procedit, quando quis habet coheredes, si tunc in aliqua certa parte institutus hæres sit, legatarii loco est habendus. Et solutionem similiter in dictis Viglius & Wesenb. agnoscunt. Quinto, tota hæc definitio videtur esse mala, cum coincidar cum bonorum possessionis definitione. Vnde putat Wesenb. *ff. h. tit. num. 2.* addendum esse vocabulum *ciuilis* quasi sit ciuilis successio, ad differentiam præteritæ successionis, hoc est, bonorum possessi. Respond. Non opus est vocabulum ciuilis addi, quia locus & subiecta materia hoc satis clare ostendit, cum & Iustinianus ipse dixerit in §. *ult. sup. de usu & habit.* & §. *ult. per quas person. nobis acquir.* de ciuili iure hic aliorum. Nam in 3. *lib. in tit. de bonorum possessi.* agit de iure prætorio. Et ius prætorium, hoc est, bonorum possessi, ac ius ciuile, hoc est hereditas, in effectu nihil differunt, sed tantum in causa efficiente, quia † lex facit heredem prætor bonorum possessi. 2. forem. §. 1. *infra de bon. possessi.* quamuis secundum multorum sententiam in plurimis aliis differant, cum per omnia non sint coarctata, ex quadam constitutione hereditas & bonorum possessi. vt legata & fideicommissa, donat. mortis causa & legata §. 1. *sup. de donat. & delegat.* Et quidam dicunt bonorum possessionem contra tabulas dari emancipato filio, §. *emancipatus supra de exhered. liberor. §. emancipati infra de hered. quibus ab intestat. defer.* non autem hereditatem. §. *emancipatus*, id quod verum est. Deinde per procuratorem peti & agnosci potest bonorum possessi, vt expresse probatur ex *l. si quis alibi. §. 8. ff. de acquir. hered. l. si maritus Cod. mandati.* Dicunt autem id non fieri in hereditate, quam non posse per procuratorem adiri putant, per *leg. per procuratorem. 90. ff. de acquir. hered.* Contrarium tamen in corollario asserimus, vt infra videbitur.

Tertia differentia patet ex *l. si quis institutus 23. in pr. & §. 1. ff. de hered. instit.* vbi hereditas non dicitur adiri posse, sed bonorum possessio : Sed vt vt sit, in nouissima constitutione Iustiniani non attenditur bonorum possessio, sed tantum hereditas. Denique in definitione hereditatis adduntur illa verba, *quod defunctus habuit*.

10 Nam viuentis nulla est hæreditas. l. 1. ff. de hered. instit. l. 1. ff. pro hered. Sed obiicitur l. de hered. 19. ff. non tamen ff. de castrensi peculio. vbi dicitur, hæreditatem esse viuentis. Resp. Ibi hæres pro domino accipitur, qui adhuc uiuit, nec est defunctus. Secundo obstat quod filius uiuente patre hæres existat: Vt dicitur in §. suis infr. de hered. qualitat. & differentia d. l. in suis l. ff. de lib. & posthum. Respond. Hæreditas parentum ex eorum communi voto liberis adiicitur. l. 15. ff. de inoff. testamento. l. cum ratio 7. in fin. ff. de bon. damnat. Vnde fictione & subtilitate iuris potius dicimus, viuo quasi patre filium esse hæredem, sed additur, quod quodammodo sit hæres, quæ particula satis indicat, non per omnia viuo patre filium esse hæredem, sed tandem defuncto patre, quamuis respectu patriæ potestatis, eiusque effectui inspecto, pro vna persona habeantur pater & filius. l. fin. C. de impuber. & aliis substitutis. Si autem defunctus est pater, vere est hæres filius, adita tamen hæreditate non amplius est hæreditas, sed filii proprium patrimonium, Bartol. in l. Titius in princip. ff. ad SCum Trebell. Welenbec. num. 3. ff. eod. Recte autem omittuntur in definitione hæreditatis illa verba *Tempore mortis*: quia post mortem testatoris omne commodum, quod accidit hæreditati, acquiritur hæredi, non tantum id quod præsens est, quando moritur hæres. Interim autem dum hæreditas iacet, hoc est, nondum est adita, acquiritur hæreditati, quæ fingitur personæ, & personæ vicem obtinent, cui acquiritur interim §. seruum. h. r. vbi. & c.

- 11 Ad Thef. 10.] Suus hæres hic definitur, qui in potestate patris existit. Cum autem filius exhæredatus suus hæres non sit, cum ex hæredatione ius filii abscindatur omne, & repellatur filius non tantum à paternis, sed & à liberorum paternorum bonis, nec quicquam ei relinquatur, nisi vt in hæreditario sepulchræ possit sepeliri, & suam posteritatem auferre, l. 6. §. 1. ff. de relig. & sumpt. fun. Existit tamē adhuc in potestate filius exhæredatus, qua exhæredatione non soluitur patriæ potestas, tot. tit. institut. supr. quibus modis patriæ potestas soluitur. Ergo, dum hæc definitio ante posita æque conuenit filio exhæredato, qui in potestate est, nec tamen suus, addita sunt, illa verba. *Delata hæreditatis*
- 12 tempore in proximo gradu. Delata hæreditas dicitur, quæ adiri potest. l. delata. 151. ff. de Verbor. signif. Nam si filius exhæredatus habet filium, ille filius, quod est nepos respectu aui, habet proximum gradum delatæ hæreditatis tempore, quamuis filius exhæredatus habeat proximum gradum mortis tempore, & adhuc in potestate existat. Et qui suus hæres est, quodammodo ad propriam venit hæreditatem, h. e. quodammodo vna est persona, cum persona defuncti: sed notanda est particula *quodammodo*, quæ satis indicat proprietatem. Nam nihilominus duæ sunt personæ: Et pater dum uiuit filius hæres vere non est sed fidei, d. l. in suis 11. ff. de lib. & post. & supr. dictum est.

Ad Thef. 11. cum aliquot seqq.] Oppon. sic: Serui pro nullis habentur, & c. cum iis nō est testamenti factio passiva, h. e. non possunt quid ex testamento capere, & per cōsequens odiosum est plura de seruis hodie monere, cum teste & Zasio seruos ignoret Germania. Resp. Serui capiunt quid ex testamento respectu dominorum, qui liberi sunt & quibus omnia acquiritur, §. 1. sup. de his qui sunt sui vel alieni iuris. Deinde contemplatione libertatis futuræ id fieri dicimus. Quia seruus institutus à domino fit ex testamento liber, vt in thef. 16. affirmatur. III. In finibus imperii Romani, nulli adhuc sunt serui, qui æque misere ac acerbè tractantur, arque olim fuerunt tractati. Hoc tamen bene notandum est, non aliter seruum ex testamento capere posse, nisi dominus capere possit. Nam cum

14 seruis testamenti factio est ex persona dominorum, Sed obiicitur contra eam assertio ē primo l. 7. ff. de legat. 1. Vbi dicitur incapacis domini, h. e. deportati seruo fit fidei commissi. Ergo verū non est incapacis domini seruo in testamēto nihil relinq. posse. Resp. Fideicommissum

deicōmissum erat relictum seruo anteq̃ deportaretur dominus, sed cessit dies fideicōmissi post deportationem, vtile est fideicōmissum, quia seruus habuit capacem dominum ante. Die etiam cedente habuit dominum capacem, puta fīscum & ei legatum acquirit. Ad si Titius dominus fuerit restitutus, antequam dies cederet fideicōmissi, ei acquiritur fideicōmissum, non fīscus. Secundo obicitur *l. et si maxime. §. ff. de seruis. legati*, in qua P. C. Papinianus expresse ait fundum domini per seruum frustra legari: Ergo verum non est, cū seruis esse testamenti factionem ex persona dominorū. Resp. Legatum seruo relictum non valet ex persona domini, sed ex persona ipsius serui. Domini persona ad hoc tantum inspicitur, vt sit cum seruo testamenti factio. Ceterum ex t̃ persona serui legatum consistit, *l. debitor. §. ff. de legat. 2.* Et tum legatum seruo relictū valet, vt si liber seruus factus sit, possit capere quod legatur. At in *d. l. et si maxime*. seruus si liber esset, non esset capax legari. Seruitus enim ei qui prædium non habet legari non potest. *§. inter. supr. de seruis*. vt supra fuit dictum. Nam seruitus realis à fundo vno seruiente alteri fundo dominanti debetur, & quidem vicino, *l. ergo ibi nisi fundum vicinum habeat. ff. de seruis. rust. prad.* Tertio obicitur *l. etiam ea. 17. §. fin. ff. de legat. 3.* vbi dicitur, quod seruitus seruo pradium habenti recte legatur. Seruus autem non potest habere pradium nisi ex causa peculiari. Id autem domini est. Igitur seruitus seruo ad pradium domini legari potest. Resp. Putant ita legendum esse: seruitus non pradium habenti recte legatur, quam l. cionem confirmat *l. Labeo. ff. de seruis. rust. prad. & l. si seruitus. §. vlt. ff. de seruis. verb. prad.* illæ ill. indicant, futuro prædio acquiri posse seruitutem per legatum aut alio modo. Atque ideo verum manet ei posse legari, qui nondum pradium habet.

Ad Thesin 17.] Affirmatur t̃ seruum aliènum post domini mortem recte institui 16 heredem, & additur ratio: Quia cum seruis hereditariis est testamenti factio. Resp. Sed obicitur, quod inutiliter instituatur seruus, cum hereditas ei nō possit acquiri, vt qui domino careat, & ex eius persona habeat designationem, vt ante dictū. Resp. Valet illa institutio propter fictionem iuris, qua hereditas iacens, id est, nondum adita personam defuncti sustinet. *l. hereditas. ff. de acquir. rer. dom. §. seruus. h. tit. n.*

Ad Thesin 20. & 21.] Agitur hic de hereditatis diuisione. Diuiditur hereditas in t̃ 12. vncias, hoc est, partes, quæ diuisio vocatur solennis assis distributio, *l. interdum. 3. §. partem. ff. de hered. instit.* Et sum serunt Icti illam distinctionis rationem ab Astrologis, qui omnes res reuocant ad 12. partes, menses, horas, signa. Hanc autem rationem distribuendi hereditatem non perpetuo obseruare tenetur testator, sed tamen intellectu, modo iuris subtili ratione, nihilominus partes nominatæ ad 12. partes vel vncias reduci possunt. Et si 4. ex tertiis, id est, tribus partibus instituuntur heredes, perinde est ac si vnusquisq; ex quarta parte heres scriptus fuisset, *§. videamus, h. tit.* Nam singulis tacite quarta pars accedit, pro modo tamen partis eius, in qua quis est institutus, & sit intellectū magis & iuris potestate, quā re ipsa. Totus enim as est completus, etiam si tantum tres partes testator fecerit. *d. l. interdum. 13.* Et testator id voluisse præsumitur ex tacita eius mēte, alias enim suas cuiq; partes assignasset, cum voluntates defunctorum plenissime sint interpretandæ, *l. in testamentis. ff. de reg. iur.* Sed obicitur valde *l. cum quasi. 23. C. de legat.* vbi dicitur contrarium, nimirum id, si quis agrum vel hereditatem reliquerit, & quidem primo in totum, secundū heredem in partem dimidiam instituerit, vtrumq; in sex vncias esse scriptum, & sex vncias esse relictas, vel domino rei legata vel heredi. Resp. Vt & Aretin. & Mynsing. *ad d. §. videamus. h. tit.* In *d. l. cum quasi*, non apparuisse testatorem accedere assē vnuius, vt quia nō dixerit, in aliis sex vnciis, sed simpliciter Titium ex assē, Maxium ex sex vnciis instituit, vnde videtur detraxisse & ademisse Titio ex assē sex vncias. Itaq; vterque semissem habebit.

Nos autem hic loquimur in tali casu, quando voluit testator transcendere hereditatis legitimam diuisionem, idque expresse constat, quia Titium in 12. & Mœnium in aliis sex vncis instituit. Dictio enim *in aliis* euidenter voluntatem testatoris indicat, & designat, eum excedere voluisse communem assem, suamque hereditatem diuidere in 15. partes, quæ tamen intellectu ad 12. optime reduci possunt.

18 *Ad Theſin 22. 23. & 24.*] Dicimus *in theſi 22.* in † heredis institutione tres qualitates, sicuti in aliis legitimis actibus obseruari. Per legitimos actus intelligimus contractus: nam in aliis contractibus similiter aliquid contrahitur, vel pure vel sub cõditione, vel in diem, quemadmodum apparet ex §. *omnis stipulatio. Instit. de Verb. oblig.* vbi dicitur omne stipulationem fieri pure, in diem, vel sub cõditione. Sed opponitur sic: Quæ nihil differunt, distinguui nõ debent. Sed fieri aliquid pure & sub cõditione nihil differunt. Non ergo hæc duo distinguui debent. Minore proba per *l. qui liberis. 8. in pr. ff. de Vulg. & pub. subst.* vbi si quis ita est institutus: *Si filius meus intra pubertatem decesserit, Seius heres esto*, dicitur pure institutus, non sub cõditione, cum tamen particula *si* inducat cõditionem. Vt si in capitolium ascenderis: si hoc vel illud feceris. Deinde substitutio heredis intelligitur cum cõditione semper facta. *res. tit. ff. & Instit. de Vulg. & pupill. substis.* Ergo inter ea quæ pure sunt & quæ sunt sub cõditione, distinguui non debet, quod tamen in theſi fit. Resp.

19 Duplex est conditio: † vna quæ intrinsecus est, & venit ex propria cuiusque natura substitutionis, quæ fit in casum vel mortis tantum, vel etiam mortis & aditæ hereditatis, vt *in seq. disputat.* videbimus. Altera est quæ non venit ex materia substitutionis, sed extrinsecus veniens, extrinseca dicitur, & de tali agitur in *d. l. qui liberis*, quia ibi non agitur de tali substitutione, quæ fiat in casum mortis instituti filij. Heres enim filius non erat institutus in easum acquisitionis hereditatis, hoc dum deest inspecta propria materia & cõditione illa, quæ est in substitutione, dicimus omnino cõditionem talem propriam substitutioni hic non adesse, sed talem quandam extrinsecus venientem, puta, si filius meus (qui tamen heres nõ erat institutus) intra pubertatem decesserit, Seius heres esto. Est tamen conditio hic, sed non conditio talis, qualis est in substitutione, potius externa vel extrinseca quadam, non pendens ex propria natura substitutionis. Conditio autem extrinseca substitutionis hæc fuisset: si filius meus heres erit & intra pubertatẽ decesserit, Seius heres esto. Eo dum Ictus Vlpian. ibi respicit, dicit talem cõditionem, si filius intra pubertatem decesserit, esse putam, respectu internæ cõditionis, quæ est in substitutionibus. Et hanc solutionem gloss. sctis inquit, quam etiam nuper *in disputat. de substitutionib.* Clarissim. vir D. Horstius dedit. II. Obiicitur *l. heres. 70. in pr. ff. de condit. & demonstrat.* vbi id, quod conditionale est, sua natura purum esse dicitur. Resp. Hic non attenditur cõditio futuræ mortis, cum certum sit aliquando moriturum, quamuis ignoretur quo die quo tempore, *l. i. §. i. ff. de conditionib. & demonstrationib. & ibi glossa.* Quia ergo certum est, aliquem moriturum, dicitur illa conditio pura, quia cetero exsistit tandem, quãuis mora aliqua suspendatur, hoc est, differatur in tempus & diem mortis. Aliæ autem cõditiones, puta: *si natus ex Asia redierit*: magis sunt incertæ, & facile possunt fallere, nec existere. Tertio dicitis varias esse species in diem, & pure quid in testamento relinqui. Cui oppono *l. vbi pure. 19. ff. de Scito Trebell. l. epistolam. 75. §. ult. ff. ad Trebell. l. filiam. 16. in fin. ff. de auro & arg. legat.* vbi dicitur, pure relictum & in tempus esse relictum, vnum esse: Ergo vnũ idemque; hæc duo sunt. Resp. cum gl. & Dd. communiter iure quidem esse relictum quid, pure heredem esse institutum & quid legatum, sed tamen tacite inesse cõditionem, & per adiectionem dici in totum quo quis capere potest, quod tempus purum, id est, certum est, sed tamen expectandum. I V. Oppono sic: Actus legitimi non recipiunt diem aut cõditionem, & per adiectionem dici in

totum vitiantur, *l. actus legitimi. ff. de reg. in. vos de actib. legitimis agit* ut testatur 22. *thesi*: Ergo sub conditione vel in diem id fieri non possit, quod tamen *in thesi* 23. affirmatur omnino autem & in totum vitiantur tales actus per dici adiectionem, cum tamen contrarium dicatis *in thesi* 24. *in verbis*, sed vitio temporis sublato manet institutio, id quod etiā dicitur *in §. heres. h. tit.* vbi dicitur *pro non adiecta habetur dies*, id quod etiam satis ex eo apparet, quod §. *impossibilis statim. §. heres* subiiciatur, & certum est impossibilem conditionē pro non adiecta haberi, subsistente tamen institutione. Resp. Ad primum quod attinet, affirmatur quidem *in thesi* 22. institutionem esse actum legitimum. Sed † non ita accipimus illum actum legitimum, quemadmodum *in d. l. actus legitimi*. vbi dicitur actus legitimi ex quibus oritur legis actio *l. 2. §. 2. ff. de origine iuris*. Sed aliquando generalius pro negotio II. approbato, ut sunt contractus, & alia, puta institutio heredum, ut hoc loco. Ad alterum quod attinet sciendum est, institutionem esse & fieri à moriente, cui plurimū ignoscendū est propter infirmitatem morbi & propter luctū cum morte, qui dum memor est mortis, videtur & fingitur immemor oranium Iuris Regularū. Hinc si ex die vel ad diem heredem instituit contra regulas Iuris *in l. ius nostrum. ff. de reg. iur.* ignoscitur hoc ei, & detrahatur mentio dici, & habetur dies pro non adiecto, & institutio nihilominus robur suū obtinet, detractioq; obtinet. Si autē heres penes quem consistit aditio, hoc est, actus vere legitimus, ad diem vel ex die id facit, redditur inutilis & vitiosus ille actus totus, per temporis vel dici adiectionem *d. l. actus legitimi*, & quando dicimus in diem posse fieri institutionem, intelligimus diem incertum, ut cum morieris, cum poteris *l. 1. ff. de cond. & demonstr. Cuiac. lib. 3. obs. c. 34.* quia dies incertus pro conditione est. *d. l. 1. l. dies incertus. ff. de condit. & demonstr. dies certas non est pro conditione l. cedere diem. ff. de verb. sign. V.* Opponitur valde *l. si quis instituat. 23. in pr. ff. de hered. instit.* vbi dicitur, quod recte aliquis instituat in diem certum vel incertum: Ergo falsum est quod dictum fuit, in diem certum fieri non posse institutionem. Resp. Duplici modo in diem certum fit institutio & h. c. quod vult Cuiac. *ibid.* & exponit, ex die certo institutionē fieri posse. Sed dum detrahitur dici mentio, & manet institutio secundum *l. hereditas. 34. ff. de leg. 1. §. heres. h. tit. n.* Deinde *d. l. si quis. 23.* loquitur in tali casu, quando novum est adita hereditas, si tunc creditores quib. debetur res alienam urgent nimium solutionem, potest saltem ab aliquo cognosci bonorū possessio, & hereditas distrahi. Et hoc speciale tamen est in casu creditorum instantium. Nec quicquā refert, an ex die certo vel incerto facta sit institutio. Alias † ex die certo vel ad diem certum facta institutio ideo non valet, quia si ex certo tempore fieret, pro parte testatus pro parte intestatus decederet, quod iura nostra non patiuntur *d. l. ius nostrum. ff. de reg. iur.* Deinde ad certum tempus non potest fieri institutio, quia qui semel acquiescit hereditatem ad eundo, desinere heres esse nō potest, *l. et si. 8. §. sed quod ff. de minorib. §. extraneis autem. inf. de hered. qual. & different.*

Ad Thesin 25.] Affirmatur impossibilem conditionē per se quidē vitari, † manere autem heredis institutionem & legatū per se firmum, quemadmodum & supra de dici adiect. detrah. & superuac. dictum fuit. Cui oppono *l. cum heres. 4. §. 1. ff. de stabilib.* vbi dicitur q̄ statim liber non fiat, cui in impossibilem conditionem differtur libertas: Ergo & legatū & libertas & alia non valent, si conditio est impossibilis. Resp. Ad *d. l. cum heres. 4. §. 1.* q̄ attinet, ibi non fit liber is qui statu liber est, quia est pene impossibilis, sua tamen natura possibilis. Nam impossibilis conditio ea est, quæ per rerū naturam p̄stari nō potest. Deinde ex impossibili pene cōditione adiecta apparet, testatōre non voluisse eum heredē, unde totus actus ex p̄sumta testatoris voluntate annullatur. Nam si voluisset testator eum liberū, non tam difficilē conditionem adieciisset. II. Opponitur *l. si mihi. 12. §. si quis seruos. ff. de leg. 1.*

DISPUTATION. IURIS CIVIL:

vbi quis impossibilem conditionem apponit ad legatum, & tamen valet. Resp. Est quidem difficilis, sed tamen sua natura possibilis. Tercio opponitur *l. si Titius. 16. ff. de constit.* vbi non valet impossibilis conditio, nec etiam institutio tota: Ergo est falsum vitia conditione manere institutionem. Resp. Id fit propter prolixitatem & impossibilitatem istius institutionis. Quarto oppono *l. vlt. §. si inter. ff. de verb. oblig.* vbi stipulatio tota fit irrita propter impossibilitatem condit. Ergo & institutio heredum & legata. Resp. Magna est differentia inter contractus & ultimas voluntates: nam in testamento sapie mendum & vitium excidit in scribendo vel nuncupando, propter infirmitatem, id detrahimus hoc colore, quasi à moriente sit commissum, & ita seruamus defuncti voluntatem, qui quasi cōsistatur cum morte, nec habilis habetur ob metum præsentem. Vnde omnia ei condonantur. Non ita est in contractibus, qui sunt inter viuos. Si sunt illi adiecta tali conditione impossibili, sibi id imputent. *l. non solum. ff. de oblig. & act.* quia non est verisimile, ambos contrahentes impossibilem conditionem non animaduertete, vel contra eam non excipere: nec videtur iis mendum tale excidisse, cum infirmi non sint: Eo igitur colore contractus seruari non possunt: Nam si tum alter non corrigit mendum, colludere præsumitur. *l. non solum. Dd. hic communiter.* Quinto opponitur *§. vlt. infr. de leg. 1.* vbi dicitur, impossibilia legata non valere: Ergo falsa est nostra assertio. Resp. Agitur ibi de legatis pœnæ nomine relictis, quæ olim non valebant, valent tamen ex Iustiniani constit. *in l. vnic. C. de iis, quæ pœna nomine relinquuntur.* quæ tum si sunt impossibilia per se scilicet non valent, quia impossibilem nulla est obligatio. *l. imposs. ff. de reg. iur.* Denique contra assertionem oppono *l. facta. 63. §. si sub condit. ff. ad Scutum Trebell.* vbi dicitur, difficilem conditionem ascriptam fideicommissio non valere, & totum actum infirmari: Ergo non tantum per se conditio vitatur. Resp. Commisarius fidei pro eo labore quo tenetur alteri hereditatem, vel partem, vel certam rem restituere, deducti Trebellianum, hoc est, quartam ex fideicommissio, & si turpis vel difficilis conditio esset adiecta, non tenetur eam implere, quia officium suum nemini debet esse damnosum. Et hæc solutio etiam à D. Horstio publice fuit data, nec comparantur inter se turpis causa vel conditio. Insto contra dat. solut. quia dicitis comparari difficilem & turpem conditionem respectu fideicommissi. Et opponitur *l. filiusfam. 15. ff. de condit. instit.* vbi turpia sunt impossibilia. At turpis conditio commutat totum testamentum. Resp. Certum est contra edicta prætorum & Impm. conditionem appositam legato, non infirmare totum testamentum, sed tantum eam ipsam conditionem. *l. condiciones. ff. de condit. instit.* speciale tamen est filiosfam sub conditione impossibili scripto herede à parte. Illa enim totum vitiat & infirmat testamentum patris, quia contra pietatem & illi fecit, & tum procedit. *l. §. C. de ill. scilicet ipso iure nullum esse, quod fit contra illi.* In primo autem casu institutus est extraneus heres sub conditione impossibili vel turpi, & imputatur id potius infirmitati testatoris, vt supra dictum est.

23 *Ad Thesin 28.*] Affirmatur eos posse institui heredes, quos testator non nunquam vidit. Cui opponitur *l. quoties. l. §. 2. ff. eod. §. incertis. infr. de legat.* vbi dicitur incertam personam non posse institui, nec ei quid legari. Resp. Hic non agimus de incertis personis, sed tantum de ignotis, & est incertum quædam in accidentibus personæ, puta qualitate, quantitate, nomine, facie, &c. non in substantia personæ, quæ certa est.

24 *Ad Thesin 30.*] Iura quosdam institui prohibent. Primo prohibent in Insulam deportatos. Cui opponitur *l. deportatus. 15. in fin. ff. de interd. & re legat.* vbi expressis verbis dicitur, quod deportatus in Insulam heres scribi possit. Resp. Aliud ad illam l. responderi non potest, nisi quod illa lex, vt alix præcedentes debet sint autoritatis, nec à compilatoribus iuris, sed ab interprete quodam inserta, & absunt etiam à veterib. probatis libris, id quod

quod & Pacij exemplar satis ostendit, vbi minoribus typis illæ II. vt & aliæ omnes dubiæ authoritatis sunt excusæ. Deinde cum *d. l. deportatus* pugnat. *l. 16. proxime sequens. cod. tit. ex qua pugna illa dubia authoritas satis etiam elucescit.* Et notandum, deportatos pro peregrinis haberi, cum patiantur mediam capitis diminutionem. Secundo prohibentur in *† metallum* damnati ideo, quia pro peregrinis, non pro ciuib Romanis habentur, quia *25* maximam capitis diminutionem patiuntur, cum serui pœnæ efficiantur. *§. maximas, sup. de cap. diminut. §. pœnæ. sup. quib. mod. patr. potest. soluitur.* Tercio *† hæretici* non possunt *he* *26* redes institui, cum ipsorum bona ad fiscum deuoluantur, *tot. tit. C. de hæret. & Manich.* vbi dicitur cōfiscari bona hæreticorum. Loquitur autem illa lex de liberis orthodoxis ex hæreticis parentibus natis, qui si à prauitate paterna discedunt delicti veniam, vt pœnitentes habent, id quod eleganter ostenditur in *l. Manichæos. 4. C. de hæret. & Manich.* Si autem liberi hæreticorum non sunt orthodoxi, heredes scribi non possunt, cum non succedant, & parentum bona confiscantur. Quarto, *† Anabaptistæ* & Apostatæ cum videantur exempti *27* numero Christianorum propter abnegatum Christianismum. His annuerantur etiam *† Monachi Franciscani*, qui nihil proprii habuerunt. Vnde nec heredes esse possunt. & ca. *28* paces hereditatis. *Myning. n. 2. §. 1. h. tit.* Et hoc habent ex authore primo illius ordinis, qui nihil proprii habere voluit, sed emendicando se maceravit, id quod etiam ille ordo ita stricte obseruare voluit.

Ad Thesin 31.] Dicitur, quod *† mulier* intra tempus luctus nubens, heres fieri non *29* possit. Cui opponitur *l. 1. in fin. C. de secund. nupt.* vbi dicitur contrarium. Resp. Pœnæ ibi ponuntur in *princ. satis fortes*, illius mulieris quæ nubit intra tempus luctus, ideo quod nō præster reuerentiā priori marito defuncto. Et quidem primo, iure est infamis notissimo *l. 1. ff. de his qui not. infam. l. liberos. 11. §. 1. de his qui not. infam.* deinde ex *d. l. 1. C. de secund. nupt.* tenetur tantum tertiam partem bonorum in dotem dare secundo marito, qui etiam non plus quam tertiam partem tenetur ei relinquere in testamento. Deinde omnium hereditatum legatorum fideicommissorum in testamento relictorum est expers, quæ habeat heredes, qui ei ab intestato succedunt. Deinde amittit etiam ea, quæ prior maritus ei reliquit, quod alij habeant Deniq; adhuc aliquid ei vxori cōdonatur in hereditatibus ab intestato, ei delatis nō ex testamento. Nam intestato si succedit legitimas seu honorarias hereditates, non tamen vltra tertium gradum potest vindicare. Haber igitur vxor illa, vnicū illud indultum sibi lege, inde tamen non sequitur, mulierem intra tempus luctus nubentem heredem institui posse, cum ab intestato saltem quid habeat, non tamen vltra tertium gradum.

Ad Corollarium.] Non parum est controuersum, an per *† procuratorem* adiri possit hereditas, id est, an legitimus actus aditionis hereditatis per eū possit celebrari, secundum *l. actus legitimi. ff. de reg. iur.* Nos affirmatiuam tuemus, quod per procuratorem hereditas adiri possit. Fundamenta nostra hæc sunt: Primo, quia bonorum possessio potest peti per procuratorem *l. si quis alicui. 48. ff. de acquir. hered.* Ergo & hereditas, quia hereditas & bonorum possessio ex Dd. sententia fere nihil differunt in effectu, nisi quod prætor dat bonorum possessionem; lex autem hereditatem *§. 1. in ff. de bonor. possess.* Id q; causam efficientem potius respicit. Secundum fundamentum, qui per procuratorem acquiri potest. *l. 8. C. de acquir. & retinend. possess.* *l. 1. C. de acquir. poss.* Tercio confirmatur satis ea sententia, si cōtraria, quæ videntur ob stare, refutantur. Primo non obstat, *l. per procuratorem. 90. in pr. ff. de acquir. vel omis. hered.* vbi dicitur, hereditatem per procuratorem acquiri non posse, quia ibi rectius legitur secundum exemplar Florent. per *Curatorem*: Per curatorem enim non potest acquiri hereditas, sed per tutorem. Nam ad id inutiles est curator. *l. in iur.*

in Sena §. 17. in fin. ff. de appell. id quod probat Duaren. lib. 2. anniuers. disput. cap. 27. Secundo obstat l. 1. §. 1. ff. de offic. procurat. Casa. vbi dicitur, quod præcipuum hoc sit in procuratore Cæsaris, quod hereditas eius iussu per seruum adiri possit. Si hoc præcipuum & quasi speciale esset in procuratore Cæsaris, alij procuratores id facere non possent. Resp. Loquitur illa lex de procuratore vniuersale mandatum habente, qui regulariter adire non potest hereditatem, nisi sit procurator Cæsaris, cui omnium bonorum Cæsaris administratio est commissæ. Nos autem non loquimur de vniuersali procuratore, sed de eo cui specialiter est quid mandatum, is hereditatem adire potest, quia iussus ille tantum operatur, argumento §. item vobis. supr. per quos person. cuiq; acquir. Tertio non obstat illa ratio, quod cum quis procuratorem dat, ad hereditatem adeundam, hoc ipso adire videatur, & idcirco nihil relinquatur procuratori, quia fieri potest, vt is qui mandat hoc procuratori, cogitet eum non statim id facturum esse, sed totum medium tempus liberum fore sibi ad iudicandum. Denique non obstat l. post mortem. 25. §. 1. ff. de adopt. vbi dicitur, aliquem non posse adoptare vel arrogare per aliū. Arrogatio & adoptio sunt actus legitimi, vt & hereditatis aditio d. l. actus legitimi. ff. de reg. iur. Ergo nec hereditatis adiunctio per alium fieri potest. Hoc inquam non obstat, quia quod statuitur in vno legitimo actu, id statim non obtinet etiam in alio. In adoptione & arrogatione propter magnam solennitatem id constitutum est, ne per alium fieri possint. Illæ autem solennitates cessant in aditione hereditatis, quæ autem illæ solennitates sint, in tit. de adopt. supra explicatur à Dd. &c.

DISPUTATIO XVII.

Ex tit. 15. & 16. lib. 2. Institut. De vulgari & pupillari substitutione.

CONTINUATIO.

Hactenus de instituendi primi gradus heredibus actum est: iam vero de substituendis secundi vel tertij gradus heredibus tractabimus.

Thesis 1. Substitutio est secundi heredis appellatio, seu in locum cuiuscunque instituti heredis deficientis suppositio: estque directa & obliqua seu fideicommissaria. Mynsing. in rubric. tit. Instit. de vulg. substitut. num. 3. & 4.

2 Directa substitutio est aut vulgari, aut pupillari. Mynsing. in rubric. tit. de vulg. substitut. Instit. num. 6. l. 8. C. de impuber. & aliis substit. l. 4. l. 39. §. filio. & per tot. ff. de vulg. & pupill. substit.

3 Vulgaris est, secundi heredis in locum primi non adeuntis institutio, quæ & cuilibet, & à quolibet de populo testamenti factionem habente, verbis vulgaribus, apertis & communiter vsitatis fieri potest, nihil specialitatis habens. Mynsing. in princip. Institut. hoc tit. num. 1.

4 Vulgaris substitutio est vel expressa, vel tacita. l. cum proponas. C. de hered. instit. l. si pater. ff. de hered. instit. l. 4. ff. de vulgari. & pupill. substitut. l. quamuis. 4. C. eod. tit.

5 Expressa est, quæ verbis negatiuis, vulgaribus & expressis fieri solet. *Myns. in princ. Instit. de vulg. substit. num. 3.*

6 Tacita est, quæ constat verbis affirmatiuis, in quibus tamen inclusiue negatio subintelligitur. *Myns. sing. dicto loco.*

7 Potest quis in testamento suo plures gradus heredum facere, posteaq; in quantum testator voluerit, substituere potest, vt tandem in subsidium vel seruum necessarium heredem instituere possit: Deinde plures quoque in vnius locum, vel vnus in plurium, vel singuli in singulorum vel inuicem ipsi, qui heredes instituti sunt, substitui possunt. *in princ. & §. 1. Instit. de vulg. substit.*

8 Et si ex disparibus partibus heredes scriptos inuicem substituerit, nullamq; mentionem in substitutione fecerit, eas partes in ea dedisse videtur, quas in institutione expressit. *§. & si ex. Instit. hoc tit.*

9 Si vero instituto heredi, conherede substituto dato, alius eis substitutus fuerit: Diui Severus & Antoninus sine distinctione rescripserunt, substitutum ad vtramq; partem admitti. *§. sed si. Instit. hoc tit.*

10 Pupillaris substitutio est ordinatio heredis à patre in testamento filio impuberi in potestate constituto facta sub ea cōditione, si impubes decesserit. *Myns. in rubric. Instit. de pupil. substit. num. 2.*

11 Dicitur pupillaris à pupillo seu puero, quemadmodum vulgaris à vulgo. *Myns. in Instit. tit. de pupill. substit. num. 1.*

12 Hæc est vel vera pupillaris vel quasi, quam exemplarem vocant. *§. qua ratione. Instit. hoc tit.* Vera pupillaris fit liberis impuberibus in potestate existentibus, & posthumis. *in princ. Instit. de pupil. substitut.*

13 Exemplaris substitutio dicitur ea, quæ fit liberis puberibus, mente captis vel prodigis, & ad exemplū pupillaris introducta. *§. qua ratione. vbi Wetsembec. num. 8. Instit. hoc tit.*

14 Solus pater pupillariter liberos substituere potest, & non mater, excepto vnicō casu; alias non. *in princ. vbi Myns. num. 5. Instit. hoc tit. §. femina. Instit. de adopt. §. sui. Instit. de hered. qualitat. & differ.*

15 Hinc apparet, duo quodammodo testamenta in pupillari substitutione, alterum patris scilicet, alterum filii, vel potius reuera vnicum saltem testamentum, duarum scil. hereditatum esse. *§. igitur. Instit. h. tit. l. 2. §. interdum. & §. 12. ff. eod. tit. l. 7. ff. ad leg. Falcid.*

16 Non tamen interest, an pater sibi per scripturam, filio vero per nuncupationem, vel contra testamentum fecerit. *§. sin autem quis. Instit. hoc tit.*

17 Parentes autem non solum heredibus institutis impuberibus liberis, sed etiam exheredatis, ita substituere possunt. *§. non solum. Instit. hoc tit.*

18 Si itaq; hoc casu quid exheredato pupillo ex hereditatib. legatis aut

donationibus propinquoſum atque amicorum acquiſitum fuerit, id omne ad ſubſtitutum pertinebit. *§. non ſolum. verſ. itaq; eo caſu. Inſtit. hoc tit.*

19 Quæcunq; nunc diximus de ſubſtitutione impuberum liberorum vel heredum ſubſtitutorum vel exheredatorum, eadem quoq; de poſthumis intelligemus. *§. non ſolum autem. verſ. quæcunq;. Inſtitut. hoc tit.*

20 Liberis autem ſuis teſtamentum nemo facere poteſt, niſi & ſibi faciat, pupillare enim teſtamentum eſt pars & ſequela paterni teſtamenti, adeo ut ſi patris teſtamentum non valeat, nec filij quidem valebit. *§. liberis autem. Inſtit. hoc tit.*

21 Denique extraneo vel filio puberi herede inſtituto, nemo ita ſubſtituere poteſt, ut ſi heres extiterit, & intra aliquod tempus deceſſerit, alius ei ſit heres: verum hoc ſaltem permiſſum eſt, ut eum per fideicommiſſum teſtator obliget alij hereditatem eius, vel totam, vel pro parte reſtituere. *§. fin. Inſtit. hoc tit.*

Corollarium: Satis eleganter quaeritur, an ſi quis ſubſtituatur alicui filio impuberi in vulgarem caſum, & iſ filius impubes moriatur, an mater ſuperſtes ſuam legitimam portionem auferendo, ſubſtitutum excludat?

DISPUTATIONIS: XVII.

De vulgari & pupillari ſubſtitutione, obiectiones & reſolutiones.

S. V. M. M. A. R. I. A.

1. *Subſtitutio quid ſit.*
2. *Subſtitutio poteſt fieri in tot gradibus, quot teſtator voluerit.*
3. *Scruius neceſſario ultimo loco ſubſtitui poteſt.*
4. *Subſtitutio an ſemper debeat eſſe conditionalis inſtitutio.*
5. *Subſtitutio directa an recte dicatur duplex eſſe.*
6. *Reciproca ſubſtitutio non facit novam ſubſtitutionis ſpeciem.*
7. *Subſtitutio brevisloqua non eſt nova ſpecies ſubſtitutio.*
8. *Subſtitutio exemplaris novam ſpeciem non facit.*
9. *Subſtitutio compendioſa quid ſit.*
10. *Subſtitutionis quot ſint ſpecies.*
11. *Subſtitutio vulgariſ an etiam à matre fieri poſſit.*
12. *Subſtitutio vulgariſ ſit ſemper in caſu nondum acquiſita hereditatis.*
13. *Subſtitutio eadem reſpicere putatur, qua ſunt in inſtitutione expreſſa.*
14. *Subſtitutus hodie ad utramq; partem admittitur, inſtituto deſiciente.*
15. *Subſtitutus an nunquam admittatur una cum inſtituto.*
16. *Pupillariter ſolus pater ſubſtituere poteſt.*
17. *Mater an etiam filio pupillariter ſubſtituere poſſit.*

- 18 Pupillaris substitutio quomodo & vulgari insit.
- 19 Pupillaris substitutioni an duo insint testamenta.
- 20 Pupillaris substitutio est pars & sequela testamenti patris.
- 21 Exheredatis liberis quomodo substitui possit.
- 22 Substitutio an possit institutionem precedere in testamento.
- 23 Exheredato filio emancipato, nec miles potest substituere.
- 24 Substitutus alicui filio impuberi in vulgarem casum, an si filius impubes moriatur, & mater superstes suam legitimam portionem auferat, ipse excludatur.
- 25 Mater a pupilli bonis excluditur per substitutionem pupillarem.
- 26 Filius si testamentum facit, & matrem praterit, ea querelam inofficiosa habet.
- 27 Mater exclusa a substituto pupilli, si magna egestate prematur, substitutum cogere potest, si sibi alimenta praestet.

SUBSTITVTIONVM materia referente Schneidevino *hic in principio*, commendatur a difficultate, subtilitate & vtilitate. Sunt enim in ea secundum Iasonem *in Rubr. ff. eod.* subtilitates sine numero: Vincit tamen istam difficultatem vtilitas, ut ibi Iason inquit, adeo ut dicat Raphaellem Cunanum ex Baldo audiuisse, quod de ista materia consulendo, vltra 15000. ducatorum sit consecutus. Deinde Zasius *in tract. de substit. num. 2.* affirmat materiam substitutionum, vltro difficilem esse, idcirco nihil addere vult ad defatigationes studiosorum & ad materiam obscuritatem.

Ad Continuationem & Thesi. 1. Affirmatur in continuatione, haeredes primo gradu institutos, secundo vel tertio substitutos dici, per *l. 1. in pr. ff. de vulgar. pupill. & substit.* Deinde *in thesi.* dicitur, quod substitutio nihil sit aliud, quam secundi haeredis appellatio, ubi dicitur, posse aliquem in testamento plures gradus haeredum facere & in quantum velit testator substituere. Non igitur substitutio fit secundo gradu tantum, sed etiam vltiori, & male definitur secundi haeredis appellatio, male etiam *in d. l. 1. in princ.* dicitur, secundo vel tertio gradu substitui, cum in quantum velit testator substituat, *in pr. tit. huius, d. §. 1. de vulgar. substit.* Resp. Necessarium est certe hoc in loco hanc rem explicare, sine cuius cognitione misere in hac materia versamur. Sic igitur habendum de hac materia. Institutio fit a testatore, hoc est, testator primo in testamento instituit sibi haereditatem filium eo, ut haecenus dictum est, modo. Puta filius meus haeres esto. Deinde si facta est illa institutio, potest etiam testator suo filio facere testamentum, id est, substituere ei hoc modo: si filius haeres non est vel si filius haeres erit, & intra pubertatem decedat, Seius vel Sempronius haeres esto. Haec est substitutio, vna vulgaris; Altera pupillaris. Haec substitutio dicitur secundus gradus, hoc est, secundi haeredis appellatio ac institutio, & substitutio dicuntur duo gradus. *d. l. 1. §. ante heredis. ff. de lib. & posthum.* Summe tamen notandum ac sciendum est, posse fieri substitutionem in plures gradus, hoc est, in tot gradus, quot testator voluerit, potest fieri primo gradu substitutio, & tum respectu institutionis est secundus gradus, vel secundi haeredis appellatio. Primi haeredis appellatio est in institutione, secundi haeredis appellatio fit in substitutione. Hoc igitur in definitione fuit ponendum. Nominatur autem ita substitutio, quam primum secundus haeres instituitur, hoc est, quando filio fit testamentum. Id igitur in definitione exprimi sufficit, scilicet, quando incipiat substitutio. Exempli gratia: Titius testator hoc modo instituit: Seius filius meus haeres esto. Deinde huic vulgariter substituit hoc modo: Si Seius filius meus haeres non erit, Caius haeres esto. Hic particula *Si* quae est in omni substitutione, indicat substitutionem esse. Primus haeres est Seius filius, secundus, haeres filio Seio datus &

substitutus est Caius. Manefigitur verum, substitutionem omnino esse secundi hæredis institutionem & appellationem. Deinde non pugnat etiam cum omnibus hisce, quod Iustin. *in pr. tit. de vulg. substit.* affirmat, testatorem plures gradus hæredum in substitutione facere posse quoniam voluerit. Nam in institutione possunt esse plures gradus, hoc est, testator, si secundum hæredem nominavit, potest etiam illi primo substituto hæredi, secundum substituire hæredem. Deinde secundo substituto tertium substituere, & ita quæstque voluerit substituere: Idque propter ultimæ voluntatis honorē & obsequium est indultum *l. i. C. de S. S. Eccles.* Et hoc non pugnat cum eo quod Paulus *in sententiis* dicit, & *in d. l. i.* ubi dicit secundo vel tercio gradu substitui: Nam etiam si sint plures gradus substitutionis, vel sub ulteriori gradu fiat substitutio; tamē semper est secundi hæredis appellatio, licet in illa secunda institutione plures esse possint gradus favore liberorum, quibus substituitur, & favore ultimarum voluntatum. Sunt quidem plures gradus substitutionis, sed tamen est una secundi hæredis appellatio. Deinde hoc modo potest esse secundi hæredis appellatio, vel institutio in ulteriori substitutionis gradu. Nec *dict. l. 4. in princ.* nec Paulus *in sententiis* volunt, non esse plures gradus, quam secundum & tertium, quia saltem exempli gratia ponunt gradus duos, ulteriori ex aliis textibus sunt afferendi, puta ex *d. l. potest quib. h. tit. num. de vulg. substit.* Nam novum non est legem ad legem addi pro conditione. *l. non est novum ff. de ll.* Denique notandum in *d. l. i. C. in sententiis Pauli* primum gradum substitutionis vocari secundum, & secundum tertium. Id namque sit respectu institutionis quæ dicitur primus gradus per se, substitutio secundus gradus per se, vel etiam respectu graduum, qui in substitutione sunt, dicitur institutio hæredis, puta filii puberis vel impuberis primus gradus, substitutio secundi substituti dicitur tertius gradus, & ita deinceps, ita ut † ultimo loco servari necessario substitui possit, qui volens volens cogitur esse hæres filio instituto §. *1. supra ex quib. causis manum. non licet*, §. *1. infr. de hæred. qual. C. differentia*. Nam si omnes deficiant hæredes substituti, hoc est, vel esse nolunt, vel non possunt hæredes substitui. Sic igitur satis nunc substitit definitio Cui, quamvis tamen Zalius *in tract. de substitut.* aliter substitutionem definiat, nimirum quod sit sequēri loco facta subordinatio, id quod tamen cum hac definitione coincidit, Cuiacius etiam eodem modo *in lib. sentent. Pauli 3. cap. 4.* definit, nimirum secundo & sequenti gradu in substitutione, id quod similiter idem est, quamvis idem Cuiac. *in præfat. parat. supr. ff. indicat*, multos super annum legisse, in invenienda substitutionis definitione.

- 4 Porro in definitione dicitur quod † substitutio sit conditionalis institutio. Natura enim substitutionis omnis requirit, ut per particulam Si conditionalem efferantur substitutionis formulæ, hoc modo: Si filius hæres non erit, Caius hæres esto: quamvis tamen particula Si ex natura alias tacite intelligatur, & inesse, putetur. Sed obijciunt *l. qui liberis 8. in princ. ff. h. tit.* ubi dicitur, si quis ita est institutus; Si filius meus intra pubertatem decesserit, Seius hæres esto, &c. Unde falsum videtur esse, substitutionem definiti secundum conditionalem institutionem. Respond. Loquitur ille textus de extrinseca quadam conditione, quæ non est conditio respectu substitutionis, & pro pura vel extranea habetur, interna autem conditio est substitutionum materia, quemadmodum ante est dictum. Denique in definitione Accursiana ponuntur illa verba: *facta verbis dictis*: Verbi oppositur §. *ult. infr. de pupill. substit.* ubi dicitur, quod etiam obliquis seu præcariis verbis substitutio possit fieri, puta, filius meus hæres esto, est institutio, si hæres erit, & intra aliquod tempus decesserit, rogo te Titii ut Sempronio hæreditatē des. Nā ibi est precaria substitutio, hoc est, rogatur Titius Sempronio hæreditatem vel partem restitue-

restituere, & quidem perverbum rogo, oro, peto. Nam civilibus vel directis verbis fit ita, si filius hæres non erit, Caius hæres esto. Respond. Agimus hic tantum de directa, non autem de fideicommissaria substitutione, quæ quales sit, ex *titul. de fideicomm. miss. substit.ione* facilius intelligi poterit, Iustinian. in *dict. §. Et de pupill. substit.* Zasius in *tract. de substit. cap. 5.* & dum de directa substitutione hic tantum agimus, de precaria vel obliqua in definitione substitutionis hoc loco nihil dicendum fuit.

Ad Thef. 2.] Duplex est directa † substitutio, vulgaris & pupillaris, Sed opponitur valde l. iam hoc sure 4. §. 1. ff. hoc titul. vbi dicitur, quod tertium genus substitutionis sit, scilicet substitutio breuiloqua. Resp. hæc alias à Dd. & gl. in l. Lucius ff. eod. vocatur breuiloqua, sed ineptius, cum non sit breuitas verborum, sed vicissitudo, quæ substitutionem reciprocā facit hoc modo: Primus hæres esto ex semisse, secundus itera ex semisse. Si primus hæres non erit in parte ipsius, sit hæres secundus: si secundus heres non erit, primus in parte secundi sit substitutus. Melior igitur est vox Ictorum qui eam reciprocā vocant. Vigl. in §. & plures nu. 4. b. tit. Nec iuuatur Dd. sententia, de illa appellatione in l. cum in testamento §. 1. ff. de hered. institut. vbi est vox breuiter, quia ille textus loquitur de institutione, non de substitutione, quemadmodum Viglius in d. loco ostendit. Nunc igitur facile ad *dict. l. 1. §. 1.* responderi potest, negari scilicet non posse, tertium ibi genus vocari reciprocā substitutionem, hoc est, tertiam speciem more legati, generis nimirum pro specie posito, vt & alias in l. 3. §. genera ff. de acquir. poss. Zasius in *tract. de substit.* Sed sciendum est † reciprocā vulgarem vel pupillarem reuera esse successionē inspectā, licet quādam vicissitudo & reciprocatio sit in substitutione, respectu etiam institutionis, vt supra exemplum est positum. Et ideo magis à forma quadam & modo illius reciprocationis, dicitur reciproca & tertium genus substitutionis.

Quamvis inspectā successionē duplex proprie sit substitutio: vulgaris & pupillaris, ad quas etiam reciproca rectissime referri potest. Vnde Zasius cap. 4. de substitut. breuiloqua, dicit hanc non esse speciem † distinctā ab aliis, scilicet quæ alias in se continet substitutiones, sed quādam adiectionem, sicut quando agitur ex peculio contra patrem, peculium non est nomen actionis, sed quādam qualitas circa actionem l. 3. §. cui congruit ff. de peculio. Iason dicit idem, nimirum modum substitutionis esse alium non materiam circa quam versatur. Et breuiloqua dici potest tum, quando sic dicitur, Titius, Caius, Scius substituti inuicem mihi hæredes sunt, vel vos inuicem substitui, ibi alter alteri breuib. verbis est substitutus d. l. iam hoc iure l. cohæredi. §. qui discretas ff. de vulg. & pupill. substit. l. hereditatem C. eod. l. Titius 2. cum l. seq. ff. de hered. institut. Et sic similiter responderi potest ad † exemplarem substitutionem, quam in 8 thef. 13. ponimus. Nam est reuera substitutio quasi pupill. successionē inspectā, licet substitutio pupillaris non sit proprie inspectis personis, quæ dum maiores sint sæpe quatuordecim annis, puta furiosi, maiores, tamen quia carent iudicio l. furios ff. de reg. iur. commiseratione quadam illis substitui pupillariter potest, vnde exemplaris dicitur quasi ad exemplum pupillaris introducta, quæ olim à principe tantum impetrabatur l. ex facto. ff. de vulg. & pupill. Hodie ex Iustin. constitut. non est necessarium eam a principe impetrari l. humanitatis Cod. de impuberib. & aliis substitut. Manet igitur verum ratione personarum, & ratione scripturæ varias esse substitutiones, non autem ratione substantiæ successionis. D. Borcholt. ad Rubric. titul. ff. de vulg. substitut.

Quid nunc de compendiosa est statuendum? Huius materiæ non potest inueniri finis, inquit Zasius *cap. 5. de compendios. substituitur*. Compendiosa à Zasio definitur substitutio, † quæ sub conditione mortis vel alia plura tempora complectitur. Et breuitate fit verborum, quemadmodum breuiloqua, sed tantum respicit vnam personam compendiosa: plures breuiloqua, quæ differentia est verior. Affirmat autem pro Responso Zasius, ratione personæ militis esse distinctam speciem, non autem inspecta materia, hoc est, successione, id quod similiter in aliis dictum fuit. Et sciendum est extraneo & puberi, post aditam hæreditatem, id est, ultra primum casum, directo substitui non posse. Eiusque rei ratio est: quia scilicet qui semel hæres alicuius est factus, iure civili desinere hæres esse nequit. *l. ei qui ff. de hered. institut.* nec potest vnus ad tempus hæres institui, atque ex tempore. §. *hæres sup. de hered. institut.* & vulgaris adita hæreditate expirat. *l. post aditam. C. eod.* & per pupillares. & exempli. patris non filio succeditur: In militum vero testamentis (quæ ex voluntate testatoris sustentantur. *l. r. ff. de militari testamento*.) hæredis institutio ad tempus & ad tempus toleratur. *l. miles ita ff. de militari testamento*. Ipsi igitur extraneo ad tempus, & puberi. *l. centurio ff. eod.* & emancipato sustinere directo possunt; ad quamcunque ætatem, vel sub quacunque conditione. Et hæc magna est inter militem & paganum differentia, & fit. ultra pubertatis annos vel tempora, aliquando expressim ad certam ætatem, aliquando sub mortis conditione & incertitudine per clausulam, quandoque decesserit hæres institutus. §. *ult. infr. de pupill. substit.* Eam vero quæ plura in se tempora subuerti vnus compendio comprehendat, siue ante pubertatem siue post mortuus fuit compendiosam vocat, quæ quidem semper directa esse potest in milite cum pro ut velit testamentum facere possit. *d. l. i. ff. de militari testamento*. §. *i. sup. de testamento militari*. Secus autem in pagano, qui per fideicommissum filio emancipato vel puberi vel extraneo substituere tantum potest. *d. §. ult. infr. de pupill. substit.* & ibi Viglius, Zasius, *cap. 5. de compendiosa substitutione* D. Borcholt. *ad d. l. §. ult. vbi explicat d. l. i. precibus* & *d. l. centurio*. Manet igitur verum duas esse † species substitutionis inspecta successione, quamuis alias inspectis aliis qualitatibus vulgo §. species enumerantur, substitutio vulgaris, pupillaris, reciproca, exemplaris & compendiosa. Zasius in *pr. tract. de substitut.* Mynsing. *ad Rubr. de substitut. n. 6.*

- Ad *Thef. 3. 4. 5. 6.*] Vulgaris dicitur communis & simplex quando liberis puberibus & impuberibus etiam extraneis substituitur. Et hanc habet vel facere potest pater & mater. *l. i. §. ult. ff. de iur. num.* quæ ex de parte loquitur, vnde in *thes. §.* quando de patre dicimus, non excludimus matrem sed patrem tantum ut potiorē matre, & sæpe etiam
- II 1c frequentius testamentum facientem nominamus. Nam certum est † matrem vulgariter substituere posse. *l. semater 33 in princ. ff. de iur. num.* Et notandum est verba in substitutione pupillari esse accipienda, ut reciproca sit expressa vel tacita pro conditione personarum. Nam vulgaris expressa in se continet tacitam, pupillarem. Vnde pro duplici habetur *l. 4. in princ. ff. de iur.* Zasius in *tract. de substit. cap. 1.* Viglius in §. *plures num. ult.* Fit etiam filio ex hæredato, tum scilicet, si per querelam testamenti inofficiosi obtinet filius exhæredatus, sed tamen hæreditatem istam, à qua est repulsus iniuste, tot. *tit. de inoff. testamento*, nondum acquisiuit. Semper enim † vulgaris substitutio fit in casum nondam acquisitæ hæreditatis, hoc modo: Si filius meus hæres non erit, Seius hæres esto. Ergo nondum acquisita est hæreditas. Et quamuis olim per querelam in officiosi eorum testamentum infirmabatur, quo ad institutionis substitutionem, legata, fideicommissa. *l. papinianus 8. §. ult. ff. de inoff. testamento*, tamen hodie sola institutio infirmatur facta in
- cuiusmo-

eiusmodi testamento inofficioso, & manet substitutio & alia, *per Nouell. 115. Et cum de appellat. §. aliud. in fin.* Substitutus igitur filio exheredato, tunc hæreditat. hodie ex substit. capit quando filii hæres institui, obuiet in querela inofficiosi, sed tamen hæreditatem non acquirit. Deinde sciendum est substitutionem vulgarem esse, eamque duplicem, communem videlicet & simplicem, quæ in liberis omnibus & extraneis fit, pupillarem vero tantum in impuberibus & puberibus furiosis, & mente capitis fieri. Sic vulgaris substituto fit in casum nondum acquisitæ hæreditatis, vt supra dictum est. Sed pupill. contra, non enim viget, sed extinguitur vulgaris substitutio post aditam hæreditatem *l. post aditam C. eod. Zaf. cap. 1. tract. de substit. §. 1. substituit.* Deinde fit vulgaris substitutio, si hæredem pater vel mater instituit, hoc est, si institutio præcessit, id quod glossa & verborum vis efflagitat. Nec obstant dd. ll. in contrarium adductæ. Quia recte intelligendo in vtrisque non fit mentio institutionis, sed potius institutionis cum conditione factæ. Deinde obiicitur quod in legatis & mortis causa donationibus substitui possit, cum tamen nulla procedat institutio. Respond. Substitutio est secundi hæredis institutio, succedit substitutus in vniuersum ius hæredis instituti, & agimus hic de vniuersali substitutione, non de rerum singularium successione, qualis est in legatis, & mortis causa donationibus. *§. & l. supr. per quas per son. cuiq. acquir.* Et in singulari hac successione verbum substitutionis ad legata & donationes causa mortis, magis abusiue vel in alia significatione, non secundum nostram ante positam definitionem accommodatur.

Ad Thef. 7. & 8.] Ante de his thesibus fuit actum *in thef. 1.* Sed hic notandum, plures gradus hæredum fieri posse, vt puta, si ille hæres non erit, hoc est, si hæreditatem non adibit. Ergo in casum aditæ hæreditatis non cõcipitur hæc substitutio vulgaris, sed tantum in casum nondum acquisitæ seu aditæ hæreditatis. Vno tamen casu lustin. constituit. *in Nouell. 1. de hered. & falcid.* vt post aditam hæreditatem substitutus nihilominus, hæreditate ab integro sublata, admitti possit. Nihil etiam repugnat, quod raro aut nunquam etiam hæredes deficiant, cum plures sint modi deferendæ hæreditatis, vt patet *ex principio tituli de hered. qua ab intestat. defer.* Quia hic loquimur quando conditio in testamento appositio semper deficit. Hoc etiam admonendum est, interdum dubitari, si ne institutio, an substitutio? Fab. & Aug. institutionem in vtroque interpretantur. Nonnulli Caium putant esse substitutum. Prior sententia receptior est, quæ etiam placet Viglio *in §. 1. num. 6. de vulgar. subst.* Itaque cum sub conditione scripti hæredis, adire præcedente conditione non queat, potest tamen vterque bonorum possessione secundum tab. petere, quæ ipsis curam bonorum interea, dum veniat vel deficiat conditio, præbeat.

Ad §. et si ex disparibus Instit. h. t. nu.] Affirmatur ibi hoc, quod si ex disparibus partibus heredes scriptos testator inuicem substituerit, & nullam mentionem in substitutione partium fecerit, eas videatur in substitutione partes dedisse, quas in institutione expressit. Nam *eadem respecta videntur in substitutione, quæ sunt in institutione expressa.* Sed aduersan- ¹³ tria. Primum oppon. *l. fin. C. de impuber. & aliis substit.* vbi æquales partes habent. Resp. Illa lex videtur magis confirmare thesin nostram. Nam ibi duo separatim & impuberes fuerunt instituti & substituti. Et ita habent viriles in institutione, & similiter in substitutione. Habent enim hæc trientes in substitutione, quia & trientes habebant in institutione. Secundo oppon. *l. quoties 23. ff. ad S. C. Trebell.* vbi dicitur, quod ex disparibus partibus heredes scripti æquas partes recipere debeant. Ergo falsa fuit §. assertio. Resp. Est ille casus specialis, quia pecuniæ dandæ quantitas aliam voluntatis coniecturam inducit. Nam *etsi aliqui sint ex disparibus partibus heredes scripti: Si tamen æquas partes dare iubentur,*

sur, æquas quoq; recipere debent, cum voluntatis ultimæ magnus sit fauor. l. i. c. de s. s. Ec-
cles. Deniq; oppon. l. nonnunquam 24. ff. ad 8. C. Trebel. quæ lex ex d. l. quævis præcedente
dependet. Resp. procedit hic §. tum, quando substitutio fit appellatio & communi nomi-
ne heredis, vt quia testator pluribus institutis heredibus dixerit, heredes meos inuicem
substituto: Sin vero propriis nominibus expressis substituat, tum quia non ad partes da-
tas in institutione, sed ad personas habita fuit relatio, æquale erit ex substitutione omnium
commodum l. si heredes nominati 12. de legat. 1. Et id diligenter animaduertendum sua-
det Viglius in d. §. etsi ex disparib. nu. 5. Mynl. n. 7.

Ad Thes. 9.] Affirmatur in thes. 9. si instituo heredi, coherede substituto dato, alius
substitutus ei fuerit D. Severum Antonium sine distinctione respexisse ad vtramq; partem
substitutum admitti: Inquit enim sine distinctione, quia videbatur in hoc casu, quando
primus & secundus heredes erant instituti, & secundus primo substitutus, & secundo ite-
rum tertius, non aliter admittendum tertium ad vtramq; partem, quam si primum pri-
mus, deinde secundus repudiauerit aut decesserit, vt primi pars secundo delata, sic dein-
ceps ad tertium veniret. Imp. tamen rescipserunt tertium sine distinctione ad vtramq;
admitti, h. e. secundum Papinianum in l. coheredi. ff. h. r. siue ante substitutionem siue po-
stea substitutus fuerit, siue prior substitutus post institutum, siue antea decesserit. Ego in-
quit Vigl. in §. sed si instituto, n. 3. h. sit. à communi hac opinione non discedo, nec vlla est
dubitatio, modo dicamus primi partem iure accrescendi deferri tertio, quando ignorant
partem vacante alteri accedere, nec ad id quicquam opus erit constitutione principū.
Et quamuis secundus non esset substitutus primo, haberet tamen locum ius accrescendi.
Ergo aliquid hic operatur huiusmodi substitutio, non vt iure substitutionis primi pars
14 ad tertium veniat. Verba igitur illa (sine distinctione) volunt iure substitutionis hodie
ad vtramq; partem substitutum admitti, nec respiciendum amplius eo est, vt tum substi-
tuerit testator tertium secundo, antequam secundus substitueretur primo coheredi, an
vero postea id fecerit, h. e. nō spectandus est hoc casu ordo scripturæ, sed ordo successionis,
vtrū scilicet secundus primo repudiauerit, an vero postea, vt Papinian. in d. l. coheredi. docet,
Varie autem hæc lex soluitur, sed omnium verior & magis conueniens est sententia quā
etiam D. Horstius præceptor venerandus publice est secutus, si dicimus diuersitatem esse
in casibus. Nam in thes. nostra requirimus hoc. Titius instituit duos hæredes, Sempronium
& Caium. Caium deinde substituit Sempronio. Deinde Caio Pamphilum: quæritur an ne
Pamphilus substitutus secundus ad repudiantis forte hæreditatem Sempronii, cum Ca-
io ad vtramq; partem admittatur? & dicitur quod sic, vt & in l. si Titius 27. ff. de vulg. &
pupill. substitut. Sed in l. qui habebat, longe alius est casus. Ibi enim soror impubes
fratri non est cohæres. Simpliciter igitur substituitur filia à testatore patre, non vt co-
heres: nam est exhæredata, quemadmodum in thes. dicimus. Relinquimus igitur nunc
Viglii prolixam de hac re disputationem: nec etiam curabimus sententiam eorum, qui
distinguant inter vulgarem & pupillarem substitutionem. In vulgari substitutione de v-
tra tantum agitur hæreditate, ideoq; ea non scinditur per legitimum hæredem, sed eam
totam substitutus vindicat. In pupillari vero substitutione duo sunt testamenta & duæ
hæreditates. §. igitur in pupillari. infr. sit. pup. Itaq; nihil vetat vnā hæreditatem ex testa-
mento vindicari, alteram ab intestato deferri. Et in vulgari nihil interest an substitutus
cohæres, ante substitutionem deceat nec ne, secundum nostram thesin. At in pupillari
de qua in d. l. qui habebat, si prior substitutus ante decesserit, quam institutus defecerit,
posterior substitutus ad solam prioris substituti, si modo cohæres quoq; fuit, partem ad-
mittitur. Ratio differentie sumitur ex substitutionis vtriusq; ratione diuersa. Nam ex vul-
gari

gari substitutione succeditur testatori, quia vna est & indiuisa: in pupillari veluti due sunt hereditates, vna patris altera filii. Iam vero causa quare substitutus ad alteram etiam partem admittatur est, ne quis pro parte decedat testatus, pro parte vero intestatus, quod fieret, si in vna parte substitutus ex testamento, in altera vero legitimus ab intestato succederet, id quod in substitutione pupillari non est metuendum. Quia cum hereditas sit duplex, fieri potest vt in patris hereditate succedat testamentarius, in hereditate pupilli legitimus hæres. Vnde in difficili responso nõ simpliciter dicebatur, an hereditas patris sed an hereditas filii, ad vxorẽ & sororẽ testatoris, iure substitutionis pertineat. Et hoc ita in vltima solutione in effectu responder etiam Viglius d. §. *sed si instituto h. e.* sed dum prior sit plena & perspicua, nihil amplius est dubitandum, &c.

Ad §. *Et. instit. de vulg. subst.* Substitutus cum instituto non admittitur, l. 3. ff. *de acquir. velonst. hered.* Ab hac regula fauore vltimarum voluntatum casus singularis excipitur, quem Imp. hic proponit, & est talis: Parthenius Seruus Tyberii Imp. cum liber existimaretur, heres institutus est, eique in primũ casum, si hæres non esset, Mæuius ei est substitutus. Post mortem testatoris, Parthenius seruus iussu Tyberii hereditatem adiit: quesitum fuit, an ob errorem testatoris Mæuius simul deberet admitti. Et constituit Imperator Tyberius Mæuium admittendum esse in partem, & quidem dimidiam, hoc est, vt quilibet semissem habeat. l. *si paterfam. cum l. seq. ff. de hered. institut.* Sed obicitur l. d. *si paterfam.* vbi dicitur alterum semissem inter substitutũ & Tyberium æquis portionibus esse diuidendum. Resp. In h. l. soluenda æque grauitur interpp. laborant, videbatur enim nunquam vlla ratione effici posse, quo minus verba illa *Et alter semis* videantur ob stare, dicendum igitur est simpliciter in d. §. *Et.* totum semissem habere institutum (qui aude & simpliciter fuit substitutus, nec heres simul institutus) non partem dimidia semissis: In d. *vero l. si paterfam.* cohæres erat darus substitutus, quo casu verum est duos semisses fieri, quorum alterum cohæres capit iure institutionis: alterum cum domino serui ob errore substitutus diuidit. Et hæc est sententia & solutio Anton. Goueani lib. 1. *Variar. c. 6.* quem sequitur Wel. hic. reiecta sententia Cuiacii, qui diuinando potius affirmat, natum esse hoc vitium ex errore notarum, quasi pro A. S. incogitantia & incuria librariorum sit scriptum, *alter semis*, cum & alias certum sit multa in libris nostris notis fuisse perscripta, & Iustin. in iis explicandis sapius lapsus fuisse l. 1. *Cod. de vet. iur. enuel.* Quam Cuiacii sententiam tamen sequitur Borcholt. in d. §. *l. d.* Secundo obicitur l. *cum proponas. 3. C. de hered. institut.* vbi contrarium dicit. §. *af-* feritur. Resp. Ioachim Hopperus in suis ad instit. notis post Accurs. in illa l. tantum hoc tradi dicit, cum seruus alienus, qui paterfam. esse putabatur, heres instituitur, eique substituitur, voluntatis esse questionem, multumque interesse quid testator voluerit, non etiam tradi, quid in ambiguo sit constituendum, quod in h. §. nostro definitur. Et hæc solutio colligitur ex verbis illis *Voluntatis questio est.* Et sane in h. §. *nu.* testator ignorauit heredem scriptum seruum esse, & ideo eo casu substitutus in partem admittitur. Si autem scit hoc testator, tunc videtur testator voluisse, vt hereditas ad serui dominum deuolucretur. Viglius etiam præter ante datam solutionem *nu. 6. in h. §.* dicit, testatorem forte militem fuisse hic, maxime propter illa verba *Est Voluntas questio.* Et reiectis iuris subtilitatibus militis voluntas vbique valet. Denique obstat id, quod in testamentis voluntas defuncti totum negotium conficiat l. *ex facto ff. de hered. instit.* Voluntas autem defuncti fuit, se liberum hominem institutum heredem nõ seruum. Ergo non potest illa voluntas valere, cum potius sit voluntas. Error non voluntati & consensui est contrarius l. 20. ff. *de aqua & aqua pluuia* Resp. vt vtriq; consulatur &

domino serui & substituto, æquius esse putatum est, inter vtrunque hereditatem diuidi, quam contra voluntatem testatoris institutione & substitutione annihilata voluntatem testatoris euerri, qui testator non autem intestator decedere vult. Deinde est quidam error in qualitate personæ, non in ipsa persona, quæ certa erat testatori, & nota, nam vt psona aliqua nota sit, verisimiliter tamē qualitas eius psonæ ignota & inculta esse potest.

- Ad Thef. 10. 11. 12. 13. & 14.* Hactenus satis dictum fuit de substitutione vulgaris nunc in posterum de pupillari erit agendum, quæ fit filiis impuberibus tantum, qui sunt in potestate tutoris, non etiam extraneis, hoc est in potestate testatoris non existentibus
- 16 §. 1. *h. s.* Solus igitur pater pupillari substituit, nō mater, quæ liberos in potestate non habet. §. *femina. supra de adopt. §. fin. infr. de hered. qualitat. & differentia.* Intuitu tamen pietatis seu humanitatis, non patriæ potestatis, mater exemplariter fusio filio substituere potest. Extra illum casum mater pupillariter non potest substituere, id quod *in thef. 14.* affirmatur. Sed valde obicitur ab omnibus *l. si mater 33. in princ. ff. de vulg. & pupill. substit.*
- 17 *lit.* quæ lex est Africani ICI, vbi mater facit testamentum, & filio pupillariter substituit, & quidem non exemplariter, & illud testamentum vocatur tabulæ pupillares. Falsum igitur est quod diximus, matrem pupillariter substituere non posse. Respond. Mater ibi non substituit pupillariter, sed vulgariter, id quod potest mater, nam vulgaris substitutio fit vulgaribus verbis, & à personis vt supra dictum est. Et quidē mater substituit vulgariter, quamvis fiat mentio tabularum pupillarum: & quidem ob id, quod mater prudenti consilio quam substituere morienti intra 14. annum non potuit, heredem eum instituit, si erit pubes vel cū erit annor. 14. Effectum enim habet pupillaris substitutionis. Sed contra datā solutionem obicitur q̃ institutio non possit fieri ex certo tempore: Resp. Multa in testamentis si exprimantur effectum nullum habent, quæ si verbis regantur, valent, etiam si eundem effectum habent, quem habet expressa *l. expressa. ff. de reg. iur.* Hæres igitur institutus, recte substituitur nominatim ex certo tempore, sed tacite *d. §. hæres.* Et hodie quidem non fit institutio in pubertatis annos, toleratur tamē ob prudens matris consilium. Vigl. *in §. 1. n. 6. de pupill. substit.* Et dicitur testamentum hoc tabulæ pupillares, quod fiat in casum mortis impuberis filii, antequā in suam tutelam venerit. Collata n. in institutione in tēpus mortis hęc verba: *Si hæres non erit, sic excipiuntur, si intra pubertatē decesserit.* Cuius *ad Africa tract. 2. fol. 29.* Deinde videtur & hoc ob stare, q̃ possit naturalib. liberis substitui, argumēto *auth. si quis liberos. C. de naturalib. liberis,* q̃ tamē nō sunt in patris potestate. Ergo nō tantū illis quos in potestate habet, potest substitui. Respond. Quidā volūt naturalib. liberis substitui posse, modō pater naturales illos nō appellet filios. Vei ū hęc sentētia videtur vix subsistere posse, cū verba enumeratiua, ne in institutione quidē aliquid importet. *Auth. si quis. C. de eisd. l. ex facto. ff. de hered. instit.* Deinde notandum est pupillaris substitutionis exemplū illud, quod in *pr. tit. de pupill. substit.* ponitur, continere vulgarem & pupillarem expresse alias & tacite. Nam in vulgari inest pupillaris ex præsumpta testatoris voluntate *l. 4. ff. eod. l. 4. C. eod.* Vcl. *in §. sui autem n. 1. h. t. n. & non ex verbis sed legis potestate inducta.* Zas. *in tract. de substit. c. 2.* Vnde & Theophilus vulgaris pupillariā, quasi mixtā vulgarem vocat. Mynf. *n. 14. instit. de pupill. substit.* & Mōdestin. *in l. 1. ff. eod.* voluit duplicē eam substitutionē esse. Vnde etiam expressa pupillaris tacitā continet pupillariē Sed obicitur q̃ in vulgari inest pupillaris *l. 4. ff. eod.* Ergo q̃ vulgariter est substitutus, cogitare potest, se etiā pupillariter esse substitutū, & ita per cōsequens sibi immineere periculum. Respond. Quando dicitur, quod pupillaris substitutio vulgari inest, intelligendum id est ex præsumpta testatoris voluntate, *d. l. 4.* quæ vbi contraria apparer, eam non esse intelligitur. Porro notandum est, vulgarem esse *l. 12. tab. introductam,* pupill-

pupillarem vero moribus, hoc est, vſu populi Rom. & ideo introductam, vt cum pupillus ſibi ipſi teſtamentum facere non poſſit, deſc. ſu. a. tatis, pater ei teſtamento preiuderit. Nam in vulgari ſubſtitutione eſt vnum teſtamentum, in pupillari duo quodammodo ſunt, quia in pupillari filius eius a. tatis non eſt, vt ſibi ipſe teſtamentum faciat.

Ad Theſin 15. & 20.] Affirmatur in hac theſi, ꝑ duo eſſe teſtamenta in pupillari ſubſtitutione, vnum patris alterum filij. Cui oppoſo *l. patris & filij. 20. in pr. ff. h. i. n.* vbi dicitur, quod patris & filij teſtamentum pro vno habeatur, & quidem iure prætorio. Reſp. Verum eſt, reuera vnum eſt teſtamentum, quia ſit ab vno & eodem, & eadem eſt vtrinq; ſolennitas, nempe 7. teſtes, & 7. ſigilla, d. *l. patris & filij. 20. ff. eo.* quia iure prætorio illa exiguntur, vt ſupra dictum eſt. Deinde vna eademq; Falcidia ex vtroq; decerpitur *l. 1. ff. ſi cui plus quam per l. Falcid. l. in ratione. 11. ff. q. vulgo dicitur. ff. ad l. Falcid.* Vnde non ſimpliciter dicimus, duo eſſe teſtamenta, ſed duo eſſe quodammodo, quæ particul. *quodammodo* innuit, eſſe quidem vnum teſtamentum quo ad confectionem, ordinationem & ſolennitates. Quia tamen duæ ſunt tabulæ principalis & pupillaris, principalis facta patri, pupillaris facta filio, ideo dicimus quodammodo eſſe duas hereditates, cum tamen reuera ſit vna: Et quodammodo duo teſtamenta cum tamen reuera ſit vnum, id quod expreſſe affirmatur in *l. 2. §. 4. prius. hoc tit. n.* Et quamvis in *l. 1. §. necq; intereſt. ff. ſi cui plus quam per l. Falcid.* duplex ſit teſtamentum, nec adiciatur particula, *quodammodo*, tamen id ideo ſit, quia in vna parte teſtamenti eſt inſtitutio, hoc eſt, patris teſtamentum: in altera pagina teſtamenti eſt ſubſtitutio pupillaris, facta fauore filij, reuera tamẽ ab vno eodemq; tẽpore, teſtamentum eſt factum & vnius teſtamenti ſolennitatib. Et hinc eſt etiam, quod ICtus in *l. qui plures. 38. in fin. ff. de vulg. & pup. ſubſt.* affirmat, pupill. tab. prioris teſtamenti eſſe partẽ, & in *l. pen. ff. reſt. quemad. aper.* ſecundas tabulas eodem modo principalium tabularum eſſe partem, vt codicilli teſtamenti pars. Deniq; datas ſolutiones non poſſe ſubſiſtere probo ex textu *l. paterfam. 28. ff. de reb. auct. iud. poſſeſs.* vbi dicit ICtus Iauolenus: Me illud maxime mouet, quod præceptoribus iuris placet vnum eſſe teſtamentum: Ergo cõtrouerſia fuit hac de re inter ICtos, & ſententia eorum eſt reprobata à Iuſtin. in *§. liberis. h. tit.* qui purarunt vnum eſſe teſtamentum, cum Iuſtinian. dicit, duo eſſe quodammodo teſtamenta. Hoc dum verum eſt ſecundum Hortom. in *d. §. liberis. h. tit.* ſequitur falſas eſſe ante datas ſolutiones, quibus vtramq; ſententiã conati ſumus temperare & mollire. Reſp. Iuſtinian. vtramq; ſententiam retinet, & tolerat particula, qua *quodammodo* dicit duo eſſe teſtamenta, ſcil. ratione tabul. & earum reſpectu duas etiam quaſi hereditates, ſecundum *d. l. 2. §. prius. h. tit.* ratione tamen ordinationis vnum reuera eſt teſtamentum. Et ita Iuſtin. conciliat iſtas duas diſcrepantes ICtorum ſententias, vbi & hoc addit, aut certe vnum eſt teſtamentum duarũ cauſarum, id eſt, hereditatum, ſecundum *d. l. 2. §. prius. h. tit. n.*

Deinde in eadem theſi 15. & 20. affirmatur, pupillarem ſubſtitutionem debere fieri poſt patris teſtamentum, non conuerſo ordine ſcripturæ, ita vt inſtitutio præcedat, ſubſtitutio pupillaris ſequatur, cum nemo liberis ſuis teſtamentum pupillare facere poſſit, niſi & ſibi prius faciat. Nam ꝑ pupillare teſtamentum eſt pars & ſequela patris teſtamenti. Vnde ſub principio, id eſt, patris teſtamentum non valet, nec filij teſtamentum valebit, *l. cum principalis. ff. de reg. iur.* Sed opponitur *l. 2. §. quiſquis. Verſ. ceterum. ff. vulg. & pupill. ſubſtit.* vbi dicitur, quod miles poſſit ſoli filio facere teſtamentum, & ſibi nullum: Ergo falſum eſt quod dicitur, neminem liberis ſuis teſtamentum facere poſſe, niſi & ſibi faciat. Reſp. Multa ſunt ſingularia in teſtamento militis, vt ſupra dictum eſt, ideo miles hic excipitur qui propter probabilem iuris ignorantiam & ſimplicitatem, prout vult, prout poteſt, teſtamentum facit, præſertim dum etiam pericula ſuſtinet & experitur, dum in expeditione verſatur *l. ff.*

de testamento milit. vnde & soli filio potest substituere nec sibi testamentum facere, hoc est,

21 instituere. II. Obiicitur, quod substitui etiam possit pupillariter ꝛ exhereditis liberis, idque in *thesi* 17. affirmatur, quorum tamen respectu testamentum nullum esse possit, cum exheredari habeantur, & vero duæ debeant esse hereditates, & filius exheredatus excludatur à tota hereditate, l. 3. §. *filius. ff. de liber. & posthum.* id quod supra dictum fuit.

— Resp. Liberi exheredatis si substituitur patris testamētum est factum, hoc est, in eo est facta exhereditatio, quæ æque sustentat testamentum atque institutio, §. 1. *supr. de exhered. lib.* & à quo æque potest incipere testamentum, l. 1. *in pr. ff. de exhered. instit.* Deinde si exheredatur filius alius, instituitur forte extraneus respectu illius institutionis, nihilominus duæ sunt tabulæ, una patris, altera filij. Vnde respectu institutionis extranei heredis sustinetur tab. testamenti, vt sentit Cuiac. *ad Ulpian. in fragment. tit. 23. §. etiam exheredatus vlt.* Si autem tum ei aliquid fuerit donatum, id ad substitutum transfert, vt in *thesi* 18. affirmatur.

22 III. Obiicitur d. l. 2. §. *sed si quis. ff. h. tit. n.* vbi dicitur ꝛ prior est substitutio deinde institutio, hoc est, primum testator filio substituit, deinde & sibi facit testamentum, & dicitur quod testamentum valeat, licet conuersa scriptura, cum tamen certum sit ex l. 1. §. *fin. ff. eo.* nihil in testamento valere scriptum sine institutione, hoc est, nisi prius sibi pater fecerit testamentum, in d. l. 2. §. *prius. & vlt. ff. hoc tit.* vbi dicitur quod scriptum non debeat conuerteri, sed eius ordo ad vnguem seruari. Resp. In hoc nodo soluendo omnes Interpp. plurimum laborant. Alexand. amplectitur postremam sententiam Accursij, quam & sequitur D. Borcholt. scil. & subditum pupillariter filio instituto aut filio exheredato, si filio exheredato pupillariter substituitur, tantum in casum mortis, non etiam aditæ hereditatis & simul mortis substituitur. Priori casu non seruatur, inquiunt, ordo scripturæ, cum potius ordo successionis spectetur, atque sic intelligendum d. §. *sed si quis. d. l. 2.* Posteriori casu, quia non potest esse ordo successionis, ordo scripturæ est attendendus, secundum d. l. 2. §. *prius. & vlt. ff. eod.* Ab hac sententia recedit Gauean. lib. 1. *Variar. lection. c. 9.* & putat in d. l. §. *prius. d. l. 2.* pro comprobata, legendū esse *improbata*, quasi ibi senectia de ordine scripturæ seruando improbetur. Sed ea correctio pugnat cū conclusionē d. l. 2. §. *vlt.* Rectius igitur sentit Viglius, in §. *liberis h. tit.* & Alciat. in d. l. 1. in *verbis. si quis autem. ff. de vulg. & pupill. substitut.* quos sequitur Iohan. Robert. in lib. 1. *recepta iuris ciuiliū lectionis cap. 34.* qui dicit, ordinem scripturæ non attendendum si de voluntate testatoris constet. IV. Obiicitur l. §. *ita quis institutus. 28. ff. de hered. instit.* vbi quis potest ante heredis institutionem substituere. Respon. Id in vulgari est substitutione, quæ simpliciter ante heredis institutionem fieri potest.

Ad *Thesin* 17. & 18.] Affirmatur quod liberis exheredatis possit substitui, id quod ante fuit explicatum. Sed obiicitur *thesis nostra* 11. vbi dicitur, quod primo pupillaris substitutio fiat in casum aditæ hereditatis & mortis simul. Hic autem casus aditæ hereditatis & mortis simul in exheredatis quibus substituitur, esse non potest, Quia non est successio ibi, cum repellatur exheredatus à tota hereditate. Resp. Verum est id, exheredato substitui tum in casum mortis, id quod debuisset admoneri. II. Obiicitur ita: Pupillus exheredari hodie non potest, l. §. *quis in suo. C. de inoffic. testamento* cum & ingratus ita esse non possit d. *Novell. 115. §. aliud.* Ergo pupillo exheredato non posset substitui. Resp. Nostra propositio accipitur de pupillo pubertati proximo, qui ingratus esse potest, & ita etiam exheredari §. *item. infra. quib. mod. testamentum infirm.* Vigl. in §. *non solum. num. vlt. in fin. h. tit.* Et quod de exheredatis dicitur, eodem modo de præteritis dicitur, per d. *Novell. 115. §. aliud.* III. Obiicitur in aduentitiis pater nihil haberi iuris: Ergo in iis nec quicquam disponere potest, scil. vt pertineant ad substitutum, per §. 1. *supr. per quas person. cuiq. acquir.* Resp. De bonis

bonis aduentitiis pater nihil potest disponere, & si hoc respectu bonorum quæ patris nō sunt. Sed propter patriā potestatem. IV. Obiicitur *l. 41. miles. §. exheredato. ff. de mil. testa.* ubi filio exheredato à milite potest pupillariter substitui, & dicitur sūt sūtutum, ea tamen bona habiturum, quæ exheredatus prius habuerit, aut postea acquisiuit. Resp. Myning, affirmat Vigilianam emendationem omnem alterationem tollere & sopire, quæ hæc est, *d. l. miles.* interpunctionibus esse corruptam, & verbum *exheredato* præcedentis §. finī annectendū esse, vt sit vnū cum §. miles & emācipato. Exheredato igitur filio emācipato, nec miles poterit substituere, cum de propriis illius disponere non possit. Porro obiicitur *l. precib. 8. C. h. r.* in qua dicitur, illa tantum bona pertinere ad substitutum, quæ patris ipsius, cum moreretur, fuerunt. Resp. Illa lex de fideicommissis substitutione agit, in qua heres rogatus potest transferre, sed nō cogitur nisi qd ad ipsum peruenit. Deinde obiicitur tale argumentum: Cum secundæ tabul. sint pars testamenti paterni. sequitur vt tabul. prioribus sublatis, posteriores etiā simul sublatae esse intelligantur, qua in re pugna esse videtur inter Vlpian. & Papin. Ait enim Vlp. *in l. sed si plures. 10. §. 4. ff. h. tit. 7.* si ex alie heres institutus à patre, filio exheredato si bstitutus, patris hereditatē repudiauerit, cum non haberet substitutum, non poterit filij hereditatem adire. Papin. vero ait *in d. l. 12. ff. cod.* Si filius qui patri, ac postea fratri, ex secundis tab. heres extitit, hereditatem patris recuset. fraternam autē retinere malit, audiri debet, idq; Vlp. ante diserte negauerat. Resp. Papinian. loqui de herede suo: Vlpian. de herede extraneo in priorib. tabul. instituto. Qui semel heres est, is heres esse non definit. *l. ei qui. 88. ff. de hered. instit.* Gloss. ita respōdet: Papinian. loqui de fratre substituto, illum posse patris hereditatē recusare. Vlpian. vero de extraneo substituto, quæ solutio etiā videtur recte conueniri ex *d. l. 12.* Nihil etiā facit ad rem *l. 2. ff. h. tit.* in qua dicitur, si omīsa causa principalis testamenti, ab iniectato possideatur hereditas, nihilominus substitutum seruandum. Quo loco priores tabulæ sunt sublatae & posteriores nihilominus subsistunt. Nam substitutus si seruari debet, necesse est secundas tabulas seruari, in quibus heres scriptus est. Non inquam ad rem facit, quia fit id à prætore, quod alias ipso iure faciendum non fuerat. Nos autem dicimus de eo, quod ipso iure substituit. Atq; ita illa vere loquitur de prætoris tanquam Magistratus auxilio.

Ad Theſin 21.] Assertioni theſ. 21. obiicitur *l. fideius. 34. ff. ad Sctum Trebell.* Ibi pater duos filios heredes scripsit, & cum qui supremus moreretur rogauit, vt partem suam Titio restitueret. Fratres simul perierunt in naufragio. Ictus Martinus scribit fideicommissis. intercedere, & matrem ex Scto Tertulliano, viriq; succedere. Resp. Nonnulli interprecium differentiam solent hic constituere, inter substitutionem & restitutionē, siue precariam substitutionem, quod neutriquam probandum est. Nam nulla est hac in parte differentia inter substitutionem precariam & directam. *l. Titia Seio. 89. §. Seia. ff. de leg. 2.* Ita igitur potius dicendum est quod *in l. qui duos. ff. de vulg. & pupill. substit.* substitutus totum erat habiturus per supremum morientem, si ordine disceserint filij. Etsi igitur hic nō appareat, quis prior sit mortuus, nihilominus tamen hereditas ad substitutum perueniat. At *in d. l. Seius.* partem tantum substitutus per fideicommissis. erat habiturus, ideo cū non conficiet vter supremus fuerit mortuus, merito fideicommissum extinguitur.

Ad Corollarium.] Queritur satis eleganter, si quis substituat alicui filio impuberi in vulgarem casum, & is filius impubes moriatur, an mater superstes suam legitimam portionem auferendo excludat substitutum? Sed cōmunior est sententia, quod mater non excludat substitutum, idque satis plane colligitur & exprimitur *in l. Lucius Titius. 45. in fin. princ. ff. de vulg. & pupill. substit.* ubi dicitur, Matrem ab intestato tantum succedere: Ergo substitutus ex testamento admittitur, Deinde id ostenditur ex *l. Papinian. 8. §. sed nec impuber.*

- puber. ff. de inoffic. testamento*, ubi dicitur, quod mater non possit queri de inofficioso testamento, quamvis mater à successione pupilli per substitutionem pupillarem sit exclusa, quia pater filio heredem fecit, hoc est, eum instituit ibi heredem, non uxorem, quæ non admittitur ad querelam inofficiosi eo casu, quia non est præterita à filio, sed à marito. Deinde id satis constat ex iure Canonico, quod hac in parte ius civile sequitur *in cap. 1. §. ult. de testamentis. num. 6.* ubi Papa expressis verbis ꝑ excludit matrem à pupilli bonis, propter substitutionem pupillarem. Deinde hæc sententia iuuatur per *l. si quis ff. in princ. de testamentaria tutela*, ubi dicitur, quamdiu speratur testamentaria tutela, cessat legitima. Sed ultima patris testatoris voluntas, vt mater excludatur, cui parendum, *l. 1. C. de SS. Ecclæs.* Hanc communem esse sententiam faretur Zasius *in tractat. de substit. cap. 2. in 6. effectus*, & inquit Vigl. *in §. num. 15.* eam sententiam multarum ciuitatum institutis confirmari. Sed obicitur primo, *lex nam etsi in princ. ff. de inoffic. testam.* ubi dicitur, quod liberis parentes succedant etiam turbato mortalitatis ordine. Resp. Id non est ex testamento, vel ab intestato, vel si mater est à filiis iniuste exheredata. Tunc enim habet pater & mater inofficiosi querelam, *d. l. nam etsi*. Et ita quoque intelligitur *lex mater §. C. ad SCtum.* ubi dicitur matrem filio succedere ex testamento vel ab intestato, nec ibi fit substitutionis mentio. Secundo obicitur sic: Legitima debetur iure naturali gentium & ciuili: Ergo matri auferri non potest. *l. vn. C. vnde vir.* Deinde ordine successionis ab intestato procedit mater, *Novell. 118. §. 12.* Respond. Hic ius naturale non est inter maritum & uxorem. Nam pater testamentum facit, vt expresse loquitur *d. l. Papinian. 8. §. sed nec impuberes. ff. inoffic. testamento*. Inter liberos autem & parentes est ius naturale *l. 7. de bon. damn.* Vnde dum pater filio facit testamentum, eique substituit, à matre impugnare non potest. Alias
- 26 legitimam mater habere potest ꝑ actionem inofficiosi, si filius testamentum facit & matrem præterit, vel iniuste exhereditat. *§. 1. infr. de inoffic. testamento*. Deinde mater ab intestato succedit, si non est testamentum facti in: Ergo cessat legitima successio.

Tertio obicitur valde *l. ultim. C. de insti. & substit.* ubi mater præfertur substituto, quemadmodum expresse ibi dicitur, & redditur ratio, ne lucuosa ei sit filij hereditas. Respond. Ibi mater erat in parte instituta, in quo casu nos non loquimur: Ergo præfertur mater.

Quarto obicitur *l. precibus C. de impub. & aliis substit.* Resp. Vaudus *lib. 1. quæstio. quæst. 44.* illam legem ad paganorum testamenta non pertinere, sed tantum ad testamentum militum, quæ à iuris ciuilibus subtilitatibus & obseruationib. sunt exempta, *l. D. Traianus. ff. de milit. testam.* Verum igitur manet præferri matri substituto, & multo magis fratrib. qui in collateralibus sunt successione & vltiori gradu, *d. Novell. 118. §. 1. & 2.* Nec facit pro hac re *l. acurissimi. C. de fideicommiss.* quæ procedit præsumptione aliqua adiuuante, id est, quando id ex mente testatoris potest colligi vtcunque. Putat ramen Zasius *in d. tractat. substit. cap. 2. in 6.* æquius esse, vt mater hoc casu si excluderetur à successione pupilli, & magna egestate vrgeretur, substitutum cogere possit etiam de iure ciuili, ne dum

in foro conscientiæ, vt præstet alimenta matri pupilli, quæ ratione

naturali dantur, *l. si quis autem liber. §. parens.*

cum §. seq. de alend. liber. & c.

DISPVATIO XVIII.

Ex tit. 17. 18. & 19. lib. 2. Instit. quibus modis testamentum infirmentur, &c.

CONTINVATIO.

Haectenus testamenti species & partes ponderauimus: sequitur, vt modos eiusdem dissoluendi videamus.

Thesis 1. Testamentum tamdiu valet, donec rumpatur seu irritum fiat, modo tamen illud iure sit factum. *in princ Instit. quib: mod. testam. infirm.*

2 Rumpitur testamentum aut agnatione sui heredis: adoptando scil. in manum conueniendo, in locum sui heredis succedendo & manumissione, aut mutatione prioris testamenti. *§. rumpitur. Instit. hoc tit. l. penult. C. de adopt.*

3 Deinde posteriori quoq; testamento, quod iure perfectum est, superius rumpitur, etiam si nullus ex illo testamento heres existat. *§. posterior quoq;. Instit. hoc tit. l. cum in secundo. ff. eod. tit. arg. l. 4. ff. de adim. legat. l. pacta. C. de pact.*

4 Vel ex certis saltem rebus in eo heres institutus sit. *§. sed etsi quis. Instit. hoc tit. l. si quis priore. ff. ad SC. Trebell.*

5 Irritum testamentum est, quod ab initio valet, sed ex qualibet mutatione status testatoris, vis eius quoq; fit languidior. *§. alio autem modo. Instit. hoc tit. l. si quis filio. §. eius qui, & §. sed etsi. ff. de iniusto testam.*

6 Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quæ ab initio iure facta per capitis diminutionem irrita facta sunt: nam si septem testium signis signata sunt, potest scriptus heres secundum tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere, si modo defunctus & ciuis Romanus, & suæ potestatis tempore mortis fuerit. *§. non tamen. Instit. h. tit. l. 12. ff. de iniust. irrit. testam.*

7 Nam si ideo testamentum irritum sit factum, quia ciuitatem vel etiam libertatem testator amisit, aut quia in adoptionem se dedit, & tempore mortis in adoptiui patris potestate sit: non potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere. *§. non tamen per omnia. vers. nam si ideo. Instit. hoc tit.*

8 Tabulæ testamenti prioris iure factæ ex diui Pertinacis oratione irritæ nequaquam fiunt, nisi sequentes iure ordinatæ & perfectæ fuerint. *§. ex eo autem solo. Instit. hoc tit. l. 2. & 11. ff. de iniust. testam. l. 29. ff. qui testam. fac. poss.*

9 Liberis iniuste exheredatis, vel silentio in testamento præteritis datur ad illam iniuriam vindicandam & legitimam auferendam querela inofficiosi testamenti. *tot. tit. ff. & C. de inoffic. testam.*

10 Inofficiosum testamentum est, quod contra pietatem à parētibus fit,

qui liberos suos excludunt in testamento à successione hereditatis sine iusta causa exheredationis, inducti ut plurimum nouercalibus persuasionibus. *tot. tit. Instit. ff. & C.*

11 Tria remedia dantur exheredatis vel iniuste præteritis, scil. ius dicenti testamentum nullum, querela inofficiosi testamenti, & supplementum legitimæ.

12 Parentes cum liberos suos plerumq; sine causa exheredant vel in testamento omittunt, eorum liberi non immerito de inofficioso testamento agere possunt, conquerentes, aut inique se exheredatos, aut inique præteritos, hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerint, cum testamētum ordinarent, *in princ. Instit. de inoffic. testam. l. 1. ff. eod. tit.*

13 Soror vero & frater turpibus quidem personis scriptis heredibus, ex sacris Constitutionib. præferuntur; ultra fratres & sorores cognati ne utiquā aut agere possunt, aut agētes vincere. *§. non autem liberis. vers. soror autem. Instit. hoc tit. l. 21. & l. 23. C. eod. tit.*

14 Tam autem naturales liberi, quam ab ascendente adoptati tum demum de inofficioso testamento agere possunt: si nullo alio iure ad defuncti bona venire possunt: venientes enim alio iure ad hereditatem totam vel partem eius, de inofficioso agere nequeunt. *§. tam autem. Institut. hoc titulo.*

15 Posthumi quoq; qui nullo alio iure venire valent, de inofficioso testamento agere possunt. *§. tam autem. vers. posthumi. Instit. hoc tit.*

16 Accusatio de inofficioso locum habet, si nihil penitus liberis à testatoribus testamento relictum sit: sin vero quantacunque pars hereditatis vel res eis fuerit relictæ, de inofficioso querela quiescente, id quod eis deest usque ad legitimam partem repleatur, licet non fuerit adiectum, boni viri arbitratu debere eam compleri. *§. sed hac ita. Institut. hoc tit. l. omnimodo. 30. C. eod. tit.*

17 Quod si tutor nomine pupilli, cuius tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit, cum nihil tutori à patre suo erat relictum, nihilominus poterit nomine suo de inofficioso patris testamento agere: sed contra si pupilli nomine, cui nihil erat relictum, de inofficioso egerit & superatus est, ipse tutor, quod sibi in testamento eodem legatum, relictum est, non amittit. *§. si tutor. Instit. hoc tit. l. si pars. §. fin. ff. eod. tit.*

18 Hactenus de inofficioso testamento satis dictum: iam vero de heredum qualitate & differentia agemus. *Mynsing. in rubric. Institut. de hered. qual. & differ. num. 1.*

19 Heres est successor in vniuersum ius, quod defunctus tempore mortis ha-

tis habuit: estque vel testamentarius vel legitimus. l. 37. ff. de acquir. hered. l. 59. & seq. ff. de reg. iur. Vultei in princ. Instit. hoc tit.

20 Testamentarius est, qui vel in scriptis vel nuncupatio instituitur: legitimus, qui nullo facto testamento succedit ab intestato secundum legis prouisionem.

21 Porro heredes sunt aut necessarii, aut sui, aut extranei. Necessarii sunt serui, qui à non domino heredes instituti cum expressa & tacita libertate donati, hereditatem & libertatem consequuntur. in princ. Institut. de hered. qual. & differ.

22 Sui heredes sunt, qui eo tempore quo fit testamentum, in potestate testatoris sunt, & proximo liberorum gradu eum attingunt. §. sui autem. Instit. hoc tit. l. in suis. ff. de liber. & posthum.

23 Extranei heredes sunt, qui neque sui, neque necessarii, neque in potestate testatoris existunt, ut liberi emancipati. §. ceteri qui. Instit. hoc tit.

24 Qualitas heredum in eo etiam potissimum versatur, ut cum heredibus sit testamenti factio, quæ duobus temporibus inspicitur, tempore testamenti facti, & mortis tempore. §. in extraneis. Instit. hoc tit.

25 Et licet ius deliberandi heredibus competat, an adire hereditatem velint, necne. §. extraneis autem. Instit. hoc tit.

26 Hodie tamen loco iuris deliberandi beneficium inuentarii introductum est, ut auxilium deliberationis non sit necessarium. §. sed nostra. Instit. hoc tit.

27 Illudque inuentarium intra 40. dies conficere omnis heres debet de omnibus bonis, nisi creditoribus & legatariis vult teneri ultra vires hereditarias, & quidem à notario ad hoc rogato. §. sed nostra. vbi Myns. late num. 16. Instit. hoc tit. l. scimus. §. 14. C. de iure deliber.

28 Denique adire hereditatem heres potest vel verbis, hoc est; nuda voluntate expressa, vel facto, si quis se pro herede gerit, hoc est, actum aliquem exercet, qui non nisi ab herede fieri queat. §. fin. Instit. hoc tit. l. 20. ff. de acquir. heredit.

Corollarium: Non parum ineleganter quæritur: an sola institutio querelam excludat, seu an legitima hodie liberis necessario sit relinquendo titulo institutionis, ut de inofficioso agere nequeant? §. ult. vbi lute Dd. & Mynsing. Instit. de inoffic. testam. Nouell. 115. §. aliud quoq. Gomez. tom. 1. variar. resolut. cap. 11. num. 24. Grass. in §. testamentum. quest. 35.

252 ²⁶⁰ DISPUTATION. IURIS CIVIL.
DISPUTATIONIS XVIII.

Quibus modis testamenta infirmantur, obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 Testamentum quamdiu valeat.
- 2 Ruptura testamenti per agnationem sui heredis, quot modis fiat.
- 3 Matris prateritis est pro exheredatione.
- 4 Testamentum an rumpatur agnatione.
- 5 Posthumus prateritis testamentum non rumpunt, nisi nascantur.
- 6 Adoptione sui heredis an rumpatur testamentum.
- 7 Testamentum quomodo rumpatur mutatione.
- 8 Testamentum non mutatur sola & nuda voluntate, nisi ea expresso & claro aliquo signo evidenter demonstretur.
- 9 Testamentum irritum quid sit, & quomodo fiat.
- 10 Testamentum an etiam minima capitis diminutione irritum fiat.
- 11 Exceptione infirmatur & eliditur id quod alias ipso iure valet.
- 12 Tabula prioris testamenti iure facta, quando per tabulas posterioris irrita fiant.
- 13 Testamentum imperfectum cur, & quando sustineatur.
- 14 Princeps testamentum imperfectum corroborare, & ex eo quid capere non potest.
- 15 Querela inofficiosi testamenti quid sit.
- 16 Actio inofficiosi testamenti quando proponatur.
- 17 Querelam inofficiosi testamenti an parentes habeant.
- 18 Querelam inofficiosi fratres & sorores habent.
- 19 Cognati reliqui ultra fratres, an ad querelam inofficiosi admittantur.
- 20 Posthumi possunt querelam inofficiosi testamenti instituere.
- 21 Spurij querelam inofficiosi testamenti, in testamento matris habent.
- 22 Accusatio de inofficioso testamento quando locum habeat.
- 23 Legitima in testamento quid sit.
- 24 Legatim qui accepit an de inofficioso testamento recte agere possit.
- 25 Heredes quomodo differant.
- 26 Heredes necessarii qui sint.
- 27 Heredes sui cur sic dicantur.
- 28 Heredes sui & necessarii non dicuntur proprie adire hereditatem.
- 29 Heredes sui qualitas in quo versetur.
- 30 Heredes sui & necessarii, quomodo habeant beneficium abstentionis.
- 31 Quartam auctam unde qui habere dicatur.
- 32 Institutionis titulo aliquid relinquendum est, & querela inofficiosi testamenti excludatur.

Naturale est omnibus rebus, ut non tantum certis modis constituentur, sed etiam certis modis infirmantur. Id quod in patria potestate, tutela, & in hac materia testamentaria, & alias in hisce institutionibus more Ictorum, & iuxta vŕitatum methodum proponitur.

Ad Thes. 1.] Testamentum tamdiu valet ꝛ donec rumpatur irritumue fiat, modo tamen iure testamentum sit factum. Nam quod nullum est, necesse non habet ut amplius nullum declaretur. Ipso iure ergo valet testamentum quod rumpitur. Item quod irritum sit, ut ex seq. apparet *l. s. ff. eod.* licet ex post facto infirmetur. Nullum autem testamentum dicitur, in quo desunt solennitates *l. s. ff. de iust. rupt.* & id quod etiam iniustum dicitur, & nullius momenti est, in quo filius præteritur, licet hodie ex noua constitutione valeat tantum quoad legata, & fideicommissa, non quoad institutionem, quæ annihilatur per querelam inofficiosi testamenti.

Ad Thes. 2.] Rumpitur testamentum aut agnatione sibi heredis, aut mutatione prioris testamenti. Primo hic agitur de ruptura, quæ sit per agnationem sui heredis, ꝛ id sit varie. 1. fit adoptando, modo tamen fiat per auium *sed hodie sup. de adopt. 2.* in manum conueniendo. 3. in locum sui heredis succedendo. 4. Manumissione. De primo modo hic agitur. De quarto & secundo modo non attinet hic dicere, qui de foro nostro decesserunt. De tertio agitur *sup. in §. posthumorum. de exheredat. liberor.* Nam posthumi nati rumpunt testamentum agnoscendo, hoc est, in locum sui heredis succedendo, qui forte mortuus est vel emancipatus, idque ex secundo cap. legis Velleia, de qua agitur in *l. Gallus Aquilius ff. de liber. & posthum.* Non autem rumpitur testamentum præteritione scemina. *l. Gallus §. nunc de l. Velleia. in fin. ff. de liber. & posthum.* quia ꝛ matris præteritio est pro exheredatione. Sed obiicitur *l. posthumus 12. in pr. ff. de iust. rupt.* & c. ubi posthumus præteritus viuo testatore natus rumpit testamentum, & tamen dicitur, quod testamentum valeat, nam si signatū fuerit, potest scriptus heres bonorum possessionem agnoscere, & legatarii ac fideicommissarii relicta consequi possunt. Ergo falsum est, testamentum rumpi ꝛ agnatione sui heredis. Respond. Specialis est casus in d. l. posthumus. Nam posthumus exheredatus & quidem viuis natus statim decessit. Inspecta igitur iuris subtilitate (quæ in eo est, quod sit præteritus, deinde quod viuis sit natus, & per illam natiuitatem rumpit testamentum) seu summo iure inspecto, hoc casu dicendum videtur testamentum esse ruptum. Sed ex æquitate tamen prætoria testamentum sustinetur (quæ æquitas in eo est, quod post natiuitatem & sic post irritationem iuris civilis subtilitate factam, statim sit mortuus posthumus) & datur bonorum possessio secundum tabulas testamenti, quasi adhuc testamētum valeret, quasi ruptum nondum esset. Et prætores semper æquitatem sequuntur. *§. emancipatos infr. de hered. quæ ab intest. defer.* & alias modicum tempus natiuitatis non curant; sed quasi non factam prætercunt. Datur igitur bonorum possessio secundum tabulas testamenti, non hereditas, quæ iuris civilis subtilitate inspecta euauit, cum sit iuris civilis: heredem enim lex facit, bonorum possessorem prætor *§. 1. infr. de bonor. possess.* Et hæc solutio ob æquitatem & iuris civilis duritiam seu summum ius est Ethica & bene notanda. Alias si posthumus diu vixisset, nec bonorum possessio valuisset, sed & illa annihilata fuisset. Hoc autem causa quia statim moritur, nihilominus bonorum possessio secundum tabul. testamenti datur, hoc est, quasi adhuc testamentum suas vires haberet, ac legata etiam & fideicommissa debentur. Inso contra dat. solut. ex *l. 1. C. de posthum. hered. instituend.* ubi similis est casus, & ibi dicitur, quod ex rupto testamento nihil debeat. Vos autem cum d. l. posthumus dicitis, quod legata & fideicommissa valeant. Respond. Illa loquitur in tali casu, quando diu viuit posthumus, ita ut efficaciter etiam, quoad bonorum possessionem rumpat testamentum, in d. l. posthumus ex æquitate sustinetur testamentum contra iuris civilis subtilitatem, scilicet quia statim moritur. Nostra igitur thesis omnino consentit cum d. l. 1. C. de posthum. hered. instituend. scilicet eo casu, quando reuera nascitur posthumus & diu superest, ut effectualiter rum-

pat testamentum, nec quicquam ex eo testamento valeat, quamvis tamen thesauri, hæc proprie in casu adoptionis loquatur, tamen ad d. §. *posthum. sup. de exheredat. liber.* optime referri potest, quia posthumus agnascitur ut is qui adoptatur. Insuper ex regula Caton. quæ est in l. *quod ab initio. ff. de regul. iur.* quod ab initio non valet, tractu temporis non convalescit. Testamentum in quo posthumus est præteritus, non valet. Ergo non convalescit. Respondet D. Mynsinger. in §. 12. num. 11. *de exheredat. liber.* testamentum in quo posthumus præteritur, valet iure civili & prætorio, quia alias non rumpetur, nisi valeret, vel frustra rumpetur. Si ergo nascitur, rumpit quidem testamentum in totum d. l. 1. *Cod. de posthum. hered. instituend.* Si autem nascitur & statim decedit, civilis iuris subtilitate inspecta testamentum ruptum dicitur, ex equitate tamen prætoria, ut *supr. est dict.* sustinetur. Deinde sustinetur testamentum in quo est facta præteritio, si instituti sunt illi, qui ab intestato essent successuri, idque duplici favore sustinetur. 1. propter favorem ultimæ voluntatis. 2. quia alias ab intestato illi essent successuri. *dict. l. posthumus de iniust. rupto. &c.* Insuper tamen adhuc contra dat. solut. testamentum scilicet ab initio non valere, quia posthumi præteriti rumpunt ipso iure testamentum, quamvis non sint nati *l. qui in utero. ff. de statu hominum.* Respondet Mynsinger. in *dict. §. 1. de exheredat. liber.* agi quidem hic de ipsorum commodo, quo casu pro iam natis habentur, sed tamen quia nondum nati sunt, & multa evincere possunt, ut non nascantur, *argument. l. 2. 3. Cod. de posthum. hered. instit.* merito etiam testamentum non rumpunt, nisi nascantur & diu vivant, ut effectualiter testamentum rumpant. Denique contra id quod dicitur, agnatione sui heredis per adoptionem rumpi testamentum, assertur l. *filio. 23. §. fin. ff. de liber. & posthum.* ubi dicitur, quod testamentum nepotis non rumpatur testamentum. Respond. ibi Titius heres fuit primo institutus, deinde loco nepotis adoptatus; dum igitur institutus fuit, non rumpit testamentum. Idem est in eo, qui emancipatus & postea exheredatus fuit. Is enim non potest rumpere testamentum *l. non potuit §. si quis emancipatum. ff. de bonorum possess. contra tabul.* Viglius in §. 1. h. 1. *zul. nostro.*

7 *Ad Thes. 3. & 4.]* Rumpitur testamentum per mutationem, scilicet testamento posteriore iure perfectio. Nam plura testamenta fieri possunt, cum ambulatoria sit ultima voluntas usque ad mortem *l. 4. ff. de adim. & transfer. legat.* & priores tabulæ vim suam amittunt, nisi posteriores tabulæ consentiant: Tunc enim censetur unum testamentum pluribus codicibus factum *§. pen. §. supr. de testam.* In tantum autem testamentum rumpitur prius per posterius, ut quamvis in eo heredem instituerit ex certis rebus, tamen rumpatur posterius detracta rerum mentione. Deinde non valet iure civili, nisi hoc sit expressum. *l. iam 14. C. de fideicom.* Et quidem in eo casu, quando posterius testamentum non valet ex defectu heredis, quia tum testamentum posterius quod rumpit prius, non valet similiter scilicet ex defectu heredis. Sed oppon. l. *Clodius 97. ff. de acquir. vel omittenda heredit.* ubi dicitur, quod aliquis fecerit testamentum & quidem inutiliter, & tamen per illud inutile testamentum prius testamentum utiliter factum est ruptum, contra regulam iuris: utile per inutile non vitiatur. *capit. & tile. de reg. iur. in 6.* Resp. ibi scriptus heres voluit adire hereditatem, ex secundo testamento inutiliter facto, sed dum per inutile utile non vitiatur. *d. c. & tile.* ei hoc non est obest. Est error heredis scripti excusabilis. Intestatus autem nihilominus decedit testator, quia primum testamentum per secundum, & quidem per actum testatoris, vel per demonstrationem voluntatis, quæ ex secundo testamento scripto apparet quasi rumpitur. Et licet secundum testamentum non sit rite factum, tamen animus & voluntas testatoris mutata, inde satis colligitur: idque argumento est evidenti. Non igitur

tum posterius infirmat prius, quia posterius est inutile, sed tantum quia apparet ex posteriore mutata voluntas, eo non obstante, quod non valeat, quasi rumpit & infirmat prius testamentum. Et dum prius testamentum non valet ob voluntatem mutatam, & posterius non valeat, quia est inutiliter factum, forte herede in eo non instituto, vel amissis solennitatibus, debitis intestatus testator deeedit, cum sit sine herede, & ideo testamentum non valet *l. proxime. ff. de iis qui in testam. delentur*. Secundo oppon. *l. hac consultiissima 21. §. si quis autem C. de testament.* ubi rumpitur prius testamentum per posterius etiam non iure factum, puta, forte omisis solennitatibus. Resp. id est in eo casu, quando in priore testamento fuerant instituti ii, qui ad successionem venire non potuerunt: In secundo autem testamento ii erant instituti, qui ad successionem venire poterant. Nam semper facilius admittuntur ii qui ex testamento succedunt, quam extranei, *argum. l. si filius ff. de vulg. & pupill. substit.* Licet igitur secundum testamentum sit iniustum, tamen valet per institutionem factam in iis personis, quae ab intestato succedere poterant, id quod similiter ita disponitur in *d. l. posthumus 12. ff. de iniusto rupto*, & c. Et in *d. l. 2. ff. eod.* ubi dicit Vlp. testamentum subsistere, nec rumpi etiam testamentum iniustum, modo tamen bonor. possess. data fuerit, ei qui ab intestato res auferre possint. Et ideo etiam legata & fideicommissa valent. Tercio oppon. *l. sancimus. 27. C. de testament.* ubi dicitur, quod prius testamentum possit tolli per posterius, tantum per 3. testes prolatum & apud acta manifestum. Ergo non est verum per posterius testamentum iure perfectum rumpit prius. Resp. in *d. l. sancimus*, similiter est casus is specialis, vt & superior, & quidem tum, quando testamentum posterius apud acta manifestatur h. e. in iudicio coram 3. testibus, idoneis, tum ex autoritate iudiciali prius testamentum, propter mutatam voluntatem, propter lapsum decennii rumpitur, alias sola & nuda voluntas non mutat testamentum prius, nisi id expresse & claro aliquo signo & argumento euidenter demonstretur. §. ex eo autem quib. mod. testam. infirm. ubi particula autem superiori sententiae contrariam & aduersatiuam inducit, & certum est alias, debere aliquid tolli eo modo, quo est constitutum. *l. nihil tam naturale. ff. de reg. iur.* Et vt Theophil. dicit, qui iure facta sunt, iure tolli & perimi debent. Vide gloss. ita soluentem, in §. ex eo. Veris perfectis fuerint h. t. Scriptura autem testamentum prius est factum, & sic voluntas confirmata: Scriptura ergo illud testamentum tolli necesse est, nec sufficit nuda voluntas. Sed contra dat. explicationem oppon. *l. 1. §. si tabul. testam. null. extab.* ubi dicitur, mutata voluntate testatoris scriptum heredem non posse adire. Resp. ibi mutatio voluntatis testamenti superioris declarata fuit, puta quod sigilla incidit. *l. coheredi 41. ff. de vulg. & pupill. substit. §. ex eo a. infr. h. t.* Quarto oppon. *l. quarebatur 19. ff. de testam. milit.* ubi dicitur, quod miles possit plura testamenta facere, omniaque valere ex militis voluntate expressa. Resp. id speciale est in milite, qui prout vult, prout potest, facit testamentum *l. 1. ff. de testam. milit. §. 1. sup. de milit. testament.* Sed contra dat. solut. oppon. *l. 1. C. de testam. milit.* ubi dicitur, quod si pater miles specialiter in bonis, quae in paganico habebat, re herede fecit, bona quae in castris reliquerit, petere tamen non possit, etiam si is, qui haeres institutus est, adire ea noluierit. Resp. Miles pro parte testatus decedere potest. Ergo sola voluntas militis dum attenditur, non opus est, vt quid amplius hic queramus, quam id fieri tantum propter ultimam voluntatem.

Ad Thef. §. 6. Irritum fit testamentum, quando testamentum quidem valet, sed ratione personae irritatur, & vocatur etiam ruptum, qui quod irritum est, ruptum quoque est. Irritum a. fit testamentum per capitis diminutionem scilicet maximam, quando libertas & ciuitas amittitur per subitam seruitutem, vel per venditionem libertatis, pretii participandi gratia. *l. si quis. 6. §. irritum. ff. eod.* Deinde per mediam vel minorem capitis diminutionem puta per deportationem, idque

- idq; ostenditur in *d.l. si quis filio. 6. §. eius qui deportatur. ff. eod.* Et Vigl. in *§. alius autē h. tit.* dicit non esse dubitandū, quia maxima & media capitis diminutione testamentum irritū fiat. Sed obiicitur *d.l. si quis filio. 6. §. pen. ff. eod.* vbi valet testamentū tale. Resp. testamentū eius, qui ab hostibus captus est, quasi ex posthliminio valet, hoc est, iure posthliminii vel beneficio *l. Cornelia. §. ult. sup. quib. non est permisso. fac. testamentum.* Et ille casus in *d. §. alius* est teste Viglio. Notandum autem bene est, in *d.l. si quis filio §. irritum. ff. eod.* dici, maximam cap. diminutionem adimere civitatem, cum tamen in *§. 1. de capi dimin.* dicatur, eam adimere libertatem & civitatem. Sed sciendum est, id quod ei loco deest, ex aliis esse supplendum. Deinde quia in civitate includitur etiam hoc loco libertas, ut exemplis iubeatis omnia conveniant in *d.l. si quis filio 6. §. irritum. Et §. eius qui autem eod.* id quod gloss. in *d.l. si quis* ostendit, & satis apparet id ex *§. non tamen. vers. nam si* ideo, hoc tit. Sed quæritur anneq; minima capitis diminutione, puta adoptione testamentum etiam irritum fiat? Et sciendum est minima capitis diminutione, puta adoptione, emancipatione, arrogatione irritum fieri testamentum. Nam filiusfam. testamentum coadere & relinquere quidem potest. *§. 1. sup. quib. non est permisso. fac. testament.* Et in ea sententia est Faber & Wetsenb. in *§. alio autem. h. tit.* Viglius autem in *d. §. alio autem* contrarium sentit. Sed dum nititur tantum textu in *d.l. si quis. §. ult. h. tit.* qui de milite loquitur ac de veterano, qui in militia iure militari testamentum facit, meritio eius sententia improbanda est, & arrogatione certum est rescindi testamentum, eaque est capitis diminutio minima, ut expresse probatur ex *l. qui ex liberis 11. §. testamentum. ff. de bonor. possess. secundum tabul.* Testamentum autem irritum & inutile factū per capitis diminutionem minimā, sustentatur tum tantum, quādo signis testium est signatum, & quidem sustentatur iure prætorio, hoc est, vires ex æquitate prætoria caput. Nam præt. bonor. possess. secundum tabulas pollicetur, si modo defunctus sit civis Roman. & suæ potestatis sit mortis tempore. Alias si propter solam libertatis vel civitatis amissionē, vel quia in adoptionem se quis dedit, & mortis tempore in patris adoptivi potestate est, heres scriptus non potest secundum tabulas bonor. possessionem petere. Nam cum maximam vel mediam patitur caput. diminutionem, & mortis tempore est in patris adoptivi potestate, tabulæ ab illo relinqui non possunt, quia non est paterfam. *d. §. 1. sup. quib. non est permisso. fac. testamentum.* Et quidem non potest valere iure prætorio, quia præt. exigit, ut is, cui bonorum possessio datur, utroq; tempore testamenti factionem habuerit, & cum facit testamentum & cum moritur. *l. r. §. exigit. ff. de bonor. possess. contra tabul.* Sed obiicitur, *d.l. qui ex liberis 11. §. testament. ff. de bonor. possess. secundum tabul.* vbi dicitur: Si Titius testamento facto ad arrogandum se præbuit, ac in eo statu est mortuus, h. e. mortis tempore fuerit in potestate arrogatoris, scriptus heres petere bonorum possessionem potest, cum tamen Iustin. in *§. non tamen vers. non ideo, h. titul.* contrarium dicat. Respondet Viglius ibidem, valere quidem eo casu ipso iure testamentum, sed tamen in effectu irritum fieri per exceptionem. Nam
- 10 si datur ¶ exceptio peremptoria, semper ipso iure quidem aliquid valet, sed tamen infirmatur vel eliditur per exceptionem ut in *d.l. qui ex liberis.*
- 12 Ad Thef. 8.] Tabulæ testamenti prioris iure factæ irritæ non fiant, nisi sequentes iure ordinatæ & perfectæ fuerint. Nam imperfectum testamentum sine dubio est nullum. Imperfectum autem testamentum est, in quo non est heredis institutio vel exheredatio, l. inter cetera ff. de liber. Et posthum. Deinde testamentum est imperfectum & non iure factum, in quo desunt solennitates *l. 1. de iniust. rupto testament.* Viglius in *§. ex ea autem h. titul.* Sed hic quædam obiiciuntur. I. Obiicitur *l. hac consulti ssima. §. ex imperfecto. C.*
- 13 de testamentis, vbi ¶ imperfectum testamentum sustinetur. Respond. Id speciale est in testamentum

tamento inter liberos factō, idque ratione commodi liberorum toleratur, alias si incommodum aliquod liberorum verteretur, posset testamentum ratione solennitatum amissarum opime impugnari, id quod Viglius in §. ex eo. h. titul. recte arbitratur. II. Obijcitur l. eius militis 34. §. militia missus ff. de milit. testamento, vbi id quod imperfectum est, rumpit id quod est perfectum. Respond. Ibi miles dimissus fuit, & cepit facere testamentum iure communi post dimissionem, nec perfecit. Quæritur autem an prius testamentum iure militari factum sit ruptum per hoc testamentum paganum, & tamen nondum totum perfectum? Et respondetur quod sic, quia testamentum militare solennitates nullas desideratas etiam per imperfectum testamentum commune facilius potuit tolli, alias testamentum imperfectum paganum non posset tollere testamentum perfectum paganum. Et ita textus habet & gloss. sentit. III. Obijcitur l. 2. ff. de iniuriis rupto, &c. vbi imperfectum testamentum sustinetur. Respond. Si sunt instituti ii, qui ab intestato succedunt de quo supra dictum est. IV. Oppon. l. Clodius. ff. de acquir. heredit. de qua l. sup. est act. V. Oppon. l. nostram C. de testamentis. l. 1. §. si hæres ff. si tabul. testamenti nulla extat. vbi ex imperfecto testamento quid debetur. Respond. ibi testator rupit & cancellauit priores tabulas, deinde etiam voluit intestatus decedere. Non igitur mirum, quin ex voluntate testatoris testamentum sustineatur. Sexto obstat l. hereditas. C. de his quibus & indignis. Respond. ibi talia verba dixerit testator, quod heres fuit indignus vel filia, quæ plus faciunt, quam si simpliciter diceret, nolle si prius valere, quam si secundum cepisset facere. Et ideo ibi receditur à primo. Septimo obijcitur l. coheredi. §. cum filia. ff. de vulg. & pupil. substitut. l. & tim. Cod. de codicillis. Respond. ibi clausula codicillaris sustinet testamentum Welsenbec. in §. ex eo. h. titul. num. 4. Manet igitur verum, testamentum imperfectum non valere, & corruiere multo magis, si testator ipse id cancellat, vel resignet, nec alio nec dum factō l. 1. 2. ff. de his, qui in testamento delentur. Sed & si quid detrahat vel addat, cassabitur nouum testamentum, nec valebit nisi ex noua iustaque solennitate l. heredes. §. si quis post. de testamentis. Deniq; in eadem thesi affirmatur, ipsum principem testamentum imperfectum corroborare non posse, cum ipse se illi alligatum profiteatur. Si quis igitur reliquit principem in testamento heredem, nec tabulas legitime fecit, non adipiscetur princeps ex illa scriptura hereditatem, cui desit iuris autoritas l. ex imperfecto 3. Cod. de testamentis. & h. §. n. Nam legibus solutus est quidem princeps, id est, solennibus testamentorum d. l. 3. C. de testamentis, cum lege regia & imperii, omne imperium in ipsum sit translatum, legibus tamen vult viuere, hoc est, secundum ill. viuere, ne quod aliis præscribit, ipse suo exemplo quasi infirmet. Nam agitur synecere, & sic exemplarantur, cum princeps alios quod monet, ipse facit. Ouidius. Ex quo ita Welsenb. hic. Deinde inuerecundum esset Imp. ex imperfecto testamento, legata & fideicommissa capere. Docet enim tantam maiestatem, eas seruare ill. quibus ipse solutus esse videtur l. ex imperfecto 23. ff. de legat. 3. Dum igitur inuerecundum est, graue est id fieri, cum facta quæ laxant pietatem & verecundiam, facere non possumus iure naturali etiam inspecto. l. pileus. 15. ff. de condit. instit. Sed obijcitur l. 2. §. iuris ff. ad L. Rhod. ff. de iactur. vbi Imp. dicitur dominus mundi. Ergo quiduis facere potest. Respond. ea quæ decet & verecunda sunt, nec ea quæ sunt contra ius naturale, contra verecundiam. Deinde obijcitur §. sed & quod principi placuit. supr. de iur. n. gent. & civil. vbi quod principi placuit legis habet vigorem. Respondent Dd. indignum est Imperatoria maiestate, et si quantum etiam est. Et potius reticeri debet illa adulatorum vox, boni etiam principes sciunt, quantum illi voci blandienti sit tribuendum, Mynsing. hic.

Ad Thes. 9. 10. & 11.] Quando liberi iniuste exheredantur vel silentio in testamento prætereuntur, daturus ad illam iniuriam vindicandam & legitimam auferendam querela inofficiosi testamenti, quæ † est singularis actio & species quadam petitionis hereditatis. *tot. tit. instit. C. & ff. de inoff. testamento.* Nam certum est, plura esse iudicia petitionis hereditatis. *dist. l. Diuus §. fin. ff. de petit. heredit.* Et plura sunt ex causarum diuersitate. Viglius *h. tit. l. numer. 6.* Sed dolendam est iuxta Dd. receptam interpretationem, hanc materiam valde esse strictam *gloss. in §. fin. l. b. tit. l.* qua tamen apud veteres nulla fuit celebrior, sed non fuit olim ordinaria actio, quia populus olim subuenit, ad quem suprema fuit provocatio, qua moti principes ex æquitate constitut. suis hoc populi extraordinarium auxilium confirmarunt, & subinde de querela inofficiosi testamenti rescripserunt, unde res in assiduam iurisdictionem abiit, quia pater contra officium pietatis & naturæ facit, quando filium iniuste exhereditat. Unde furoris colore officium illud iniquum quasi regitur & aueritur. Nec est quod dicamus, huius tit. vsum adhuc esse frequentem, quia tum tantum procedit, quando pater filium exheredem facit ex certa & legitima exheredationis causa, expressa in testamento & ab herede probata *Novell. 115. §. aliud.* Viglius tamen in *pr. b. tit. numer. 7.* putat illam huius tit. restrictionem ex mente Imp. non esse. Eumque hoc mouet, quod hic tit. *ex ff. & C. in Basilicis* referatur. Et per *d. Nouell. 115.* hoc tantum esse correctum affirmat, quod cum olim testamentum, in quo filius in potestate erat præteritus nullum esset, hodie quidem valet, & in heredis institutione tantum rumpatur: De querela autem correctæ nihil omnino indicant. Et haud dubie, inquit, Iustin. eius rei fecisset mentionem, cum alias in *Novellis* perpetua quadam iactantia appareat. Sed levis est Viglii prioratio, quia etiam in Basilicis extant, ramen inde non sequitur eos titulos non esse per ius nouissimum restrictos. Deinde etiam si inofficiosa querela non mentionem faciat Iustin. in *dist. Nouell. 115. §. aliud*: ramen dum exheredationis generaliter meminit, generaliter etiam est accipiendus & intelligendus. Et leges veteres cum nouis conferuntur, si fieri poterit secundum *d. l. non est nouum. ff. de ll.* Et odiosa restringi debent si fieri potest, *cap. odia. de reg. iur. in 6.* Martinus antiquum glossator voluit querelam inofficiosi testamenti penitus hodie cessare. Viglius in *§. i. h. tit. numer. 1.* Hac autem actio proponitur † adita prius hereditate *l. si filium. §. sed cum exhereditatio. ff. de bonorum possess. contra tab.* Ante enim non est contra quem agant, quique iudicium defuncti defendant.

Sed obiicitur bonorum possessionem statim & contra ipsum testamentum antequam heres adiit dari solere. *l. illud. ff. de bonor. poss. contra tabul.* Respond. Id verum est, & differentia ratio est *ex l. filio. §. i. ff. eod.* quia per bonorum possessionem de iure partis per querelam, de iure testamenti queritur: Et loquitur illa lex de speciali quadam bonorum possessione, quæ nec ipsa dari potest, nisi adita hereditate. Deinde per hanc actionem rescinditur testamentum. Ergo testamentum ipso iure antea valuit: Otiosa enim esset omnino rescissio, si non valeret testamentum, & tunc ipso iure nullum esset, nec opus esset rescissione *l. ex testamento 29. C. de fideicommissis.*

Porro prætenditur color talis, quasi non sana mentis fuerit pater, quando facit testamentum, quem colorem Bartolus in *l. Titia. ff. eod.* putat hodie cessare nec prætendi posse, cum non aliter querela competat, quam si legitima causa sit inserta, quod quidem cum sit obseruatum, demens non potest testator videri, sed valde sapiens, quippe qui secundum ll. præscriptum voluntatem suam ordinauit. Adhuc tamen eum colorem valere & attendi putamus, quando pater filio falsam causam obiicit. Viglius *§. i. n. 2.*

Ad Thef. 12. 13. 14. 15.] Agitur nunc quinam habeant inofficiōſi querelam. 1. Eam habent parentes, niſi forte ius iure militari teſtamentum fecit *l. Papirianus. §. Papiriani b. 11.* Sed obicitur ex *theſi 15.* ita: Qui habent ordinarium remedium, ad extraordinarium procedere non debent *l. in cauſa 16. in princ. ff. de minor. 18. ans.* Pater habet ordinarium remedium ſcil. bonorum poſſeſſionem contra teſtamentum filii. *l. Pantonius. tot. tit. ff. ſi quis à parente.* Ergo ad extraordinarium aliquod procedi non debet, ſcil. ad querelam inofficiōſi teſtamenti, cum querela illa tum demum detur, quando nullo alio iure ad defuncti bona quis peruenire poteſt, *ut in theſi. 15.* aſſumamus. Reſpond. Alii qui vóluerunt parentes exheredatos tantum habere querelam, præteritos, bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Sed dicendum potius eſt cum Viglio, patri dari bonorum poſſeſſionem, non vt parti, ſed vt manu miſſori. *l. filio. §. 1. h. tit. n.* Et hoc ius prætor extraneo etiam largiebatur, tamen ſi alio capite, *§. ſunt autem de bon poſſeſ.* Naturali æquitate motus decem illi perſonas proponebat. Ergo pater naturalis manu miſſori præmium retinebat, & ab inteſtato ex capite *ſinde legitimis §. ſin. de legitima agnat. ſucceſſ.* poteſt petere bonorum poſſeſſionem ad exemplum patroni. Atque hinc pendet intellectus *d. tit. ſi quis à parente manu miſſ.* Ergo hic eſt ius ſingulare, & cum querela concurrit bonorum poſſeſſio, & quæ in fauorem ſunt introducta non ſunt in odium retorquenda. Et quoties duplici iure deſertur alicui ſucceſſio, tunc repudiato nouo iure, quod ante deſertur, vetus ſuper eſt. *l. quoties. ff. de reg. iur.* id quod *Vlp. in l. 1. §. liberis ſi quis à parente manu miſſ.* Antiquius ius eſt querela. Deinde ab initio in omni querela inofficiōſi datur ordinarium quod conuenit cum extraordinario.

Porro obicitur *l. Papirianus. 8. in pr. eod.* vbi dicitur quod bonorum poſſeſſio litis ordinandæ gratia præcedat hanc de inofficiōſo querelam vel actionem. Ergo tamen aliud remedium ſuper eſt, antequam ad inofficiōſi querelam perueniatur, & tamen nihilominus etiam actio de inofficiōſo intendatur; & per conſequent, ſi alio iura ad defuncti bona peruenire poſſumus. quæſtio de inofficiōſo moueri non poteſt. Reſpond. Verum eſt hanc bonorum poſſeſſionem litis ordinandæ gratia eſſe inuentam, & vulgo dicunt hanc quaſi ſymbolum ac ſignum fuiſſe, quod à prætoris ius dabatur qui iure civili erant incogniti, veluti emancipatis quod ad querelam. Viglius tamen in *§. tam autem hoc tit.* Græcorum interpretationem amplectitur, quæ hæc eſt: Quemadmodum ad ordinandum iudicium petitoria hereditatis adiutio & bonorum poſſeſſio ad bonorum poſſeſſoriam actionem præcedere debet, ita ad querelam inofficiōſi ordinandam, eſſe inuentam hanc bonorum poſſeſſionem, ob id, cum enim exheredato non liceat adire, obſtante teſtamento, nec etiam vera bonorum poſſeſſio contra tabulas ei à prætoris dari poſſit, *l. non iurauit de bonorum poſſeſ. contra tabul.* Atque ita nullum ius ſit, cui inicitur petitio hereditatis, de inofficiōſo tandem querela ad ſimilitudinem aditionis & efficacis bonorum poſſeſſionis, hoc extraordinarium genūs poſſeſſionis eſſe excogitatum, ſuper quo lis inofficiōſi teſtamenti ordinari poteſt. Omnis enim actio aliquo iure niti debet: in ſuis autem vt ſuper acanea eſt bonorum poſſeſſio atque etiam adiutio *l. quemadmodum eod.* ita nihil opus habet ad litē & querelam proponendam eiufmodi poſſeſſionis commentio, cum ius habeat ex ſuitate *l. ei ſuis de liber. & poſthum.* Et hæc bonorum poſſeſſio nec ius tribuit nec poſſeſſionem ſed tantum iter ſubſequenti iudicio quaſi præſtuit, nec vere bonorum poſſeſſionis vim habet, ſed tantum imaginem & colorem ſuper quo ſequens lis de inofficiōſo teſtamento fundetur, *l. 2. C. eod.* & aſſignat Viglius, eam adhuc hodie eſſe neceſſariam ſi litigare volumus,

- 18 Deinde *in thes.* 13. affirmatur fratrem & sororem † habere hanc querelam & quidem consanguineos *ὁμοπατρις* ex eodem patre natos, cum his, id est, fratribus ferme rectior est consuetudo & necessitudo, cum quibus nobis per patrem communia iura nominis familiæ & originis sunt. Neque obstat, *fratris* 21. *Cod. eodem.* ubi indistincte textus loquitur fratrem habere querelam, puta uterinos & consanguineos, nam interpretationem, ex *l. fratres* 27. *C. eod.* accipere debet, nec novum est legem cum lege conferri. *l. non est novum ff. de ll.* Reliqui † cognati ultra fratres non admittuntur ad querelam, licet alias ab intestato succedere possint, *t. sit. infr. de legit. agnat. success.* Non. 118. *de success. ab intestato.* Sed obicitur *l. possumus* 6. §. *si quis. de inoffic. testament.* ubi dicitur, si quis ex his personis quæ ab intestato non admittuntur, ad successionem de inofficioso egerit, etiam si casu vicerit, tamen non obtinet. Ergo à contrario sensu, si persona quæ tamen successionem ab intestato agit, vincet & obtinebit in querela inofficiosi. Respond. Argumentum à contrario sensu locum non habet, nec procedit nisi id iura patiuntur. Sed iura non patiuntur cognatis ulteriorioribus comperere querelam, id enim expresse in *l. i. de inoffic. testament.* negatur, ubi dicitur: Ceteri amici ultra fratres scil. consanguineos *gloss. ibidem*, melius facerent si se abstinerent nec se inanibus sumptibus vexarent, cum nullam obtinendi spem habeant. Verum ergo manet tantum sororem & fratrem consanguineos admitti ad querelam, ita tamen si turpes personæ sint institutæ. Ergo si honeste personæ institutæ sunt, ne quidem fratres consanguinei ad querelam admittuntur, *dict. l. fratres.* 27. *C. eod.* Viglius *in d. §. i. num. 9.* Deinde † posthumi possunt querelam inofficiosi instituere, *l. posthumus* 6. *ff. de inoffic. testament. & hic.*
- Sed obicitur *Novell. 115. §. aliud.* ubi dicitur: neminem posse exheredari nisi ex iusta causa ingraditudinis, quarum causarum 14. ibi tantum ponuntur: quarum nulla in posthumum nondum natum, & qui nihil peccavit *l. qui in utero, de statu hominum*, cadere potest. Resp. Putat Viglius *in pr. num. 4. Et in §. tam autem num. ultim. in fine.* sublato hoc esse de posthumo, per dictam constitutionem Iustini. Sed dicendum est, etiam ob præteritionem dari querelam hodie posthumo, & rumpi testamentum ipso quidem iure validum §. 1. *in princ. h. tit. num. in verb. quia sape exheredant vel omittunt. id est, prætereunt.* Si autem exheredatur ipso iure est nullum hodie testamentum, per *d. constit. in d. Novell. 115. §. aliud.* Viglius *in tit. de exheredat. liber. num. 5. §. posthum.* Denique † spurii habent querelam cum matrem habeant certam, §. *novissima infr. ad S. C. Orcisi:* & quidem habent eam in testamento matris *l. si suspecta* 29. §. *de inofficioso. ff. end.*
- 22 Ad *Thes. 16.* Accusatio † de inofficioso locum habet, si nihil omnino in testamento filio forte esset relictum, nam si quantulacunque & minima pars hereditatis fuerit relicta, cessat querela de inofficioso, quia odiosa sunt restringenda, *Capit. odiosa de regul. iur. in 6.* Agitur tunc ad supplementum legitimæ conditione, ex Iustini. constit. *l. omnimodo. cum seq. C. de titul.* quæ quinquennio extinguirur, quanquam putat Bartholus *in l. si quis filium C. eod.* 30. annis, Decius *confil. 303.* Legitima † autem est ex testamento legitima portio portio, quæ hodie est aucta in trientem vel semissimæ pro numero liberorum, etiam in parentibus. Wesenbecius *confil. 17. p. 1. numer. 25.* secundum communem sententiam ut Iason dicit *in Auth. novissima num. 35. Cod. de inoffic. testamento.*

est, vere voluntatem non habere potest servus, nec etiam voluntatem: Ergo multo beneficium non datur, sed tali, qui iuri alicuius est subiectus. & videtur magis hoc volens facere ob imperium domini, licet ad actum adoptionis requiratur libertas, quæ consequitur subtem ut impleatur ultima voluntas, & servi nomine bona hereditaria distrahaantur, & satis fiat creditoribus ne defunctus sentiat damnum. Dominica igitur potestas est causa huius necessitatis, *l. in suis. ff. de lib. & posthu.* Cur enim non liceat domino heredem eum vel iuvicium instituire quem & occidere olim poterat. Tertia hæc est causa, quia defunctorum interest ut successores habeant, *l. & quia. ff. de interrogat. in iur. faciend.* De defuncti, heredum suorum & necessariorum, in *disputat. 16. fuit dictum.*

- Ad Thefin 22. cum seq.]* Sui t heredes ideo dicuntur, quia velut domestici sunt heredes & viuo patre quodammodo domini existunt. Existunt, inquit, quodammodo, scilicet iure civili vel acquisitione secutura inspecta: Inspecta vero existentia reali, cum viventis nulla sit hereditas. *l. hereditas. ff. de reg. iur.* dicimus quod heres nondum sit viuo patre. Sed obicitur primo: Duo domini in solidum vnius rei esse non possunt, *l. sicur certo. §. fin. ff. commodat.* Ergo falsum est quod hic asseritur. Resp. Duo possunt esse dominia; Vnum reale, quod habet pater adhuc viuens, alterum intellectuale interpretatiuum. Nam fictione iuris civilis habetur filius pro eadem persona *l. & fil. §. & impuber. & alius substit.* Vnde etiam *ἐπικληρόνομος*, à Theophilo sui & necessarij heredes vocantur, quamvis re ipsa inspecta *ἡγάτα ἐλπίδα* heredes tantum sunt, Alciat. *lib. 2. περὲρῶν c. 15.* non effectualiter & realiter: Vnde particula *quodammodo* adiicitur. Secundo obicitur: Dominium communem fingitur & etiam possessio argumeto *responsilegis 2. §. sui ff. pro herede.* ex quo adeo filium cum patre possidere aiunt, vt nec vsucapere pro herede possit, *l. nihil. 2. C. de vsucap. pro herede,* vbi dicitur, nihil pro herede vsucapi posse, suis heredibus existentibus: Ergo continuata est non nouo titulo acquisita etiam possessio. Respond. Iason *in d. l. in suis. in quarta column.* vult loqui illam legem de rebus à patre donatis, quæ cum ob donationem filius semel possidere coepit, pro herede eadem deinde possit tere nequit, ob regulam iuris, qua dicitur neminem sibi causam possessionis mutare posse *l. 2. §. 1. ff. pro emtore.* pro herede tamen vsucapere res cæteras optime possit. Dum igitur dicitur in *d. l. nihil.* nihil pro herede posse vsucapi, suis heredibus existentibus, hunc habet sensum: cum qui se ait pro herede possidere, à quo suus repetere hereditatem possit, titulum non habere nec vsucapere posse. Tercio obicitur. *d. l. in suis. ff. de lib. & posthu.* vbi dicitur, continuationem esse domini inter patrem & suum heredem, vt nulla videatur distincta fuisse hereditas: Ergo omnino vna est hereditas, nec est ponenda particula *quodammodo.* Resp. Iuris civilis fictione inspecta id dici potest, sed re ipsa nequaquam, quia filius heres dici proprie non possit viuo patre. *l. 1. ff. pro herede.* Mortuo demum patre continuatio fit iure civili, vt nulla videatur hereditas fuisse, illam que fictionem iuris civilis inducit verbum *Videtur,* in *d. l. in suis,* quod improprietatem importat & post se relinquit, id scilicet realiter esse hereditatem. Hinc in *quemadmodum. 7. ff. de offic. testament.* dicitur, quod bonorum possessio ei, qui est in potestate, & suus est mortis tempore, non sit necessaria, & aditio hereditatis superuacua: nam possunt quidem adire, sed non coguntur id facere, id est, superuacua est aditio, quemadmodum si dico, ei qui donatum accepit, non esse necessariam emtionem Et quamvis in *l. de hereditate. 19. §. non tamen. ff. de castr. pecul.* dicatur, heredem filio viuo esse, tamen ibi heres significat dominum, secundum *§. & fil. h. iur.* Pater enim heres, id est, dominus viuo filio: id quod magis sententiam nostram confirmat, & certum est t suos & necessarios heredes saltem se immiscere hereditati, nec adire dicuntur vt extranei, vnde secundum Accurs. *l. nec exere. 16. C. de iur. delib. & aliis.* vbi dicitur, meminim compelli

compelli hereditatem damnosam adire, de extraneis heredibus est intelligenda, non de suis & necessariis.

Ad Thesin 24.] Qualitas heredum nunc est inspicienda & consideranda. Qualitas heredum in eo versatur, ut cum heredibus sit testamenti factio, quæ duobus temporibus inspicitur, testamenti facti tempore, & mortis tempore, *Et hic*. Sed obiicitur *l. si alienum 49. §. Vlt. in fin. ff. de hered. instit.* ubi dicitur, tria esse tempora inspicienda. Respond. Ex illa *l.* est desumptus hic *§. in extraneis*. Et quidem in illis verbis, *Et cum adeunt*, etiam debet cum illis esse testamenti factio, continetur 3. tempus id quod etiam in thesi ponimus. Secundo oppon. valde *l. si servus eius. 82. ff. de acquir. vel omittend. heredit.* ubi servus capere potest hereditatem, eamque; adire heres institutus, licet id de minus facere non possit: Ergo mortis tempus non attenditur. Resp. Verum est triplici tempore capacitas domini requiritur & exigitur, unde valde dissidet *d. l. si servus*. Accurs. putat: *d. l. si servus*. procedere secundum æquitatem, thesin vero & *d. §. in extraneis*, cum *d. l. si alienum. §. Vlt.* procedere de rigore iuris. Viglius putat id falsum esse, & sequitur Bart. solutionem, putatis fuisse quidem cum domino testamenti factionem, sed tamen illius hereditatis vel portionis capacem non extitisse, & satis est ut cum domino sit testamenti factio, tamen si quorundam bonorum non sit capax. *l. debitor. §. fin. ff. de legat. 2.* quæ tamen deinde servus capere & nouo domino acquirere potest: Aliiter putat Cuiac. in *d. l. si alienum. 49. §. Vlt.* ubi dicit sententia sustineri voluntatem testatoris, in *d. l. si servus*, qui contra hanc iuris observationem in tempus capiendi heredem instituere potest. *l. in tempus. 62. C. de hered. instit.* quique; dum sciens heredem alienum facit, cuius rationem potius habet, quam domini incapacis, id intellexisse videtur, vel ut ipse liber factus heres existat, vel hic novus dominus, cui postea subiectus esse cepit.

Ad Thesin 25. 26. 27. 28.] Olim heredes sui & necessarij non habuerunt beneficii abstentionis, id quod durum est, quia habent et hodie ex æquitate prætoris beneficii abstentionis, h. e. possunt abstinere, si sit danosa & non lucrosa, nisi forte semel se immisceant, postea non habent potestatem eam relinquendi, nisi sint minores, qui habent restitutionem in integrum, tot. tit. ff. de minor 25. ann. Id quod etiam in extraneis ita obtinet: Sed obiicitur *l. non vult heres esse ff. de reg. iur.* ubi dicitur, non vult esse heres qui ad aliud transferri vult hereditatem; potest igitur quis aditam hereditatem habere relinquere. Resp. Loquitur *d. l. non vult.* de eo, quando extraneus heres scriptus vel suus nondum adiit hereditatem. Tum enim potest abstinere seu deliberare, & post factam deliberationem repudiare hereditatem, & ad alium transferre, dum heres esse non vult: Si autem semel extranei adierunt, vel sese sui immiscuerunt, non possunt relinquere hereditatem, nisi sint minores, quia lapsæ ætati subuenitur, vel maiores ex certa causa, si grande æs alienum emerferit. Extranei etiam heredes solo animo seu facto adire hereditatem possunt, illud est pro herede gerere, id est, ipso facto ostendere & heredem esse. Adire, id est, verbis declarare se velle adire. Duaren. in tit. de acquirend. heredit.

Ad Corollarium.] Corollarium ideo ponimus, quod aliqui sint in ea sententia *§. Vlt. super. de inoffic. testamento*, non esse correctum per *Nov. 115. §. alind quoq.* ubi dicitur, solam institutionem querelam excludere, non legatum, non fideicommissum, hoc est, quartam quis debet habere, ut de inofficioso agere non possit: Et quidem veteri iure relinquebatur querela ex iudicio testatoris *l. Papinianus. 8. §. quomodo. ff. eod.* Hodie si aliqua pars est relicta institutionis titulo ad supplementum agitur, si scilicet tota quarta non est relicta, quæ tamen quarta etiam *Nov. 18.* est aucta ad trientem vel semissem, pro numero liberorum etiam in parentibus. *Wesemb. consil. 17. part. 1. n. 6. consil. 29. num. 14. & 15. Viglius d. §. Vlt. in fin. 3.*

Quartam

- 31 Quartam ¶ autem iam auctam dicit quis habere vel ex iudicio defuncti, vel legis repletionem. Sed obiicitur *l. omnimodo. 30. in fin. pr. C. de inoffic. testam.* vbi Iustin. constituit, vt querela haberet locum si quid legati, fideicommissi vel hereditatis nomine fuerit relictum, quemadmodum & in *d. §. ult. de inoffic. testament.* disponitur. Ne igitur sibi sit contrarius Iustin. dicendum est, illud non esse correctum *d. l. omnimodo.* Respond. Posteriores cogitationes semper sunt firmiores & robustiores. *l. §. ff. de constit. princ.* Diuersum igitur disponitur in *d. Nov. 115 §. aliud.* scil. pro præterito cum esse habendum, qui non institutionis titulo aliquid est consecutus. Secundo obiicitur *l. ex ass. 52. in princ. ff. ad l. Falcid. l. qui filium. 4. ff. ubi pupill. educat. debeat.* vbi dicitur, valere testamenta ipso iure, in quibus filiis nihil præter legata est relictum: Ergo falsum est qd dicimus, institutionis titulo relinqui aliquid tantum debere, vt excludatur querela. Resp. Ibi saltem ex sententia Viglij exheredatio interuenit, quod ibi non negatur, & ideo ipso iure valet testamentum rescindendū per querelam, omniaq; solennia interuenisse putantur. Nihil igitur noui in Codice circa hanc rem Iustin. disposuit, & omnes etiam alias ll. ff. per Nonellam abrogauit. Vnde hodie
- 32 ¶ institutionis titulo tantum relinquitur quid vt excludatur querela, id quod etiam iure Pontificio obtinet *c. si pater. lib. 6. ex sententia Fabri hic.* Quamuis Cuiac. quem sequitur Borcholt. hic dicat, quartam non excludere querelam seu elogium in testamento ascriptā & probatam ab herede, hoc est, debitam relictam portionem non statim excludere querelam, sed ita demum, si causa exheredationis ascripta sit in testamento, & ab herede probata, quod vix admitti potest.

DISPUTATIO XIX.

De Legatis.

Thesis 1. Posthæc vidcamus de legatis, quæ pars iuris extra propõsitam materiam viderur: Nam loquimur de iis iuris figuris, quibus per vniuersitatem res nobis acquirimus: sed cum omnino de testamentis & de heredibus, qui in testamento instituuntur locuti simus: non sine causa sequenti loco potest hæc iuris materia tractari. in *pr. hoc tit. nostro.*

2 Legatum itaque est donatio quædam à defuncto relictæ, ab herede præstanda. *l. legatum. 36 ff. de legat. 2.* Constantin. Harmenop. in *promtuar. iuris ciuilis. lib. 5. c. 10.*

3 Sed olim quidem erant legatorum genera 4. per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem: & certa quædam verba cuique generi legatorum significabantur: Caius *lib. 2. Institur. tit. 5.* Vlpian. in *fragm. tit. 24.* Sed ex constitutionibus diuorum Principum sollemnitas huiusmodi verborum penitus sublata est. *l. 21. in legatis. C. de legatis.*

4 Nostra autem constitutio, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes, & non verbis sed voluntatibus eorum fauentes disposuit, vt omnibus legatis vna sit natura: & quibuscunq; verbis aliquid sit relictum, liceat legatariis id persequi, non solum

per

per actiones personales, sed etiam per in rem & per hypothecariam, cuius constitutionis propensum modum ex ipsius tenore perfectissime accipere possibile est. §. *nostra. h. tit. l. i. C. communia de legat. l. 69. non aliter. ff. de legat. 3. l. si duobus. 3. §. sed in his omnibus. Cod. communia de legat. l. seruo. 68. §. 1. ff. de legat. 1.*

5 Sed non usque, ad eam constitutionem standum esse existimauimus, cum enim antiquitatem inuenimus, legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem quæ ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem: necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exæquare, vt nulla sit inter ea differentia: sed quod deest legatis huc repleatur ex natura fideicommissorum, & si quid amplius est in legatis per hoc crescat fideicommissorum natura. *l. 2. C. communia de legat. l. 1. ff. de legat. 1.*

6 Sed ne in primis legum eunabulis permistim ex his exponendo, studiosis adolescentibus quandam introducamus difficultatem: operæ precium esse duximus, interim separatim prius delegatis, & postea de fideicommissis tractare, vt natura vtriusque iuris cognita, facile possint permissionem eorum eruditi subtilioribus auribus accipere. §. *sed ne. hoc titulo nostro.*

7 Tam autem corporales res legari possunt, quam incorporales: & ideo quod defuncto debetur, potest alicui legari, vt suas actiones heres legatario præstet, nisi exegerit viuus testator pecuniam: Nam hoc casu legatum extinguitur, sed & tale legatum valet: Damnas esto heres meus domum illius reficere, vel illum ære alieno liberare. §. *tam autem. h. tit. facit l. cetera. 41. de leg. 1. Vide Paul. sentent. lib. 3. c. 5. l. etiam 17. ff. de legat. 3.*

8 Ea quoque res, quæ in rerum natura non est, si modo futura est, recte legatur, veluti fructus, qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit. *l. quod in rerum natura. 24. in pr. ff. de legat. 1. l. heres. 15. & d. l. 17. etiam. ff. de legat. 3.*

9 Non solum autem testatoris vel heredis res, sed etiã aliena legari potest: ita vt heres cogatur redimere eam & præstare, vel si eam non potest redimere, æstimationem eius dare. §. *potest autem. infr. de sing. rebus per fideicom. relist. l. cum alienam. 10. C. eod.*

10 Sed si talis res sit, cuius commercium non est, vel adipisci non potest, nec æstimatio eius debetur, veluti, si quis campum Martium, vel Basilicas, vel templa, vel quæ publico vsui destinata sunt, legauerit: nam nullius momenti tale legatum est. *l. non dubium. 24. ff. de legat. 3. l. cum seruus legatus. 39. §. fin. ff. de legat. 1.*

11 Quod autem diximus, alienam rem legari posse, ita intelligendum est, si defunctus sciebat alienam rem esse, non si ignorabat, forsitan enim si sciuiſſet rem alienam esse, non legasset. Et ita Diuus Pius reſcripſit. *l. cum alienam. 10. Cod. eod. l. si vnum. 69. §. si rem tuam. versic. succursum. ff. de legat. 2.*

12 Et verius est, ipsum qui agit, id est, legatarium probare oportere, ſciuiſſe rem alienam legare defunctum: non heredem probare oportere, ignorasse alienam, quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit. *l. verius. 21. cum l. 2. ff. de probatio. & presumt. l. fin. C. de rei vindic. l. 4. qui accusare volunt. C. de edendo. l. siquidem. 9. C. de except. §. commodum. infra, de interditt.*

13 Si rem suam legauerit testator, posteaque eam alienauerit, Celsus putat, si non adimendi animo vendidit, nihilominus deberi: idemque Diui Seuerus & Antoninus reſcripserunt. facit *l. fideicommissa. §. si rem alienam. ff. de legat. 3. & l. 3. C. eod.*

14 Idem reſcripserunt, eum, qui post testamentum factum prædia, quæ legata erant, pignori dedit, ademisse legatum non videri: Et ideo legatarium eum herede eius negare posse, ut prædia à creditoribus luantur. *d. l. qui post testamentum. 3. C. eod.*

15 Si vero quis partem rei legatæ alienauerit, pars quæ non est alienata, omnino debetur: Pars autem alienata ita detur, si non adimendi animo alienata sit. *d. §. si rem alienam. vers. si vero. hoc tit.*

16 Sed etsi rem obligatam creditori aliquis legauerit, necesse habet heres eam luere: & in hoc quoque casu idem placet, quod in re aliena, ut ita demum luere necesse habeat heres, si sciebat defunctus rem obligatam esse, & ita Diui Seuerus & Antoninus reſcripserunt. *§. sed & si rem. hoc tit. l. si res obligata. 57. ff. de legat. 1. l. licet. 15. ff. de dote prelegat. facit l. prædia. 6. C. de fideicommiss. Si tamen defunctus voluerit legatarium luere, & hoc expresserit: nõ debet heres eam luere. d. §. sed etsi rem. vers. si tamen. hoc tit.*

17 Si res aliena legata fuerit, & eius rei viuo testatore legatarius dominus factus fuerit: Si quidem ex causa emtionis, ex testamento actione precii consequi potest. *l. Manius. 66. §. duorum. ff. de legat. 2. l. 83. nec stipulantem. §. si rem. ff. de verb. oblig.*

18 Si vero ex causa lucratiua, veluti ex donatione, vel ex alia simili causa, agere nõ potest. Nam traditum duas lucratiuas causas in eundem hominem & eandem rem concurrere non posse. *l. omnes. ff. de oblig. act. l. 1. §. lucratiuas. C. de impon. lucrat. descript.*

19 Hac ratione si ex duobus testamentis eadem res eidem debeat, interest, utrum rem, an æstimationem ex testamento consequutus sit. Nam si rem habet, agere non potest, quia habet eam ex causa lucratiua: si æstimationem agere potest. *d.l. Marius. §. 1. l. plane. 34. §. 1. ff. de legat. 1.*

20 Si fundus alienus, cui legatur sit & emerit proprietatem deducto usufructu, & usufructus ad eum peruenerit, & postea ex testamento agat: recte eum agere & fundere petere Iulianus ait: quia usufructus in petitione seruitutis locum obtinet: sed officio iudicis continetur, ut deducto usufructu iubeat æstimationem præstari. *l. non quocumq. 82. §. fundus. ff. de legat. 1. §. si cui fundus. cum vers. sed officio. hoc tit.*

21 Sed si rem legatarij quis ei legauerit, inutile est legatum: quia quod proprium est ipsius, amplius eius fieri non potest: Et licet alienauerit eam, non debetur, nec ipsa res, nec æstimatio eius. facit *l. proprias. 13. C. eod. & d.l. Marius. 66. §. duorum. in fin. & §. fundo. ff. de leg. 2. l. cum quis. 35. in pr. ff. de legat. 3. d.l. 41. §. 1. ff. de legat. 1.*

22 Si quis rem suam quasi alienam legauerit, valet legatum. Nam plus valet, quod est in veritate, quam quod est in opinione, sed & si legatarij esse putauit, valere constat: quia exitum voluntas defuncti habere potest. *l. si pater. 4. ff. de manumiss. vind. l. penult. regula. §. qui ignorauit. ff. de iuris & facti ignorantia.*

23 Si quis debitori suo liberationem legauerit, legatum utile est, & neque ab ipso debitore, neque ab herede eius potest heres eius petere, neque ab alio, qui heredis loco sit, sed & potest à debitore conueniri, ut liberet eum, potest etiam quis vel ad tempus iubere, ne heres petat. facit *l. 3. §. nunc. ff. de liber. legat. l. non solum. 8. §. 1. ff. eod. tit.*

24 Ex contrario, si debitor creditori suo, quod debet, legauerit, inutile est legatum, si nihil plus est in legato, quam in debito, quia nihil amplius per legatum habet. *l. 28. cum l. seq. ff. de legat. 1.*

25 Quod si in diem vel sub conditione debitum ei pure legauerit, utile est legatum: Quod si uiuo testatore dies venerit, vel conditio extiterit: Papinianus scripsit, utile esse nihilominus legatum. Non enim placuit sententia existimantium, extinctum esse legatum, quia in eam causam peruenerit, à qua incipere non potest. *l. debitor. 84. in princ. ff. de legat. 2. l. idem est. 14. ff. de liber. leg. l. verbis. §. §. fin. ff. ad leg. Falcid.*

26 Sed si vxori maritus dotem legauerit, valet legatum, quia plenius est legatum, quam de dote actio: Sed si quam non accepit, dotem legaauerit, Diui Seuerus & Antoninus rescripserunt: siquidem simpliciter legaue-

rit, inutile esse legatum: Si vero certa pecunia vel certum corpus aut instrumenta dotis in prælegando demonstrata sunt, valere legatum. l. 1. ff. de dote præleg. l. 1. C. de rei vxor. action. d. l. 84. in princ. ff. de legat. 2. facit l. legat. 25. ff. de liber. legat.

DISPUTATIONIS XIX.

De Legatis, obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 Continuatio materia legatorum, an recte facta sit ad materiam testamentorum.
- 2 Legata & plurimum testamento relinquuntur, rarius ab intestato.
- 3 Legati titulus singularis est.
- 4 Legati definitiones quomodo accipienda.
- 5 Legatum est titulus lucratiuus non oneratiuus.
- 6 Legati definitiones Iurisconsultorum differunt à definitione Iustiniani Imp.
- 7 Testatoris voluntas non & verba inspicienda, in verbis fideicommissi & legati.
- 8 Legatum esse donationem probatur.
- 9 Legata & plurimum ab herede præstantur.
- 10 Rufardi autoritas quanta.
- 11 Heres ipso iure qui est, opus habet apprehensione.
- 12 Heredis institutione infirmata, reliqua non facile infirmantur.
- 13 Donatio mortis causa fere per omnia legatis comparatur.
- 14 Donationes mortis causa in testamento non sunt.
- 15 Legatum an semper ab herede præstetur.
- 16 Legatorum quot olim genera fuerint.
- 17 Res aliena olim non nisi per damnationem relinquebatur.
- 18 Legatis omnibus una & eadem natura imposita est.
- 19 Actiones legatis competentes quæ.
- 20 Actio ex testamento cur legatario detur.
- 21 Actio in rem cur legatario detur.
- 22 Legatariis quatenus detur vindicatio.
- 23 Legatariis qui agnoscit legatum, an statim ab adita hereditate, dominium legatis acquirat.
- 24 Bona defuncti sunt obligata & hypothecata.
- 25 Actionem hypothecariam in rebus legatis quando quis habeat.
- 26 Legatum rem quando quis & vere habeat.
- 27 Rei vindicatio de omni legato competit.
- 28 Legata qua constitutione fideicommissis adæquata sint.
- 29 Fideicommissa an sint legatis adæquata.
- 30 Fideicommissorum & legatorum una natura est facta.
- 31 Legari quæ res possint.
- 32 Res futura an legari possint.

- 33 *Spes in fauorem contrahuum vendi potest.*
 34 *Res aliena legari potest & quomodo.*
 35 *Res Ecclesia alienationem atque ita legationem non facile admittunt.*
 36 *Vsufuctus morte finitur, & legari non potest.*
 37 *Seruo alieno legato, mortuo vel manumisso, nihil debetur.*
 38 *Manumisso morti comparatur.*
 39 *Res aliena si legata sit, cuius commercium non est, vel qua haberi non potest, nihil debetur.*
 40 *Militia, quid sit, & an legari possit.*
 41 *Rem non esse in commercio, & non habere aliquem rei commercium, differunt.*
 42 *Bonae legato mortuo an aliquid debetur.*
 43 *Probatio in iure an eius esse possit qui aliquid possidet.*
 44 *Testator si rem suam legat, & postea eam vendit, an legatum debeatur.*
 45 *Res pignori data quando alienari possit.*
 46 *Res creditori obligata, an legari possit.*
 47 *Legatarius alienaret legata precium consequitur.*
 48 *Lucrativa causa dua an concurrere possint in eum subiectum.*
 49 *Rem sibi legatam qui emit, an pretium consequi possit.*
 50 *Res vna saepius legata an saepius debeatur.*
 51 *Iudicium legatorum, imitatur actionem bona fidei.*
 52 *Legatum inutile an sit, si res alicui legetur, qua iam ante eius fuit.*
 53 *Legatum an post alienationem ex post facto conualecat.*
 54 *Legatum an valeat, si quis rem suam quasi alienam legat.*
 55 *Legatum stile est, & valet si quod in diem debebatur, pure legetur.*
 56 *Maritus si dotem uxori legauerit, legatum valet.*
 57 *Legatum plenius est quam de dote actio, & quare.*
 58 *Actio dote non datur in solidum contra maritum.*

AD THEF. I.] Cum vsitatum sit, continuationem huius tituli ad alium vel materiam vnus ad aliam continuationem facere; Iustinianus quoque Imperator continuat hanc materiam ad praecedentia, ad materiam scilicet testamentorum. Dicit enim: *sed cum omnino de testamentis, & de heredibus, qui in testamento instituuntur, locuti sumus, non sine causa sequenti loco potest hac materia iuris tractari.* Dum autem hanc materiam legatorum Iustinianus † ad materiam testamentorum continuat, *ut glossa monet hoc in verb. sequenti, in princip.* videtur Iustinian. sane velle hoc approbare, legata semper in testamento relinqui, non ab intestato, cum tamen certum sit nouo iure legata & fideicommissa per omnia esse adaequata, & sicut fideicommissa ab intestato relinquuntur. §. 1. *infra, de singul. reb. per fideicom. relicta.* ita & legatum. l. 2. *cap. commun. de legat.* Ergo videtur Iustinian. inepte hanc continuationem posuisse, & ad antiquum, non nouum ius respexisse. Respond. Verum est, Iustinianum continuare materiam hanc ad testamenti materiam, quia † vt plurimum legata testamento relinquuntur, rarius ab intestato. Et hac intentione Iustinianus commodè nimis hic ita continuationem instituit legati ad testamentum, cum primo tractet de legatis, deinde de testamentis; non tamen negat etiam ab intestato relinqui legata, quemadmodum & fideicommissa, vt constat ex §. 1. *infra, de singul. reb. per fideicom. relicta.*

Sed adhuc videtur ineptam esse continuationem hanc, quæ est in thesi 1. nostra, quia dicitur: hæcenus actum est, quomodo per vniuersitatem res nobis acquiritur: iam de modis acquirendi per singulas res agendum erit. Est enim legatum, vt & fideicommissum, modus acquirendi per singularitatem, §. *Ultim. supra, per quas person. nobis acquir.* Cum tamen in *l. non amplius 26. §. Ultim. ff. de legat. 1.* dicatur vniuersitatem legari posse, scilicet partem bonorum seu hereditatis *tot. sit. ff. si pars heredit. pesat.* Id quod in continuatione Iustin. negat. Respond. Wesenbec. in *dist. §. Ultim. per quas person. nob.*
 3 *acquir.* Titulum legati esse singularem. *tot. s. ff. pro legato.* id quod etiam genus in definitione legati ostendit. Est donatio quædam, ergo est donationis species, & modus acquirendi singularis, & quod de genere prædicatur, etiam de specie prædicari certum est. Eodem modo vendi potest vniuersitas *1. 1. ff. de heredit. vendita.* Sic donari potest vniuersitas bonorum *l. si quis argentum 35. §. sed etsi quis vniuersitatib. C. de donat.* Causa & titulus est singularis: Materia est vniuersitas, quæ non mutat titulum: vniuersitas legatur sed non deferitur per vniuersitatem. Causa efficiens est singularis: Materia est vniuersalis. Wesenbec. in §. 1. *num. 1. h. titul. n.* Sic in rei vindicatione cadit grex, & distinguitur à singulis capitibus. Est enim vnum corpus ex distantibus capitibus §. *grege. h. 1. n. l. 1. in princ. ff. de rei vindic.* vbi dicitur, est actio singularum rerum. Deinde in *d. §. fin. d. l. 1. ff. de rei vindic.* totus grex vindicatur non singula corpora. Nec etiam obstat, hereditatem fideicommissum relinqui, hoc est, rem vniuersalem, quia vel possumus dicere, titulum nihilominus esse singularem, licet materia sit vniuersalis, quamuis Mynsing. dicat, comparisonem legatorum & fideicommissorum de fideicommissis singularibus esse accipiendam, id quod etiam affirmat Duaren. in *l. 1. de legat. 1.* & Wesenb. in *parat. ff. de legat. 1. num. 9. 10.*

Ad Thef. 2.] Nunc ad definitionem legati accedemus. Definitiones legati 4. extant in iure nostro, vna est Florentini: Altera Modestini. 3. Vlpiani. 4. Iustiniani. Sed
 4 *†* ICtorum definitiones sunt ad ius vetus directæ, Iustiniani ad ius nouum, quia loquuntur in eo casu, quando tantum in testamento legata relinquuntur, cum certum sit, nouo iure etiam ab intestato relinqui legata, *vt sup. d. est per d. l. 2. C. communia de legat.* Florentin. dicit in *l. legat. 1. 16. in pr. ff. de legat. 1.* legatum esse deliberationem hereditatis qua testator ex eo, quod vniuersum foret heredis, alicui quid collatum velit, ab hereditate autem plurimum hodie differt, cum sit legatum titulus singularis non vniuersalis vt hereditas, & sit titulus
 5 *†* lucratius non onerosus vt hereditas. Deinde facit mentionem heredis, à quo tantum poterat olim relinqui, & distinguitur fideicommissum à legato, cum hodie nouissimo iure per *dist. l. 2. C. communia de legat.* vna sit legatorum & fideicommissorum natura, & sicut ab herede legatum potest relinqui: ita etiam à legatario, à quo olim tamen legari non potuit. *d. §. 1. in fr. de singul. reb. per fideicomm. relitt.*

Sed affertur tale argumentum contra definitionis verba illa: ab herede præstanda. Qui aliquid addit contra mentem ICtorum, ille male facit: Hic aliquid additur: Ergo male. ICti enim illa verba non agnoscunt. Respond. ICtorum definitiones aliter
 6 *†* sunt, & alio respiciunt, & omnino sunt remotæ à Iustin. definitione, id quod ex examinatione apparebit.

Secundo ita obiicitur: Definitio quæ non est generalis, non est toleranda, hæc talis est, quia non tantum heres sed alius etiam præstat legata. Respond. In herede tamen semper est initium præstandi, licet tum ipse non præstet, sed forte legatarius vel alius. Deinde in hac definitione attendimus id quod vt plurimum fit, non quod fit interdum, *l. 3. 4 §. ff. de ill. qua ei si de ill. loquantur, tamen generales sunt.*

Modestini deinde definitioni in *l. legatum 36 ff. de legat. 2.* non convenit, quia dicitur legatum esse donationem in testamento relictam, cum hodie etiam ad instar legati ab intestato recte relinquatur, ut supra dictum fuit. Deinde Ulpian. definitio in *tit. 24. in prim. in fragm.* non convenit, quia similiter dicit testamentum relinquere legata: Deinde precariis verbis opus esse in fideicommissis in legatis directis verbis: cum quasi legis nodo, h. e. Imperatoris verbis fiant: Hoc iam sublatum quoque esse per Iustin. constituit. in *dist. l. 2. C. communia de legat.* vult Cuiac. in *paratit. C. ad h. r.* quem sequitur hic D. præceptor Borcholten scilicet nudam voluntatem testatoris inspicere debere in verbis fideicommissi vel legati, non verba, unde etiam si quid precariis verbis sit relictum, posse tamen nihilominus esse legatum: Et contra, quod directis verbis est relictum, posse esse fideicommissum, quamvis tamen Wesenb. in *parat. ff. de legat. 1. num. 3. & in Institut. h. tit.* dicat, differentiam legatorum & fideicommissorum per *d. l. 2.* non esse sublatam, quo ad verba, id quod expresse ex illa constitutione probatur, dum aperte dicitur imponi rebus legem, non verbis, deinde dicitur in effectu & in propria natura esse legata fideicommissis adæquata, non in formali hoc, quod manet, ut & ibi Imp. adhuc. in *princ. d. l. 2.* distinguit, verba precaria fideicommissorum à verbis directis legatorum, unde & Mynsing. dicit in *§. sed non usque h. titul. n. 8.* Vt cumque facta sit adæquatio, à Iustin. tamen adhuc sunt differentia.

Definitio denique Iustiniani Imperatoris in *h. t. n.* proposita plana est & novissimo iuri accommodata, scilicet legatum esse donationem quandam. Legatum est et donatio. Eo enim animo quis donat hoc est legat, ut liberalitatem exerceat. Mynsing. hic. Nemo enim testatorem ad id cogere potest. Adicitur verbum quædam, quod indicat legatum esse quandam speciem donationis, quamvis tamen illa particula omitti potuisset, ut quando dico: Homo est animal non opus est dici, homo est quoddam animal, quia id satis notum tum est. Emphatice autem addi volunt, quia non est donatio simplex inter vivos, sed mortis causa, & est species ab aliis donationibus distincta, & est vocabulum directum, unde tentari ex adæquatione posset fideicommissa directo relinqui. *dist. l. 2. C. communia de legat.* cum sola voluntas non verba attendantur, ut vult Cuiac. quod tamen, ut *supr. dist.* alii non concedunt. Hostius enim dicit: Et quid ex vocabulo quædam apparet, hanc definitionem aliam esse quam Iuliorum. Deinde generalius loquitur à defuncto relictis scilicet siue in testamento siue extra testamentum. Additur deinde à defuncto relictis. Et sic aptius legitur, quia est generalius quam si legitur in testamento: quia secundum hanc Iustin. definitionem convenit & hæc definitio fideicommissis *dist. l. 2. Cod. communia de legat.* Denique adiciuntur illa verba: ab herede præstanda, quia ut plurimum et ab herede præstantur legata ut & fideicommissa. Unde in posterioribus Iustiniani constitutionibus in *l. 1. 2. C. communia de legat. & in Nouell. 1. de hered. & falcid. c. 2. & 3.* semper fit mentio heredis in legatis & fideicommissis, nam heres adeundo hereditatem quasi contrahit cum legatario. *§. heres. infr. de oblig. q. quasi ex contrah. nasc.* Hoc dum considerandum est, ex eo quod ut plurimum fit, definitiones fieri debent, non quæ rarius ut id rarius contingit, quando testator damnat legatarium ut præstet legatum. Et id secundum *l. 3. 4. 5. ff. de l. ἐπὶ τὸ πλεῖστον* iura fiunt ἐκ ἐκ πάσης λέξεως, quæ lex loquitur de iuribus & l. in genere, cum & in generalibus iuris, illa materia proponatur. Et nos tamdiu retinemus illa verba, donec defendi possunt, & stant pro Iustiniano, præsumiturque ipse ea addidisse, donec firmius contrarium probetur.

Sed obiicitur cōtra hęc verba, ea esse otiosa, & dubiæ autoritatis, & ideo non facile admittenda 1. quia Ruffarius ea affirmat abesse à manuscriptis libris, quibus multis vtebatur: deinde ea verba esse suppositia, cum ea Theoph. Græcus interpres, paraphrastes
 10 & Harmenopolus non agnoscat, quod etiam Horom. putat. Respond. Rufardi ꝑ non tanta est autoritas vt hoc ex autoritate librorum scriptorum conuincat, vel illa verba ea ratione expurgat, cum & Cuiac. *in paratit. ff.* ea retineat. Wesenbec. Mynsinger. & alii magnæ autoritatis viri. Deinde etiam Græcorum autoritatem seponemus, qui interdum falluntur, vt Theoph. *in §. duorum. insit. de nupt.* vbi negatiuam contra analogiam iuris ciuili interferit, & alias multa non agnoscit, quæ tamen alia ratione facile possunt conciliari.

Secundo obiicit Horom. quod illa verba retineantur contra rationem iuris ciuili, id quod probat *ex l. legatum 80. ff. de legat. 2.* vbi dicitur legatum recta via ad legatarium transire. Ergo non opus est facto heredis: cum ipso iure id habeat legatarius, Respond. Cessit quidem dies legati pure relictī, & venit post mortem testatoris, sed tamen sicte non vere, nam acquiri non potest, nisi adita demum hereditate *tot. titul. ff. si dies legat. vel fideicom. cedat l. cedere diem. ff. de verb. signif.* Et quamuis legatarius ipso iure sit dominus factus legatī: per factum tamen heredis, quem legatarius habet obligatum sibi, est præstandum. Ad quid enim istæ actiones, quas habet legatarius? Et simile est in compensatione quæ ipso iure fit. *l. ultim. Cod. de compensat.* iudicis tamen factum requiritur *l. 2. 3. ff. de compensat.* Sic quando aliquis ipso iure est heres, ꝑ opus
 11 tamen habet apprehensionem *l. cum heredes. ff. de acquir. poss.*

Tertio illa verba expurganda esse probatur *per Auth. ex causa Cod. de liber. & præterit. Et Nouell. 115. §. aliud.* vbi dicitur: Ex causa exheredationis vel præteritionis irritum esse testamentum, quantum ad institutionem: Cætera namque firma permanent. Ergo ab herede cuius institutio nulla est, præstari non etiam legatum. Respondet Horstius voluisse testatorem vt heres præster legata, sed tamē quia institutio irritatur, nihilominus is, qui heres fit verus, præstat legata, nimirum filius, dum est iniu-
 12 ste exheredatus vel præteritus, & agitur ibi tantum illud, ꝑ infirmata institutione reliqua non statim infirmari.

IV. Obiicitur. Etiam ipse testator interdum legata præstat, vnde heres ea non præstat, & per consequens illa verba falso adiciuntur. Resp. Quando testator donat inter viuos, vel mortis causa donat, quia tamen sit inter viuos, sed mortis tantum intuitu vel cogitatione *l. huiusmodi. §. si Titio ff. de legat. 1. tot. tit. ff. de mort. caus. donat.* Et quamuis
 13 donatio mortis causa ꝑ comparetur pene per omnia legatis. *§. 1. supra de donat. l. ultim. Cod. de donat. mort. caus.* tamen id effectum tantum respicit, quia *in d. l. ultim.* dicitur: Mortis causa donatio omnes effectus legati sortitur. Interim verum nihilominus manet, donationem mortis causa celebrari inter viuos, non fieri in testamento, *tot. titul. ff. de mort. caus. donat.* Nam si sit in testamento est legatum, & hanc notari differentiam ipsa natura donationis mortis causa & legatorum suppeditat, & indicat Iustin. particula FERRE *in dict. §. 1. supr. de donat.* Cuiac. *lib. 8. obseruat. cap. 2.* & Viglius *in §. 1. supra de testamentis ordin.* affirmat, se non meminisse fieri donationes ꝑ mortis causa in testamento. Nec quicquam facit pro illa re *l. si filius 20. §. 1. §. ultim. ff. de legat. præstand.* Quia ibi non agitur de donat. mort. causa in testamento factis, sed extra testamentum, cum ibi expresse a legatis distinguantur. Nulla etiam est ibi comparatio legatorum, quia nullum factum testamentum.

Iusto. Sed iure ff. fuerunt adæquata legata & mortis causa donationes, *l. est §. 1. siquid*

¶ *quid in fraud. patr. in l. marcolles. ff. de mort. caus. donat. l. cisi debitor. ff. eodem.* Ergo id ante Iustin. obtinuit. Respond. In certis casibus de filiofam. & alias illi casus loquuntur, quod Iustinianus sua constitutione certum effecit. *dist. l. & sim. Cod. de mort. caus. donat.*

Quinto obicitur, quod legatum, non tantum ab herede præstetur, sed etiam à legatario, & herede heredis. *l. 5. §. fin. ff. de legat. 3. l. si legatarius & ff. eod.* Item ab exheredato. *l. coheredi 41. §. 3. ff. de vulg. & pupil. substitut.* Respond. Id t̄ rarius contingit ut ante dictum fuit, vel respondemus id respicere adhuc formam externam. Ergo adhuc illa verba optimo iure tolerari possunt.

Denique obicitur *dist. leg. secundo, in fin. Cod. communia de legat.* ubi legatarius & heres coniunguntur. Ergo in definitione utpote secundum ius scriptum id fieri debet. Respond. Ibi quidem coniunguntur in eo, in quo id antea non obtinuit, quia à legatario omnino olim legari non potuit. *§. 1. infra de singul. rebus per fideicom. relatis.* Ergo dicit Imp. idem debere obtinere in legatario, quod in herede: & tantum de definitione legati, nunc integre defensa.

Ad Thes. 3.] Legatorum porro t̄ genera 4. erant olim, vnum per vindicationem, scil. ¹⁶ ex iure, Quiritum hoc modo: Do lego, sumito, capito, habeto. *Theophilus hic.* Et requirebat aut quis testator esset tempore conditi testamenti mortis testatoris ex iure Quiritum, indeque competiti actio in rem id est, rei vindicatio. Secundum per damnationem heredis hoc modo. Heres meus damnas esto, hoc est, damnatus esto per syncopen, propria est vox Ictorum in *§. tam autem corporales h. titul. nostro.* & hoc genus legandi fuit optimum, Vlpianus. *in fragm. h. titul.* indeque erat actio in personam, & aliena res t̄ olim non poterat relinqui nisi per damnationem, non per vindicationem, hodie tamen quouis modo. *Wesenbec. & Borcholt. ad §. non solum autem h. titul. nostro.* 3. Sinendi modo. Heres meus damnas esto sinere Lucium Titium illam rem sumere, sibi que habere, indeque erat actio in personam, vel in rem missio. 4. Per præceptionem hoc modo. Lucius Titius illam rem præcipito, inde erat actio in rem & in personam. Et horum cuique generi certa & solennia latina erant olim verba, quæ ante Iustin. sunt sublata. Nam illis Imperatorum constitutionibus in *l. legatis 21. C. de legat.* Græca, vernacula & quævis verba sunt admissa. *Cuiac. in parat. C. eodem.*

Ad Thes. 4.] Iustinianus tandem superueniens sustulit differentias in actionibus, quia aliæ actiones in rem: aliæ in personam prodixerunt, unde Iustin. omnibus legatis t̄nam eandemque naturam imposuit, & pro quolibet legato constituit tres actiones: ¹⁸ rei vindicationem, personalem ex testamento, & denique actionem hypothecariam. ¹⁹ *l. 1. C. communia de legat.* easque etiam & fideicommissa protrahit propter generalē adæquationem in *d. l. 2. C. communia de leg.* Actio autem ex testamento ideo datur legatario, t̄ quia heres adeundo hereditatem quasi contrahit cum legatario. *§. heres. inf. de obligat.* ²⁰ *qua ex quasi contract. nasc.* Sed obicitur *l. 1. in princ. ff. de obligat. & act. vbi dicitur obligationes, seu actiones in personam esse vel ex contractu, vel ex delicto, idem in l. actionum eod. & §. 1. inf. de act. dicitur.* Ergo non ex quasi contractu. Resp. actio in personā nō tantum ex contractu & delicto sed ex quasi contractu & quasi ex delicto nascitur. *l. 5. §. heres. ff. de oblig. & act. d. §. heres.* Adeundo enim hereditatem heres contrahere videtur. *l. 3. §. fin. quib. ex caus. in poss. eatur.* hoc est, videtur in se recipere solutionem legatorum. 2. In

- 21 rem actio, hoc est, rei vindicatio ideo datur legatario † quia legatarius est tanquam dominus, & ideo eam habet non tantum contra heredem, sed etiam contra quemcunque alium possessorem rei legatæ, quia plus est cautionis in rem, quam in personam. *l. plus cautionis ff. de regul. iuris*. Et certum est legatarium dominum rei legatæ fieri statim à morte testatoris sine traditione. *l. à Titio 64. ff. de furt. l. 1. in fin. ff. de public. in rem act. qua soli domino datur. l. in rem. 23. in princ. ff. de rei vindicat.* Et quidem contra *l. traditionibus 20. Cod. de pact.* ubi dicitur, traditionibus rerum dominia transferri non nudis par-
 22 tis. Et eatenus datur legatarius † vindicatio, quatenus statoris sit res legata. Cuiac. *in parat. C. tit. communia de legat.* quod significat I Crus *in l. à Titio 64. in fine. ff. de furt.* inquiens: ea quæ legantur, recta via, ab eo qui legavit, ad eum, cui legata sunt, transire. Iustin. quoque *in dist. l. 2. Cod. communia de legat.* docet, non de omnibus legatis competere vindicationem, sed de quibusdam, cum ait: quatenus eis liceat: Licet autem legatariis rem legatam vindicatione petere, si res testatoris est legata, ideo autem rei vindicatio non datur legatario, legatis rebus alienis, quia earum dominium testator in alium transferre non potuit. *l. nemo potest ff. de reg. iur.*

- Sed obicitur tale argumentum: Actione in rem petimus rem nostrā, hoc est, quod domini iure ad nos pertinet, & ab alio possidetur *l. actionem ff. de obligat. & act.* At legatum domini iure ad nos non pertinet, dum est heredis, & dum heres legatario legatum tradit, tunc dominium legati legatarius acquirit. *l. si servus Titius 70. ff. de legat. 1. l. si legatum 116. §. fin. ff. de leg. 1. l. in omnibus ff. de ser. legat.* Videtur igitur dicendum legatarium, cum dominium non habeat, legatum vindicare non posse. Resp. Hæc
 23 de re verum legatarius † qui agnovit legatum, hoc est, constituit se velle habere legatum, statim ab adita hereditate dominium rei legatæ acquirat, ita ut nec momento ullo legati dominium in persona heredis consistat, diuertiæ extant sententiæ in ll. Nam affirmatiuam partem defendunt I Cti *in l. seruo legato 69. ff. de leg. 1. in princip. l. legatum 80. ff. de legat. 2. l. 3. §. si rem de legat. 3. l. à Titio 64. in fin. ff. de furt. l. quæstum 40. ff. de acquir. rerum dominio l. si tibi homo 86. §. cum seruus legatur de legat. 1.* Contraria sententia defenditur in locis supra allegatis, & hæc pugna aliter conciliari non potest, quam ut dicamus, videndum esse verum per vindicationem an vero per damnationem legatum sit relictum. Si per vindicationem legatum est relictum, legatario agnoscendi, statim recta via sine ficto heredis ius domini acquiratur, eiusque statim ab aditionis tempore particeps fuisse intelligitur. Et de legato vindicationis accipienda est d. l. seruo legato & reliquæ ll. Si per damnationem legatum est relictum, tunc legatum heredi acquiratur, per aditionem hereditatis, verum si legatarius postea legatum non repudiet, tunc acquiratur dominium rei legatæ non per agnitionem sed traditionem heredi, qui damnatus est dare, & de damnato legato est accipienda *l. si seruus Titius cum ll. seqq. supra enumeratis.* Hodie differentia inter vindicationis & damnationis legatum est sublata, & eodem iure est damnationis legatum quo fuit vindicationis.

Inde sequitur hodie omnium legatorum dominium legatario statim ab adita hereditate acquiri, si legatarius legatum non repudiet. Cum igitur legatarius sit dominus rei legatæ, si legatum agnoscat & constituit legatum ad se pertinere, ideo recte legatum vindicat.

- 24 III. Est actio hypothecaria, quia defuncti † bona sunt obligata & hypothecata,

cata, & solum bona testatoris *l. Paulus 29. in princ. ff. de pignor.* Sed obliquitur: Actio hypothecaria tantum datur, quando vel res tradita est creditoris, vel saltem conuenit inter debitorem & creditorem, ut res pignori esset. §. *item seruiana infra de act.* Sed inter heredem & legatarium neque conuenit ut res pignori esset, neque etiam res est tradita. Igitur videtur dicendum quod legatarius aduersus heredem pignoratitia actione agere non possit. Respond. Legatario res heredis sunt oppignoratae tacite non etiam verbis expressis, & actio hypothecaria etiam tunc locum habet, cum iure taciti pignoris res sunt obligatae. Et quidem habet quis \dagger hypothecariam actionem in rebus legatis, non quas habet, quia quod meum est, amplius meum fieri non potest. *l. neque pignus ff. de reg. sur.* nec in bonis heredis. *dist. l. Paulus. 29. in princ. ff. de pignor. & hypoth.* sed in aliis bonis à defuncto relictis. *Mynsing. secutus gloss. in §. nostra. num. 27. h. titul. n.* Quamuis tamen aliqui malint, in illam ipsam rem, quæ legata est, habere quem actionem hypothecariam, quæ sententia placet *Mynsinger.* & tunc *Myns.* putat non ob stare quod res sua non possit hypothecari, scilicet si tradita est possessio, non potest hypothecari, si vere quis habet, alias dum fidei habet & inceptiue, non vere & complete hypothecaria legatarius agere potest. \dagger *ve. 26* re autem habet rem legatam post aditionem hereditatis: ante aditionem habet fidei tantum: *toto titul. ff. quando alios legat eod. l. cedere diem ff. de verb. signif.* Et *Mynsing.* ac *Duaren. in l. i. in fin. ff. de legat. 1.* affirmant personalem ex testamento, & rei vindicationem olim habuisse legatarios ante Iustin. non autem hypothecariam. Idem vult *Horsenius.* Cui videtur ob stare *dist. l. Paulus 29. in princ. ff. de pignor. & hypoth.* Respond. non loquitur illa lex de legatario, sed de alio creditore, & quidem Iustinianus voluit primum hasce actiones esse eiusdem naturæ, & pro quocunque legato persequendo competere, nisi forte actionum natura in quibusdam rebus repugnet, ut supra de rebus aliter & propriis legatis est data differentia in agendo. Sed obliquitur *l. cum filius. 76. §. Varias. ff. de legat. 2.* ubi Papinianus ostendit varias actiones dari, & legatum non posse periri, partim actione in rem, partim in personam, sed vnā debere eligi. Respond. Ictus Papinianus ibi non loquitur de omni genere legatorum, sed tantum de legato vindicationis, quod verbum, datum, indicat, & ita etiam intelligitur *l. si seruus. 108. §. cum habet. & l. huiusmodi. §. vltim. ff. de legat. 1.* Sed hodie ex Iustin. constituitur. de omni legati genere competit \dagger rei vindicatio, modo tamen res sit testatoris. Et olim plures competeabant actiones, sed magna erat diuersitas, pro quibus rebus darentur & competere.

Sic nec hodie simul comperunt, sed vna electa altera consumitur, tollitur, expirat. *Mynsing. in §. nostra autem h. titul. nostro. num. 8.* Sic in *l. 3. Cod. de legat.* dicitur, in personam actio est electa: Ergo electio plurium actionum in personam & rem fuit ante Iustin. sed tamen non poterant ad omnia applicari ut hodie, quamuis *Duaren. dicat l. 31. si pluribus & l. huiusmodi. §. vltim. de legat. 1. & l. cum filius 76. §. Varias. l. 82. legatum. de legat. 2.* habere additam electionem à compositoribus ex Iustin. constitutione, olim enim pluri. num. inter fuit. Denique affirmat *Wesembec.* hic, non simul posse intentari reale & personale, *l. i. C. de furt.* Hypothecaria est cautionis loco, & tollitur solutione. *l. si rem. 9. ff. de pignorat. act.* *Mynsing. etiam cent. 1. obseruat. 58.* dicit, posse cumulari in vno libello personalem & hypothecariam, si res est aliena.

Ad Thef. §. 6.] Porro legata ex Iustin. constituitur. in *dist. l. 2. C. communia de legat.* per omnia sunt adæquata fideicommissis, sed quod dicimus id factum esse \dagger Iustin. consti-

- 28 tut. virum patitur *L. i. ff. de legat. i.* in qua dicitur, per omnia adæquata sunt legata fideicommissis. Et illa lex est Vlpiani, qui longe ante Iustin. vixit; Ergo illa adæquatio Iustini-
 niano minime ascribi potest, vt auctori primo. Resp. ad hanc l. varia multorum sem-
 per fuerunt somnia. Iason putat vires legatorum esse attributas fideicommissis per d. l.
 1. sed per constitutionem Iustin. fideicommissorum vires esse attributas legatis. Bar-
 tol. hanc solutionem ridet & putat id verius esse, Ictos adæquasse legata fideicommissis
 quidem per omnia, tamque adæquationem Ictorum Imperatorem sua constitutio-
 ne perfectiorem, firmiorem & clariorem effecisse. *Zal. in dist. l. i. ff. de legat. i.* Hoc au-
 tem addendum est secundum Duaren. *in dist. l. i.* Bartolum & Bartolinos velle legata esse
 fideicommissis adæquata per omnia ex sententia Ictorum & Iustin. Non e contra
 29 † fideicommissa legatis, vt etiam hic Wesenbec. refert, idque probat *per l. princeps.*
ff. de ll. vbi Augusta principi adæquatur, sed non e contra Augustus Augustæ, deinde
per l. maximum. ff. de liber. prator. ibi exæquantur fœminæ masculis, nec tamen sta-
 tim masculus fœminis. Respondet Duarenus *in dist. l. i. prima*, ibi nullum esse adæqua-
 tionem, debent itaque vereri pœnam legis Cornelie de falsis. Cic. *libr. 2. de inuent.*
 & vt accedam ad d. l. i. volunt alii à compositoribus. *ff. dist. l. i. ff. de leg. i.* fuisse interpo-
 latam ex Iustin. constitut. *in dist. l. 2. Cod. communia de legat.* Et forte Vlpian. dixisse,
 PENE vel propemodum esse ea adæquata; id enim Iustinianus ipsis concessit, vt in-
 terdum aliquid adderent, interdum aliquid detraherent pro vt res ferret. *l. i. 2. Cod.*
de iur. Vet. enuel. sed si non nimium peccassent in excessu & defectu. Hotoman. *in com-*
mentar. ad titul. de legatis. §. sed non vsque, enunc. i. Corras. *libr. quinto, Miscellan. cap.*
17. Wesenbecius in institut. Duaren. libr. secundo, disputat. capit. 9. vbi dicit: vel non
 esse Vlpiani sed Triboniani, vel Vlpiani verbis aliquid esse detractum vel adiectum.
 ex Iustin. constitut. & *in dist. leg. primam ff. eodem. idem Duarenus, Equinarias Baro in*
manualibus suis ad materiam legatorum. & hanc coniecturam auget varietas exem-
 plarium. In Haloandrinis enim sine inscriptione legitur. Duarenus *in dist. l. i. prima,*
h. titu. n. Cuiacius vt sit specialis, hanc habet solutionem *dist. l. i. prima*, pertinere
 ad edictum quod legatorum. *l. i. Cod. quod legatorum*, vbi dicitur legata & fidei-
 commissis esse adæquata in retentione falcidie, & inde legem esse desumptam pro-
 bat ex inscriptione, quæ dicit *dist. l. i. prima, esse ex libr. 67.* ad edictorum scilicet, quo-
 rum legatorum. Et hanc solutionem habet *libr. octauo, obseruat. cap. 8.* & in parat.
ff. de legat. 3. quam solutionem probat tamen Wesenb. *in Apof. ad Schneidv. contra so-*
lutionem Cuiacii.

Sed Cuiacius sibi videtur esse contrarius, aut illa verba *dist. l. i.* id non patiuntur,
 per omnia, quæ sane verba hoc videntur velle, non tantum quoad l. Falcidie retentio-
 nem esse adæquata legata & fideicommissa, sed etiam in aliis. Respond. Aliud est per
 omnia adæquata aliqua esse, id. vna tantum re: aliud est in omnibus esse adæquata.
l. 2. §. furioso. ff. de iure codicill.

Insto contra solut. Cuiac præcipue, & contra adæquationem in genere ex *l. in quar-*
tam 91. in princ. ff. ad l. Falcid. vbi dicitur: in quartam hereditatis ex l. Falcidia impu-
 tantur res, quas iure hereditario quis capit, non quas iure legati vel fideicommissi
 si, sed in fideicommissi. hereditatem restitui siue legati siue fideicommissi nomi-
 ne quid relictum sit. Respondeo Math. Wesenbecius *in parat. numero quinto*, di-
 cit hanc differentiam mansisse ex propria natura legatorum & fideicommissorum.
 Cuiac. putat *in d. l. in quartam. vers. sed in fideicommissi.* superiorem sententiam generalem
 ma.

magis explicare, *lib. 8. obser. cap. 4.* Duaren. secutus Alciat. *in paradox.* statuit *lib. 2. annuvers. disputat. cap. 10.* aliud adhuc sentit, quod tamen magis diuinatorium est. Tandem habere possumus generalem solutionem, *ex l. 2 §. quibus. C. de iure vet. enuc.* vbi Iustinian. dicit: omnia merito nostra facimus. Id quod sequitur simpliciter Corras, *lib. 5. Miscellan. cap. 17. num. 5.* vbi etiam dicit *d. l. 1. ff. de legat. 1.* Haloandro fuisse suspectam, ideoque eum dictam legem sine inscriptione reliquisse.

Deinde contra ante datam solutionem obiicitur *Nou. 1. de hered. & Falcid. c. 7.* vbi dicitur, Falcidiam amitti ob non confectum inuentarium: Trebellianica autem ratione fideicommissi competens non amittitur, quæ sententia in Camera Imperiali est approbata. teste Mynsing. *centur. 3. obser. 60. Gail. lib. 2. obser. 133. & authent. sed cum testator. C. ad legem Falcidiam.* Idem vult Viglius & Mynsing. *in §. penult. supr. de hered. qual. & differ. ventia.* Respond. Disputandi gratia defendi potest *d. Nou. 1.* non tantum de legato, sed etiam de fideicommissio loqui, quia semper coniungit legatarios & fideicommissarios, *vs in §. hinc nobis. & §. si vero.* Ergo in iis idem iuserit statuendum. Porro ad æquationem legatorum & fideicommissorum non perinde ex Iustiniani constitutione probō *ex l. qua sub conditione. 8. §. in fideicommissis. ff. de condit. instir.* vbi dicitur fideicommissa vice legatorum fungi: Ergo id non est ex Iustiniani constitutione. Respond. Id respicit edictum de remittenda conditione iurisiurandi. *d. l. 8. §. hoc edictum. & Duaren. ad l. 1. ff. de legat. 1.* vice legatorum funguntur: Ergo non post sunt comparata sibi; vice Rector nō est Rector, sic est Rector, non per omnia.

Sic obiicitur contra idem *l. Iulianus. 40. ff. de manumiss. testamento*, vbi dicitur, in omnibus fere causis fideicommissarias libertates pro directo datis habendas. Respond. Particula *F E R E* totum soluit, quasi dicat, non in omnibus sunt comparata, quod tantum ex Iustinian. constit. est factum.

Deinde obiicitur valde *§. praterea. infi. de fideicommiss. heredis.* vbi dicitur hoc fideicommissa tantum ab intestato reliqui etiam posse & ex testamento: Ergo si Iustin. constitut. est facta adæquatio, & definitio legati Iustinianea est intelligenda etiam de legato, quæ ab intestato relinquuntur, sibi Iustinianus in locis sane vicinis est contrarius, vel immediate loquitur. Respond. Iustinian. ipse affirmat permissionem legatorum & fideicommissorum subtilibus auribus esse percipiendam. Ideo primo agit de legatis, deinde de fideicommissis. Quod igitur *in d. §. praterea*, de fideicommissis tantum dicit, propter separationem materiam, id si æquiparatio spectetur, etiam ad legata pertinet *per d. l. 2. C. communia de legat.* nouo iure inspecto. Sic obstat *Paul. lib. 4. sentent. 111. de fideicommiss. in fin.* vbi dicit, nulla est actio prodita pro fideicommissio, cum omne ius fideicommissi non in vindicatione sed in petitione consistat. Legata autem vindicari: Fideicommissa tantum peti *l. mulier. 22. §. non est dubitatum. ff. ad S. C. Trebell.* Respond. Ex Iustin. constitut. *in d. l. 1. & d. l. 2. C. communia de legat.* fideicommissorum & legatorum ¶ vna natura est facta, & quod vni igitur, etiam alteri inest; Sic valde refragatur adæquationi etiam ¶ hoc: hereditas fideicommissaria non transit in fideicommissarium nisi restituta, *l. restituta. 37. l. facta. 63. ff. ad S. C. Trebell. §. restituta. de fideicommiss. heredis.* In legato nulla opus est restitutione, *l. a Titio. 64. ff. de furt.* Item non cogitur fideicommissarius adire & restituere *l. quia potero. ff. ad Trebellian. §. sed si recusabas. infi. de fideicommiss. heredis.* Legatarius non cogit heredem. *l. si quis omnia causa testamenti. 17. Respond.* Differentia non est de eo quod alterum sit legatum, alterum fideicommissum, quia fideicommissum singulare est adæquatum legato non vniuersale, quia in sententia est Wesenbec. *in paratis.*

ff. de legat. 1. num. 9. 10. Mynsing. hic ut supra monui. Denique adæquationi refragatur tale argumentum. Legata libertate seruus fit libertus testatoris, *l. cum vero. 26. ff. de fideicommiss. heredit.* per fideicommissum vero relicta libertate seruus fit libertus eius, a quo manumittitur. *l. 7. C. de fideicommiss. libert. §. fin. insr. de sing. rebus per fideicommiss. relict.* Ergo non est eadem ratio legatorum & fideicommissorum, sed diuersa. Respond. *lafo in d. l. 1. ff. de legat. 1.* vocat hoc contrarium TERRIBILE. Et ibidem Zasius fatetur, quod se inde explicare non possint. Sunt autem aliqui qui dicunt dictas leges de veteri iure loqui, cum sint *l. Cri Vlpian. Alexandri Imperatoris*, qui ante Iustinianum vixerunt. Sed verius putat Duaren. *in d. l. 1.* differentiam in eo non consistere an alterum sit legatum, alterum vero fideicommissum, sed quod in altero scilicet fideicommissio factum heredis requiratur: in altero vero, scilicet legato, non idem, idque cognoscitur ex verbis testatoris. Siue enim dicat testator verbis directis: Damnas esto heres meus Stichum meum manumittere; siue dicat precariis verbis: Rogo heres ut Stichum seruum meum manumittas, semper est necessarium factum heredis. Et tantum de adæquatione.

Ad Thesin 7.] Sequitur nunc ut videamus de rebus quæ legari possunt. Regulariter omnes res et corporales & incorporales, quæ non prohibentur, legari possunt. *Mynsing in §. tam autem. h. tit. n.* Et si per damnationem id factum est, tenetur heres cedere actionem legatario contra debitorem: si tamen non cessauit ipso iure utilis actio legatario competit *lex legato. C. de legat. 1.*

32 Ad Thesin 8.] Et quidem etiam res futuræ legari possunt modo sperentur. Sed obiicitur, de futuris contingentibus nulla est determinata veritas: Ergo futuræ res legari non possunt. Respond. Id in fauorem vltimarum voluntatum est concessum: Præterea procedit illud argumentum in Physicis, quamuis tamen in fauorem contrarium etiam res spes possit vendi *dict. l. emptio. 8. ff. de contrahend. emptio. ut captus piscium.*

Secundo obiicitur, cautionem esse præstandam ab herede *l. seruo legato. §. fin. ff. de legat. 1.* quæ hic omittitur. Respond. In *d. l. seruo legato*, dubium est, an quid sit in rerum natura, tum cauetur de persequendo & restituendo seruo: Si autem omnino nihil erit futurum, nullum est legatum, ut Chymera, gloss. Notandum tamen *l. quod in rerum natura. 24. ff. de legat. 1.* tantum proponere exempla per damnationem. Borch. & Weseub. hodie quoque fœtus aut partus ancillæ relinqui potest.

34 Ad Thesin 9.] Deinde non tantum res propria testatoris, sed etiam aliena legari potest, scilicet per damnationem, non per vindicationem olim, hodie et quouis modo. *Borch. & Weseub.*

Secundo obiicitur primo tale argumentum: Nemo plus iuris in alium transfert quam ipse habet. *l. nemo. ff. de reg. iur.* Ergo res aliena sine facto alterius alienari vel legari non potest. *l. quod nostrum. ff. de reg. iur.* Resp. Non simpliciter res aliena alienetur si legatur. Sed redemptione opus est, facienda ab herede vel legatario, quamuis sit difficilis reparatio. *l. cum seruus. 39. §. constat. de legat. 1.* deinde hoc fit in honorem præcepti testatoris.

Secundo obiicitur *l. 12. tabul.* uti quis super pecunia suæ rei legassit: Ergo non alienæ. Resp. Olim non permisit hoc lex *12. tabul.* Vel dicemus, ut plurimum rem suam, scil. per vindicat. vel per damnationem: Rem alienam tamen per damnationem. Horstius sic soluit. Suæ rei, scil. alienæ, quæ sit suæ per redemptionem.

Tertio obiicitur *c. filius. §. extra. de testament* vbi prohibetur res aliena legari. Resp. Ibi Pontifex respicit ad res ꝑ Ecclesię, quę alienationem non facile admittunt, ideo etiam ꝑ in legatum vꝑute leges seculares non facile cadant.

Quarto obiicitur tale argumentum: Oppignorari non potest res aliena *l. et. & tot. 2. c. de reb. alien. non alienand. & de prohib. rer. alienat. & hypothecatione. l. 1. ff. de pignor.* Ergo nec legari potest. Resp. Ab hypotheca vel oppignoratione ad legatum non valet consequentia propter magnam diuersitatis rationem: nam oppignoratio semper præsumitur fieri rei proprię inter viuos, legata rei alienę fiunt à moriente, & in honorem & obsequiũ vltimę voluntaris tolerantur, quia redemptione opus in iis legatis rei alienę erit.

Quinto obiicitur *l. vxor. 20. c. de legat.* Resp. Ibi vxor legans res alienas, quarum habebat vsumfructum intelligitur voluisse vsumfructum suum legare, non res alienas, quod non potuit, ideo quia ꝑ vsumfructus morte finitur. *§. finitur. supr. de vsumfruct.*

Sexto obiicitur *l. si quis. 22. §. fin. ff. de legat. 3.* vbi dicitur, quod seruo alieno legato ante moram extincto damnnum sit legatarij, non heredis, & æstimatio non debetur. Respond. Hoc ideo ibi dicitur, quia seruus alienus legatus ibi fuit ꝑ mortuus, antequam heres moram faceret in dando seruo, & propterea ibi nihil debetur, nec debetur æstimatio. 36

Septimo obiicitur *l. si heres. 35. ff. de legat. 1.* vbi heres fuit damnatus alienum dare seruum, & Ictus dicit, nihil ex eo legatō deberi: Ergo re aliena legata, æstimatio non debetur. Resp. Ideo ibi æstimatori serui non debetur, quia seruus ante moram heredis à domino fuit manumissus, neque esse desit, & eius rei, quę non est vel esse desit, æstimatio deberi non potest, & sicuti mortuus non est, ita & manumissus intelligitur non esse, quia ꝑ ꝑ manumissio morti comparatur. *l. si mihi aliorum. 22. ff. de solut. idem responderi potest ad d. l. Stichus. 39. ff. de manumiss. testamento.* 38

Ad Thesin 10.] Si autem talis res sit, cuius ꝑ commercium non est, vel adipisci non potest, nec æstimatio eius debetur. Et de tali re agitur *in dist. l. cum seruus. 39. §. fin. de legat. 1.* vbi testator quidem res alienas legat, & æstimatio eius non debetur, ideo quia testator legauit eas res, quia non est commercium, hoc est, quę à nemine haberi, acquiri, & possideri possunt, vt sunt campus Martius. Similiter commercium non est rei. *in l. mortuo boue. 49. §. Labeo. ff. de legat. 2.*

Sed obiicitur primo, *l. fideicommissa. 11. §. si seruo. 14. ff. de legat. 3.* vbi dicitur, militia legata æstimationem deberi, militia autem commercium non habet, hoc est, haberi non potest, cum sit ꝑ officium eorum qui in aliqua schola inter statutos sunt 40 *relati. Borcholt cap. secundo feudor. Cuiacius in lege tertia, §. ei quid minori. ff. de minor. vnginti quinque annis.* vel militia est reditus officiorum in schola annuus. Respond. Communiter respondent Doctor. *ex dist. l. mortuo boue. quadragesima nona. §. 1. ff. de legat. 3. secunda.* quod militia legata videatur legata æstimata: Ergo inest æstimatio militiae, & ita Wesenbec. *in §. non solum, hoc titul. numero tertio.* putat, cum Cuiacio *hic in prioribus notis,* & Hotomanno *hic.* Hac solutione Dn. Hørsius fuit contentus.

Secundo obiicitur, *l. filiusfamil. 14. §. si quid alicui. ff. de legat. 1.* vbi quis commercium non habet, & tamen debetur. Respond. Ibi non ex iura legatarius fit incapax legati, sed ex casu morbi extrinsecus superuenientis, vt expresse additur: *ideo æstimatio debetur, cum rem habere non possit ab initio propter corporis vitium,*

vitium, & quod ab initio hic non valet, tractu temporis non conualefcit, *l. quod ab initio. ff. de regul. iur. & tot. tit. ff. de Regul. Caton.* Hanc folut. Heroman. Wefenbec. & Cuiac. in dd. locis vno ore habent. Hac folutione acquieuit Horftius.

Terrio obiicitur *l. fed si res. 40. ff. de legat. 1.* vbi fi res aliena, cuius commercium legatarius non habet, ei cui ius poffidendi non eft, per fideicommiſſum relinquitur, æſtimatio dicitur. ⁴¹ Reſpond. Differunt hæc ꝑ rem non eſſe in commercio, id eſt, rem à nemine acquiri poſſe & non habere ei commercium, quia ſi quis non habet rei commercium, tamen alius habet. *Cuiac. in notis prioribus hic.* Quod autem ad *d. l. fed si res*, attinet, dicendum eſt nihil referre, ſiue vterque non habet commercium, ſiue is, qui dare debet: tunc enim æſtimatio neceſſario debetur, quia res dari non poteſt, cuius commercium vterq; non habet: Non autem dicitur talem eſſe rem ibi, quæ non ſit in commercio: tunc enim æſtimatio non deberetur. Vnde non opus eſt negationem *in d. l. fed si res*, poſtერიorem ſcilicet tolli *per d. l. 1. & §. ſi quid alicui. ff. de legat. 1.* quia hoc in eo caſu etiam procedit. Wefenb. tamen approbat Cuiacij ſolutionem & correctionem.

Denique obiicitur *l. mortuo boue. 49. in princip. ff. de legat. 2.* vbi mortuo boue nec corium, nec caro debetur, & tamen eſt in commercio. Reſp. Ibi ꝑ mortuus eſt bos. antequam eſt factus legatarij, forte ſub conditione legatus deceſſit ante impletam conditionem, vnde nec corium nec caro debetur, quamuis alias ſit res in commercio exiſtens.

Ad Theſin II.] Res autem aliena legari poteſt, vt dictum fuit, ſi deſunctus ſciebat rem eſſe alienam, quia procliuiores ſumus in rebus noſtris vel heredum legandis quam alienis, præterea heres grauatur onere probandi, quod onus non præſumitur facile ei velle imponere *l. ſnam 67. §. ſi rem. 6. ff. de legat. 2. l. 10. C. eod.* præſumitur enim ignorantia, donec probetur ſcientia. *l. ſeruius. 21. ff. de probat.* Ad probationem autem compellitur legatarius qui agit, id quod in iuris ordine & proceſſu ita obtiner: Sed obiicitur ita: Agit ⁴³ is qui non poſſidet, ſed ꝑ probatio interdum eſt eius qui poſſidet *§. aque. in fin. inſtr. de act.* Reſpond. Id ſpeciale eſt in negatoria actione: ſi enim quis habet liberos ædes, & nemini debet ſeruitutē, & cum aliquis attentat ſeruitutem ei obtundere, agit negatoria is, cui obtunditur, & tenetur probare ſe liberas habere ædes, & dum actor eſt probare tenetur quāuis poſſideat. Variè autem volunt illum caſum intelligi, vnus ponit illum caſum, alter alium, Wefenbec. legit pro vno caſu, illo caſu, quaſi hoc in aliis caſibus ſimiliter, obtineat multis.

⁴⁴ Deinde ſi rem ſuam legat teſtator, & poſtea eam alienat, ꝑ nihilominus debetur, ſi nō adimendi animo vendidit. Et procedit hoc ſi fundus eſt ſimpliciter legatus. At ſi eſt legatus his verbis: qui meus erit cum moriar, hoc caſu parte alienata nec redempta ante mortem, ea pars indiftincte legatio cedit, ſiue ſponte ſiue coactus alienauerit *l. ſcribit, in fin. 3. 4. de auro & argent. legat. & hoc legatum eſt conditionale. l. 6. ff. de legat. 1.*

Sed obiicitur *l. ſcribit. §. fin.* Reſpond. Ictus ibi docet multum intereſſe inter illa verba: Qui meus eſt, & qui meus erit.

Deinde obiicitur *l. pen in prin. ff. de legat. 3.* Reſp. Ibi alius eſt caſus. Borch. *hic.* Qui vero poſt teſtamentum factum prædia, quæ erant legata, pignori dedit, non videtur ademiſſe legatum. Nam res oppignorata manent in dominio teſtatoris, *§. 1. ſupr. quib. alien. 45 lic. ſel non.* Poteſt autem res pignori data diſtrahi, & alienari ꝑ terna facta denunciatione, *l. 4. ff. de pignorat. act. tot. tit. ff. de diſtract. pignor.* Et ſi ita ab initio conuentum fuerit, ⁴⁶ *d. §. 1. ſupr. quib. alienar. lices.* Si autem quis legat rem obligatam ꝑ creditori, heres neceſſe habet

emerit ab eo, à quo legata est, tunc aut sciens sibi rem esse obligatam emit, aut ignorans. Si sciens, sua culpa legati petitionem amisit. Id enim emit, quod potuit ex testamento consequi: Si ignorans emit, aut ei res tradita est ex causa emtionis, aut nondum tradita est. Si iam res ei tradita sit, agat ex testamento non ad rem, quam habet, sed ad precium quod numeravit pro ea re. Re autem nondum tradita ex causa emtionis, legatarius agere potest ex testamento ad rem, & non tenebitur precii nomine ex vendito, si non soluit precium, vel si soluit id recipiet actione ex emto, quasi re evicta *d. l. huiusmodi*.

Ad Thesin 19.] Aliud est, si ex duobus testamentis. Agitur hic de eadem re vni eisdemque sapius legata, si sapius legatur, & quaeritur si an sapius debeatur, distinguendum erit: Aut enim vnus testamentum eadem res sapius legata est: aut testamento duorum. Si testamento vnus, semel tantum debetur, quia potius sapius loquitur testator, nō legat sapius, *l. plane. 34. §. 1. de legat. 1.* Si duorum testamento vni & eadem, ex vno testamento potest peti aestimatio, ex alieno res ipsa.

Ad Thes. 20.] Disputari deinde potest de usufructu deducto à proprietate *ex l. 4. ff. de usufruct. c. l. recte. ff. de verb. signific.* Sed de ea re fuisse disputationem inter Iurisperitos olim, constat *ex l. si à Reo. 70. §. 1. ff. de fideiussor.* officio autem iudicis aestimatio nudæ proprietatis venit.

Sed obiicitur iudici legatum est stricti iuris: Ergo non potest arbitrium iudicis admitti. Respond. Iudicium legatorum si actionem bonæ fidei imitatur *l. si heres. 6. ff. de eo qui certo loco.* sua tamen natura est stricti iuris. Welsenbec. Et id fieri posse constat *ex l. si. num. ff. de rebus credit.* Et recipit hic res interpretationem ex bono & æquo *l. Titio. 89. §. usuras. ff. de legat. 2.* Summo vel stricto iure non petitur, quia petitio seruitutis est quasi accessio, & vbi est principale, ibi quoque est accessorium. *c. accessorium, de regul. iur. in 6. Mynsing. hic.*

Ad Thesin 21.] Si autem rem legatarij quis ei legauerit, si inutile est legatum, quia quod proprium ipsius est, eius amplius fieri non potest: Et licet alienauerit eam, tamen non debetur nec ipsa res, nec aestimatio. Huic assertioni primo è diametro opponitur *l. 1. §. fin. ff. de Reg. Caton.* vbi dicitur: si tibi legatus est fundus qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum viuo testatore alienaueris legatum tibi debetur, quod non deberetur, si testator statim decessit, cum tamen expresse contrarium dicatur. *in l. cetera. 41. §. tractari. ff. de legat. 1.* vbi etiam additur ratio, quia quod ab initio non subsistit, tractu temporis non conualescit, *l. quod ab initio. de Reg. Caton.* Respond. Hotroman. affirmat, quod nulla ratione illa conciliari possint, & quadrare circulum, qui hæc conciliare tentet. Sic Cuiac. *in notis prioribus* putat Celsum *in d. l. 1. à reliquis* Iuris dissensisse, ut & fecit *in l. si chor. 79. §. penult. c. ultim. ff. de legat. 2.* vbi contrarius est Iuris in *l. si aroa legata. ff. de legat. 2.* Et illum discrepare Paulus scribit *in l. qui res suas. 89. §. a ream. ff. de solut.* Rogenius antiquus glossator affirmat *d. l. 1.* loqui de casu, quo legatarius rem suam viuo testatore alienauit: Sed eo mortuo legatarius rem suam alienauit, ita ut *in d. l. cetera. §. tractari.* quasi exceptio quædam sit, quam solutionem Mynsing. *in §. hic* retinet, quæ tamen est contra *d. l. cetera. 41. §. tractari. c. l. quod ab initio. ff. de Reg. Caton.* Iohan. antiquus glossator putat *d. l. 1.* loqui de legato conditionali, ad quæ legata conditionalia regula Caton. non pertinet, sed tantum ad pura. *d. l. cetera. §. tractari.* Hanc retinet Welsenbec. *in paratit. ff. de legat. 1. num. 2. c. in d. §. sed si rem legatam. &*

Duaren. *in d. l. cetera. §. trahari.* & addit, non habere rationem aliquos dicere 1Cto's dissentire. Hanc solutionem retinet D. Horstius, utpote quæ est ex textu desumpta *in d. l. cetera. §. trahari.*

Secundo obicitur *l. cum servus legatus. 39. §. si Titius. ff. de leg. 1.* ubi talis est casus: emtor rem vendidi, sed nondum tradidi, mea igitur est, emtor eam mihi legavit. Valet hoc legatum, etsi postea accepto precio rem emtori tradidero, atque ita eam quasi aliena vero, rursus eam recipiam iure legati, atque ita habebō rem meam & precium; precium quidem iure crediti rem iure legati: Legatum igitur post alienationem convalescit. Respond. Hoc legatum ꝑ non convalescit ex post facto, sed ab initio vtile fuit, emtor enim qui legat mihi rem emtam nondum tamen traditam, videtur mihi remittere actionem ex emto. Et ea ratione statim ab initio legatum validum est.

Ad Thesin 22.] Porro si quis rem suam ꝑ, quasi alienam legat, validum est legatum. Nam plus est in veritate, quam quod est in opinione, quia si quis alienam putans rem legat, multo facilius præsumitur legaturus, si rem suam esse scisset. Simile est *in l. 2. §. si à pupillo. ff. pro emtore.* ubi dicitur, plus est in re quā in existimatione. *l. si pater. §. quoties. ff. de manumiss. §. iudi.*

Sed obicitur *l. qui putat. 15. ff. de acquir. hered. l. cum quis. 18. §. 3. ff. de iniur.* ubi dicitur, plus est in opinione, quam quod est in veritate. Respond. Plus est in veritate scilicet in favorabilibus. Et quidem in errore facti inspecta ipsa re. *d. autem l. qui putat. §. d. l. cum quis,* loquuntur in minus favorabilibus, puta in delictis, & quidem in errore iuris, inspecto scilicet animo, *ὁμοψύχῃ* & affectione, ubi opinio magis attenditur, quia qui opinione est deceptus in adita hereditate non potest eam repudiare. Hanc solutionem communiter omnes amplectuntur. Wescemb. Hottom, Cuiac. Borcholt.

Ad Thesin 25.] Vtile deinde est legatum si quod ꝑ in diem debebatur, pure legetur, Cui oppon. *l. debitor. 82. in princip. ff. de legat. 2.* ubi dicitur, inutile legatum effici, quamquam ab initio constituerit legatum, si scilicet annus supervenerit. Respond. Paulus in contraria fuit sententia, quam hic Imperator Iustin. notat, dum dicit: non enim placuit sententia existimantium, &c. Sic enim *l. pluribus. 140. ff. de verb. oblig.* Sic & Marcellus *in l. existimo. 93. ff. de verb. oblig.* Papinian. autem sententiam hic Iustin. sequitur, quæ est *in l. 5. ad l. Falcid.* ubi dicitur, vtile esse legatum. Wescemb. In contrariis tamen vera est eorum sententia non in legatis *d. l. existimo. & d. l. pluribus.*

Ad Thesin 26.] Valet denique legatum, si maritus ꝑ uxori dotem legasset, quia plenius est legatum quam de dote actio. Plenius ꝑ ideo est, quia olim dos annua bima trima die, hoc est, tribus pensionibus annuis. Vlpian. *tit. 6. de dote solvebatur* seu reddebatur, quæ in pondere, numero & mensura constabat, & iure novo dos in mobilibus post annum demum exigi potest *l. 1. §. cumque. C. de rei & xor. act. tit. 1. ff. de dote prælegat.* Legatum statim debetur & peti potest adita hereditate, cessit tamen hæc à morte testatoris. *tit. 1. ff. quando dies legat. ced.* Si in immobilibus dos constitit, nouo iure & veteri statum redditur: Ergo facultas agendi validum reddit hoc legatum. Deinde etiam ex actio realis, quia actio dotis ꝑ non datur in solidum in maritum, sed in quantum facere potest, *l. etiam. 18. ff. solut. matrim. l. non tantum. 20. ff. de re iudic.* Actio ex testamento datur in solidum *l. 2. ff. de dote præleg.*

Sed obiicitur tale argumentum: Res aliena legari non potest; seu res propria non recte legatur, vt supra dictum fuit. Dos est proprium patrimonium vxoris non mariti: Ergo vxori legari non potest. Resp. Id facit commodum repræsentationis: Deinde quia plures actiones tum habere potest vxor, si ei dos legatur. *Et tantum de i. disputatione.*

DISPUTATIO XX.

De legatis.

Thesis 1. Si generaliter seruus vel res aliqua legetur, electio legatarij est, nisi aliud testator dixerit. *l. quoties. 2. ff. de opt. leg. l. qui duos. 20. ff. de leg. 1.*

2 Optionis legatum (vbi testator ex seruis suis, vel aliis rebus optare legatarium iusserat) habebat olim in se conditionem: & ideo nisi ipse legatarius viuus optasset, ad heredem legatum non transmittat. facit *l. 2. ff. de opt. vel elect. legat. vide Vlpian. in fragm. tit. 24. facit etiam l. 3. ff. qui & à quib. manum. liber. non fiant.*

3 Sed ex constitutione nostra, & hoc in meliorem statum reformatum est, & data est licentia heredi legatarij optare seruum, licet viuus legatarius hoc non fecerit: Et diligentiori tractatu habito, & hoc in nostra constitutione additum est: siue plures legatarii extiterint, quibus optio est relicta, & dissentiant in corpore eligendo: siue vnus legatarii plures heredes sint, & inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente: ne precat legatum (quod plerisque prudentium contra beneuolentiam introducebant) fortunam esse huius optionis iudicem, & sorte hoc esse dirimendum, vt ad quem fors peruenerit, illius sententia in optione præcellat. *l. vlt. §. sed etsi. C. communia, de legat.*

4 Si eadem res duobus legata sit, siue coniunctim, siue disiunctim: si ambo perueniant ad legatum, scinditur inter eos legatum, si alter deficiat, qui aut spreuit legatum, aut viuo testatore decesserit, vel alio quoquomodo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. fac. *l. legata inutilia. 19. §. vlt. ff. de leg. 1. l. cum questio. 32. §. fin. C. h. tit.*

5 Coniunctim autem legatur, veluti si quis dicat: Titio & Seio hominem Stichum do, lego: Disiunctim ita: Titio hominem Stichum do, lego. Seio hominem Stichum do, lego. Sed & si expresserit, eundem hominem Stichum, æque disiunctim legatum intelligitur. facit *l. re coniuncti. 89. ff. de leg. 3. l. triplici. 142. ff. de verb. significat.*

6 Si quis ancillas cū suis natis legauerit, etiam si ancillæ mortuæ fuerint, partus legato cedunt *l. 3. ff. de pecul. leg. l. si ancilla. 62. cum 1. seq. ff. de legat. 1.* Idem est, & si ordinarii serui cum vicariis legati fuerint, quia licet mortui sint ordinarii: tamen legaro vicarii cedunt. *l. sed etsi. 4. ff. de pecul. legato.*

7 Sed si seruus fuerit cum peculio legatus : mortuo seruo vel manumisso vel alienato peculii legatum extinguitur. Idem est si fundus instructus vel cum instrumento legatus fuerit. Nam fundo alienato, & instrumento legatum extinguitur. *l. i. d. tit. de pecul. leg. fac. l. 5. si cui fundum. ff. de fundo instructo legato.*

8 Si peculium legatum fuerit, sine dubio quicquid peculio accedit vel decedit, viuo testatore, legatario lucro vel damno est, *fac. l. peculium 65. ff. de legat. 2.*

9 Quod si post mortem testatoris, ante aditam hereditatem aliquid seruus acquisierit: Iulianus ait, siquidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit, omne quod ante aditam hereditatem acquisitum est, legatario cedere, quia huiusmodi legati dies ab adita hereditate cedit: Sed si extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, nisi ex rebus peculiariibus auctum fuit peculium. *l. denique pegasus 8. §. vtrum autem. ff. de pecul. legato.*

10 Peculium autem, nisi legatum fuerit, manumisso non debetur: quamuis si viuus manumiserit, sufficit si non adimatur: & ita Diui Seuerus & Antoninus rescripserunt. *fac. l. i. C. de pecul. eius, qui libert. mer. iidem rescripserunt, peculio legato, non videri id relictum, vt petitionem habeat pecuniae, quam in rationes dominicas impendit: iidem rescripserunt, peculium videri legatum, cum rationibus redditis liber esse iussus est, & ex eo reliqua inferre. Vlp. in l. si peculium. 6. §. sicut. ff. de pecul. legat. fac. d. l. denique 8. §. interdum. ff. eodem.*

11 Si grex legatus fuerit, & postea ad vnā ouem peruenerit, quod superfuert, vindicari potest. Grege autem legato etiam eas oues, quæ post testamentum factum gregi adiiciuntur, legato cedere Iulianus ait: Est autem gregis vnum corpus ex distantibus capitibus: sicut ædium vnum corpus est ex coherentibus lapidibus. *l. grege legato 21. cum l. seq. ff. de leg. 1. §. si grex. h. tit. l. rerum mixtura 13. ff. de vsurpat. & vsucap.*

12 Aedibus denique legatis, columnas & marmora, quæ post testamentum factum adiecta sunt, legato dicimus cedere.

13 Si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit. *l. si ex legat. causa. 34. ff. de verb. oblig. fac. l. non amplius 26. §. 1. & l. cum res legata est 47. §. itaq. ff. de legat. 1.* Et si seruus alienus legatus, sine facto heredis manumissus fuerit, non tenetur heres: Si vero heredis seruus legatus sit, & ipse eum manumiserit, tenere ipsum Iulianus scripsit: nec interest, sciuerit ne an ignorauerit à se legatum esse. *fac. l. si seruum 91. §. de illo ff. de verb. obl. & l. 25. §. si quis. ff. ad S. C. Trebell.*

DISPUTATIO XX.

De legatis, obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 Servus vel res alia, si generaliter legatur, electio est penes legatarium.
- 2 Voluntas testatoris pro lege habetur.
- 3 Genus pro specie seu individuo sumtum.
- 4 Homo & fundus in legatis generalibus differunt.
- 5 Legatum generale fundi aut domus, non valet.
- 6.7. Electio, si legatum generale sit, quando penes heredem esse censetur, & quando penes legatarium.
- 8 Legatarius quando electionem habet, quid eligere debeat.
- 9 Electio idem est quod optio.
- 10 Optio legati per procuratorem fieri nequit.
- 11 Legatum optionis olim conditionatum, hodie purum est.
- 12 Legatum generaliter relictum, & legatum optionis an differant.
- 13 Optionis legatum qui habet, quid eligere possit.
- 14 Coniunctorum materiam admodum diffusilem esse.
- 15 Coniuncti in legatis quot modis dicantur.
- 16 Coniunctorum modi tres, an sint legitimi.
- 17 Coniuncti non sunt qui sine parte instituuntur.
- 18 Intellectus tacitus non est in consideratione, quantum attinet ad ius accrescendi.
- 19 Legans secundo quod iam ante legavit primo, an legatum primo adimat.
- 20 Testamenti vis omnis ab herede dependet.
- 21 Cognito eo quod mixtum est, facile id quod simplex est intelligitur.
- 22 Inesse quod dicitur, non semper uno & eodem modo inesse.
- 23 Verbis coniuncti an recte dicantur, quibus eadem res ex partibus legatur.
- 24 Coniunctorum in testamentis quis ordo sit, & qui potiores habeantur.
- 25 Coniuncti re tantum, an pari passu ambulent cum verbis tantum, & cum re & verbis simul coniuncti.
- 26 Accrescere quid sit.
- 27 Ius accrescendi, an locum habeat in tribus speciebus coniunctorum.
- 28 Generaliter dicta, generaliter accipiuntur.
- 29 Coniuncti omnes, & unus persona potestate funguntur.
- 30 Legatum scinditur tam in re & verbis simul coniunctis & re tantum coniunctis, quam in coniunctis verbis tantum.
- 31 Ius accrescendi quomodo procedat, deficiente collegatario.
- 32 Ius non diminuendi quid sit.
- 33 Ius non decrescendi, & ius decrescendi quid sit.
- 34 Legatum communi duorum sermo factum, tum valeat.
- 35 Res diuersa eadem oratione non coniunguntur.
- 36 Ius accrescendi an sit in verbis tantum coniunctis.

- 37 *Vsufuctus si difunctim duobus in solidum legetur, locum ibi habet ius accrescendi.*
 38 *Legatum an valeat, quo qui debitori suo liberationem legauit.*
 39 *Humana natura dignitas non patitur, hominem esse loco accessionis.*
 40 *Rebus principalibus duobus legatis, una extincta, altera debetur.*
 41 *Dominium an transeat etiam ante aditam hereditatem.*
 42 *Legatum deperditum, quando legatario decedat.*

AD Thef. 1. Hæc disputatio 20. breuior quidem est, sed eo pluribus difficultatibus est inuoluta. Difficultatem hanc parit legatum generis: Deinde in primis materia coniunctorum, vnde hanc disputationem diligentissime euolui necesse est. Est autem disputationis hæc de modo legandi: Et quidem si generaliter seruus vel aliqua res legatur, electio est legatarii, nisi aliud testator dixerit: Nota verba (nisi aliud testator dixerit) quæ verba satis indicant, testatorem id expressa necessitate mutare posse, cuius voluntas merito pro lege habenda est. l. 1. C. de S. S. Eccles. modo tamen testator seruet ordinem legum, cum nemo possit in suo testamento cauere, ne leges in eo locum habeant, quemadmodum constat expresse ex l. nemo. 55. ff. de legat. 1. Dominus igitur si vult, & si ita ei placet, potest efficere in testamento, ut heres præstet, hoc modo: Heres quem volet seruum Titio dato, & si heres est damnatus seruum dare, eius est electio l. si quis 17. §. fin. ff. de legat. 2. Genus autem hic non significat animal, quis enim in tam diffusa generalitate eligeret, eum electio nullius esset momenti. l. legato generaliter 37. in princ. ff. de legat. 1. Mynsing. hic nu. 3. in fin. Genus igitur hic pro specie accipitur, quam dialectici indiuiduum vocant.

Nunc, quæ hic ob stare videntur, videbimus. I. Obiicitur sic. Legatum generale non valet. Ergo nec ex eo electio valet, dū enim principale non subsistit, nec accessorium, & quod ex eo sequitur, subsistit. l. cum principale. ff. de regul. iur. Antecedens probō per l. cum post diuortium 69. §. gener. à socero. ff. de iure dot. vbi Papinian. ait: Gener dotem à socero arbitrariū soceri certo die dari non demonstrata re vel quāritate stipulari fuerat, arbitrio quoque detractio stipulationem valere placuit, nec videri simile, quod fundo non demonstrato nullum esset legatum, vel stipulatio fundi constaret. Respond. Hæc difficultas ita est tollenda, dicendo magnam esse differentiam inter fundum & hominem homine generaliter legato, incertus quidē homo legatus est, sed certa tamen est demonstratio rei legatæ, quia certa est hominis finitio. Idem est, si legetur equus, bos, scyphus lanx, & quælibet alia res cuius certa est finitio. Fundo autē legato generaliter, certa non est demonstratio rei legatæ. Etenim vna gleba aut locus modicus fundus dici potest. l. locus. ff. de verb. signif. idem de domo sentiendum est, nū vilissima quæque materia domus appellatur. l. quod in rer. natura 24. §. pen. ff. de leg. 1. vbi Pompon. ait: Nostra destinatione fundorum nomina & domus, non natura constituuntur. Ob hanc causam hominis legatum generale valet, etsi testator nullos homines reliquerit. l. omnia quæ testamentis. 32. §. species. ff. de legat. 2. vbi Modestinus inquit: Species nominatim legatæ, si non reperiuntur, nec dolo heredis deesse probentur, perī ex eodem testamento non possunt, illis verbis: nominatim legatæ significat species generaliter legatas deberi, etsi in bonis testatoris non inueniantur. Fundi autem & domus legatum non valet, si testator nullum fundum aut nullam domum reliquerit, & derisorium magis quam vtile est tale legatum, ut Vlpia. loquitur in l. si domus 71. ff. de leg. 1.

Deinde obiiciuntur aliquæ illæ quæ volunt, re aliqua generaliter legatæ, electionem esse heredis & r. o. legatarii, Et quidē est. l. si quis à filio 32. §. si quis plures. ff. de leg. 1. vbi heredis est electio

electio, quemadmodum Pacius de herede addit. Sic obstat *l. legato generaliter relicto* 37. §. *ult. ff. de legat. 1. l. si domus* 71. in princ. ff. de leg. 1. l. si a substituto 45. §. *heres ff. de legat. 1.* ubi Pomponius dicit, heredem qui hominem generaliter debet, promittere debere futuris & noxis solum cum esse, id promittere heres non potest, nisi dicamus eius electionem esse. Respond. D. Horstius præceptor noster colendus, satis euidens ex ipsi textibus sumit solutionem, secutus Mynsing. in d. §. & *generaliter num. 10.* ubi ita ll. conciliat, & dicit; Heredis esse electionem ex præsumta testatoris voluntate, si de certo fundo tenet sic testator, nec apparet, de quonam cogitavit, tum electio videtur data heredi, quem vellet dare, id quod probat *d. l. legato generaliter* 37. §. *fin. ff. de legat. 1.* Requiritur tamen una, ut illa res sit in dominio testatoris per *l. 1. C. de caduc. tollend.* Nam in alienis proprie non est electio. *l. 2. ff. de option. legat.* Et sane si inspicimus dd. ll. satis videmus, eas loqui de legato non generis, hoc est, uniuersi cuiusdam, sed de rebus certis, puta, de domo certa legata, *d. l. si domus.* Non tamen apparet, quæ illa sit, unde relicta est electio heredi hoc casu. Sic *d. l. legato generaliter* §. *fin.* habet hæc verba: Si de certo fundo testator senserit. Et hæc solutio tolerari debet. Glossa ita soluit, aut est in bonis testatoris res, & eligat legatarius, aut non est in bonis testatoris, & eligat hæres. Alii tamen aliter solvunt nimirum hoc modo, quod distinguendum sit inter legatum vindicationis & damnationis, si testator generaliter hominem legauit, per vindicationem electio est legatarii, ut si ita dixit: hominem sumiro, hominem tibi lego: si per damnationem generaliter legauit, electio est heredis. Et hoc probant per *d. l. si a substituto* 45. §. *heres.* ubi damnationis fit mentio. & *l. si in cui* 19. ff. de leg. 2. ubi fit mentio vindicationis. Hanc solut. habet Baro in *manualibus in materia legatorum.* Wesenbec. Hotom. Cuiac. Hanc solut. ideo Wesenbec. probat, quia legatarius habet ius vindicandi quamcunque speciem velit. *l. 2. ff. de optio. legat.* In legato damnationis heres constituitur debitor, nec transfertur ius vindicandi in legatarium. Sed dd. ll. nihil faciunt ad rem. Nam *d. l. si a substituto* 45. §. *heres* loquitur de damnatione, sed forte ex incuria collectorum ea vox est reterta, vel dici potest, loqui illum textum de legato damnationis, inde tamen non statim sequi hanc solutionem hic locum habere. Deinde multo minus ad rem quid facit altera *l. si in cui*, quia non loquitur in casu generalis legati, sed in alio casu, & fit mentio vindicationis ratione erroris, qui ibi interuenit. Eandem solutionem volunt adhibendam in seruitute legata, ubi contrarii textus occurrunt, quemadmodum D. Borch. ad §. *si generaliter h. tit. n.* indicat, ubi eas soluit & conciliat. Manet ergo verum legatarii esse electionem in generali legato, id quod §. *noster* satis ostendit, & *l. si feruus legatus* 108. §. *cum homo* ff. de leg. 1. Idem dicitur in *l. 2. §. 1. ff. de optio. & elect. legat.* ubi dicitur hominem generaliter legato, arbitrium esse legatarii. Deinde *l. qui duos* 20 de leg. 1. & *l. qui hominem* 11. cum l. *seq. de adim. & transfer. legat.* Addendum hic est, legatarium hac casu tum nec optimum nec possum debere eligere sed mediocre *d. l. legato generaliter* 37. in princ. de legat. 1. hoc est, ciuili modo & temperamento eligat. Deinde obicitur *l. 1. in princ. & l. 4. ff. de tritico, vno legato*, ubi heres præstat legatum. Respond. Heredis est electio in legato rei, quæ numero, pondere, mensura constat, non adiecta qualitate prorsus specificata.

Ad Thef. 2. & 3.] Optionis legatum habebat olim in se conditionem, hodie tamen ex Iustin. constituitur in *l. ult. §. sed et si. C. communia de legat.* heres etiam legatarii defuncti potest optare, in qua tamen constitutione de transmissione ad heredem nihil dicitur, sed saltem de iudice in sorte constituenda, id quod testatur Hotom. & Myns. hic. Electio autem idem est quod optio, unde in ff. coniungimus in *titul. de opti. & elect. legat.* Et si optio

si optio est legata per vindicationem legatarii semper est electio: optato hominem; nisi aliud testator dixerit, puta heres meus Titio hominem aut decem Jato. Hic electio est heredis. Vlpian. *in fragm. titul. 24. de legat. l. seruo 12. ff. de opt. legat.* in legato damnationis, ut vult Wesenbec. & ille textus monstrat. Optio est actus legitimus. *l. actum legitimi. ff. de regul. iur.* Ergo per procuratorem fieri nequit. Nec obstat *l. pen. ff. de opt. legat.* quia ibi optio fit à matre ex præcepto testatoris. Cuiac. *lib. 15. obseruat. cap. 16.* Quod autem affirmatur illud esse ex Iustin. constit. & optionis legatum olim fuisse conditionatum, hodie ex Iustin. constit. per purum, videtur impugnari per *l. illud aut illud 9. ff. de option. legat.* vbi Paulus Ictus ait, legatum transferri ad heredem, si moriatur legatarius ante electionem, dummodo moriatur post mortem testatoris. Idem significat diem legati cadere ante electionem. Respondet Accurs. referente Mynsing. *hic num. 4.* interpolatam esse hanc legem à Treboniano, sublata negatiua, quod sequitur Wesenb. & Horom. hic dicit, se facile credere sublatam esse negatiua, id quod tamen D. Myns. *in d. loco.* putat esse valde diuinatum. Vel dicendum est, fuisse hac de re controuersiam inter Ictos & Paulum, sed Iustin. Pauli sententiam fuisse securum. Rectior autem & verior est Dn. Borcholt. sententia, & Horstii præceptorum, qui volunt non fuisse ibi optionem legatam, sed ita legatum fuisse relictum; illud aut illud, utrum elegeris, sumito. Hoc non est legatum optionis, sed sub distinctione legata est illa vel illa res, & illa verba: utrum elegeris, non inducunt optionem sed sunt explicatio & interpretatio quadam disunctionis; Differentia autem est, quia optio datur generaliter, ut optio ex tota familia legatum sub distinctione, specialiter relinquitur.

II. Obijciunt. *l. si Pamphilo. 10. ff. de option. legat.* vbi dicitur primum diem legati cedere ante electionem; purum ergo est legatum. Deinde post manumissionem domino competit electio, & manumisso electio non aliter datur, quam si dominus repudiauerit. Respond. illa *l.* loquitur de legato generaliter relictum, non est legatum optionis per vindicationem, hominem optato, &c. Diuersa igitur sunt, ex quibus non fit illatio, & Horstius etiã hanc solutionem retinuit. In isto contra dat. solut. ex *l. 3. ff. qui & à quib. manumiss. &c.* vbi legatum generaliter relictum comparatur legato optionis. Ergo nihil differunt & diuersa non sunt. Resp. loquitur *d. l. 3.* in certo casu libertatis: Præterea magna est differentia inter hæc duo legata. Homine generaliter legato, optio siue electio tacite relinquitur legatario; At hoc modo hominem optato, at optio datur legatario expressim; ibi tacite continetur, hic expresse. Deinde purum est legatum generaliter, legatum optionis conditionale. Tertio generaliter relictum legatum, ad heredem est transitorium. *l. nec semel. §. pen. ff. quod quando dies legat. ced.* non autem legatum optionis secundum ius antiquum.

Quarto in legato generaliter relictum optimus eligi non potest. *dist. l. legato generaliter relictum. in pr. de leg. 1.* ut supra est dictum. In legato optionis per optimus eligi potest. Vnde si quis persuaserit mihi, ut adeam hereditatem, & optem seruum aliquem quasi optimum. Si non est optimum de dolo tenetur, si dolo argui potest. *l. si quis 9. §. si autem. ff. de dolo malo l. 2. in princ. ff. de optio. legat.* vbi dicitur non mediæ estimationis res operetur, quia optio est legata legatario.

In isto contra 4. differentiam ex *l. Ultim. §. sed & si quis cap. communia de legat.* vbi dicitur mediæ estimationis res operetur, non optima res. Respond. ibi casus omnino est specialis, idque ex constit. illa, nam si is qui optare debet, moriatur, vel nolit vel non possit optare, si adsit legatarius ille post annum optet non optimum, sed mediæ estimationis, quia is cui relictæ directæ erat optio, deficit. Ergo quasi ab intestato

eligit, non ex testamento quod nullum est, & specialitatem indicant illa verba: *Etia* hac specie: Deinde additur ratio, quare hic sit speciale, quia dum legatarius est foveendus, heredis tamen comoda non sunt defraudanda. *Tantum de legato generaliter relin-*
cto & legato optionis.

- 14 *Ad Thef. 4. & 5.* Nunc de coniunctis & iure accrescendi dicemus. Materia coniunctorum valde est obscura, † difficilis, & multorum ingenia mire fatigant, secundum Myning *hic in princ.* Vnde dum Barth. in l. 2. *coniuncti* 88. ff. de legat. 3. in ea materia explicanda ingenium suum ostendit, Magister legum inde dici cœpit, quemadmodum Castr. testatur in l. *testamento. Cod. de impuber. & aliis substit.* Quare & a multis carnificina vocatur. Et Iason *ad d. re coniuncti*, dicit eam l. esse difficilem, & materiam habere latam, profundam, inuolutam & apparere raros nantes in gurgite vasto. Hæc igitur materia diligentius esse euoluenda. Sciendum autem † triplici modo coniunctos intelligi. Aut enim re & verbis sunt coniuncti simul: aut re tantum: aut verbis tantum. l. *triplici. ff. de verb. signif. l. re coniuncti* 82. ff. de legat. 3. Re & verbis simul coniuncti illi sunt, quibus eadem res coniunctim legatur, hoc est, quos nominum & rei complexus coniungit d. l. *tripli.* hoc modo, *primo & secundo fundum Tusculanum do lego.* Hi proprie dicuntur coniuncti: Et in libris nostris hoc articulo coniunctum, huiusmodi duplex coniunctio significatur. Re tantum coniunguntur, quibus eadem res separatim siue disunctim legatur, hoc est, ut Iason defuit, quos rei complexus coniungit, separata oratione hoc modo, *primo fundum Tusculanum do lego. secundo fundum Tusculanum do lego.* Hi significantur in libris nostris hoc articulo: Disunctim siue separatim. l. *b. §. n.* Verbis tantum coniunguntur, quibus eadem res, iuncta scriptura, ex partibus legatur, hoc est, quos testator factis partibus seu portionibus vna eaque clausula coniungit in vnam rem, in hunc modum: *primo & secundo fundum Tusculanum ex æquo partibus do lego.*

- 16 Hæ definitiones mixtæ sunt. Vulgus tamen interpretum † varie contra illas disputat contendens, non esse primum & secundum coniunctos, cum fundus eis simpliciter legatur. I. Obiciunt *Item quod Sabinus* 17. §. *Vnde idem tractat. ff. de hered. institut.* vbi expressis verbis dicitur non esse coniunctos, qui sine partibus instituantur. Re & verbis tantum, & re tantum coniuncti sine partibus instituuntur. Ergo coniuncti dici non possunt. Respond. *ad d. Item quod Sabinus.* §. *Vnde idem tractat* quod attinet, proponitur ibi talis casus à D. Horatio elegantissime explicatus. Titius 4. instituit heredes duos ex vndecim vnciis, duos sine vlla parte. Ergo illi duo habent ex tacita mente & voluntate testatoris vnam vnciam adhuc reliquam, id quod Iustinianus nominatim exprimit in §. *si plures, supr. de hered. institut.* vbi dicit, partibus in quorundam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus est, siquidem aliqua pars alibi deerit, ex ea parte heres fit. Hic autem duo habent 11. vncias; vna igitur vncia duobus sine partibus institutis superest, vnde quilibet semunciam habet, vnus autem ex his, qui sine partibus erant instituti & tantum habebant vnciam ex tacita mente testatoris, repudiavit hereditatem, quæritur an ad illam semunciam heredes omnes scripti pertineant, an vero is tantum, qui cum ipso in vncia hereserat institutus ex tacita mente testatoris? Et Seruius putat omnibus accrescere, addens hanc rationem, quia quantum ad ius accrescendi attinet †, non sunt coniuncti, qui sine parte instituuntur. Nam certum est, eos pro coniunctis non haberi sed pro disunctis, vt non magis accrescat eis deficiens portio, quam cæteris heredibus, qui disuncti, re tantum coniuncti sunt, & tamen videantur coniunctiores

iunctiores quam ceteri coheredes, ratione scilicet semunciarum: tamen in eam vnciam coacti & coniuncti vere dici non possunt, quam testator non expressit, & ideo pro disiunctis habentur ut alii heredes, quibus testator partes ascripsit. Et dum disiuncti sunt, scinditur inter eos legatum, si vnus deficiat, secundum *dict. §. si eadem res h. titul. n.* id quod etiam ita eodem modo disponitur. *in dict. l. 1. §. si autem ex his Cod. de caduc. tollend.* vbi dicitur: Si ex his, qui disiunctim scripti sunt, aliquis euanescat, hoc non solum ad solos disiunctos sed etiam ad omnes tam coniunctos quam etiam ad disiunctos eum onere proportionis hereditaria perueniat. Eodem fere modo D. Borch. respondet.

II. Probant interpp. Coniunctos esse non tantum re & verbis simul coniunctos, sed et tantum, etenim vbi testator primi mentionem facit, statim verbum lego intelligitur, quasi plus nuncupatum sit, minus scriptum *secundum l. 1. ff. de hered. instit.* Respond. Hoc quod ex *dict. l. 1.* assertur, est infirmum, quia in illa *dict. l. 1.* Ictus ponit exempla imperfectarum orationum, ut testator ita dixit: Titius heres: hic intelligitur verbum esto. Hæc autem oratio primo, secundo conferretur aut comparatur cum illis imperfectis, sed nec tacitus intellectus, quantum ad ius accrescendi attinet, in consideratione est.

18

Tertio impugnatur id, quod diximus de coniunctis et tantum. Nam non videntur re coniuncti quibus ita legatur: *primo fundum Tusculanum do lego: Secundo fundum Tusculanum do lego.* quia regula id non patitur, quæ talis est: Qui ꝑ legat secundo, quod iam ante legauit primo, videtur legatum adimere primo, ut si testator ita dicit: *Quod Titio legauit, id Secundo do lego,* legatum Titio admittit, & transfertur ad Seium. *l. si cuius ff. de adm. & l. transfer. legat.* Respond. ad hanc obiectionem per distinctionem est respondendum, aut testator legauit secundo sub commemoratione primi, & tunc legatum censetur primo ademptum, ita loquitur *dict. l. si cuius*: Aut testator non fecit mentionem primi, cum legauit secundo & tunc primus & secundus sunt coniuncti. *h. §. n.* Sed distinctionem illam videtur tollere *l. Iulianus 15. ff. de heredit. instit.* vbi talis facti species proponitur. Testator primum ex parte dimidia heredem instituit, secundum ex altera parte dimidia heredem instituit, postea dixit: *Ex qua parte primum institui, ex eadem tertius heres mihi esto.* Tertius institutus est facta commemoratione primi, & tamen Vlpian. ait, primum & tertium in eundem semissem coniunctos, & coniunctim videri institutos. Respond. hic obex ita remoueri solet, ut dicamus differentiam inter hereditatem & legata esse constituendam, in hereditatibus difficilis est ademptio, quia omnis ꝑ vis ac effectus testamenti ab herede dependet *l. si nemo. ff. de testament. tutel. & caput ac fundamentum totius testamenti. §. ante heredis infr. h. titul. n.* Secus est in legatis, quæ siue adimantur, siue transferantur, si veri iis variet testator, non largitur caput & fideiuratum testamenti. Vbi autem maius est periculum, ibi cautius est agendum, & de hereditatibus loquitur *dict. l. Iulianus.* Hanc tamen interpretum solutionem reiicit D. Borcholus hic, putans eam non obstat superiori distinctioni. In ea enim I, tertii institutio cum commemoratione primi ita facta est, ut verba non ad ipsum ius hereditarium, quod primus habet, referantur, sed ad partem, ex qua institutus est, dixit namque testator: *ex qua parte primum institui,* ideoque tacitam ademptionem non continent. Aut cum dicit testator. *Quod primo legauit, id secundo do lego.* verba illa omnimodo ad ipsum ius, quod primus habuit, se extendunt, & ideo ademptionem tacitam inducunt. Et hæc solutio probatur Duareno in *lib. de iure accrescendi.*

20

- IV. Obiicitur sic: primus & secundus, cum disiunctim eis res eadem legatur, non possunt esse tantum re coniuncti, sed sunt utroque modo coniuncti, quippe oratio soluta in coniunctâ resoluitur. v. g. Testator heredes instituit hoc modo: primus secundus & tertius sunt re & verbis cōiuncti *d.l. triplici*. Ergo & cū dicit testator primo fundū Tusculanū do lego, secundo fundū Tusculanū do lego, primus & secundus erunt re & verbis cōiuncti. Resp. Aut plures psonæ in vna eadēq; oratione soluta ponuntur, aut in diuersis orationib. priori casu porre & verbis cōiunctis habentur. *d.l. triplici*. in qua l. ex cōmuniōi Dd. sententia tantum exempla re & verbis simul coniunctorum ponuntur, & cognito eo, quod
- 21 mixtum est, † facile id quod simplex est, intelligitur. Alciat. *in d.l. triplici*. posteriori casu pro coniunctis re tantum, ut in proposito nostro. V. Definitio verbis tantum coniunctorum responsione carere non videtur, & obiicitur sic: Expressio eorum, quæ tacite insunt, nihil operatur, verbi gratia: Testator primum heredem extraneū instituit, & secundo legauit to. hoc modo: *Sis primus. mihi heres eris, secundo to. do lego*. Respond. non omne quod dicitur inesse † vno eodemque modo semper inest. Nam vel inest simpliciter, vel inest secundum aliquid, ut Cicero etiam docet, legato hoc inest simpliciter, si heres scriptus heres erit siue hereditatem adierit, quoniam absq; eo legatum non consistit. *d.l. sinemo. ff. de testam. tutel.* idque frustra exprimitur, quod ita inest simpliciter, & de eo, quod simpliciter inest, maior loquitur. Sic homini simpliciter inest esse animal, & qui legat hominem, frustra exprimit se animal legare, secundum aliquid *κατά τὴν* hoc inest, ut legatarii viriles siue æquas partes habeant, & de eo minor loquitur. Sunt igitur 4. termini.

- V. I. Obiicitur *d.l. triplici de verb. signif.* vbi Paulus exemplum coniunctorum, quos & nominum & rei complexus iungit, tale proponit: *primus & secundus ex parte dimidia heredes. sunt*, & hic primus & secundus ex parte instituti sunt, non tamen verbis coniuncti sunt, sed coniuncti sunt utroq; modo. Igitur non recte definiuntur verbis cōiuncti,
- 23 quibus eadem res ex partibus legatur. Resp. cum dicimus, verbis † coniunctos esse, quibus eadem res ex partibus legatur, hoc dicimus, verbis coniunctos ex eo dignosci, quod semper in re legata partes haberent. *d.l. re coniuncti. ff. de legat. 3.* Non etiam hoc dicimus, verbis coniunctos esse, quibus pars, puta semis, triens, quadrans legata est, etenim potest fundus duobus ex parte legari, hoc modo *primo & secundo fundum Tusculanū ex dimidia parte do lego*, & legatarii sunt re & verbis coniuncti, quia pars fundi dimidia singulis in solidum legata est. Sic possunt duo institui ex parte dimidia hereditatis, hoc modo: *primus & secundus ex dimidia parte heredes sunt*, & quia singuli in solidum pro dimidia parte hereditatis instituti sunt, ideo sunt re & verbis coniuncti, *dict. l. triplici*. Cæterum si testator legatariis vel heredibus supra dictis casibus partes ascripserit, hoc modo, *Titio & Scio fundum Tusculanum dimidia parte do lego, ita sis æquas partes legatarii habeant*, tunc quia semper habent partes, hoc est, ab initio & per concursum sunt coniuncti verbis tantum, non re & verbis. *Et tantum de definitionibus coniunctorum.*

24. His cognitis quaeritur, quinam † inter coniunctos praferatur & potior sit, vel quis sit ordo in succedendo, si vnus deficit ex coniunctis? Et dicitur *in dict. l. re coniuncti. ff. de legat. 3.* praferri omnibus cæteris eum, qui re & verbis est coniunctus; & quidem praferri omnimodo. Nota illam particulam, quæ vult omnibus omnino coniunctis eum praferri, quia duo vincula fortius ligant quam vnum. *§. sed hodie. supr. de adopt. Alciat. in d.l. triplici. n. 5.* Deinde dicitur verbis tantum coniunctum, esse potiorē eo qui.

qui re tantum est coniunctus. Nam dicitur, & magis est, vt & ipse scilicet verbis tantum coniunctus præferatur, scilicet re coniuncto. Notandum autem est, non repeti particulam omnimodo, quia non omnino omnibus præferitur verbis tantum coniunctus, sed tantum re coniuncto. Nec obstat, particulam *ipse* referri ad remotius, scilicet ad re coniunctum; quasi is præferatur verbis tantum coniuncto, quia non est nouum, vt ita loquamur, etiam de viciniore quasi dictum sit, & magis est; vt & ipse præferatur, sicut etiam re & verbis coniunctus omnibus præferatur. Et ita D. Mynf. Horstius & alij illud explicant, id quod etiam ex l. 1. §. *idem. ait. ff. de v. s. u. accrescend.* colligitur.

Sed obiciunt Interpp. duos textus, qui videntur probare, re tantum coniunctos pari passu ambulare, ¶ cum verbis tantum, & cum re & verbis simul coniunctis, quos videbimus. Primus est in l. *Mauio. 41. in princ. ff. de legat. 2.* vbi dicitur sic: *Mauio fundi partem dimidiam: Seio partem dimidiam lego, eundem fundum Titio lego.* Hic cum coniuncto verbis tantum concurrat in successione deficientis coniunctus re tantum: Ergo coniunctus verbis tantum, non præferatur coniuncto re tantum, sed est eiusdem conditionis. Dicitur namque vtrique; accrescit, vnde etiam per hunc textum volunt aliqui æquare coniunctos & disiectos Paulo Icto reluctante & inuito, referente Duaren. lib. 2. c. 13. de iure accrescend. Respond. Iason in materia legatorum in §. num. 8. hunc textum vocat difficillimum, & affirmat Pacius pro solutione, non esse ibi veram coniunctionem, cum omisum sit verbum *Lego*, in priori parte coniunctionis, & ideo hinc id probari non posse, & certe si inspicitur attentius, non conuenit ad formam coniunctionis verbis tantum, cum illud verbum *Lego* sit omisum, quod tamen aliqui addunt, adeo sunt territi hoc contrario, & dicunt, se ita vidisse in antiquis codicibus, vt affirmat Duaren, lib. 2. de iure accrescendi, c. 13. Aliter ita respondetur à Duaren. lib. 2. de iure accresc. c. 13. Iauolenum Ictum non dicere partem Seij semper omnibus accrescere, quasi verbis coniuncti cæteris non præferantur, sed quod in præsentī specie non videretur plena coniunctio partibus fundi separatim Mauio & Seio ascriptis. Nec enim ea oratio tam aperte coniunctionem demonstrat, quam hæc: *Mauio & Seio fundum æquis partibus do lego.* Subobscura igitur cum videretur testatoris voluntas, in dubio voluit Ictus ad partem humaniorem inclinare & ex æquare legatarios, quam alios aliis antepone. l. *cum in testamento ff. de reb. dub.* Et ita etiam Alciat. in d. l. triplici. num. 5. respondet.

Alter textus est in l. *si ita quis. 66. de hered. instit.* vbi similiter æquari videntur re coniuncti & verbis coniuncti. Primo enim sit re coniunctio, deinde verbis secundo, & dicitur nihilominus omnibus accrescere, non vni tantum. Respond. Duaren. d. loco. Hottom. hic. Alciat. d. l. triplici. num. 5. putant, re coniunctum in d. l. 66. esse prædelectum cæteris, quia solidum dat Titio, antequam verbis coniuncti vocentur. Ex præsumpta igitur mente testatoris hoc constat, eum primo vocatum, non debere penitus excludi: & interpretamur eum, scilicet defunctum, eius fuisse intentionis vt omnes separatim non institueret, sed vt celerius scriberet, duos posteriores coniunxit, id quod Salicetus probat in d. l. *Mauio.* Et Cuiac. affirmat quod non tam dedita opera eos coniunxit, quam breuitatis studio, ne oratio sit prolixior. Et Duaren. in d. loco affirmat, facti hic esse questionem coniectura testatoris explicatam, quæmadmodum in ambiguitatibus fieri videmus, vt constat ex l. *si plurib. 33. ff. de legat. 1.* In dubio igitur voluit præferre coniunctos postposito disiecto. Et sic illa interpretatio paulo humanior visa est, quasi celeritatis & compendij causa testator ita sit locutus.

DE IVRE ACCRESCENDI.

- H**ic inprimis meminerimus aliud esse ius accrescendi, de quo hoc in loco agitur, & longe aliud esse illud de quo supra *in princip. tit. de exhered. liber.* dictum est. Ibi ¶ accrescere dicitur, quod nunquam deficit, ut recte Theophilus ius illud accrescendi *μέρους* 26 *ἀφαιρέσειν* definiit, hic accrescit quod vacat. Quæritur autem hic præcipue, ¶ an ius accrescendi locum habeat in tribus speciebus coniunctorum, de quibus hactenus dictum fuit, an etiam legatum scindatur in verbis tantum coniunctis, iique semel contineantur? & videtur dicendum quod non: quia Iustinian. Imperator duarum specierum tantum fecit mentionem, scilicet coniunctorum re & verbis simul, & re tantum, id quod etiam ex exemplis subiectis satis patet. Sed respondeo, quod resolutione huius rei sciendum est, ex tacita voluntate testatoris coniunctionem, quæ verbis tantum fit, involutam esse a Triboniano ei speciei coniunctionis, quæ re & verbis simul fit. Vterque enim verbis tantum quoque fit, quia solidum si datur expresse, concursu ex tacita mente testatoris dantur partes, quemadmodum dicitur *in l. coniunctim. 80. ff. de legat. 3. Vlpian. in fragm. de legat. si partes dantur expresse, ut in verbis tantum coniunctis fit concursu ex tacita mente & voluntate datur totum, ita hæc mutuo se subsequuntur.* Et Weseimb. affirmat effectum inesse mixtæ, scil. re & verbis simul, & quasi includi, Et distinguere voluit Iustinian. saltem inter coniunctos & disunctos, unde non mirandum, inquit Weseimbec. quare Iustinian. omiserit & non fecerit mentionem exempli in verbis tantum coniunctis, quia antea dixit generaliter scinditur. Et Duaren. *cap. 10. de iure accrescendi, lib. 1.* dicit, generaliter dicta 28 ¶ generaliter accipiuntur, *l. regula. ff. de iur. & fact. ignor.* Et certe Iustinian. hæc expressius *in h. §.* non potuisset proponere hisce tribus speciebus coniunctionis, optime distinctis exemplis, id tamen Triboniano utpote Cancellario Iustiniani totum regenti Romanum Imperium non est vitio vertendum, cum tot ei incubuerunt negotia, quæ facile eum etiam in aliis excusant. Et quod in coniunctis indistincte partes fiant, ab initio satis constat *ex l. plane. 34. §. si coniunctim. ff. de legat. 1.* Et quidem Vlpianus expressa disputatione, vel tacita mente testatoris, expressa in coniunctis verbis tantum: Tacita in coniunctis re & verbis simul. Sic *in d. l. 1. §. ubi autem. C. de caduc. tollend.* dicitur, si quid coniunctim relinquitur, omnes veniant ad legatum pro sua portione, quisque hoc habeat, ibi de coniunctis re & verbis tantum, & de coniunctis verbis tantum indistincte textus laquiritur: Sic *in l. si pluribus. 33. ff. de legat. 1.* partem habet, vel ex tacita mente, vel ex expresso sermone testatoris. Sic *in d. l. plane. 34. in fin. de legat. 1.* dicitur omnes coniunctos 29 ¶ vnius personæ potestate fungi, propter unitatem sermonis, quæ quasi in vnum corpus sunt redacti. Duaren. etiam id probat *per l. 2. in princ. ff. de rebus dubiis.* De verbis tantum coniunctis est quoque elegans textus *in l. si duobus. 16. §. Vltim. rerum amot. l. sed at sit testator. ff. de legat. 1.* in verbis: *Siriles partes dari Volsiis.*

In re tantum coniunctis per concursum, concurrunt ad rem legatam ex interpretatione testatoris voluntatis, & si fit petitio, alterius legatum minuitur. Si nihil petitur, solidam res manet, nec augetur nec diminuitur, quia singulis ætæ res ab initio data intelligitur. Et hoc ita exprimitur *in d. l. 1. §. ubi autem. Vers. fin autem disunctim. C. de caduc. tollend.* ubi dicitur: Sin autem disunctim fuerit relictum, siquidem omnes hoc accipere potuerint & maluerint, suam quisque partem pro virili portione accipiant, & non sibi abblendantur, ut vnus quidem rem, alij autem singuli solidam eius rei æstimationem accipere desiderent, cum huiusmodi legatariorum avaritiam antiquitas vana mente suscepit,

seperit, nisi forte apertissime & expressum disponat, ut vni quidem solida res, aliis autem æstuario rei singulis in solidum præstetur. *d. l. 1. vers. hoc autem. C. de caduc. tollend.* Manet igitur verum secundum communem Doctorem sententiam, & *Myrsing. refert. Et sequitur* sciendi legatum ¶ tam in re & verbis simul coniunctis, & re tantum coniunctis, quam etiam in coniunctis verbis tantum. Et hoc etiam sequitur Barthol. Iason. Wesenb. D. Horstius etiam hanc retinere voluit. Duaren. etiam affirmat de hoc fuisse dubitarum *cap. 8. de iure accrescendi.* Et sequitur nostram sententiam Glossa, etiam *in dicta l. triplici. in verbis, duobus.* vbi dicit, male in verbis tantum coniunctis cessare ius accrescendi.

Nunc hisce generalibus explicatis videndum est, quomodo procedat ius accrescendi ¶ deficiente collegatario. Et Imperat. *in d. si eadem res.* dicit, sciendi debere legatum, & quidem in coniunctis re & verbis simul, & in coniunctis verbis tantum iure accrescendi, hoc est, ut alteri pars propter defectum legatarii acquiratur & accrescat, quæ eius non fuit. In re autem coniunctis pertinet ad collegatarium, non iure accrescendi, sed iure non decrescendi, quod Iason *in d. loco vocat* ¶ ius non diminuendi, ut loquitur *d. l. 1. C. de caduc. tollend.* Ius accrescendi est proprie, quando mihi accrescit id, quod ante meum non fuit. Ius non decrescendi, quando id quod meum est, seu mea pars alteri non datur, sed mea manet, mihi non decrescit: vel est dando ius nanciscenda partis eius, qui non concurret vel concurrere desit. Et hoc ius optime probatur *in d. l. 1. §. si vero non omnes. C. de caduc. tollend.* vbi dicitur: si vero non omnes legatarii, quibus separatim res legata sit, in eius acquisitionem concurrant, sed auus forte eam accipiat, hæc solida eius sit, quia sermo testatoris omnibus prima facie & intuitu solidum assignare videtur. Si tamen concurrunt, partes faciunt hoc modo. *Titio fundum Tusculanum do lego, Scio fundum Tusculanum do lego.* Sin vero nemo alius veniat vel venire poterit, tunc non vacuatur pars, quæ deficit, nec alij accrescit, ut eius, qui prius accepit legatum augere videatur, sed apud ipsum, qui habet, solida remanet nullius concursu diuinita.

Considerentur illa verba: Non augetur legatum nec diminuitur. Id ¶ vere est ius non decrescendi, quando nihil abest legatario, quia solidum ab initio habet. Dum igitur collegatarius deficit, solidum alter retinet, nec quicquam ei accedit, nec quicquam ei decedit. Et hoc vere est ius decrescendi, quamuis tamen Icti non distinguant. *l. 1. §. interdum. ff. de usufr. accrescendi.*

Nunc ad ea quæ huic sententiæ videntur ob stare, accedamus. Et quidem ei, quod dictum fuit, ius accrescendi esse in re & verbis simul coniunctis ob stare videtur *d. l. si duobus. 16. in princip. ff. de legat. 1.* vbi non est ius accrescendi. Respond. Dicta Ictis scilicet soluit, scilicet alteri partem solam deberi, quamuis alter in rerum natura non fuerit, non quidem mortis tempore, sed tempore faciendi testamenti, & hæc fuit sententia Ioannis antiqui glossatoris, ut Accurs. refert, Walterus *in Miscellaneis, cap. 13. lib. 1.* Non autem si natus non fuerit. Nam si Titio & posthumis sit legatum, non nato posthumo Titius totum vindicabit *d. l. si duobus. §. Glim. in princip. de legat. 1. qui quartam. 15. §. fin. ff. de legat. 1.* Qui duo textus cum *d. l. si duobus* conciliari ita optime possunt ex diuersitate specierum, ut *in d. l. si duobus, in princip.* Ictius notauit, id quod sequitur simpliciter D. Horstius, quamuis tamen dicat. *d. l. qui quartam. §. fin.* loqui de iure non decrescendi. Cuiac. tamen, quem Borcholt sequitur, distinguit inter legatum damnationis & vindicationis. Et putat *d. l. qui quartam. 15. §. Glim. & d. l. si duobus. 15. §. Glim. in princip.* loqui de legato vindicationis, præsertim cum vox vindicationis *in d. l. si duobus. §. Et* habeatur.

Dictam autem *l. si duobus, in princip.* loqui de legato damnationis, idque putat constare ex *l. si Titio. 7. ff. de leg. 2.* vbi est vox damnare. Sed illa solutio est diuinatoria, nec recte colligitur ex *d. l. si Titio.* Quia ibi agitur de tali casu: Si Titio & ei, qui capere non potest, sunt decem legata, vnus capere tum non potest, & ideo quinque tantum dantur Titio, partem tamen nihilominus facit is, qui capere non potest, & facit, ne ius accrescendi locum habeat, quæ *l. si Titio* coniungi debet cum *l. huiusmodi. 84. §. si Titio. ff. de leg. 1.* vbi si Titio & Mæuio legatus fuit Stichus, qui Titij erat, debebitur pars Stichi Mæuio: nam Titius quamuis ad legatum non admittatur, partem tamen faciet. Ideo autem Titius non admittitur ad legatum, quia Stichus eius est, & res legatarij inutiliter ei legatur. *§. sed si rem sup. h. tit. n.* Et Wesenbec. hic dicit, incapacitatem hic partem remorari propter voluntatem testatoris, qui hoc videtur voluisse legando illi partem, quam sciebat esse incapacem, nisi etiam forte dicamus, eas leges loqui in veteri iure. Nam *Vlp. in fragment. tit. de legat.* dicit: Si per damnationem re & verbis fuerint aliqui coniuncti, deficientis & non capientis partem fieri caducam, & sic eo acquiri ex *l. Papia & Iulia*, quæ correctæ tamen est per Iustiniani constitutionem in *d. l. 1. §. in primo. Cod. de caduc. tollend. Duarenus cap. 10. libr. 2. de iure accrescendi. Vt alterius in Miscellaneis libro secundo, cap. 13.*

Secundo oppon. *l. filius emancipatus. §. 1. ff. ad leg. Corneliæ de fals.* vbi Titius adhibitus à testatore ad testamentum scribendum, legatum ascripsit seruo communi suo & Sempronij, legatum ex parte Titij pro non scripto est. Scrum enim Libonianum prohibet, ne quis sibi vel ei, quem in potestate habet, legatum ascribat. Hic legatum totum Sempronio non deberetur, sed totum pro non scripto est, coniuncto non accrescet, imo pars illa totum legatum euerit. Respond. Id fieri optimâ ratione: nam serui nomen quasi falsum subducitur, vt Marcellus ait, & ob id † neutri dominorum legatum debetur. Quod si legatum relictum seruo communi valeat, & vnus dominorum partem suam repudiet, reiecta distinctione inter proprietatem & vsumfructum, videndum erit, quibus verbis vsus sit testator, cum seruo duorum legauit. Si ita dixit: *Sticho seruo communi Titij & Sempronij lego*, tunc Titius & Sempronius non sunt re & verbis coniuncti, & si Sempronius partem suam repudiet, Titius non nisi partem accipiet. *l. ex periculo. ff. de legat. 2.* Si simpliciter testator dixit: *Sticho do lego*, domini sunt coniuncti, & iure accrescendi vtuntur. *l. 1. §. 1. ff. de vsumfruct. accrescend.* Differentiæ ratio est, cum testator seruo simpliciter legat, eius personam in solidum considerat, & ideo inter dominos est ius accrescendi, cum dicit: communi, ad dominum respicit & ius accrescendi cessat.

Tertio oppon. *d. l. huiusmodi. 84. §. quibus ita legatum. ff. de legat. 2.* vbi non est coniunctio eo casu. Resp. Diuersitas rerum non patitur eos coniungi, & eadem oratione † diuersæ res non coniunguntur. Nam primo singuli sunt serui, non vnus. Manet igitur verum in re & verbis simul coniunctis esse ius accrescendi. Id quod similiter de re tantum coniunctis dubium nullum habet, cum id Imperator Iustinianus in *d. §. si eadem res*, expressè dicat.

36 Valde autem dubitatur de verbis † tantum coniunctis, vt supra dictum fuit, &c. Et quidem in iis esse ius accrescendi, supra fuit probatum. Cuiac. autem & Dn. Borcholt tenent contrarium, scilicet ius accrescendi non esse in coniunctis verbis tantum. Primum argumentum habent, quod Iustin. in *d. §. si eadem res*, non ponat exemplum verbis tantum coniunctorum. Sed ante satis ad illud argumen. fuit responsum, nimirum ibi Iustin. festinâter fuisse locutum, & verbis tantum coniunctos contineri in verbis & re coniunctis simul. Secundo asserunt *l. 1. in pr. ff. de vsumfruct. accrescend.* vbi dicitur: Si separatim vnicuique partis rei vsumfructus

ususfructus est relictus, sine dubio ius accrescendi cessat: Ergo in verbis tantum coniunctis non habet locum ius accrescendi. Respond. Ibi non agitur de coniunctis verbis, sed potius de disiectis re & verbis, vt testatur Hostius *ad tit. de usufruct. accrescend. in thesi stima*, & sequitur hac in parte Mynsing. *in h. §. n. si eadem res. num. §. l. m.* vbi affirmat in fine aliquos esse disiectos, qui omnimodo, hoc est re & verbis separantur, ne in commune concurrant, ideoque nullum inter eos est ius accrescendi, & ad id *dictam l. i. in prin. ff. allegat.* Duarenus tamen *d. cap. 10. lib. 1. de iure accrescend.* putat, in usufructu id esse speciale, rationemque diuersitatis reddit, quia si partes usufructus incertæ & indiuisæ singulis attribuuntur, vnaque pars heret personæ, cui est affecta à testatore, deficientem persona finitur, & ad proprietatem redit, §. *finitur. supr. de usufruct.* Si autem disiectim duobus ¶ usufructus in solidum legatur, concursu partes fiunt, & est ius accrescendi, 37 quod tamen alias proprie est ius non decrescendi *d. l. i. §. interdum. Et d. l. 3. in princip. ff. de usufruct. accrescen.* Eodem modo responderi potest ad *penult. ff. de usufruct. accrescend.* quia diuersi ibi sunt grauati, diuersi honorati, cessat ius accrescendi: vel ibi partes usufructus diuersæ vel incertæ singulis attribuuntur, vnde cessat ius accrescendi. Tertio ad *d. l. si duobus. 16. §. vlt. ff. de legat. 1.* quam ante adduximus, respondetur, id fieri propter expressam voluntatem defuncti testatoris, vt in textu exprimitur, sed præter illum textum alios habemus & alia fundamenta, vt supra satis dictum fuit. *Et tantum de materia coniunctionum, & de iure accrescendi.*

Ad Thesin 6.] Si quis ¶ debitori suo liberationem legauerit, ¶ vti est legatum. Ea 38 autem quæ videntur in consequentiam ob stare, Dn. Borcholt hic habet, quæ leuia sunt. Porro si quis ancillas legat cum natis suis, partus legato cedunt. Idem est & in ordinariis seruis legatis cum vicariis. Duo tamen hic sunt diuersa legata & separata, non principalis serui legatis cum vicariis. Vicarij serui suberant ordinariis. Ordinarij erant qui habebant peculium, à domino concessum vt negotiarentur.

Ad Thesin 7.] Quando autem duæ sunt res principales, ¶ vna extincta altera debetur: Si seruus fuerit cum peculio legatus, mortuo vel manumisso seruo, quæ duo paria sunt, peculij legatum extinguitur. Idem est si fundus instructus vel cum instrumento legatus fuerit. Nam fundo alienato & instrumenti legatum extinguitur. 40

Obstat primo *l. Titia testores 36 §. penult. ff. de legat. 1.* vbi testator legauit Titio & Mæui. Titius & Mæuius sunt coniuncti. Igitur verum non videtur quod diximus, testatore ita legante: *Fundum cum instrumento do lego*, instrumentum accessionem fundi esse. Respond. *in §. penult.* agitur de personis Nos hic loquimur de rebus. Res rei accedere potest: in personis nunquam homo homini accedit.

Secundo obstat *l. i. in prin. ff. de fundo instruct.* vbi dicitur, si cum instrumento fundus est legatus siue instructus, duo sunt legata: Ergo vno alienato alterum non extinguitur, nec accessio est, id quod tamen in thesi affirmatur, & in *d. l. 1. §. fin. & in l. si cui §. ff. eod.* Respond. Borcholt & alij voluit *d. l. 1. §. penult.* corrigere principium, scilicet scripturam Sabini, cum illa lex ex libris Sabini sit desumpta, & tum omnia conveniunt cum thesi nostra, & *d. l. si cui.* Weltembec. *in parat. ff. hoc tit. num. 6.* putat, inspiciendam esse voluntatem testatoris, si dicat fundum cum instrumento, & nō voluit accedere instrumentum, duo sunt legata facta ex mente testatoris, & debetur instrumentum alienato fundo, & ita accipiunt principium *d. l. 1.* Si autem probetur eam debere accedere, extinguitur le-

garum alienato fundo. Atque ita volunt accipiendam esse *d. l. §. Ultim. i. d. l. si cui, & h. §. n.* id quod simpliciter Horstius amplectebatur.

Ad Thesin 8. 9. 10.] Latius in *thesi 8. 9. 10.* agitur de peculio. Cui tamen obstat *l. in omnibus. 18. ff. de seruit. l. si seruus. 70. l. legatum. 116. §. Ultim. ff. de legat. 1.* Finge: Fundas legatus debet seruitutem fundo heredis, vel contra, aditione hereditatis fit confusio dominij, hoc est, heres videtur dominus fieri vtriusque fundi seruientis & dominantis, atque ideo extinguitur seruitus. Cæterum si legatum non fuerit repudiatum, institueretur seruitus vel heredi vel legatario. Rursus finge: Seruus legatus Titio heredi instituto furtum fecit ante mortem testatoris, vel etiam post mortem ante aditam hereditatem, Titius postea adiit hereditatem, per aditionem serui dominium acquirit, & ideo confunditur actio furti noxalis, quam habebat.

Verum si legatarius legatum non repudiauert, ea actio Titio heredi restituetur. Heres igitur adeundo hereditatem rerum legatarum dominium acquirit. Respond. Aliqui dicunt oportere hic constitui differentiam inter genera legatorum: Legatum per vindicationem legatario agnoscanti statim acquiritur iure dominij, eiusque intelligitur fuisse statim ab aditione *d. l. à Titio. ff. de furt.* Legatum vero per damnationem aditione hereditatis acquiritur, & ob id fit confusio ex parte heredis. Domino tamen Horstio magis placuit hæc solutio etiam ante data, distinguendum esse inter fictionem & veritatem: † vere non transire dominium, nisi adita hereditate. Fictæ non transire etiam ante aditam hereditatem post mortem testatoris.

Ad Thesin II. 12. 13.] Agitur denique in hac disputatione de legato gregis de ædibus legatis, & de peculio, quia † si sine facto heredis res perit, legatario decedit, scilicet si perit antequam in ea tradenda heres moram fecit. Secundo si ante mortem res eius sine dolo & culpa perierit. Reliqua sunt plana. *Et tantum de hac disputatione.*

DISPUTATIO XXI.

De legatis.

Thesis 1. Legari autem illis solum potest, cum quibus testamenti factio est. Incertis vero personis neque legata, neque fideicommissa olim relinqui concessum erat. Nam ne miles quidem incertæ personæ poterat relinquare, ut diuus Hadrianus rescriptit. Iulius Paulus *lib. 3. recept. sentent. hoc tit. de legat.* Vlpian. in *fragment. tit. 24. §. incerta personæ. r7.*

2 Incerta autem persona videbatur, quam incerta opinione animo suo testator subiiciebat, veluti si quis ita dicat: Quicumque filio meo filiam suam in matrimonium dederit, ei heres meus illum fundum dato. *§. incertis. versic. incerta. hoc tit.*

3 Illud quoque quod iis relinquebatur, qui post testamentum scriptum primi consules designati essent, æque incertæ personæ legari videbatur, & denique multæ aliæ huiusmodi sunt species. *d. §. incertis. versic. illud. hoc titulo.*

4 Libertas quoque incertæ personæ non videbatur posse dari, quia placebat nominatim seruos liberari. facit *L. cum ex pluribus. 31. ff. de manum. testam.*

5 Sub certa vero demonstrare, id est, ex certis personis incertæ personæ recte legabatur, veluti ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit, ei heres meus illam rem dato. *Ulpian. d. tit. 24. d. §. incertæ personæ. fac. l. quidam relegatus. 5. ff. de reb. dub.*

6 Incertis autem personis legata vel fideicommissa relicta, & per errorem soluta, repeti non posse sacris constitutionibus cautum erat. *fac. §. vlt. inf. de oblig. quæ ex contract. nasc.*

7 Posthumus quoque alieno inutiliter antea legebatur. Est autem alienus posthumus, qui natus inter suos, futurus non est, ideoque ex emancipato filio conceptus nepos extraneus erat posthumus aucto. *fac. l. Gallus. §. ille casus. ff. de liber. & posthum. §. posthumus. hoc tit.*

8 Sed nec huiusmodi species penitus est sine iusta emendatione relicta, cum in nostro Codice constitutio posita sit, per quam & huic partiudemur, non solum in hereditatibus, sed etiam in legatis & fideicommissis, quod euidenter ex ipsius constitutionis lectione clarescit. *§. sed nec huiusmodi. h. tit. n.*

9 Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet, quia certo iudicio debet quis pro tutela suæ posteritati cauere. *fac. l. tutor incertus. 20. ff. de testam. tutel.*

10 Posthumus autem alienus heres institui & ante poterat, & nunc potest: nisi in utero eius sit, quæ iure nostro vxor esse non potest. *§. i. inf. de bon. poss. & §. seruus etiam. supr. de hered. instit.*

11 An seruo heredis recte legemus quæritur, & constat pure inutiliter legari, nec quicquam proficere, si viuo testatore de potestate heredis exierit, quia quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessit testator, hoc non debet ideo valere, quia diutius testator vixerit. *l. cum filiofam. 11. in pr. ibi. ac tum demum. ff. de legat. 1. l. 1. ff. de regula Caton.*

12 Sub conditione vero recte legatur seruo, ut requiramus, an & quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit. *l. 87.*

13 Ex diuerso herede instituto seruo, quin domino etiam recte sine conditione legetur, non dubitatur. Nam etsi statim post factum testamentum decesserit testator, non tamen apud eum, qui heres sit, dies legati cedere intelligitur, cum hereditas à legato separata sit, & possit per eum seruus alius heres effici, si priusquam iussu domini adeat, in alterius potestatem sit translatus, ut manumissus ipse heres efficitur: quibus casibus utile est legatum. Quod si in eadem causa permanserit, & iussu legatarij adiecit, euanesceat legatum. *l. si à seruo. 20. ff. ad l. Falcid.*

14 Siquidem in nomine, cognomine, prænومine, agnomine legatarij testator errauerit: cum de persona constat, nihilominus valet legatum. Idemque in heredibus seruatur, & recte, nomina enim significādorū hominū gratia reperta sunt: qui si alio modo intelligantur, nihil interest. *l. si in 4. C. de testam. fac. l. 4. ff. de legat. 1. l. si ita scriptum. 8. §. sed & cum. ff. de bon. possēss. secundum tabul. l. ad recognoscendos. 10. C. de ingen. manumiss. l. certum. 6. ff. si cert. perat.*

15 Huic proxima est illa iuris regula: falsa demonstratione legatum non perimi: veluti si quis ita legauerit: *Stichum seruū meū, vernam meū do, lego*, licet enim non verna sed emtus sit, si tamen de seruo non constat, vtile legatum est. *l. falsa demonstratio. 38. cum seq. & l. demonstratio. 17. ff. de condition. & demonstr. l. quibus diebus. 40. §. qui dotalem. ff. eod. l. 2. & l. vltim. C. de falsa causa adiecta.*

16 Longe magis legato falsa causa adiecta non nocet, veluti cum quis ita dixerit: *Titio quia me absente negotia mea curauit, Stichum do, lego*: vel ita: *Titio quia patrocinio eius capitali crimine liberatus sum, Stichum do, lego*. Licet enim neque negotia testatoris vnquam gesserit Titius, neque patrocinio eius liberatus sit, legatum tamen valet. *l. demonstratio. 17. §. quod autem iuris. l. 70. cum tale. §. falsam. ff. de condit. & demonstrat. facit d. l. 2. C. de falsa causa adiecta.*

17 Sed si conditionaliter enunciata fuerit causa, aliud iuris est, veluti hoc modo, *Titio, si negotia mea curauit, fundum do lego*. *d. l. 17. d. §. quod autem iuris in fine.*

18 Ante heredis institutionem inutiliter antea legabatur, scilicet, quia testamentum vim ex institutione heredis accipiunt: & ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio. Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari poterat. *Paul. d. lib. 3. sent. c. 8. Vlp. in fragm. d. tit. 2. 4. de legat. fac. l. pen. ff. de his quae in testamento delentur, & in l. vlt. ff. de iure Codicill.*

19 Sed quia inciuile esse putauimus, scripturae ordinem quidem sequi, quod & ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum: Sperni autem testatoris voluntatem, per nostram constitutionē & hoc vitium emendauius: vt liceat & ante heredis institutionis legatum relinquere, & multo magis libertatem, cuius vsus fauorabilior est. *l. cum pater. 77. §. fidei tua. ff. de leg. 1. l. 6. ff. de solut. hex facto. 35. §. rerum. ff. de hered. instit. l. ambiguitates. 24. C. de testamentis. §. vlt. supr. de donat.*

20 Post mortem quoque heredis aut legatarij simili modo inutiliter legabatur, veluti si quis ita dicat: cum heres meus mortuus fuerit, do lego.

Item,

Item, pridie quam heres aut legatarius moriatur. l. 1. Cod. vt actio ab hered. & contrah. hered. vide Vlp. in fragm. d. tit. 24 & Paulum d. lib. 3. sint. d. c. 8.

21 Sed simili modo & hoc conteximus, firmitatem huiusmodi legatis ad fideicommissorum similitudinem præstantes, ne in hoc casu deterior causa legatorum quam fideicommissorum inueniatur, d. l. 1. C. vt actio ab hered. l. scrupulosum. C. de commit. stipulat.

22 Pœnæ quoque nomine inutiliter antea legabatur & adimebatur & transferebatur. Pœnæ autem nomine legari videtur, quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis aliquid faciat, veluti si quis ita scripserit. Heres meus si filiam suam in matrimonium Titio collocauerit: vel ex diuerso, non collocauerit, daro decem aures Scio. Aut ita scripserit: Heres meus si seruum Stichum alienauerit: vel ex diuerso: si non alienauerit, Titio 10. aures dato. l. 1. ff. de his quæ pœn. nom. relinq. l. 1. §. item ff. ad l. Falcid. §. pœnæ. vers. pœnæ autem h. tit.

23 Et in tantum hæc regula obseruabatur, vt quam plurimis principalibus constitutionibus significaretur, nec principem agnoscere, quod ei pœnæ nomine legatum sit: nec ex militis quidem testamento talia legata valebant, quamuis aliarum militum voluntates in ordinandis testamentis valde obseruabantur, quia etiam nec libertates pœnæ nomine dari posse placebat. fac. §. vltim. supr. quib. mod. testamenta insim. l. 1. C. de his quæ pœnæ nom. relinq.

24 Eo amplius nec heredem pœnæ nomine adiici posse Sabinus existimabat: veluti si quis ita dicat: Titius heres esto: Si Titius filiam suam in matrimonium Scio collocauerit, Seius quoque heres esto. Nihil enim intererat, qua ratione Titius coereretur, vtium legati datione, an coheredis adiectione. §. pen. h. t. nostro.

25 Sed huiusmodi scrupulositas nobis non placuit, & generaliter ea, quæ relinquuntur, licet pœnæ nomine fuerint relicta vel adempta, vel in alium translata, nihil distare a cæteris legatis constituimus, vel in dando, vel in adimendo: vel in transferendo: Exceptis videlicet iis, quæ sunt impossibilia, vel ll. interdicta, aut alias probrofa, huiusmodi enim testamentorum dispositiones valere, secta meorum temporum non patitur.

diff. l. 1. Cod. de his quæ pœn. nom. relinq. l. simili 12. §. 1. ff.

de legat. 1.

DISPUTATIO XXI

De legatis, obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 Legari potest illis solum, cum quibus est testamenti factio.
- 2 Personis incertis non potest legari.
- 3 Fideicommissa non poterant relinqui incertis personis, & quomodo.
- 4 Testator si persona incerta quid leget, & non appareat cui id legatum sit, quid statuendum.
- 5 Legare qui possint.
- 6 Mutus an possit legare.
- 7 Legatum & mortis causa donatio quomodo differant.
- 8 Fideicommissi & substitutionis diversa est ratio.
- 9 Personis incertis ex certis personis legari recte potest.
- 10 Ius de legatis incertarum personarum, à Iustiniano correctum est.
- 11 Posthumus alienus incertis personis annumeratur.
- 12 Posthumus alieno an legari possit.
- 13 Fideicommissum alieno posthumo relinqui potest.
- 14 Heredi cur à semetipso non legetur.
- 15 Legatus servo heredi pure præsinitum an valeat, si servus vivente testatore de potestate testatoris exierit.
- 16 Legatum non citiatur errore in nomine rei legata commissio.
- 17 Error defuncti propter dubitationem sustinetur & toleratur.
- 18 Demonstratio falsa an legato noceat.
- 19 Causa falsa legato adiecta, non nocet.
- 20 Scriptura ordo non impedit casum iuris, & voluntatem testatoris.
- 21 Legatum ordine scriptura turbato an & quando valeat.
- 22 Legari quando possit.
- 23 Legatum pena nomine factum, an valeat.
- 24 Legatum impossibile non valet, & totum citiatur testamentum.

HÆc disputatio 21. parum habet difficultatis, unde cum paucis perstringam, eum ex superioribus his etiam iudicari magna ex parte possit.

Ad Thes. 1. 2. 3.] Agitur autem de his, quibus legari possit. Et quidem legari potest

- illis solum *†* cui quibus est testamenti factio, hoc est, quibus legari potest. *gl. hic Wesenb. & Myrs.* potest enim filiisfam. infantibus, servis & aliis legari, qui tamen legare nihil possunt. Et ratio est, quia iura testatorum utpote iuris civilis, non possunt esse cum iis communia, qui neutro modo functionem testamenti habent. *l. si servo. 101. §. 1. ff. de leg. 1.*
- †* Incertis personis legari non potuit, quia certum esse debuit consilium testatoris *Vlp. in frag. tit. 24* Sed opponit *l. ita liber esse iussus 8. & l. qui pecuniā 22. ff. de stat. lib.* Finge: Servus est inanimatus & iussus est *10.* dare hoc modo. *Si decē dederis liber esto.* Et in hoc exēplo non est adiectum, cui servus debeat dare, & tamen si servus heredi *10.* dederit, ad libertatem perveniet. Ergo fideicommissum incertæ personæ potest relinqui, Et per consequens legatum propter omnimodam comparisonem. Resp. in *dd.* *ll.* fuit fideicommissum in-

certæ personæ à seruo relictum, sed seruus fuit dare iussus implendæ conditionis gratia, quæ similia sunt fideicommissis. Et interdum pro fideicommissis accipiuntur. *l. in quantam 19. §. sed & quod implenda. ff. ad l. Falcid.* Incertæ personæ non poterant fideicommissis relinqui, sed tamen dari poterant incertæ personæ conditionis implendæ gratia.

Relinquitur autem hic, quid iuris sit, si testator personæ certæ leget, nec tamen appareat, de qua testator senserit? *Vlp. in l. 3. §. si 2. Titii. ff. de adim. legat.* docet neutri legatum deberi, propter incertitudinem quod non appareat, cui datum sit legatum: idem dicitur in *l. duo sunt ff. de testam. tutel. l. tutor incertus. ff. de testam. tutel.* Sed obiicitur *l. legato generaliter re isto 27. in pr. ff. de l. 1.* ubi testator habens duos fundos Tulsulanos, legauit eos, & sensit testator de certe fundo, nec tamē apparet, de quo cogitauerit, valet legatū, & legatarius potest agere cum herede actione in personam, ut cum de relegata non constet, ipse præster, quem fundum velit, & ideo heredis est electio. Respond. dissimilia illa sunt. Nam si duos fundos legat, vnus certus est legatarius. Hic cogere potest ut eligat vnum, & explicet legatum. In altera causa incerta est persona, igitur neuter admititur. Proinde hic notandum est legare si eos posse, qui testamentum facere possunt. Cui opponi potest ita: Mutus non potest testari. *l. discretis. C. qui test. fac. possunt.* potest tamen fideicommittere *l. neutrum. ff. de leg. 3.* Ergo falsum est eos tantum legare, qui & testari possunt. Respond. *l. cum in d. l. mutus*, non loqui de muto sed de eo qui propter morbum non loquitur, & continuo mutus non est iudicandus. II. Sic contra argui potest: Vbi non est ius testandi, est ius donandi mortis causa. *l. 2. §. de donat. mort. caus.* Ergo & ius legatæ relinquendi. Nam paria sunt legare & mortis causa donare. *l. illud. 37. in princ. ff. de mort. caus. donat. l. §. l. C. d. tis.* Respond. mortis causa donatio postquam facta est, habuit vim legati sed in forma & ratione faciendi si differunt à legato. Legatum non ignorantia datur. *l. eum pater 77. §. si do. ff. de leg. 2.* sed mortis causa donatur, quod præsens donat præsentia *l. inter mortis 38. ff. de mort. caus. donat.* Cum itaque hic agimus de legatæ causa efficiente, non etiam de natura legati iam relictæ, sequitur regulam nihil turbare hanc argumetationem. Denique arrogator facit testamentum pupillare filio arrogato de quarta, hoc est, filium arrogatum pupillariter ad quartam substituit, non tamen illius fidei recte committit, ut quartam quamquam restituat *l. arrogator. 22. ff. de adopt.* Ergo non annis, qui ius testandi habet, arrogare potest. Respond. Diuersa est ratio substitutionis & fideicommissi. Substitutio enim est operæ meri filio ut fideicommissum. Vnde pater filio exheredato substituit. *l. 1. §. §. ff. de vulg. & pupill. substit. §. non solum sup. de vulg. substit.* Non tamen cum fideicommissio grauare potest.

Ad Thes. 4. §. 6.] Ex certis personis si incertis personis legatur recte. Puta ex cognatis meis, qui nunc sunt: ut si quis filiam meam in uxorem duxerit, ei heres meus illam rem dato. Hic non est eadem incertitudo, cum ab ea generalitate hominum totares abstracta, cognatione vnus familiæ concludatur. Deinde hoc legatum habet rationem iudicii & consilii scilicet affectionis ergo cognatum sanguinem, ex qua præsumitur facilis in propinquos donatio. Wesenbec. *hic num. 4.* Summe autem hic notandum est, Iustin. sua quadam constitutione si correxisset hoc de incertis personis, quæ non exant. *Berch. hic.* id quod Cuiac. hic annotat ex vetusto libro, & sorte cum priori Codice intercedit. Mynsinger. in *§. sed nec h. titul. n.* Adiecta autem est illa constitutio in Pacii exemplaribus, substituit. *C. de incert. person.* ubi dicitur: Olim incertis personis potuisse legari, Hodie dicitur ibi, hæc omnia Iusti. correxit *l. de incert. person.* Et hoc inde

apparet, quod hic Imp. vitur imperfecto tempore. Deinde in §. *posthumus* dicitur: sed nec huiusmodi species penitus est sine iusta emendatione. Quibus verbis etiam innuit satis clare Imp. quod prior casus sit emendatus de incertis casibus. Et hunc casum de posthumis similiter non esse in correctum relinquendum.

- 11 *Ad Thes. 7. 8. 9. 10.*] Posthumus quoque alienus personis incertis annumeratur. Vnde Theophilus ait; *ἐοικε τοῖς ἰνέροισι προσώποις*, quia nondum est in rerum natura, sed tantum speratur. Sed videntur admodum inter se confingere & pugnare thes. 7. & thes. 10. Nam in thes. 7. dicitur, posthumus alieno inutiliter antea legabatur: In thes. 10. dicitur: alienum posthumum heredem institui & ante potuisse & nunc posse. Resp. Horstius cum aliis, iure civili seu rigore iuris inspecto, dicamus alieno posthumum non potuisse legari: Inspecto autem iure pratorio seu æquitate, eum heredem institui posse dicemus. Et hanc solutionem habet Cuiac. ex §. 1. *infr. de bonor. possess. & ex l. posthumus. ff. de inoffic. testamento*. Iustin. tamen emendavit hoc in hereditatibus, scilicet ut iure civili ei possit hereditas relinqui, cum olim tamen iure pratorio admittebatur d. §. 1. *infr. de bonor. possess.* Et in legatis quæ olim nec iure pratorio, nec iure civili relinquebantur. Nec in fideicommissis, quæ olim tantum iure honorario, non etiam civili relinquebantur. Insto contra datam solutionem. Sed in d. thes. 10. pugnanti illa verba: Heredem institui, quod iuris civilis est. Respondet Horstius heredem etiam recte dici, iure pratorio posse institui. Huic tamen parti Iustin. medicinam attulit, *Weseneb. in §. posthumus. num. 7.* Mæuent autem contra rursus l. §. *in ff. de reb. dubin.* Ex qua volunt directe potuisse heredem institui, eique legatum & fideicommissum dari. Respond. loquitur Paulus de alieno posthumo qui cui fideicommissum relinqui potest, non de legato, legatum potuisse ei relinqui aut directo & civiliter potuisse eum heredem institui, non docet, & quod in l. 6. *de reb. dubis.* additur: ad causam posthumum referri debet.

Insto non est verisimile, cum in d. l. §. *fin.* sit dictum de alieno posthumus, d. l. 6. quæ cum ea cohæret loqui de suo posthumus. Respond. Tum dico Tribonianum ex Iustini constitutione, quæ non extat, & reservata est sub tit. C. de incert. personis. hæc verba adieciisse: vel alieno.

- 14 *Ad Thes. 1. 12. 13.*] Quæri deinde in hac materia potest, cur heredi à semetipso non legatur? Respond. Quia nemo quicquam sibi ipsi debere potest. Obiicitur l. 6. *ff. de hered. instit.* Respond. Legatum non potest dari cuiquam à semetipso, sed servus heres institutus cum libertate simul & libertatem & hereditatem à semetipso accipit. Id sit necessarium hereditatis obtinendæ causa, alioquin nunquam possit heres institui. Secundo obiicitur l. §. *quis ff. de usufr. accresc.* Respond. non est dicendum, illa lege certis herediibus fuisse legatum relictum, & ideo valere. Nam omnibus heredibus testator legavit: Heredes igitur non à semetipsis legatum accipiunt, sed ab Attico fuit præstitum. Altera quaestio est. An qui legatum servus heredis pure relictum valeat, si servus vivo testatore de potestate testatoris exierit? Dicendum erit non valere, propter regulam Catonianam, quæ etiam ad hereditates pertinet.

Sed obiicitur l. 3. *ff. de regula Catonianæ.* Respond. Cuiac. putat nodum illum esse ita dissolvendum, ut pro hereditatibus ponatur libertatibus, quarum dies cedit ab adita hereditate l. 1. §. *libertatib. C. de caduc. tollend.*

- 16 *Ad Thes. 14.*] Porro si testator errat in nomine qui rei legatur, vel in appellativo vel in proprio, hic error non vitiat legatum, hoc modo, *Fundum Tusculanum de lego*, si est Cornelianus

Ulpianus. *l. 7. C. de legat. l. 4. in princ. ff. de leg. 1.* Si autem dicit se vestem legare suppellectilem, vel si aurum dicat vestem, vitatur, *d. l. 4.* Quia inquit Ulpian. rerum vocabula sunt immutabilia: hominum mutabilia. Rerum hoc est, quæ rerum substantiam significant, & quæ communi vñ sunt recepta nostro arbitrio. Ea vero quæ hominum sunt, hoc est, quæ differentiam significant, possunt arbitrio nostro mutari, quia sunt singulorum, & cuiusquam arbitrii non communis usus. Obiicitur primo *l. 3. & l. 7. ff. de suppellect. legat.* vbi candelabra argentea dicuntur, si quis argentum legauit. Ergo verum non est legatum non valere, si testator, cum velle hominem legare, vestem dixit, & ita vocabula mutauit. Respond. Specialis quædam est ratio, quæ facit vt candelabra argentea argento legato debeantur, idque ius error fecit, quia ambigitur de eo, vtrum argenteum candelabrum sit in suppellectile, aut in argenteo, & alias in omnibus propter dubitationem error defuncti sustinetur, toleratur & admittitur. II. Oppon. tale argumentum: Voluntas & mens prior atque potentior est, quam vox. Vox est nota voluntatis & mentis. Itaque qui aliud dicit, quam quod vult, id potius videtur velle, quod est in mente, *l. 7. ff. de suppellect. legat.* Respond. Nemo tamen sine voce quid dixisse videtur, alioquin & muti loqui intelligerentur. Ergo spectamus & vocem & verba.

Ad Thes. 15. 16. 17.] Falsa autem demonstratio ꝑ neque legato neque fideicommissi, nec heredis institutioni nocet. *l. falsa demonstratio 33. ff. de condit. & demonstrat. vt Stichum meum emptum do lego, cum tamen esset verna. 2. falsa causa legato adiecta ꝑ* non nocet: Titio fundum do, quia negotia mea curauit; Licet enim non curauerit, valet tamen legatum.

Ad Thes. 18 19.] Scripturæ deinde ordo non attendatur, si voluntas testatoris constet. Nam ꝑ ordo scripturæ causam iuris & voluntatem testatoris non debet impedire. *l. cum pater 77. ff. de leg. 2.* Ideo non attenditur hoc primo loco heredis institutio, quæ est caput & fundamentum testamenti. Sed oppon. *l. 2. §. primus & §. ult. ff. de vulg. & pupill. substit.* vbi dicitur quod scriptura non debet conuerti, sed ad vñque seruari. Sed *in d. l. 2. §. sed etsi quis.* dicitur, nihil referre & testamentum valere, licet conuersa sit scriptura. Respond. Viglius *in §. liberis supr. de vulg. & pupill. substit.* Et Alciat: *in d. l. 2.* quos sequitur Ioannes Robertus *in libro recepta lectionis cap. 34.* dicunt ordinem scripturæ non attendi, si de voluntate testatoris constet. Et hanc solutionem habet Ias. *in d. l. 2.* nec nocere scripturam inuersam, ꝑ si modo substitutioni coniunctim seu in continenti addatur institutio. Et ex mente testatoris turbata ex ordine facile in ordinem reduci possunt. Si vero seorsim vel ex intervallo scribitur institutio, tum ex mente testatoris substitutio non potest colligi. Et hæc solutio probatur. D. Horstio & ex casibus *in d. l. 2.* examinandis facile colligitur, de quo tamen in materia substitut. satis fuit dictum.

Ad Thes. 20. 21.] Olim ꝑ in mortis tempus tantum legare potuit. *Paul. lib. 3. sent. 22. titul. 6.* vt heres meus, cum morietur, damnas esto. Hodie etiam post mortis tempus.

Ad Thes. 22. cum seqq.] Pœnæ denique nomine olim inutiliter legabatur: Hodie ꝑ vitiliter, modo tamen legata illa non sunt impossibilia, aut ll. interdicta, aut alias probratoria.

Sed oppon. *l. §. impossibilis supr. de hered. institut.* vbi dicitur, legatum impossibile valere. Respond. Iustin. hic dicit non de omnibus legatis, sed de legato impossibili, quod pœnæ causa relinquitur, vt dato Titio. 100. si digito calum attigeris. Et id Weserianum non valere testatur. Vel dicendum est: conditionem impossibilem pro non scripta haberi.

24 *beri, nec vitare testamentum nec legatum. Legatum autem † impossibile per se & pœnæ nomine relictum non valet, & totum vitiat testamentum.*

II. Opponitur *l. 1. de his quæ pœna causa relinquantur.* vbi Africanus ostendit legatæ pœnæ causa relictæ valere, si illicita non fuerint vel probrosa. Igitur Iustin. nihil novi introduxit, & id ante Iustin. obtinuit.

Respond. Ad Africanum Tribonianus illa verba adiecit illicita vel probrosa, ex Iustin. mandato *in l. 1. § 2. Cod. de vet. iur. enuel.* Mynsinger. putat per *l. 1. de pœna legatæ. § l. si pecun. ff. quando dies legat ced. & l. 1. § item si ita. ff. ad l. Falcid.* etiam iure ff. permittit fuisse ea legata cum adiectione pœnæ relictæ & pro vtilibus fuisse habita. Significatur igitur hic prior veteris iuris observatio, cuius innovationem sibi Iustin. ascribit, & mediam iurisprudentiam amplectitur, dum Sabini meminit, id quod Mysin. hic affirmat. *Et tantum etiam de hac disputatione*, quia tota materia legatorum cum suis difficultatibus est absoluta.

DISPUTATIO XXII.

De lege Falcidia, & fideicommissis & codicillis.

CONTINUATIO.

Cum legata diminuantur per Falcidiam: post tractationem legatorum, de lege Falcidia erit agendum.

Thesis 1. Lege Falcidia, libera facultas testandi datur vsq; ad bonorum dodrantem. *l. 1. in princ. ff. ad l. Falcid. § 1. h. tit. nostro.*

2 Cuius legis ratio in singulis heredibus ponitur. *§. & cum quasitum, in fin. §. cum autem. h. t. nostro. l. in singulis 77. h. t. n.* Ita vt deducatur prius æs alienum, & funeris impensæ spectato mortis testatoris tempore, *§. quantitas h. tit. l. in quantitate. 73. ff. eod. l. vlt. C. de Repud.*

3 Deinde vt non attenta aliqua hereditatis accessione vel diminutione, quarta pars apud heredem scriptum maneat, tribus reliquis partibus inter legatarios distribuendis, pro rata scilicet portione eius, quod legatum fuit. *d. §. cum autem. h. t. d. l. in quantitate. §. vlt. ff. eod.*

4 Quod si quarta legatis fuerit delibata, vel nimium onerata, vel tota exhausta, id quod quartæ deest, per hanc legem legatariis pro rata parte eius, quod legatum est, detrahitur, *d. §. cum autem. h. tit. l. 22. l. pen. C. eodem. d. l. in quantitate.*

5. Cessat autem Falcidia prohibitionem expressâ à testatore factâ. *Nouell. 1. de hered. & Falcid. c. 2. Coras. lib. 6. Miscell. c. 6. n. 5.* & non legitimo modo facto in inventario. *d. Nouell. 1. de hered. & Falcid. c. 2. Auth. sed cum testator. C. eod. in legatis ad pias causas, Nouell. de Ecclesiast. tit. 131. cap. 12. Auth. similiter. Cod. eodem.*

6 Quartam Falcidiae autem esse ad trientem vel semissem pro modo liberorum, doctis. placet Cuiacio in *Cod. hic per Nou.* 18. quod probabiliter tolerari posse videtur. Wescenbec. in §. 1. h. t. n. 5. in fine. Viglius in §. sed et si quib. num. vlt. quib. mod. testam. infirm.

7 Putamus etiam in donatione mortis causa hanc legem locū habere. l. 5. C. h. tit. Cum & per omnia legata & mortis causa donationes sunt adaequata. §. 1. sup. de donat. l. vlt. C. de mort. caus. donat.

8 Haecenus de legatis fuit actum: Nunc iusto ordine etiam de fideicommissis specialiter agitur. §. 1. sup. de ordin. testam.

9 Fideicommissum est donatio, quae non verbis directis & civilibus, sed precariis relinquitur etiam extra testamentum. Vlp. in fragm. t. 25. l. 6. ff. si cui plus quam per l. Falcid. §. praeterea. instit. de fideicommiss. heredit.

10 Estq; duplex vniuersale & particulare: Vniuersali tota hereditas relinquitur, vel pars hereditatis. h. t. n. seq.

11 Et diminuitur per SCrum Trebell. l. in fideicommissaria. 18. §. 1. h. t. l. item veniunt. 20. §. item non solum. ff. de pet. heredit. deducta prius quarta Trebelliana, vel non deducta, vel deducta aut praeterea etiam certa re singulari. §. sed quia stipulationes. cum seqq. de fideicommiss. heredit. l. 1. ff. ad S. C. Trebell.

12 Si tota restituitur hereditas vel pars, deducta quarta proportionem & competentem parte inter fideicommissarium & heredem, actiones & omnia onera scinduntur, hoc est, diuiduntur. §. si quis vna. h. tit. l. 1. & 2. C. eodem.

13 Trebellianica non deducta restituta tota hereditate, vel tota parte omnia onera ad fideicommissarium transeunt, dict. §. sed quia stipulationes. facit l. nihil tam naturale. ff. de regulis iuris. capit. rationi. de regul. iuris in 6.

14. Certa re singulari deducta vel praeterea actiones & omnia onera in solidum fideicommissarium comitantur, nullo onere apud heredem manente. d. §. si quis vna.

15 Et hoc SCrum factū est dubitationis & metus futurae litis tollendi gratia, in quo versabantur ii, qui hereditatem adire nolebant. l. 1. §. sublat. 3. ff. ad S. C. Trebell.

16 Particulari fideicommissio relinquuntur res singulares non tantum propriae testatoris, sed etiam heredis legatarii aut fideicommissarii aut cuiuslibet alterius. §. 1. de sing. reb. per fideicommiss. relict.

17 Si autem aliena res est relicta, necesse est, ut is, qui rogatus est, ipsam redimat, & praeter aut soluat aestimationem. §. potest. h. tit. l.

- 18 Libertas etiam per fideicommissum dari potest. §. *libertas. hoc tit.*
- 19 Nemo tenetur plus restituere ex fideicommissio, quam ipse ex testamento percepit: Nam quod amplius est, inutiliter relinquitur, d. §. *potest. h. tit. l. 1. §. sciendum. ff. de legat. 3.*
- 20 Postquam nunc satis de testamentorum iure est dictum, nouissimo loco in tractatu de ultimis voluntatibus etiam de Codicillis commode agitur.
- 21 Codicillus, est voluntatis nostræ sententia de eo, quod post mortem fieri debeat nullam ordinationis solennitatem desiderans. l. 1. ff. *qui testament. fac. poss. l. pen. ff. testament. quemadmodum aper. §. ultim. de codicill. l. 1. ff. eodem.*
- 22 Codicillis neque dari neque adimi potest, per fideicommissum potest. §. *ult. h. tit. l. quod per manus. 10. ff. eodem.*
- 23 Potest autem quis facere Codicillos facto testamento, vel non facto intestatus fideicommittere Codicillis, §. *non tantum, h. tit.*
- 24 Nunquam præsumitur Codicillus nisi clausula Codicillaris inserta fuerit. l. 1. ff. *eod. l. fin. §. 1. C. eod.*
- Corollarium:* Queritur, an Trebellianica possit prohiberi: & an deduci possit ab herede rogato restituere, quando id à testatore expresse non est adiectum. Utrobique affirmatiua placet Iul. Clar. lib. 3. sent. §. *testament. q. 26. num. 1. & 3. Vaud. lib. 2. quest. q. 17.*

DISPUTATIONIS XXII.

De lege Falcidia, & fideicommissis & codicillis oblationes & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 Lex XII. tabularum de iure legandi, an recte ab Vlpiano recensatur.
- 2 Falcidius quis fuerit.
- 3 Heres scriptus quando vti possit beneficio legis Falcidia.
- 4 Legata per legem Falcidiam diminuuntur.
- 5 Legis Falcidia quis sit modus, & quid in ea spectandum.
- 6 Controuersia DD. circa legem Falcidiam.
- 7 Lex Falcidia quando cesset.
- 8 Trebelliana qua debetur ex Senatusconsulto Trebelliano ad deducendam quartam partem, an cesset, inuentario non legitime facto.

- 9 *Falcidia appellatione venit etiam Trebelliana.*
- 10 *Camera assertiones quando potissimum valeant.*
- 11 *Falcidia quarta an ad trientem vel semissem aucta sit pro numero librorum.*
- 12 *Falcidia cur introducta.*
- 13 *Falcidia an in donationibus mortis causa locum habeat.*
- 14 *Fideicommissum an recte definiatur donatio.*
- 15 *Fideicommissum & legatum quomodo differant.*
- 16 *Fideicommissa omnia ab intestato relinqui possunt.*
- 17 *Fideicommissa omnia per Trebellianicam minuuntur.*
- 18 *Ex fideicommissis nemo plus restituere tenetur, quam ipse ex testamento capit.*
- 19 *Codicillus an sit solennis ultima voluntas.*
- 20 *Testatoris voluntas quando valeat iure militari.*
- 21 *Militis testamentum, an testes requirat.*
- 22 *Hereditas an codicillis dari possit.*
- 23 *Clausula codicillaris, an semper in codicillis necessaria sit.*
- 24 *Trebellianicam à testatore posse prohiberi.*
- 25 *Correctoria an possint extendi.*
- 26 *Trebellianica an possit deduci ab herede rogato restituere, quando id à testatore expresse non est adiectum.*

LEX duodecim tabularum ita fuit concepta; Paterfamilias vti super pecunia tutelave suæ rei legassit, ita ius esto. Vlpian. *in fragm. tit. II.*

Sed obiicitur ita: † verba l. 12. *tabul.* ita fuerunt concepta, vti legassit suæ rei, ita ius esto. l. *verbis. ff. de verb. signif.* Sic instituit. *ad l. Falcid.* Ergo corrupta refertur. Respond. Id aliter ex Vlpiano breuitatis studio in dictis locis est factum. Insto. Sed Vlpian. *in d. loco.* non agnoscit vocabulum paterfamil. Ergo adhuc est corrupta. Respon. Id verum est, sed integra lex est apud Cic. *lib. I. ad Herenn.* Cuiac. *ad Vlp. tit. II.*

Obiicitur etiam Nou. 22. in qua Iustin. scribit fuisse l. 12. *tabul.* hisce verbis conceptam: vti legassit quisque de re sua, ita ius esto. Respond. Iustin. vtitur particul. pene, & ipse fatetur formalia l. non fuisse ita concepta.

Tertio, Cic. *lib. 2. de inuent.* ita l. 12. tabularum refert: paterfamil. vti super pecunia familiariter. Respond. Recitatur quidem à Cicerone, sed perperam omnino: Lex namque duodecim tabul. distinguit familiam à pecunia.

Quarto, Lex duodecim tabul. habuit, super pecuniæ tutelave, vt ostendit l. *sape. ff. de verb. signif.* & ita in ff. *Florent.* legitur. Respond. Norici libri ha-

bent super pecunia: Achælectiones conueniunt, quia genitiuus Græcorum more ablatiui positus est, id quod in nostris libris est frequens.

Quinto, non est generalis, quia aliena res prælegari est *l. 1. ff. ad leg. Falcid.* Respond. Verba *l. 12. tabul.* loquuntur in eo casu, qui vt plurimum euenit, & proprius esse debet. *l. iura constit. cum seqq.* ad *ll.* præterea dum rem alienam legat, sua tamen pecunia illam rem heredes redimerent, legatario præstare tenentur, & nihil aliud est quam si sua res legata esset.

Queritur autem vnde Falcidius hanc potestatem habuerit? Respond. ² Falcidius † an fuerit prætor vel Tribunus vel Consul Romanus dubitatur. Hodie autem omnes iuris species habent vnā vim, & omnis vis & potestas est collata in Principem; Aliter soluit Alciatus *lib. 5. Parerg. c. 23.* Wal. *lib. 2. Miscell. c. 16.* aliam affert.

Secundo obiicitur *l. potest heres. 71. ff. ad legem Falcidiam*, vbi Falcidia heredis causa lata est. Respond. Secundum Hotoman. *hoc tit. de lege Falcidia*, id factum esse diuerso respectu testatoris gratia, ne intestatus moreretur: Heredis etiam causa lata est, ne heredes adcundo hereditatem gratis periculum subirent.

Tertio, non refert autem licentiam legandi. *l. 1. ff. eod.* vbi saltem licentiam pro ratione sue rei disponere concessit: Ergo non refrenatur, secundum Br. *d. l. 1.* licet non refecet, tamen animum refecandi habet, & ad hoc principaliter hæc lex est, non aliter vt refecet, & illud subintelligendum est, non debere dodrantem excedere. Cuiac. *in d. lib. 8. obs. c. 3.*

Cæterum ad testamentorum tractationem integram & perfectam requiritur legis Falcidiæ cognitio. Si enim aliquis fecit testamentum, & in eo heredem instituit, nec quisquā ei reliquit, vel parum ei reliquit, dum omnino vel legatis exhaustit, vel nimium hereditatem exoneravit, † potest heres ³ scriptus vti beneficio legis Falcidiæ, ac potestate licentiaq; illius legis detrahere tres vncias integre habendas.

Ad Thesin 1. 2. 3. & 4.] Lex Falcidia dat liberam facultatem testandi vſque ad dodrantem bonorum, hoc est, nouem assis vnciæ possunt exauriri à testatore, si quid vltra vel delibatur vel exhauritur, vel exoneratur in tribus adhuc superexistentibus vnciis, id heres legaris detrahere potest. Et quidem ⁴ detrahit id legatis pro rata parte, quæ cuique legatario, si nimirum plures sint legatarij relicta fuit. Vnde constat † diminui legata per legem Falcidiam, vt per Trebellianam minuuntur fideicommissa. Modus autem legis Falcidiæ ponendus in eo est, quod in singulis fiat heredibus ratio Falcidiæ ⁵ pro ea scilicet parte, quæ sunt heredes instituti, ita tamen † vt prius deducantur æs alienum & funeris impensæ, & spectetur mors testatoris.

Cui valde refragatur *l. si creditor. 83. ff. ad legem Falcid.* ubi si creditor tui filij heredem te instituit, peculij quantitas aditæ hereditatis tempore spectatur. Non igitur mortis tempore, id quod hic affirmatur. Respond. Similis omnino casus est in *l. eo tempore. 50. §. si creditor. ff. de peculio.* ubi dicitur, quod si pater filii à creditore heres instituitur, quantitas peculii secundum mortis tempus ponatur, & additur hoc, id alias fieri in lege Falcidia. Hæ duæ leges admodum sibi aduersarentur, tantaque inter eas esset pugna, ut quid respondendum sit, omnino ignoraretur, nisi diceremus, de hoc eodem casu fuisse † controuersiam inter Doctores veteres, Papinianum & Iulianum, id ostendit doctus Marcellus in *l. cum quo, de peculio. 56. ff. ad leg. Falcid.* ubi dicitur, plerique putant tempus adeundæ hereditatis inspiciendum esse: Ego tamen, inquit Marcellus, dubito, quasi dicat, illa sententia, scilicet tempus aditæ hereditatis inspiciendum esse, non est vera, quam tamen Iulianus in *d. l. si creditor.* amplectitur, quæ sententia non obtinuit, & in illa lex in fl. à collectoribus iuris nostri est reseruata, quod sane dolendum est. Dicta autem *l. eo tempore. §. si creditor. ff. de peculio* adhuc obtinet VOX PLERIQUE, in *d. l. cum quo, de peculio. 56. ff. ad leg. Falcid.*

Manet igitur verum secundum veriore Papiniani & Marcelli Dd. sententiam, & secundum mentem Iustiniani, in §. *quantitas. hoc tit.* tempus mortis testatoris generaliter esse inspiciendum, in ponenda ratione legis Falcidiæ. Quicquid contradicat Iulianus in *d. l. si creditor.*

Deinde non attenditur aliqua hereditatis accessio vel diminutio, & quarta pars apud heredem scriptum remanet, tribus reliquis partibus, nouem viciis inter legatarios distribuendis pro rata portione eius quod legatum est.

Ad Thesin 5.] Non semper locum habet beneficium legis Falcidiæ, sed interdum cessat, & locum non habet. Cessat, † si ita testator id expresserit & voluerit. *Nov. 1. cap. 2. §. vltim. de hered. & Falcid.*

Secundo cessat, si non legitimo modo factum sit inuentarium. *d. Nov. 1. de hered. & Falcid.*

Sed quæritur † an ne Trebelliana, quæ debetur ex SCto Trebelliano ad deducendam quartam, cesset nō legitimo modo facto inuentario: Viglinus in §. *penult. supr. de hered. qualit. & differentia.* quem ibidem sequitur Mynsing. affirmat non cessare Trebellianam legitime non facto inuentario, id quod in Camera Imperiali est receptum, ut testatur Mynsing. *cent. 3. obser. 60. Gail. lib. 16. obser. 2. obser. 133.*

Ratioque huius rei summa videtur hæc esse, quod Imperat. Iustinian. in præmio *d. Nou. i.* ne verbo quidem facit mentionem Trebellianæ, cum alias ubique verbosis præmiis industriam & studium suum in nouarum legum constitutione commemorare soleat. Deinde hæc ratio est, quia nouæ & correctæ constitutiones facile extendi non debent. Vnde nec *Nou. i.* ad Trebellianam extendi debet.

Contra hæc rationes & contra approbationem Camerae Imperialis ex Theorica veritate disputari potest, & facile aliquis obtinebit, quemadmodum factum est in nostra de Legatis disputatione ex ff. in questione Corollarij loco posita.

Huius autem contrariæ sententiæ firma sunt argumenta hæc. Primum, quod in *d. Nou. i. de hered. & Falcid. §. hinc nobis. in verbis: legatarios & fideicommissarios*, & in *§. si vero non fecerit, in verb. compleuit legatarios & fideicommissarios*, legatiorum & fideicommissariorum fiat mentio. Vnde illa Nouella tam de Falcidia, quam de Trebelliana est intelligenda. Falcidia enim proprie dicta est in legatis. Trebelliana vero in fideicommissis.

9 Secundum, quia † Falcidiæ appellatione venit etiam Trebelliana. *l. pater filiam. 14. in princip. & l. Titia. 86. ff. ad legem Falcid.* vbi Trebelliana vocatur Falcidia, & in *l. iubemus. C. ad Trebell.* & ita etiam vox illa potest accipi in *Rubric. & pr. ac toto discursu d. Nouel. i.* Id quod etiam verba illa: fideicommissarios & legatarios coniunctim posita, satis indicant.

Tertium, Ratio euidens est *l. 2. C. communia de legat. & §. 1. supra, de legatis*, vbi dicitur fideicommissa omnino esse adæquata per omnia legatis, scil. quo ad realia (licet in formalibus seu accidentalibus quibusdam manserit differentia, quemadmodum ad Corollarium præcedentis de legatis disputationis visum fuit.) Et sane si in detractioe quartæ nõ esset comparata contra Iustiniani mentem, & voluntatem, non essent comparata in realibus. Vnde contra Camerae assertionem contrarium asseramus, cuius tanta non sit autoritas in nostro disputationum exercitio, vt eam consequamur. Cum
10 autem ad † praxin peruenerimus, tum magis ea, quæ in Camera obseruantur sequemur, quæ tum præualet. Et eatenus Cameralia sunt accipienda. Deinde ex iam dictis rationibus corruunt dictæ duæ rationes pro Camerali sententia adductæ, quia vocabulum Falcidia complectitur Trebellianam, & in *d. Nouell. i.* Falcidia & Trebelliana ponitur, dum legatarij & fideicommissarij nominantur, & quia in *d. Nouell. i.* generaliter dicitur in omni: Ergo & in Trebelliana, quæ Falcidia est, vt supra fuit dictum, & qui dicit omne nihil excludit.

Secunda etiam ratio multo minus procedit, quia *d. Nouell. i.* non extendi-

tenditur ad Trebellianam, cum eius satis clare *in dict. Nouell. 1.* mentio fiat.

Ad Thesin 6.] Probabiliter videtur Cuiacio, quem sequitur Wesenbec. *ut in thesi habetur.* Quartam Falcidiæ auctam esse ad trientem vel semissem pro numero liberorum, idque eam ob causam, ne deterioris conditionis ii sint, qui sunt instituti, quam qui non sunt instituti. In eadem sententia est etiam Viglius *in §. sed etiam quis, quibus mod. testamenta infirm. num. 8.* vbi dicit. Hodie in filiis concurrens cum legitima portione, Falcidia aucta est: In ceteris heredibus nullo modo. Vnde primum satis liquet hanc thesin ad liberos tantum heredes institutos pertinere.

Rationes autem dubitandi, † quare Falcidia aucta non sit in trientem vel semissem in liberis heredibus institutis hæc videntur esse, quod correctoria non sint extendenda, id quod fieret *in Nou. 18.* quæ loquitur de legitima aucta, quæ iure naturali debetur liberis ex testamento parentum: non loquitur de Falcidia, quæ iuris est civilis *l. 1. ff. ad legem Falcidiam. §. 1. hoc titulo.*

Secunda ratio est, quia † lex Falcidia est introducta ob nullum vel nimum emolumentum. *§. 1. hoc tit. n.* quæ in liberis cessat, quia illi habent legitimam iure naturali debitam, quæ aucta est ad trientem vel semissem pro liberorum numero. *d. Nou. 18.* quæ etiam legitima habet locum in immensis donationibus à patre factis. *Nouell. de immensis donationibus. §. 1. & Auth. unde etsi parens. C. de inoffic. testamento.* vbi Falcidiæ vocabulum pro legitima ponitur. Id quod Pacius *in dicta Authent.* annotat, & bene est notandum. Quæ vltima ratione mouetur Mynsing. *in §. 1. num. 11. de lege Falcidia hic,* ut inclinet in eorum sententiam, qui dicunt liberos habere suam legitimam portionem pro Falcidia, & quidem ex *d. Nou. 18.* trientem vel semissem.

Hæ duæ rationes etiam bonæ sunt, & eatenus nostram sententiam *in d. thesi 6.* propositam intelligere etiam possumus, quamuis Cuacij, Viglii, Wesenbecii, & aliorum alia mens sit, scil. liberi primo possint habere legitimam iure naturali debitam *per d. Nou. 18. auctam.* Deinde q̄ possint iure institutionis Falcidiæ quartam detrachere legatis, id quod Mynsing. *in d. loco* similiter refert, vtut sit, quando ad praxin accessus dabitur, experiemur qua ratione præualeat.

Ad Thesin 7.] Assertionem huius theseos † in donationibus scilicet mortis causa factis locum habere leg. Falcidiam, confirmat satis *l. si mortis. C. ad legem Falcidiam.* Quam etiam sententiam refert Mynsing. *in d. §. 1. num. 12. hoc tit. n.*

Sed obiicitur *Authent. sed cum testator. C. ad legem Falcidiam*, quæ subiicitur *d. l. 5.* eique derogat cum ibi referantur quidam casus, in quibus cesset legitima, quas aliqui putant addendas esse *d. l. 5.* cum eaque coniungendas, & tum dicitur in *d. Authent. sed cum*. Hisce cessantibus locus est Falcidiæ; Ergo non cessante etiam donatione mortis causa locus non est legi Falcidiæ; sic à contrario sensu inferitur, sicque aliquando à Wittenbergenfis Dd. consultum fuit. Respond. Rectius dicimus *d. l. 5.* non esse abrogatam, cum ei non immediate subiiciatur, & illæ *ll. Codicis* solent corrigi per Authenticas, quæ immediate illis & proxime permittuntur. Stamus igitur communi Dd. sententiæ *d. l. 5.* per *d. Auth. sed cum*. non esse abrogatam.

Ad Thefin 8. 9. & 10.] Post legem Falcidiæ & quartæ eius tractationem ordine Imperator agit de fideicommissis & quarta Trebellianica. Fideicommissum est ¶ donatio, quæ non verbis directis & ciuilibus sed precariis relinquitur etiam extra testamentum.

Sed obiicitur quod omne fideicommissum sit duplex; vniuersale & particulare. In vniuersali relinquitur tota hereditas, vnde sequeretur fideicommissum quatenus relinquitur tota hereditas, vel pars hereditatis donationem recte definiri non posse. Donatio enim est modus acquirendi per singularitatem, hoc est, donatione acquiruntur res singulares, puta, ædes, fundus, homines: vt Iustinianus ipse affirmat in *§. vltim. supr. per quas personas nobis acquir.* Non autem vniuersales, puta hereditatem vel quamlibet hereditatis partem. *supra tot. tit. ff. de heredit. petit. & toto tit. si pars heredit. petatur. l. 1. in princip. ff. de rei vindicat.* Respond. Dominus Welsenbec. generalem habet huius rei solutionem optime mente tenendam in *d. §. vltim. per quas personas nobis acquir. num. vltim.* quæ talis est: Titulum seu causam alicuius rei, puta legati, fideicommissi, donationis, esse singularem sua natura semper, vt quævis illis singularibus titulis materiæ vniuersitas relinqui possit, quæ tamen tanta non est, vt mutet tituli naturam. Id. clare se ita habet in legatos Nam legato vtputa titulo singularis relinqui potest vniuersitas. *l. qui quartam. 15. l. non amplius. 26. §. 1. ff. de legat. 1.* Sic vniuersitatis potest fieri donatio *l. si quis argentum. 35. §. sed etsi quis vniuersitatis. C. de donat.* Eadem etiam ratione hic dicere possumus. per fideicommissum, vtputa singularem titulum relinqui posse etiam vniuersitatem vel etiam res particulares. Vnde duplicia fideicommissa sunt: vniuersalia & particularia. Recte igitur dicimus fideicommissum esse donationem ad similitudinem legati, cui fideicommissorum natura effectus inspecto seu realibus adæquata est ex Iustin. constitutione, vt ad Corollarium præcedentis disputationis dictum fuit, & legatum;

legatum est donatio. §. i. *supra de legat.* Ergo etiam fideicommissum, qualecunque tandem sit. Quamuis Dominus Mynsing. ad hoc obstaculum remouendum existimet in §. *sed non vsque adeo. num. 4. supra, de legat.* adæquationem legatorum & fideicommissorum quidem factam, quo ad singularia fideicommissa non quo ad vniuersalia, id quod tamen generalitas textuum vix patitur.

Deinde in definitione fideicommissi ponimus duas differentias inter legata & fideicommissa, spectantes tantum formam accidentalem seu extrinsecam fideicommissorum & legatorum non ipsum effectum.

Prima: Formæ † differentia est, quod fideicommissum relinquatur ver-
bis precariis: Legatum verbis directis hoc modo: *Rogo te Titi, vt Sempronio restituas hereditatem vel rem istam*, hoc est, fideicommissum: Si autem dico: *Titius heres esto*, est legatum constitutum directis verbis.

Quamuis tamen Iustinian. in l. 2. C. *communis de legat.* velit non adeo curiose verba seu compositiones verborum esse inspiciendas, sed potius mentem & voluntatem testatoris, quasi in effectum idem sit legatum & fideicommissum. Nec tamen hoc formale Iustin. in totum tollitur.

Secunda: Fideicommissa omnia vniuersalia vel particularia † ab inte-
stato relinqui posse. Testamenta autem non nisi in testamento. §. *preterea, infra de fideicommiss. heredit.* quamuis tamen Mynsinger in dicto §. *preterea, numero 5.* affirmet etiam hodie legata Codicillis directe dari posse ex sententia Iasonis: De reliquis supra ad corollarium præcedentis disputationis dictum fuit.

Ad Theſin 11. & 12.] Per Trebellianicam † minuuntur fideicommissa o-
mnia vniuersalia & particularia, *toto tit. ff. ad S. C. Trebellian.* §. *sed quia heredes scripti, hic*, vbi dicitur, singulis rebus per fideicommissum relictis, eandem retentionem permissam esse, quæ alias permittitur in vniuersalibus. Quod tamen Portius noluit in particularibus admittere, putans particulam EADEM ad legem Falcidiam esse referendam, quod est absurdum referente Mynsing. in dicto §. *sed, quia, numero septimo, hoc titulo.* Interdum etiam non deducitur, vel deducitur aut præcipitur certa res singularis. Si autem tota restituitur hereditas vel pars deducta quarta pro portione & competenti parte inter fideicommissarium & heredem actiones & omnia onera scinduntur, hoc est, diuiduntur. §. *si quis vna, hoc tit.*

Ad Theſes 13. 14. 15. 16. 17. & 18.] Certa re singulari deducta vel præcepta instar legati omnes actiones & onera in solidum fideicommissa-

rium comitantur nullo onere apud heredem manente, id eleganter indicatur in *l. si legatus. §. multum interest. ff. ad. S. C. Trebellian.* vbi dicitur, multum interest, vtrum pars quarta iure hereditario retineatur; an vero iure vt pecunia, hoc est, an in certa re speciali & particulari retineatur.

- 18 *Ad Thesin 19.*] Nemo tenetur † plus restituere ex fideicommisso, quam ipse ex testamento capit; cum non plus sit onerandus quam est honoratus in testamento. *l. pline. 94. §. fin. ff. de legat. 1.*

Sed obiicitur primo *d. l. pline. 94. §. ff. de legat. 1.* vbi in plus grauatur quam accepit. Respond. Aliqui dicunt, quod ibi in plus non grauatur, quam accepit, imo plus accepit, ex quo damna placent: Deinde solutio gl. etiam potest tolerari, quod scilicet ibi steterit per legatarium, quo minus meliorem acceperit, vel melior visus fuerit, quem elegit, licet deteriorem acceperit.

Secundo valde obiicitur *l. Imperator. 70. §. 1. ff. de legat. 2.* vbi centum legatis, quos rogat duplum restitui, centum tantum restituuntur, & non solum illa quantitas est restituenda, sed etiam lucrum inde perceptum, puta vsuræ. Respond. Loquitur textus de tali casu, quando quantitas datur & in specie quis grauatur, quo casu tamen videtur æstimasse spem suam legatarius accipiendo quantitatem, vt *ex d. l. constat.* Hic autem agitur de eo, quando in quantitate alicui aliquid legatur, & in quantitate fit oneratio, quod inutiliter relinquitur, vt *hic.*

Tertio obiicitur *l. sed si non seruus. 36. in princ. ff. ad legem Falcidiam.* vbi in plus quis grauatur, quam legatum accepit: Ergo antedicta assertio non subsistit. Respond. Quantitas erat legata, & onus erat positum in faciendo, hoc est, in manumittendo, & idem tenetur manumittere, quia tanti æstimasse videtur suum seruum. Sibi igitur hoc imputet, quia ex propria æstimatione tenetur, cum volenti iniuria non fiat. *cap. scienti. de regul. iuris in sexto.*

Ad Thes. 20. & 21.] Post solennis testamenti tractationem prolixiorē, Imperat. in *tit. vltim. lib. 2. Institut.* agit etiam de testamentis imperfectis, solennitatis ordinationem nullam desiderantibus. Summa autem Codicilli definitio est *ex l. 1. ff. qui testam. fac. poss.* Sed omissum est verbum *IUSTA*, quia non est iusta, hoc est, secundum regulas iuris ciuilib solennis voluntas.

Sed opponitur primo *l. si certarum. 27. §. fin. ff. de testament. milit.* vbi dicitur spectari in Codicillis iuris ciuilib regulas: Ergo solennitates in iis.

† perinde:

† perinde ac in testamentis sunt necessariae. Respond. in dict. l. si certa-¹⁹
rum. §. vltim. proponitur talis casus. Miles in militia testamentum fecit,
deinde post militiam fecit codicillos, & intra annum est mortuus: Qua-
eritur an codicilli post militiam recte sint facti? Et dicitur quod non. Quia
† voluntas testatoris iure militari non valet, si quid miles faciat post mili-²⁰
tiam: Si autem in militia quid facit, valet id per annum; Et hoc est pri-
uilegium militare. §. aliis autem, supra de testamento milit. & tot. tit. ff. co-
dem. Hinc Ictus Caius affirmat in codicillis spectari iuris civilis regulas,
hoc est, illud testamentum non valere iure civili, post militiam iure mili-
tari factum, & ideo nec codicillos & similitudinem testamentorum post
militiam valere, & in eo conueniunt, & pari passu ambulant testamenta &
codicilli, & quoad solennitates longe differunt, vt supra etiam in materia
testamentorum monstratum fuit.

Secundo obiicitur l. vltim. §. vlt. Cod. de codicillis. vbi quinque testes in
codicillis requiruntur, & hoc solenne quiddam est, cum alias ad proba-
tionem duo vel tres sufficiant. l. vbi numerus. ff. de testibus. Respond. ve-
rum id est requiri ad omnem vltimam voluntatem (excepto testamen-
to, vbi 7. testes requiruntur) quinque testes, non ad solennitatem, sed
tantum ad nudam probationem, quemadmodum videmus etiam in testa-
mento militis † requiri testes. §. plane. supra de milit. testamento, cum tamen²¹
militibus in suis testamentis omnis solennitas sit remissa. §. 1. supr. de milit. te-
stamento l. 1. ff. eod. vt supra satis dictum fuit.

Ad Thes. 22. & 23.] Affirmatur codicillis † hereditatem quidem ne-²²
que dari neque adimi posse: per fideicommissum dari posse.

Cui opponitur l. si veritas 23. C. de fideicommissis. vbi dicitur, si veritas vel so-
lennitas iuris deest, nec amplexus voluntatem parentis, relicta (scilicet in
testamento) dedisti, puta legata vel fideicommissa, integro adhuc nego-
tio, ad solutionem vrgeri non potest. Ergo quis non tenetur præstare fi-
deicommissa in codicillis relicta. Respond. hoc procedit in pœna men-
dacii, quod heres primo negauit fideicommissum esse relictum; postea ve-
ro probatum est contra eum quod fuerit aliquid relictum, & ita Bart.
sentit.

Ad Thes. 24.] Dicitur ibi nunquam præsumi codicillum, † nisi clausula co-²³
dicillaris sit inserta.

Cui opponitur l. Lucius Titius 88. §. fin. ff. de legat. 2. vbi clausula codicil-
laris non interferitur, & tamen valet testamentum imperfectum. Respond.
clausula codicillaris satis exprimitur in illis verbis; Rationem animi potius

secutus, quam nimiam & miseram diligentiam & idem est ac si dixisset testator, si non valet testamentum iure civili: tamen valeat, quocunque modo valere potest: Hæc enim est clausula codicillaris.

Ad Corollarium.] Queritur primo an Trebellianica possit à testatore prohiberi? Et † affirmatiuam putamus veriore, quod possit prohiberi.

Fundamenta nostræ intentionis sunt. I. Quia legata & fideicommissa per omnia sunt adæquata d.l.2. C. communia de legat. & legata diminuuntur per l. Falcid. fideicommissa per l. Trebellianicam, vt supra dictum fuit, & sane constat ex Auth. sed cum testator C. ad l. Falcid. Nouell. 1. de hered. & Falcid. §. hinc nobis, prohibere posse testatorem Falcidiam; Ergo & Trebellianicam, alias quo ad hoc magna adhuc esset relictæ differentia inter legata & fideicommissa.

II. dict. Nouell. 1. §. hinc nobis & aliis, loquitur de fideicommissariis & legatariis, ex quo satis nunc constat Falcidiam nomine etiam Trebellianicam venire, quæ sæpe Falcidia dicitur, vt supra ad thesin quintam dictum fuit.

III. Baldus dicit hanc sententiam esse æquiorē & veriorē.

IV. Ratio est, quia & Trebelliani conuenit ratio, quam testator prohibere possit detractionem Falcidiam, in d. Nouell. Quia si heres voluerit pigando adimplere hanc voluntatem testatoris, per testamentū non destituitur, quia hereditas refertur aliis heredibus in Auth. nimium plus quæ ratio similiter militat, quando etiam prohibetur detractio Trebellianicæ.

Nunc quædam obiiciuntur. I. Correctoria† non sunt extendenda. d. Nouell. 1. cum d. Auth. vt cum testator, est correctoria. Ergo dum loquitur de Falcidia non debet ad Trebellianicam extendi. Respond. Maior procedit tantum quando id materia & ratio iuris non patitur. Sed imo expresse fideicommissarii & legatarii coniunguntur; Ergo etiam Falcidia & Trebellianica. Respond. in d. l. Titia. Falcidia ponitur pro Trebellianica.

Secundo obiicitur ita. Iurefftorum nec prohiberi poterat Falcidia nec Trebellianica. De Falcidia loquitur l. quod bonis 15. in fin. §. ff. ad l. Falcid. Ergo dum d. Nouell. 1. id in Falcidia est mutatum, non est mutatum id in Trebellianica. Respond. in dict. l. Titia, Falcidia ponitur pro Trebellianica, id fit etiam in dict. Nouell. 1. vt supra est dictum. Vnde etiam propter adæquationem omnimodam id merito est asserendum.

Tertio obiicitur l. si vt allegas. 11. Cod. ad l. Falcid. vbi id videtur constitutum ante dict. Nouell. 1. Respond. ibi iussa aliqua fuit esse conten-

ta certis speciebus pro Falcidia, & tum dicitur, qui uti beneficio legis Aquiliae possit.

Quarto obiicitur, quod diuersa ratio sit, inter fideicommissarium & legatarium hoc casu; Vnde idem ius statui non debet. Respond. Diuersa ratio est in eo, nam fideicommissarius vniuersalis potest compellere heredem, imitari, adire & restituere. *l. quia poterat cum similibus ll. ad Trebell.* quod non potest facere legatarius. *l. nam quid. §. fin. cum l. sequent. ff. ad S. C. Trebell.* & si quis omitti causa testamenti. Deinde fideicommissa sunt magis ex voluntate, quam sunt legata. *§. primo, de fideicommiss. heredit.* Iustinian. in *l. 2. Cod. communia de legat. & fideicommiss.* adæquat omnia, quæ in effectu vel realibus inueniuntur differentiæ in ff. relicta. Præterea quod de voluntate dicitur, id non ingreditur effectum, nec inde sequitur non posse prohiberi etiam Trebellianicam, & hæc est communis sententia, à qua in iudicando & consulendo non est recedendum, & fatuus ac temerarius esset iudex, quod in iudicando & in practica eam non sequeretur, ut Iulius Clarus affirmat in *§. testamentum. quest. 62. numer. primo, in fin.* licet Iason contrarium sentiat in *Auth.* quam sequitur Vaud. *libr. 2. qq. quest. 17.* quamuis alias Dd. communiter contrarium in dict. *Auth.* sentiant.

Altera pars corollarii est: † An deduci possit ab herede rogato restituere Trebellianica, quando id à testatore expresse non est adiectum? Et affirmatiuam similiter defendimus cum Iulio Claro in *§. testamentum. quest. 62. num. 4.* vbi dicit hanc sententiam æquiolem, & ab ea in iudicando & practica non esse recedenda; In vltimis enim voluntatibus, in quibus mens & voluntas testatoris maxime dominatur, sufficit quodcumque de ipsa mente testatoris appareat, nisi forte ex certis aliquib. coniecturis colligi posset, testatorem aliter sensisse: Hanc sententiam Vaudus *libr. 2. quest. 9. 17.* defendit aduersus Accurs. & alios. Deinde hoc satis colligitur ex *§. sed quia heredes supr. de fideicommiss. & hered.* quia ibi disponitur per nullum vel minimum lucrum recusari posse hereditatem: Non igitur extinguuntur fideicommissa semper cum suffragante lege in dict. *Novell. 1. §. hinc nobis Trebellianica deduci potest.* Deinde dicitur quod fideicommissarius retinere Trebellianicam possit, quasi dicat, inuito etiam testatore vel prohibente ipso.

Sed quædam obiici solent. Primo obiicitur *l. in fideicommiss. 3. §. cum vobis Iulius de usu:* vbi dicitur omnia esse restituenda ex causa fideicommissi. Respond. Agitur de eo ibi, quod fructus restituantur, cum in gratiam pupilli

320 DISPUTAT. IUR. CIVIL. INSTIT. LIB. II.

fideicommissarii testator eo loco restitutionem suspendit, ubi longe alia Vlpiani quam hic agitur, tractatio est, si quidem ibi nihil de retentione Trebellianicæ, sed ea quæstio ventilatur. Nam his verbis: *Quicquid ex hereditate bonisue meis ad te peruenerit, rogo restituas*, fructus etiam restituendi sunt.

Secundo valde obiicitur *l. si legatus. 30. §. fin. ff. ad S. C. Trebellian.* ubi dicitur, si sine vlla exceptione rogatus quis fuerit hereditatem restituere plerumque quartam donatam esse à principibus. Ergo non ipso iure quis quartam detrahere potest. Respond. Etsi ipso iure possit quis retinere quartam, potest tamen id fieri per legitimos tramites, scilicet mediante principe administratore iustitiæ. Atque illum textum esse recipiendum dicemus.

* *
*

Finis libri secundi institutionum Iustinianearum.

LIBER



LIBER TERTIVS INSTITVTIONVM.

Disputatio 23. de Materia successionis ab intestato.

CONTINVATIO.

Cum successio alia testamentaria sit, alia legitima: Et de testamentaria hactenus dictum sit: iusto ordine sequitur de legitima vt agatur.



Hæc 1. Successio ab intestato est legitima hereditatis intestati defuncti acquisitio.

2. Intestatus decedere dicitur, qui vel omnino testamentum non fecit, vel quod fecit, ruptum irritumve factum est, aut si nemo heres ex eo existit.

3. Atque fit hæc successio dupliciter, vel in capita, vel in stirpes.

4. In capita fit, cum hereditas pro numero personarum, quibus defertur, in partes viles diuiditur.

5. In stirpes, si liberi quotcunque sunt tantam de morientis hereditate accipiunt partem, quantam eorum parens, si viueret, esset habiturus, & quidem iure repræsentationis.

6. Ius repræsentationis est, quo sequens heres in defuncti heredis personam gradumque succedit, quod inter descendentes locum habet in infinitum.

7. Est autem hæc successio duplex: Ordinaria & extraordinaria.

8. Ordinaria est, quæ cognitionis iure defertur in bonis quidem allodialibus tam masculis, quam fœminis; in feudalibus tum demum, quando specialiter in inuestitura dictum est feudum ad fœminas quoque pertinere.

9. Et hæc quoque duplex est: primaria & secundaria.

10. Primatia, quæ competit descendentibus in bonis ascendentium exclusis reliquis cognatis.

11. Et hæc est vel liberorum naturalium & legitimorum simul, vel legitimorum tantum & illegitimorum.

12. Liberi naturales & legitimi simul etiam posthumi ante mortem defuncti patris concepti sublata differentia sexus, patriæ potestatis, ad parætum suorum successionem iure naturali, gentium & diuino vocantur, adeo vt nec aditione opus habeant, vt pote sui & necessarij heredes.

13. Sed variat horum successio, quo ad modum succedendi; vocantur enim ad eam, aut prioris gradus liberi aut vltioris.

14. Primo casu prioris gradus, aut soli vocantur & succedunt in capita: aut concurrunt cum iis nepotes, pronepotesve prædefuncti, & succedunt hi vna cum patris auunculisque in stirpes.

15. Altero casu, si scilicet intestatus reliquerit plures, nepotes varij etiam ex diuersis liberis non pro virilibus portionibus: sed ex stirpib. ei succedunt.

16. Liberi diuersarum nuptiarum succedunt communi parenti æqualiter: veluti consanguinei *ὁμοπάτεροι* in bonis paternis: In maternis quilibet matri suæ. Vterini *ὁμομήτεροι*, in bonis maternis pariter: in paternis quilibet patri suo.

17. Inter naturales & legitimos simul reputantur quoque legitimati per subsequens matrimonium.

18. Quoniam autem hi per omnia & in omnibus pro veris, iustis & legitimis liberis habentur, non secus ac illi, tam ad allodialiū quam feudaliū bonorum successionem admittuntur: Matrimonium quippe subsequens retrahitur ad tempus natiuitatis liberorum: omniaque præcedentia vitia purgat.

19. Et hæc etiam tum procedunt, cum hoc modo legitimantur in articulo mortis, & quidem fauore matrimonij.

20. Per rescriptum Principis legitimati non solum ius Suietatis sed etiam agnationis acquirunt, & eodē loco habetur, ac si & ipsi legitimi nati fuissent.

21. Ideoque non solum patri, sed etiam alijs ascendentibus & transfuersalibus liberis legitimis nullis extantibus: succedunt in bonis tantum allodialibus, non etiam feudaliibus, nisi expresse ad ea legitimati sint.

22. Legitimi tantum, adoptiui sunt in specie, vel arrogati.

23. Et quo ad adoptiuos, si tempore mortis adoptantis in familia eius reperiantur, ab intestato succedunt ei æqualiter, cum naturalibus & legitimis simul, quamuis omissi in testamento, non possint disputare de inoficioso, nec pater adoptans eos instituere teneatur, nisi sit ex ascendentibus aliquis.

24. Exempti vero familia patris adoptiui, per emancipationem, aliquando regressus ipsis ad patris naturalis iura conceditur.

25. Arrogati, arrogatori patri succedunt non duntaxat in bonis, quæ ad ipsum transulerunt, sed etiam in quarta bonorum arrogatoris.

26. Legitimati quoque per nominationem suorum, quod fit, quando pater filios suos simpliciter dixerit, nec adiecerit naturales. Cum naturalibus liberis, non secus ac si & ipsi ex legitimo matrimonio nati essent; succedunt: patris enim assertionem matrimonium retro contractum fuisse præsumitur.

27. Necesse tamen est, si hoc obtinere debeat, ut liberi naturales concepti sint, ex huiusmodi muliere, quam parens in uxorem habere potuerit. Et hæc de legitimis: Sequitur de illegitimis.

28. Filii naturales tantum ex concubina, quam pater domi uxoris loco solam & unam indubitato affectu sibi coniunctam habuit nati, non extantibus legitimis neque uxore, in duabus viciis patri suo cum matre partiendis succedunt.

29. Quantum ad successionem matris attinet, succedunt naturales tantum, (excepto feudo fœminco) ac si legitimi essent.

30. Spurii ex quacunque meretrice, corpore publice questum faciente, procreati, patri suo, cum is incertus sit, non succedunt.

31. Matri autem & Auiæ; hæc enim semper certæ sunt, succedunt: nisi forte mater illustis sit fœmina, quæ liberos naturales & legitimos habeat.

32. Liberi incestuosi, nefarii ex cognatis, adulterini ex adulterio nati, nullam successionem habent, deque iure ciuili alimentis non censentur digni. Et hæc de priori ordine naturæ, primaria videlicet successionis specie.

33. Secundaria est, quæ deficientibus descendens reliquis cognatis proximioribus comperit, & est vel ascendentium vel transuersalium.

34. Successio secundaria ascendentium est, quæ competit ascendentibus in bonis descendens, & in hac ius representationis locum non habet.

35. Si igitur defunctus descendentes non relinquat heredes, pater autem & mater, aut alii parentes ei supersint, illi (exceptis tantum fratribus ex utroque parente coniunctis defuncto) omnibus ex latere cognatis exclusis soli defuncti succedunt.

36. Si autem plurimi ascendentium viuunt, tam qui proximi gradu reperiuntur, siue materni siue paterni sint, vltiores excludunt.

37. At si eundem habent gradum, ex æquo inter eos hereditas diuiditur, & medietatem quidem accipiunt omnes a patre ascendentes, quantumcumque fuerint: medietatem vero reliquam a matre ascendentes, quantumcumque eos inuenire contigerit.

38. Si vero cum ascendentibus inueniantur fratres aut sorores cum vtrisque parentibus, coniuncti defuncto cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur.

39. Quando autem pater & mater fuerint inuenti, diuidenda quippe inter eos hereditate secundum personarum numerum vti & ascendentium & fratrum singuli æqualem habent portionem: nullum vsum & filiorum & filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare.

40. Atque hoc etiam procedit omni prorsus exclusa differētia inter personas istas, siue scēminæ siue masculi fuerint, qui ad hereditatem vocantur: siue suæ potestatis, siue sub potestate eius, cui succedunt.

41. In reliquis distinctio supra in ascendentium successione tradita, obseruanda est: Cum correlatiuorum eadem sit natura.

42. Transuersalium est, quæ nec ascendentibus nec descendentibus defuncti intestati extantibus: ex latere ipsis cognatis competit.

43. His igitur ita deficientibus fratres & vxores vtrinque coniuncti exclusis omnibus collateralibus in capita succedunt in allodialibus, non etiam feudalibus.

44. Filii fratrum succedunt cum fratribus & sororibus in stirpes loco patris sui præmortui, & hoc tamē vltra filios fratrum non porrigitur: Fratribus autē & sororibus non existentibus, filii fratrum inter se diuidunt hereditatem in capita non in stirpes; Agnati enim non successionis sed proprio iure veniunt.

45. Etsi autem fratrum filiis nulla in locum suorum parentum præmortuorum olim data fuit successio: Iure tamen Cæsareo hodie est constitutum vt sint patruo heredes cum aliis patruis suis ipsius defuncti fratribus facta, scilicet diuisione hereditatis in stirpes non in capita.

46. Fratres germani (id est vtrinque coniuncti) & eorum filii excludunt consanguineos & vterinos, etiamsi in secundo gradu sint; filii fratrum tertio, quod tamen ius non egreditur filios fratrum.

47. Cum extant consanguinei & vterini, tantum in bonis paternis præferuntur consanguinei: In maternis vterini: in reliquis non profectitiis vtrinque succedunt æqualiter.

48. Nec fratribus existentibus, nec filiis fratrum, tum succedunt reliqui cognati, & in his locum habet regula. Quod proximiores excludant remotiores, & pares gradu pares sint successione, & hi succedunt vsq; ad 10. gradū.

49. Et hæc tenus de ordinaria successione hæc dicta sunt: consequens est vt de extraordinaria quoque dicatur.

50. Extraordinaria successio est, quæ prædictis omnibus deficientibus competit: Estque coniugum & fisci.

51. Successio ordinaria coniugum est, quando maritus & vxor inuicem sibi in solidum succedunt excluso fisco.

52. Et obtinet hæc successio, cum matrimonium cum dote est: absque dote enim sit (aut donatione ante nuptias) & superstes egestate labore: præmoriens vero existat locuples, tali casu succedit superstes vna cum liberis communibus, alteriusve matrimonii, in quartam, si tres sint vel pauciores: si vero plures in virilem portionem.

53. Successio extraordinaria fisci est, quæ arario principis, non etiam ciuitatibus vtut etiam priuilegiatis in bonis mortuorum vacantibus competit.

54. Bona autem mortuorum vacantia dicuntur, quando nullus heres extat, fiscus igitur (exclusa successione affinitatis) tum in bona vacantia recte succedit.

55. Ad bona vero damnatorum quod attinet; hodie fisco non applicantur, sed descendantibus vel ascendentibus & collateralibus vsque ad tertium gradum cedunt, excepto crimine læsæ maiestatis, & hæreseos.

Corollarium: Pactum vt masculi & feminae in feudo succedant, superstitute masculo, fœminas vltterius excludit. Quamuis contra textus feudales eas posse admitti defuncto masculo quibundam æquius videatur.

DISPUTATIONIS XXIII.

De successione ab intestato, obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 Successio ab intestato quid sit.
- 2 Intestatus decedere quis dicatur.
- 3 Successio quot modis fiat.
- 4 Successio in stirpes quid sit.
- 5 Ius representationis in quibus personis locum habeat.
- 6 Femina an & quando in feudis succedant.
- 7 Successionis quis sit primus ordo.
- 8 Liberi diuersarum nuptiarum quomodo succedant.
- 9 Liberi legitimati successione gaudent.
- 10 Liberi legitimati, an ad successionem feudis admittantur.
- 11 Dos an constitui possit in mortis articulo.
- 12 Euentus dubius anterioribus liberis non derogat.
- 13 Legitimans aliquem in articulo mortis, an in fraudem parentum id facere presumatur.
- 14 Ascendentes an & quare succedant.
- 15 Auius & auia quo iure succedant nepotibus.
- 16 Ascendentes quo ordine succedant.
- 17 Fratrum filii an & quomodo succedant.
- 18 Collateralium successio quando fiat.

- 10 Fratrum vel sororum liberi an succedant in capita, an vero in stirpes.
- 20 Privilegium unde dicatur.
- 21 Diviso in stirpes sibi locum habeat.
- 22 Ascendentium à latere, & descendentium dispar est conditio.
- 23 Personalia personam non egrediuntur.
- 24 Successio ficti quando fiat.
- 25 Bona damnatorum cui cedant.
- 26 Collaterales etiam ad bona damnatorum admittuntur.
- 27 Fœmina non admittitur ad successionem fœdi, etiam si pater sit & masculi & fœmina succedant, si relictus sit masculus per quem feudum semel apprehendatur.

NULLA pene iuris Civilis materia reperitur, quæ tam multiplicem habuerit mutationem & correctionem, quam præfens hæc de successione ab intestato materia, quæ tota est quasi reformata in pluribus, in Nov. 118. ex qua sola fere de hac materia iudicamus. Deinde videmus cuiusq; civitatis statuta aliud sepe disponere contra ius Civile, unde ex cuiusque loci quantitate & statutis de hac re erit iudicandum, quamvis tamen in primis vile sit scire, quid ius Civile de illa materia statuat, & quomodo successione in descendantibus, ascendentibus, Collateralibus, inter virum & uxorem, & deniq; in fisco nobis præfiguret.

- 1 Ad Theſin 1. 2.] A definitione est inchoandum *Cic. lib. 1. Offic.* Est autem ꝑ ab intestato successio legitima acquisitio hereditatis eius, qui intestatus est defunctus; Dum dicimus, *legitima*, intelligimus successione secundum iuris regulas institutam, seu secundum ill. præscriptum formatam, vocabulum enim *1767 A in l. 1. ff. quis testam. fac. poss.* requirit etiam testamenti factionem legitimam & secundum iuris præcepta observatam,
- 2 ut supr. dictum fuit. Deinde ꝑ intestatus decedit, qui vel omnino testamentum non fecit, vel quod fecit, ruptum irritumve factum est: aut nemo heres ex eo exitit. Cui opponitur § *quod autem, supr. de legit. agnat. tutela.* vbi dicitur, intestatum enim esse qui testamentum fecit, sed in eo tutorem liberis suis impuberibus non dedit. Resp. ille casus quidem non exprimitur hic, nec huc adeo pertinet, quia agit de tutela, quatenus aliquis omiſſa tutoris datione intestatus decedit: Hic agimus quomodo quis ratione testamenti vel deficientis vel non valentis, intestatus in totum decedit: ibi tantum quoad tutoris dationem omiſſam. Et vocabulum intestatus huc etiam pertinet, cum & *l. 12. 1. tabul.* habeat verbum *Legassit generale*, quod etiam ad tutelam pertinet. *l. Verbis. 12. tabul. ff. de v. signif.* Vti pater famil. super pecunia tutelave suæ rei legassit, ita ius esto.
- 3 Ad Theſ. 3. 4. 5. 6.] Agitur hic de successione duplici modo. Nam ꝑ aut fit in capita aut in stirpes, vt clare dicitur. Quando fit in stirpes, locum habet ius representationis;
- 4 Tunc enim ꝑ 4. vel 5. filii cum parruis & avunculis in aui hereditatem ab intestato succedentes representant patrem, & nihil amplius capiunt 5. vel 4. liberi quam eorum patrens si vixisset, esset habiturus, idque ius representationis in descendantibus in infinitum locum habet. Cui valde opponitur § *cum filius filia &c. l. tit. num.* vbi textus saltem loquitur in filio & filia, nepotibus & neptibus, pronepotibus & proneptibus, in quibus locum habeat ius representationis; Fallum igitur est in infinitum in descendantibus locum esse iuri representationis. Resp. hoc textu Bartolus notat. in *l. 1. §. sed si quis ff. de suis & legitim.* ius representationis non habere locum ꝑ in personis ultra pronepotes & supra eas personas non extendi, id quod similiter sentit Angelus in *tit. de heredit. quæ ab intest. defer.* Sed quod ius representationis etiam in vltioribus personis locum habeat, expref.

expresse patet *ex §. fin. h. tit. num.* vbi postquam Iustin. dixit, de Nepotibus & pronepotibus, adiecit idem seruari in cæteris personis: exempli igitur gratia *in d. §. cum filius & filia*, de certis personis id affirmatur.

Ad Thef. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16.] Successio civilis deferretur hodie *ex Nou. 118. §. si quis masculis & feminis*. Successio est ascendentium, descendantium & Collateralium, & illi tres modi sunt ex iure ciuili, *Novel. 118. in pr.* duos modos adiecit præter Mynf. *in h. titul. num. num. 9.* Feminæ autem in feudis non succedunt, † nisi id pacto ita efficiatur, vel nisi sit feudum fœmineum, *cap. vnic. de natura success. feudi. in §. sibus feudorum*. Liberi autem succedunt suis parentibus qui † primus est ordo successionis. *dist. 7. Nou. 118.* Nam liberis debetur iure naturali' parentum hereditas. *l. 15. in princ. ff. de in-offic. testamento. l. 7. in princ. ff. de bonis damnat.* Liberi autem † diuersarum nuptiarum succedunt communi parenti æqualiter. Vterini in bonis paternis patiter. Nam vtraque proles ex duobus diuersis matrimoniis nata donationem propter nuptias, vel dotem sui parentis accepit, in aliis bonis æqualiter admittuntur. *§. sed neq. nobis relinquendum est. Nou. 22. de nupt.*

Ad Thef. 17. 18. 19. 20. 21.] Legitimati liberi in iure Ciuili pro legitimis liberis habendi adeo vt † successionem gaudeant. *Nou. tota. quib. mod. legitim. eff. sui.* Et in primis legitimati per subsequens matrimonium, in feudis etiam succedunt, secundum, communem opinionem Dd. idque fauor matrimonii operatur, qui maculam illam quasi eluit. Cui tamen valde opponitur. *cap. vnic. §. naturales. si de feudo defuncti contentio fuerit inter dominum & agnat. Vasalli. in §. sibus feud.* vbi dicitur; Naturales liberos licet potentia non legitimentur non succedere in feudo; Male igitur & temere hoc à nobis asseritur. Resp. ex communi sententia ille textus non remouet legitimatos, præsertim propter subsequens matrimonium à successionem feudi, sed dicit, tum demum eos non admitti ad successionem, si potentia fiant legitimi, & notandū est vocabulum *P O S T E A*, quod significat idem quasi post acquisitionem feudi. Si enim post feudi acquisitionem per subsequens matrimonium legitimantur non gaudent successionem; Ergo si † ante acquisitionem feudi legitimi fiant, merito à contrario sensu in fauorem matrimonii succedunt, vt in tractatu feudali latius dicam. Et quia magnus est fauor matrimonii, procedit hoc etiam tum, quando liberi etiam per subsequens matrimonium legitimantur in articulo mortis. Anton. Gabriel. Roman. *lib. 6. commun. conclusionum, & pract. c. obseru. 14.*

Sed obijciuntur tria, de quibus breuiter videbimus. Primo in mortis articulo non constituitur *l. Iulianus 20. ff. de iure dot.* sine qua tamen dote seu dotalibus instrumentis liberi legitimari non possunt, *§. fin. supr. de nupt. l. cum quis. C. de naturalib. liber.* Ergo nec legitimati tum procedit. Resp. in mortis articulo † dos constitui & dotalia instrumenta interuenire possunt, nec id *in d. l. Iulianus*, negatur. Nam ibi dotis constitutio fuit collata in id tempus, quo matrimonium futurum non esset. Secundo obijcitur. Quod spem tollenda' dotalis non habeat is, qui in articulo mortis liberos legitimat, quod tamen Iulianus Imper. requirit in eo, qui liberos iam ante natos per subsequens matrimonium legitimare instituit. *l. cum nuper. C. de naturalib.* Resp. etiam in articulo mortis constitutus habere potest spem recuperanda' valetudinis & procieandorum liberorum, & nemo tam debilis est, qui non habeat spem valetudinis recuperanda', nec dubius † euentus anterioribus liberis derogat, vt in *d. l. cum nup. C. de naturalib. liber.* dicitur. Tercio obijcitur, si hoc permittendum est, posse scilicet legitimatorem fieri in articulo mortis, fraudibus & dolis fenestra aperitur, quod sane rem mali exem-

exempli præ se fert. *l. cum hi § si cunctis ff. de transact. l. qui sub prætextu. C. de sacrosanct. Eccles.* Ergo non debet fieri legitimatio in mortis articulo. Resp. Fieri potest ut quis ita
 13 in mortis articulo legitimer, nec præsumatur in fraudem parentum, sororum, fratrum & reliquorum cognatorum id facere, quia in extremis constitutus salutis æternæ memoretur, quamvis nemo moriturus in fraudem & deceptionem quid facere præsumatur. *l. fin. C. ad l. iul. repetund.* Et sane si fraude id diceretur, fraud illa esset probanda, cuiusque euentus & animus. *l. ai prætor. §. i. ff. qua in fraud. Credit.*

Ad Thes. 22. cum multis seqq. Hæ theses omnes loquuntur de liberis adoptiuis, quando illi succedant, & de liberis naturalibus, spurii & incestuosus, quæ planæ sunt, nec contrariis ullis inuolutæ & obscuratæ.

14 Ad Thes. 33. & 34. Ascendentes etiam interdum præcedunt turbato ordine mortalitatis & quidem in solatium liberorum amissorum. *d. l. 15. in pr. ff. de inoffic. testam. l. iure succursus est patri. ff. de iure dot.* quia uis liberi succedant propter votum parentum,
 15 *d. l. 15.* & quidem iure proprio præcedunt aui & auia nepotibus succedunt non iure representationis, quod hic nullum dari vel fingi potest. Bartol. in tract. de success. in success. Ascendentes.

16 Ad Thes. 35. 36. 37. 38. 39. 40. 41. Ascendentes præferuntur omnibus ex latere venientibus, exceptis tamen fratribus & sororibus ex utroque parente coniunctis defuncto. *d. Nou. 118. §. si vero cum ascendentibus.* Sed obicitur editio Holoandrina, quæ in *d. Nou. 118. §. si vero cum ascendentibus*, etiam meminit fratrum filiorum quasi & illi perferuntur. Ergo male facimus quod *d. in thes. 35.* excludimus fratrum filios. Resp. Eo iure fallitur Holoander & eatenus verior est Scringieriana & vulgata, quæ tantum ita habent cum ascendentibus inueniantur fratres aut sorores ex utrisque parentibus coniuncti defuncto. cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur, ex quo patet expungenda esse
 17 ea verba: *Fratrum filios portionem sui parentis capiant*, in editione Holoandrina, in *d. Nou. 118. §. si vero cum ascendentibus*, id quidem etiam vult. Cuiac. quem sequitur dominus Borch. in tract. de success. Et quod de fratrum filiis in *d. Nou. 118.* nihil hoc casu fuerit dispositum, satis patet ex *Nou. 127.* ubi Iustin. claris verbis ostendit, se in *d. Nou. 118.* de fructum filiis, quod cum parentibus & fratribus succedere debeant nihil constituisse.

Succedunt igitur etiam præcedunt filii ex *d. Nou. 127.* non autem ex *d. Nou. 118.* ubi tantum fratres & sorores cum ascendentibus succedunt, id quod tamen nobis nihilominus obstat, quia *d. Nou. 127.* loquitur in eo casu, quando fratres & sorores soli vel solæ cum ascendentibus succedunt, & tum præmortui fratris filii etiam ad successionem admittuntur, in quo etiam thesis nostra 35. procedit, quia si vnus frater moritur relictis liberis, tum liberi iure representationis tantum capient, quantum eorum parens si vixisset, capere debuisset. Et sic hæc successio permittitur tum quando ascendentes ad sunt, item fratres & sorores defuncto utrinque coniuncti, & deinde vnus fratris vel sororis præmortuæ liberi cum fratribus & sororibus: Tum enim hereditas in capita diuiditur, vnum capit ascendens persona, puta, pater, mater, Auus, Auia. Alteram partem capit frater vnus, tertiam partem capit soror, quartam partem capiunt defuncti fratris & sororis utrinque coniunctæ liberi *d. Nou. 118. §. si vero cum ascendentibus.* Quando igitur in d. thes. dicimus, exceptis fratribus, includimus etiam sorores, cum hodie differentia inter agnatos & cognatos. *d. Nou. 118.* sit sublata. Deinde etiam includimus fratris defuncti liberos cum patris & amicitis succedentibus, quia iure representationis veniunt, & idem est ac si parens eorum adesset: Quando autem ascendentes sunt, & tantum defunctorum fratrum vel sororum utrinque coniunctorum, defun-

defuncto, liberi extant, non admittuntur soli cum ascendentibus, nisi adsint simul fratres & sorores, defuncto coniuncti vtrunque. Ratio est, quia nullibi traditur, quod deficientibus fratribus & sororibus defuncti, pramortui fratris liberi cum ascendentibus ad hereditatem admitti debeant. Cuiac. *in dict. Nouel. 118.* quam Bartol. *in dict. l. sequitur.*

Ad Thef. 42. cum multis seqq.] Tertia successio est † collateralium, qui deficientibus & descendentibus & ascendentibus ad successionem vocantur, & quidem siue masculi sint siue foeminae. *d. Nouel. 118.* Illa autem successio plana est ex thesi, & ex *d. Nouel. 118.* Vna tamē grauis est quaestio, & magnum de eo est certamen. An frater cum vel sororum liberi soli, auunculis & patruis seu materteris & amitis succedant in capita vel in stirpes? Et nos *in thesi 44.* affirmamus eos in capita succedere & non in stirpes. Hanc sententiam Azo. *in summa super tot. titul. C. Unde legit.* amplectitur, & Zasius *in dict. loco,* affirmat nefasse ab hac sententia recedere. Deinde fundamenta huius sententiae sunt haec. I. Est *cap. Syn. extraord. incipiens: decedente fideli absque liberis*, vbi expressum est, referente Zasio *in d. loco*, filios fratrum eo casu in capita inter se succedere. Quia tamen capitulorum feudalium extrauagantium seu extraordinarium non est magna auctoritas, ideo praesentis dubitationis punctum secundum ius Ciuile resolvemus. Sic igitur pro secundo fundamento ex iure Ciuili Caius *in lib. 2. institut. titul. 18. §. pen. & in §. si plures. de legit. agnat. success.* vbi expressis verbis affirmatur, fratrum filios patrum nō in stirpes sed in capita succedere, veluti si vnus reliquit duos filios, qui duas partes habent. Alter frater 4. qui 4. partes auferunt, atq; ita Caius hanc rē ibi exemplificat. Dū igitur hoc nō mutatum reperitur, cur stare phibeatur. *l. sancimus. C. de testam.* Tertio probatur id ex *d. Nouel. 118. cap. 3. §. huiusmodi fere priuilegium*; vbi Iustin. saltem loquitur de nepotibus ex fratre, qui cum patruis succedant, & disponit Iustin. Imp. vt fratrum filii cum patruis in stirpes succedant iure representationis, id est, vt locum patris representent, id vocat ibi priuilegium, licet sint in aequali gradu, vnde etiam † priuilegium dicitur quasi priuans ius commune & certis personis datum. Nam olim frater fratri succedebat, excluso filio alterius fratris. Caius *dict. lib. 2. institut. titul. 18. §. penult.* Quarto hanc sententiam probauit sua constitutione Carolus anno 1529. in Comitibus Spirensibus edita, quemadmodum refert Zasius *part. 8. feudali num. 18.* & sequitur dominus Borch. *in tract. feud. cap. 7. p. 2. num. 28.* quia Carolus V. omnes consuetudines & statuta in cōtrarium existentia sustulit, & Hotoman. *illus. l. q. 14.* vbi hanc sententiam satis defendit, affirmat, Germanica Comitia & Gallica Parlamenta hanc sententiam probasse.

Hanc constanter Harmenopol. *lib. 5. epic. titul. 8.* amplexus est, & Cuiacius *in dict. Nouel. 118.* Quinto probat Hotoman. hanc sententiam hoc argumento. Diuisio † in stirpes non, nisi vbi successio est, locum habet. Ergo dum *l. 12. tabul.* nullam in agnatis instituit successionem, hereditas inter eos diuidi non potest. Nam diuisionis ius successio in stirpes peperit, §. *cum filiis, h. tit. n.* Id quod adeo verum est, vt etiam duorum fratrum liberi numero imparces, in allodialibus & feudalibus in capita succedant, atque ita responsum meminit Dominus Borch. *cap. 7. p. 2. num. 82.* eo non obstant, quod Carolina constitutio proprie loquitur de duorum fratrum liberis patruo succedentibus.

Hanc autem sententiam Azonis & Zasii communiolem, & expressis textibus iuris Ciuilis confirmatam, refellere conatur Franciscus Con. 16. *p. 9. nu. 100. cum multis seqq. tract. feud.* qui male tractat Zasium, quem tamen dominus Borch. *in dict. loco* defendit.

dit. Primum argumentum est *ex d. Nouel. 118. §. 3. Vers. illud palam est.* Ecce tale est. Si defunctus patris sui fratrem & vicissim fratrum filios relinquat, utrobique est tertius gradus, & tamen filii fratrum praeferuntur. Vnde iure representationis succedunt, & lingitur eos in loco parentis ascendere & secundum gradum obtinere, ergo diuisio fiat in stirpes. Resp. Zas, *dit. p. 8. num. 18.* Et Hotoman. *illustr. quæst. 14.* affirmant disparem esse conditionem ascendendum ꝛ à latere & descendendum. Nam in linea Collaterali facilius in inferiores quàm in superiores gradus succeditur, ut voluit *gl. 1. de successu agnat. in fin. & Horom.* dicit, perliuius & facilius visu esse Iustiniano hereditatē descendere, quàm ascendere, de quo argumento vide 2. *obiect. Borch. in tract. feud. d. loco.* Sed in isto. FICTIO in iis quæ facti sunt, ut in possessione, de qua hic agitur, locum non habet. *I. denique in fin. in quibus causa minor.* Respond. Corral. *lib. 6. Miscell. cap. 12. num. 6.* si scilicet factum est seiunctum ab omni iuris effectu, ut quando lex fingit aliquem semper in ciuitate fuisse, habet sane effectum, & sciendum est personalia personam non egredi. Ac in certis casibus Iustin. à iure communi recessisse, ubi vero non recessit, ius commune est retinendum. *I. quod contra. ff. de reg. iur.*

Secundum Argumentum est Borch. *ex d. Nou. 118. c. p. 7. §. fin. in vero.* ubi post fratres & fratrum filios successio admittitur in capita, ut ibi in fine dicitur: Ergo effici videtur quandiu fratres vel fratrum liberi extabunt, ut non in capita sed in stirpes succedant. Resp. Hotoman & Zasius affirmant, ibi coniunctim agi de fratribus & fratrum filiis, & Hotoman. addit fuisse specialem legem, ut post fratrum liberos in capita succederetur non indefinite, sed tum demum, cum una cum patris non concurrent, & est speciale ad superiora pertinens. Tertium argumentum est noui dispositoris, ut Hotoman. dicit in *d. q. illustr. 14.* & tale. Imp. Iustin. constituit fratris filios & non vltiores succedere in locum parentis. Ergo & illud, ut scilicet in stirpes diuidatur hereditas, cum effectus representationis hic sit, ut diuisionem in stirpes inducat. *Auth. cessante. C. de legit. hered.* Resp. Hotoman, hoc privilegium est datum iis, qui cum paternis succedunt, ut in iura suorum parentum succedant: vel spirituale est & personale beneficium, quando frater cum fratrīs filiis succedit, Casus noster tum est, quando patruels inter se succedunt. Quartum argumentum Bartoli est ex absurdo, quod hereditas tum in stirpes & in capita simul diuidi posset. Respon. Hotoman. posset hoc fieri & tum censetur hereditas iam antea instituta in stirpes & posterior in capita. Et hoc non est absurdum. Zas, dicit *p. 8. num. 18.* esse hoc argumentum Sophisticum. Quintum argumentum habet Sonb. *p. 9. ex d. Nouel. 118. §. Vnde consequens.* vbi dicitur fratris filios præferri patruo ex altero latere defuncto coniuncto. Ergo filii fratrum utrinque defuncto coniunctorum patruo iure representationis succedunt. Resp. illa collectio non procedit, de quo Borch. vide. Sextum argumentum est tertium Borch. argumentum. 7. est quartum Borcholiti. 8. est sextum Borcholiti, quæ ibi videantur.

Ad Thes. 50. 51. 52. 53.] Quarta successio extraordinaria tantum est mariti & vxoris, quando sibi inuicem succedunt. Quæ autem eius sit conditio satis ex thesibus & ex *Auth. prateres. C. vnde vir. & vxor. patet.*

24 Ad Thes. 54. 55.] Quinta successio est ꝛ filci deficientibus scilicet heredibus. *I. Sican- sia. C. de bon. & can.* Vnde & inter regalia referuntur, quæ dantur Imperatori ad tuendam eius superioritatem. *cap. vnic. quæ sint regalia In Sess. feudor.* Bona autem damnatorum hodie filco non applicantur, sed descendentibus ascendentibus & collateratibus vsque ad tertium gradum cedunt, *Auth. bona. C. de bon. proscriptorum.* quæ desumpta est ex *Nou. 134. circa fin.* Olim vero ꝛ bona damnatorum fuerunt publicata. *I. de portatorum. C. de.*

pat. l. 2. c. de bon. proscripti. Sed obiicitur *l. si mandauero. 22. §. si cuius bona. ff. mandati.* vbi dicitur quod bonis publicatis, nihilominus ea quæ acquiruntur, retineantur. Resp. ille §. est accipiendus de eo, cuius bona publicata sunt, sine capitis diminutione, hoc est, sine deputatione, Cuiac. *lib. 6. obs. cap. 23.* quem sequitur Borch. *in c. vnic. quæ sunt regalia. num. 82. in fine, tract. feud.* Secundo obiicitur *cap. vnic. quæ sunt regalia in vñibus Feudorum*, vbi dicitur ad fiscum pertinere bona damnatorum. Falsum igitur est non publicari bona damnatorum. Resp. *d. c. vnic. quæ sunt regalia.* tū procedit, quando nec ascendentes, nec descendentes nec collaterales vñq; ad tertium gradū adsunt, dū iure Regali bona damnatorum confiscantur. Hinc *in d. cap. vnic. quæ sunt regalia.* adduntur hæc verba: Secundum quod in novis institutionibus cauetur, scilicet in constit. iustit. seu *Novel. 134.* seu secundū *d. Auth. bona. c. de bon. proscripti.* Ergo secundū *d. Novel. 134.* ad ascendentes, descendentes, vel collaterales vñq; ad tertium gradū iure Regaliū vindicari eiusmodi bona non possunt. Erit Borch. *ad d. cap. vnic. Instit. sed in d. Novel.* non fit mentio transuersalium. Ergo male id in thesi vlt. asseritur. Resp. Communiter traditum est etiam ¶ col. 26 laterales ad damnatorum bona admitti, vt quidem refert Iulius Clarus *lib. 5. sentent. quæst. 78.*

Ad Corollarium.] Corollarium est sumtum ex iure feudali, & quidem ex *cap. vnic. §. quinetiam Episcopum vel Abbatem*, vbi expresse dicitur fœminas vltcrius, id est, in posterum nō admitti, si pactum est, vt masculi & fœminæ in feudo succedant, & reliquus est filius masculus, per quem feudum semel est apprehensum, tum in posterum ¶ nō admittitur fœmina ex materia feudi, & ex præsumpta domini concedentis vtilitate, id quod etiam probatur ex *d. cap. vñc. Episcop. vel. Abbat. §. Et in fine*, vbi dicitur. His omnibus præcedentibus casibus feudum amittitur & ad Deum reuertitur. Ergo masculo relicto per quem feudum est apprehensum semel, fœmina non admittitur eo mortuo fed feudum ad Deum reuertitur, qua in sententia etiam Zasius est *p. 8. Epi. feud. num. 46. §. 7.* Borch. *cap. 7. p. 2. num. 37.* Sed valde obiicitur. *cap. vñc. de eo qui sibi vel heredibus suis. in vñibus feudorum.* vbi masculi succedunt & deficientibus masculis fœminæ admittuntur. Ergo falsum est eo casu fœminas semper excludi in posterum. Resp. *d. c. vñc. de eo qui sibi vel hered. habet singularem contentionem vt faterur Sonlb. p. 9. n. 138.* quem sequitur Borch. *cap. 7. p. 2. n. 75.* nimirum talem.

¶ Aliquis accepit inuestituram pro se & heredibus suis, & quidem pro masculis, ac his deficientibus pro fœminis, vnde fœminæ etiam tum succedunt propter contentionem illam expressam: Et hisce deficientibus. Talis conuentio expressa non est in *d. c. vñc. §. quinetiam Episcop. vel Abbat.* Reliqua argumenta refutat Borch. *cap. 7. part. 2. num. 37.*

¶ Multi tamen putant æquius esse fœminas etiam hoc casu admitti, modo feudum pacto sit acceptum pro masculis & fœminis, etiamsi non sit adiectum, hisce masculis deficientibus fœminas debere succedere, & in eadem sententia est Sonlb. *p. 9. num. 131. in feud. Myning. cent. 4. obs. 74. num. 8.* Wesenb. *in tract. feud. c. 6. num. 25.* Hartman. Pistor.

quæst. 36. p. 2. quæ sententia in foro quoque merito retineretur.

DISPUTATIO XXIV.

De obligationibus in genere, item de mutuo & de indebito.

CONTINVATIO.

Duo sunt precipua capita, quibus secundum iuris obiectum absoluitur, Dominium scilicet & Obligatio. De dominio, cum hactenus prolixius actum sit: nunc etiam de obligatione in posterum erit agendum.

Thesis 1. Obligationis causa est contractus. Contractus autem à Labéone definitur vltro citroque obligatio, quam Græci συνάλλαγμα vocant. *l. labeo. §. contractum. ff. de verb. signif. l. omnem 20. ff. de iudic. l. 1. ff. de pact. Theophil. hic in tit. de obligat.*

2. Contractus plurimum à pacto differt. Nam pactum est duorum vel plurium in idem placitus consensus seu conuentio. *d. l. §. 1. ff. de pact. l. 3. ff. de pollicitat. Exceptionem tantum producens quam præter pacta ferunt, l. iurigent. 7. in princ. & §. igitur nuda. ff. de pact. l. solent. ff. de præscript. verb. l. 5. C. de contrah. stipulat. §. præterea inst. de except. Borch. de pact. cap. 1. num. 5. cum seqq.*

3. Contractus vero obligationē naturalem, & ciuilem, vel ciuilem tantum producit, ex quibus actio proficiscitur, *dict. l. iurigent. in pr. l. naturales. 10. ff. de ob. & act.*

4. Obligatio autem est iuris vinculum, quo necessitate astringimur alicuius rei soluendæ secundum nostræ ciuitatis iura. *§. 1. h. tit. l. obligationum. 3. in pr. ff. de ob. & act.*

5. Summa obligationum diuisio in duo genera deducitur. Ciuiles enim sunt, aut prætorix. Ciuiles sunt, quæ aut legibus constitutæ, aut certo iure ciuili comprobatae sunt. Prætorix sunt, quas prætor ex sua iurisdictione constituit, quæ etiam honorariæ vocantur. *§. omnium. h. tit. num.*

6. Sequens diuisio deinde hæc est, obligationes aut esse ex contractu, aut quasi ex contractu: Aut ex delicto, aut quasi ex delicto. *§. sequens. h. tit. l. 1. in pr. ff. de ob. & act.*

7. Obligationes ex contractu aut re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu: *§. vlt. h. tit. d. l. 1. §. 1. ff. de ob. & act.*

8. Re contrahitur obligatio primo pro mutui datione. *§. 1. quib. mod. re contrah. oblig. d. l. 1. §. re contrah. d. l. labeo in pr. ff. de verb. signif.*

9. Mutuum ex eo dicitur, quod ex meo fit tuum. Et ideo si non fit tuum, non nascitur obligatio, hoc est, mutuum non contrahitur. *§. 1. h. tit. l. 2. §. appel. ff. de rebus credit.*

10. Mutuum etiam creditum dicitur, sed creditum à mutuo differt vt genus à specie. *d.l.2. §. creditum.*

11. Est autem mutuum contractus iuris gentium, *d.l.7. ff. de pact.* Ius autem gentium *supr. de iure naturali gent. & ciuil. l. ex hoc iure. ff. de iust. & iur. nominatur, d.l.7. strieli iuris. §. actionum, & ibi Dd. & gl. infr. de act.* quo quantitas alicui datur ea lege, vt quantitas in eodem genere non in specie eadem restituatur. Cuiac. *in paratit. ff. eod. & idem lib. 11. obser. 37. Borch. c. 1. in tract. de rebus creditis.*

12. Est duplex mutuum, aliud cum statim ab initio numeratione pecunię interueniente contrahitur: Aliud cum ex post facto consumptione conciliatur. Dom. Borch. *c. 2. in conuent. de reb. credit.*

13. Mutuum dare possunt omnes, qui dominium & liberam suarum rerũ dominationem habent, *d.l.2. ff. de reb. credit.* nisi nominatim quibuscũ personis sit interdictum. *l. principalib. 33. ff. de reb. credit.*

14. Pupillus si dat mutuam pecuniam sine tutoris autoritate, item qui non habet liberam suarum rerum administrationem, vt furiosus, prodigus, nec non contrahit obligationem. *§. nam admonendi. supr. quibus alienare licet vel non. §. 1. supr. de autorit. tutor. & mutuam pecuniam accipiendo ne quidem iure naturali obligatur. l. pupillus. 59. ff. de oblig. & act.*

15. Mutuo vero accipere possunt filiifamil. modo sint puberes, *toto tit. ff. & C. ad S. C. Macedon. l. pupillus. ff. de verb. sign.*

16. Mutuum porro esse non potest, nisi proficiatur pecunia, *d.l.2. §. mutuum.* hoc est, nisi interueniat res fungibilis pōdere, numero, & mensura constans. *d.l.2. de mutui datione, d.l.1. §. mutui autem. ff. de oblig. & act. l. 7. §. mutui. ff. ad S. C. Macedon.*

17. Porro in mutui datione oportet dantem esse dominum, *d.l.2. §. in mutui datione,* vnde cum mutuans dando transfert in accipientem dominium. *§. Sic itaq; discretis infr. de act. tenetur mutuarius prestare casum fortuitum. §. item is cui res. vers. & is quidem. extr. mod. re contrab. obli. d.l.1. §. & ille. ff. de oblig. & act. l. incendium. 11. C. si cert. pet.*

18. Mutui igitur obligatio requirit, vt nobis non eadem res mutuo data, sed alia in genere eiusdem materię & qualiratis reddatur. *d. §. 1. h. tit. §. re contrahitur. ff. de oblig. & actio.*

19. Et persequimur rem mutuo datam actione, quę vocatur certi conditio ex mutuo. *d. §. 1. h. tit. & in rubr. tit. ff. de reb. credit. si cert. pet. & de condictione.*

20. Secundo recontrahitur obligatio per indebitum. Is enim qui non debitum accepit ab eo qui per errorem soluit, re obligatur, daturque agenti contra cum propter restitutionē, condictitia actio, & perinde condici potest

ei, si apparet eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. §. *is quog.* *insit. quib.* *mod. re contrah. oblig.* §. *item is infra de oblig. quæ ex quasi contract. nasc.*

21. Vnde pupillus, si ei sine tutoris autoritate indebitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti condictione non magis, quam mutui datione. d. §. *is quog.* *vers. vnde pupillus. hoc tit.*

22. Et hæc species obligationis non videtur contractu consistere, cum is qui soluendi animo dat, magis voluerit negotium distrahere quam contrahere. §. *is quog.* *vers. sed hæc species. d. §. item is. rot. tit. ff. & C. de condict. indebiti.*

23. Quia tamen contractum quid est, hoc est, quia indebita pecuniæ est data, contractus dici potest. l. 2. *in fin. prin. ff. de condict. indebiti.* W. cl. *in paratit. ff. num. 1. de condict. indeb.*

Corollarium: Pactum & contractum distingui posse, utpote dissentaneas species conventionis tanquam generis ex iuris veritate, contra W. cl. *in paratit. ff. de pact.* & contra alios asserimus per d. l. 1. §. 1. d. l. *iurigen. 7. ff. de pact.* Dn. Borch. *in tit. de pact. c. 1. & c. ult.*

DISPUTATIONIS XXIII.

De obligationibus in genere: Item de mutuo & indebitio obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 Donatio an & quomodo dicatur contractus.
- 2 Contractus est causa obligationis.
- 3 Effectus sæpe pro causa ponitur, & causa per effectum definitur.
- 4 Obligationem effectum esse contractus.
- 5 Contractus vocabulum quot modis accipitur.
- 6 Contractus an recte definitur sive citroq; obligatio.
- 7 Vtro citroq; obligatio an etiam sit in quasi contractu.
- 8 Contractus an & cur conventio dicatur.
- 9 Contractus & pactum quomodo differant.
- 10 Transactio quando pactum sit & quando contractus.
- 11 Constitutum & hypotheca quando actionem producant.
- 12 Pacta eo animo sunt, ne inde actio oriatur.
- 13 Contractus qualem obligationem producat.
- 14 Obligatio civilis an sine consensu esse possit.
- 15 Obligatio est vinculum iuris, non consistens in propriis verbis.
- 16 Obligatio naturalis nullam necessitatem in se continet.
- 17 Obligationem naturalem duplicem esse, naturalem civilem, & naturalem tantum.
- 18 Obligationum an recte quatuor genera ponantur.
- 19 Obligationes ex contractu, quot modis fiant.
- 20 Obligatio quæ literis contrahitur, olim non erat in obligationum numero.
- 21 Mutuum an recte dicatur quod ex meo tuum factum est.

22. *Donatio quomodo faciat ex meo tuum.*
23. *Obligatio naturalis, nullam parit actionem.*
24. *Emptio & Venditio quomodo faciat ex meo tuum.*
25. *Res fungibiles tantum in mutuum venire dicuntur, non alia.*
26. *Mutuum an recte contractus dicatur.*
27. *Furiosus non potest celebrare contractum mutui.*
28. *Mutuum an possit fieri & contrahi inter ignorantes.*
29. *Mutuum an sit contractus iuris gentium.*
30. *Quomodo dicatur, in mutuo quantitatem dari & quantitatem restituere.*
31. *Mutuum quod consumptione conciliatur, an fore mutuum sit.*
32. *Stipulatione non constituitur mutuum.*
33. *Mutuum conciliandi quot modi sint.*
34. *Mutuum dare qui possint.*
35. *Filiusfamilias & servus an peculiares nummos mutuo dare possint.*
36. *Præsides provinciarum an mutuum dare possint.*
37. *Pecunie sumptio, est leuamen inopia.*
38. *Mutuum in quibus rebus consistat.*
39. 40. *Mutui ratio est ut quantitas in eodem genere restituatur, & aliud pro alio detur.*
41. *Mutuum datus an semper Dominus rei esse debeat.*
42. *Fur an mutuum dare & actionem consequi possit.*
43. *Fur dum credit furtivam rem, non delinquit.*
44. *Manus apud I. C. duplex est, brevis & longa.*
45. *Solvens per errorem, re obligatur.*
46. *Indebiti solutio & contractus est, & quasi contractus.*
47. *Donellus an recte statuat solutionem indebiti tantum contractum, non autem etiam quasi contractum esse.*
48. *Indebitum solvens, quo animo id faciat.*
49. *Pecuniam numeratam accipiens, an ita obligatus dicatur, ut statim conveniri in actione queat.*
50. *Pupillus sine tutoris auctoritate, nec mutuo nec indebiti solutione obligatur.*

Affirmatur hæcenus de dominio esse actum. Nunc etiam de obligatione esse agendum, quæ duo sunt quasi summa rerum capita. Sed contra opponitur hoc modo. Donatio est contractus. *I. contractus. C. de fide instrum.* de qua tamen agitur in materia dominii. Ergo non fuisset distinguendum inter dominium & obligationem. Resp. Etiam si donatio dicatur interdum contractus ratione consensu & obligationis, quæ est inter donantem & donatarium, tamen inspecto initio & prima causa, donatio est liberalitas, imo est modus acquirendi de iure civili, & eatenus in materia dominii de donatione agitur. Et quamvis omnes contractus in consequentia augeant nostrum dominium, tamen à dominio sint distincta negotia. Secundo obiicitur. Obligatio est causa actionum & veluti mater. Theoph. *in tit. de oblig. l. licet. 42. §. ea obligatio. ff. de procurat.* Ergo obligationes ad tertium iuris obiectum non ad secundum referantur. Resp. Obligatio hic per se considerata est, & quidem incorporalis, & ideo eius tractatio in rerum tractatu debet optime tolerari, & quamvis ab effectu, hoc est, actionibus sint distinctæ obligationes & separata: In usu tamen sunt coniunctæ cum iis, idque parum refert, si alias cuiusque natura recte cognosci potest.

- 2 Ad theſin 1.] Affirmatur contractum ꝑ causam eſſe obligationis. Cui opponitur tale argumentum: Qui ſecum in vna eademque theſi pugnat, non eſt audiendus. Vos pugnat, Ergo non eſtis audiendi. Probo minorem, quia dicitis obligationis causam eſſe contractum, & tamen affirmatis contractum eſſe obligationem. Reſp. Sæpe ꝑ effectus pro causa ponitur, vt hic, & per effectum causa definitur in iure ſæpiſſime, quemadmodum etiam ſit in *Lex hoc iure. ff. de iuſt. & iur.* vbi obligationis vocabulum ponitur pro contractu, vt conſtat ex *§. ius autem gent. ſupr. de iure naturali gent. & civil.* Civilis autem potius eſt definitio, alias in logica absurdum eſſet dicere: Pater eſt filius, cum effectum causæ genus ſtatui ita non poſſis, & multa civiliter tollerentur, quæ logica ratione absurda videtur. Eſſe
- 4 aut obligationem ꝑ effectum contractus ostendit. *§. omnium. de obligat.* vbi dicitur obligationes eſſe ex contracta. Ergo contractus eſt causa obligationum, prius in natura eſt contractum celebrare, puta emtionem, ex quo contractu deinde naſcitur obligatio, hoc eſt, iuris vinculum, ita vt vna parte non conſentiente contractus diſſolui nullo modo poſſit. Secundo obiicitur *l. omnem obligationem. 20. ff. de iudiciis.* vbi dicitur, omnem obligationem per contractum eſſe habendam. Ergo nihil diſſerunt obligatio & contractus. Reſp. Certum eſt obligationem eſſe effectum contractus, ſed quod dicitur in *d. l. omnem obligationem* pro contractu eſſe habendam, id ita eſt accipiendum, ſi vocabulum ꝑ Contractus latiſſime conſideratur. Interdum enim contractus proprie ac regulariter accipitur, ſit in *l. Labeo. §. contractus. ff. de verb. ſign.* Secundo improprie, quando ab vna parte eſt obligatio, vt in mutuo, quemadmodum potentia dicitur. Tercio quandoque largius pro actu accipitur, quia quando verbis contrahitur obligatio, agitur, *d. l. Labeo. in princ. ff. de verb. ſign.* Et ſic accipitur *§. vlt. verſ. ſia. de oblig.* Quarto latiſſime pro delicto vel quaſi delicto capitur, & pro quouis pacto, vt in *d. l. omnem. ff. de iudic.* Manet igitur ſtabilis nihilominus definitio contractus. Nam ipſe Iuſtin. delicta vel quaſi delicta à contractibus vel quaſi contractibus diſtinguit, quod ordo titulorum infra indicabit, & hæc eſt ſententia gl. vera in *d. l. Labeo, in verb. contractus*, & ſequitur Mynſ. in *§. vlt. hoc tit. de oblig.* Tercio obiicitur Imperfectam eſſe contractus definitionem, quia continet tantum *συνάλλαγμα διπλευρα*, hoc eſt, eos contractus, qui ab vtraque contrahentium parte obligant: Non autem contractus *μονοπλευρος*, qui ab vno latere obligant, non vltro citroque, hoc eſt, contra ſeu viciffim, vt eſt in mutuo, vbi mutuatarius, hoc eſt, is qui mutuo accepit, tamen obligatur: In ſtipulatione promittens rem ſtipulando. Deinde *συνάλλαγμα* venit à *συνάλλω* quaſi pariter permuto, pariter obligationem contraho. Reſp. Contractus definitur re ſe ꝑ vltro citroque obligatio, quia vtroque eſt conſenſus; vtroque etiam quid iure Civili approbatur, vnde vere inde oritur obligatio civilis & naturalis ſimul, licet non ſpecialiter quid redidatur, vt in mutuo nihil recipit mutuans, nec re obligatur rufus, & tamen conſenſum accommodavit: Sic in ſtipulatione quaeritur ab vna parte, ab altera parte reſpondetur. Eſtque eareus conſenſus. Quando autem ab vna parte contrahitur obligatio, improprie dicitur contractus, non proprie; proprie tum quando ab vtraque parte, ſecundum ſententiam Mynſ. hic, & nos impropriis relictis propria tantum ſectumur. Denique obiicitur Deſinitionem contractus non eſſe plenam & perfectam, cum quaſi contractus in ſe non contineat. Reſpoud. continetur illic etiam definitio quaſi contractus. Nam ꝑ in iis etiam eſt vltro citroque obligatio. Exemplum ſit in quaſi contractu tutelæ, in qua actione tutelæ pupillus poteſt conſequi omne damnum datum à tutore in adminiſtratione tutelæ: Tutor etiam id repetere poteſt, quod vtiliter ac neceſſario in rem pupillarem impendit, contraria tutelæ actione. *§. tutores. inſi. de oblig. quaſi*

ex contrah. nasc. Vnde etiam tutela quasi contractus, simpliciter contractus dicitur *in d. l. contractus. 2. ff. de reg. iur.* distinguitur tamen rebus sedibus & locis contractus, & quasi contractus, id quod propter euidentiore intellectionem fieri debet.

Ad thesin 2. & Corollarium.] Obiicitur ita. Bis idem repetere superfluum, otiosum & importunum; hoc fit hic, & in Corollario: Ergo peccatis. Respond. In thesi hac secunda affirmamus differre quidem pactum & contractum: sed modum quomodo differant non monstramus. In Corollatio vero subiicimus; nimirum pacta & contractus duas esse species vere inter se dissidentias, & cum genere suo communi consentaneas. Contractus enim est conuentio, & pactum est conuentio seu consensus. *l. 1. §. & est pactio. ff. de pact. l. pactum. 3. in prin. ff. de pollicit.* vbi pactum definitur consensus, & conuentio: Contractus dicitur & definitur etiam † conuentio, quia conuentionis verbum nomen generale est, hoc est, genus est, & nullus est contractus, qui non habeat in se conuentionem *d. l. 1. §. conuentionis ff. de pact.* Non igitur dubitandum est, quin & pactum & contractus conuentiones sint. Non autem contractus conuentio est nuda & simplex, sed actionem produciens. Pactum † est conuentio non actionem sed exceptionem produciens. *Liurigent. 7. in princ. §. igitur nuda. ff. de pact. Borch. c. 1. §. c. vlt. in tract. de pact.* vbi hæc omnia doctè explicat secundum Cuiac. *ad tit. de pact.*

Sed quadam obiicitur vel obiici solent, & quidem cōtra definitionem pacti, quod duorum vel plurium in idem placitum consensus seu conuentio. *d. l. 1. §. 1. ff. de pact. d. l. 3. in princ. ff. de pollicitat.* quæ definitio videtur contractui conuenire, quod sic probatur, transactio dicitur pactum. *l. qui cum tutoribus. 8. §. fin. ff. de transact.* vbi ICrus Vlp. docet transactionem in hisce tantum obesse, de quibus actum probatur, & postea subiicit rationem huiusmodi. Iniquum enim est periri pacto, de quo cogitatum non docetur, idque simpliciter *in l. 3. ff. de transact.* ostenditur, vbi ICrus Scæuola generalem proponit regulam; quod priuatis pactionibus suis carcerorum non lædatur, inde mox inferitur, transactionem inter heredem & matrem defuncti factam, manumissis & legatariis non nocere. Illa illatio inepte fieret, si transactio pactum non esset. Deinde sunt expressæ ill. in quibus transactio dicitur contractus *in leum se transigisse. supr. C. de transact.* vbi dicitur, si de fide contractus, hoc est, transactionis constet. *Borch. de transact. c. 1 in princ.* Sequitur igitur contractus & pacta nihil differre, & contracta esse pacta, quemadmodum vult Wesemb. *in tit. de pact.* quemadmodum in Corollario monetur. Respond. Transactio † pactum est, & est etiam contractus, si est pactum, fit nudo pacto: Si est contractus, fit acceptilatione, & his duobus modis fieri transactionem satis clare & luculenter ostenditur *in l. 2. ff. de transact.* *Borch. c. 1. de transact.* & quatenus transactio fit nudo pacto, est species pacti, & sub definitione pacti conuenitur. Quatenus vero fit acceptilatione ad contractum pertinet, & actionem efficacem perducit.

Secundo obiicitur, tale argumentum: constitutum & hypotheca sunt species pacti, & constitutum fit consensu *l. 1. in princ. ff. de constit. pecun.* nulla interposita stipulatione. §. de constituta. *infr. de action.* Hypotheca quoque nuda conuentione absque rei vllius traditione perficitur. §. item Seruiana. *infr. de action. l. si rem alienam 9. §. propriæ. ff. de pignor. act.* & actio ex cōstituto nascitur, *d. §. de constituta.* Item actio ex hypotheca oritur quasi Seruiana. *d. §. item Seruiana.* Ergo falsum est quod dicitur pactum non producere actionem, sed contractum tantum, vel dicimus contractum & pactum vnum idemque esse. Resp. Constitutum & hypotheca per se pacta sunt, eorumque definitioni conueniunt, nec actionem produciunt. Quatenus autem accedit his autoritas prætoris, dicimus † quod fiant pacta legitima, ex quib. nascitur actio non sua vi, sed ex confirmatione legis si prætoris *l. legiti-*

ma. 6 ff. de pact. ideoque dicit Iuricons. interdum dari ex pacto actionem: scilicet quando confirmatur vel iuuatur a lege vel Iurecons. Actio igitur quasi Seruiana ex iurisdictione prætoris subsidij, hoc est, propriam formam accipit. *d. §. item Seruiana.* quemadmodum & *in l. maior. C. de pignor.* rescriptum est, pignoris conuentionem tueri solum pactum vel iurisdictionem vel utilitatem conuenientium. Dum dicunt Imp. per iurisdictionem, ostenderunt hypothecam non sua vi & quatenus est pactum sed ex iurisdictione, hoc est, ex edicto prætoris patere: quemadmodum etiam dominus Borch. *c. 1. de pact. num. 10.* explicat. Tertio obiicitur: diuisionis placitum est, nudum pactum. *l. diuisionis placitum. 45 ff. de pact.* sed ex diuisione utpote cōtractu oritur actio præscriptis verbis *l. si sunt & c. lvi. 7. C. communia & triusq. iudicij.* Ergo pactum & contractus vnu idemque sunt. Resp. Distinguendum est inter diuisionem & inter pactum seu placitum diuisionis, ex diuisione oritur obligatio & actio. *d. l. si fratres,* ex placito diuisionis actio nulla oritur, sed tantum exceptio, ut ex pacto *d. l. diuisionis placitum. l. ex placito. C. de rerum permutat.* Borch. *c. 1. de pact. num. 11. cum seqq.*

Quarto obiicitur; verbis fiunt pacta, ut & contractus *d. l. iurigent. 7 §. pastorum quadam ff. de pact.* Ergo nihil differunt pacta & contractus. Resp. etiam si verbis fiant pacta ut & contractus, tamen intentione mente & voto contrahentium longe differunt, quia pacta eo t̄ animo fiunt, ne inde actio oriatur, secus in contractu, idq; omne ex mente conuenientium æstimandū esse Iurisc. *in d. §. pastorum iudicat.* Deniq; obiicitur tale argumentū: Titulus ff. inscribitur de pact. & tamen *in d. l. iurigent.* etiam agitur de contractib. Ergo ut nigrum cum rubro conueniat, necessario sequitur pacta esse contractus, & sic Wesenb. putat. Resp. Rarum non est occasione cognatæ materiæ quædā cognata immisceri, ita quoq; hic fit, postquam enim contractum meminerant ICI *in d. l. 1. ff. de pact.* quinam illi sint & quoru[m]plures sint *in d. l. iurigent.* subiicitur, ut ex illa collatione cognatæ speciei pactorum materia rectius elucesceret. Et hæc argumenta sunt præcipua nunc refutata.

13 Ad thes. 3. 4. 5.] Contractus t̄ aut obligationem naturalem & ciuilem, vel ciuile tantum producit, ex quibus actio proficiscitur, *d. l. iurigent. in princ. ff. de pact.* Naturalis & ciuilis simul est, quæ habet expressum consensum, & consensus est iurigentium vel naturalis. *d. l. 1. ff. de pact. tot. tit. de oblig. quæ ex consens. contrah.* vnde eatenus dicitur naturalis obligatio, quatenus à dispositione & cōfirmatione iuris ciuilis iuuatur & nititur, dicitur ciuilis, vnde coniunctim eiusmodi obligatio dicitur naturalis & ciuilis. Ciuilis tantum est, quæ etiam habet quandam consensum, sed non adeo expressum, puta, quando quis chirographum scribit spe futuræ solutionis, ut sit in literarum obligatione. Nam ibi non consensit plene quidem is qui scribit chirographū in id scil. solutionem esse factā, sed qualitercunq; consensit in solutionem. Quia igitur dispositio & approbatio iuris ciuilis hic dominatur, dicimus eam potius esse ciuilem tantū, quam ciuilem & naturalem simul, alias in naturali & ciuili simul & consensu expressu & approbatio iuris demonstratur, vnde ita à Dd. nominatur. Non igitur quicquā refragatur nobis sententia præceptoris Dn. Borch. qui *in*

14 *Nouiss. insit. commentariis ad h. tit.* putat, male definiri ciuilem obligationem, t̄ cui deficiat consensus, sed quæ tantum habeat approbationē iuris, quia idē & nos affirmamus. Nam requirimus aliquē consensum, licet nō sit perfectus, sed qualiscunq; qui demonstratur per chirographi dationem, & alias falsa esset, *d. l. 1. §. conuentionis,* ubi dicitur in omni cōtractu, ut etiam est obligatio literarum, *tot. tit. infr. de lit. obligat.* requiritur consensus qualis qualis etiam ille sit.

15 Deinde definitio pponitur obligationis, quæ t̄ est vinculū iuris, quo necessitate astringitur, hoc est, non pendet ex voluntate, vel ex libitu nostræ voluntatis, sed propriis viribus consistit

consistit, vnde nec emptio nec venditio in alterius arbitrium collata valet. *Myns. cent. 1. obf. 8. fere in fine*, sicut & testamentū. *l. nemo potest. ff. de legat. 1.* Additur deinde alicuius rei soluenda secundum naturā ciuitatis iura, hoc est, vt fiat secundum iura ciuilia, quia aliud pro alio solui non potest inuito creditore. *l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.* Sed obiicitur imperfectam esse definitionem hanc, nec omnib. competere obligationum speciebus. Non enim conuenit naturali obligationi: Illa enim non est vinculū iuris, quo necessitate astringimur, cū nihil iuris habeat naturalis obligatio. Resp. Verum est obligationi naturali non cōueniē hęc definitio, quia illa ἐν πλάτει obligationi dicitur, quia potius pactum est nudam exceptionem producens, *tot. tit. inf. de except.* nec ꝑ vllam necessitatē in se continet: solo enim æquitatis vinculo sustinetur. *l. Stichum. §. naturalis. ff. de solut.* Secundo obiicio autoritatē Theophili *in prin. tit. de oblig.* vbi dicit obligationes esse matres actionum: Obligatio aut naturalis tantum est obligatio: Ergo producit actionem. Resp. Theophilus ibi de naturalibus & ciuilib. simul vel de ciuilibus obligationibus tantum loquitur, dicitque eas esse matres, id est, causas obligationū. Tercio obiicio contra datam solutionem *l. naturales. 10. ff. de oblig. & act.* vbi dicitur obligationes naturales non ex eo solum æstimari, si actio aliqua eorū nomine cōstitit: Ergo actio ꝑducitur ex naturali obligatione. Resp. Cuiac. *ad l. 1. 2. ff. de verb. obl.* affirmat obligationē naturalem esse duplicem: ꝑ Naturalē & ciuilem, 17 illamq; actionem parere, cum subit quādā obligandi efficac ratio. Huiusmodi obligatio est, quæ nascitur ex contractu quē pupillus sine tutoris autoritate celebravit, modo ex eo contractu sit factus locupletior. *l. pupillus in pr. ff. de tutor. autorit.* tamē actione potest pupillus cōueniri, & tamen est naturalis obligatio, h. e. ciuilis, naturalis, *l. 1. ff. de Nonat.* Aliā esse naturalē tantum, quæ producat exceptionem. Atq; ita *d. l. naturalis*, de naturali civili intelligitur vt pote specie naturalis obligationis tantum, quæ inhibet repetitionem. *l. Iulianus. ff. de condict. indeb.*

Ad thes. 6.] Affirmatur obligationes alias oriū ex contractu aut quasi ex contractu, aut ex delicto, aut quasi ex delicto. Cui obiicitur *l. 1. in pr. ff. de obl. & act.* vbi dicitur obligationes aut ex contractu nasci, aut ex delicto aut proprio quodā iure ex variis causarū figuris: Ergo non ex q. contractu, nō ex q. delicto. Resp. *Myns* & alii cōmuniōri sentētia illa verba: Ex variis causarū figuris: accipiunt de q. contractu, & de q. delicto, ita vt nihilominus ꝑ quatuor illa genera exprimantur, quamuis tamē vox variis, illā interpretationē vix admittat, cui accedit, q. quasi contractus sub contractib. qui delicta sub delictis cōprehendantur, id quod rarū non est, sicut & actiones mixtæ sub actionib. in 1ē & in personā continētur, abusiua tamen ratione & *ἁπλῶς χρηστικῶς* propter similitudinē & affinitatē, quam quasi contractus cum contractib. & q. delicta cū delictis habent, & Dn. Borch. *in tract. de reb. credit. mibi pag. 21.* dicit, sub contractu q. contractū, sub delicto q. delictū contineri *in d. l. 1. in pr. ff. de obl. & act.* Illaq; verba ex variis causarū figuris proprio iure ita exaudit, q. non tantū obligationes, ex illis 4. causis veniant ex contractu vel q. ex delicto vel quasi: Sed etiā alio quodā iure, vt in actione adhibendū, in personā est actio, nec tamen ex contractu vel quasi, nec ex delicto, vel quasi. Sic q. metus causa actio nō datur in eū qui metū nō intulit: ita delictio ex mutuo datur ex æquo & bono. *l. si me & Titium 32. ff. de reb. cred.* vbi dicitur cōditionē ex mutuo eo casu nō dari ex consensu, id est, ex æquo & bono Et notandū est negotia varia esse, nō ita vocabula, idq; ita rerū natura est conditū. *l. 4. ff. de ꝑscript. verbū.*

Ad thes. 7.] Affirmatur obligationes ex contractu ꝑ aut re contrahi aut verbis, aut literis, aut consensu. Cui directē oppono. *d. l. 1. §. conuentionis. ff. de ꝑact.* vbi expressis verbis dicitur, nullum esse contractum, nullam esse obligationem, quæ in se consensum non habeat, siue re, siue verbis fiat; Nota illa verba, siue RE siue VERBIS fiat. Ergo,

tantum re & verbis non consensu, non literis fiunt. Resp. in d.l. §. 1. Ictus Vlp. sibi non habet propositum diuisionē huius rei integram proponere, sed saltem monstrare cōsensum in omnib. contractibus requiri & necessariū esse. Quia vero facile de contractib. seu obligationib. quæ re & verbis contrahuntur, dubitari posset, cum in iis res, in his verba sint de substantia. Ideo Ictus harum duarum obligationū tantum meminit, illudq; dubiū eximere cupit, scil. statuendum esse præter verba & res (quæ in illis principaliter & potissimū requirūtur, vnde & à potiore denominationem accipiunt, *argum. l. quæritur. ff. de statu hominum*) requiri etiam consensum contrahentiū, qui tamen principaliter non attenditur. Omittitur autē obligatio, quæ est ex consensu nudo, quia id alias satis constat, consensum ibi esse necessariū & requiri de substantia, non verba, non rem, *tot. tit. infr. de oblig. quæ ex consensu*. Non igitur opus fuit hoc exprimi. Si autem I.C. voluisset integriorem ponere diuisionem, secutus fuisset Caium Ictū in d.l. §. 1. *ff. de oblig. & act.* vbi sibi Ictus Caius propositum habet integram diuisionē ponere, & tamen saltē habet triplicem speciem diuisionis obligationū, quarta omiſsa scil. obligatione quæ literis contrahitur: Ergo adhuc imperfecta est diuisio obligationum. Resp. Hæc diuisio in ff. nostris tantum habet triplex membrū. Nam non fuit ꝑ in numero obligatio quæ literis contrahitur, quia exceptio nō

numeratæ pecunię olim erat perpetua & semper opponi poterat, & ideo nulla erat obligatio: Hodie tamen quia est temporaria & habet bienniū, olim quinquenniū. *l. in contractibus. C. de non num. pecun. tot. tit. infr. de liter. obligat.* Exceptio non est perpetua, ideoq; à Iustin. quartū hoc diuisionis membrum recte est additum. Insto, contra datam solutionem, qua asſirmatur tempore digestorum non habuisse locū literarū obligationem. Cui oppono *l. non figura 38. ff. de oblig. & act.* vbi tamen fit mentio literarum obligationis. Resp. Per illa verba figura orationis, intelliguntur formulę actionum solennes, & supersticioſæ, quæ hodie sublatae sint, *tot. tit. C. de formul. actionum sublatis*.

Ad theſ. 8. 9. 10.] Primū agendum est de obligat. quæ re contrahuntur, vbi primo se offert in ordine Mutuum, quod dicitur ꝑ quasi ex meo fiat tuum, §. 1. *quib. mod. re contrah. oblig. l. 1. ff. de reb. cred.* Hæc est definitio nominis, sed vera Etymologia esse non videtur, quia conuenit etiam cum donatione, ex qua ex meo fit tuum: Transfertur enim dominium. *l. 1. ff. de donat.* Respond. In donatione id, quod alicui donatur, ꝑ eius manet, nec rursus (nisi ex iusta causa) ad donantem reuertitur. In mutuo autem ita ex meo fit tuum, hoc est, ita transit dominium, vt tamen alia quantitas eiusdem generis & bonitatis reddatur in eadem quantitate & qualitate. *d. §. 1. h. tit. num. l. 2. ff. eod.* Originatio igitur mutui commode ad donationem referri non potest. Insto contra datam solutionem, & oppono *l. sed etsi lege. §. consulit. ff. de pet. hered.* vbi dicitur donantem donatarium obligare ad remunerandum; Ergo etiam aliquid ad donantem reuertitur. Respond. *d. l. 2. ff. de pet. hered. §. consulit*, de naturali obligatione est intelligenda, ex qua ꝑ nulla nascitur actio, nullaque petitio datur. Is autem qui mutuum à me accepit pecuniam, mihi ita obligatur, vt nisi quod suum est, rursus meum effecerit, mihi in ipsum detur actio, scilicet certi conditio.

Secundo obiicitur. hoc modo. Etymologia hæc conuenit etiā emtioni & venditioni. In emtione enim & venditione, de meo fit tuū & de tuo rursus meū. Resp. Natura emtionis & venditionis est, vt ꝑ semtor quidē faciat accipientis, venditor autē duntaxat ad tradendū obligetur. *l. ex emto ff. de act. emt. l. 1. ff. de reb. perm. Inſemtionem & vëdicionem datur pecunia, vt res aliqua recipiatur. l. 1. ff. de quod act. emt.* In mutuo ex vtraq; parte id agitur, vt pecunia detur. Tertio obiicitur. Contractui innominato: Do vt des, conuenire mutuū, Ergo adhuc Etymologia non subsistit. Resp. In mutuo ita ex meo fit tuum, vt æque bonum, in eadem quantitate

quantitate & qualitate reddatur, §. 1. *quib. mod. re contrah. obligat.* vnde dicitur res fungibilis venire in mutuū tantum, nō alias res, hoc est, res tales, quę mutuatim inter se functionem recipiant: id autem in permutatione fieri non potest, vbi res nō sunt tam similes, vt discerni non possint, quemadmodum Dominus Borch. c. 1. tractatus sui ostendit.

Ad Thef. II.] Proponitur hic definitio mutui, & dicitur quod mutuū sit † contra-²⁶ctus. Cui opponitur d. l. *Labeo. §. contractus. ff. de v. signif.* vbi dicitur contractum esse vltro citroque obligationem, sed ex contractu mutui, ab vno latere tantum contrahitur obligatio. Ergo mutuū vere contractus dici non potest. Resp. supra ad hanc obiectionem est responsum, scilicet in d. l. *Labeo*, proprie contractū definiti vltro citroque obligationē. Nam improprie contractus sunt, qui ex vno tantū latere obligationem pariunt, vt est mutuū. Secundo obicitur mutuū contractū esse non posse. Omnis enim cōtractus habet cōsensum. d. l. 1. §. 1. *ff. de pact.* Certum autē est furiosum mutuatim pecuniam dare posse. *l. si autem furiosus. 12. ff. h. tit. num.* Nam dicitur quod furiosus habeat conditionem ex mutuo; Ergo contraxit mutuū, cum tamen constet furioso nullam esse vtilitatem. *l. furiosus. ff. de reg. iur.* Et mutuū non nisi inter consentientes fiat. *l. si me & Titium. 32. ff. de reb. credit.* Resp. negandum est furiosum contractum mutui celebrare posse, qui requirit consensum d. l. 1. §. 1. *ff. de pact. d. l. si me & Titium.* Quod autem dicitur furiosus nō habere nihilominus conditionem in d. l. *si a furioso*, id de conditione sine causa est accipiendum, quia sine causa pecunia furiosi est apud accipientem, & hæc actio non est ex contractu, nec ex quasi contractu, non ex delicto vel quasi, sed datur ex bono & a quo, id est, ex alia figura. *l. 1. in pr. ff. de oblig. & act. vt supra dictum. d. l. si me & Titium. 32.* Tertio obicitur; Mutuū non esse contractum, ex eo, quia potest contrahi inter ignorantes. *l. si conditio 9. §. si nūmos. ff. de reb. credit.* vbi dicitur si nūmos meos tuo nomine dedi, veluti te absente & ignorante, fieri mutuū. Resp. Negandum est mutuū ibi fieri & † contrahi inter ignorantes. Nam quando ego meos nūmos vt tuos alicui mutuo, tuo nomine sciens ego contraho, alter sciens accipit nūmos. Etiam si vero mutuatarius a me accipiat pecuniam, tamen ego non obligor, & mihi nec obligatio nec actio requiritur, sed ei, cuius nomine pecunia datur, mutuo, & hoc propter frequentem & quotidianum credendi vsum ita est receptum, vt Ictus. Vlp. in dict. *l. certi conditio. §. si nūmos* affirmat, in verb. *quotidie credituri pecuniam.* Et hanc solutionem Dominus Borch. amplectitur c. 1. de mutuo, aliorum solutionem reiecit.

Deinde affirmatur mutuū esse contractum † iurisgent. Cui opponitur l. 1. §. *et. 29 ff. de contrah. emt.* vbi dicitur emtionem esse iurisgent. & ideo consensu peragi. Si igitur mutuū est iurisgent. consensu peragitur, cum tamen certum sit mutuū non peragi consensu sed re. §. 1. *instit. h. tit.* Respon. Ictus in d. l. 1. *ff. de contrah. emt.* non dicit, quod omnia, quę iurisgent. sunt consensu perficiantur. Sed dicitur ibi de emtione, quod sit iurisgent. & quod consensu perficiatur, sed non omnia ea, quę iurisgent. sunt consensu perficiuntur. Deniq; affirmatur in definitione; † quantitatem dari & quantitatem re-³⁰stitui. Cui opponitur l. in summa 65. §. in frumento. *ff. de condit. indeb.* vbi dicitur in frumento indebito soluto, & bonitas est, & si frumentum constiterit, præterea repetet. Vnde videtur dicendum frumentum non esse quantitatem, quod tamen affirmat Imp. Iustinus in d. §. *Instit. h. tit. num.* Si enim esset quantitas, non pretium sed tantū nō pretiū condiceretur. *l. quod indebitum. 7. ff. de condit. indeb.* vbi dicitur quod indebitum soluitur aut ipsum, aut tantundem repetitur pretium, quod accipiens bona fide id censum sit, & ideo tenetur tantum in id, in quo est factus locupletior. Resp. Ideo id in dict. l. in summa §. in frumento, repetitur, vt si affirmatio frumenti circū, non

tenatur reddere tantundem, ne damno efficiatur, sed satis est si reddat pretium.

Ad Thef. 12.] Diuisio mutui hic proponitur. Sed obiicitur tale argumentum. Diuisio debet cum definitione convenire; Hæc non convenit; Ergo diuisio hæc nulla ratione probari potest. Minorem probo, quia mutuum, quod ex post facto conciliatur, non convenit definitioni, quia in eo mutuo non statim ab initio contrahitur mutuum sed consumptione ex post facto accedente. Respon. Definio mutui utrique speciei convenit. Nam ¶ in mutuo, quod consumptione conciliatur, finguntur esse omnia realia mutui ab initio. Quæ fictio tantum operatur, quantum veritas in altera specie. Fingit enim lex pecuniam fuisse dantis, & eam accipientis consensu esse factam. Vnde vere est mutuum, & quamvis id quod nostrum est, vere & naturaliter sine facto nostro ad alium non transeat. *Id quod nostrum est. ff. de reg. iur. tamen fide transit, ut hoc casu.* Atque ita succurritur & consilium ei, cuius pecunia est consumpta. Secundo obiicitur l. 2. Cod. si cert. pet. ibi tuam pecuniam meo nomine credidi, eamque mihi reddi sum stipulatus. Hic numeratione pecuniæ non contrahitur mutuum, quia alienæ pecuniæ donatione mutuum non contrahitur, cum nummi accipientis non fiant stipulatione, tamen mutuum constituitur. Ideoque condictio mihi competit, & stipulando mihi ius obligationis

31 quæsiui. Respon. Stipulatione ¶ non constituitur mutuum, nec mutuum ibi stipulatione conciliatur. Nec is qui tuam pecuniam suo nomine credit stipulando pecuniam sibi reddi, sibi conditionem ex mutuo acquirit, sed conditionem ex stipulato. Tertio obiicitur. Non tantum consumptione conciliari mutuum, sed etiam usu copiose: Si enim mutuo acceptos nummos alienos ignoranter à me non dissipasti, sed per triennium apud te retinuisti usufructu domini numerorum es effectus. §. 1. *supr. de usufructu cap.* Vnde condictio ex mutuo competit mihi ad versus te. *Argumento l. si alienam rem. ff. de mort.*

32 causa donat. Respon. Plures sunt ¶ modi conciliandi mutuum quam consumptio. Est enim usufructu, est quoque solutio. *l. si alieni nummi ff. de solut.* In omnibus tamen modis ex post facto conciliatur mutuum. Vnde vera manet diuisio mutui, quod aut ab initio contrahitur vel ex post facto conciliatur: Reliqua apud Borch. cap. 2. vide.

34 Ad Thef. 13.] Mutuum dare possunt omnes, ¶ qui dominium & liberam suarum rerum habent administrationem. Cui obiicitur l. 2. §. *Ult. ff. de reb. credit. vbi dicitur quod filiusfam. & servus dantes nummos peculiares, obligent, vnde mutuum contrahunt, cum tamen liberam non habeant administrationem.* Imo filiusfam. & servus non sint domini nummorum peculiatium. Quicquid enim filius peculii nomine apprehendit, id statim pater eius possidet, quamvis ignoret potestate filium suum esse. *l. quicquid. ff. de acquir. poss. & quod acquirunt illi, qui in aliena potestate sunt, confestim acquirunt ei, cuius in potestate sunt. l. placet. ff. de acquir. hered.* Ictus in d. l. 2. §. *Ult.* seipsum explicat,

35 & soluit dicendo filiumfam. & servum nummos ¶ peculiares mutuo dare posse ex eoque contractu obligari. Id enim tale est quale si voluntate mea servus vel filiusfam. det pecuniam. Nam mihi actio acquiritur, licet mei nummi non fuerint. Et ipse filiusfam. vel servus mutuum contrahunt, cum ipsorum sint nummi convenientibus qua si oculis domini vel patris quemadmodum de servo dicitur. *in l. 4. ff. de manumiss.* Deinde obiicitur l. *principalibus. 32. ff. de reb. credit.* vbi dicitur præfides provinciarum, eosque; qui circa illos sunt, non posse negotiari nec mutuum pecuniam dare, sænusque; exercere, idque; cauere principalibus constitutionibus. Hi tamen dominium suarum rerum habent, & liberam administrationem.

36 Ergo thesis falsa est. Resp. Ideo illi sænus nō exercere, ¶ nec mutuum pecuniam dare possunt, ne potestate sua summa, qua in provincia funguntur facile abutantur, & à provincialibus vi & metu aliquid expriment, vel extorqueant, & facile hoc facere possunt præfides,

Res, cum non diu regnent, & tempore finito rursus ex provincia discedant. *l. 3 ff. de off. c. praesid. provinc.* Officiales autem praesides provinciarum, quia perpetui sunt, non a pecunia dare & scenebri exercere possunt. Inst. *ex d. l. praesid. 34. §. Sit. ff. eod. m.* vbi dicitur quod praeses provinciae sumere possit pecuniam mutuam scenebri: Ergo ex natura correlatiuorum etiam dare mutuam pecuniam potest. Resp. Argumentum à rebus hic locum non habet, quia mutuam pecuniā dat, qui ea carere potest. At accipit quis mutuam pecuniā, qui inopia laborat, & egestate premitur. Si igitur praesides provinciales non liceret mutuam pecuniam sumere, inopia subsidium illis auferretur, quod admodum esset iniquum. Dum igitur eo casu prudentes legum latores bene de praesidibus sperarunt, concesserunt, ut mutuam pecuniam sumerent; non autem ut mutuam pecuniam darent. Sumtio enim pecuniae ¶ est inopia leuamen. Datio non item. Contra datam solutionem 37 obicitur *l. quisquis. 16. C. si cert. pet.* vbi colligitur praesidem puniri, qui mutuam pecuniam sumit. Resp. ibi collectarius honoris pretium dedit ambientis, hoc est, ambientis honorem, suus magistratus emeret. Hic & collectarius, qui donat pecuniā mutuam & iudex siue magistratus, qui pecuniam mutuam sumit, eaque honorem emit exilii poena plectitur, id est, relegatur. Vterque enim peccauit, & ad hunc casum. *in d. l. quisq.* respicitur.

Ad Thef. 14. 15.] De mutui obligatione pupilli & quatenus quævis obligatio in eum cedat in *lib. 1.* satis dictum fuit. Vnde hac huc referuntur, & alias hac Dominus Borch. *hic c. 3.* culenter ex Cuiacio & aliis explicat.

Ad Thef. 16. 17. 18.] Mutuū consistit ¶ in rebus fungibilibus, pondere, numero & men- 38 sura constantibus, hoc est, in quantitatibus, quæ eadem qualitate in eodem genere & materia redduntur, actione ex mutuo seu conditione posita. Sed quod dicitur in mutuo quantitatem in eodem genere restitui, ei obicitur *l. vinum. 22. ff. de reb. credit.* vbi vinum mutuo datum fuit, & vinum non soluitur sed aestimatio. Resp. In mutuo semper id agitur ut ¶ quantitas in eodem genere restituatur, id quod constat *ex d. l. 2. in pr. h. tit.* 39 *num.* Et vinum quod mutuo datum est, positum est, per iudicem, iudicis postea officio fit aestimatio in aestimationem, idque ex auctoritate officii iudicis venit. Wesenb. *h. tit. num.* respondit hoc modo eum obrulisse auctori aestimationem vini & actorem aestimationem ablata non respuisse & ideo ¶ aliud pro alio dari. Secundo obicitur tale argumentum. 40 Mutuum repetitur certi conditione. *d. l. certi conditio. 9. h. tit. num.* At genus est incertum. *l. cum incertus ff. de leg. 1.* Ergo in mutuo non id agitur ut idem genus restituatur, quod genus idem interpretatur Iustin. eandem qualitatem & naturam. *dict. §. h. tit. num.* Resp. vulgo ita respondetur genus esse incertum quo ad petitionem. Certum autem quo ad solutionem. Ex plurimis enim vinis vnum eiusdem bonitatis & naturæ est reddendum.

Ad Thef. 19.] Affirmatur in mutui datione oportere dantem esse ¶ dominum. Cui 41 obicitur *l. nam esse fur. 13. in pr. c. §. 1. ff. de reb. credit.* Vbi dicitur conditionem ex mutuo nasci credendo nummos alienos seu furtiuos. Fur autem non est dominus nummorum. Igitur falsa est thesis. Respon. Mutuum non statim ab initio contrahitur, ¶ si fur 42 nummos credendi animo dat, ut dicitur *in l. nam esse fur*, quia nemo plus iuris in alium transfert, quam ipse habet. *l. nemo. ff. de reg. iur.* Consumtis nummis nascitur conditio, & mutuum conciliatur consumptione dum ex Dd. sententia omnia habilia & necessaria mutui tum adsint, fingitur dans fuisse dominus & fecisse nummos accipientis. Insto, contra datam solutionem. *ex l. itaque fullo. 12. §. 1. ff. de furt.* vbi dicitur. Quod nemo ex improbitate sua consequi debeat actionem. Ergo nec hoc casu ex consumptione fur potest habere conditionem, cum dolus & calliditas nemini debeat patrocinari & fructum

fructum dare. *l. pen. C. de legat.* Resp. Regulæ eiusmodi multæ sunt, sed est discendum, furem delinquere quidem & dolose ac improbe agere, ac alienam pecuniam surripit, nec eatenus consequi debet actionem, verum dum ꝑ fur credit furtivam rem, non delinquit, & alias contractuum concursus impeditur. Secundo obiicitur *l. singularia. 15. ff. de reb. credit.* vbi dicit Ictus, si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Ergo mutuū contrahi potest, quamvis dans mutuo dominus non fuerit. Resp. *d. l. singularia* ita est intelligenda: Cum debitorem meum tibi video dare pecuniam, pecunia videtur mihi data, & a me ad te profecta. 44 Hic enim breuē quandā singimus manum. Duplex enim apud Ictos est ꝑ manus, brevis & lōga Brevis manus est, cū debitori meo accepto fero pecuniā, ea lege vt mulieris illa pecunia sit, siue debitor mulierē vxorē duxerit siue non. Hic mulier breui quadā manu videtur accepisse, & marito suo dedisse, *l. licet. ff. de iure dor.* Eodē modo breui vtitur manu, cum debitorem meum tibi iubeo dare pecuniam, quia illico pecunia mihi videtur data à debitor meo, & a me ad te pfecta. *d. l. singularia.* Longa manus est, cū pecuniā mihi debitor cogitur in cōspectu ponere, tū debitor liberatur, & mea incipit esse pecunia, eiusque & longa quasi manu mihi reddita existimatur. *l. pecuniā. ff. de solutionib.* Et ex duplici illa manu duplex sequitur traditio, vera, q̄ sit longa manu, & infecta, quæ sit manu breui.

Ad Thef. 20. 22. 23] Hactenus de primo contractu, quo re contrahitur obligatio, 45 fuit dictum. Nunc etiam de secundo, videlicet indebito erit agendum. Qui enim ꝑ errorē soluit non obligatur. Error hic non est iuris, qui neminem excusat, *l. 9. ff. de iur. & facti ignorant.* Nam si quis sciens soluit indebitum donare videtur. *l. cuius. 14. ff. de reg. iur.* Error igitur facti tantum repetitionem indebiti soluti parit non iuris. *l. cum quis. 10. C. de iur. & facti ignor. l. error. 9. C. ad l. Falcid. l. 7. C. de condit. indeb.* Sed ei quod dicitur per indebitum esse obligationem, & quod hic inter contractus refertur indebitum. Obiicitur § *item is cui infra de oblig. qua quasi ex contractu nasc.* vbi indebiti solutio inter quasi contractus refertur, & idem Iustin. Imp. hic affirmat, vt in thesi affirmatur. Resp. Indebiti solutio ꝑest contractus, & etiam est quasi contractus. Contractus est, cum quis indebitum sic soluit, vt si appareat esse indebitum reddatur, *l. 2. in pr. ff. eor. de condit. indeb.* Quod etiam referendam puto, *l. si in aream 33. ff. d. tit.* vbi dicit Iulianus, cum qui non debitam pecuniam soluit, hoc ipso aliquid negotii gerere, hoc est, contrahere, vt ibi præcedens & sequens propositio ostendit, quemadmodum accipitur illa phrasis, *in l. incomm. d. 170. § sicut autem, vers. geritur ff. comm. d. tit.* Welenb. in d. § *is quoq. h. tit. & in d. § item is cui:* existimat rationem causæ & finis, hoc est, consensus eiusque qui agit non esse contractum sed quasi contractum, sed respectu effectus, hoc est, obligatione ex datione & capione rei orta, vnde inter contractus, qui re cōtrahuntur, refertur. Vnde Iustin. in d. § *item is* dicit indebiti solutionem non proprie esse contractum. Ergo innuitur alio quo tamen respectu esse contractum. Et hoc Iustin. in fine huius §. quod habemus in thesi. 22. 23. ita optime conciliat. Non est plenus & proprius contractus, quia tantum rei interuentu opus est. Videtur quidem esse contractus, sed abest tamen verus consensus, cum magis distrahendæ quam contrahendæ obligationis causa faciat quid qui soluit indebitum. *l. ex maleficio. §. is quoque. ff. de ob. & act. & al. Myning. in d. §. item is cui.*

47 Instat ꝑ Donellus in comment. ad Codicem de condit. indeb. Solutionem indebiti esse contractum simpliciter nec esse quasi contractum. Et quidem primo habet *d. l. 2. & d. l. si in aream 33. ff. de condit. indeb.* vbi nominatur solutio indebiti contractus. Resp. etiam si id ibi fiat, tamen in h. §. 11. § d. § *item is* dicitur etiam quasi contractus. I I. Argumentum Hugon. Donelli tale est: Perpetuo est cōuentio & contractus, quia qui indebitū soluit, hoc

hoc errore soluit, quia debet: seu ob hanc causam soluit, quia debet. Hæc causa pro conditione est: Itaque cum indebitum tibi soluo, perinde est, quasi ita soluam. Soluo quia debitum est, hoc est, si debitum est. Quod quis autem sub conditione alicui dat, sub contraria conditione nō dare intelligitur: Et e conuerso, quod quis sub conditione accipit, sub contraria conditione non videtur accipere, quemadmodū q̄ sub conditione admittitur, admittitur seu non datur, id sub cōtraria cōditione dari intelligitur. *l. quib. dieb. §. 2. in fin. l. aliquādo. in fin. ff. de condit. & demonstrat.* Est itaq; indebitū solutio cōuentio & quidē conditionalis conuentio. Resp. Causa illa, ob q̄ indebitum quis soluit, non est pro conditione. Nam aliud est si ita soluam, soluo quia debeo. Aliud item est, si ita solūā, soluo si debitum est, & nemo non id videt aut intelligit, imo illa causa neq; pro expressa neq; pro tacita est. Pro expressa conditione non est, quia probatione non eget; neq; est pro conditione tacita; Qui enim soluit indebitum, non cogitat quidem de hanc conditione, sed totus est in distrahenda quasi obligatione. Nec qui indebitum accipit, huius conditionis vel tacite meminit. Cum igitur nec tacite inter soluentē indebitū & accipientē indebitum agatur de tali cōditione, indebiti solutio cōuentio de constituēda obligatione esse nequit.

Tertio Donellus arguit solutionem indebiti esse contractum hoc modo. Qui soluit indebitum, aut soluit eo animo, ne obliget accipientem, aut soluit eo animo, vt obliget accipientem: sed non soluit eo animo, vt non obliget accipientem. Nam si hoc animo indebitum solueret, sequeretur nullam ex indebiti solutione obligationē nasci, nulla namque numeratio obligationem parit, vbi id agitur, vt qui accipit, nō obligetur. *l. non omnis. ff. si cert. pet.* Siquidem igitur ex indebiti solutione obligatio oritur, necesse est soluentem indebitum eo animo soluere, vt obliget accipientem. Resp. Neganda est huius argumenti propositio disuncta. Nam qui indebitum soluit, se eo animo soluit, vt distrahat obligationem, non vt obliget accipientem, vt Iustin. hic & Caius in *l. si quis §. si u. quog. ff. de ob. & act. docent.* Non minus tamen hinc nascitur tacita obligatio. *l. is qui 13. §. 2. ff. commodat.* Ex quibus intelligitur ex indebiti solutione obligationem nasci, licet non agatur, vt obligationis vinculum accipienti iniciatur. Nam hæc obligatio ex bono & æquo est in *l. summa 65 §. quod ob rem. l. hac conditio. 66. ff. de condit. indeb.* Nec etiam ex *d. l. non omnis. ff. de reb. ei edit.* satis probat Adversarius quod nulla obligatio numerationem pariat, qua id agitur, vt qui accipit nō obligetur, pro sententia autem. *d. l. non omnis.* tenenda, sciendum est, certum esse genus cōtractuum, quod rei traditione seu pecuniæ numeratione nō solo consensu obligationem constituit. Vnde queritur, an ne tradita siue numerata pecunia continuo accipiens omnino obligatus dicatur, vt statim conueniri quadam actione possit? Et respondendum est aut. pure pecunia numeratur, aut numeratur pecunia ita vt obliget accipientem, si conditio aut quidam casus constituit, aut dies quidam venerint, priori casu ipsa obligatio statim obligat accipientem, posteriori casu vero non obligat statim accipientem ipsa numeratio pecuniæ, sed si casus in quem collata est obligatio extiterit, vel dies in quem collata est obligatio, venerit, & hæc est sententia *d. l. non omnis. ff. de reb. credit.* Quapropter male ex ea asseritur nullam numerationem parere obligationem, quia id agitur, vt qui accipit, non obligetur. Verum quidem est illam numerationem non parere obligationem, qua id agitur, ne accipiens obligetur, si scilicet inter soluentem & accipientem hoc tacite vel expresse agatur, ne quis casu illo obligetur, veluti cum quis animo donandi alicui simpliciter pecuniam & parce, numerat, sed inter soluentem indebitum neque expresse neque tacite agitur, ne accipiens vilo casu obligetur, sed tantum agitur, vt obligatio dissoluatur alias siquidem donaret soluens numeratam pecuniam, obligatio tacita non oriretur, nec condi-

tiolocum haberet. *l. cū per errorem. ff. de reg. iur. l. cum ancillam. l. si repetendi. C. de condit. ob causam datam.*

90 Ad Thef. 27.] Pupillus sine tutoris autoritate † mutui datione nō obligatur, hæc conditio ex æquo & bono est introducta. *l. hæc conditio. 66. ff. de condit. indeb. & nequidem iure naturali obligatur acceptione mutui, ut hic & l. pupillus. 59. ff. de ob. & act. quemadmodum lib. 1. dictum fuit ad materiam autoritatis tutorum in sexta disputatione.* Et quod in mutuo procedit, etiam indebito soluto locum habet, ex qua pupillus non obligatur, sine tutoris autoritate. *l. oblig. ff. de auctor. tutor.* Si tamen factus est locupletior pupillus ex indebito soluto tenetur. *l. in pupillo. 43. ff. de solut.* Nam natura æquum est neminem cum alterius iactura fieri locupletiozem. *l. nam hoc. 14. ff. de condit. indeb. l. iure natus a. ff. de reg. iur.* id quod etiam alius obtinet, quemadmodum lib. 1. dictum satis fuit.

DISPUTATIO XXV.

De commodato, deposito & pignore.

CONTINUATIO.

Dictum fuit superiori disputatione de mutuo & precario contract. quibus re contrahitur obligatio: nunc igitur de reliquis etiam videbimus.

Thef. 1. Re quoque obligatur is, cui res aliqua vtenda datur, hoc est, commodatur, §. is cui res. quib. mod. re contrah. oblig. l. 1. §. is quoq. cum rem aliquam. ff. de ob. & act.

2 Commodatum est contractus. *l. contractus. ff. de reg. iur. iuris gentium, §. ius autem gent. supr. de iure naturali gent. & civ. l. iuris gent. 7. ff. de pact.* quo res aliqua ad certum vsum, ad differentiam precarii Mynf. in l. in commodato 17. §. sicut. ff. commodati. Conceditur gratis, ad differentiam Locat. d. l. 17. §. sicut. §. item si cui. h. tit. num. Ea lege ut finito usu, commodanti restituatur. d. l. 17. §. sicut. l. rem mihi 21. ff. eod.

3 Et quidem hinc patet requiri in hoc contractu, ut ex conventionione partium. l. 1. ff. de pact. res alicui tradatur, ita ut dominium & possessio rei apud commodantem maneat. l. 8. cum seq. ff. eod. l. 1. ff. de ob. & act.

4 Ad hæc requiritur, ut res ad certum vsum modo & fine definiendum concedatur. d. l. 17. §. sicut. ff. eod. quo non observato, dolo malo, furtum committitur, §. sed etsi credat. infr. de oblig. qua ex delict. nasc. l. inter. 46. §. recte. ff. de furt.

5 Denique gratuitum sit commodatum, nullaque merces interueniat. dict. §. is cui. in fine h. tit. l. 5. §. nunc. videndum. & dict. l. 17. §. sicut. ff. eod.

6 Hinc satis nunc apparet diuersam esse rationem in mutuo, vbi transfertur

fertur dominium. §. *h. tit. num. l. 2. ff. de reb. cred.* Et in locatione ubi merces interuenit, *toto tit. infr. de Locat. & conduct.*

7 Deinde in mutuo præstatur casus fortuitus. d. §. *item is h. tit. num.* At is qui utendum accepit, exactam diligentiam tenetur præstare, si modo alius diligentior poterat eam rem custodire, non autem fortuitum casum, *dict. §. itemis, dict. l. 5. §. custodiam. l. 18. in princ. ff. eod. d. l. 1. §. & ille. ff. de oblig. & act.*

8 Commodare potest paterfam. filiusfam. & seruus. l. 3. §. *filiosfam. h. tit.* Et quidem rem propriam vel alienam. l. *commodare. 5. ff. eod.* Corporalem vel incorporalem. d. l. 1. §. *pen. ff. eod. & ibi gloss. Bart. & Bald. Schneidwein. in d. §. item is qui num. 11.*

9 Oriuntur ex contractu hoc, duæ actiones directæ & contraria commodati. *dict. §. item is. h. tit. num. Rubr. tot. titul. h. titul. Cuiac. in parat. Cod. h. titul.*

10 Præterea & is apud quem res aliqua deponitur, re obligatur. *dict. §. præterea. h. titul. dict. l. 1. §. is quoque apud ff. depositi vel contra.*

11 Depositum est contractus iurisperitorum. d. l. *contractus. ff. de reg. iur. d. §. ius autem gent. supr. de iur. naturali gent. & civ. d. l. 7. ff. de pact.* Quo res gratis custodienda alicui datur. l. 1. in princ. h. tit. dict. l. 1. §. *is quoque. ff. de ob. & act. dict. §. præterea.*

12 Et in hoc contractu similiter dominium nec possessio ad depositarium transfertur. *dict. l. 1. §. est autem. l. licet 17. §. 1. ff. eodem. l. offici. ff. de rei vindic.*

13 Res etiam tales deponuntur, quæ sub custodiam cadunt propriæ vel alienæ. l. *bona fides. 31. §. 1. ff. eod.*

14 Sequestratio etiam species depositi est, cum plures rem, de qua controuersia est in solidum apud sequestrum deponunt ea ut plurimum lege ut finita lite victori eam restituat. l. *sequester. ff. de verb. signif. l. proprie. 6. h. titul.*

15 Et in hoc contractu præstatur, dolus tantum, non etiam culpa, & quilibet suæ facilitati imputet, qui parum diligenti amico aliquid custodiendum tradit. *dict. §. præterea. h. titul. dict. leg. prima, §. vltim. ff. eod.*

16 Nascitur ex deposito duplex actio directa & contraria. Rubr. Digest. depositi. dict. §. *præterea. h. tit.*

17 Creditor quoque qui pignus accipit, re obligatur, §. *vlr. h. tit. d. l. 1. §. creditor. Digest. de ob. & act.*

18 Pignus est contractus. d. §. *vlr. d. l. 1. §. creditor*, quo res aliqua maxime mobilis pugno, (unde pignus dicitur. l. *plebs. ff. de verb. signif.*) seu manu credi-

tori traditur ob crediti restituendi fidem. l. 9. §. *proprie. ff. de pignor. act. §. item. Serui. in. de action. infra.*

19 Et quia pignus vtriusq; gratia datur, & debitoris, quo pecunia magis ei credatur, & creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, si ad eam rem custodiendam exactam diligentiam creditor adhibeat, fortuitum casum præstat. dict. §. *creditor. l. si cum tenderet. 12. ff. de pign. act. l. 4. §. 6. 7. 8. C. eodem.*

20 Oritur ex hoc contractu pignoris actio pignoratitia. *tot. tit. ff. de pign. tot. d. §. creditor. h. tit. num.*

Corollarium. Obstagionum obligationes speciem quandam carceris seu oppignorationis habentes, vulgo die *Leistungen* in Germania frequentes, iure diuino, naturali & ciuili interdictas & illicitas esse putamus, per l. *qui filios. 6. C. quæ res pign. oblig. posset, vel non. l. pacta. 6. C. de pact. Andr. Gail. obseruat. lib. 2. obseruat. 45. per tot. & in tract. singul. de arrestis Imperii. cap. 9. num. 15.*

DISPUTATIONIS XXV.

De commodato deposito & pignore, obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 Commodatum est contractus iurii gentium.
- 2 Res in commodatum venientes quæ sint.
- 3 Commodatum quomodo à mutuo differat.
- 4 Commodatum quomodo differat à precario.
- 5 Precarium cur interdum contractibus annumeretur.
- 6 Constitutiones de precario cur actionem pariant.
- 7 Commodatarius qualem culpam præstat.
- 8 Precarium latam saltem culpam præstat.
- 9 Commodare quæ per se possint.
- 10 Dispositum est contractus bonæ fidei iurii gentium.
- 11 Dominium & possessio in deposito non transfertur ad depositarium.
- 12 Sequestratio quid sit, & quid in ea spectandum.
- 13 Depositarius & dolum & latam culpam præstare tenetur.
- 14 Culpæ lata est dolus.
- 15 Depositarius & mandatarius multum differunt.
- 16 Pignus cur inter contractus referatur.
- 17 Pignore tantum res mobilis tradi possit.
- 18 Pignus & debitoris & creditoris gratia datur.
- 19 Culpæ vocabulum in pignoris præstatione, quomodo accipiendum.
- 20 Creditor non præstat casum fortuitum.
- 21 Obstagionum obligatio an concessa & permissa sit.

AD thes. 1. 2. 3. 4. 5. 6.] Dicitur est de mutuo & precario contractibus, qui re perficiuntur. Nunc etiam de commodato, deposito & pignore erit agendum. Commodatum vero est contractus iuriscient. quia consensus habet, cum quilibet contractus consensus habeat, l. 1. §. 1. ff. de pact. datu que eo res ad certum usum gratis, hoc est, absque pretio. Est enim commodare magis officii & utilitatis quam necessitatis, l. in commodato. 17. §. sicut. ff. eod. quia nemo cogitur alteri commodare nisi ex utilitate quadam propensa faciat. Res autem quæ veniunt in commodatum sunt res mobiles & res immobiles, quæ solæ dicuntur res corporales & incorporales, l. 2. §. 1. ff. commodati. Ex autem res quæ usu consumuntur, quæ dicuntur res fungibiles, ut: Oleum, fumentum, vinum, in commodatum non veniunt, nisi forte ad pompam vel ad ostentationem l. sed si mihi videtur. 7. §. fin. ff. eod. Et in eo commodatum à mutuo differt, quod in rebus fungibilibus consistit, ut supra dictum fuit. Sic in mutuo dominium transfertur, ut supra dictum fuit, non autem in commodato, in quo possessio apud dantem manet, l. 8. cum seq. Deinde dum commodatum datur ad certum usum, ut finito usu restitatur, certum est commodatum plurimum differre tunc à precario, quod est, cum precibus perenti vtendum quid conceditur tam diu, quamdiu is qui concessit, patitur. l. 1. §. tot. tit. ff. de precario, precarium enim quis reuocare potest, quando vult l. 2. §. & naturalem. ff. eod. & licet in longum tempus precarium concedatur, repeti tamen etiam post annum potest l. quasi sum est. 8. §. interdictum hoc. 7. ff. de precario. Secundo in genere differunt precarium & commodatum. Commodatum namque est contractus, l. contractus ff. de reg. iur. l. Labco. ff. de verb. sign. precarium autem non est contractus, sed similitudinem contractuum habet, d. l. 1. in fin. ff. de precario. l. interdictum. 14. ff. de precario. Nec obstat d. l. contractus, ubi inter contractus precarium refertur, quia hoc non ideo fit, quod sit contractus, sed quod quandam similitudinem habeat cum contractibus. & dolum tantum recipiat, ut Depositu, quemadmodum in d. l. contractus, in princ. expresse traditur. Sed obicitur contra datam solutionem l. 2. ff. de precario. ubi de precario præscriptis verbis datur actio, quæ actio nascitur ex contractu innominato l. 2. & tot. tit. ff. de præscript. verb. Resp. Constitutiones de precario dant illam actionem, non quod precarium sit contractus, sed quod simile sit contractui scilicet commodato. d. l. 1. §. fin. ff. de precario. Cuius in paratit. C. h. tit.

AD thes. 7.] Affirmatur in illa thesi 7. Commodatarium, hoc est, eum qui commodatum accepit, præstare exactam diligentiam, si modo alius diligentius poterat eam rem custodire. Exacta autem diligentia opponitur leui culpæ: Ergo tunc leui culpa tantum præstat, unde etiam in l. 5. §. custodiam. ff. eod. dicitur commodatarium præstare custodiam diligentem. Cui nunc valde opponitur l. in rebus. 18. in princ. ff. commodati. ubi dicitur commodatarium tantam præstare diligentiam, quantam præstat diligentissimus quisque paterfamilias. Ergo leuissimam præstat culpam & non leuem. Hottoman. hic affirmat Argentinensem Codicem aperte habere exactissimam scriptum, quæ lectio etiam expresse constat ex l. 1. §. 1. ff. de oblig. & act. Deinde in fine huius §. mediocris diligentia exacta dicitur, quæ leui culpæ opponitur; Postiuum igitur pro Superlatiuo esse positum affirmamus. Ratio autem quare in commodato exactissima requiratur diligentia, & præstetur culpa etiam leuissima hæc est, quia celebratur potissimum gratia accipientis solius, ideo venit in eo dolus, culpa levis & leuissima. Sed obicitur latius d. l. si certo. §. interdum. ff. commodati. (l. sicut certo. §. nunc videndum ff. de positi.) ubi dicitur vtrumque gratia dantis & accipientis fieri posse commodatum. Respond. Additur particula Interdum, qua indicatur speciales eos casus esse, & si in commodato versatur, vtriusque de dolo tantum quis conueniri potest, d. l. si certo. §. interdum. veluti si quis commodat sponsæ suæ vel

vuxori, quo honestius ad se duceretur, vel si quis ludos edens prætor amicis commodauit. Deinde opponitur *l. quasitum. §. cum quog. ff. de precario*, vbi dicitur in precario tantum dolum præstari, nisi tantum fiat gratia accipientis. Ergo & in comodato id fieri debet, quamuis tamē in *d. l. quasitum. §. cum quog.* dicatur in comodato dolum & culpam præstari. Resp. In precario tantum dolum & lata culpa præstatur, ideo quia id pender ex liberalitate eius qui precario concessit; deinde potest recipere precarium is, qui concessit, quouis tempore, quæ solutio in *d. l. quasitum. §. cum*, non obscure indicatur. Tertio videtur dicendum, quod etiam ex conuentione dolum non possit præstari. per *l. i. C. depositi*. cum tamen constet ex *d. l. contra. ff. de reg. iur.* effici non posse, quin dolum præstetur, cum pacta contra bonos mores non valeant, & quæ ad delinquendum inuitant *l. pacta. 6. C. de pact.* Resp. ad *d. l. i. C. eod.* quod attinet, illa verba, si non aliter, specialiter conueneris, non ad dolum, sed ad latam culpam sunt referenda: vel ita sunt intelligenda; vt dicamus dolum solum & latam culpam præstari, si conuenerit vt & leuis culpa, & etiam casus præstetur; alias enim regulariter casus fortuitus in comodato non præstatur, cui resili non potest, puta mortis, &c. per *d. l. §. §. qui vero. d. l. 18 in princ. ff. eod. l. i. C. eod.*

9 Ad thes. 8. 9.] Quilibet potest commodare siue sit paterfam. siue filiusfamilias, etiam seruus, & quidem rem propriam vel alienam, inscius tamen alienæ rei commodatum quis contrahere potest. Nam si sciens id facit furtum committit, qui habet tamen ex comodato actionem, quam recte faciat, dum contractum hunc celebrat: male autem faciat, dum furtum committit. De actionibus suo loco videndum erit.

10 Ad thes. 10. 11. 13.] Re quoque obligatio contrahitur in deposito, quod est contractus, & quidem bonæ fidei iurisgent. vt in *tit. de arb. inf.* latius dicitur, quo res aliqua gratis alicui custodienda datur, & has res vel proprias esse vel alienas nihil refert. Sed obicitur *l. 2. §. si in re deposita. ff. Si bonor. rapor.* vbi dicitur pretium depositionis esse dandum: Merces autem dicitur pretium, quod dabatur, & peti potest. Non igitur gratis fit commodatum. Resp. Quæmadmodum mandatum est gratuitum & tamen honorarium vel remunerationem accipit, vt infra de mandato dicemus: ita & depositum recipit quasi honorarium, non quasi mercedem, quæmadmodum in *d. l. 2. §. si in re* adicitur

11 Ad thes. 12. 14.] Affirmatur in deposito non dominium transferri, nec possessionem in depositarium, quia is, cui res est, commodata, vel apud quem est deposita, non possidet, sed tantum tenet, hoc est, in possessione, quem admodum Vip. affirmat, in *l. officium. 9. ff. de rei vindic. l. licet. 17. §. fin ff. depositi* & diuersa sunt habere possessionem, & esse in possessione. Cui oppono *d. l. licet. 17. §. fin ff. depositi*. vbi dicitur sequestrum possidere, cum tamen sequestratio sit species depositi, quæmadmodum in thes. 14. affirmatur. Si est species cum genere videlicet deposito conuenire debet, scil. in sequestratione non transferri possessionem, quæmadmodum nec in deposito. Resp. Sequester est medius quidam inter litigatores, vnde et sequestratio dicitur, cum plures rem aliquam, de qua est controuersia, apud Sequestrum deponunt, & in ea possessio transferretur, scil. naturalis. Is enim sequestrum rei incumbit, namque habet cum id agitur ea depositione, vt ne curius possessioni ad tempus procedat, ciuilis tamen possessio in suspensio est, eumque expectat qui victor existit. In isto contra datam solutionem, ex *l. inter eam. 39. ff. de acquir. vel omitt. poss.* vbi dicitur quod custodiam tantum habeat sequester. Ergo non habet possessionem. Resp. Videndum est semper, quo animo sequestratio fiat, scilicet si sit cum aliqua conuentione singulari sine dubio sit animo transferendæ possessionis in finem litis. Si autem sit conuentio talis, vt custodiat tantum rem litigiosam sequester, custodiam saltem habet sequester, id est, tenet, non possidet, & sic putat Welsch. in *paratit. Cod. num. 6.*

Ad thes.

Ad thes. 15. 16.] Agitur in hac thesi quidnam in Deposito præstetur, & affirmatur doli tantum præstari, non etiam culpam. Cui opponitur *l. 1. C. eod.* ubi dicitur etiã lata culpa in deposito præstari. Ergo non tantum dolus. Resp. Lata culpa inuoluitur dolo, quia lata culpa dolus est. *l. magna negligentia ff. de Verb. sign.* Hanc etiã præstat depositarius. *d. l. 1. C. eod. l. quod nerua. 32. ff. de positi.* doloq; est proxima lata culpa *l. si fortuito. 11. ff. de incend. ruin.* præstatur igitur ¶ in deposito dolus & lata culpa. Secundo obiicitur *d. l. quod Nerua. 32. ff. de positi.* ubi dicitur diligentiam etiam præstari in deposito, hoc est, leuem culpã. Ergo non tantum dolus vel lata culpa. Resp. Ibi l'ctus potissimũ non hoc tradit: An dolus sit præstandus in deposito vel culpa: Sed tantum hoc ibi agit, ¶ an lata culpa dolus sit, & dicit q̃ sic, quia prope est dolus, idq; probat tali argumento: Quia is, qui non adhibet talẽ diligentiam, qualem hominũ natura desiderat, fraude non caret: Ergo multo magis is fraude & dolo non caret, qui supinam & crassam negligentiam & ignauiam præstat, & non facit id, q̃ omnes hoẽs facile vident; is n. dolo videtur hoc facere. Tertio grauitèr obiicitur. §. 1. *in fi. de mandato.* ubi dicitur mandatũ fieri, ob vtilitatem plerumq; mandantis, nunq̃ respicere vtilitatem solius mandatarii. *l. 2. ff. mandati.* in mandato tamen præstatur non tantũ dolus & lata culpa, verum etiã culpa leuis & leuissima. *l. a procuratore. 13. C. mandati.* Constantin. Imp. *in l. in re mand. 21. C. eod.* Petrus Faber etiam illam sententiam cum Harmenopolo *lib. 6. tit. 2.* amplectitur. Ergo in mandato culpæ nomine non tantum leuis sed etiam leuissima accipitur, *in l. 4. C. mandati.* Ergo dum etiam depositum tantum dantis seu deponentis, non accipientis vel depositarii causa fit, Depositarius quoque ad exemplum mandatarii leuem & leuissimam culpam præstet. Resp. Magna est ¶ diuersitatis ratio inter 19 depositariũ & mandatarium. Mandatarius, qui alterius negotium gerendum suscipit, videtur diligentiam & industriam suam promittere, quia in gerendo negotio opus est, industria, diligentia & opera. In deposito autem sufficit, vt depositarius depositum recondat. Duarenus *in tit. ff. de in C. mandati. c. 2.* Hieronymus Francus *in d. l. centralium num. 28.* Manet igitur verum, depositarium tantum dolum & latam culpam præstare, non culpam leuem & leuissimam. Et ratio hæc est, quia tantum gratia deponentis contrahitur depositum. *d. l. si & certis. §. nunc videndum. ff. commodati.* Culpa tamen leuis præstatur interdum, si scilicet merces accessit, quæ tamen est pretium depositionis non quasi merces *l. 2. §. si is re deposita. ff. de Si bene. 1. ap. 107.* Deinde si hoc ab initio conuenit *d. l. si & certo. §. nunc & denum. ff. eorum commodati.* Aut si quis se deposito obtulit. *l. si sepe euenit. 35. ff. de positi.* De actionibus depositi *in tit. de actione* agemus.

Ad thes. 17. 18.] Pignore etiam re contrahitur obligatio. Est autem ¶ pignus contra- 16 tractus, cum habeat conuentionem cum rei traditione & interuentu, quo res maxime datur, pugno traditur, ob crediti restituendi fidem. Sed obiicitur *l. nomen. 4. C. qua res pign. oblig. possunt.* ubi nomina quæ inter immobilia connumerantur, veniunt in pignus. Ergo fallum est in pignus cadere mobilia. Respond. Non dicimus simpliciter pignore tradi rem mobilem semper, sed adiicimus particulam (Maxime) quasi dicatur potissimum tradi rem mobilem, quamuis tamen inde aperte relinquatur etiam rem ¶ im- 17 mobilem in pignoris traditionem venire, & tum illa traditio non est vera traditio, sed quasi traditio nuda promissione & patientia laeta. Et hanc particulam Maxime, Iustin. *in §. item Seruiana. in fi. de action.* etiam retinet: Ergo certum est, vt dicit hic Hotoman. Iustin. hic agere de mobilium oppignoratione proprie. Pignus enim in specie ita demum proprie transit ad creditorem: Hypotheca enim nec possessio ad creditorem transit, *l. 1. in princip. ff. de pignor. actionib. l. plebs. §. pignus. ff. de Verborum significat.* Et certum est pignus in genere dictum vt adoptio, pignus & hypotheca in continere

continere. *d.l. ff. de pign. act.* Secundo opponitur *d.l. in princ. ff. de pign. act.* vbi dicitur contrahi contractum pignoris non tantum in traditione, sed etiam nuda conventionione. Respond. Vlp. in *d.l. de rei obligatione*. Iustin. de Creditoris obligatione & vinculo loquitur: & quemadmodum præsertim de rebus mobilibus non de immobilibus, quæ nuda patientia transferuntur per nudam conventionem. Tertio obicitur contra datam solutionem *l. si tibi datam. 17. in princ. ff. de pact.* vbi dicitur non posse nasci obligationem, nisi quatenus datum sit: Ergo nuda conventionione pignus contrahi non potest. Respond. Ibi Ictus loquitur, in singulari casu tali: si quis alicui dat decem & paciscatur ut vigin debeantur, non nasci obligationem ultra decem, inquit Ictus, additur postea vigin. Rec enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum est, ergo hæc ad illum casum facile trahenda non sint.

- 18 Ad thesin 19. & 20.] Affirmatur pignus utriusque gratia dari & debitoris, quo pecunia ei magis credatur, & creditoris, quo magis in tuto sit creditum, unde exacta diligentia requiritur, hoc est, levis culpa cum dolo & lata culpa præstatur secundum regulam *d. l. si certo. §. §. nunc videndum. ff. commodati.* vbi dicitur in pignore dolum & culpam (scilicet leuem). Sic enim culpæ vocabulum absolute positum accipitur secundum communem Dd. sententiam) præstari, quia utriusque gratia contrahitur, dantis scilicet & accipientis. Sed obicitur valde *l. si cum venderet. 13. §. §. ult. ff. de pign. act.* vbi dicitur venire in actione pignoratitia dolum & culpam ut in commodato, sed in commodato venit etiam leuissima culpa, *l. 18. in princ. ff. commodati.* ut supra est dictum: Ergo & in pignore leuissima culpa venit. Resp. Vlp. Ictus in *d. l. si cum venderet. §. 1. §. ult.* affirmat quidem in pignore venire dolum & culpam ut in commodato: sed tamen omnino æquiparationem instituit, venit quidem culpa scilicet levis, sed non leuissima, scil. tanta non præstatur ut in commodato. Et hæc quorundam est solutio. Mihi autem probabilius videatur dici; ¶ Culpæ verbum (licet absolute sit positum) pro lata culpa esse accipiendum, habeoque hanc rationem, quia postea affirmatur per particulam: & custodiam etiam in pignore præstari: iam autem certum est, custodiam culpam leuem absolute positam indicare, nunquam leuissimam, nisi quid addatur, & Ictus Vlp. si acciperet culpam pro levi, bis idem repeteret, & Tautologiam in paucis verbis committeret, quod dici hac ratione non debet. Secundo valde obicitur *l. si merees 25. §. qui columinam ff. locati.* vbi Ictus Caius tradidit in locatione & conductione teneri quem facere, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset, & ita significat in locatione & conductione venire & leuissimam culpam, cum tamen locatio & conductio eiusmodi sit contractus, in quo utriusque vertitur utilitas, quemadmodum Ictus Vlp. in *d. l. si certo. §. §. nunc videndum. ff. commodati*, expresse affirmat: Ergo & in pignore. (cum ibi utriusque vertetur utilitas) culpa leuissima præstari debet. Respond. Ibi Superlativus ponitur pro positum, ut etiam in *§. qui pro suo. in ff. de locat. §. conduct.* Alii respondent, textum illum esse intelligendum de casibus, quibus res, quæ exactissimam requirunt & desiderant diligentiam, locatæ & conductæ sunt. Verum illam conciliationem textus illi & exempla allata ibi non servat. Fortuitum autem casum regulatim creditor non præstat, ut hic & *d. l. si cum venderet. 13. §. §. ult. ff. de pign. act.* de actionibus infra in tit. de action. agetur.

- 21 Ad Corollarium breuiter.) Obligatio præstigationum constitutionibus Imperialibus fuit concessa, quemadmodum testatur Andr. Gail. *lib. 2. obs. obs. 45. in prin.* ex hoc potissimum fundamento, quod pacta sint seruanda, *l. 1. ff. de constit. pec. l. 1. §. merito. in fine. ff. de positi.* Hodie autem constit. publica Imperii sunt interdicta cum clausula, irritantes interdictæ Gail. *d. loco. num. 6. in fin* & quid ex iuris diuini & naturalis ratione, quæ iura scan-

dala, luxum, abusum in cibo & potu seruare prohibent, cum sit peccatū viuere in deliciis, luxu, & omnium rerum profusione. Deinde naturale est naturæ paululum dare, quo sit contenta. Deinde nemo liberferuus alterius fieri potest, & pro altero obligari. Nec obstat hoc pacta esse seruanda, quia pacta ea seruantur, quæ sunt honesta, non quæ sunt turpia, & inuitant ad peccandum, idq; hoc casu propter excessum fit.

DISPUTATIO XXVI.

De verborum obligationibus vbi & tota stipulationum materia perstringitur.

CONTINVATIO.

Postquam vidimus obligationes ex re descendentes, succedit illud genus obligationum, quo verbis sunt obligationes sicuti illum ordinem Iustin. Imp. amplectitur.

Continuus debet esse actus stipulat. id est, extraneo, acta in re continua responso, l. continuus 137. in princ. ff. cod.

Theſis 1. Verbis autem obligamur ex stipulatione in princ. hic, l. 1. §. verbis. ff. de obl. & act. Stipulationis verbū à stipulo, id est, firmo deductum, hic in pr. Paul. lib. 5. sent. 7. tit. Isidorus lib. 10. Etymol. idque propterea, quod stipulatio est quasi fulcimentum & accessio obligationum firmandarum obligationum causa sit adinuenta. Paul. d. lib. 5. sent. tit. 7. vel. 8. Varro lib. 4. de ling. Latin.

2 Et stipulatio nihil aliud est, quam verborum conceptio, quibus quis quod interrogatur, daturum facturumve se respondet l. 5. §. stipulario. ff. de verb. oblig. Vel etiam est contractus l. 1. ff. de part. in fin. qui fit per interrogacionem secundum ll. procedentem responsione sequente in princ. hic. ff. & Insti. cod. necesse autem est, vt fiat congrue & continua responsione. l. 1. §. si quis simpliciter. d. l. 1. §. verb. ff. d. tit.

3 Olim non nisi certis & solennibus verbis fieri poterat, §. 1. hic, vnde constat hunc contractum ex iure Ciuili descendere, quod Accursio placet. supr. de iure naturali gent. & ciuili. in §. ius autem gent. sed ista obseruatio verborum est sublata per constitut. Leonis in l. omnes. C. de contrah. & committ. stipulat. & h. §. num.

4 Duæ ex stipulatione prodeunt actiones. Condictio certi, quando certa est stipulatio: Et condictio ex stipulatu, cum stipulatio existit incerta. in pr. hic. Stipulationum quædam certæ, quædam incertæ sunt. l. stipulatio quædam certa l. stipulationum 74. & l. seq. ff. eod. l. scire debuisti. C. de contrah. stipulat. Certa stipulatio quando apparet; quid, quale, quantumque in stipulat. sit dedu-

etum. l. stipulationum. 74. ff. eod. incerta contra. l. vbi. 75. in princ. & §. 1. ff. eod. vnde de fallitur Theophil.

5 Porro duplex est stipulatio, vna quæ consistit in dando rem: altera quæ in faciendo aliquid consistit, illa est incerta, *l. vbi autem. 75. §. qui id. ff. eod.* proinde incerta in ea tantum spectatur *l. vltim. ff. si quis in ius vocatur. l. si pœnam. 68. ff. h. tit.* Quantum autem cuiusque interfit, incertum est, cum alias plus, alias minus interfit. *l. 6. ff. de vi & vi armat.* in quibus sequimur id quod minimum est, *l. sæpius. supra. ff. de regul. iur.* Vnde plerunque id quod interest, in dubio ad exiguum finem deducitur. *l. 2. in princip. ff. de verbor. obligat. & in princip. hic, §. vltim.* atqui cum factum stipulamur, tum conducit pœnam adijcere in defectum eius, quod fieri debet. *§. vltim. eodem.* Quæ in faciendō illa est incerta. *l. vbi autem. 75. §. qui id. ff. eod.* Proinde interesse in ea tantum spectatur. *l. vltim. ff. si quis in ius vocatur. l. si pœnam. 68. ff. h. tit.*

6 Sane tripliciter stipulatio fieri potest: Pure, in diem, & sub conditione. Pura enim stipulatio, quæ simpliciter sine dici vel conditionis adiectione concipitur, & petitio statim habet locum. *§. omnis stipulatio. h. tit. n.* Sed tamen creditor cum sacro promissorum statim adiri non debet. *l. quod diuus. ff. de solut.*

7 Hæc verba, decem aureos annuos quoad viam dabis, puram inducunt stipulationem, & decem confestim peti possunt, huiusque stipulationis obligatio perpetuo durat, sed tamen heredes petendo pacti exceptione submouentur. *§. At si ita. h. titu. l. eum qui ita. §. qui ita stipulatur. ff. eod.*

8 Sic cum loca inseruntur stipulationi, pure facta est stipulatio: Attamen re ipsa subest, & tacite subintelligitur tātum temporis, quo comparere ibidē possumus. *§. loca. h. tit. l. interdum. ff. de verb. oblig.*

9 In diem stipulatio dicitur, quæ fit adiecto die, quo solutio præstari debet. Hic debitum ante diem nominatim peti non potest, quamuis obligatio statim oriatur. *§. omnis stipulatio.*

10 Sub conditione fit stipulatio, cum obligatio non statim inducitur sed differtur in aliquem casum. *§. sub conditione. h. tit.* & interim tamen species est obligationis futuræ, quæ transmittitur etiam in heredem. *§. conditionali. eod.* Condicio est triplex: Casualis, cuius euentus ex fortuna dependet & ex sola conditione. Potestatiua, cuius euentus dependet ex voluntate personæ. Mixta, quod ex utroque dependet. *l. vn. §. fin autem. C. de caduc. tollend.*

11 Veluti si quis ita stipuletur: *Si in Capitolium non ascendero.* Hic obligatio per mortem demum stipulatoris certificatur, *§. si quis ita. h. tit. l. quicquid astringenda. in princ. eod.*

12 Conditiones autem intellige hic in futurum tempus concessas: Quæ vero in præsens aut præteritum tempus conferuntur nequaquam suspendunt obligationem, ut traditur in §. conditiones, h. tit. & l. si ita. 120. ff. eod. l. cum ad præsens. cum duabus ll. seqq. ff. de rebus credit. Nonnunquam in præsens tempus concipiuntur, ut si Rex Parthorum viuit. l. cum ad præsens. 37. ff. de rebus credit. interdum in præteritum, uti si Titius consul fuit: In futurum: Si naus ex Asia redierit.

13 Possunt autem plures rei stipulandi simul fieri, cum scilicet ad omnium interrogationem promissor respondeat, & hoc casu promissor singulis in solidum obligatur, per solutionem tamen iuri factam liberatur ab oneribus, in princ. & §. 1. de 2. reis stipul. & promitt.

14 Eadem ratione & promittendi, veluti si interrogati singuli singulatim respondeant, & sic in solidum singuli tenentur, vnus vero soluendo omnes liberat d. t. t. & l. 2. ff. de 2. reis constit. quod hodie solus est ex Nou. 99. ubi constituit Iustin. ut singuli rei in solidum non obligentur, nisi hoc expressum sit.

15 Stipulationes ratione causæ efficientis in quadruplici sunt differentia. Quædam sunt iudiciales, quædam prætorix, quædam conuentionales, & denique quædam communes tam prætorix quam iudiciales in princ. & t. t. de diuis. stipul. & l. 5. in princ. ff. de verb. oblig.

16 In stipulationem deduci potest omnis res, quæ est in commercio. in pr. de inutil. stipulat.

17 Inutilis autem stipulatio multis modis efficitur, veluti si res in stipulationem deducta non sit in rerum natura. §. 1. de inutil. stipulat. vel alias non sit in commercio hominum. §. idem iuris. Instit. eod. l. inter stipulantem. §. sacram. ff. eod. titulo.

18 Et quamuis stipulatio ab initio subsistat, si tamen postea sine facto promissoris, in aliquam harum causam deuenerit, inutilis propterea efficitur. §. item contra. eod.

19 Item inutilis est stipulatio, quæ in extraneum confertur, §. si quis alium & seqq. §. alteri 29. eodem. l. stipulatio ista habere licere. §. alteri. ff. eodem. nisi vel pœna adiciatur, d. §. alteri. & d. l. stipulatio. §. alteri: vel dicatur se effecturum ut id datur vel fiat, d. §. si quis alium. vers. quod si.

20 Quod vtique rarum est, si nihil intersit stipulatoris fieri, quod alii stipulatus est, nam si ipsius interest valida erit huiusmodi stipulatio. §. sed & si quis, hoc tit. dicta l. stipulatio ista. §. si stipuler. hoc titulo.

21 Itaque quando sibi & extraneæ personæ quis stipulatur, quo ad dimi-

diam tantum partem consistit obligatio. §. *qui si quis. h. tit. d. l. stipulatio ista habere*, §. 8. §. *eum qui dicat. l. eum qui ita. in princ. l. mihi & Titio. ff. eod. l. si quis testamento. 79. ff. de legat. 1.*

22 Vitiosa porro contrahitur stipulatio, si aliter promittis quam interrogatus es. §. *præterea. eod. l. 1.* §. *si quis simpliciter. eod.* vel si de re alia sentis, §. *si de alia. h. tit. l. inter stipulantem.* §. *si Stichum, & l. continuus §. 1. ff. eod.*

23 Si de pluribus interrogatus aliqua respondendo omittas, in his stipulatio evanescit, quo ad cætera tamen sustinetur. Cum vero simpliciter respondes, promitto, ad omnia respondisse videris. §. *quoties h. tit.*

24 Eodem modo stipularis inutiliter ab eo qui in potestate tua est. & contra, ille à te, §. *item inutilis. d. tit.* Item mutus & surdus stipulari non possunt. §. *mutum, h. tit.* & idem dicendum est de furioso. §. *furioso. eod.*

25 Pupillus infans quoque non recte stipulatur, *l. mulier. ff. h. tit.* pupillus tamen, qui infantiam egressus est vtiliter stipulatur, aliosque etiam sine alicuius autoritate sibi obligat, ipse vero aliis nisi cum tutoris autoritate non obligatur, §. *pupillus, cum seq. eod.*

26 Vitiatum quoque stipulatio per impossibilis conditionis adiectionem, §. *si impossibilis conditio. h. tit. l. impossibilis conditio. ff. h. tit.* eodemque loco habetur, quæ inter absentes est facta, §. *verborum. h. tit. l. 1. in princip. ff. eod.* neque tenetur stipulatio turpis, §. *quod turpi. l. h. t. generaliter. ff. de verb. oblig.*

27 Non procedebat olim & illa stipulatio, quæ in mortem stipulantium concepta fuerat, quod hodie secus est, §. *post mortem. h. tit. l. scrupulosam. de contrah. stipul.* Idem quoque obtinebat in stipulatione præpostera ante tempora Leonis, sed & hæc simili modo approbata est, §. *item si quis h. tit. l. præposteri. C. de testament.*

28 Illud quoque hic attingendum, promittendi verbum inuentum in scriptura aliqua præsumtio est, interrogationem quoque & alias solennitates circa stipulationem observandas interuenisse, §. *si scriptum, h. tit. l. sciendum. ff. eod. §. fin. de fideiussor.*

Corollarium. Queritur an reciproca vel mutua datio inter coniuges stipulatione vel pacto facta valeant? & eam non valere verius putamus, *per l. 3. §. sciendum. l. cum his status. 32. §. si ambo. ff. de donat. inter vir. & vxor.*

DISPUTATIONIS XXVI.

De tota materia stipulationum obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

1 Stipulatio est causa & verborum obligationis.

2 Stipulatio quid sit.

- 3 *Pacta an & quomodo per interrogationes & responsiones fiant.*
- 4 *Pupillus stipulari potest si fari queat*
- 5 *Sponsalia fieri possunt inter absentes & presentes.*
- 6 *Stipulatio requirit interrogationem & responsionem commodam.*
- 7 *Stipulationem esse non gentium sed iuri civilis.*
- 8 *Acceptilatio quomodo dicatur esse iurigenium.*
- 9 *Stipulationes alia certa sunt, alia incerta.*
- 10 *Stipulatio alia in dando, alia in faciendo aliquid consistit.*
- 11 *Stipulationum quadam mixtura est.*
- 12 *Stipulatione facta, an res statim peti possit.*
- 13 *Stipulationum conditio quoduplex sit.*
- 14 *Obligatio stipulationum quibus conditionibus suspendatur*
- 15 *Stipulationes ratione causa efficientis sunt in quadruplici differentia.*
- 16 *Stipulationes pratoria quoduplices sint.*
- 17 *Res in stipulationem deducende quales sint.*
- 18 *Emtio rei sacra an & quando valeat.*
- 19 *Stipulatio in extraneum collata quando inutilis sit.*
- 20 *Stipulationem, quando aliter quis promittit, quam interrogatus est, vitiosam esse.*
- 21 *Respondens simpliciter, si de pluribus interrogatus sit, ad omnia respondisse videtur.*
- 22 *Pupillus an & quomodo stipulari possit.*
- 23 *Stipulatio impossibili conditione vitatur.*
- 24 *Donatio mutua & reciproca inter coniuges stipulatione vel pacto facta, etiam valeat*
- 25 *Compensatio est ex iure naturali.*

CONTRAHITUR obligatio 4. modis: Re; verbis: literis & consensu. Dictum fuit haftenus de obligationibus re contractis; nunc etiam de obligatione verbis contrahenda erit agendum.

Ad Thef. 1.] Verbis obligamur ex stipulatione inquit Imperator. *hic in pr.* ex quibus verbis ad oculum constat, stipulationem aliud esse quam verborum obligationem, deinde verborum obligationem etiam ex stipulatione esse. Ergo † stipulatio est causa verborum obligationis. Et dicitur stipulatio a stipulor, hoc est, sumo. Imperator. *hic in pr.* Est enim stipulatio fundandarum obligationum causa adinuicem, cum sit quasi fulcrum & accessio obligationum aliarum ut consistit ex multis ll. inter quas est l. pacto conueto. 15 ff de transaction. vbi dicitur, quod pacto subiiciatur stipulatio.

Ad Thef. 2.] Stipulatio † nihil aliud est, quam verborum conceptio, quibus quis quod a interrogatur datum facit ut se respondet, & quidem hic contractus fit per interrogationem & responsionem congruam, ita ut procedat interrogatio & continue sequatur responsio. l. 1. §. si quis simpliciter ff de verb. ob. Continuum autem debet esse actus stipulationis, id est, nullus extraneus actus interueniat. l. cōtinuus. 137. in prin. ff. eodem. Sed obiicitur primo. l. iurigenium 7. §. pactum quadam. ff. de pactis. vbi dicitur pacta etiam fieri interrogatione & responsione. Resp. In tractatu pactorum etiam sunt † interogationes & responsiones, vbi saltem mens & conclusio inspicitur, nam si discedimus ut pactum est, si discedimus ut qui contraxerunt, contractus est, ut in emptione & venditione sunt interogationes & responsiones, sed alius est finis pactorum, ex quibus non oritur actio, Cuiac. in tit. ff de verb. ob. & Borch. h. tit. num. Secundo obiicitur. l. labeo. §. contractus. ff. de verb. signif. vbi dicitur, quod contractus sit vltro citroque obligatio: sed

in stipulatione non est obligatio ab utroque latere, sed ab vno latere tantum, quia pro mittens tantum obligatur non stipulans. Resp. Propriissime ita definitur contractus quia ab utroque latere produciunt contractus proprie obligationem, ut supra dictum fuit.

Obiicitur tertio quod is qui non intelligit quid agit, possit stipulari. *per l. 1. §. huius proximus. ff. de ob. & act. l. seruum. 6. ff. de pupillis. saluam fore.* vbi dicitur pupillum stipulari posse quamuis non intelligat, quid agat. Resp. Illud benigne receptum ¶ si tamen dari potest, non si dari non potest. *l. mulier. 70. ff. eod.* Ergo hoc procedit ex quadam aequitate non ex iuris rigore.

Obiicitur quarto. Quod etiam stipulatio inter absentes fieri possit, cum tamen responsio & interrogatio debeat fieri utroque loquente & presente *l. 1. in pr. ff. eod.* & quod inter absentes fieri possit probatur per *l. ea quae 57. ff. de donat. inter vir. & vxor.* & in *l. Titius. 2. 4. ff. de constit. pecun.* vbi dicitur quod per epistolam sit facta stipulatio. Resp. ibi stipulatio fuit facta per epistolam, quae saltem cautionis loco fuit emissa inter praesentes, ut constat ex *l. Titia 134 §. pen. ff. de verb. ob.* Idque Cuiac. & Hotoman. putant rectum & ideo cum in ea sit scriptum inter praesentes promissa Titia omnia videtur solenniter acta. §. *si scriptum h. tit. num.* Paulus *lib. 5. sent. tit. 7. §. ver. ob.* Obiicitur quinto *l. sufficit 4. ff. de sponsalib.* vbi dicitur, quod sponsalia nudo consensu contrahantur, cum tamen à spoalendo dicatur, quod est stipulando. *l. 2. ff. de sponsal.* Respon. Postulatio sponsalia fieri ¶ tam nudo consensu inter absentes, quam stipulatione inter praesentes, quamuis olim solite sint spondere sibi uxores. *dist. l. 2. ff. de sponsalibus.* Sexto obiicitur, solennia verba in stipulationibus sunt sublata, ut testatur Iustin. *Imp. in §. l. h. tit. num.* Ergo non opus est tam curiose obseruare ordinem interrogationis & responsionis. Resp. Olim fuerunt solennia verba usurpata in stipulationibus certa quae fuit verborum conceptio. Hodie illa curiositas est sublata in obseruatione syllabarum, mansit tamen hoc quod in stipulatione ¶ one ¶ interrogatio & responsio debeat esse commoda.

Ad Theol. 3. Solennia verba in stipulationibus constitutione Leonis sunt sublata, ¶ ut supra est dictum, & stipulatio ¶ iuris est civilis. Sed contra tale obiicitur argumentum. Quicquid potest fieri quacunque lingua est iuris gentium potius, non civilis iuris. Sed stipulatio quacunque lingua fieri potest, *l. 1. §. fin. ff. de verb. ob.* Ergo stipulatio potius est iuris gentium. Respond. Olim certis solennibus verbis latinis stipulationes fiebant. Hoc sublato iam quibuslibet verbis fieri possunt, inde tamen non sequitur stipulationem esse iuris gentium, si olim testamenta non nisi latinis verbis fiebant: Hodie quacunque lingua ex Constitut. Theodosii in hac consultißima. *Cod. de testament.* Secundo obiicitur: acceptilatio fit verbis & tamen est iuris gentium. *Lex inutilis. 8 §. fin. ff. de acceptilatione.* Ergo etiam stipulatio est iuris gentium, cum etiam verbis fiat: Resp. Nec absolute ¶ dicit Iuris ¶ acceptilationem esse iuris gentium, sed addit ibidem haec verba: Hoc iure utimur; quae verba adduntur etiam in *l. 4. ff. de transact.* Quibus significantur acceptilationem reuera non esse naturale quiddam vel iuris gentium, sed potius civile quiddam. Quia tamen hodie acceptilationem non tantum verborum obligatio tollitur, sed etiam alia quaecunque obligatio inuenito modo per Aquil. stipulationem, ideo acceptilatio est iuris gentium, quodammodo scilicet. Vel dicimus acceptilationem quo ad originem esse iuris gentium, quoad solennitates vero esse iuris civilis.

Ad Theol. 4. & 5. Ex stipulatione duae prodeunt actiones, condictio certi & condictio ex stipulatu. Sunt enim quaedam stipulationes ¶ certae, quaedam incertae. *l. stipulationum quaedam cert. quaedam incert. sunt. l. stipulatur 74. §. l. si q. ff. eod. l. scire debuisse. C. de contrah.*

contrah. stipulat. Certa stipulatio quando apparet quid quale in stipulationem sit deductum. *d. l. stipulationum. 74. ff. eod.* Incerta contra, *l. ubi autem. 75. in princ. e. §. 1. ff. eod.* Vnde fallitur Theophilus, qui contrarium sentit. Porro duplex est stipulatio, una quæ consistit in dando rem, altera, quæ in faciendo, aliquid consistit. Et quæ in faciendo consistit, illa est incerta. *d. l. ubi autem. 75. §. qui id ff. eodem.* Proinde inter eam & alteram quid intersit tantum spectatur *l. Vlt. ff. si quis in ius vocatus l. si panam. 68. ff. h. tit.* non autem quantum cuiusque intersit. *l. 6. ff. de vi & vi armat.* Sed obicitur *l. facere Verbum. ff. de verb. signif.* ubi dicitur verbum facere dandi quoque causam completur. Ergo non est duplex stipulatio, cum consistens in faciendo stipulatio, completur stipulationem, quæ in dando consistit. Resp. Illud factum, in dandi stipulatione non consideratur, sed duntaxat dominii vel proprietatis translatio. Secundo obicitur, quæ in non faciendo consistere poterit, vt cum stipulor abs te ne in capitulum ascendas, ne Romam proficiscaris. *l. 2. §. item si in facto. ff. eod.* Resp. Hæ comprehenduntur sub iis quæ in faciendo consistunt, vt ex parte significat Imp. in *d. §. fin. infra. h. tit. num. & Paul. in d. l. 2. §. item si in facto. §. ff. eod.* Tercio obicitur *l. cum servus 82. §. 1. ff. de condit. & demonstrat.* ubi dicitur, quod aliquæ stipulationes sint mixtæ, quæ non simpliciter in dando, nec simpliciter in faciendo consistunt. Respond. Est quædam mixtura. Nam à facto incipio & ibi rationes reddo, idque dum facio nullam in te rem transfero & tamen reddendo rationes paulatim pervenio ad pecuniam. Et usitatum est Ictis vt sub duobus expressis casum mixtum contineant. Sic actiones sunt in personam vel rem, *§. 1. infra de actionibus.* Sub quibus mixtæ continentur, communi diuidendo, familia Herciscunda & finium regundorum. *§. quædam actiones infra de action. l. 1. ff. finium regundorum.*

Ad Thef. 7. 8. 9.] Affirmatur ex pura stipulatione petitionem statim locum habere. Cui oppono *§. Vltim. infra de inutilib. stipulat.* ubi dicitur, non statim peti posse rem sed tantum esse spatium concedendum, quo traditio fieri possit: Ergo non statim peti potest. Respon. Id verum est stricta iuris ratione inspecta, sed de benignitate est receptum, vt tantum spatium relinquatur, quo solutio fieri possit commoda, idque temperamentum temporis docet Ictus Paulus in *l. quod dicimus 105. ff. de solut.* Non debet enim cum sacce statim adire promissorem, vnde & si pura obligationi loca inferuntur tacite subest tempus, quo comparare idem liceat. In diem autem si facta est stipulatio, eo quidem dies præstanda, sed sufficit, si finito die fiat. *l. liber homo. 118. §. decem. ff. de verb. oblig.*

Ad Thefin. 10. 11.] Condicio est triplex; Casualis, cuius eventus ex fortuna dependet & ex sola conditione. Potestativa est cuius eventus dependet ex voluntate personæ; Mixta, quæ ex utroque dependet. *l. Vnic. §. fin. autem. Cod. de caduc. tollend.*

Ad Thefin 12.] Conditiones in futurum conceptæ suspendunt tantum obligationem, non quæ sunt in præsens aut præteritum tempus conceptæ. In præsens tempus capiuntur, vi si rex Parthorum viuit. *l. cum ad præsens. 37. ff. de reb. credit.* Interdum in præteritum: Si Titius consul fuit. In futurum: Si navis ex Asia redierit.

Ad Thefin. 13. 14.] Agitur in hisce 2. thesibus de 2. reis stipulandi; & deinde de duobus reis promittendi, quæ materia dum ex iam dictis plana est, impugnari amplius non adeo potest.

Ad Thef. 15.] Affirmatur ratione causæ efficientis stipulationes esse in quadruplici differentia: Quædam enim obligationes sunt iudiciales. Quædam prætorix; quædam conventionales; & deniq; quædam communes tam prætorix quàm iudiciales. Cui divisioni obicitur

l. i. in princ. ff. de praeiis stipulat Vbi dicitur saltem esse iudiciales, cautionales, & communes. Non igitur sunt praeiis. Resp. Diuersa est intentio Imperat. Iustin. & I. Cti. *in d. l. i. in pr. ff. de praeiis stipulat*. Nam Iustin. hic generaliter agit de omnibus stipulationibus & generatim diuisionem proponit. I. Ctus vero *in d. l. i. in prin.* tantum agit de praeiis

16 stipulationibus, quae rursus sunt triplex, iudiciales, praeiis, quae interponuntur propter sententiam, vt ea consequantur effectum, & cautionales, quae se instar actionum habent. Hotoman. ita etiam soluit: putat autem idem Hotoman. I. Ctum eam *m. d. l. i.* Stipulationem ratam rem haberi, cautionalibus adscribere, cum satis cõsteret ad iudicium atque adeo ad iudicii exitum ac securitatem maxima ex parte pertinere. Communes praeiis, quae sunt iudicio sistendi causa, & partim respiciunt processum: partim sententiae effectum. *Mysing. hic.* Et quidẽ norandum est, *m. d. l. i.* aliud esse stipulationem de rato, & stipulationem rem ratam haberi, quia illa est praeiis iudicialis: hæc est praeiis cautionalis. Iudiciales autem stipulationes quae opponuntur praeiis, sunt quae ex l. vel Imp. Sanctionibus sunt adinueta: praeiis sunt, quae ex praeiis descendunt iurisdictione.

17 Ad Thef. 16. 17. 18.] Res quae est in commercio in stipulationem deduci potest. Ergo dum res sacra est. §. nullius & sacra, *supr. de rer. diuisione.* non est in commercio. Cui tamen oppono. §. *l. t. in fr. de emt. & vendit.* vbi dicitur rem sanctam emi posse. Resp. Si sciens quis emit rem sanctam, nulla est emtio; Si autem ignorans id facit, valet emtio rei sacrae propter ignorantiam. Secundo obiicitur *l. in modicis. 24 ff. de contrah. emt.* vbi dicitur quod locus sacer vel religiosus vendi possit. Resp. Multa transeunt cum vniuersitate, idque hic fit. Venditur enim totus ager. Ergo & accessorium in partis maioris accessionem venit.

Ad Thef. 19. 20. 21.] Inutilis est stipulatio, quae in extraneum confertur. Cui obiicitur. *l. i. §. exigera ff. de magistratibus conueniend. & tit. 2. ff. rem pupilli saltem fore*, vbi dicitur seruus publicus stipulari debet rem saluam fore pupillo. Resp. Thesis nostra procedit eo casu quando simpliciter tota obligatio in extraneam personam confertur puta si ita quis promittit, Titium quinque aureos daturum spondetur. In dd. autem l. agit de pupillo, idque in eius fauorẽ est constitutum, cum notum sit, pupillos seu minores magnis beneficiis iuris iuari; Si autem partim sibi, partim extraneae personae quis stipulatur, quo ad dimidiam partem tantum consistit, scilicet quatenus sibi quis stipulatur; vt in Thef. 2. affirmatur.

20 Ad Thef. 22.] Affirmatur vitiosam esse stipulationem, si aliter quis promittat, quam quis est interrogatus, puta si quis stipulatur decem & alter promittit 20. Est enim error hic, qui consentui est contrarius, vnde etiam locatio fundi pro 10. cum tamen alter putaret pro quinque nullus est momenti. *l. si decem tibi. 52 ff. locati.* Et hoc ita disponitur *in §. praeiis. de inutilib. stipulat.* Cui tamen e diametro refragatur. *l. i. §. si stipulanti. ff. de Verb. oblig.* vbi dicitur, si stipulanti mihi 10. tu 20. respondeas, non esse contractum obligationem nisi in 10. Ergo non est in totum inutilis stipulatio. Resp. aliqui dicunt hosce textus ita conciliari, vt dict. §. *praeiis*; procedat de rigore iuris. Dicta autem *l. i. §. si stipulanti*, procedat & locum habeat in æquitate. Alii dicunt, quod *d. §. si stipulanti*, loquatur in eo casu, quando diuersitas responsonis illico placuit, eamque habuit *ex d. l. §. si quis simpliciter in sine. ff. de Verb. ob.* Et hæc solutio communiter est recepta. Hotoman. dicit. illa verbalia Cti cum Iustin pugnare, adeo vt qui illorum conciliandorum causa subaudiendam hoc loco exceptionem dicunt, nisi in minorem summam, dum nimium Vlpiani existimationis studiosi sunt, suae ipsorum obliuisci videantur, nec animaduertant id linguas ferre non posse.

Ad Thes. 23.] Si de pluribus interrogatus aliqua quis respondēdo emitrat, in his stipulatio euanesceat, quo ad cætera tamen sustinetur; cum vero ꝑ simpliciter respondes, promitto, ad omnia respondisse videris. § *quoties. h. tit. num.* Huic assertioni obijciunt d. §. *quoties*, vbi dicitur, quod euanesceat stipulatio, cum plures res vna stipulatione comprehenduntur. Resp. Vna est stipulatio verborum conceptione incepta, & hoc semper verum est, si species vel summa exprimitur. Secundo obijcio l. 5. 1. *chorus. 79. ff. de legat. 3.* vbi dicitur familia legata perinde esse ac si singuli homines legati essent, quibus verbis significantur plura legata. Resp. obligatione est vnum legatum, diuisione capitum plura legata sunt, vnum potest dici plura diuerso respectu & ratione.

Ad Thes. 24. 25.] Inutiliter stipulamur ab eo, quæ in potestate mea est, & pupillus infans non recte stipulatur. Cui opponitur l. 1. § *huc proximus. ff. de ob. & act.* vbi dicitur stipulari posse pupillum. Resp. Potest stipulari ꝑ sine tutoris auctoritate, idque benigne est receptum scilicet ex æquitate: cum tutoris autem auctoritate stipulari nunc posse non est dubium, quemadmodum supra fuit dictum.

Ad Thes. 26.] Affirmatur ꝑ impossibilem conditionem vitare stipulationem. Cui valde opponitur §. *fin. supr. de hered. instit.* vbi dicitur impossibilem conditionem non vitare testamentum, sed saltem pro non scripta haberi. Ergo idem quoque hic videtur dicendum, stipulationem scilicet valere, licet sit adiecta conditio impossibilis. Resp. Magna est ratio diuersitatis, quæ diuersum ius hic inducit. Nam ꝑpter fauorem vltimarum voluntatum id in testamento pro non scripto habetur, saltem detrahatur illa conditio impossibilis, cum & alias multa vitia morientibus excidere soleant, quæ potius sunt tegenda & detrahenda: Id autem in stipulatione non fit, quia ibi duo sunt, quæ contrahunt, & etiam si erret vnus, tamen alter non errans facile potest errorem subicere, & sic stipulationem corroborare vt vires accipiat; non igitur hoc in stipulatione procedit.

Ad Thes. 27. 28.] Quæ in hisce 2. thesibus proponuntur, plana sunt.

Ad Corollar. u.] Quaritur à Dd. An mutua & reciproca ꝑ donatio inter coniuges stipulatione vel pacto facta valeat? Et eam non valere vetius putamus. Ratio illa est, quia donationes inter virum & uxorem generaliter non valent: Non igitur mutua donatio valet. Deinde non cessat ratio prohibitionis de amore, quo se spoliant amantes. l. 1. ff. de donat. int. vir. & vxor. Tertio probatur id ex l. cum hic status, 32 §. si ambo. vers. sed cum neuter. ff. de donat. int. vir. & vxor. vbi dicitur donationes mutuas valere si morte confirmantur, id quod in omni donatione inter vir. & uxorem procedit. l. si ii. 26. ff. de donat. mort. cau. l. 3. C. de donat. int. vir. & vxor. l. 5. §. concessa. ff. de donat. int. vir. & vxor. Sed obijciunt l. 7. §. si vir & vxor. ff. de donat. int. vir. & vxor. vbi dicitur, quod mutua donatio valeat inter coniuges. Ergo falsum est Corollarium. Resp. Per hunc textum Schurff. consil. 46. nu. 3. cens. 1. contrariam nobis tenet sententiam, sed ad d. §. si vir & vxor. quod attinet non dicitur ibi quod mutua donatio inter coniuges valeat sed saltem disponitur hoc, quod maritus, qui quina dedit mulieri, possit sua quina compensatione consequi, puta: maritus dedit quina, vxor etiam quina, maritus sua seruauit, vxor sua quina consumsit. Quaritur an maritus illa quina, quæ habentur sibi à muliere data, possit retinere compensatione, hoc est, loco quorum consumptorum, & dicitur quod sic, quia æquum est, ne damnum sentiat, ꝑ & compensatio est ex iure naturali, l. 3. ff. de compensat. Nec est quod dicamus mutua donationem tum procedere, quoniam est æqualitas in donationis reciproca, quia tum facile conceditur, cum & alias omnis donatio inter coniuges tolleretur, cum nemo sit locupletior, d. l. 5. §. concessa. ff. de donat. int. vir. & vxor.

DISPV TATIO XXVII.

De Fideiussoribus.

CONTIN VATIO.

Cum hæcenus varii modi traditi sint, quibus quis obligari queat, solcantque plerunque ut plenius à creditoribus caueatur, quorum interest plures obligationes habere, principali obligationi fideiussores accedere, igitur rectissime de fideiussionis contractu subiiciendum esse duximus.

Thesis 1. Fideiussio est contractus, quo quis alienam obligationem in suam heredumq; fidem recipit, manente nihilominus priori obligatione.

2 Quæ fideiussio omnis generis obligationi accedere potest siue illa sit civilis, siue criminalis, siue naturalis & civilis simul, vel naturalis tantum, vel civilis tantum, vel ex contractu vel quasi, vel ex delicto vel quasi.

3 Et hunc fideiussionis contractum celebrare regulariter possunt omnes, qui alias per stipulationem se obligare queunt, quibusdam tamen personis exceptis, quarum utilitati, adempta intercedendi potestate, ll. consulunt, ut sunt mulieres, milites, serui, extra rem pecuniariam fideiubentes.

4 Fit vero fideiussio per stipulationem pure vel sub conditione, vel ad tempus, vel ex tempore, quo casu post lapsum temporis fideiussor non tenetur etiamsi principalis ulterius se obligauerit.

5 Et obligatur fideiussor præcise absque omni exceptione creditori, actione ex stipulatu, si modo constat cum fideiussisse, exceptionesque reales pro principali competentes & fideiussori dantur & vicissim principali obligatione perpetuata etiam fideiussoria perpetuatur.

6 Quod si plures sint, qui fideiubeant, quilibet eorum in solidum tenebatur, nisi ab initio aliter inter eos fuisset conuentum.

7 Sed hoc ex Epistola D. Hadriani immutatum est, quæ singulis beneficium diuisionis largitur, & sic vno fideiussore totum soluentæ cæteri huic, quod solum ab eo est, hac opposita exceptione proportionibus restituere tenentur.

8 Inde sequitur vno ex pluribus fideiussoribus non opposita diuisionis exceptione totum debitum soluentem, id quod suam portionem excedit, neque à creditore, neque à fideiussore repetere posse.

9 Hoc autem diuisionis beneficium non locum habet inter debitorem principalem & fideiussorem, sed inter plures fideiussores, qui pro vno debitore & pro vna eademque summa fideiussissent.

10 Sicut Hadrianus Imperat: Fideiussoribus beneficium diuisionis dedit, ita Iustin. constituit, ne fideiussores prius conueniantur, quam rei principales, & si prius conueniuntur exceptionem excusationis opponere possunt.

11 Quod rarum est, nisi principalis debitor absens sit, vel manifeste sciat, eum soluendo non esse, vel fideiussorem huic beneficio expresse renunciaſſe.

12 Est autem excusationis siue ordinis exceptio, ad exemplum dilatoriarum ante litem contestatam opponenda, vt fere communi Dd. calculo approbatur.

13 Non incommode hic quaeritur, si quis fideiubendo se semel constituerit principalem, an beneficium excusationis adhuc locum habeat? Nos negatiuam vt veriore ita probabiliorē defendere conabimur.

14 Hisce 2. beneficiis plura accedunt, vt est beneficium cessionis, quo vnus ex duobus pluribusque fideiussoribus conuentus & solidum soluere paratus, impetrare potest, vt stipulator compellat ei ceterorum vendere nomina.

15 Et anrequam fideiussori tales actiones cedantur, poterit creditori denegare solutionem debiti.

16 Nam si post solutionem petatur, creditor eam cedere non potest, cum nulla actio & obligatio ipsi contra fideiussores supersit: Solutione enim vnus ceteri liberantur nisi solutionem pactum de cedentis actionibus praecesserit.

17 Quando vero fideiussor nomine principalis creditori satisfecerit, habet mandati cōtrariam vel si pro absente, negotiorum gestorū actionem, ad repetendum id, quod soluit.

18 An fideiussor vero sponte soluere possit, vel an debeat expectare donec ei à iudice mandetur vt soluat, in disquisitionem venit? Eum absque iudicis mandato soluere posse quibusdam tamen casibus exceptis asserimus.

19 Porro dum supra diximus fideiussorē in causis criminalibus recipi posse, hac conditione id fieri posse existimamus, si fideiussores se ad pœnam pecuniariam non corporalem obligarunt.

20 Vnde consequens est, si reus cui pœna mortis imponenda erat traditus fideiussoribus aufugerit, ne fideiussores eum exhibere possint, siquidem ipsi in culpa fuerint pœna pecuniaria ad quam se astrinxerunt, non corporali puniuntur. Si vero in dolo fuerint, tunc non quidem eadem, nec alia corporali pœna sed iudicis arbitrio puniendi sunt.

21 Sciendum quoque est fideiussorem in duriorem causam ipsi principali obligari non posse, in leuiorem posse. Vnde si principalis obligatus est, sub conditione non potest accipi fideiussor pure, quia in plus tempore obligaretur.

22 Si tamen in maiorem summam promiserit fideiussor, quam reus, in eâ, quæ à reo vere debetur, ex vera recentiorum Interpp. sententia, tenebitur.

23 Efficacius quoque obligari atque firmitus astringi ad eandem causam potest.

24 Denique fideiussor liberatur, si is, pro quo fideiussit promissum præster, ut alio conuenienti modo data fides tollatur. Paupertate vero vel morte debitoris minime extinguitur fideiussoria obligatio.

Corollarium. Auæuarii vicem sustineat nobilis & anceps inter Dd. agitata quæstio. An creditor cogatur liberare fideiussorem acceptum, etiam si alius magis idoneus offerretur? Nos horum opinioni, creditorem cogi non posse, ut communiori & veriori subscribendum putamus.

DISPUTATIONIS XXVII.

De Fideiussoribus obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 Fideiussores per stipulationem constituuntur.
- 2 Fideiussio quare contractus esse dicatur.
- 3 Fideiussio semper intelligitur facta interueniente stipulatione.
- 4 Fideiussor non ipsemet tantum obligatur, sed & heredes relinquit obligatos.
- 5 Fideiussor quomodo definiatur.
- 6 Mandator proprie quis dicatur.
- 7 Adpromissor cur sic dicatur.
- 8 Fideiussor & expromissor quomodo differant.
- 9 Hereditas iacens persona vice fungitur.
- 10 Fideiussor pro alio suo tamen nomine obligatur.
- 11 Fideiussoris obligatio an mora Rei augeatur.
- 12 Fideiussores an in usuras æque ut in sortem teneantur.
- 13 Fideiussores quomodo teneantur, si omnem culpam fideiusserunt.
- 14 Fideiussores in omnibus obligationibus assumi possunt.
- 15 Pupilius sine autoritate tutoris quomodo obligetur.
- 16 Furius & mulier quomodo obligentur.
- 17 Fideiussor pro prodigo interuenire non potest.
- 18 Fideiussorium contractum qui facere possint.
- 19 Milites à fideiussorio contractu excluduntur.
- 20 Mulier an possit renunciare beneficio Senatûs consulti Velleiani, & pro alio fideiubere.
- 21 Miles ne volens quidem ad tutelam admittitur.
- 22 Mulierem posse renunciare beneficii Velleiani.

- 23 *Mulieres pro aliis intercedentes, perpetuam habent exceptionem, quanta esse possint.*
- 24 *Mulier damnum non patitur.*
- 25 *Iuri pro se introducto, quislibet renunciare potest.*
- 26 *Donare cui possit mulier.*
- 27 *Mulier quando ad fideiussionem admittatur.*
- 28 *Fideiussiones quibus modis fieri possint.*
- 29 *Fideiussores si plures fuerint, quomodo teneantur.*
- 30 *Divisionis beneficium fideiussoribus indultum.*
- 31 *Fideiussor cui alius accessit, res principalis loco esse videtur.*
- 32 *Divisionis beneficium fideiussoribus indultum, quando cessat.*
- 33 *Fideiussorum infancium pena.*
- 34 *Fideiussores quando habeant beneficium divisionis.*
- 35 *Fideiussores recessus beneficium habent.*
- 36 *Excussio beneficium quod fideiussoribus deditur.*
- 37 *Fideiussor qui se principalium debitorum constituit, excussio beneficium amplius non habet.*
- 38 *Cessionis beneficium quid sit.*
- 39 *Fideiussor qui solus creditori, an cessionis beneficium adhuc habeat.*
- 40 *Solutione ab uno fideiussorum facta, an obligatio extinguatur.*
- 41 *Fideiussori nisi cessaverint actiones a creditore conpetere actio contra eum qui una fideiussit, non potest.*
- 42 *Fideiussori quot actiones competant.*
- 43 *Fideiussor an in criminibus causis recipiatur, et quomodo se obliget.*
- 44 *Depositatio Rei non liberat obligatione fideiussorem.*
- 45 *Pena venit ex sententia iudicis.*
- 46 *Fideiussor in plus vel in diuturnam causam quam principalis, obligari non potest.*
- 47 *Fideiussionis causam quid diuturnam faciat.*
- 48 *Usuras ex mora rari fideiussor tenetur.*
- 49 *Fideiussor si in maiorem summam quam principalis fideiussit, an obligatio vitietur & quatenus.*
- 50 *Fideiussio quando cesset.*
- 51 *Creditor an cogatur liberare fideiussorem acceptum, si alius magis idoneus offeratur.*
- 52 *Creditori in strictis iudiciis aliud pro alio solus non potest.*

MATERIA fideiussorū crebra & usitata est & fideiussores ꝑ per stipulationem constituantur, ut recte hic & præcedenti titulo subiungitur: Idco autem fideiussores accipimus, ut tutius nobis debeat, quod in oblivionem deduximus, quia fideiussor pro alterius debito se soluturum permittit. l. 1. §. sed autem propria. ff. de oblig. & act. & hos homines accipere solemus, dum curamus ut diligentius nobis cautum sit, ut Imp. habet, in prin. Instit. h. tit.

Ad thesin 1. Proponitur in thesi prima definitio fideiussionis, quod sit ꝑ contractus, ideo quia est duorum vel plurium in idem placitum consensus. l. 1. §. 1. ff. de pact. Nam si qui tempore transacto liberatus est, fideiussorem dederit, fideiussor non tenetur, quoniam dū erroris fideiussio nulla est, l. si quis. 37. ff. h. tit. nu. Ergo consensus requiritur. Contrahitur autem hic fideiussorius contractus, verbis per stipulationem. §. fin. in verb. stipulationibus fideiussorum. h. t. num. l. sint satis accepti. §. & seq. ff. de verb. oblig. l. blanditus. 12. C. h. tit. Et

- 3 fideiussio semper ꝑ interposita stipulatione facta censetur, si scriptum sit aliquem fideiussisse. *d. §. fin. h. tit. l. sciendum. 3. ff. de Verb. oblig.* Sicuti si scriptum sit aliquem promississe, videtur semper solennis stipulatione interuenisse. *Paul. lib. 5. sent. tit. 7. §. scriptum. supr. tit. prox. l. Titia. §. pen. ff. de Verb. oblig. l. 1. C. de contrah. stipulat.* Et tanti momenti est ea scriptura, ut aduersus eam testes non admittantur. Deinde affirmatur in definitione, fideiussionem esse contractum, quo quis alienam obligationem in suam fidem recipit *l. potest. 4. §. fideiussor. ff. eod.* vbi dicitur ut ipse obligetur, & quidem pro alio, *d. l. 1. §. sed aut propria. ff. de oblig. & act.* Nec tantum ipse obligatur, sed etiam ꝑ heredes relinquit obligatos, qui pro alio interuenit, *d. l. potest. 4. §. fideiussor. h. tit. n.* id quod vere effectum fideiussionis recipit *Wesemb. & Mynsing. in d. §. fideiussor.* Denique additur, Manente nihilominus pœore obligatione, quia illa non tollitur. Sed certior & tutior per fideiussoriam obligationem redditur. Vnde ꝑ fideiussor potest definiri, qui alienam obligationem in suam fidem recipit, vel qui pro alieno interuenit, & id quod alius debet in periculo suo & sua fide esse iubet. *Conan. lib. 6. com. iur. cont. c. 6. in princ.* Duaren. *c. 1. de fideiuss.* Vnde etiam dicitur fideiussor constitutæ pecuniæ reus, *Nov. 4.* Dicitur etiam mandator, *l. grauius. 71. §. 1. ff. h. tit. n.* Proprie tantum mandator ꝑ est is, cuius mandato obligatio contrahitur, quod mandatum antecedere necesse est, *l. si vere manda. §. si post creditam. ff. mandati l. si mandato. h. tit. n.* Fideiussor plerunque sequetur obligationem quamuis etiam præcedere possit. *d. §. fideiussor. h. tit.* *Mynsing. in d. §. fideiussor. n. 2.* Dicitur & sponzor, *l. fideiussores. 63. ff. eod.*

- Dicitur etiam proprie adpromissor, & sic pro expromissore est legendum *in d. l. §. satis acceptio ff. de Verb. oblig. l. in omnibus ff. de solutionibus. l. si vero. ff. solut. matrimon.* idque ex *ff. Florent. & Mynsin. hic in proximo, num. 4.* idem refert ita libros *Noricos* legere, cui 7 dicit subscribere. *Aleiat. lib. απαρτυων c. 2.* Dicuntur ꝑ adpromissores, quasi proximii promissores. Alii autem etiam expromissores; illi enim differunt à fideiussoribus, *l. qui libertinus. in fin. ff. de oper. libetor.* Fideiussor obligatur ꝑ cum alio; Expromissor solus obligatur quasi reus principalis; qui fideiussorem dat, non obligatur, expromissorem qui dat, liberatur. *l. quamuis. 8. §. si cum venerit. ff. ad S. C. Trebell.* Expromissione fit nouatio non fideiussione, *d. l. §. satis acceptio. ff. de Verb. oblig.*

- Nunc ad ea, quæ videntur obstatæ definitioni fideiussionis & fideiussorū accedemus. Dictum est fideiussorem cum esse, qui pro alio interuenit. Cui oppono *l. mortuo. 22. ff. eod.* vbi pro hereditate iacente alius fideiussor est: & accipi potest. Respond. *Florentinus* Iurisconsultus ibi adiicit hoc ideo fieri, quia ꝑ iacens hereditas personæ vice fungitur, id quod etiam testatur *Duarenus cap. 2. de fideiuss.* & *Mynsing. in §. pro eo, hoc titul. num. num. 2.*

Secundo valde obiicitur *l. sicut reus. 65. ff. eodem.* vbi dicitur, fideiussores non aliter tenentur, quam si se daturos vel facturos permittunt & additur ratio, quia factum alienum inutiliter promittit, ergo falsum est, quod dicitur in definitione fideiussorum, alienam obligationem in suam fidem recipere cum primo fideiussor debeat promittere se daturum Deinde cum factum alienum inutiliter promittatur. Respond. In hac definitione rectius & expeditius explicanda, duo sunt consideranda: Primo, quod fideiussor alienam obligationem recipiat: Secundo, quod eam recipiat in suam fidem, hoc est, suo nomine se soluturum pro alio constituat id, quod *Cuius* ita explicat *in paratit. ff. & in l. si ita stipulatus. 92. §. possum. ff. de Verb. obligat.* vbi dicitur valere stipulationem Titii nomine te soluturum, quibus verbis indicatur, fideiussione alienam fidem puta Titii in se recipere & promittere solutionem. Sed contra datam solutionem valde obiicitur *l. 1. §. sed aut propria. ff. de obligat. & action.* vbi dicitur eam, qui alieno nomine

mine obligatur fideiussorem vocari. Non igitur is dicitur fideiussor, qui suo nomine obligatur. Respond. Quod dicitur *in d. l. 1. §. sed aut propria*, id ita est intelligendum est ex aliis textibus quasi fideiussor pro alio, suo tamen nomine obligatur, idque constat *ex d. l. 97 §. possim*. Nemo autem potest ita stipulari, ut tertius puta Sempronius Titio soluat, quia factum alienum hoc casu inutiliter promittitur, quemadmodum supra dictum fuit *ex d. l. si ut rem. 65. ff. cod. in fine*. Manet igitur verissimum fideiussorem cum esse, qui suo nomine pro alio se soluturum constituit, & hoc est subtile, sed admodum elegans, quemadmodum Dominus Niger in publica de fideiussoribus disputatione ante annum est confessus.

Tertio obiicitur contra illa verba: Alienam obligationem in se recipit. *l. centum capua. 8. ff. de eo quod certo loco*. vbi dicitur, non oportere obligatione fideiussoris augeri, quod forte per reum steterit, quo minus tota centum capua soluerentur. Ergo dum fideiussoris obligatio non augetur ex mora sane alienam obligationem in se totam fideiussor non recipit vel in suam fidem. Respond. Magna est hac de lege disputatio, quomodo hoc sit intelligendum, & mora Rei obligationem fideiussoris augeri non debere, cum tamen constet *ex l. mora. 88. ff. de verb. oblig.* Moram Rei nocere quoque fideiussori, scilicet re peremta, quia nihilominus tenetur fideiussor non modo ad hoc ut obligario perpetuetur. *l. 58. §. fin. ff. de fideiussor.* sed etiam ut vsuras in bonæ fidei & arbitrariis iudiciis præstare cogatur, nec sibi hac duobus contraria, ex mora Rei teneri fideiussorem, & non debere augeri fideiussoris obligationem, quia re debita peremta, nihilominus manet fideiussor *d. l. mora. l. si a colono. §. & cum. ff. de fideiuss.* Quando autem dicitur, moram Rei non augere obligationem fideiussoris, id ita est intelligendum, si centum forte accidunt viginti, ex sententia & arbitrio iudicis, si priusquam arbitraria fuit actum, id est, ratione utilitatis ablatae Actori per moram Rei; Quæritur an etiam in hac viginti se fideiussor obligasse videatur? Et respondetur, hæc non esse in obligatione fideiussoria, nec mirum, cum nec in principali obligatione sint, nec possit fideiussoris durior esse conditio. Culpæ enim & mora debitoris id factum est & dum per debitorem stetit, quo minus suo loco solueretur. *d. l. centum capua*. Non tenentur fideiussores nisi in omnem contractus bonæ fidei causam se obligauerunt. *d. l. quæro ita. Welsenbec. in paratis ff. num. 6. de eo, quod certo loco, conciliat hæc cum Cui. cio*. Sed obiicitur iurisperita: Fideiussio est contractus iuris stricti, & actionum quadam. *supr. de action.* Sed in contractibus stricti iuris, ex mora, vsuræ non dantur. *l. mora §. bonæ fidei ff. de vsur.* Ergo nec vsura ex mora Rei ad fideiussorem pertinet, quod tamen ante fuit affirmatum *ex l. mora 88. ff. de verb. oblig.* vbi dicitur, moram rei fideiussori nocere etiam ad vsuras. Respond. Fideiussio est accessio quædam ad principalem aliquem contractum seu obligationem: Si igitur accedit fideiussio contractui bonæ fidei, debentur vsuræ non ex fideiussorio contractu sed ex contractu principali.

Denique valde obiicitur *l. quæro. §. 4. in princ. ff. locati*, quæ videtur è diametro pugnare cum *d. l. centum capua*. Nam ibi dicitur, quod etiam fideiussor teneatur damnum vsurarium cognoscere. Quamvis dicatur eum tantum in sortis damnum sentire debere. Respond. Quamvis alias fideiussores tantum in sortem teneantur non in vsuras *l. fideiussores. 68. §. 1. ff. de eo, tamen si se in omnem causam obligarint, merito & etiam vsuras præstare tenentur, hoc est, omnem causam, cui se astrinxerant. Et ita d. l. quæro. & d. l. fideiussores. §. 1. expresse loquitur. Hoc tamen casu officio iudicis veniunt vsuræ præstand. d. l. quæro. Alias post moram tantum non augetur obligatio sua vi, ita *d. l. centum* est intelligenda. Quamvis Dn. Horst. in suis thesib. velit *d. l. centum* intelligendam esse, de quo non directe ex obligatione proficisci.*

proficiscitur, sed ab extraneo, & ad hoc tamen teneri fideiussore. Superior tamen solutio Cuiac *ad Africanum*. fol. 67. c. 8. & Wefenb. n. 6. ff. de eo quod certo loco. & Conan *in Comment. iur. civil. lib. 6. c. 6.* est probabilior, quam Dn. Niger in publica disputatione de fideiuss. summopere commendavit, nimirum fideiussores teneri, si t̄ omnem culpam fideiussur̄, quemadmodum casus etiam est *in l. 2. §. pen. ff. de administrat. rerum civil. d. l. quarto.* & alias in veram quantiatem tenentur non vltimas. *l. 2. §. fin. ff. qui satul. re cogunt.* quod admodū & *in d. l. centum.* Quamvis tamen Connan. *in d. l. loco* addat fideiussorē simpliciter se astingentem ad omnem causam se obligasse.

- Ad thes. 2.] Fideiussores omnis generis obligationi accedere possunt, cum obligationes fideiussorum sunt accessoriae. *l. 1. §. Verbis. ff. de oblig. & act. d. l. blanditus. 12. C. de fideiuss. & Imper. d. cit.* in omnibus obligationibus alium posse fideiussores, hoc est, siue re, siue verbis, siue literis, siue consensu contracte fuerint §. *in omnibus h. t. n.* Et fideiussorum obligatio est accessio principalis obligationis. §. *fideiussores h. t. n.* Nec refert an illa obligatio sit civilis siue criminalis, siue naturalis & civilis simul, vel naturalis t̄am vel civilis tantū. Sed oppono tale argumentū: pupillus ne quidē naturaliter obligatur. *l. pupillus 59. ff. de obl. & act.* & tamen dicitur quod pupillo fideiussor interuenire possit, cui nō subueniatur. Ergo etiam fideiussor ibi potest accedere, vbi nulla est obligatio nec civilis nec naturalis. Resp. *Dicta l. Marcellus.* loquitur de tali pupillo, qui sine tutoris autoritate est obligatus, similiter de prodigo & furioso obligatis, vnde non mirum est pro iis interuenire seu intercedere possit fideiussorem, & tamen summe notandum est in pupillo, prodigo & furioso non eandem esse obligationem, nec personarum coniunctionem vnum idemque ius inducere. *d. l. Marcellus.* Nam pupillus t̄ sine tutoris auctoritate obligatus ex eo, quod locupletior sit factus, naturaliter obligatur. *l. 1. §. vlt. ff. de Nouat.* & si ex re venit actio puta ex delicto. *l. furiosus 46. ff. de oblig. & act.* Et tunc fideiussor accedere non potest *l. 1. §. si quis ita ff. de oblig. & act.* furiosus t̄ ex re obligatur naturaliter & civiliter quemadmodum etiam mulier, *d. l. furiosus 46. ff. de oblig. & act.* & tamen dicitur iure obligatus furiosis *l. si a reo. 70. §. si a furioso. in fin. ff. de fideiussor.* & quidem iure obligatur, si ante factorem contraxit, aut heres est alicuius obligati creditoris, id quod etiam de pupillo dici potest, vt iure obligetur, quemadmodum refert Conan. *in comment. iur. civil. lib. 6. c. 6.* Sed contra datam solutionem opponitur valde *l. 6. ff. de verb. oblig.* vbi dicitur pro furioso non posse interuenire fideiussorē. Ergo nec naturaliter obligatur. id quod etiam de prodigo cui bonis est interdictum ibidem affirmatur. Resp. Is qui furiosus est, si aliquid promittit, si ab illo quid stipularis non solum illa stipulatio nulla est, sed nec vllam gestum negotium intelligitur. *d. l. si a reo. 70. §. si a furioso. ff. eod. l. in negotiis. ff. de rerum iur.* atque ita etiam *d. l. 6.* intelligitur alias ex delicto vel quasi, vel si ante factorem contraxit iure obligatur vt dictum fuit. Prodigus autem post interdictionem bonorum ne quidem naturaliter obligatur, vnde t̄ pro eo fideiussor interuenire non potest.

- Ad thes. 3.] Fideiussorium contractum regulariter celebrare possunt t̄ omnes, qui alias per stipulationem se obligare queunt. Dico regulariter quia quedam personæ excipiuntur; & quidem primo t̄ milites eam ob causam ne omisso armorum vſu ad opus rursus se conferant & vicinis graues præsensione cinguli militaris existant. *l. 31. C. de locat. & conduct.* Sed oppono tale argumentum: Miles omnia facere potest nimirum celebrare contractum, potest facere testamentum prout vult. *supr. de milit. testam.* Ergo etiam potest fideiussoris contractu celebrare. Resp. Alia facere potest, quæ facere non prohibetur miles, Conductor autem rerum alienarum esse non potest, item nec Procurator, nec mandator, nec fideiussor, *d. l. 3. C. locati.* Insto. Sed vbi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere

quere. *l. de precio. 8. ff. de public. in rem actione.* Sed *l. 9. C. de procurat.* non distinguit. Nam ibi dicitur suis rebus militem posse superesse disciplina militari inoffensa. Ergo nec nos distinguamus. Respond. Eiamsi ille textus ita generaliter loquatur, tamen capit interpretationem, seu exceptionem ex *d. l. 31. C. de locato.* Generi enim in toto iure per speciem derogatur. *l. in toto. ff. de reg. iur.* Denique oppono tale argumentum: iura correctata non sunt alleganda: Vos ius correctum allegatis: Ergo male. Minore probro ex *l. 5. l. C. de locato.* vbi Iustin Leonis & aliorum Principum meminit, & dicit eos multa de militibus constituisse, id Iustinianus ad vnum tantum casum restringit, scil. quando sunt conductores alicuius agrorum. Resp. Iustinian. ponit totum vel genus, sub quo omnes partes vel species comprehendit & relinquit priores *ll. prohibitorias* in suo statu, additque *in d. l. 5. l. C. de locato.* praterea poenas, quas non euitant illi milites qui contrafaciunt, vnde adhuc Iustin. veteres *ll. in suo statu conseruat.* Deinde affirmatis mulierem interuenire non posse, quia frustra intercedit mulier, vt expresse dicit I Crus *in l. si Titius. 48. ff. h. tit. n.* Deinde *in l. fam. 2. ff. de reg. iur.* dicitur foemina intercedere non posse, propterea quod intercedere & fideiubere sit munus publicum, à quo foemina repellitur. Denique exceptio SCri Velleiani frustra esset perpetua, si posset mulier fideiubere, *l. qui exceptio perpetua 40. in princ. ff. de condit. indeb.*

Hinc nunc potest explicari quaestio grauis & difficilis † an mulier possit renunciare ²⁰ beneficio SCri Velleiani, hoc est, an possit pro alio fideiubere, & expresse omittere beneficium SCri, eique renunciare? Et quidem multi in ea sunt sententia mulierem SCto renunciare non posse, idque probant per *dd. ll. allegatas*, quae videntur velle quod mulier ne volens quidem ad fideiussionem admittatur, diciturque; nam sic mulier non potest interuenire *d. l. famina.* item frustra intercedit *d. l. si Titius. 48. h. tit. n.* Cui accedit quod I Crus Paulus dicit *in l. 1. ff. ad S. C. Velleian.* Plenissime SCto Velleian. esse comprehensum, ne pro villo foemina interueniret. Secundo videtur id suadere fragilitas sexus, per *l. si mulier. 22. C. ad SCtum Velleian.* quam rationem & Dn. Wesenb. habet *in paratis. ad S. C. Velleian. num. 51.* vbi affirmat mulierem SCto Velleiano renunciare posse. Tertio Barto. habet hanc rationem, *in l. interdum. ff. de minor 25. annis*, quam *in d. loco* Wesenb. ex Bart. similiter refert, nimirum eandem esse leuitatem renunciationis quam intercessionis. Quarto Fr. Connan. *in suis comment. iur. civil. de fideiuss.* eandem sententiam defendit sumitque argumentum ex *l. quamuis. 8. §. interdum. ff. ad S. C. Velleian.* vbi dicitur quod mulier ex intercessionis soluens, habet conditionem: Ergo inquit Conna. vt soluendo sibi non praedictat mulier ita nec renunciando. Hanc etiam sententiam defendit Hieron. Franc. *d. l. 2. ff. de reg. iur. num. 44.* Quintum argumentum praeteresse ex comparatione militis & mulieris, vt enim nec miles potest interuenire, ita nec foemina. Miles autem, ne † volens ²¹ quidem ad tutelam admittitur, ne ab usu armorum abstrahatur. §. *item maior. Ver. idem C. in milite. supr. de excus. tut.* Ergo nec foemina etiam volens ad fideiussionem admittitur, ne fragilitas sexus in perniciem substantiae eius couertatur, §. *1. supr. quib. alien. lic. vel non. Sex. u* argumentum est ex *d. l. qui exceptionem. ff. de condit. indeb.* vbi dicitur filiumfam. non posse renunciare SCto Maced. quod in eius fauorem est introductum. Ergo nec foemina potest renunciare SCto Velleiano quod similiter in eius fauorem est introductum. Fr. Duaren. *in tit. ad S. C. Velleia.* distinguit, inter renunciationem, quae fit tempore necessitatis, & eam quae fit post intercessionem, illam dicit non valere, hanc valere affirmat, *in l. si conuenerit. ff. de re iudic. ex l. 5. l. §. 5. ff. ad S. C. Velleian.* vbi fit renuncatio licite post intercessionem.

Sed hisce opinionibus & sententiis relictis contrariam sententiam putamus esse ve-

- 22 riorem, mulierem scilicet & in ipsa in recessione & ante eam & post eam renunciare posse. *l. fin. C. quando mul. tut. fungat. Linberrus. 20. C. ad S. Velleian. Nou. 94. c. 2. Nou. 118. c. 5.* Eamque sententiam defendit insignis prædictus Andr. Garl. lib. 2. *obs. pract. obs. 77.* Nunc igitur necessarium erit ad illa sex argumenta respondere, quibus alii contra nostram sententiam vtuntur pro sua sententia confirmanda, quales sunt Bart. Wefenb. Fr. Conan. Hieron. Francus, & si qui sunt alii: Et quidem primo non obstat *d. l. femina. 2. ff. de reg. iur.* quæ dicit feminam non posse intercedere, & *d. l. si Titius 48. ff. eod.* vbi dicitur frustra intercedere mulierem, & *d. l. 1. ff. ad S. C. Velleian.* vbi dicitur SCrum plenissime esse comprehensum, ne pro vlla femina intercederet. Hac, inquam, non obstat, quia hæc ita accipienda sunt, ne cum effectu mulieres intercederent. Habent enim perpetuam exceptionem mulieres intercedentes, SCti scilicet Velleiani, quam dum opponunt, tutæ sunt, cum alias ipso iure intercedere possint *tot. tit. ff. C. ad S. C. Velleian.* Effectu igitur inspecto frustra intercedit mulier, quia & damnum non patitur & tuta est perpetua exceptione. *d. l. qui exceptionem. 40. ff. de condit. indeb.* Si tamen mulier prius edocta voluerit renunciare SCti beneficio, potest id facere, cum quilibet & iuri pro se introducto renunciare possit, *l. pen. C. de pact. l. si quis in conscribendo. C. de Episc. & cleric.*

- Secundo non obstat fragilitas sexus, quia illa nihilominus hic consideratur, & plurimum attenditur, quia mulieres habent beneficium & privilegium magnum scilicet excepti. SCti Velleian. propter fragilitatem sexus indultum, quo sicuti volunt tutæ sunt: Si autem eo uti nolunt, sibi id impudent, cum ut dictum est tum favori suo renuncient, & scienti ac volenti non fiat iniuria *6. scienti. le. reg. iur. in 6.* Deinde tertia ratio Bart. non obstat, eandem scilicet esse leuitatem & facilitatem in renunciando quam in intercedendo. Hanc enim veram esse negamus, cum certum sit facilius induci posse mulierem ad spondendum, ad intercedendum, ad intercedendam pro alio, propter sexus fragilitatem quæ multis captationibus est obnoxia, quam ad renunciandum. Vnde etiam exceptionem hanc opponere, eaque tuta esse potest; Si vero mulieri opponitur, indicatur & declaratur hoc, si tum omittit beneficium & privilegium, quo uti posset, sibi id impudet; Alias si non excipitur hoc privilegium, sunt sepe eius ignaræ mulieres, & si sciunt, forte non tacerent. Hinc hodie fere omnibus instrumentis intra priuatos patres confectis solet inferi mulierem expresse renunciasse suo beneficio. Donare autem & potest mulier, quia præsumitur non facile id factura, cum alias mulieres natura sint reuaces & auaræ.

- Quarto non obstat ratio Fr. inc. Conani. Nam alius est animus mulieris soluentis, alius renunciantis. Cum mulier soluit, ignorat se tali beneficio gaudere, & ideo conditionem seu repetitionem eius, quod dedit, habet. Cum vero renunciat voluntarie, & eo beneficio sese abdicat, nec soluendo præsumitur mulier tacite renunciare SCto Velleiano. Nemo enim suum iactare creditur.

- Quinto non obstat, quod de comparatione misitæ est adductum, eum scilicet ne quidem volentem ad curam gerendam vel tutelam administrandam admitti, quia id in milite est constitutum, ob publicam vtilitatem, ne facile ab armis abstrahatur. per quod Imperij vires possunt minui, simile in femina non obtinet. Nec constitutum est, unde ad intercessionem admitti potest femina, & si edocta & admonita sui beneficii, ei expresse renunciauerit, quemadmodum supra dictum fuit.

Sexto & ultimo non obstat id, quod dicitur *ex d. l. per exceptionem. ff. de condit. indeb.* filiumfam. scilicet non posse renunciare SCto Macedon. Ergo nec mulierem Velleiano. Respondet namque Glossa, quod SCrum Macedon. sit introductum in pœnam & odium creditorum. *l. sed si paterfam. §. fin. ff. ad S. C. Macedon. S. C. vero Velleianum in ho-*

morem mulierum est introductum, cui quilibet potest libere renunciare, quemadmodum supra dictum fuit, *l. probatur ea sententia. in l. Slt. C. ad S. C. Velleian.* neque ea lex est intelligenda de iudiciali renunciatione, sed de ea, quæ fit extra iudicium, id quod ex verbis intelligitur: Et sic ad iudicem. Et hæc sententia porro confirmatur apertissime *in d. l. subemus. C. ad S. C. Velleian. & in l. Slt. C. quando mulier offic. tut. fung. Nov. 94. Nov. 18. & forte etiam hoc hic virgeri posset, intercessionem vel fideiussionem virile esse officium d. l. 2. ff. de reg. iur.* Mulieri tamen id similiter concessum est, *l. 1. §. 1. ff. eod.* Et recte Faber *in d. l. 2.* verbum intercedendi de effectu accipit, quasi non possint intercedere, hoc est, si nolint id facere, seu si uti velint exceptione S. Cti, cui tamen si renunciant edoctæ, suo iure se abdicant. Manet igitur verum extraiudiciale conventionem de intercessione posse fieri à muliere, ut hætenus probatum fuit. Iudicialis autem quin fieri possit à muliere dubium non habet, quando scilicet mulier est parata iudicium accipere, hac conditione, ut caueat se non usuram exceptione, idque probatur per *d. l. Slt. §. pen. ff. ad S. C. Velleian.* Ideo quia in iure quasi contrahitur *l. 3. §. item scribit. ff. de peculso. 2.* Ne iudicia reddantur elusoria & decipiatur actor, quemadmodum Welsenb. *in paratis ff. ad S. C. Velleian. num. Slt.* elegantissime tradit.

Ad thesin 4. & 5.] Præscribitur hic † modus fideiussionis, scil. quod fieri possit pure⁷⁸ vel sub conditione, vel ad tempus, vel ex tempore, quemadmodum etiam supra de stipulatione dictum fuit: Et si constar fideiussorem vere fideiussisse, præcise fideiussor absq; omni exceptione creditori actione ex stipulatu obligatur, exceptionesq; omnes reales pro reo principali competentes etiam fideiussori dantur cum accessorium principale sequatur. *e. accessorium. de reg. iur. in 6.*

Ad thesin 6. 7. 8. 9.] Fideiussores omnes † si plures fuerint ipso iure in solidum tenentur, *l. non recte 3. l. reos. 23. C. eod.* nisi ab initio aliter inter eos fuerit conventum, quia conventio dat legem contractui. *l. contractus. 24. ff. de regul. iur.* Hoc tamen mutatum nunc est per Epistolam D. Hadriani super hoc emissam, quæ singulis fideiussoribus † beneficii³⁰ diuisionis indulget, hoc est, concedit, ut possint diuidere inter se obligationem, opposita exceptione Epistolæ Diui Hadriani. *l. inter eos. 51. ff. h. tit. n.* hoc est, ut portiones seu partes inter se dent, nec ad totum seu solidum dandum obligentur. Sed huic assertioni obiicitur *l. Sltim ff. rem pupilli saluam fore.* vbi dicitur cessare hoc beneficium vel hanc exceptionem & opponi non posse, quando plures pro vno tutore fideiusserunt. Ergo verum non est fideiussores teneri in partes tantum dandas, hac opposita exceptione. Respond. Quod *in d. l. Sltimo* disponitur, id pro substantia materiæ ratione intelligendum est, in eo casu, quo plures pro tutore fideiusserunt, rem pupilli saluam fore, idque ideo est constitutum & receptum, ne vna causa in plures diuidatur cum pupilli incommodo, & quia vnus tutoris in solidum obligati vicem sponte subierunt. Quare si pro diuersis tutoribus plures fideiussores interuenissent, diuiditur obligatio quemadmodum & inter plures tutores. *l. 1. §. nunc tractamus. ff. de tutel. & rationibus distrabend.* quoniam hi tutelæ onus inuiti subire coguntur, quemadmodum Dn. Mynsing. *in §. si plures. num. 6. h. tit.* recte sentit. Secundo obiicitur *l. si plures. 27. §. Sltim. ff. de fideiussor.* vbi obligatio diuidi non potest. Ergo beneficium diuisionis ex Epistola D. Hadriani locum non habet inter fideiussores. Respond. Fideiussor hoc loco alienum fideiussorem dedit, vnde inter eum & principalem fideiussorem non magis diuidetur obligatio, quam inter eum & fideiussorem, cum † is fideiussor, cui alius accessit rei principalis loco esse videatur, quemadmodum *in d. l. si plures. §. Slt.* affirmatur.³¹

Tertio obiicitur *l. inter ei. 51. §. duo rei. ff. eod.* vbi dicitur inuitum creditorem non posse cogi diuidere actiones inter omnes fideiussores si duo rei promittendi separatim fideiussores dederunt. Respond. Verum est ¶ cessare hoc beneficium diuisionis, quando pro eodem debito plures fideiussores interueniunt, sed non pro eodem debitore, veluti si duo eandem rem promiserint, & vterque eorum fideiussorem dederit, non diuiditur inter istos fideiussores obligatio, sed singuli in solidum tenentur, quia reuera fideiussores non sunt.

Quarto obiicitur *l. si dubiter. 10. §. ita demum. ff. de fideiussorib.* vbi dicitur beneficium diuisionis ex epistola D. Hadriani locum non habere, si fideiussores inficientur. Resp. Vt in toto iure inficiantium poena maior est, vnde & vasallus feudum amittit: Ita quoque hoc in loco ¶ inficiantium poena hæc est, quod nō habeant beneficium ex epistola D. Hadriani. Nam inquit Ictus Vlp. in *d. l. si dubitat. §. ita demum* inficiantibus auxilium diuisionis non est indulgendum. Manet igitur verum auxilium diuisionis habere fideiussores regulariter, quamuis rectis casibus id eis denegetur & hosce casus Mynsing. ex gl. refert. Tum autem habet id beneficium quando ¶ opponunt exceptionem, quam si non apponit aliquis & solidum seu totum debitum soluit, id quod suam portionem excedit neque à creditore neque à fideiussore repetere potest, *l. si fideiussor. 39. h. tit. n.* quia videtur beneficiū D. Hadriani repudiasse. *l. cum aliter. 11. C. eod.* Sed obiicitur *l. qui exceptionem. ff. de condic. indeb.* vbi dicitur eum qui turis est exceptione perpetua & fauorabili, solere repetere. Ergo & hic repetitionis locus esset. Resp. Gl. in *Verb. partes*, putat hanc non ita esse fauorabilem, sicuti illa, de qua ibi agitur, scil. SCti Velleiani. Et ideo idem statui non debet. Deinde notandum est secundum generalem hanc anomaliam potius esse exceptionē, non exacte dilatoria, non exacte peremptoria, quamuis tamen communiter etiam placeat eam esse dilatoriam, vt D. Niger in *publ. dispnt.* affirmauit.

Ad thesin 10. 11. 12. ¶ Agitur hic de secundo beneficio quod indultum est fideiussoribus, & quidem à Iustin. Imp. nimirum quod fideiussores possint prius ¶ excutere debitorem principalem, qui si est soluendo, ipsi non tenentur; Si vero non est soluendo ipsi fideiussores conueniuntur, & hoc vocatur beneficium ordinis. Sed huic ex Iustin. constit. opponitur *Nov. 4. c. 1.* vbi dicitur Papinianū eius rei autorem fuisse: Dicitur aut ibi in græco *ἢ ὁ τῶν τε πρώτης ὑφ' ἧν ποῦ μὲν* id est, quod primus fuerit autor, & primus suaserit, quibus verbis adduci aliquis facile potest, vt credat, Iustin. non esse auctorem. Resp. Papinianus non pro certo tradidit, nec vnq̃ lege lata vel constituto iure induxit, vt ante fideiussorem reus conueniretur, & excuteretur: Sed Papin. ea opinione fuit, vt putaret iustum & æquum valde fore ita constitui: sane nullum verbum, nullum responsum, nulla lex est, quæ huius rei vel minimam afferat suspensionem, sed vbiq̃ dicitur arbitrii creditorum id est, vtum velint primum conuenire, nec est ratum in nostro iure Ictos aliquid suasisse, idque ¶ Imperat. postea suis constitutionibus confirmasse. Ergo recte dicimus hic ex Iustiniana constitutione primum beneficium ordinis fluxisse. Hæc autem exceptio locum non habet tum quando principalis debitor abest, *Auth. presente. Verf. absentis. C. eod. Nouiss. 4. Verf. si vero.* Cui opponitur *l. postquam. §. in prim. ff. Et legat. seu fideicom. seruand. causa. cautur.* Resp. loquimur hic de vera oblatione, nec loquimur de absentia apud hostes. de qua *d. l. postquam*, est intelligenda.

Ad thes. 11. ¶ Elegimus hac thesin quæstio proponitur, an scilicet qui fideiubendo semel se constituit principalem, beneficium habeat excusationis. Et putamus cum Andr. Gail. 37 lib. 2. obs. 28 num. 2. eum beneficio illo ¶ excidisse, nec posse dici eum amplius ad ordinis exceptionem intentandam esse admittendum. Rationes huius rei hæc sunt. Primo, quia quilibet

quilibet suo iuri renunciare potest, quod hic facit, dum se principalem constituit. *l. pen. C. de pact. d. l. si quis in scribendo. C. de sacro sanct. Ecclesis.* Secundo quia videtur hic esse novatio. Novatione autem prior obligatio tollitur, dum fideiussor se principalem constituit. *tot. tit. ff. de novat. §. praterea. supr. quib. mod. toll. oblig.* Sed obicitur ita; quod fideiussor pro alio quamvis se principalem constituat, tamen ex natura eius, quod accedit non tollitur obligatio prior, sed manet, nec praesumitur voluisse statim suo iuri renunciare cum alienam obligationem in suam fidem recipiat, ergo ex aequitate dicendum est hoc casu eum beneficium excusationis non amisisse. Respond. Id eo casu procedere potest, quando expresse constat an se principalem constituerit ad soluendum, alias si id expresse constat, nulla ratione eum ad beneficium excusationis sibi usurpandum esse admittere putamus, vide id latius explicante *Gail. d. obf. 28. num. 4.*

Ad Thef. 14. 15. 16.] Agitur hic in thesibus seqq. de tertio beneficio quod habent fideiussores, scilicet de beneficio cessationis, † quo vnus ex duobus pluribusve fideiussoribus 38
vnus ce nuentus & solidum soluere paratus, impetrare potest, vt stipulator compellatur ei
ceterorum vendere nomina. *l. fideiussor. 17. ff. eod.* Et antequam fideiussori tales actiones
cedantur poterit creditori denegare solutionem debiti, *Schneid. W. ad §. si plures. nu. 23.*
Nam † si post solutionem petatur creditor eam cedere non potest. Id quod colligi potest, 39
ex l. cum alter. 11. C. de fideiuss. vbi dicitur, quod obtineat fideiussor cessis sibi actionibus
hoc est postquam cessae sunt actiones. Nam ita ablatiui consequentiae resolui debent:
Ratio huius rei subiici potest talis, quia nulla actio & obligatio ipsi contra fideiussores
superest. Solutione enim vnus ceteri liberantur, nisi solutionem pactam de cedendis
actionibus praecesserit, idque est *ex l. Modestinus 76 ff. de solut.* vbi dicitur si non ante so-
lutionem, sed ex intervallo post solutionem actiones cessae sunt, cessioe nihil est actum,
id est, cessio est inutilis, quia nulla superest actio quae per solutionem est perempta, §. 1. *infra.*
quib. mod. toll. oblig. d. l. Modestinus in fine. Et hanc sententiam simpliciter legitur *Schneid. W.*
in d. §. si plures. num. 24. h. tit. num. Quem sequitur *Weslen. in paratis ff. num. 6. Verisitem si*
vnus. h. tit. num. quam sententiam hic respondens quoque est secutus hac ratione, quia
quod quis non habet, quod est solutione peremptum, alteri dare non potest, solutione
actiones cedendae sunt sublatae; Ergo alteri dari non possunt.

Ab hac ramen sententia alii recedunt, & putant solutione ab vno fideiussore facta
post cessationem actionum † non extinguí obligationem. Qua in sententia est 40
Connan. in comment. iur. civil. tit. de fideiussor. Quem sequitur *Dominus lageman. in d. §. si*
plures. h. tit. nu. Et quidem putant se satis fundatos esse. *in l. cum is 36. h. tit. nu.* vbi est talis
casus: Titius fuit creditor, is ab vno ex pluribus fideiussor. puta à Sempronio accepit pe-
cuniam, accepta demum pecunia hoc est postquam accepit Titius, creditor cessit Sem-
pronio post factam solutionem actiones dicit Ictus, dici forte posse nullas iam esse am-
plius actiones forte extinctas per solutionem, cum Titius creditor suum percepit
& perceptione omnes liberati sint. Postquam hoc ita Ictus Paulus *in d. l. cum is, &c.* mo-
uit responderet hoc modo. Sed non ita est, quasi dicat, solutione ab vno facta non est ex-
tincta obligatio; Non enim, inquit, insolutum accepit hoc est non animo tantum solu-
endi Sempronius, vnus ex fideiussoribus dedit. Sed quodammodo nomen debitoris
vendidit, hoc est, vt *Connanus in d. loco* explicat elegantissime; Cessio haec similis est ven-
ditioni facta à creditore Titio, ac perinde est ac si creditor eam accepto pretio vendi-
disset fideiussori actionem: Animo enim tollendae obligationis non soluit fideiussor, sed
vt eam sibi acquireret, & loco debitoris constitueretur, adeo vt non principalis tantum
obligatio sed ius pignoris si quod habuit, creditor cedere ei cogatur. *l. creditori. C. eodem.*

- Hac sententia similiter retenta & defensa, non obstant ea, q̄ pro priori sententia probanda fuerunt allata, & quidem primo nihil ad rem facit *d.l. cum alter num. C. eod.* ubi dicitur, obrinere aliquem cessis actionibus. Ergo sunt cedendæ actiones, quia id eo in casu etiam locum habere potest, quando vel ante solutionem vel post solutionem cedantur, prout iam explicatum est, vel dicendum, eo in casu cessas fuisse actiones ante solutionem & forte ita casum de facto incidisse. Illud autem generaliter statuendum est, ante vel post solutionem cessas actiones fideiussori proficere. Deinde nihil obstat *d.l. Modestinus. 76. ff. de solut.* Nam non loquitur de fideiussoribus, quorum ne minimo vocabulo facit mentionem, nec mirum cum contrarium in *d.l. cum 16. de fideiuss.* sit decisum, sed expresse de tutoribus loquitur in verbis. Omne quod ex causa tutelæ debetur. Diuersitatis ratio hæc est, quia hæc beneficium cedendarum actionum est necessarium tã fideiussoribus quam tutoribus. Fideiussori enim ꝑ nisi cessæ fuerint actiones à creditore, nulla competit actio contra eum, qui vna fideiussit, *d.l. & l. fideiussor 39. ff. eod. d.l. cum alter. 1. C. eod.* Idem æquum est cum post solutionem factam ad repetendas partes habere etiam actiones cessas. Tutori vero qui soluit solidum, id est, in solidum satisfecit pupillo, ex causa tutelæ, licet etiam pupillo nulla actio cessæ fuerit, competit tamen utilis actio aduersus contutores. *l. 1. §. nunc tractamus. Vers. & si forte quis. ff. de tutel. & rationib. distrab.* Alia ratio diuersitatis est in *d.l. cum 16.* ubi dicitur: Non enim in solum accepit, hoc est, non est sublata actio solutione, quemadmodum supra dictum fuit.
- 42 Ad Thef. 17. & 18.] Agitur hic de actionibus, quæ competunt fideiussori. Habet autem mandati actionem contrariam, si rogatus est soluere pro alio. Deinde habet actionem negotiorum gestorum, si sponte pro absente fideiussit. & tum ex quasi contractu obligatus, repetit id quod soluit. Et potest soluere fideiussor propria autoritate, cum contrarium alias non reperitur decisum.
- 43 Ad Thef. 19. 20.] Affirmatur fideiussorem quidem in ꝑ criminalibus causis recipi posse & quidem hac conditione si fideiussores ad pœnam pecuniariam non corporalem obligentur, idque satis constat ex *l. si quis 4. ff. de custod. & exhibit. reorum*, ubi dicitur, si quis reum criminis non exhibet pro quo fideiubendo satis dedit, pœna pecuniaria plectatur, nisi dolus id arguat. Tum enim extra ordinem puniri potest, hoc est, arbitrio iudicis non tamen pœna corporali, quia in pœnis semper mitior & benignior interpretatio est sequenda. *cap. in penis. de reg. iur. in 6. Welsch. in parat. ff. num. 4.* Sed obicitur *Auth. neminem. C. de custod. reorum*. ubi dicitur, quod fideiussores pro crimine debent detineri, & quod possint adhiberi fideiussores quando pœna & criminalis corporalis est inferenda. Respon. In dubio dicendum est adhibitos fuisse quidem fideiussores, sed tamen non ita, vt ipsi fideiussores pœna capitali sed pecuniaria afficiantur, vel dicendum, *d. Auth.* esse dubiæ autoritatis ex Basilicis restitutam & à Pacio adiectam. In verustioribus enim Codicibus non habetur, vnde ei fides merito habenda non est. Secundo obicitur *l. 4. in princ. ff. si quis cauit. in iud.* ubi Ictus Vlp. ait. Sed & si quis rei capitalis ante condemnatus iudicio sistere se non potuit merito huic ignoscitur: dixerit aliquis, quomodo ergo hæc exceptio damnatur & fideiussoribus eius est necessaria, ex quo colligi posse videtur, pro reo capitalis criminis fideiussorem dari posse. Respond. Si paulo diligētius circumspectiamus & attendamus ad præcedentia in *l. 3. & 2. ff. eod. tit. si qui cauit. & c.* apparer nihil minus inde colligi posse. Agit enim Vlp. de exceptione, quæ competit ei, qui cautioni in iudicio sistendi causa à se factæ non obtemperauit ob iustam causam, puta quod à magistratu sit retentus, quod propter temporis angustiam adesse non potuerit, vel ob tempestatem, vel ob quamcunq; aliam causam, quarum multæ referuntur.

tur in d. l. 2. His quoque vlp. in d. l. 4. hanc causam annumerat, si rei capitalis ante sit condemnatus. Non igitur fideiusor accessit ei causæ, ex qua rei capitalis principalis est cõdemnatus, sed alii cuidam. Quæritur vero an hæc exceptio fideiussoři profit, quod sane maximum habebat dubium. Nam alias t̃ deportatio rei ñ liberat obligatione fideiussoři. *l. i. c. de fideius. l. ii. c. de except.* Verum hoc in casu nostro ita se res habet, quia qui capitaliter quidem condemnatus est, sisti non potest, nec tamen hoc quidem excusaret fideiussořem, sed illa condemnatio contigit ante diem, quo sisti reus debebat, quod si post diem contigisset, fideiussoři hæc exceptio nihil quicquã profuisset. *l. 26. c. de fideiussoř.* quemadmodum hæc doct̃s. explicat Cuiac. *lib. 20. obseru.* Et norandum est eum fideiuls. qui se obligat pro incarceratione debere expectare litis euentum, & in ealite perseuerare vsque ad sententiam absolutoriam vel condemnatoriam, quod si non facit dimidiam partem bonorum vel omnia bona amittit. Ad pœnam autem se non obligat, quia illa t̃ venit ex officio iudicis ex sententia condemnatoria vel absolutoria. In criminali igitur causa fideiussoř assumptus cautione fideiussořia se saltem ad pœnam pecuniariam obligat omnium bonorum, vel maioris vel certæ partis bonorum, nam alias in duriorẽ causam accederet, quod fieri non potest, vt infra dicemus.

Ad Theſ. 21. 23.] Fideiussoř in causam duriorẽ ipsi principali t̃ obligari non potest, in leuiorem potest. §. *fideiussořes. h. tit. num.* Nam eatenus obligatur fideiussoř, quatenus principalis tenetur. Duarens in *titul. de fideius. cap. 3.* & vt Mynsing. ex Dd. refert hic in §. *fideiussořes.* Fideiussoř extensiuẽ obligari non potest, intensiuẽ potest, id est, est firmitus. Sed obicitur, seruus naturaliter obligatur extraneis & ipsi domino. *l. serui. 1. ff. de ob. & act. l. fideiussoř. 16. §. 2. ff. eodẽ.* Huic accedere potest fideiussoř, §. *in omnib. h. tit. n.* §. *l. c. m. fideiussoř 35. l. si a 100 70. §. adeo ff. eod.* Et hic civiliter per stipulationem obligatur, ergo in duriorẽ causam accedere fideiussoř potest. Nam durior est civilis obligatio, ex qua actio datur quam naturalis. R̃ spon. quod de obligatione dicitur, id saltem formam respicit, nam ratione obligationis firmitus se quis astringere potest, vt in theſ. 23. affirmamus, & sibi quis imputet, qui scire debet se pro eo intercedere, qui nõ adeo firmiter fuit obligatus. respectu tamẽ effectus intercessionis, durior causa nõ est, quia nõ t̃ multitudo & sumitas obligationum, sed debiti quantitas duriorẽ causam fideicommissionis efficit; Et hoc Dn. Welenb. constanter ita asserit in d. §. *in omnib. n. 4. h. tit.* Secundo hic obicitur *l. mora 88 ff. de verb. ob.* Sed quid ad illam legem sit respondendum §. *ad l. certũ capua. ff. de eo quod cert. loco.* supra satis dictum fuit, q̃ hic repetere otiosum esset. Vltimas autem ex t̃ mora præstare fideiussoř tenetur, in quas simpliciter assumptus se obligauit, *l. amissa h. tit. l. quaro. ff. locati,* quia rei mora ipsi fideiussoři quodammodo est communis, *Conan. c. 7. de fideiussoř. in princ.* Non enim auget obligationem quod iudicis officio accedit *l. non quicquid. ff. de iudic. d. l. cẽrum capua.* Nec illud q̃ in legatorum, fideicommissorum vel tutelæ iudicio venit per tutoris officium, si his fideiussořes accesserint, auget obligationem. *l. i. §. 1 ff. de suris. l. 10 ff. rem pupilli sal. & fore. l. fideiussořes §. 1. h. tit.* Tum autem mora Rei fideiussoři nocet cum tempore, quo petitio vel actio competit, non sit solum. *l. nuda ff. de contract. emt. & committ. stipul. Gail. lib. 2. obseruat. 27.*

Tertio obicitur *l. qui res 98. §. mihi 10. ff. de solut.* vbi in diẽ p̃missum ante diẽ peti potest. Resp. loquitur ille text̃ de adiecto solutioni, q̃ nihil habet cõmunẽ cũ fideiussione. Nã fideiussoř, p̃ principali debito obligatur; Ei vero q̃ solutioni adicitur minime obligatur, sed tamẽ illi solui potest, id q̃ Dn. Mynsputat. Quarto obicitur *l. nõ quẽadmodũ. 35. ff. de iudic.*

iudic. ubi fideiussor se obligare potest. Respon. non probatur ex illa lege plus esse in accessoria obligatione, quam in principali tempore. Nam cum fideiussor antequam principalis obligetur interuenit, in pendenti est eius obligatio donec principalis promittat, nec interim teneretur, quia in sententia est Myning. & expressè constat ex princip. dict. l. non quemadmodum. Deniq; obicitur § si tamen aliena. *supr. de rerum diuision.* Respon. est alius casus ibi, & in l. si in emtore in pr. ff. de contrah. emt. q. agim? hic de accessione obligationis, nō de accessione naturali, de qua in d. § si tamē, & in d. l. si in emtore agitur, ut gl. hic notat.

- 49 Ad Thes. 22. § Si in maiorem summam promisit fideiussor, quam reus, & ita in duriorē causam se obligauit fideiussor. Quæstio est ꝑ an obligatio plane nulla contrahatur, an vero contrahatur obligatio pro ea causa vel summa, in qua est obligatus reus principalis? Et videbatur dicendum, quod omnino nō valeret illa obligatio, hoc est, quod tota esset inira, quia fideiussio fit stipulatione, quemadmodum *supr.* dictum fuit, si autem quis aliter promittit, quam est interrogatus, puta si quis stipuletur decem, & alter promittat 20. inutilis omnino est stipulatio, § præterea, *supr. de inutil. stipulat.* Ergo & hoc casu idem videtur dicendum scilicet omnino fideiussionem esse irritam & nullam, sed quomodo dictus § præterea cōcilietur cum l. 1. § si stipulanti. ff. de verb. ob. *supr.* in materia stipulat. ad thes. 22. est expositum; Hoc autem non obstante rectè affirmamus in eo casu fideiussorem teneri tantum in id, quod vere à Reo debetur. Nec obstat. l. grace 8. § illud. 7. ff. de fideiussor: ubi dicitur, si fuerint fideiussores in duriorē causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari, id est, eos penitus non obligari & obligationem esse nullam, quemadmodum etiam antiqua & Florentina lectio habet secundum d. §. præterea. Hæc inquam lectio non obstat quia Holoander restituit illum textum ex archetypo, & ita legit, placuit eos non omnino obligari? eos non in totam summam illam excedentem principalem obligationem etiam obligari, sed tantum in eam, quam debet principalis. Et hanc lectionem amplectitur Myning, in § fideiussores. nu. 7. h. tit. & Welenb. hic in paratit. num. 5. Et affirmat Connan. lib. 6. comment. sur. ciuil. c. 6. In iudiciis, quoad summam minorem inesse in maiore & fideiussores, ut Iustin hic dicit, in plus se obligare non possunt, quam principalis debitor debebat, unde sane explicationem d. l. grace § illud. optime accipere potest, quamuis secus sit in stipulatione, ut *supra dictum fuit.* Hæc habet Connanus licet postea adiciat nullam esse legem, quæ dicat fideiussorem hoc casu in id tantum teneri, quod vere principalis debet, quod tamen si cum mente Iustiniani conferretur, facile conciliari potest, ut *supra dictum est.*

- 50 Ad Thes. 21. m. Agitur hic de eo quemadmodū fideiussio cesset. Cessat ꝑ si promissum præstat, & si alio modo fides promissa tollatur. Paupertate vero vel morte debitoris non exinguitur fideiussoria obligatio, semper enim speratur principalē & fortunam bonam reddituram, vel fideiussorem ipsum.

- 51 Ad Corollarium. Quæstio est, An ꝑ creditor cogatur liberare fideiussorem accipere etiam si alius magis idoneus offerretur? Nos putamus creditorem cogi non posse. Sed opponitur, Fideiussores accipiuntur ut quod debetur tutius debeat. Dum igitur æque tuto debeat, quod si alius idoneus magis offertur, non potest cogi prior fideiussor, ut in obligatione maneat. Resp. Vt inuito creditori in strictis iudiciis ꝑ aliud pro alio solui non potest. l. 2. ff. de reb. credit. ita inuito creditori in hoc fideiussionis stricto contractu alius fideiussor magis etiam idoneus obrudi non potest.

Nam & alias certum est non posse quid dissolui, nisi eo modo, quo est colligatum. Dum igitur verbis consentientibus, hic contractus est initus, verbis cum dissolui necesse est. l. nihil tam naturale. ff. de reg. iur. Amplius contra hoc Corollarium disputari non potest.

potest. Rectius igitur debuisset Corollarii loco poni illa quaestio satis disputabilis: An mulier S^cto Velleiano renunciare possit, quæ supra satis est explicata.

DISPVATIO. XXVIII.

De emtione & venditione.

CONTINVATIO.

Supereſt vt de obligationibus, quæ ſolo conſenſu ſunt, videamus, poſtquam de obligationibus, quæ re, verbis, & literis contrahuntur, actum fuit.

Theſ. 1. Conſenſu ſunt obligationes in emtione venditione, locatione conductione, ſocietate, mandato.

2 Ideo autem iſtis modis obligatio dicitur conſenſu contrahi, quia neq; ſcriptura, neq; præſentia omnimodo eſt opus, at nec dari quæ iam neceſſe eſt, & hinc inter abſentes quoque talia negotia contrahuntur veluti per epiſtolam vel per nuncium.

3 Et his contractibus alter alteri obligatur, in id quod ex bono & æquo eſt præſtandum.

4 De emtione & venditione primum erit diſpiciendum, in qua veteres promiſcue appellationibus uſi ſunt.

5 Emtio & venditio eſt contractus iuriſgentium, nudo conſenſu initus, de merce certo precio, animo domini transferenda eſt habenda.

6 Conſenſus igitur fit in rem certo precio dandâ. Non enim contrahitur emtio & venditio, niſi de precio fuerit conuentum, quamuis pretium nondum ſit numeratum, ac ne arrha quidem data fuerit.

7 Si forte contrahentes diſſentiunt in precio vel in corpore imperfecta eſt emtio.

8 Merx deinde ſeu res, quam venditor præſtat, talis eſſe debet, quæ ſit in commercio, quamuis res ſit futura, & ſperetur quemadmodum etiam ſpei emtio.

9 Et hæc res tranſit cum ſua cauſa ad emtorem.

10 Pretium quoque ſit in emtione, ſine quo emtio eſſe non poteſt & in pecunia numerata conſiſtit, vnde à permutatione diſſert, qua res ſeu corpus pro re datur.

11 Et hoc pretium in alterius arbitrium conferri poteſt, quod ſi fuerit factum, ſiquidem ille pretium definiert, in eo valet emtio, ſi vero aut noverit, aut non potuerit definire pretium nihil actum cenſetur.

12 Venditæ autem res ac traditæ non aliter emtori acquiruntur, quam

si is venditori pretium solucrit vel alio modo satisfecerit, vel nisi fidem emptoris venditor secutus fuerit.

13 Et hæc ita in emtionibus, quæ sine scriptura fiunt, obtinent, in iis vero quæ scriptura perficiuntur ex Iustiniani constitutione non aliter perfecta est emtio & venditio, quam si instrumenta emtionis fuerint perscripta.

14 Donec enim aliquid deest ex his, & pœnitentiæ locus est, & potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emtione & venditione.

15 Perfecta emtione & venditione periculum rei venditæ re nondû tradita, statim pertinet ad emptorem.

16 Et hic contractus fieri potest pure & sub conditione, & quidem ab iis personis, quæ habent liberam suarum rerum administrationem, unde filii cum patre venditio, & à furioso, minore, pupillo, facta, nullius est momenti.

17 Bona fides quoque in eo, qui pro emptore prossidet, requiritur duobus temporibus, quo ad usucapionem, initi scilicet contractus & traditionis.

18 Emptio porro, hoc est, rei venditæ per sententiam iudicis ablatio, in emtione etiam locum habet, & quidem naturaliter emtioni inest.

19 Dum etiam emtio & venditio utriusque gratia contrahitur, dolus & culpa in eo præstanda venit.

20 Denique ex hoc contractu duæ nascuntur actiones ex empto & vendito, quemadmodum *instr. in tit. de action.* dicitur.

Corollarium. An emptor ad rei traditionem venditorem cogere possit, si rei tradende facultatem habeat, quaeritur? Nos venditorem tum cogi posse putamus, eaq; communis est sententia.

DISPUTATIONIS XXVIII.

De emtione & venditione, obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 Obligationes solo consensu contracta qua sint.
- 2 Emptio & venditio an in scriptura etiam fieri possint.
- 3 Emptio & venditio quomodo contrahi dicantur solo consensu.
- 4 Emptionis & venditionis contractus, an pretii dationem requirant.
- 5 Consensus an in omnibus contractibus de substantia sit.
- 6 Obligatio in id quod ex aquo & bono est præstandum, quomodo intelligatur.
- 7 Emptionis & venditionis vocabulis promiscue & si sunt veteres.
- 8 Actio ex empto, significat actionem ex vendito.
- 9 Emptio & venditio an sit contractus iuris gentium.
- 10 Nummi sunt iuris gentium sacri.

- 11 Verba non esse necessaria in emtione & venditione.
- 12 Error an emtionem impedit.
- 13 Coactus qui vendit, an sine consensu id faciat.
- 14 Emtionis partes principales quae sint.
- 15 Res in qua emtio consistit, qualis esse debeat.
- 16 Res sacra an possit esse in commercio, & an vendi possit.
- 17 Pretium emtionis consistit in pecunia numerata.
- 18 Traditionibus rerum dominia transferri quomodo intelligendum sit.
- 19 Emtionem dupliciter fieri posse.
- 20 Scripturam non ex necessitate iuris adhiberi in emtione.
- 21 Obligationi constituta renuntiare quis, adversario non consentiente nemo potest.
- 22 Emtione nondum perfecta, licet ab ea recedere.
- 23 Rei vendita periculum ad quem pertineat, emtione iam perfecta.
- 24 Vini venditi periculum ad quem pertinet.
- 25 Res vendita & nondum tradita, cui pereat.
- 26 Emtio & venditio pure & sub conditione fieri potest.
- 27 Bonae fides in emtione duobus temporibus requiritur.
- 28 Actiones ex emto tres.
- 29 Emptio quid sit.
- 30 Redditoris actio quid sit.
- 31 Actio de praescriptis verbis quid sit.
- 32 Emptor an etiam leuissimam culpam praestare cogatur.
- 33 Venditor an cogi possit ad rei traditionem, si res tradenda facultatem habet.
- 34 Res aliena si vendatur potest evinci.
- 35 Venditor quando liberari possit praestando interesse.

HACTENUS de obligationibus est actum, quae re, verbis, literis contrahuntur. Super est igitur ut nunc diligentius examinemus contractus seu obligationes, quae nudo & solo consensu contrahuntur & quidem inter hos praecipuae sunt emptio & venditio, locatio & conductio, societas mandatum. Inter has tamen quasi gemma propter quotidianum usum exercitium & commercium eminet emptio & venditio; unde de emtione & venditione utilissima materia nunc agemus.

Ad Thef. 2.] Consensu dicuntur contrahi haec obligationes ideo quia neque scriptura, neque praesentia opus est, nec dari quicquam necesse est. Contra hoc opponitur, quod etiam scriptura fiat emptio, id quod etiam in thef. 13. & 14. satis proponitur; Falsum igitur est scripturam non requiri. Respond. Verum est interdum in scriptura emtionem & venditionem celebrari posse; id autem non fit iuris necessitate sed ex utilitate & placito contrahentium, quibus ita placuit in scripturam contractum hunc esse redigendum. Dum igitur pacto & utilitate contrahentium id fieri potest, constitutum est a Iustiniano, non aliter eo casu perfectam esse emtionem & venditionem, quam si instrumenta emtionis fuerint per scripta. Hac igitur in parte Iustin: sua constitutione hoc pactum contrahentium custodire, tueri & conservare voluit. Non tamen sequitur ex iuris necessitate scripturam requiri: Recte igitur dicere possumus quod iuris necessitate inspecta non requiri scripturam, sed nudo consensu hunc contractum perfici posse. In hoc modo, contra datam solutionem; si nudo consensu perficitur hic contractus, quemadmodum expresse dicitur in l. 2. §. si res. ff. de contrah. emt. Sequitur falsum esse §. pretium institut. eod. ubi dicitur, nullam esse emtionem sine pretio. Ergo non perficit hunc contractum solus & nudus consensus. Resp. Dicitur quod ex

Imperat Iustin. *in hac thesi* non dari quicquam necesse esse in hoc contractu, unde videtur dicendum pretii datione opus non esse in hoc contractu, sed sciendum est contractum hunc perfici nudo & solo consensu *secundum d. l. 2 § fin.* Ad dominium autem rei emtæ transferendum omnino requiritur merce data ut pretium interueniat. §. *Vendita. supr. de rer. diuis. l. traditionib.* 20. C. de pact. alias ad perfectionem huius contractus non opus est rei traditione. Iusto & oppono *contral. nec emtio. §. aliquando. ff. de contrah. emt.* ubi dicitur sine re venditionem fieri posse; Ergo mercis datione opus non est, quod tamen in thesi & satis affirmatur. Resp. Ibi sunt casus quidam speciales, quando rei loco est spes, ut quando emitur captus piscium, auium, &c. emtio non est rei certæ sed incertæ, hoc est, spei. Denique quod affirmatis nudo consensu perfici hunc contractum, falsum videtur esse ex eo, quia nullus est contractus, nulla obligatio, quæ in se non habeat consensum, l. 1. §. *pen. ff. de pact.* Ergo non nudus consensus perficit emtionē, & venditionē, locationem, cōductionem, societatem & mandatum. Resp. Concedendum est in omnibus contractibus esse consensum: non tamen in omnibus contractibus principaliter de substantia consensus requiritur, sed in aliquibus res præponderant, in aliquibus verba, in aliquibus literæ, interdum etiam præponderat & præualer nudus consensus, licet ad dominium transferendum requiratur rei traditio ut supra fuit dictum.

Ad Thes. 3.] Affirmatur in contractibus alterum alteri obligari in id, quod ex æquo & bono est præstandum, † quod ita etiam intelligendū, dari scilicet in bonæ fidei iudicis iudicio potestatem ex æquo & bono æstimandi, quantum auctori restitui debeat. §. *in bonæ fidei. infra de action.* Et quamuis in arbitrariis etiam iudiciis æstimatio & arbitrium iudicis sit, tamen illud longe aliter se habet, præcedit in arbitrium iudicis, cui si non pareretur, sequitur condemnatio. Hoc autem iudicium est bonæ fidei, & nihil magis bonæ fidei congruit quam id præstari, quod inter contrahentes actum est, si nec quicquam conuenit, ea præstabitur, quæ naturaliter insunt huius iudicii potestati, l. *ex emtio. 11. §. 1. ff. de acquir. emt.* Interdum tamen iudex magis id debet sequi quod actum est, quā quod dictum est, quia sensus sæpe præualet & potior est quam verba, quæ sæpe sunt obscura, & sensu quodam ex actis prospici possunt, quemadmodum affirmatur in l. 6. §. 1. ff. de contrah. emt. & ibi gl.

Ad Thes. 4. Affirmamus simpliciter emtionis & venditionis appellationibus † promiscue vfos fuisse veteres. Cui opponitur hoc, quod veteres non promiscue sint vfi appellationibus istis in emtione & venditione, sed quod pro emtionis & venditionis vocabulis locationis & conductionis appellationibus sint promiscue vfi, idque probant ita, quia inquirunt in l. *Veteres. 19. cum l. seq.* legendum ita esse. Veteres in emtione venditioneque appellationibus promiscue utebantur, id est, in locatione & conductione, & pro idem est, legimus, id est, quod Cation & Pacius non probant & affirmant id esse contra scripta exemplaria. Non igitur verum est, quod dicunt veteres locatorem appellasse emtorem & conductorem, id quod Sextus Festus Pompeius docet, *Verbo: Venditiones; & in Verbo: Redemptiones.* Locationes inquit cenforum, & venditiores dicebantur. Sed seposita auctoritate Sexti Festi Pompeii, simpliciter dicimus, veteres emtionis & venditionis appellationibus esse vfos promiscue, ut etiam promiscue sunt vfi appellationibus locationis & conductionis. Et quidem hoc primo apparet ex eo, quod in l. *si index. ff. de minorib. 25. annis* emtor pro venditore, & in l. *si emtione in pr. ff. de contrah. emt.* venditor pro emtore dicitur. Et locator pro conductore in l. *9. §. si colonus. ff. locati.* Nec dicimus id vitio librarii cuiusdam esse factum, quia illud est miserum & diuinatorium uagis & fugium. Deinde confirmatur id ex eo, quod tactio exento significat actionem ex vendito, l. *Iulianus. §. si pro-*

si procurator. ff. de ad. em. l. 1. C. si seru. extero se, &c. Et actio ex vendito actionem ex emto. l. actionem ex emto. 8. l. si em. & vendiderat §. si secundo. l. sed hoc nunc ff. de euict. l. ex con. c. n. sione. C. de pact. Actio ex locato significat actionem ex condecto. l. sed ad. ff. §. l. 1. d. ff. locati. & actionem ex conductione significatur ex locato. l. domus. §. §. l. ff. locati. Nec est quod dicamus facile id ideo fieri, quod veteres: etionib. hic duplex nomen tribuerunt, & ideo vno posito contenti fuerunt. Nam id propter promiscuum usum horum vocabulorum factum esse non dubitemus, alias tamen certum est hodie eprime distingui inter emtoiem & venditorem, merces & pretium l. 1. §. sed senior. ff. de contrah. emt. Et l. ac. st. sententia Accursii & Alciati lib. 5. παρεργων, c. 16. Connanus in comment. iur. civil. l. 7. c. 6. in principio.

Ad thes. 5. 6. 7.] Proponitur hic definitio emtionis & venditionis, quod sit contractus ¶ iurisdictionum. Cui tale opponitur argumentum: Quod formam habet ex iure civili, me- 9
rito iuris civilis est dicendum. Hic contractus habet formam ex iure civili: Ergo iuris civilis est dicendus, cum habeat pretium à iure civili, l. 1. ff. de contrah. emt. Resp. Affirmatur in d. l. 1. quod antiquitas non habuerit numeros, sed quod progressu temporis sint inuen-
ti; Deinde postquam sunt inuenti ea perint adhiberi ad emtionem: Quia igitur sunt in-
uenti, sunt ¶ iurisdictionum. facti cum vno modo iis sint vsæ, nec ex antiquitate temporum hac 10
res est iudicanda. Deinde notandum est Paulum in d. l. 1. §. §. l. ff. eod. male inferre emtio-
nem esse iurisdictionum. & ideo consensu peragi, quia si illa conclusio esset vera, sequeretur com-
modatum depositum, permutationem fieri consensu tantum cum re contrahit, debeant, iura
autem intelligi debet, ut consensu non verbis adimpleri possit emtio. Cum enim supe-
rius dixisset in emtione rem intervenire debere & pretium, subiungit esse iurisdictionum, & id-
eo consensu peragi ¶ nec in ea necessaria esse verba, ut in contractu iuris civilis, qui ap- 11
pellatur stipulatio. Connan. l. 7. comment. c. 6. Deinde affirmatur, quod emtio ineat
nudo consensu.

Cui opponitur tale argumentum; Si consensu emtio contrahitur, ¶ errore ac coactio- 12
ne impeditur: Sed errore non impeditur emtio: Ergo consensu non contrahitur emtio &
venditio. Miror enim probo per l. in venditionibus. 9. §. fin. ff. de contrah. emt. vbi dicitur quod
emtio nihilominus valeat, etiam si error interueniat. Respond. Solutio quodammodo in
ipso textu habetur. Est enim Consensus in ipso corpore puta in vino, licet in sub-
stantia sit error, puta si acetum pro vino veneat, æs pro auro, vel plumbum pro argento:
postea probat hanc sententiam Vlp. in vino tantum, quia eadem prope est substantia vini &
aceri, si modo vinum acuit: Si autem vinum non acuit, sed acetum ab initio fuit, aliud pro
alio venisse videtur. Deinde opponitur l. qui tamen. 14. ff. de contrah. emt. vbi error non im-
pedit emtionem. Respond. Ille ideo valet emtio & venditio, quia æneum pro auro em-
tum aliquid auri habuit: Deinde inauratum aliquid auri habet, licet ego putem mere id
esse aurum. Si autem æs pro auro veniat, & in materia diuersa emtio erroris, aliud est
dicendum. Sed data solutioni obicitur l. cum ab eo. 1. §. fin. ff. de contrah. emt. vbi dicitur
eo casu nullam esse emtionem. Respond. Id ideo ibi fit, quia ibi mensa argento coop-
perta ignorantem mihi pro solida massa auri venditur imprudenter, ibi nulla est emtio. Nā
nihil omnino mensa auri habet, sed fuit cooperta auro. Et notandum est discernenda es-
se inaurata & inargentata ab his, quæ auro & argento cooperta. Nam mensa æneæ, inau-
rata, & inargentata aurum & argentum inest, eiusque materia est duplex. Æs scilicet & au-
rum siue argentum. Mensa autem æneæ auro & argento cooperta, aurum & argentum
non inest: Ergo diuersa sunt. Idem dicitur in l. si stultus. 21. §. quumvis. ff. de ad. emt. Si au-
tem in nomine dissensus sit, in corpore consensus, nulla est dubitatio, quin valeat emtio,

Nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat, *d.l. in venditionib. 9 §. si in nomine ff. de contrah. emt.*

- 13 Nunc etiam de \dagger coactione agimus, postquam de errore fuit dictum. Inuitus cogi potest ut vendat: Ergo consensus non est in emtione. Antecedens probatur per *l. 2. C. de patr. qui sibi distrax. §. §. fin. sup. de his qui sunt sui vel alien. iur.* vbi dicitur, quod quis teneatur liberis & seruis vendere. Resp. Sunt casus speciales in *d.l. 2.* agitur de eo, quando propter nimiam egestatem quis cogitur filios vendere. In *d.l. ult.* agitur de eo, quando dominus propter nimiam scititiam cogitur vendere seruū. Deinde ex definitione apparet partes principales emtionis esse consensum pretium & mercedem, quæ tria si adsunt, emtio satis subsistit, cæteris tamen paribus, ut ex seq. apparebit.

- Ad thes. 8. 9. 10. 11 12.] Affirmatur in thes. 8. mercedem seu rem, in qua emtio consistit talē esse debere, quæ sit in commercio. Sed primo opponitur *l. 4. ff. de contrah. emt. §. §. ult. h. tit. n.* vbi dicitur quod liberi hominis, loci sacri & religiosi sit emtio. Locus autem sacer & religiosus, & liber homo non est in commercio *§. sacra. cum seq. sup. de verum diuisione*: Ergo non esset etiam emtio. Respond. Additur in *d.l. 4.* Si fiat ab ignorante emtore, emtione non intelligi, non si fiat à sciente. Non enim res furtiua à bene parra distingui potest facile, ut nec liber homo à seruo, *d.l. 4. cum seq. ff. de contrah. emt.* Secundo opponitur *l. inter stipulantes. 83. §. sacrum ff. de verb. obl.* vbi dicitur quod \dagger res sacra possit esse in commercio: Ergo vendi potest. Respond. Cuiac. affirmat, quod inutilis stipulatio adeo sit, ut maneat inutilis, quamuis res sacra profana fiat, & vñbus publicis relictæ in priuatos vsus conuertantur, quia quod ab initio non subsistit, tractu temporis non conualefcit, quæ regula Canoniana etiam in stipulationibus locum habet; Et quæ ab initio consistunt, extinguuntur postea si in eū casum recidunt, à quo incipere non potuerunt: Et non agitur ibi de eo, quod res sacra tacite fiat profana, sed quod inutilis nihilominus fiat stipulatio: Ergo magis confirmatur id rem sacram in commercio non esse. Tertio obiicitur *l. in modicis. 24. ff. de contrah. emt.* vbi dicitur sacrum & religiosum locum vendi posse. Ergo falsum est, quod dicitur rem quæ non est in commercio vendi non posse. Resp. In ipso textu in fine habetur, quod scilicet emtioni maioris pretii accedat, quia multa transeunt cum vniuersitate, quæ alias vendi non possunt, id quod Duaren. etiam ita soluit *c. 2. de contrah. emt.* vbi addit, id moribus nostris obtinere, Wesenbec. in *Institut. pag. 213.* affirmat fuisse hic locum sacrum & religiosum vniuersitatis non nullius. Quarto obiicitur *l. littora. 51. ff. de contrah. emt.* vbi dicitur littera religiosa loca & sacra in modum cedere, itaque venditor modum præstare debet hanc mensuram. *Lid. quod. 7. §. fin. ff. de peric. §. commod. rei vendit* & modum ac mensuram cedere possunt viæ publicæ & res sanctæ, quæ nullius in commercio sunt, hoc est, mensurantur, ut quantum tuum sit, quantum emerit appareat. Inde tamen non sequitur dominium transferri. Et hæc transit cum sua causa ad emtorem, \dagger pretium etiam in pecunia numerata tantum consistit, quod tamen securus est in locatione & conductione, quemadmodum in seq. disputatione dicetur. Et hoc pretium in alterius arbitrium conferri potest, ut is pretium ponat & constituat, si partes dissentiant in pretio certo nominando. Arbitrator autem dicitur, qui liris causam sumit *rot. tit. ff. de recept. arbitr.* Arbitrator, quem ad disceptationē contractus finiendam partes eligunt. *l. societatem. 76. ff. pro socio.* Deinde vendita res non aliter acquiruntur emtori, quam si is pretium venditori soluerit vel alio modo ei satisfecerit. Cui obiicitur *l. traditionibus. 20. C. de pact.* vbi dicitur: Traditionibus \dagger transferri dominia. Ergo res tradita acquiritur statim emtori pretio etiam non soluto. Respond. Quando dicitur traditionibus transferri rerum dominia, intelligitur id de puris emtionebus & venditionibus, quæ omnia habent

habent, scilicet mercedem pretium & consensum. Hic autem loquimur de iis, in quibus pretium nondum est datum; tunc enim nondum est translatum dominium, quia suspensæ sunt conditiones.

Ad thes. 13. 14.] Agitur hic de emtione, quæ ex conventionē partium in maiorem probationem solet fieri. Welsenb. num. 3. h. tit. Vide Mynsing. in §. 1. num. 3. affirmat ꝑ dupliciter fieri posse emtione in scriptis & sine scriptis id quod tolerari potest. Interim tamen hoc verum manet scripturam ꝑ non ex necessitate iuris adhiberi sed saltem probationis gratia ex partium conventionē. In scripturam redigitur, si in mundum redigitur, hoc est, si ingrossatur, & mundum est scriptura postrema, quæ exscribitur à scheda, Grossa vocatur, Connan. lib. 7. cap. 6. de emt. & vendit. Et hæc emtio, quæ sit scriptura, non aliter est perfecta, quam si instrumenta emtionis fuerint perscripta, hoc est, si omnia sint in mundum redacta. Mynsing. §. cum autem num. 2. idque ex Iustin. constitutione promanavit. Cui opponitur l. 2. §. fin. ff. de contrah. emt. ubi illa distinctio tempore Icti fuit ante Iustin. Resp. illa verba: sine scriptis, addita sunt à Triboniano ex Iustin. constituto. Deinde donec aliquid deest ex his, & penitentia locus est, & potest emtor vel venditor sine pœna recedere ab emtione & venditione. §. donec h. tit. n. Et notandum hic est, unicuique liberum esse ab initio habendi vel non habēdi contractus ita ꝑ tenentia resemel constituta obligationi, adversatio non cōsentiente nemo potest, l. sicut. §. C. de oblig. & act. Et ne quidem rescripto principis ab emtione alterutro invito potest recedi l. 3. C. de rescin. vend. Obstat tamen d. §. donec. h. tit. n. ubi videtur Iustin. Imp. velle, quod etiam perfecta emtione integrum sit vel venditori vel emtori ab ea recedere & quidem sine pœna si nihil ari harum nomine datum sit, idque ex verbis: venditio celebrata est, colligitur. Resp. Illa verba ita sunt exaudienda, quod Imperat. Iustin. dicat, de emtione, quæ cepit celebrari, neque adhuc est ꝑ perfecta, idq; ex eo colligitur, qd̄ primum locutus est de emtione, quæ fieri scriptis cœpit, nec tamen est absoluta. Deinde constat id ex verbo, adimplere, loqui Imperat. de contractu nondum perfecto, Welsenb. hic & in paratit. ff. de contrah. emt. n. 9.

Ad thes. 15.] Perfecta emtione & venditione periculum rei venditæ re etiam nondum tradita statim ꝑ pertinet ad emtorem, id claris verbis ita exprimitur in l. 1. C. de peric. & commod. rei vend. ubi rescriptum est generaliter post perfectam emtione omne commodum aut incommodum rei venditæ ad emtorem spectare id quod similiter dicitur in l. id quod. & in l. necessario. 8. ff. de peric. & commod. rei vend. Per periculum intelligitur interitus & peremptio rei vel etiam latio & corruptio, ut ex exemplis apparet à Iustin. relatis. Sed obicitur l. lictos. 11. cum duobus f. qq. ff. in quarum lege aliqua dicitur ad emtorem quidem spectare periculum, sed tamen emtorem cum venditore posse agere, ut is actiones suas, quas cum ardile habuisset, ei præstaret. Deinde in l. quod si, dicitur, ad venditorem periculum spectare, ergo non ad emtorem: Respond. Ad d. l. & ltim. quod attinet, pertinet ibi ideo periculum ad venditorem quia fuit in causa venditor, quo minus traderetur emtori, & hoc non negabimus. Eodem modo periculum in degustatione venditor sustinet, quo ad ꝑ vinum degustetur, post degustationem periculum incipit esse emtoris, quasi tunc plenissime venerit vinum, cum fuerit degustatum, ut Vlpian. loquitur in lib. 1. ff. de peric. & commod. rei vendit. l. qui officii §. fin. ff. de contrah. emt. quod si vinum veneat, ut in singulas amphoras certum pretium dicatur, quod versioni contrarium est. l. quod sape. §. in his. ff. de contrah. emt. Non dicitur perfecta emtio & venditio ante degustationem & adimensionem, adnumerationem & apprehensionem d. l. quod sape. §. in his. ff. de contrah. emt. idque non nisi per adimensionem periculum ad emtorem pertinet. Nec obstat quod ibi dicitur: Re per auersionem venditæ, simul atque de pretio

conuenerit perfectam esse venditionem, vn se inferri possit periculum emptori esse etiam ante degustationem & ita sane nonnulli censuerunt, qui auctorem quoque inde dictam tradiderunt, quod emptor hoc modo periculum a venditore auerter, idque in se recipiat, in qua sententia Lælius Taurellus fuit, referente Antonio Augustino *lib. 3. emendat. c. 6.* illud, inquam, non obstat: Nam dicendum est, quem ad modum Vipia loquitur *in d. l. ff. de peric. & comm. rei vend.* plenissime tunc vinum venditum esse cum fuerit degustatum. Itaque vsque ad degustationem venditor periculum sustinet. Deinde quod attinet ad *d. l. lectos. cum seq.* vbi affirmatur emptori pretium esse reddendum, vnde videtur dicendum venditoris esse periculum. Id ita est intelligendum: Perfecta emptio est res vendita est nondum tradita emptori perit, ne scilicet id quod interest supra rei pretium consequatur, pretium tamen non perit, hoc est, emptor pretium quod soluit potest repetere, & quod non soluit, soluere non compellitur. *l. si fundus §. nam c. si vendideris ff. locat. d. l. quod si neq. ff. de peric. & comm. rei vend. in d. l. si fundus*, fuit fundus venditus, isque perit, hoc est, fuit publicatus prius quam traderetur, hoc casu fundus emptori non perit, quia id eius interest fundum sibi tradi, tenetur igitur venditor emptori actione ex emptio, vt pretium restituat, quia fundus ante traditionem perit & publicatus est *in d. l. quod si neque lecti fuerunt*: venditi neque traditi, eisque additis plebis cum in via publica positi essent confidit, periculum, inquit ICtus, venditoris est, quia scilicet pretii petitionem non habet, & si pretium iam accepit id restituere tenetur. Cuiac. *ad African. l. 8. in explicatione d. l. fundus s. ff. loc. us.* Data solutioni valde obstat *§. cum emptor h. t. n.* vbi dicitur emptoris esse damnum soluere, licet rem non fuerit nactus; Ergo pretium venditor non tenetur reddere perempta re. Respon. Da Borch. affirmat id quod Iustin. ibi dicit procedere stricto iure, Vd. autem procedere volunt de æquitate, quæ solutio ex Cuiacio est notanda. Deinde obicitur *l. si duos. 44 ff. de contrah. emt.* vbi emptoris est periculum: Si enim emptor duos seruosemit pariter vno pretio, quorum alter ante venditionem est mortuus, in vivo etiam emptio non est. Resp. aud. Ideo non est emptio in vivo, quia non emisset forte eos nisi pariter essent coniuncti, vt Gl. *in d. l. si duos*, affirmat. Ergo dum non est consensus in vnum, sed in duos, non valet ratio, quæ consensum requirit, vt antefatis dictum fuit. Sed datæ solutioni obicitur *l. domum. 57. in princ. ff. de contrah. emt.* vbi dicitur: Contra indu. u. id est, cogendum esse emptorem adimplere venditionem dumus licet media tantum pars addit. Resp. Ibi consensus fuit in totam domum vnde dum perfecta est emptio, nō potest retrahere tuam sententiam, & certe voluit etiam partem emere.

26 Ad thesin 16.] Emptio & venditio potest fieri pure & sub conditione, pure vt statim datur merx & pretium; Sub conditione, veluti Si tuus si intra centum dies tibi placuerit, sit emptas aureis tot, &c. vt Imp. *in §. emptio. h. t. n.* exemplificat; Si autem conditio deficit, nulla est emptio, vt nec stipulatio, *d. l. necessario. 8. in princ. ff. de pericul. & com. rei vendit.* Huc videtur obstar, quod in alterius contrahentium arbitrium conferatur emptio hac ratione quod esse non potest *l. in vendentis vel euentus. 13. C. eod.* vbi dicitur in vendentis & emptoris voluntate non collata conditio comparandi, quia non astringit necessitate contrahentes, nulla est. Resp. Rem ipsam hic in textu conferri in arbitrium emptoris, aliud est si commercium, vt sit tibi empta, si vis, vel pro quanto pretio voles, vt est *in d. l. quod sepe. 35. §. 1. ff. eod. & in d. l. in venditio.* Deinde obicitur *l. 3. ff. de contrah. emt.* vbi non videtur condicionalis. Resp. Ibi fuit pure empta sed resolutio debebat sub conditione fieri: At hic facta est sub conditione, Gloss.

27 Ad thes. 17.] Affirmatur duobus temporibus, quod ad vfucapionem est bona fide in emptione requiri Cui opponitur *l. si aliena. 10. in princ. ff. de vsu. ap. & vsurp.* vbi dicitur o-

animo contrarium. Respond. Cuiac. quem sequitur Dn. Borcholt. ita illam legem sol-
vunt, inter diuersæ Scholæ autores, hoc est, Proculianos & Sabinianos semper constit-
se, quo ad bonam fidem, tempus initi contractus in emtione spectari oportere, sed in eo
fuit controuersia, an id tempus sufficeret: Et Proculiani existimant sufficere id tempus:
contra Sabiniani putant etiam traditionis tempus esse necessarium. Et ideo dicit Vlp.
sententiam Sabinianorū præualuisse, quasi dicat traditionis etiam tempus requiri, quem-
admodum supra etiam in materia vscapionum dictum fuit.

Ad thes. 18. 20.] Euctio etiam inest emtori. Et notandum est actionem ex emto tria
complecti, & quidem † tres actiones. Primo de euctione, † qua experitur emtor aduer- 28
sus venditorem, si non fuit dominus rei venditæ, vt ei euincatur. Secundo Redhibitoria, 29
† qua emtor intra sex menses agit ad rescindendum contractum, si vendita sit res habens 30
vitium latens. Denique actio præscriptis verbis. † Si venditor non seruauit pacta adiecta 31
emtori, nec placitis paruit, tunc habet actionem præscriptis verbis ad impletionem con-
tractus. Mynsing. in d. §. pretium. num. 8. Sed obiicitur, quod non tantum actio ex emto
& vendito oriatur ex hoc contractu, sed etiam præscriptis verbis id probatur per l. vlt. ff.
de condit. caus. dat. causa non secuta. Cui legi directo aduersatur l. naturalis. §. si quidem.
ff. de præscript. Verb. Resp. Duaren. affirmat l. Ctos inter se dissentire, sed rectius dicemus ad
conciliandos hosce l. Ctos inspiciendam esse conuentionis diuersitatem; in priori casu
d. l. vlt. ita conuentum fuit; *Do tibi pecuniam, Si mihi Stichum des*, ideo est contractus in-
nominatus, & competit actio præscriptis verbis, d. l. §. 5. Et siquidem non est talis conuen-
tio, *Do tibi pecuniam, Si mihi Stichum des, vel rem des*, sed contrahunt inter se solo & nudo
consensu. Et hæc est differentiâ, quod innominato contractu specialiter opus est tra-
ditione rei seu numeratione, contractus emtionis perficitur nudo consensu, & licet in hoc
casu ita sint concepta verba, quasi statim res detur, tamen ita, vt iam dictum est, explican-
da sunt.

Ad thes. 19.] Affirmatur in hac thesi emtorem præstare tantum dolum & leuem
culpam † non etiam leuissimam. Cui oppono valde l. custodiam 3. ff. de peric. & comm. rei 32
vendit. vbi dicitur, venditorem talem præstare debere custodiam, quam præstant hi, qui-
bus res commodata est. Illi autem præstant etiam leuissimam culpam: vt in obligatio-
nibus quæ re contrahuntur dictum fuit. Ergo & in emtione & venditione. Respond.
Wesenb. dicit, dici quidem præstari in emtione talem diligentiam, vt in commodato, sed
id non simpliciter dicitur, sed secundum quid, vt sequentia verba in d. l. 3. explicant, scilicet.
talem præstare, quæ in commodato, scilicet dolum & leuem culpam tantum non per omnia
etiam leuissimam, alias certum est ex l. quod sape. 35. §. si res. ff. de contrah. emt. quod ven-
ditor talem debeat præstare custodiam, qualem bonus paterfamil. suis rebus adhibet, quâ
si præstat, re amissa securus esse debet, rei que pretium nihilominus consequi. Interdum
etiam ex pacto casum fortuitum præstat venditor, interdum dolus solus præstat, si in
mora est emtor, quo minus res ei tradatur. l. illud sciendum est. l. ff. de peric. & comm. rei
vend. Deinde l. 2. §. custodiam ff. de peric. & comm. rei vend. secundum longo in casu quan-
titate, quæ solet admetiri, & quidem tali in casu, quando emtio non est perfecta.

Ad Corollarium.] Affirmatur venditorem posse cogi ad rei traditionem, † si rei tra- 33
ditæ facultatem habet, & hanc sententiam communem esse vult Tiraquel. de constit.
part. 1. num. 10. Hanc sententiam porro probat Wesenb. in paratit. de act. emt. num. 42.
Mynsing. cent. 4. obser. 61. Accurs. etiam hanc sententiam amplexus in l. 1. ff. de act. emti. §.
in §. pretium. h. tit. num. Rationeshuius rei sunt. Primo, quod aliud pro alio solui non po-
test, l. 2. §. fuit. ff. si cert. petat. Coras. lib. 2. Miscellan. c. 3. num. 7. 8. Secundo, quia in l. ex em-

20. 11. §. & in primis ipsa. ff. de ad. emt. vbi dicitur, in primis ipsam rem præstare venditorem oportet. Nota verbum, oportet, qd præcisam coactionem importat. Tertio, quia in §. 1. *supr. de donat.* dicitur, quod necessitatem tradendi habeat emptio. Quarto, quia etiam ad feudum tradendum dominus compelli potest, nec liberatur præstando interesse, c. *vel. §. si facta.* si de feudo defuncti contentio sit. Denique pacta sunt seruanda. l. 1. §. 1. ff. de pact. unde ad traditionem compelli debet venditor. Teneatur igitur venditor non tamen rem tradere, sed etiam in possessionem vacuam mittere emptorem, l. 25. 12. d. l. ex emto. 11. ff. de ad. emt. Non tamen venditor necesse habet rem seu fundum emptoris facere l. si ita. 25. §. fin. ff. de contrah. emt. Sed tantum ad tradendum d. l. ex emto. §. & in primis. l. 1. ff. de rerum permutat.

Ab hac sententia recedit Sonsbec. in *send. part. 9. num. 35. cum seq.* & Vaudus lib. 1. q. 9. Argumenta eorum hæc sunt. Aliud pro alio solui potest. l. vinum. ff. de rebus credit. Ergo interesse liberat venditorem, & per consequens non potest cogi ad tradendum. Respond. Ibi quidem æstimatio, sed officio iudicis datur, vinum etiam erat peritum, vel secundum Welsenb. in *parat. ff. de rebus credit.* Creditor volens aliquid pro alio sibi solui patitur. Secundo afferunt d. l. si ita. 25. §. fin. ff. de contrah. emt. vbi dicitur, quod venditor non habeat necesse rem facere emptoris. Ergo non potest cogi ad traditionem. Respond. Illa ita sunt exaudienda, quasi venditor necesse non habeat hoc facere, vt res omnino fiat emptoris. Nam si aliena res venditur, teneatur quidem venditor ad traditionem, interim tamen res potest tunc evinci vt aliena. l. rem alienam. 28. ff. eod. Tertio afferunt l. 1. in *prim. ff. de action. emt. & l. contra. ff. de rebus credit.* vbi dicitur, quod liberari possit venditor præstando interesse. Respond. Idem fit, quando venditor non habet potestatem seu facultatem tradendi, eo casu liberatur tunc præstando interesse, alias si habet facultatem tradendi præcisè ad traditionem compelli potest & eo in casu nostrum loquitur Corollarium. Quarto afferunt l. in *fin. ff. de rerum permutat.* Respond. Ita lex confirmat nostram sententiam, quia dicitur, si aliter rem tradere nolit, non in id qd interest agendum esse, sed vt res contra reddatur, & loquitur in casu permutationis. Quinto afferunt l. si traditio. 4. c. de ad. emt. vbi dicitur, si traditio rei venditæ iuxta emtionis contractum pro cacia venditoris non fiat, quantum interesse compleri emptori fuerit arbitratu præles provinciarum, tantum in condemnationem eius debere fieri. Respond. Ibi interesse queritur eius, qui non implevit iusto tempore sed emtionem distulit, namque nec dicitur, quod non tradiderit rem, sed quod traditionem venditor distulerit. Sexto afferunt l. si in venditione. 60. ff. de emtionibus. vbi dicitur, ex materia actionis præstari interesse. Respond. Est ibi in casu evictionis, si, inquit Iacolenus, in venditione dictum non sit quantum venditorem pro evictione præstare oporteat, nihil venditor præstabit, præter simplex evictionis nomen; & deinde etiam interesse præster eo casu ex natura emtionis. Idem casus est in l. Tit. 43. in *fin. ff. de ad. emt.* Septimo afferunt l. exhibitio. 7. c. ad exhibendum. Respond. Ibi venditor rem præstat dolo vel culpa factam deteriore, Merito igitur ad interesse agi potest. Non autem negatur venditorem cogi non posse ad traditionem. Denique opponitur l. si iactum. 12. ff. de ad. emt. vbi ad interesse agi potest. Respond. Welsenb. in *parat. ff. de ad. emt. num. 4.* interdum ex necessitate ad interesse agi, scil. quando merum est factum in emtione. Nam res non est emta, si iactus retis est emtus, ibi enim factum merum est in obligatione, perinde vt in reliquis facti obligationibus l. stipulatione. 72. vbi dicitur, ff. de verb. obligat. post moram succedit obligatio ad interesse. Et tantum etiam de Corol.

DISPUTATIO XXIX.

De locatione & continuatione.

CONTINUATIO.

Locatio & conductio proxima est emtioni iisdemq; iuris regulis consistit hic in princ. & l. 2. in princ. ff. cod.

Thesis 1. Veteres in locatione & conductione appellationib; promiscue vsi sunt, similiter vt etiam in emtione & venditione. l. veteres. 19. cum seq. ff. de act. emt. l. Labeo. §. Contractus. ff. de verb. sign.

2 Est autem locatio & conductio contractus seu *συνάλλαγμα* certa mercede initum, & quidem nudo contrahentium consensu. l. 1. qui ad certum. 14. ff. eod. de re vtenda fruenda vel opere faciendo. tot. h. tit. n. & ff. eod.

3 Vnde ad maiorem rei explicationem afferendæ sunt veræ definitiones locatoris & cōductoris. Locator dicitur qui aliquid dar vtendū vel faciendū. l. si in lege. 24. §. si domus cum seq. l. dominus. 55. l. sed id des. 19. §. illud nobiscum h. t. n. & l. opus. 36. ff. eod. l. item. 22. §. cum insulā. d. l. ea lege. 51. §. vlt. ff. eod. Cuiac. lib. 2. obs. c. 28.

4 Conductor dicitur, qui aliquid vtendum vel faciendum accipit. l. 3. §. 1. ff. nautæ. Caupon. stabul. Cuiac. d. l.

5 Porro cum locatio & conductio iisdē fere regulis consistat, quibus emtio venditio, notandę sunt conuenientia & differētiæ præcipuæ inter emtionē & venditionem, locationem & conductionem. Et quidem conuenientia ac familiaritas inter ea tanta est, vt à quibusdā quari soleat, vtrum emtio & venditio sit, an locatio & conductio. d. l. 5. §. adeo autem. ff. eod. §. item quaritur. h. t. n.

6 Nā vtrobq; est negotiū vtrinq; obligatoriū d. l. Labeo. vtrobq; est cōsensus nudus, d. l. 1. d. l. q. ad certū. 14. ff. eod. vtrobq; ēt cōtrahitur, si de precio conuenierit. Hic in pr. & §. adeo. h. t. n. d. l. ex conducto. 15. §. Papinianus ff. eod.

7 Deinde vt in emtione est pretiū certū, sic in conductione & locatione pro vusu fructu, opere, &c. merces certa esse debet. Hic in pr. in verb. constituta. & §. itē quaritur. l. cum venderem. 21. in verb. certa mercede. ff. eod. d. l. ex conducto. in pr.

8 Quæ de cā si fulloni poliēda curandave, aut sarcinaroti sarcieda vestimēta quis dederit, nulla statim mercede cōstitutata, sed postea tantū daturus, quantū inter eos cōuenierit, nō, pptie locatio & cōductio cōtrahi intelligitur, sed eo nomine actio præscriptis verbis datur. §. quæ de causa. h. t. n.

9 Merces hæc similiter in alterius tertii cuiusdā arbitrium conferri potest d. §. 1. vers. & quæ supr. h. t. n. §. sed & certum. supr. tit. proximo.

10 Et quæadmodū in emēdo & vendēdo cōcessū est, q; pluris sit, minoris emere, q; minoris, sit pluris vendere, & inuicē se circūscribere, ita & in locationib; & cōductionib; idē iuris est. d. l. item si precio. 22. §. fin. ff. eod. l. in causa.

16. §. item Pompon. ff. de minorib; 25. annu.

11 Differentiæ quoque inter emtorem & venditorem, conduct. & locat. hæ sunt; Emtor solus ad pretium obligatur; ad mercedem quandoque locator quandoque conductor, quemadmodum etiam ex superioribus colligi potest

12 In emtione porro dominium transfertur, *l. ex emto. 11. in princ. ff. de act. emt.* non autem in locatione, *l. non solet. 39. ff. eod.* & in hoc locatio habet affinitatem cum commodato. *l. nemo. ff. commodati. l. conuenit. 65. ff. de contrah. emio.*

13 Locari etiam possunt omnes res propriæ & alienæ, corporales & incorporales, ut ususfructus, *l. si tibi alienam. 7. h. tit. n. in princ. supr. de usu & habitat.* Rem autem propriam nemo conducere potest, *l. qui rem propriam. 20. C. eod.*

14 Conductor autem in omnibus legem conductionis obseruare debet, ut si quid in lege prætermissum fuerit, id ex æquo & bono præstetur.

15 Præstatur deinde in hoc contractu dolus & culpa lata & levis, *l. si quis. 8. §. Celsus. h. tit. n.* cum utriusque locatoris & conductoris utilitas ibi versetur, *l. si ut certo. 5. §. nunc videndum commodati. l. 24. contractus. ff. de reg. iur.*

16 An autem de incendio & damni compensatione conductor teneatur, nodosa & tristis est quæstio. Negatiuam tamen veriore esse credimus, *per d. l. si ut certo. §. nunc videndum. l. in iudicio. 28. C. eod. Gail. lib. 2. obser. 21. §. vltim. h. tit. n.*

17 Oriuntur ex hoc contractu duæ actiones ex locato & ex conducto, & quibus *infr. in tit. de action. agemus.*

18 Actio ex locato est rei persecutoria bonæ fidei quæ competit locatori, qui prædium vrbicum vel rusticum, aut rem mobilem vel operas, vel faciendum opus locauit.

19 Actio ex conducto competit e contra conductori, qui rem aliquam vtendam fruendam vel opus faciendum conduxit.

20 Vicinus est contractus emtioni & venditioni, locationi & conductioni Emphyteusis, quæ est contractus iuris ciuilis, quo dominus prædium vtendum fruendum emphyteuticario concedit ea lege, ut id melius & cultius reddat, & certam annuam pensionem præstet. Cuiac. *in c. vnic. qui sui teneantur. in vñb. feudor. d. §. adeo. h. tit. n. l. 1. & tot. tit. C. de iure emphyt.*

21 Constituitur vel simpliciter puta in annos 50. vel ad certum tempus, vel ad certam generationem, vel denique in infinitum. Borcholt. *c. 3. feud. n. 14. Iul. Clar. in §. emphyt. quæst. 28. per tot.*

22 An autem in emphyteusi scriptura requiratur, valde dubitatur, nos eâ præcise non requiri putamus. *l. 4. ff. de pign. & hypoth. l. 8. in d. l. 1. verb. scriptur. C. de iure emphyt. Barthol. in d. l. 1. num. 6. vbi affirmat eam sententiam per consuetudi-*

consuetudinem esse apprehensam, quicquid in contrarium dicat Iul. Clar. *quest.*
 4. §. *Emphyteusis*. quem sequitur Borcholt. c. 3. *feud. nu.* 7.

Corollarium. Num in ensio seu merces in locat. & conduct. tantum in numerata pecunia; an vero etiam in aliis rebus constantibus ponere, numero & mensura consistat controuersum est? Nos contra Accursianos probabilius esse putamus mercedem etiam in aliis rebus consistere posse. *per l. si olei. 21. C. de locato. Corraf. lib. 2. Miscellan. c. 11. & Cuiac. in tract. ad African. 8. pag. 528.*

DISPUTATIONIS XXIX.

De locatione & conductione obiectiones &
 resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 Locatio & condictio cum emtione & venditione summam cognitionem habent.
- 2 Locatio & condictio quid sit.
- 3 Locationem nudus consensus constituit.
- 4 Pretium est consummatio emtionis & venditionis, itemq; locationis & conductionis.
- 5 Locatio & condictio tria quas res versentur.
- 6 Locator quid sit, & quid conductor.
- 7 Locatoris & conductoris definitiones veteres subsistere non posse.
- 8 Emtio, locatio, venditio & condictio in quibus rebus conueniant.
- 9 Insule locatio, casus specialis est.
- 10 Dolus à contractibus bona fidei abesse & exulare debet.
- 11 Contrahentes naturaliter se inuicem decipere & circumuenire posse, quomodo accipiendum.
- 12 Dolus alius malus est, alius bonus, & quid uterque sit.
- 13 Contractus bona fide initii, non facile resoluantur.
- 14 Emtionis & locationis differentia.
- 15 Locari quae res possint.
- 16 Vsufructus licet sit seruitus, tamen locari potest.
- 17 Seruitutes personales possunt locari.
- 18 Conducti leges conductionis seruare tenentur.
- 19 Culpa qualis à conductore praestanda.
- 20 Casus fortuitus in locatione & conductione non praestatur.
- 21 Emphyteuticum ius vicinum est emtioni & venditioni, itemque locationi & conductioni.
- 22 Emphyteusis an contractus sit iuris ciuili, vel iuris gentium.
- 23 Emphyteuticus contractus ex emtione & locatione contractus est.
- 24 Emphyteusis ad tempus constitui potest.
- 25 Scriptura an in Emphyteusi requiratur.
- 26 Scriptura cur in contractibus adhibeatur.
- 27 Locatio & condictio an tantum consistat in pecunia numerata, an vero etiam in aliis rebus fungibilibus.

AD Contin. & thes. l. 2. 3. 4.] Convenienter post materiam emtionis & venditionis agitur de locatione & conductione propter summam cognationem quam inter se habent cum iisdem iuris regulis consistant. l. 2. in princ. & l. 2. in pr. ff. eod. Et quidem in locatione & conductione veteres similiter vt & in emtione & venditione appellationibus promiscue vsi sunt. l. veteres. 19. cum seq. ff. de act. emt. Cuius rei vestigium adhuc extrat. in l. de minis 55. §. & l. ff. eod. vbi pro ex conducto legendum ex locato, vt & in aliis multis locis propter materiam correlationis, quam inter se habent. Est a. f. locatio & conductio contractus seu *συμβασησις* hoc est, negotium mutuo consensu & quidem nudo initum, l. 1. & t. qui ad certum. 14. ff. eod. Nam locatio est naturalis & omnium gentium. d. l. 1. ff. eod. Eamque nudus constituit consensus vt supra dictum fuit, quamvis ad consummationem merces requiratur, & quidem certa lege ex conducto. l. 1. §. Papinianus. Vers. sed integrum. ff. h. tit. n. Quemadmodum in emt. & vendit. precium requiritur ad consummationem, abolitionem & perfectionem illius contractus: Sine precio enim emtio & venditio nulla est. §. precium. supr. de emt. & vendit. Si igitur pro decem tibi locem fundum, tu vero existimes pro quinque te conducere, nihil agitur quia abest consensus quo hic contractus constituitur. l. si decem 52 ff. eod. Deinde debet in hoc contractu certa intervenire merces l. ex conducto. 15 §. Papinianus. Vers. sed integrum ff. eod. Vnde quod in l. naturalis. 1. §. At cu do. ff. de pscript. Verb. dicitur pecunia data, id de certa pecunia seu mercede erit accipiendum secundum alios textus. & hæc merces interdum precium dicitur ob cognationem locat. & emt. l. & hac distinctio. 35. §. 1. l. q. si domus. §. 1. ff. h. tit. n. Denique hic contractus initus solet de re vtriusda fruenda vel opere faciendo cuius usus est in domo, naui, in operis hominis, in fundo & in aliis reb.

Sed hic rectius pro explicatione nunc afferentur definitiones Locatoris & conductoris. Locator est qui dat vtendum vel faciendum. Sed differeutia est, si dat vtendum, puta si dat vtendam domum, nauem, operas, &c. propter vltim accipit mercedem, si dat vtendum agrum similiter est locator, quia se ad id offert. Sic qui exhibet operam suam in custodiendis vestimentis nostris est locator. Sic est locator, qui se ad docendum offert & paciscitur de precio puta professor: Discipuli tum sunt conductores, quia in ipsius operam conducunt. Sic sum locator si do tibi vestimentum vel quid aliud resarciendum vel reficiendum. Item si de precio. 22 §. cum infulam. ff. eod. vbi is qui dat ædificandam Insulam dicitur locator, alter conductor. Similiter ibidem abluque omni pugna is qui operam locat, hoc est, faciendi necessitatem vocatur locator, cuiusque respectu alter conductor qui conducit operam appellatur. Et summe est hic notandum semper initium contractus esse respiciendum, cumque qui dat causam huic contractui. Is enim locator est, puta alieni quis offert suam operam is est locator. Vnde etiam dici potest, Sartorem locatorem & conductorem esse posse. Locator est quando offert suam operam, & dicit, ego tibi faciam illas vestes, tunc dat vtendam operam. Si autem alius ipsum accedit & dicit, Facies mihi has vestes certa mercede constituta, tunc sartor est conductor, & hoc variat pro negotiorum diuersitate in hoc contractu. Nam vnice quis proprie locator & conductor simul esse non potest, quamvis interdum propter naturam correlatiuorum confundantur, vt supra dictum fuit.

Ex eo autem quod dictum fuit locatorem qui dat vtendum accipere mercedem, & locatorem qui dat faciendum, precium dare, apparet, f. definitiones veterum subsistere non posse qui putant locatorem esse, qui mercedem accipit, conductorem qui dat precium. Hoc enim perpetuum non est, quia interdum locator dat mercedem, interdum accipit, locator qui accipit vtendum dat mercedem qui accipit faciendum, mercedem accipit, quemadmodum hæc doctus. Cuius eleganter explicat in parat. C de locato & conduct. §. lib. 2. obf. c. 28. quem sequitur Wesenb. in proæmio. l. 1. n. & in parat. ff. eod. Mynsing. tamē retinet veterum definitiones in proæmio. n. 3. addit tamē hoc figuram loquendi con-

verti, quatenus ad opus aliquod parandū attinet, quib. verbis hanc permutationē notat.

Ad Thes. 6. 7. 8. 9. 10.] Nunc in quibus conveniant & differant emtio locatio, venditio & conductio videbimus. ¶ Convenientia inter ea duo magna est. d. l. 2. §. adeo. autē h. tit. 2. 1. Nam ad consummationē requiritur pretium in emt. merces in locat. *Et sup. dictum est.* Secundū precium certum esse debet in emtione; ita quoq; in locatione certa merces esse debet. *l. cum vendrem 21. in verb. certa mercede. ff. eod.* Notat dū tamē est locationem & conductionē toties esse, quoties in re nostra seu nostra materia locantur exercendā opera. *l. Sabinus 20. l. conuenit. ff. de contrah. emt.* Vnde si conuenierit inter me & Titium vt ex suo argento mihi poculum faceret, emtio & venditio est *l. 2. §. fin. ff. h. tit. n.* Sed obicitur valde d. *l. item si 22. §. cum insulam. ff. eod.* vbi dicitur, si loco tibi insulā adificandā, quamuis ex tua materia eam facias, tamen dicitur proprietatem earum ad me transferri, & locationem nihilominus esse. Ego licet ex sua materia sartor fecerit vestimenta, nihilominus tamen locatio est. Resp. Casus ille de insulā est specialis & speciale ius habet, quemadmodū indicat d. *l. Sabinus. 20. ff. eod.* vbi dicitur hanc causam esse dissimilē aliis, propterea, quia substantia hoc casu a locatore insulā proficiscitur, hoc est, araq; adium pars est potissima. *l. quiritis. 89. §. aream. ff. de solut.* vnde accessorium sequitur principale, & ei cedit, & ideo proprietates conuertitur aream tanq̃ principale in re adificationis, & hanc solutionē amplectitur Hotoman. in §. item, quartum, h. tit. n. Quia vero certa merces constitui debet in hoc contractu, sequitur quod si fulloni pōhenda curandave, aut sarcinatori sarcienti vestimenta quis dederit nulla statim mercede constituta, sed postea tantū daturus, quantum inter eos conuenierit, non proprie sit locatio & conductio, sed eo tamē nomine actio p̃scriptis verbis datur, §. *quis de causa hantul num.* Sed opponitur his §. *Ult. infr. de iud. do.* vbi idē est casus, & tū affirmatur non dari actionē p̃scriptis verbis sed mandati. Resp. Differentia hic facit in illa verba: *Sed postea tantū daturus, quantum inter eos conuenierit.* Hæc verba in d. §. nō habentur. Quia igitur mandauit vestimenta fieri, mandati actione conueniri potest. ¶ Porro conueniunt emtio venditio, locatio & conductio in eo, q̃ vtrūq; in arbitriū tertii cōferri possit, vt is summam pretii vel mercedis definiat, nam in indefinitę personę arbitrium collarum nihil valet, *l. si merces. 25. h. tit. n. l. §. C. de contrah. emt.* Deinde quemadmodū in emendo & vendendo concessum est se naturaliter conuenire: ita quoq; in locat. & conduct. idē iuris est d. *l. item si precio. 22. §. fin. ff. eod.* Sed obicitur dictū D. Pauli in Epistola. 1. Thesalon. 4. vbi dicitur: Nemo circumueniat fratrem in negotio. Ergo non licet circumuenire, quod tamen hic conceditur. Resp. In Paulo est vox περιουετων quod significat cum falsa animi machinatione, cū dolo malo cōsulto insidians & inhiare bonis proximi, cumq; studiose decipere in contractu, illudq; omnino fieri non debere, ex tot. tit. ff. de dolo malo & tit. C. de rescind. vendit. constat, vbi præcipitur debere abesse & exulare, dolum à contractibus præsertim bonæ fidei, qualis hic est. Quando autem dicimus licere naturaliter contrahentes se inuicem decipere & circumuenire, id de dolo bono erit accipiendum. Dolus enim est alius, malus, *ter. tit. ff. de dolo malo.* & alius bonus, exemplo veneni, quod est bonum & malum. *l. qui venenū. ff. de verb. signif.* Dolus malus est fraudulenta machinatio & calliditas in mente *l. 1. ff. de dolo malo.* Dolus bonus in mente non versatur, sed saltem in actu negotiationis, puta quando quis emit equum præstantem, 20. coronatis, qui pluris potuisset vendi, venditor illud ignorat, emtor quoq; hic dolus est in ipsa re, non in actu contrahentiū, & ideo conceditur naturaliter vt affirmat Ictus in l. in causa. 1. 6. §. Pomponius. ff. de minorib. 25. annis, nam ius naturale seu gentium hoc est, usus & necessitas negotiationis hoc suadet, quia ¶ non facile contractus bona fide initii debent resolui, si quis tamen in dimidio est laesus, præsumitur dolus, & ideo ad rescissionem optime agi potest. *l. 2. C. de rescind. vendit.*

- 14 Ad Theſ. 11. & 12.] Nunc ad differentias qualdam emtionis & locationis accedemus. Em̃tor ſolus dat precium, a l. idq; obligatur tot. tit. ſup. de em̃. & vendit. Ad mercedem autem quandoque locator, quandoq; conductor obligatur, vt ſupra dictum fuit. Deinde in em̃tione dominium tranſfertur. l. exempl. 1. in princ. ff. de act̃ em̃. i. §. vendita. ſup. de rerum diuiſ. In locatione dominium tranſferri non ſolet. l. non ſolet. 39 ff. eo. l. tit. Cui ſimilit̃er opponitur d. l. item ſi precio 22. §. cum in ſulam. ff. locati. conducti. vbi dicitur proprietatem tranſferri & non eſſe locationem. Reſp. vt ante, id ſpeciali ratione fieri, ratione principalis, quod acceſſorium comitatur, vt ſupra dictum fuit.
- 15 Ad Theſ. 13.] Locari poſſunt res omnes propriæ & alienæ; Alienæ poſſunt, quia non tranſfertur dominium. Deinde res corporales & incorporeles & vſusfructus. l. ſi tibi alienam. 7 h. tit. num. Cui refragatur l. locare 44. ff. eodem. vbi dicitur ſeruitus nemo locare poſteſt; vſusfructus etiam eſt ſeruitus tot. tit. ſup. de vſufructu. Ergo locari non poſteſt. Reſpond. Communiter Dd. putant d. l. locare eſſe accipiendam de ſeruitutibus realibus ſeu prædialibus, non autem de ſeruitute perſonali, qualis eſt vſusfructus. Nam ¶ vſusfructuarius locari poſteſt l. 2. §. 1. h. tit. l. arboribus. 12. §. vſusfructuarius ff. de vſufructu. Vſus tamen locari non poieſt, §. 1. ſup. de vſu & habit. Ratio autem differentia quare aliud ſit in ſeruitute reali, aliud in vſufructu, hæc eſt: Omnis locatio ſit ad tempus, & ſeruitus prædii ad tempus conſtitui non poſteſt, cum prorsus indiuiduū ſit etiam tempore. l. 4. ff. de ſeruitut. Vnde non mirum quod ¶ perſonales ſeruitutes qualis eſt vſusfructus locari poſſint, cum ex certo tempore & ad certum tempus, & alternis annis conſtitui queat, l. 4. ff. de vſufructu. l. & puto. 16. §. vſusfructus. ff. famul. herciſc.
- 18 Ad Theſ. 14. 15. 16. 17.] Conductor omnia ſecundum ¶ legē condictionis facere debet, hoc eſt, debet ſeruare legem conductionis nec ſines excedere. l. legem C. h. tit. nu. quia conuentio dat legem contractui. l. contractus ff. de reg. iur. Præſtatur autem in hoc contractu doli & culpa. l. ſi quis 8. §. Celfus. h. tit. num. Nam lata culpa appellatione doli venit in contractibus eiꝫ; quaſi inuoluitur, cum ei proxima ſit. l. quod neri. i. ff. de poſiti. l. pugna. ff. de verb. ſignif. Per culpam igitur absolute poſitam in materia contractuum intelligitur culpa leuiſ non leuiſſima. Ratio huius rei perenda eſt ex l. ſi vt certo. 5. §. num. & dendum. ff. commodati. iuncto. §. ſlt. infra de ſocietat. Nam in d. §. ſlt. dicitur, culpam in ſocietate non ad exactiſſimam diligentiam dirigendam eſſe. Ergo nec leuiſſima culpa in ea eſt præſtanda, cum tamen certum ſit, ſeandem culpam etiam in locat. & conduct. præſtari, quæ in ſocietate præſtatur, ſed ICTus coniungit locationem & ſocietatem. in d. l. §. nunc videntum ff. commodat. & in d. l. §. ſlt. h. tit. num. & d. l. ſi merces 25. §. qui columnam ff. h. tit. nu. vbi Iuſt. & Caius ICTus deſiderant in conductore talem conſuetudinem, quam diligentiffimum paterfamil ſuis rebus adhibet, & ita conductorem de leuiſſima culpa teneri docere videtur. Reſp. Communis Dd. eſt ſententia referente Dn. Borch. hic ſuperlatiuum pro poſitiuo poni: Diligentiff. pro diligens. Myſing. idem hic ſentit cum Weſenbec. quia & ante in materia commodati poſitiuus pro ſuperlatiuo erat poſitus, exacta pro exactiſſima. §. ſi em̃is cui res. quib. mod. re contrah. oblig. Sic etiam ſentit Petrus Faber in d. l. contractus. ff. de reg. iur. Hæc ſatis commoda videtur eſſe rei poſſio eorū, qui dicunt in d. l. ſi merces, Caium ICTum agere de rebus, quæ ſingularem quandam & maximam diligentiam requirant, & ob id conductorem earum rerum nomine etiam de leuiſſima culpa teneri: Alii volunt in d. lege ſi merces: aliquē ſeſe obtuliſſe atq; profeſſum eſſe diligentiam & noriciam, vnde tenetur. Nam licet primò quidē loquatur ICTus de columna transportada, item de lignis & deliis, tamen in ſue ſubiicit idem etiā ad cæteras res debere referri. Hoc roman. putat idem, ſcilicet leuem culpam præſtari, ſi rei eſt locatio, leuiſſimam vero, ſi locatio, ſit ope-

sit operarum, quæ res magis sunt frangibiles, quod Hieron. Cagnolus in d.l. *contractus. m.* 45. approbat, videtur Welenbec. consentire in paratis ff. h. tit. nu. 15.

Insto ita: Sed in d. §. *Vel h. tit. nu.* Item excipitur fortuitus casus. Ergo etiam leuissima culpa præstatur, dum non excipitur. Resp. Etiam si de leuissima culpa ibi proprie mentio non fiat, cum superlatius propositio ponatur, tamen inde non sequitur non excludi culpam leuissimam, id quod supra fuit probatum. Casus autem fortuitus in locatione & conductione non præstatur. d. §. *Vel h. tit. n. d. l. si et certo. §. §. nunc videndum. ff. commodari.* Cui opponitur *l. qui mercedem 40. & l. opus 36. in pr. ff. h. tit. num.* ubi periculum præstatur. Resp. Volenti non fit iniuria. c. *scienti. de reg. iur. in 6.* qui enim volens in se recipit periculum, de eo tenetur. Conuentio enim dat legem contractui. d. l. *contractus 24 ff. de reg. iur.* Deinde obicitur *l. sed et si ff. locati conducti*, ubi dicitur de casu fortuito teneatur conductor puta de incendio, quod inter casus fortuitos refertur, *Item is cui res sup. quib. mod. re contr. h. oblig.* Resp. d. *l. sed et si* est explicanda ex *l. præcedenti §. Vel* qui cum ea lege cohereret, in quo §. indicatur, conuentum ita fuisse inter locatorem & conductorem, ne factum componeretur in villa urbana, si autem conductor legem conductionis non seruauit, sed factum in villa urbana componit, tenetur, si ignis ab extraneo iniicitur, quia ita malo occasionem & causam dedit: Culpa igitur est conductoris, unde Mynsing. in d. §. *Vel. num.* tres casus excipit, primus in culpa casus fuit. *l. si et certo. ff. commodati.* Secundus aut si conductor fuit in mora. *Lex legat. ff. de verb. ob.* Tertius aut denique id pacto, ita sit factum *l. si quis domi §. Iuli inus. h. tit. num.* Casus autem fortuiti absque culpa orti ut hostium incurtus, incendium, &c. alias non præstatur, d. *l. si merces. 25. §. §. in maior. & l. perinde. 34. ff. eod.* De actionibus suo loco agemus.

Ad Thef. 18.] Agitur in hisce thesibus posterioribus de iure emphyteutico, quod vicinum quoque est emtionis & venditioni: locationi & conductioni. Et primo proponitur definitio eius contractus, quod scilicet sit contractus iuris ciuilibus. Hoc inter Dd. valde est controuersum. An hic contractus sit iuris ciuilibus, an vero iuris gent. Hotoman. putat in §. *adeo. h. tit. nu.* quod sit iuris gent. in qua sententia Dn Mynsing. citâ videtur esse in d. §. *adeo.* quando dicit Zenonem non instituisse nouum conuentus genus, nisi dicamus Mynsing. hoc velle, origine prima & natiuitate hunc contractum seu negotium esse iuris gent. exemplo aliorum omnium contractuum, formam autem & certitudinem accepisse a Zenone, & ideo esse iuris ciuilibus, quod similiter nobiscum approbat Mynsing. in §. *ius etiam gent. sup. de iur. nat. gent. & c.* & c. securus Accursium *ibid. & res. in l. si et sim. ff. de iust. & iur. circa fin. & Dn. Borch. c. 3. feud. n. 3.* ubi dicit sibi Corasii sententiam non probari. Stat igitur nostra sententia hæc, quod origine sit hoc negotium iuris gent. & ab omnibus usurpatum ratione formæ & certitudinis esse iuris ciuilibus, quia non tantum Zeno nomen indidit, sed etiam definitionem, & formam, adiecit, & quod rude incertum, informe & confusum fuit, effectus politum, & certum; Merito igitur ex eo iuris ciuilibus dicitur, quia forma dat esse rei. Et hoc ipse Zeno in *l. i. C. de iure emphyt. in pr.* faceret, & Mynsing. in *l. §. adeo & Coras.* fateretur quemadmodum in sponfalitia largitate factum videmus, ut sponfalitia largitas specialis sit contractus, Negatum igitur satis est Zenonem tantum nomen indidisse, cum etiam formam adiecerit & sane laudabilior est, qui subtiliter quidem emendat & reuidet, quam qui inuenit ut Iustin. loquitur in *l. i. §. sed neq. ex multitudine. C. de vet. iur. enucl.* Ergo merito à Zenone emendatore, dicitur contractus ciuilibus. Sed obiecit Coras. hoc etiam, quod in *l. ex h. iure. ff. de iust. & iur. in §. ius autem gent. sup. de iur. nat. gent. & c.* non videatur exceptum. Respond. Accurs. excipit 4. contractus, id quod Ictus in d. l. ex hoc iure ostendit in illis verbis: Exceptis quibusdam, & Iustin. in *dict. §. ius autem gent.* parti-

- particula **P**EN. Deinde obiicitur ita: contractus emphyteuticus est constitutus ex emptione & locatione. *l. d. l. i. C. eodem.* Et mixtus est, sed mixta imitantur simplicia, & sub iis continentur. Ergo & hic contractus est iurigenus quia locatio & emptio sunt iurigenae. Resp. Etiam hic contractus constitutus sit ex emptione & locatione: tantum acceptum certum esse & formam à Zenone. Ex illa accepta forma & qualitate merito cum iuris civilis esse dicimus, quod ita emptioni & locationi non obigit.
- 24 Ad Thel. 12.] Affirmatur ad tempus posse constitui emphyteusim. Cui oppono *d. §. ad eo h. tit. n.* ubi dicitur, quod in perpetuum fiat; Ergo non ad tempus. Resp. Olim in perpetuum imitabantur in emphyteusim agri ab hostibus demonstrati, & steriles facti, & hoc etiam ante Zenonem fuit, postea ex Nouellarum constitutionibus ad tempus emphyteusim constitui possit: concessum fuit.
- 25 Ad Thel. 20.] An scriptura in emphyteusi requiratur, valde dubitatur. Volunt tamen aliqui eam non requiri, cum nec in aliis contractibus de necessitate requiratur *l. 4. ff. de pign. & hypoth. l. p. d. am quod bona. C. de pact.* ubi etsi scriptura non interuenierit, pactum valet, si aliis probationibus doceri possit. Sed obiicitur *Auth. iubemus. C. de sacer. sanct. Eccles. Nou. 120. §. & hoc §. in Venerabilibus 2. §. emphyteusis*, ubi requiritur scriptura. Respond. Id speciale est in emphyteusi Ecclesiastica propter fauorem rerum Ecclesiasticarum. Inito. Sed in civili scripturam requiri constat ex *l. i. C. de iure empti.* in verbis: scriptura interueniente. Resp. De facto forte scripturam in illo casu, de quo Zenon fuit consultus, adfert, unde & in sententia huius legis eius fiat mentio. Alias tamen eam de necessitate non requiri putamus, ideo dicimus in thesi præcise eam non requiri, hoc est, de necessitate licet ad celeriore probationem possit adhiberi. Ideo autem est utilis scriptura, qui memoria testium vitæ: est laevis & bulla *l. peregre in pr. ff. de acquir. poss.* Et vox audita perit, litera scripta manet. *Do. Myl. in d. §. adeo, aff. mar. & gl. idem sentit in d. l. i. C. eo l.* in verbo scriptura interueniente, non prohiberi in scriptis fieri emphyteusim, licet dicatur fieri in scriptis, ita esse arbitrium, & additio ita habet hunc contractum fieri sine scriptura, consuetudine approbati, idem sentit *Welenb. n. 2. si ager. Ver. l. c.* contrahi hunc contractum plerumque in scriptis in pacto iuris, *in d. l. 12. §. C.* etiam si ad solennitatem non requiratur, sed tantum ad probationem addens hanc sic communior opinionem, *d. l. 1. §. si iason.* Hoc tamen in *secud. pag. 168. §. 16.* scripturam præcise requiri *per d. l. i. C. eod.* Quia is etiam *Non. Leonis 13.* requirit instrumentum, tamen ille Nouella duæ sunt autenticae, nec facile recipiendæ. Et alii etiam contractus scripturam non requirunt de necessitate, quamvis consuetudo scripturam, id est, instrumenta erigit in hisce casibus.
- 27 Ad Corollarium.] Præclara est questio, tan in pecunia numerata tantum locatio & conductio consistat, an etiam in aliis rebus fungibilibus seu quantitatibus, constantibus pondere, numero & mensura. Resp. Nos putamus etiam in aliis rebus fungibilibus eam consistere verius esse. Huius rei rationes & fundamenta hæc habemus. I. Quia nullibi dicitur locationem tantum in numerata pecunia consistere. Illa vox, *numerata*, nullibi adiicitur: Ergo dum simpliciter dicitur pecunia. *Et in l. 1. §. si quis ff. de positi. et l. naturalis. sup. §. ut cum do. ff. de præscript. Verb.* accipimus pecuniæ verbum in largiori significatione etiam pro quantitatibus, id est, rebus ponderis, numero & mensura constantibus *l. pecunia nomine. l. pecunia Verbum. ff. de Verb. sig. 11.* Habemus *l. si olei. 21. de locato & conducto*, ubi expresse dicitur, in oleo consistere posse mercedem locationis. Oleum autem est quantitas *§. plus autem. infr. de action. Sic in l. §. hac diffinit. 35 in fine. ff. eod.* fructus fundorum pensari dicitur, id est, frumentum, quia est quantitas, *et in d. l. si me. 25. §. si maior h. tit.* dicitur partem vltus fructus mercedis nomine dari. III. Hanc sententiam approbat & defendunt *Coral. lib. 2. Miscell. c. 11.* & Cui.

& Cuiac. *in tract. ad African. pag. 528.* Sed obiciuntur etiam rursus hic I. Obicitur *d. l. 1 §. si quis seruum ff. de positi. vel contra.* ubi dicitur si operæ serui cum custodia compensantur, quasi genus locati & conduci esse; Ergo est impropria locatio, & non propria, quando in quantitatibus consistit. Resp. Accursus & alii etiam eius, eo argumento videntur. & Dn. Borch. Sed dicendum est, ibi non quantitas in locatione esse sed re, puta operas; Non igitur mirum esse quasi genus locati ibi esse non propriam locationem. Myll in definitione sua locat habet Numaria mercede. Ergo sequitur Accurs. & quantitates excludit, item Klingius *in suis institut. l. 1.* Obicitur hoc *in d. l. si olei 21. C. de locat.* agi de contractu innominato, quod res pro re datur; unde locatio ibi non est. Resp. Corasius *in d. loco. n. 4.* nihil magis inconcinnum & textui repugnans dici posse cum pro subiecta materia titulus sit de locato & conducto; id quætiā Cuiac. *in d. loco* refert. Deinde ibi est verbum, Locasti, quod pro subiectæ materia recte accipitur ibi, quantumvis instari posset præscriptis verbis actionem ex promutato esse bonæ fidei, §. *actionum, in fi. de action.* Resp. Tale negotium hic esse non potest. Deinde *in d. l. si olei.* dicitur id esse negotium bonæ fidei, innominatus etiam contractus similitudinem cum locatione hominis est stricti iuris. §. *bonæ fidei in fi. de action.* Unde id Cuiac. *in d. loco* elegantiss. probat. Denique obicitur emtionem & venditionem locationem & conductum eisdem iuris regulis constare, sed emtio consistit in pecunia numerata, §. *item precium. supr. de emt. & vendit.* Ergo & locati tantum in ea consistat. Resp. ab emtionem ad locationem valet argumentum nisi quid in contrarium reperiat, non autem hoc dare est expressum in emtionem, non etiam in locationem, ubi est contrarium. *in d. l. si olei.* Non igitur illa sententia obtingit.

DISPUTATIO. XXX.

De societate & mandato.

CONTINUATIO.

Ad obligationes, quæ nudo consensu contrahuntur, referuntur etiam societas & mandatum.

Thef. 1. Societas est contractus iuris. *l. 7. in pr. ff. de pact. l. ex hoc iure ff. de iust. & iur. §. ius autem gent. in fi. de iur. n. gent. & C. l. Labeo ff. de ver. signif.* quo inter duos pluresve omnium bonorum vel vnius alicuius negotiationis operarum vel fortunarum, honesta. (Nam inhonestarum rerum nulla est societas. *l. nec permitt. §. 7. ff. pro socio.*) ac licitæ ad tempus quoad vixerint aut vouerint contrahentes, legitima constituitur communio. Cuiac. *in parat. C. eod. §. soluitur. vers. sed et si consensu. & §. ult. h. tit. nu. l. qui admittitur. 19. ff. h. tit. nu. & l. & in princ. ff. de ob. & act. l. nemo 68. l. 5. in pr. l. verum. 64. in pr. ff. eod.*

2 Ex quo nunc sequitur societatem coiri posse vel tutorum bonorum aut vnius negotiationis veluti mancipiorum vendendorum emendorumque, aut olei & vini aut frumenti emendi vendendique. *hic in pr. & d. l. 5. in pr. & l. 7. ff. eod.*

3 In societate omnium bonorum omnes res quæ cœuntium sunt, continuo communicantur. *d. l. 1. §. ult. h. tit.* Ea vero, quæ in nominibus sunt, in suo manent statu, sed actiones inuicem præstare debent. *l. 3. in pr. h. tit. nu.*

4 Porro societas vel in perpetuum, id est, dum viuunt, vel ad tempus vel ex tempore vel sub conditione. *l. de societat. C. eod.* fieri potest. *d. l. 1. in pr. h. tit. nu. & re & verbis & per nuntium coitur. l. 4. in pr. ff. eod.*

5 Si autem nihil de partibus lucri vel damni nominatim conuenerit, æquales scilicet partes & in lucro & in damno spectantur. §. siquidem h. tit. nu. l. si non fuerint 29. in pr. ff. eod. Quod si expressæ fuerint partes, hæc seruari debent. Nec enim vnquam dubium fuit, quin valeat conuentio si duo inter se pacti fuerint, vt ad vnum quidem duæ partes & lucri & damni pertineant ad alium tertia. §. quod si, h. tit. n. d. l. si non vers. si vero h. tit. num.

6 Queritur an si Titius & Seius inter se pacti sunt, vt ad Titium duæ lucri partes pertineant, damni tertia, ad Seium duæ damni, lucri tertia, rata sit conuentio? Et sententiam Seruii recipimus, eam validam esse. §. de illa. h. tit. num.

7 Ita etiam potest coiri societas, vt alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune sit, quia sæpe opera & industria alicuius pro pecunia valet. §. nam & ita. h. tit. n. d. l. si n. 29. §. ita coiri. h. tit. num.

8 Societas autem ita coiri non potest, vt alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, quæ vocatur leonina & iniquissimum est societatis genus. d. l. si enim 29. §. vlt. ff. eod.

9 Et tenetur socius socio de dolo & culpa leui, non leuissima cum vtriusque vtilitas ibi versetur, l. actio. 65. §. morte. l. socius socio 72. ff. eod. §. vlt. h. tit. ff. l. si vt certo. 5. §. nunc videndum. ff. commodati l. contractus 24. vers. sed & societas. ff. de reg. iur.

10 Societas hæc manet eo vsque, donec in eodem consensu perseverauerint socii. §. manet. h. tit. nu. l. societatem 4. §. fin. action. 65. §. diximus. ff. eod. Si vero, cui renunciatum est, quicquid omnino post renunciatam societatem acquiritur, soli conceditur. d. §. manet vers. ei vero. h. tit. nu.

11 Soluitur etiam societas morte socii. d. l. societate. 4. §. vlt. l. adeo 68. in princ. & d. l. actione. 65. §. morte. ff. eod. §. soluitur. h. tit. num. & finito negotio societatis. §. item. h. tit. nu. publicatione item facta vniuersorum socii bonorum, & propter grauamen debiti seu æris. d. l. societatem 4. §. vlt. d. l. actione. 65. §. publicatione. ff. eod. §. publicatione. h. tit. num.

12 Oritur ex hoc contractu actio pro socio, de qua suo loco in materia actionum dicemus.

13 Mandatum est contractus nudo consensu contrahentium constans. l. 1. in princ. ff. mandati. d. l. ex hoc iure. ff. de iust. & iur. l. 7. §. pen. ff. de pact. quo officium gratis procurandum committitur. l. si remunerandi 6. §. in pr. ff. eod. l. si de ius. C. eod. §. vlt. h. tit. nu.

14 Mandatum contrahitur 5. modis siue sua aliquis tantum gratia tibi mandet, siue tua & sua, siue aliena tantum, siue sua & aliena, siue tua & alie-

na, hic in pr. & l. 2. ff. mandati. At si tua tamen gratia tibi mandatum sit superuacuum est mandatum, & ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati in te uos nascitur actio. d. §. 1. h. tit. n.

15 Mandantis tantum gratia interuenit mandatum, ueluti si quis tibi mandet, ut negotia eius gereres, p. §. mandantis, h. tit. d. l. & §. mea. h. tit. num.

16 Tua gratia & mandantis, ueluti si mandet tibi quis ut pecuniam sub usuris crederes ei, qui in rem sui ipsius mutaretur, §. tua. h. tit. d. l. 2. —

17 Aliena autem tantum causa interuenit mandatum ueluti si tibi aliquis mandet, ut Titii negotia gereres. §. aliena. h. tit. d. l. 2. §. aliena.

18 Sua & aliena, ueluti, si de communibus sui & Titii negotiis gerendis tibi mandet. Tua & aliena, ueluti si tibi mādēt, ut Titio sub usuris crederes, quia si sine usuris pecuniam crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum. §. suam. h. tit. n. d. l. 2.

19 Tua tantum gratia si interuenit mandatum, consilium potius est quam mandatum, & ob id non obligatorium. §. tua tantum. h. tit. n. d. l. 2. §. fin. ff. eod. l. 4.

20 Mandatum uero contra bonos mores non est obligatorium. §. illud. h. tit. n. d. l. si remunerandi. §. rei turpis. ff. eod.

21 Qui exequitur mandatum non debet excedere fines mandati, sed inter præscriptos limites subsistere. l. diligenter. §. in princip. ff. eod. §. is qui. h. tit. n.

22 Mandatum contractum re adhuc integra, euanesceit, si reuocatur l. si uero. 12. §. si mandauero. ff. eod. l. nihil tam naturale. ff. de reg. iur. §. recte, h. tit. n. Semel autem susceptum est consummandum. §. mandatum. h. tit. n. l. si mandauero. 22. §. fin. ff. eod.

23 Morte etiam solui mandatum certi iuris est. l. inter causas. 26. in princ. ff. eod. §. item si. h. tit. n.

24 Oriuntur ex hoc contractu duæ actiones contraria & directa. Rubr. 4. tot. tit. ff. de quibus infr. in tit. de action. agen. & c.

Corollarium. Dolum & culpam leuem in mandato præstari ex certis iuris fundamentis concludimus l. si Procuratorem.

§. §. ultim. ff. eod. l. contractus. 24. ff.

de reg. iur.

DISPUTATION. IURIS CIVIL. DISPUTATIONIS XXX.

De societate & mandato obiectiones & resolutiones,

S V M M A R I A.

- 1 Societas an nudo consensu contrahatur.
- 2 Mandatum an nudo consensu contrahatur.
- 3 Societatis definitio an multa superflua contineat.
- 4 Rerum inhonestarum nulla est commanio.
- 5 Communionis vocabulum latissima significationis esse.
- 6 Societas in quibus rebus contrahitur.
- 7 Societas potest fieri sub conditione.
- 8 Societas admittit conventionem de partibus damni & lucri inequalibus.
- 9 Societas leonina & iniquissima qua sit.
- 10 Culpa in societate qualis praestetur.
- 11 Depositarius & socius an eandem culpam praestent.
- 12 Societas quamdiu maneat.
- 13 Societates contrahentes, renunciare possunt quoties libet.
- 14 Societas an morte socii solvatur.
- 15 Mandator & mandatarius quid sit.
- 16 Salarium non potest peti actione mandati, sed extra ordinem.
- 17 Mandatum quibus modis contrahatur.
- 18 Actio mandati quando competat.
- 19 Consilium non est obligatorium, & mandati actionem non admittit.
- 20 Mandatarius an possit excedere fines mandati.
- 21 Actio ad exhibendum, est preparatoria vindicationum.
- 22 Mandatum re adhuc integra, evanescit si renocetur.
- 23 Mandatum an morte finiatur.
- 24 Mandatarius an post mortem mandatoris, actionem mandati habeat.
- 25 Culpa in mandato qualis praestetur.
- 26 Mandatarii & Depositarii ratio diversa est.
- 27 Mandatarius quomodo intelligatur nihil aliud praestare quam bonam fidem.

AD continuationem.] Superest nunc ut etiam de obligationibus, quae nudo consensu similiter contrahuntur, scilicet de societate & mandato videamus. Quod autem dictum fuit nudo consensu societatem & mandatum contrahi, contra obicitur *l. 4 in pr. ff. pro socio*. ubi dicitur, re & verbis posse societatem contrahi. Ergo verba requiruntur, seu res, nec sufficit nudus consensus. R. sp. His verbis Ictus non vult in societate re & verbis contrahi obligationem, quia in societate, neq; verborum neq; scripturae ulla prietas desideratur, cum sufficiat contrahentes consentire. *l. 2. ff. de oblig. & act.* Sed hoc vult, consensum, quo contrahitur societas, non modo verbis, id est, viva voce, etiam sine stipulatione, sed etiam re, id est, tacito consensu, & rebus animo contrahendae societatis in comune col-
laris, nec male inter praesentes, sed etiam inter absentes per nuncium, & sic vivam epistolam, vel per epistolam, &c. tacitum nuncium declarari, ut interpretatur Barr. Fulg. & Mudeus
in *d. l. 4* & Caiac. in paratit. *ff. eo. l. tit.* Deinde quod dicitur nudo consensu contrahi nunc mandatū hoc pugnat cum *l. res ex mandato. ff. de acquir. rer. domino*, ubi dicitur: Res ex mandato

meo emta, non prius mea fit, quam mihi tradiderit qui emir; Ergo non nudo consensu contrahitur. Resp. Pacius *ad d. l. res ex mandato*. affirmat iuris subtilitate non transferri dominium, sed tamen ex tacita mente contrahentium ex aequitate, & ita expresse loquitur *l. 2. ff. mandati* & ibi *gl. 3. l. si procurator 35. ff. de acquir. rerum dominio*. Et *l. qui mihi. ff. de donat.* Id quod similiter in emptione videmus, quæ solo consensu contrahitur, & tamen precium prius ac traditio interuenit, quemadmodum supra dictum fuit.

Ad thes. 1.] Proponitur hic definitio societatis, quæ videtur multa continere † superflua, unde arguitur vitiosa. Nam per legitimam communionem omnia reliqua exprimuntur, ita ut non opus esset quid de honesta & licita negotiatione ponere. Respon. Icti non sunt adeo stricta regulis Dialecticorum, maioris explicationis gratia multa abunde ponitur, & reliqua verba explicat vocabulum, Legitima scilicet quod communio fit honesta negotiationis; nam † inhonestarum rerum nulla communio constitui potest. *l. nec promittendum. 17. ff. pro socio*. Deinde quod dicitur societatem constitui communiōe, ei opponitur sic. Communio fit sine consensu & quasi contractu, & est verum cum in ea res sint coes absque conventionione ex luccessione, legato, &c. *l. 1. 2. ff. communi diuid. §. item si inter aliquos, inf. de oblig. que quasi ex contr. nasc.* Societas autem est ex consensu & conventionione, & est personarum: Ergo Societas communio esse & definiri non potest. Resp. Communiois verbum est † latissima significationis, & pro subiecta materia alia habet significationem, hic accommodatur societati, & est ex consensu. In comuni diuid. iudicio, applicatur rebus, & est ex quasi contractu. Hic res sunt communes animo & affectione societatis, quod non est in iudicio familia Heresiscundæ, & communi diuidendo.

Ad thes. 2.] Affirmatur societatem vel totorum bonorum vel vnus negotiationis, & rei initi posse. Cui obicitur *l. 5. ff. eod.* vbi 4. modis fit & contrahitur societas. Resp. Varietas materię in specia, † quatuor sunt modi, duæ tamen sunt species, priuata scilicet & Reipubl. seu v. Aigalis. Priuata vnus rei vel bonorum, vel Aigalis vna manet. Seu est vniuersalis omnium bonorum, vel particularis vnus negotii & rei.

Ad thes. 3. 4.] Affirmatur in societate omnium bonorum res continuo communicari. Cui opponitur *l. si quis societatem. 74. ff. eod.* vbi dicitur, id quod emit quis non fieri commune, in communi societate: Ergo non omnia continuo communicantur. Resp. Loquitur illa lex in eo casu, quando quis post contr. etiam societatem rem emit, quia tum res non communis fit, sed postea tamen cogitur rem communicare, ut ibi dicitur, & *Gloss. in l. 1. ff. h. tit. n. vult.* Deinde affirmatur † sub conditione fieri posse societatem. Cui opponitur *l. actus legitimus ff. de reg. iur.* vbi dicitur actus legitimus non recipere diem aut conditionem. Resp. Societas 1. 6 est actus legitimus, etiam si de ea olim fuerit dubitarum, id quod nunc ad certitudinem Iustin. redegit *in l. pen. C. pro socio*. Duaren. *c. 2. ff. pro socio*. Mynsing. & Welenb. hic.

Ad thes. 5. 6. 7. 8.] Affirmatur in hisce thesibus † inæquales posse esse partes damni & lucri. Cui oppono *l. Seruum est. 63. §. si cum tres. ff. eod.* vbi dicitur, iniquum esse, in societate alium plus, alium minus consequi. Deinde idem dicitur *in l. si vnus 67. in fin. princ. ff. eod.* Ergo non valet conuentio inæqualitatem importans, cum iubeatur esse communio. Respond. Non dubium est, quin valeat conuentio ut vnus plures lucri partes accipiat, quia forte plus industria ad negotiationem contulit, secundum *l. 1. ff. de pact. & l. contractus. ff. de regul. iur.* Quod autem *ad d. text.* attinet exaudiendi sunt in tali casu, quando nihil expresse est conuentum, tum & æquitas postulat æqualem esse communionem, modo tamen æqualitas sit pecuniæ & operarum. Si autem conuentio id mutet, æque hoc iustum est, societas tamen ita coiri non potest, ut alter lucrum tantum, alter dampnum

9 damnum sentiat. Hæc vocatur † leonina & iniquissimum est societatis genus. *l. si non. 29. §. vlt. ff. eod.* Ideo autem dicitur leonina, quia ut dicitur in apologo; Leo communem ex venatu prædam sic diuidebat cum vulpe, ut ferre sibi totam retineret, vulpi vix minimam concedens partem. Myns. & Duaren. *c. 1. ff. pro socio.*

10 Ad thes. 9.] Dolus & levis culpa in societate præstat † non leuissima culpa, non etiam casus fortuitus, *l. contract. u. ff. de reg. iur. l. cum duobus. 52. §. damna. ff. pro socio.* Sed obiicitur tale argumentum: Nade videtur dicendum socium teneri tantum de dolo, non de leui culpa: quia eam diligentiam rebus alienis debet, quæ quis suis adhibet, si eam non præstat, doli reus est *l. qui t. uerua. ff. de depositis.* Sed socius eam duntaxat diligentiam rebus communib. debet, quam præstat rebus propriis. *§. socius h. tit. n. l. socius socio. 72. ff. eod.* Ergo socius si eam diligentiam rebus communibus non præstat, doli reus est, & per consequens socius duntaxat tenetur de dolo, non de leui culpa. Resp. Depositarius præstat dolum & laram culpam: Quæ in † depositario est lata culpa, ea in socio est levis culpa; lata culpa est in depositario, si non sit æque attentus in re aliena atque in propria, in socio secus est. Nam si cuiuslibet licet in re sua negligentem esse, & in re commun. cum res sit communis ex parte mea. Itaque si socius non æque seruet rem communem, atque suam non est culpa lata sed levis: Similiter in depositario est levis culpa, si non seruet rem alienam diligentius quàm suam, in socio vero est culpa leuissima, si non minorem præstet diligentiam rebus communibus quam suis.

Ad §. illud expeditum est h. iur. n.] Haic §. obicitur. *l. commodis. o. ff. de lib. & posth.* ubi dicitur, quod possit quis posthumum ita heredem instituere; *sive vivo me, sive mortua me natus fuerit, heres esto.* Quod si alteruter casus omissus fuerit, continetur sub expressio ex consequentia necessaria. *l. m. d. vero. l. commodissime hoc secus est gl. in d. §. illud. Verb. seruiri. b. tit. n.* Secundo obiicitur *l. ea lege. si. in princ. ff. locati conduct.* Respond. Vt ante, esse certum ductum in summa ad omnes ll. ab Accursi allegatas in gl. respondit potest scil. quod in *d. l. illud expeditum.* casus omissus contingatur, sub expressio ex consequentia necessaria quod in aliis ll. non ita est.

Ad thes. 10.] Societas † manet, donec in eodem consensu perseverant socii: nam qui libet renuñciare quouis tempore potest. Cui oppono valde *l. nihil tam naturale. ff. de reg. iur. & §. vlt. Instit. quib. mod. toll. oblig.* ubi dicitur contractus consensus inaitos non solui, nisi in tuo dissensu. Ergo vnus non potest renuñciare pro libitu. Deinde obligatio est iuris vinculum. *§. 1. supr. de oblig.* nec pendet ex vnus voto. R. sp. Id in societate speciale est. Nam communio parit discordias. *l. cum pater. 79. §. omnia. ff. de legat. 2.* Ergo nemo in ea ex l. beneficium manere inuitus cogitur. *l. vlt. C. communi diuid.* Et cōtrahentes semper secundum placitum & permissum cōtrahere intelliguntur, ut habeant † potestatem discedendi ab hoc contractu quoties placuerit.

Ad thes. 11.] Affirmatur † morte socii solui societatem. Cui obiicitur *l. adeo. 58. in princ. ff. pro socio.* ubi dicitur societatem vestigalium non finiri morte, quæ tamen species est societatis, *et supr. dictum est.* Ergo non est verum in morte finiri societate. Resp. Id speciale est in casu vestigalium eo tamen modo, quia additur, scil. si pars defuncti ad personam heredis eius ascripta sit, ut heredi quoque conferre oporteat, de actionibus suo loco.

Ad thes. 12.] Mandator † est qui mandat, Mandatarius, qui ad implendum & exequendum mandatum suscipit: Gratis autem procurandum committitur. Cui obiicitur, *l. si remunerandi. 6. in princ. l. qui m. u. m. 56. §. sal. rium. ff. mandati. l. 1. l. salarium. 17. C. eod.* Resp. Salarium & merces diff. sunt, & in *d. l. si remunerandi.* dicitur, si remunerandi gratia honor interuenient, sit mandati actio, quæ verba non ita sunt exaudienda, quasi propter salarium detur

detur mandati actio, sed quod mandati actio competat, licet remunerandi gratia quid datum sit, ut recte monet Accursus. Ergo salarium non est de necessitate, sed ex officio & amicitia datur, ut in deposito precium seu honorarium. Salarium autem tunc potest peti actione mandati, sed extra ordinem, ut Papinianus affirmat in *l. salarium. 7. ff. eod.*

Ad thesin 14. 15. 16.] Hæc thesibus proponuntur tres modi, quibus contrahitur mandatum, qui pluri sunt.

Ad thesin 17.] Posita est particula, tantum, quam hic tollendam putat Hotomanus: quia neque in Caio neque in veteri habetur, & alias, nisi alio quatenus mandantis interesset, obligatio non nasceretur. Interest etiam non propter ipsam mandatum principaliter sed propter accipientis causam. Itaque locum Vlpianus in *l. si remunerandi. 6. §. si tibi mandauero. ff. mandati.* ubi dicitur, si tibi mandauero, quod mea non intererat, veluti ut pro Stichos interuenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, & ego sum tibi obligatus. Nam mea inquit Hotomanus non potest interesse, nisi addatur principaliter. Mandati enim tres actio secundum Vlpianum in *l. si procuratorem. 8. §. mandati. ff. eod.* tunc competit cum coepit interesse eius qui mandauit. Cæterum si nihil interest, cessat mandati actio & eatenus competit, quatenus interest, Hotomanus tamen sibi contrarius lib. 4. ob. c. 30. vult in *d. §. si tibi.* extrusam negatiuam.

Ad thesin 18.] Wessenebeck. putat sub illis verbis: *Tua & aliena*, semper esse intelligendam particulam *principaliter*. Nam multi, inquit, possunt vnus re: fines esse, sed subordinati; nam omnibus hæc mandandi formis impliciter est aliquod mandantis interesse, cuius nomine actio detur, *l. si procuratorem. 8. §. mandati h. tit. n.*

Ad thesin 19.] Consilium quod non est obligatorium, & ideo aliquis ex eo mandati actione conueniri non potest, quod ita procedit, nisi sit fraudulentum secundum legem Consilii. *ff. de reg. iur.* Sed obicitur *l. liber homo. ff. ad l. aquil. l. non solum. ff. de iniuriis. l. non solum, in princ. ff. de iniuria. l. specialiter. ff. quod si aut clam. l. si quis uxori. §. cum Titio. ff. de furt. l. i. m. pr. c. §. persuadere ff. de seruo corrupto.* Resp. Id in maleficiis procedit, & ideo non datur mandati actio. Tenetur tamen peruersor fraudulentus de dolo & aliis actionibus de seruo corrupto. *d. l. consilii. ff. de reg. iur.*

Ad thes. 20.] Hæc thesis probatur in *l. si vero. 12. §. si adolescens. ff. eod.* Cui tamen opponitur *l. 3. §. nec non. ff. de in rem verso.* ubi in rem versum dicitur, si quis aliquid ad turpes sumtus subministravit, & regulariter dicimus toties esse actionem de in rem verso, quibus casibus procurator habet mandati actionem. *d. l. 3. §. & regulariter. ff. de in rem verso.* Respond. Aliud est in maiore 25. annis *d. l. 3. §. nec non.* Aliud in minore. *d. §. si adolescens. gl. in d. §. si adolescens.* Inso, sed opponitur *l. si quis. 8. ff. pro emptore*, ubi etiam maior 25. annis non potest id facere. Resp. Id ideo fit, quia ibi notum erat eum protinus id secuto daturum, unde id non permittitur, secus si de eo non constet. *Gl. in d. §. si adolescens.*

Ad thes. 21.] Affirmatur mandatarium tres non posse excedere fines mandati. Cui opponitur *l. 5. §. si tamen ff. iudicatum solui.* ubi mandati actio contraria datur ei qui excessit fines mandati. Ergo fines mandati excedere licet. Respond. Ibi proponitur æquissimus casus: nimirum litis sumtus posse peti etiam eius quod non erat mandatum, scilicet defensionis, si victor quis in causa extiterit; secus si causam amisit. Secundo obicitur *l. ad rem mobilem. 56. ff. de procurator.* ubi excedit fines mandati, cum habet tantum rei vindicationem ad rem petendam. Resp. Is qui habet rei vindicationem, potest etiam instituire primo actionem ad exhibendum. Illa enim tres actio est preparatoria vindicationum, & propter eas introducta *l. 1. ff. ad exhibendum.* Tercio obicitur *l. ad legatum. 62. ff. de procur.* ubi similiter videtur procurator fines excedere. Resp. Quando procurator habet mandatum petendi legati, habet etiam

etiam potestatem & mandatum instituendi interdicti de tabulis exhibendis *secundum l. 2. ff. de iuris dist. omnium iudic.* Nā ex tabulis testamenti rectius de legato constare potest.

22. Ad thes. 22.] Mandatum cōtractuum re adhuc integra † euaneſcit, si reuocetur, quia quādo interesse cepit mandantis actio nascitur *l. si primum ff. procurator. §. mandati. ff. eod.* Cui opponit Horom. hic *l. 5. C. de act. & oblig.* vbi dicitur vnicuique libera est potestas habendi vel non habendi contractus; renunciare autem inuito aduersario non licet. Resp: Non prius in mandante constituta est obligatio quam impletum est mandatum, vel saltem impleri cōceptum.
23. Ad thes. 23. 24.] Morte † finiri mandatum certi iuris est. Obiicitur *l. si vero. 12. §. fin. ff. mandati*, vbi non finitur mandatum morte. Resp: Ibi non dissoluitur mandatū ideo quia iniunctum, ibi quid fuit post mortem alicuius faciendum, puta monumentum extruendū, idem dicitur *in l. idem est. ff. eod.* Insto contra solutionē datam, *ex l. vlt. ff. de solut.* vbi Paul. inquit, ei cui iussi debitorem meum post mortem meam soluere, non recte soluitur. Resp: Sciendum est hæc verba inuerso ordine à librariis esse conscripta, ac legendū hoc modo. Ei cui iussi debitorem meum soluere, post mortem meā non recte soluitur. Cuiac. *lib. 1. obf. c. 38.* Horoman. putat ita legendum, Ei qui mandato meo post mortem meam est stipulatus, recte soluitur. Secundo obiicitur *Linter causas, in pr. ff. eod. l. action. 65. §. item si alicuius. ff. pro socio*, vbi dicitur non extingui morte mandatoris mandatum. Resp: Si mandararius ignorans † mandatorem decessisse impleat mandatum, habet mandati actionem; secus si sciuerit. *l. hoc iure. 19. §. si quis dederit, ff. de Novationib.* Tercio obiicitur *l. mandatum. 15. C. eod.* vbi morte non finitur mandatum. Respond. Si cum res non amplius esset integra, mandator decedat, tum perficere & absolvere mandatarius mandatum potest.
24. Ad Corollarium.] Affirmatur in Corollario dolum & leuem culpam tantum in man-
25. dato præstari, non etiam culpam † leuissimam. Et Duaren. *c. 2. mandati.* locum hunc esse valde difficilem in hac mandati materia & nullum esse difficiliorem putat. Opponitur igitur *l. a procuratore. 17. C. eod.* vbi dicitur omnem culpam & dolum in mandato præstari. Ergo etiam leuissima culpa est præstanda, quia qui dicit, Omne, nihil excludit. Illa generalitas est intelligenda secundum illas leges, in quibus dicitur saltem dolum & leuem culpam in mandatis præstari, & in dubio est culpa levis: probatur autem id *per l. 4. & l. re in mandatis. 21. in fin. C. mandati.* Et hanc sequitur sententiam Ias. *in l. si mora. ff. solut. matr. & Bart. gl. secutus in l. in venditione. ff. de bon. auctoritat. iudic. possiden.* Hanc sententiam defendit late & docte Duaren. *in tit. mandati. c. 2.* & ita illas etiam Il. explicat. Nec est quod dicant reliquas Il. & *l. de contractus. ff. de reg. iur. §. l. 4. l. 9. l. 11. C. eod.* esse secundum *l. 17.* intelligendas, quia potius *d. l. 17. C. eodem.* secundum alias leges est intelligenda. Habent & hoc argumentum *ex l. 5. §. nunc videndum. ff. commodati.* quia ibi dicitur præstati culpam & diligentiam leuissimam ab eo qui commodato accepit, & per culpam leuissimam intelligunt. Respond. Culpam & diligentiam opponuntur & alterum per alterum declaratur, culpa enim levis, diligentiam respicit, & per illa verba; culpa, absolute in contractibus posita, levis culpa intelligitur. De leuissima autem culpa in commodato id aliunde est desumendum. Insto hoc argumento *ex l. si certo. §. §. nunc videndum ff. commodati.* vbi dicitur in contractibus, qui ad vtilitatem suscipientis non pertinent, dolum tamen præstari non etiam culpam & negligentiam veluti in deposito. Cum enim quis deponit rem suam apud aliquem custodiendam, depositarius dolum tantum præstat, quia depositum ad eius vtilitatem non pertinet. In eo enim tantum versatur vtilitas deponentis. At in hoc contractu mandati eadem est ratio: Mandatum enim fit, gratia mandantis, & mandatum est gratuitum. Hæc obligatio contrahitur sine mercede, alias locatio est. Ergo idem di-

cendum videtur quod in deposito, ut dolum tantum præstet mandatarius siue procura-
 tor non etiam culpam siue negligentiam. Respond. Duarenus *c. 2. h. tit. n. in ff. § diuer.* 26
 sam esse rationem depositarii & mandatarii. Mandatarius, qui negotium gerendum sus-
 cipit, videtur diligentiam & industriam suam promittere, quia in gerendo negotio opus
 est industria, diligentia, opera: In deposito autem sufficit ut depositarius rem recondat.
 Deinde obicitur *l. si fideiussor. 29. in prin. l. si procuratorem. 8. §. Sili. cum seq. Et l. idemque. ff.*
eod. ex quibus videtur dicendum dolum tantum præstari. Respond. Duaren. *in d. loco, ad*
d. l. si fideiussor. quod illud negotium tale sit, quod industriam non requirat; Quare non
 interpretabitur hoc actum esse inter mandatum & mandatarium fideiussorem ut diligen-
 tiam adhibeat. Deinde non obstat *l. 8. si procuratorem. §. fin. cum d. l. idemq. 10. in prin. ff.*
eod. ubi dicitur: bonam tantum fidem præstari & nihil amplius in mandato. Hoc, inquam,
 non obstat, quia quod dicitur *in d. l. idemq.* paulo quidem obscurius est, sed secundum
 Accurs. excluditur diligentia. Contra fidem enim is facit, qui in amici tui negotio quod
 suscepit gerendum, negligentem se præbet id quod à bona fide est alienum; Ergo recte di-
 citur eum § nihil amplius præstare, quam bonam fidem, id est, quod bonæ fidei congruit, 27
 atque ita hæc Duaren. *in d. loco.* explicat.

DISPUTATIO XXXI.

De obligationibus, quæ quasi ex contractu nascuntur,

CONTINUATIO.

*Post genera contractuum enumerata dispiciamus etiam de iis obligationibus, quæ
 quidem non proprie nasci ex contractu intelliguntur, sed tamen
 quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi
 ex contractu nasci videntur.*

Thesis I. Quasi ex contractu est negotiorum gestio, quando quis sine
 mandato alienis negotiis gerendis se offert, ex qua causa ii, quorum negotia
 gesta sunt, etiam absentes & ignorantes obligantur. *§. igitur. h. tit. n. l. si quis ab-*
sentis. §. in prin. ff. de negot. gest. act. l. 1. 2. l. si negotiis. 11. ff. de negot. gest.

2 Et hoc fieri utilitatis gratia est receptum ne dum, nouis causis interue-
 nientibus, homines diutius absint eorum negotia pereant & deferantur, &
 ne forte rerum possessionem aut venditionem indefensi patiatur, vel pigno-
 ris distractionem, vel pænæ committendæ actionem, vel iniuria rem suam
 amittant. *d. §. igitur. h. tit. n. d. l. si quis absentis. §. in pr. vers. longe magis. ff. de oblig. &
 act. d. l. 1. ff. de negot. gest.*

3 Nihil autem refert vni negotio vel duobus quis se offerat, quemad-
 modum nec in sexu discrimen habetur. *l. 3. §. hæc verba, cum seq. ff. de negot. gest.*

4 Imo pupillus negotia gerere potest, & si factus est locupletior post
 rescriptum Diui Pii, conueniri potest in id, quod factus est locupletior, a-
 gendo autem compensationem eius qui gessit, patitur. *d. l. 3. §. pupillus. ff. eod.*

5 Et in summa omnes negotia gerere possunt, qui contrahendo se aliis recte obligant, ac statim ubi quis negotia administrare cœpit, inuitus ea perficere cogitur. *l. nam & Seruius. 21. §. si viuo Titio. ff. eod.*

6 Et sufficit vtiliter cœptum esse negotium licet euentum infelicem habeat. *l. sed an ultro. 10. §. 1 ff. eod.*

7 Tenetur porro is, qui negotia gessit reddere administrationis rationē, quo casu ad exactissimam diligentiam compellitur reddere rationem, nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia. *d. §. item. vers. ita & contra. h. tit. l. si negotia. 11. ff. eod.* vsuras etiam præstare tenetur ex aliena pecunia perceptas. *l. ad quin. 19. §. non tantum. ff. eod. l. tutori. 20. C. eod. l. si pupilli 6. §. videmus. ff. eod.*

8 Quamuis & ipse negotiorum gestor sumtus & impensas necessarias & vtilis deducere possint, non autem voluptarias. *l. ex duo. 27. in fin. princ. ff. eod. d. l. 10. ff. eod.*

9 Deniq; ex hoc quasi contractu duæ oriuntur actiones, directa & contraria. Directa datur domino rei gestæ; Contraria datur negotiorum gestoribus. *d. §. item. h. tit. n. d. l. 5. in pr. ff. de act. & obl. infr. in tit. de action. dicemus.*

10 Secundo quasi ex contractu tutores obligantur, quando negotia pupillorum administrant. Nullum enim negotium inter tutorem & pupillum contrahitur. *§. tutores. h. tit. n. d. l. si quis absentis. 5. §. tutela. ff. de obl. & act.*

11 Idq; in fauorem pupillorum est receptum ne dum exigui vel nullius sunt iudicii, eorum negotia pereant. *§. impuberes. supr. de Attilian. tutor.*

12 Et tenentur tutores tutelæ gestæ nomine hodie singulis annis ad requisitionem magistratus reddere rationem, idque Carolus V. sua constitutione fanciuit. *Myns. in d. §. fin. supr. de Attilian. tutore.*

13 De dolo etiam & culpa & diligentia quantam in suis rebus quis adhibet, pupillis tenentur. *l. 1. in princ. ff. de tutel. & ration. distrab. d. l. contractus. 24. ff. de reg. iur.*

14 Oriuntur ex hoc quasi contractu mutuæ actiones. Tutelæ directam actionem habet pupillus contra tutorem de ratione integre reddenda. Contrariam tutelæ contra tutor habet contra pupillum eius nomine, quod in rem pupilli impendit, vel in quo pro eo fuit obligatus, aut rem suam creditoribus pupilli obligauit. *d. §. tutores. h. tit. d. l. 5. §. tutela. ff. de obl. & act. de quibus infr. in tit. de action. dicemus.*

15 Tertio quod ex contractu obligantur ii, quibus sine societate res est cōmunis, veluti, quod pariter eis legata donatave esset. *§. item si inter aliquos, h. tit. n. tot. tit. ff. & C. communi diuidund.*

16 Et hic diuifio rerum fit corporalium fingularium fcilicet quarum dominium habemus non etiam hereditatis. l. 4. in princ. ff. *communium diuidund.*

17 Dolum & culpam leuem in hoc contractu præfari non ambigitur. l. contractus. 24. ff. de reg. iur. l. permitt. in fin. C. eod.

18 Datur ex hoc quali contractu actio communi diuidendo, qua alter alteri tenetur. d. §. item si inter. h. tit. nu. & tot. tit. ff. & C. *communium diuid. ut infr. diuimus.*

19 Quarto coheredes: quali ex contractu obligantur, si duo pluresve simul heredes existunt, & diuidere volunt hereditatem: nihil enim inter se vere contraxerunt. §. idem iuris est, h. tit. n. l. 1. in fin. ff. eod. l. 5. C. *familia heredis. & communi diuid.*

20 Et coheres coheredi non tantum dolum sed etiam culpam præstat in re hereditaria. l. heredes. 25. §. non tantum. ff. *famil. heredis.*

21 Quinto heres legatorum nomine quali ex contractu debere intelligitur. §. heres. h. tit. num. d. l. si quis absentis. 4. §. heres. ff. de ob. & act.

22 Sexto etiam ex quali contractu obligatur is, cui quis per errorem non debitum soluit, & condictione indebiti propterea conueniri potest. §. item. 16. h. tit. d. l. 5. §. is quoq. ff. de ob. & act. §. is quoq. supr. quib. mod. re contrah. oblig. tot. tit. ff. & C. de condict. indebiti.

23 Errorcm autem hic facti non iuris recipimus. Error enim facti soluti indebiti repetitionem parit. l. 1. in quis. 10. C. de iur. & facti ignorant. Et iuris error neminem excusat. l. 9. ff. de iur. & facti ignor.

24 Repetitio tamen illa ex Iustiniani constitutione cessat, quando legata vel fideicommissa sacrosanctis Ecclesiis & cæteris venerabilibus locis intuitu religionis & pietatis indebita sunt soluta, nulla legatarum habita distinctione. gl. ult. h. tit. n. l. & C. *communis de legat.*

Corollarium ex feudis allatum. Seruitutem personalem & realem in feudo & inuito & infcio domino constitui posse putamus per c. vn. §. rei. vers. qui dego. De inuestitur: de re alien. fact. Curtius p. 4. feud. nu. 105. Iul. Clar. 5. feudum, quest. 37. num. 1. Zal. p. 10. n. 56. Wesenb. c. 11. n. 7. Borch. c. 8. num. 59. *feudalium tractatum.*

DISPUTATIONIS XXXI.

De obligationibus quæ ex quali contractu nascuntur
obiectiones & resolutiones,

S V M M A R I A.

1. Quali contractus an aliqui sint.

L 3.

2. Con.

- 2 *Contractus vocabulum quod modis accipitur.*
- 3 *Quasi contractus quis sint.*
- 4 *Negotiorum gestio cur inter quasi contractus referatur.*
- 5 *Actione negotiorum gestorum, quando quis teneatur.*
- 6 *Ratihabitis mandato comparatur.*
- 7 *Actio negotiorum gestorum, quo respectu alicui datur.*
- 8 *Negotiorum gestorem iustam habere causam negotia suscipiendi, necesse est.*
- 9 *Negotiorum gestio, an ad absentes tantum respiciat & referatur.*
- 10 *Tutorum successores non directa sed utilis actione negotiorum tenentur.*
- 11 *Curator an & quando teneatur negotiorum gestorum actione.*
- 12 *Pupilli praesentes, fictione quadam pro absentibus habentur.*
- 13 *Pupillus an negotia alterius gerere possit.*
- 14 *Compensatio est ex iure naturali.*
- 15 *Contractus ab initio sunt voluntatis, ex post facto autem necessitatis.*
- 16 *Negotiorum actione an quis teneatur, qui aliqua negotia non gessit.*
- 17 *Negotium an sufficiat utiliter captum esse, si non respondeat eventus.*
- 18 *Negotia alterius sine mandato administrans, exactissimam diligentiam praestare tenetur.*
- 19 *Successores negotiorum gestorum qua actione conveniantur.*
- 20 *Negotiorum gestionis utilitas an etiam ad eum pertineat, qui negotia gessit.*
- 21 *Casus fortuitus, interdum in negotiorum gestione etiam praestandus est.*
- 22 *Tutores negotia pupillorum administrantes, ex quasi contractu obligantur.*
- 23 *Dolus & culpa levis in tutela praestantur.*
- 24 *Communio quae sine societate sit, ad quasi contractus refertur.*
- 25 *Communi diuidendo iudicium inter eos redditur, inter quos aliquid commune est.*
- 26 *Communio rei variis modis constituitur.*
- 27 *Rerum communio ex quacunque causa esse potest.*
- 28 *Actio pro socio, & actio communi diuidendo differunt.*
- 29 *Actio communi diuidendo magis in rem est, quam in personam.*
- 30 *Mixta actiones quot sint.*
- 31 *Actio familiae herciscundae differt ab actione communi diuidendo.*
- 32 *Iudicio familiae herciscundae quando opus sit.*
- 33 *Familia herciscunda iudicium differt à iudicio communi diuidendo.*
- 34 *Servus potest esse communis ex contractu societatis.*
- 35 *Actio pro socio cessat, sublata societate.*
- 36 *Communio ubi non est, ibi nec iudicium est communi diuidendo.*
- 37 *Dolus & culpa in iudicio familiae herciscundae praestantur.*
- 38 *Heres per aditionem hereditatis videtur quasi contraxisse.*
- 39 *Solutio indebiti errore facta quasi contractum gignit.*
- 40 *Error iurii, facti indebiti repetitionem parit.*
- 41 *Iuris ignorantia per se neminem damno afficit, nemini etiam lutrum parit.*
- 42 *Legata ad pias causas, errore soluta non possunt repeti.*
- 43 *Actiones quaedam, quae in consensientem dantur in simplex, in negantem dantur in duplum.*
- 44 *Servitutus an in fundo feudali constitui possit, in scio & inuito feudi Domino.*
- 45 *Alienatio omnis est prohibita.*
- 46 *Maritus nec alienare fundum dotalem potest, nec servitutem ei imponere.*
- 47 *Servitus ad tempus constitui non potest.*

43 *fructus an in feudo constitui possit.*

40 *Servitus feudi, & feudum differunt.*

AD Continuationem.] Post materiam contractuum de quasi contractibus quoque; erit videndum iusta methodo. Sed obiicitur quod non sunt quasi contractus id quod probat. *per l. omnem. 20. ff. de iudic.* vbi dicitur omnem obligationem pro contractu esse habendam. Ergo nulli sunt quasi contractus. Resp. Vocabulum \dagger contractus, interdum stricte, interdum lato, interdum latissime accipitur. Strictè accipitur tantum pro contractibus, non pro quasi contractibus; non pro delictis vel quasi. In d. autem. *l. omnem*, contractus vocabulum latissime accipitur pro contractu, quasi contractu, pro delicto, & quasi delicto. Deinde opponitur *l. contractus 24. ff. de reg. iur.* vbi; tutelæ administratio & negotiorum gestio inter contractus referuntur. Ergo non sunt ex quasi contractu. Resp. Ibi vocabulum contractus in latiori significatione accipitur, ut scilicet, significetur contractus & quasi contractus secundum ea quæ antea dicta sunt.

Ad Thef. 1. 2. 3.] Nunc quasi contractus \dagger ordine recensentur. 1. ex quasi contractu est negotiorum gestio; quia non est verus sed tacitus & præsumtus contractus. *Mynsich.* seu ut Hottoman. affirmat, non re ac veritate sed tacite & præsumtive contrahunt, qui quasi contraxisse dicuntur; Ideo autem est \dagger quasi contractus, quia fit sine mandato & consensu. Non enim qui abest mandare & consentire potest. 2. Deinde certum est in negotiorum gestione aliquem se ultro & sponte offerre. *l. 20. C. de negot. gesti.* & quidem negotiis absentis. Nam qui præsens est, si patitur alium sua negotia gerere mandare videtur. *l. si remunerandi. §. si passus. ff. de mandati.* Et hoc utilitatis gratia receptum, ne absentium negotia deserantur, & eorum conditio deterior reddatur. Nec refert vni aut pluribus negotiis se quis offerat. *l. 3. ff. de h. tit. n.* Nunc videbimus ea, quæ his obstat videntur. 1. affirmatur negotiorum gestione quasi contractum esse, quia sine mandato contrahitur: Nam si cum mandato contrahitur, vere contractus est. *tot. tit. supr. de mandato.*

Sed obiicitur primum *l. sed & cum aliquis. 16. ff. de negot. gesti.* vbi dicitur, negotiorum gestione esse contractum; non igitur recte quasi contractus dici potest. Resp. Ante dictum fuit in latiori significatione contractum etiam quasi contractum denotare, vel dicemus, abusive propter similitudinem, negotiorum gestio dicitur contractus, nec novum est ut verbum rei veræ tribuatur iis rebus, quæ eius rei similitudinem gerunt.

Secundo obiicitur *l. si pupilli. 6. §. si quis ita specialiter. ff. de negot. gesti.* vbi quis mandat, & tamen dicitur ei negotiorum actionem competere; Ergo & eo casu, quando mandatum adest, competit hæc actio. Resp. Ibi talis est casus. Titius mandavit Sempronio ut eius negotium quod cum Seio habuit commune gereret. iam Sempronius non tantum gerit Titii negotium, quod cum Seio commune habuit, sed etiam gerit Seii negotium, & disponitur, quod dum Seii negotium gessit, possit à \dagger Seio coveniri actione negotiorum gestorum, & non iniuria, quia ad Seii negotium gerendum non habuit mandatum Sempronius, unde tenetur negotiorum gestorum actione. Titio autem tenetur actione mandati propter expressum mandatum datum super negotia quod cum Seio habuit commune, atque ita illa nihilo omnino adversantur sed nostram sententiam confirmant.

Tertio obiicitur *l. si negotiū. 16. C. de negot. gesti.* vbi Gallus & Volusianus Imp. rescribunt hoc modo. Si negotiū sororis tuæ tenēs, pro ea tributa solvisti, vel mandante ea vel rogante fecisti negotiorum gestorum actione, vel mandati, id quod soluisse te constituerit, repetere poteris. Ecce hic Imp. docere videtur, mandato interveniente competere non solum mandati actione sed etiam negotiorum gestorum iudiciū. Resp. Notandum hic pro solutione est primis istius legis verbis hæc: si negotiū sororis tuæ tenēs tributa pro ea solvisti, respondere

verba hæc, negotiorum gestorum actione, idque inde etiam constar, quia verba illa negotiorum gerere in dubio de quasi contractu intelliguntur. Deinde id subiecta tituli materia suadet. Denique verbis illis, vel mandavi, respondent illa verba, vel mandavi: eam vel rogante, id fecisti. Vnde illa lex minime obstat potest, si ita explicetur ex mente quoque glossæ.

Quarto Obiicitur *l. negotium 22. C. de negot. gest.* vbi Imp. Diocletianus & Maximianus describunt in hoc modum: negotium gerentes alienum non interveniente speciali pacto casum fortuitum præstare non compelluntur. Ecce hic Imp. per verba: Speciali pacto, significare videntur negotiorum gestionem esse, & negotiorum gestorum actionem competere, licet quis ex in iudato domini eius negotia gerat. Resp. gloss. putat eam legem de eo loqui casu, quo dominus duntaxat egit cum aliquo de casibus fortuitis præstandis, si forte is negotia administranda susceperit, non etiam in casu quo quis de suis negotiis alicui in iudata dedit. Verum rectius accipiemus illam legem de casu, quo non dominus sed alius aliquis domini negotia alicui committit. Nam eo casu is, qui ex alicuius, id est tutoris mandato, pupilli forte negotia gessit, domino scilicet pupillo negotiorum gestorum actione teneretur. *l. 4. C. de negot. gest.* Et notandum est inspicendam esse semper eam personam cuius mandata geruntur, & eatenus non est mandatum, & per consequens actio negotiorum gestorum locum habet, quamvis tutor, forte vel curator mandet, & iure discernuntur illæ personæ in hac subiecta materia. Vnde *d. l. negotium* nihil obstat.

Quinto Obiicitur *l. si mandatum 14 C. de negot. gest.* vbi videtur competere ex mandato negotiorum actio. Resp. Ibi maritus mandavit, & negotiorum gestor mariti & uxoris res administravit, & deciditur quod negotiorum gestorum actione uxorem convenire possit, & negotiorum gestor vicissim in mariti uxorem, ideo quia gessit in iudata uxoris res, cuius tamen a marito non habuit mandatum. Hæc tamen in iudata non videtur tantum res administraret, ideo carens agecepotest mandati contraria actione & mandatum tamen convenire directa mandati actione.

Sexto Obiicitur *l. atqui 19. §. si libero homini. ff. de negot. gest.* vbi Ictus Paulus ex Labæone tradit, liberum hominem bonam fidem alicui servienti negotiorum gestorum actione teneri illi, cui bona fide serviebat, si in iudata ipsas negotia executus fuerit. Resp. Licet dominus de negotiis suis libero homini bona fide servienti ut servo mandatum dederit, tamen cum postea bona fide serviens, ille liber homo inveniatur, perinde est ac si nullum mandatum commissum fuisset, & propterea negotiorum actione expereundum est.

Septimo Obiicitur *d. l. si pupilli. 6. §. item queritur cum seq. ff. de negot. gest.* vbi dicitur quod ratihabitione constituitur negotium & tamen ex ea gestione dari actionem negotiorum gestorum, cum tamen certum sit ratihabitionem mandato comparari. *l. semper. 60. ff. de reg. iur. c. ratihabitionem. de reg. iur. in 6.* Ergo adhuc propter mandatum negotiorum gestorum actio datur. Respond. in *d. l. si pupilli. §. item queritur cum seq.* agitur de eo, quando quis mei contemplatione gerit negotium alienum, hoc est, quod reuera meum non est, sed alienum, puta si Titus debitorem, cui te heredem putabam cum esset Scius, convenero & exegero, tuque id statim ratum habueris, erit tibi adversus me & mihi adversus te mutua negotiorum gestorum actio. Nam nullum tuum negotium gestum est, inquit Ictus, in *d. l. 6. §. item queritur*, sed ratihabitione fecit tuum negotium. d. autem *l. semper qui non prohibet, & c. ratihabitionem.* requiritur in eo casu, quando aliquis mandavit proprium negotium, ut quis id gereret. Ictus enim mandatarius non suscepit, ideoque indignatus fuit, morem tamen gessit, id quod tamen postea ratum habuisti, ideo ibi ratihabitione comparatur

paratur mandato, & inde datur actio mandati. *gl. in d. l. 6. in §. b. negotiorum gestio. n.* Vides igitur magnam esse diuersitatis rationem. *in d. l. conciliat etiam rationem aliena factū, in d. l. semper rati habitio fuit in propriam negotiorum, ad quod mandatum erat datum.*

Octauo obiicitur quod potius definitio negotiorum gestiois ita sit constituenda. Negotiorum gestio est quasi contractus alterius non mandantis negotia gerendi, & malunt sane aliqui illa verba habere: *Alterius non mandantis*, quam illa, *alterius sine mandato*, idq; ideo quia fieri potest, vt quis ex mandato alicuius non tamen domini sed alterius gerat negotia, & nihilominus sit negotiorum gestio, & negotiorum gestorum actio. Nam qui pupilli vel pupille negotia, tutoris mandato, suscepit negotiorum gestorum pupille & pnpillo tenetur. *l. 4. C. de negot. gest.* Sed resp. Etiam si tutor mandat, tamē non mandauit, pupillus, cuius negotia geruntur, & semper se a persona attenditur, cuius negotiū geritur, & eo respectu datur actio negot. gestorum, licet tutor mader, qui ex necessitate officium tutelæ gerit. *§. si tutor. sup. de inoffic. testam. l. tutorem. 22. l. tutor. 20. C. de reb. gest. in §. ff. de his, quæ vi indign. vt & curator ex officii necessitate adolescentis res gerit, & a mag. istratu ad id compelli potest. §. dantur autem curatores in fr. de curator.*

Deinde in definitione negotiorum gestiois a nobis preposita, dicitur, quod quis sese rebus alienis offerat. Cui opponitur tale argumētum. Culpa est admiscere se rei ad se non pertinenti. *l. culpa ff. de reg. iur.* Et qui se sponte offert liti damatur. *l. si is. 7. ff. de rei vindic.* Negotiorum gestor se sponte & vltro alienis rebus offert. *d. l. tutor. 20. C. de negot. gest.* Ergo culpa nō caret. Resp. Is q se alienis reb. sine iusta causa immiscet, est *πονηρὸς καὶ μωρὸς*, & non caret culpa, damnatur etiam *d. l. is qui 25 ff. de rei vindic.* Negotiorum vero gestor iustam habet causam defendentis negotia, ne, dum propter fabricam peretgrinationem abesse cogitur, suarum rerum iacturam patiatur, quemadmodum id soluit eleganter Ictus Vlp. *in d. l. 1 ff. h. tit. n. & institut. h. tit. num.*

Deinceps in definitione negotiorum gestiois ponitur vocabulū, absentes: contra illud. I. Afferunt quod non tantum absentes, sed etiam presentis negotia sine mandato gesta producant actionem negotiorum gestorum, veluti cū curator adolescentis sui presentis negotia gerit, tenetur de negotiorum gestorum actione. Resp. Imp. Iustin. in §. 1. *sup. de curator.* affirmat de puberibus adolescentibus, quod licet puberes sint, sua tamen negotia tueri optime non possint. Et *in l. 1 §. fin. in fin. ff. de minor. 25.* annis dicitur, rerum administrationem ipsis committi non debere, quibus bene suam rem gerentibus, ideo dū curatores habent, ex necessitate, ff. magistratus mandato datos, negotiorum gestorū directa actione curatores tenentur, quia adolescentes ipsi nihil ipsis mādantur, & eorū persona inspicitur & mandantur proprias suas res, & tenentur certe illi omnes, qui necessitate urgente res alienas administrant, vt tutores, curatores *l. 3. §. hac action. ff. de negot.* Imo & tutorum I. successores non directa sed vtili actione negotiorum gestorū tenentur. *d. l. curatoris 17. C. eod.* quia ipsi non directe male gesserunt negotia adolescentis, & sane eos pro absentibus haberi, videtur *d. l. 1 ff. eod.* II. Afferunt *d. l. 3. §. & si furiosus ff. eod.* Resp. Ibi furiosus habet curatorem, qui absentium numero est cum cōparetur infanti alias & furiosus nulla sit voluntas alias, *l. furiosus ff. de reg. iur.* III. Afferunt *l. curatorem 6. C. de negot. gest.* vbi curator tenetur negotiorum gestorum actione, dū sese immiscet negotiis, nec rite testamento datus erat. Resp. Curator testamento nō recte datur. *d. c. 1. sup. de curator.* Si igitur se immiscet tenetur tene-
negotiorum gestorum actione, quia sine mandato adolescentis gerit negotium, qui ratione interdicitæ administrationis & iudicii adhuc imbecillis pro absente habetur, id quod similiter multo magis in pupillo est approbandum secundum. *l. 2. C. de negot. gest.* qui tutoris sumtibus Romam duceretur, sic etiam responderetur. *ad dist. l. 4. C. quod dare tutor. vel*

curat. possunt. & ad Paul. lib. 1. sent. tit. 4. in fin. Quia: to affertur *l. alimenta. 11. C. de negot. gest.* ubi dicitur, quod mater habeat gestorum negotiorum actionem, si reperendi animo suis liberis alimenta praestaret. Vel cum vitricus pruinigas suas praesentes alit, seu pro his mercedis magistris suis expendit. *l. si patermo. 15. C. h. tit. nu.* Hic et si non sit mandatum, est tamen praesentia. Resp. Praesentes quidem sunt, sed tantum quia non eius iudicii forte fuerunt, habentur pro absentibus: Vel generaliter est dicendum, hoc edictum propter absentes potissimum est introductum ut affirmat Vlp. in d. l. i. ff. eod. & Inst. hic, licet tamen
 12 ad pupillos & aliorum causam sit extensum, qui quidem praesentes sunt, & tamen fictione quadam pro absentibus habentur, cum eodem modo, ut absentes, legi non possint.

Ad Thes. 4. s.] Omnes negotia gerere possunt, qui contrahendo aliis se recte obligant,
 13 vnde videtur dicendum pupillum negotia alterius gerere non posse, cum efficaciter aliis non obligetur. *l. pupillus. 59. ff. de ob. & act.* quod tamen in thes. 4. affirmatur ex l. 3. *§. pupillus. ff. eod.* Respond. Pupillus ne naturaliter quidem obligatur *l. l. pupillus. 59.* nisi locupletior sit factus; tum non naturaliter obligari potest. *l. prima, in fin. ff. de nouat.* vel si ex re nascitur actio tum obligatur pupillus vel adolescens etiam sine tutore vel curatore. *l. furrosus. 46. ff. de ob. & act.* Et hic ex re nascitur actio, scilicet ex eo, qui negotia gessit, etiam locupletior est factus. Post rescriptum igitur Dni Pri conueniri potest, sed tamen
 14 compensacionem etiam eius, quod gessit, pati potest, quia tunc compensatio est ex iure naturali l. 3. & 6 ff. de compens. it. Quando autem quis cepit administrare alicuius negotia, in
 15 uitus ea perficere cogitur, quia contractus tunc inchoati sunt voluntatis, ex post facto necessitatis *l. firmandauero. 22. §. fin. ff. mandati.* Sed quaeritur an negotiorum gestorum actione teneatur is, qui aliqua negotia non gessit. Et videbatur dicendum, quod non teneretur quis negotiorum gestorum actione tunc si quadam negotia non gessit, quia sufficit si quis vel in paucis amici labore consulatur, quemadmodum In. pp. Doctet. & Maxim. in l. tutori.
 20. *C. de negot. gest.* Cui tamen expresse refragatur. *l. pupilli 6 §. fin. ff. de negot. gest.* ubi dicitur quod quis teneatur negotiorum gestorum actione propter ea quod quadam non gessit negotia. Resp. Glossa duas tolerabiles habet ad haec. duas il. conciliandas solutiones. Prima est, quia in d. l. pupilli. §. fin. dicitur quod alius voluit gerere illa negotia omnia vnde dum tamen se offert, inuito tenetur, quia alius ea esset administraturus. Illud non ita est in
 d. l. tutori. Ibi alius gesturus non erat negotia. Altera solutio est in d. l. 6. §. fin. accedit quasi omnia gesturus, in d. l. tutori, accedit non quasi omnia gesturus sed aliqua pro suo placito.

27 Ad Thes. 6. 3.] Affirmatur hic, iussicere, vtiliter tunc ceptum esse negotium, licet eventum habuerit infelicem. Illa assertio est desumpta ex l. sed in vitro. 10 §. l. ff. eod. Sed illa lex putatur magis ob stare, & affertur ea in contrarium quasi eam I Crus Cellus ibi derideat, sed videndum est; quo respectu dicatur sententiam esse deridendam. Quia ibi aliquis non necessarios sumtus fecit in insulam fulciendam, vel nimium oneravit, ideo non habet negotiorum gestorum actionem. Nam qui vtiliter gessit, eam habet, vbi I Crus Vlp. affirmat, & certum est, eum qui sumtus necessarios & utiles in rem fecit habere actionem contrariam negotiorum gestorum quae velut exceptio & compensatio est, & directe opponitur, ut seruaretur in damnis is, qui in rem alienam impendit, l. 5. ff. de pos. Welenb. hic. Voluptuarii autem sumtus deduci non possunt l. ex duob. 27. in fin. pr. ff. eod.

Ad Thes. 7. & 9.] Qui negotia alterius sine mandatu administrat, tenetur reddere rationem administrationis ad tunc exactissimam diligentiam, nec sufficit adhibere medioerem diligentiam, qualem suis rebus quis adhibere solet, si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia. Hoc Inst. hic posuit, & est fere casus specialis Nam regulariter & generaliter dolus, lata culpa, & levis culpa praestatur, si scilicet alius diligentior
 dan.

dari non possit. Et ita clare loquitur *l. si negotia. ff. eod. & d. l. tutori. 20. C. eod.* Sed obiciuntur *l. curatoris. 17. C. eodem.* vbi dicitur dolum & latam culpam tantum in negotiorum gestione præstari. Resp. Dolum & culpam latam successores curatoris qui adolescentis negotium præstant, non etiam leuem culpam. Nec tamen tenentur ex dolo & lata culpa defuncti, quæ dolo est proxima nisi tribus casibus secundum gloss. ibidem, si scilicet lis fuerit contestata cum defuncto. Deinde si ex damno pupilli vel adolescentis quid ad eos peruenit, aut si gratis est præstitum, *l. C. de hered. tutor.* Et quidem successores præstari tantum negotiorum gestorum actione conueniuntur non directæ, quia directio nihil deliquit. In isto contra datam solutionem opponendo *l. actio 47. §. 1. ff. eod.* vbi dicitur, nihil interesse inter actionem directam & utilem; Ergo etiam directæ actione successores possunt conueniri. Resp. gl. putat in *d. l. curatoris 17.* vbi utilem actionem pro solenni poni; Alii dicunt loqui illum textum de extraordinariis actionibus non de ordinariis, de quibus hic agimus, quemadmodum etiam supra responsum fuit. Deinde oppono utilitatem solius absentis versari hic in deposito deponentis, & ideo non dolum præstandum. Resp. Etiam eius versatur utilitas qui gessit, qui laboris accipit compensationem, & etiam sumtus omnes deducit secus in deposito, quod est gratuitum, nec in eo labores adeo requiruntur, ut hic peregrinationes & alia quæ veniunt in estimationem. Derique probatur dolum solum præstari. Ergo non leuem culpam, idque ostendit *l. 3. §. interdum. ff. b. tit.* Resp. Id concedimus esse specialiter verum, quod ostendit particulam, interdum, quæ specialitatem notat, idque tunc fit, quando est affectione quis gerit negotium: Aequum enim est ne is præster culpam leuem, interdum & casus fortuitus præstatur. Et quidem casus potest haberi ex *d. l. si negotia. 11. ff. eod.* vbi dicitur interdum casum fortuitum præstari, si quis gerit negotium nouum, quod nunquam solitus fuit gerere is, cuius negotia geruntur, tam siue illius negotii exceduntur. Et ideo etiam casus fortuitus præstatur. De actionibus suo loco agemus.

Ad Thef. 10. 11. 12. 13. 14.] Tutores deinde ex quasi contractu obligantur quando negotia pupillorum administrant. Cui oppono *l. ex contractu. 49. ff. de ob. & act. §. d. l. contractus. 24. ff. de reg. iur.* vbi contractus vocatur. Resp. Id fit propter magnam similitudinem & affinitatem, quam quasi contractus cum veris contractibus habent, vel dicimus in latiori significatione appellatione contractuum venire etiam quasi contractus, quemadmodum supra dictum fuit. Deinde obicitur *l. cum pr. 29. ff. de negot. gest.* vbi dicitur negotiorum gestorum actione eo casu agi, non tutelæ. Resp. Ibi pater testamentum recte posthumum dedit tutori is tutelam interim administrauit, quia tam posthumum non est natus tutelæ actione agi non potest, quia cessante causa cessat effectus. Agitur igitur negotiorum actione scilicet, utili non directæ secundum gl. distrahendi, quia ibi dicitur utile actionem esse negotiorum gestorum actionem, & tutelæ esse directam. Deinde si dolus & culpa levis in tutela præstatur *l. in pr. ff. de tutela & rationib. distrah. actio.* Sed obiciuntur duo textus in *l. 2. C. ab. tut.* & in *l. tutor. qui reperiuntur 7. §. competit ff. de administr. pro tutor.* Resp. Duaren. c. 4. ff. de administr. tutor; vbi agit de periculo, & dicit *d. l. quicquid*, esse generalem hos vero textus speciales, & generi per speciem derogari *l. in toto. ff. de reg. iur.* ut ibi est videre.

Ad Thef. 15. 16. 17. 18.] Tertio nunc agendum erit de communione quæ est quasi contractus, quia sine societate, hoc est, animo & voluntate vel consensu contrahendæ societatis, res sit communis seu diuidenda, & nihil refert siue illa res diuidenda sic existat & dependeat vel ex societatis contractu vel ex legato vel ex donato, vel ex hereditate diuisa. Semper enim communi diuidendo agi potest, & quidem communionem non esse contractum expresse patet ex *l. si sit. 31. §. secundum l. seqq. ff. pro socio.* Vbi Vlpianus. Iustus docet socii communionem fieri nullo tractatu habito. Et Paulus Iustus in *l. furiosus. 46. ff.*

- de ob. & act. non conuentionem sed ipsam rem communionem & obligationem inducere tradit, & propterea hoc quasi contractu furiosum & pupillum etiam obligari etiam sine curatorum consensu & tutotum auctoritate, cum alias vero contractu sine curatorum consensu & tutorum auctoritate non obligentur. *sup. de autor. tutor. in pr.* Deinde oportet res adesse communes inter aliquos. *l. 1. in fin. ff. eod.* & quidem res singulas, ad differentiam actionis famil. hercis. quæ de rebus vniuersis hereditariis competit, & quidem ad id, ut diuisio earum fiat. Nam ꝑ communi diuidendo iudicium inter eos redditur, inter quos aliqui commune est, ut diuidatur. *§. quadam actiones, infr. de action.* Sed ei quod dictum fuit, in communione res sine societate esse communes, valde opponitur. *l. 2. ff. communi diuidendo.* vbi clavis verbis dicitur communi diuidendo iudicium esse, licet in societate res inter aliquos communis sit: Ergo rerum non est communio, quasi hoc contractu sine societate rem esse communem. Resp. Aliud est rem inter aliquos esse communem cum societate, aliud item ipsam societatem. Ictus Caius tradit communem diuidendo iudicio locum dari etiam cum res inter aliquos est communis, hoc est, proportionem rerum societate factam non tradit, q̃ communem diuidendo actioni locus sit propter societatem.
26. Variis autem ꝑ modis rei communio constituitur, veluti si duobus res sit legata, vel à duobus simul empta res sit, vel si hereditas aut donatio communiter nobis obuenit, aut si à duobus separatis emimus partes eorum, non socii futuri, *h. §. n. & d. l. si res. 31 ff. pro socio.* Alia tamen actio ex rei communione oritur, cum hereditas quibusdam communiter obuenit inter coheredes redditur actio familiar. hercis. ex hereditatis communione, inter alios datur actio communi diuidendo, & in summa notandum est communionem rei semper oculum intendere in res ipsas metas, ut diuidantur, & nihil refert siue illæ res pendean ex contractu societatis, an ex alia communione. Nam ꝑ ex quacunque causa potest esse rerum communio, & competit consorciis, si petitur ab ea recedi, siue sit ex societate, siue ex emptione, siue ex legato, siue ex hereditate, *Wesemb. in ff. & C. b. tit. num. modo.* tamen non sint personales præstationes, quæ etiam in personali pro socio, & quidem ratione & intuitu rei sine consensu voluntatis diuidendæ semper communio est quasi contractus, & sine societate, id est, voluntate & consensu sit. Actio autem pro socio res non diuidit, sed magis ad personales præstationes, hoc est, impensas pertinet, scilicet ad damna, lucra commod. & incommoda præstanda, & sic collatis inter se. *l. 1. & 2. in princ. ff. h. tit. num. facilis est solutio, id quod etiam Wesemb. l. 6 h. tit. num. 1. indicat & explicat, quæ solutio etiam pendet ex d. l. si res. 31 ff. pro socio* vbi dicitur: etiam citra societatis affectionem rem
28. posse esse communem, hoc est, quasi ex contractu. Differunt igitur ꝑ fatis; Actio communis diuidendo & pro socio. Nam actio communi diuidendo est diuisione rerum oritur citra societatis affectionem: Actio pro socio competit saltem ad aliquid dandum vel faciendum cum affectu societatis. *d. l. & h. tit. num.*

Instito contra datam solutionem & oppono ꝑ pro socio. 38. §. & l. ff. pro socio. vbi dicitur etiam, pro ad personales præstationes, id est, impensas & fructus hoc iudicium communi diuidendo competere, & iudicium etiam pro socio. Ergo etiam communi diuidendo iudicium pertinet ad personales præstationes ex contractu, & ex certa conuentione præstandas. Nam eo casu datur actio pro socio. *d. l. 1. ff. communi diuidendo.* Resp. Vtæque iudicio recte agere possint ad præstationes personales sed diuerso respectu. Nam actio pro socio ex contractu & communione habet præstationes personales, ex æquo & bono præstandas, ideo autem ex æquo & bono præstatur, quia est bonæ fidei actio. *§. actio num. infr. de action.* Actio vero communi diuidendo illas præstationes personales habet, non ex conuentione, sed ex quasi contractu, hoc est, ex nuda rerum diuisione.

Notandum tamen est hanc actionem magis esse in rem, quam in personam: hoc est magis intendere oculus ad res quam ad personales praestaciones, ut dicitur in *l. si nuptio. 26 ff. de oblig. & act.* ubi dicitur, ex re actionem venire in iudicio communi diuidendo: Ex re, hoc est, ex ipsa diuisione. Vnde etiam Cuiac. actiones et mixtas quas uol refert, l. hereditatis petitionem, communi diuidendo, familia herciscunda, et finium regundorum, & magis sunt in rem quam in personam, & notetur particula, magis, in *d. l. 46.* quae particula non excludit personales praestaciones, sed magis tamen inter res intuetur. Deinde opponitur *d. §. item si inter. h. tit. n.* ubi dicitur quod actio communi diuidendo uadeatur ex quasi contractu quod verbum, *videtur*, denotat improprietatem: Ergo est ex societate & sic ex consensu non sine societate. Respond. Verbum, *videtur*, dispositiue hic ponitur, & more Ictorum, pro est, Arrogantia enim vitanda gratia, Icti & Inppita sapienter quonunt.

Porro opponitur sic, familia herciscunda iudicii actio competat huic definitioni. Ergo est mala, quia simili modo redditur inter aliquos, inter quos aliquid est commune, sine societate, ut hereditas diuidatur, cum & sic ex quasi contractu. Resp. Magna est et differentia inter iudicium communi diuidendo, & familia herciscunda, quia familia herciscunda actione tota hereditas diuiditur vel quota pars hereditatis, & semper id annexum habet, ut diuidatur hereditas vel pars hereditatis, quoniam adne dum & petitur hereditas vel quota pars. *supr. tot. tit. ff. de petit. heredit.* Iudicium communi diuidendo vero non diuiditur hereditas vel quota pars, nec hereditatis illa in libello mentio fieri debet, sed saltem res diuiditur, quae sunt communes, siue sint ex contractu vel quasi, siue sint ex hereditate, siue alias communes: Et hoc est quod Ictus Paulus dicit in *l. 44. in princ.* inter coheredes etiam communi diuidendo agi posse in id, ut res duntaxat, quae communes sunt, & causa ex his pendentes in iudicium veniant, hoc est, ut nudatum rerum fiat diuisio, & nullus respectus sit ad id, ex quo pendentes res diuidenda. Non igitur dicimus hereditatem hic diuidi, sed res superplices ut dicimus diuidi res ex societate pendentes hoc iudicio nullo respectu societatis habito, ut ante est dictum. De ceteris vero rebus (subiicit Paulus) in integro sit familia herciscunda actio, hoc est, omnes res veniunt diuidenda, vel tota hereditas venit diuidenda familia herciscunda actione. Si autem forte indiuisa res remanserunt, ea communi diuidendo iudicio erunt diuidenda. *Wesnb. num. 8 in parat. ff. fam. hercisc.* Deinde id satis ostenditur in *l. si filia. 22 §. familia. ff. fam. hercisc.*

Latius tamen opponitur sic contra ea quae allata sunt. Iudex in iudicio nihil debet indiuisum relinquere, ut dicit expresse Ictus Paulus in *l. heredes. 25 §. iudex familia. 20 ff. familia hercisc.* Ergo postquam actum est iudicio familia hercisc. non potest agi iudicio communi diuidendo: cum alias aliquid indiuisum sit relictum in iudicio familia herciscund. quod est diuidendum iudicio familia herciscunda, id quod tamen in *d. l. inter coheredes. in princ. ff. fam. hercisc.* dicitur. Resp. *d. §. iudex*, ita est accipiendus, quasi in iudicio familia herciscunda tota causa, hoc est, tota hereditas est diuidenda, quod si factum est, iudex suo est functus officio & iudicium familia herciscunda expirat. Si autem forte legatarius cum herede vel coherede, cum sint res relictæ indiuita specialiter adhuc diuidenda, tum et opus est iudicio familia herciscund. & sic illi textus conciliantur. Et hoc etiam pertinet *l. Manius. 25. in princ. ff. familia hercisc.* ubi scilicet res est communis ex alia causa non ex hereditate: Ergo diuiditur primo illa res pro iudicio communi diuidendo. Deinde quia tota hereditas est diuidenda, partes duae hae veniunt in iudicium, cum iudicio familia hercisc. quo tota diuidatur hereditas. Ex quo nunc satis liquet et differre iudicium familia herciscunda, & communi diuidenda. Hoc res singulares ex quacunque causa vel contractu diuidendas continet, iudicium continet res vniuersales, puta tota.

ram hereditatem, vel quoram eius partem, Et famil. herciscund. iudicium, quia est vniuersale & nihil indiuisum relinquitur. *d. l. 25. §. iudex. ff. famil. hercisc.* tantum semel compet. *d. l. §. filius. §. familia. ff. familia hercisc.* Communi diuidendo iudicio sæpius agi potest, quoties sunt res diuidendæ, quia competit pro verbis singularibus non vniuersalibus. *l. 4. §. hoc iudicium. ff. eod.* Cuiac. *in paratis. C. eod.* Welenb. *in paratis. ff. famil. hercisc. n. 7. in fin.* Tercio differunt, quia famil. hercisc. iudicium continet etiam res defuncto commodatas pignori datas, quæ diuiduntur eo iudicio. In iudicium communi diuidendo illæ res non veniunt, quia sunt alienæ & diuisioni particulari nõ subiacent. Non enim manerent saluæ, quemadmodum manent saluæ in iudicio famil. hercisc. Alias fere iisdem iuris regulis consulantur communi diuidendo & famil. hercisc. iudicia, *rot. tit. C. communia famil. hercisc. & communi diuid.* Vtrunq; enim est bonæ fidei, duplex, mixtum iudic. *l. 6. §. cetera. ff. communi diuid. v. bi gl.* addit particulam **F R E**, propter differentias ante allatas.

Sed opponitur contra datas differentias *ex d. l. Manius. §. 2. §. Slt. ff. famil. hercisc.* vbi dicitur, & communi diuidendo iudicio, & familiæ herciscund. vniuersales res æstimari debere non singulares. Ergo vniuersitas in vtrunq; iudicium venit. Respond. Vniuersæ res æstimantur, hoc est, totæ res non partes rerum. Maior enim fit æstimatio partis dimidia re tota æstimata, quam si per se separata dimidia pars æstimetur. Et si tota hereditas diuiditur, competit iudicium familiæ herciscundæ. Si tota res singularis diuiditur, competit iudicium communi diuidendo. Vterius contra illa verba, *sine societate*, opponitur *l. 1. in fin. princ. ff. de rei vindicat.* vbi dicitur expresse, si vilitate sunt commixta duorum frumenta, re communicata, competit communi diuidendo iudicium. Ergo cum societate contrahitur hic contractus, quia adest voluntas. Respond. Est quidem voluntas quæ oritur ex se, hoc est, ex commixtione, non autem nascitur ex affectione societatis: sed tamē ratione rerum cōmixtarum. Ergo si diuisio debet fieri, rursus competit iudicium cōmuni diuidendo. quod propter diuisionē ex quasi contractu nascitur. Voluntas enim non est ex contractu, sed ex sola cōuentione. Non enim vllus adest cōtractus, & sic personalis actio, quia nihil conuentum fuit dare vel facere. Opponitur etiam *l. 6. §. 1. ff. nauta, Cauponus stabul.* Respond. Seruus potest esse ꝑ communis ex contractu societatis, & sic ex cōuentione, & eatenus recte patitur aliquid fieri & dari: Et quia est rei persecutoria etiam serui partem communem, petit & omnem causam, actione pro socio. Si autem agitur ad diuidendum respectu diuisionis tantum, agi potest etiam communi diuidendo ex quasi contractu & actione pro socio, agitur iu personam, quæ dare & facere quid debet, actionem communi diuidendo intendimus in ipsam diuisionem. Denique opponitur *l. actione. 61. §. si post distract. sm. ff. pro socio.* Respond. Post distractam societatem agi non potest pro socio actione, quia illa actio, ꝑ sublata societate, cessat, sed quia diuisio rerum superest recte competit iudicium communi diuidendo, id quod non pugnat cum *d. l. pro socio. 38. §. 1. ff. pro socio.* quia ibi adhuc stat societas, nec est distracta. Igitur vtroq; iudicio possumus impensas consequi, scil. ratione initio contractus, actione pro socio & ratione diuisionis petitæ ex q. contractu, cōmuni diuidendo iudicio, & hoc amplius societatis iudicia diuiduntur in consequentia & cōmunicantur. *l. si quis societatem. 74. ff. pro socio.* Sed ex contractu, quia est rei persecutor, diuiduntur tamen communi diuidendo iudicio.

Deinde in definitione cōmuni diuid. vel cōmunionis rerum dicitur. Rem sine societate esse cōmunicem: Ergo omnino requiritur. Cui oppono *l. si seruus. 8. in fin. ff. de noxal. act.* vbi antiquam est cōmunicio cōpetit hoc iudicium eorū quæ admissa sunt. Resp. Illa verba, *Sed melius est*, ostendunt id procedere ex æquitate: Sed insto & oppono directe *l. 4. §. fin. ff. communi diuid.* vbi dicitur, q. actio non competat eo casu. Resp. Id de rigore iuris procedit,

cedit, & ita Pacius *ad d. l. 4 §. 6. l. hos duos text. conciliat rectissime, secutus gloss vel §. 1. gl. in d. l. 4. in verb. impensa solutionis*, datur vile iudicium *in d. l. si servus*, non directum, id, qd *in d. l. 4. §. fin. negare nec negari vile est. Iusto ex l. si finita. 15. §. l. si quis. 19. ff. de dam. infecti.* vbi sumtum fecit quis antequam inberetur possidere, & dicitur, qd communi diuidi iudiciū locum habeat. Resp. Est casus similis, nam *secundum gl. vile iudic. cōmuni diuid. datur.* Ex his refutatis constat cōmunionem debere esse vt nascatur hæc actio: si à cōmunione recedant, nec inter eos conueniat bene, certum enim est qd vbi non cōmunio, ibi non est *36* cōmuni diuidendo iudicium. *l. 1. §. pen ff. cōmuni diuid.* Deinde dolus & culpa leuis in hoc contractu præstatur *secundum d. l. contractus. ff. de reg. iur.* De actionibus suo loco dicitur.

Ad thesū 19. 20.] Quarto competit famil. heretisc. iudic. ex diuisione hereditatis vel quorū partis. Ideo autem est ex quasi contractu, quia coheres cum coherede non contrahit, sed incidit in societatem, vt Paul. Ictus dicit *in l. heredes 25. §. 13. ff. famil. heretisc.* Et in hac actione qd dolus & culpa præstatur. *d. l. heredes. §. non tantum.* Multi autem sunt, qui *37* non constituunt singularem quasi contractum hunc, sed tamen id docendi causa fieri potest, quia datur ex illa diuisione pecuniaria actio: Et etiam differunt in aliquibus actio cōmuni diuidendo, & iudic. famil. heretiscund. quemadmodum in superioribus thesibus prolixius dictum fuit.

Ad thesū 21.] Heres etiam quinto legatorum nomine quasi ex contractu debere intelligitur. Nam per actionem hereditatis videtur qd quasi contraxisse, vnde etiam descendit actio ex testamento personalis, de qua *supr. in materia legatorum* fuit dictum. Sed quod non sit contractus, videtur satis aperte velle *l. 3. §. fin. in fin. & l. 4. §. quib. ex causis in possess. eatur.* vbi dicitur, quod contrahatur ad eundem hereditatem. Respond. Icti Vlp. & Paulus ibi docent quidem contrahere eum, qui adit hereditatem, vel se hereditati immiscet, sed tamen adicit verbum, videtur, ex quo verbo improprietatem denotante apparet *40* tum qui adit hereditatem vel hereditati se immiscet potius quasi contrahere.

Ad thesū 22. 23. 24.] Sexto & vltimo ex indebiti solutione errore facta, qd quasi *39* contractus oritur & inde competit conditio indebiti, quemadmodū supra etiam dictum fuit. Recipimus autem hic tantum errorē iuris nō facti, nisi sit forte facti proprii, qd non excusat. *l. ignor. §. ff. locati.* Wesenb. *in parati ff. de iur. & fact. ignor. n. 3.* Error autem iuris, facti tñ *40* debet repetitionem parit. *in l. cum quis. 10. C. de iur. & fact. ignor.* Sed valde obiciuntur *l. iuris 7. cum sequen. ff. de iur. & fact. ignor. in.* vbi dicitur quod iuris ignorantia non possit acquirere volentibus. Ergo hic non potest is cui solutum est retinere indebitum, & per consequens damnum non patitur, qui indebitum soluit. Respond. Cuiac. *lib. 3. obs. 39. in pr.* subtiliter & tamen diligenter ad hæc respondet, casumque hunc nostrum inter alia affert, nimirū distinguendum esse inter nocere & non pdesse, quæ diuersa sunt. Nā, inquit: Cuiac. error iuris, neq; lucro afficit, neq; damno liberat, & hoc est (subiicit Cuiac.) qd dicitur iuris ignorantiam in damnis non nocere *d. l. 7. & ff. de iur. & fact. ignor.* nempe dāni per eam nihil afferri, vt ecce, quod quis ius ignorauerit non ideo, non habet conditionem indebiti, sed ei denegatur. Ergo damni nihil affertur ei inde, sed quia tamen ius ignorat, nō ideo danda est ei conditio, h. e. non ideo ei pdest. ratioq; huius rei est, quia ipso iure tum *42* non competit. *§. item is. h. ut. n.* Ergo qd iuris ignorantia per se neminem damno afficit, ne minem etiam lucro afficit: In summa neque pecuniæ subicit neque pœna subducit. Denique affirmatur legata nec ad pias causas relicta non posse reperiri ex errore soluta, idque est ex Iustinian. constitut. nec interest, cuius generis legatum sit, cum hodie nulla inter legatorum genera sit differentia *l. 1. & 2. C. communia de legat.* Si autem ex aliis legatis non *43* relictis

relictis ad pias causas debitum est solutum, repetitio locum habet. Vnus enim inclusio alterius est exclusio, & hoc tantum de legatis in 7. thess. est positum. Scandum est tamē generaliter, ex quibuscunque causis inficiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum non reperi non posse. Et veteres hoc in certis legatis constituerunt, aliud ex Iustini constituitur est introductum, ut supra dictum. Certum est autem hoc ius in aliis causis extra legata non esse mutatum. Nam sciendum est quod quidam esse actiones, quae in confidentem, dantur in simplum, in negantem, in duplum, quoniam inficiando lis crescit, ut est actio damni, iniuriarum ex l. Aquilia actio depositi ex quatuor causis incendio, ruina, naufragio, tumultu, actio ex testamento, quae legatariis competit pro legato ad pias causas, ex praedictis actionibus, si quid indebiti solvatur reperi non potest. Exempli gratia, si quis ageret contra me quod penes me deposuerit in incendio 100. floren. licet penes me non sit depositi, sed penes alium, ego ne condemner in duplum pro inficiatione ante condemnationem solvo indebitum, iam quare si deinde constiterit actorem penes me nihil, sed penes alium deposuisse, utrum ego illud simplum quod indebitum solui conditione iudicari repetere possim? Et decidit Imperator, conditionem mihi non dari. Videor enim tacito transigisse cum deponente, & potuit fieri si litigassem, quod fuisset damnatus in duplum, quare contentus sum me solutione simpli esse liberatum. Hæc Mynd. eleganter et a explicat.

Ad Corollarium.] Corollarium est elegans & disputabile ac delectabilem ex consuetudinibus feudalibus. An scilicet servitus in fundo feudali constitui possit in ius feudum domino? Et communis est conclusio quod servitus realis constitui opime possit secundum Cuiac. *partic. 4. num. 10.* Iulium Clar. in §. feudum quest. 37. in l. Zahm part. 10. nu. 56. Weseb. c. 11. n. 7. Borch. c. 8. n. 59. Et probatur per contextum expressam in c. vnic. §. res. vers. quid ergo. de inuestigat. de aliena fusta, modo tantum id non fiat in praedictum domini vel agnatorum, sed in sui ipsius praedictum: Cuiac. & Clarus in d. locis per d. c. vñ. §. Rei. Et quod de servitute realis dictum est, videtur referri quoque posse ad personalem, quasi & ususfructus possit in ius feudum domino & agnatis constitui, modo tamen non praedictum domino vel agnatis, sed tantum oneri sit vasallo. Mortem namque vasalli ususfructus impositus expirat. Deinde id suadet generalitas textus in d. c. vñ. §. res. de inuest. de re alien. fusta qui textus generaliter de servitute loquitur. Unde non distincta non distinguamus secundum l. de precio, ff. de public. in rem action. Deinde id videtur approbare Dn. Borch. c. 8. num. 64. in fin. Curt. p. 4. n. 106 in fin. Quamvis in princ. dicatur communem esse sententiam non posse ususfructum in feudum constitui.

Sed quod dictum fuit servitute non constitui posse, ei obicitur l. §lt. C. de rebus alien. non alienand. ubi dicitur illum alienare, qui servitute vel ususfructum constituit in alieno. Omnis autem alienatio est prohibita. c. vñ. de prohib. feud. alienat. per Frider. Resp. Si id in praedictum domini vel agnatorum fiat. Deinde d. l. §lt. loquitur in eo casu, in quo nihil iuris alienator habet. Hic autem habet aliquid iuris vasallus, cum habeatur pro vili domino. Secundo obicitur l. foramen. 28. ff. de servit. vbi praed. ubi dicitur servitutes debere habere perpetuam causam, sed hic non potest esse perpetua, cum duret ad vitam vasalli. Ergo hoc casu servitus constitui non potest. Respond. Causa perpetua in servitutibus requiritur, scilicet donec durent, ut videlicet semper aliquis eis uti possit pro sua utilitate. Nam nemo semper iis uti potest, & de causa in d. l. foramen, agitur. Tertio obicitur l. §. ff. de fundo dotali. ubi dicitur fundo dotali non posse imponi servitute, quia alienari non potest fundus dotalis. res. c. i. ff. de fundo dotali. Respond. Meritis ut nec alienari ita nec servitute imponere potest in fauorem matrimonii & dotis, & tam uxori quam marito esset noxium. Speciale igitur hoc casu est. Quarto obicitur l. §. ff. de servit. in princ. ubi dicitur,

Seruitus ꝑ ad tempus constitui non potest, sed hic ad tempus constitueretur. Quando c. 47
nim domino aperiretur vel agnatis expiraret feudum. *d. c. 5. §. rei.* Resp. Ad tempus con-
stitui non potest seruitus ita scilicet ut certum tempus apponatur, sed simpliciter data valet,
& tacite hoc semper inest, quia expressa saepe nocent, non expressa non nocent. *l. expressa.*
ff. de reg. iur.

Deinde ei, quod dictum fuit usufructum ꝑ in feudo constitui posse, obicitur *l. 4. ff.* 48
de usufruct. ubi dicitur usufructum esse partem dominii & qui usufructum fundi stipu-
latur deinde fundum, similis est ei qui partem fundi stipulatur; Deinde eorum *l. qui usufructum*
ff. de verb. oblig. Ergo usufructus constitutio in fundo dotali feudali est alienatio.
Resp. Illi duo textus non loquuntur de tali usufructu, de quo hic agimus, sed de cōmodi-
tate, quam in propriis rebus habet, quæ proprie usufructus non est, quamvis tamen à Dd.
causalis vocetur. Res enim sua nemini seruit. *l. serui. ff. de usufructu. l. et ut.* Et consistit usus-
fructus in alienis reb. *l. 1. ff. de usufructu. §. 1. sup. de usufructu.* Hic autem usufructus, qui à
Dd. formalis vocatur, pars dominii non est, ut Ictus affirmat in *l. recte dicimus. ff. de verb.*
sign. Deinde obicitur *l. 1. ff. de usufructu. legat.* ubi dicitur seruituti seruitutis con-
stitui non posse, id hic fieret, quia feudum est usufructus, & tamen seruitus usufructus in
eo consistit. Resp. Magna est differentia inter ꝑ seruitutem simplicem & inter feudum. Et 49
quidem seruitus simplex est accessorium quoddam prædiorum & sequitur causam vel na-
turam principalis. *l. cum principalis ff. de reg. iur.* Feudum autem est vniuersale, cui alia singu-
laria iura quasi inuoluuntur, in eoq; continentur, vnde etiam seruitus personalis est singu-
laris habitatio in feudo, *c. extr. ordinario. de feudi habit.* Et d. *l. 1. ff. de usufructu.* de
singularibus seruitut. & quidem reallibus est accipienda, in quibus per rerum naturam
constitui usus vel usufructus non potest, ut ibi.

DISPUTATIO XXXII.

Per quas personas nob. obligat. acquir. & quibus mod.
toll. oblig.

CONTINUATIO.

Expositis generibus obligationum, quæ vel contractu vel quasi ex contractu nascun-
tur, admonendi sumus, quomodo obligatio nobis acquiratur, hic in pr.

Thesis 1. Acquiritur nobis obligatio non solum per nosmetipsos, sed
per eas quoque personas, quæ in nostra potestate sunt veluti per seruos & fi-
lios nostros *§. 1. h. tit. n. §. 1. sup. per quas person. cuiq; acquiritur. tot. tit. C. per quas*
person. nob. acquir.

2 Et quod per seruos nostros acquiritur, totum nostrum fit, quod autem
per liberos nostros ex obligatione acquiritur, quos in potestate habemus,
huius usufructum pater habeat, proprietatem filio seruetur secundum *l. fin. C. de*
bon. qua. liber. §. 1. sup. per quas person. cuiq; acquir. tot. t. ff. de stipulat. seruorum.

3 Ut multis modis obligatio nascitur, quemadmodum hactenus dictum
fuit: ita quibusdam modis eadem tollitur, & extinguitur. *tot. tit. hoc quib. mod.*
toll. oblig.

4 Et quidem primo obligatio tollitur solutione eius quod debetur, nec interest quis soluat, utrum ipse qui debet, an alius pro eo, liberatur enim quis alio solvente, siue sciente siue ignorante debitore, licet vel invito eo solutio fiat *hic in pr. tit. n. solutione 23. & tot. tit. ff. de solut.*

5 Solutionis autem verbum alias pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam, magis tamen ad substantiam obligationis refertur, quam ad numerorum solutionem *l. solutionis. 5 4. ff. de solut. l. liberorum. & ibi Alciat. ff. de verb. sign.*

6 Nec tantum is qui soluit, tollit obligationem, sed qui mandat solui *l. qui mandat. 56 ff. eod.*

7 Et si reus soluit, etiam ii, qui pro eo interuenerunt, liberantur, idem e contrario contingit, si fideiussor soluerit, tunc enim non ipse tantum liberatur, sed etiam reus *§. item si reus. h. tit. n. l. ult. ff. de pact. l. quotiens. 37. ff. de solut.*

8 Secundo tollitur obligatio per acceptilationem. *§. item per acceptilat. h. tit. n.* & exemplo solutionis solet liberare acceptilatio utpote imaginaria solutio. *l. in diem. 5. ff. de acceptilat. d. §. 1. h. tit. n.*

9 Est autem acceptilatio liberatio per mutuam interrogationem, qua utriusque contingit ab eodem nexu absolutio. *l. 1. ff. de acceptilat.*

10 Et est actus legitimus, qui neque diem neque conditionem recipit *l. actus legitimi. ff. de reg. iur. l. 4. ff. de acceptilat. Hotoman. illustr. quest. 32.*

11 Forma acceptilationis hæc est: Accepta facis decem? alter respondet: Facio. *l. sane. 7. ff. eod.* vel hoc modo: Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? Titius respondet, habeo. *d. §. item per acceptilationem. h. tit. n.*

12 Et pupillum per acceptilationem etiam sine tutoris autoritate liberari posse placet. *l. 2. ff. eod.* Seruus autem nec iussu domini acceptum facere potest, *l. seruus. 22. ff. eod.*

13 Et non tantum quod ex stipulatione sed ex alia causa debetur, potest in stipulationem deduci & per acceptilationem dissolui. *§. item per acceptilat. vers. sed & id. h. tit. n.*

14 Et ad hoc est prodita stipulatio, quæ vulgo Aquiliana vocatur, per quam contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulationem deducatur, & ea per acceptilationem tollatur per modum nouandi. *d. l. §. item. vers. Est autem. h. tit. n. l. & vno. 18. §. fin. ff. eod.*

15 Tercio obligatio tollitur Nouatione, in specie ita dicta. *§. praterea. h. tit. n.* Est autem nouatio prioris debiti in aliam obligationem vel ciuilem vel naturalem transfusio, qua fit ut priore obligatione sublata noua constituatur, cum & à nouo nomen acceperit *l. 1. in pr. ff. eod. d. §. praterea. h. tit. n.*

16 Et in hanc nouationem omnes res transire possunt. Quodcumque enim, siue

siue verbis contractum est siue non, verbis nouari potest, etiam transit in verborum obligationem, ex quacunque obligatione, dum modo sciamus nouationem ita demum hodie fieri, si hoc expresse & nominatim agatur, vt nouetur obligatio. l. 2. ff. eod. l. vlt. C. de nouat. §. sed cum hoc, h. tit. n. & ibi Myns. Welsenb. in paratit. ff. n. 6. Gail. lib. 2. obs. 30. n. 7. 8. 9.

17 Adeo autem prior obligatio interuentu nouæ personæ tollitur translatam in posteriorem, vt interdum licet posterior obligatio sit inutilis prima nouationis iure tollatur, veluti si id quod tu Titio debes, à pupillo sine tutoris autoritate stipulatus fueris, quo casu res amittitur. Nam & prior debitor liberatur & posterior obligatio nulla est. d. §. praterca. h. tit.

18 Sed si eadem persona sit, à qua postea stipuleris, ita demum nouatio fit, si quid in posteriori stipulatione noui sit, forte si conditio aut dies, aut fideiussor adiiciatur aut detrahatur. d. §. praterca. h. tit. l. in diem. §. ff. eod.

19 Quod autem diximus, si conditio adiiciatur nouationem fieri, sic intelligi oportet, vt ita dicamus factam nouationem, si conditio extiterit alioqui si defecerit, durat prior obligatio. d. §. praterca. vers. Quod autem, h. tit. n.

20 Quarto obligatio tollitur delegatione, quæ species est nouationis in genere sumptæ. Myns. in d. §. praterca. n. 2. & ibidem etiam Welsenb.

21 Est autem delegare vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit, l. delegare. 11. in pr. ff. eod.

22 Fit autem delegatio vel per stipulationem. l. 1. l. nec creditoris. C. eod. d. l. delegare. 11. §. fin. ff. eod. vel per litis contestationem d. l. delegare. 11. §. verb. Duaren. c. 5. in fin. h. tit. n.

23 Denique obligationes nudo consensu contractæ contraria utilitate dissoluantur. §. vlt. h. tit. n. l. nihil tam naturale. ff. de reg. iur.

Corollarium. Non putamus tolli obligationem inter vasallum & dominum ex omnibus causis & per consequens proprietatem feud. transire ad vasallum, ex quibus dominus feloniam committit. Iul. Clarus quest. 49. n. 7. & quest. 68. per tot. in §. feudum.

DISPUTATIONIS XXXII.

Per quas personas nobis obligatio acquiritur, & quibus modis tollitur, resolutio.

S V M M A R I A.

- 1 Obligatio nobis non solum per nosmetipsos sed etiam per eas personas, quæ in potestate nostra sunt acquiritur.

2. *Actio per liberam personam nobis non acquiritur, nisi cedatur.*
3. *Obligatio an nobis etiam per liberam personam acquiratur, & quomodo.*
4. *Actionem directam libera persona nobis non acquirit.*
5. *Obligatio quot modis tollatur & extinguatur.*
6. *Solutione eius quod debetur obligationem extinguere, quomodo intelligendum sit.*
7. *Solvere aliud pro alio quando liceat.*
8. *Solutio particularis inuito creditore fieri non potest.*
9. *Lites diminueri, pertinet ad officium pratoris.*
10. *Solutione an possit tolli obligatio.*
11. *Solutio an sit iuris naturalis, an vero etiam iuris civilis.*
12. *Obligationem tollit, non tantum qui solvit, sed etiam qui mandat solvi.*
13. *Solutio principali, tollitur etiam accessorium.*
14. *Acceptilatio quotuplex sit.*
15. *Acceptilatio an sit iuris civilis, an vero iuris gentium.*
16. *Pupillus per acceptilationem etiam sine tutoris auctoritate liberari potest.*
17. *Acceptilatio per alium fieri non potest.*
18. *Acceptilatio est actus legitimus.*
19. *Actus legitimi per procuratorem fieri non possunt.*
20. *Novatio quid sit & quando fiat.*
21. *Pupillus absq; tutoris auctoritate, obligationem novare non potest.*
22. *Delegationem esse speciem novationis, & quomodo ea fiat.*
23. *Obligaciones nudo consensu destrahuntur.*
24. *Compensatio ipso iure obligationem minuit.*
25. *Confusio quidam tollenda obligationis modus est.*
26. *Pecunia debita obligatio; depositio & consignatio, obligationem tollit.*
27. *Insolvendum est loco solutionis.*
28. *Fundi proprietatem, an ex eisdem causis Dominus amittat, ex quibus & a saltem fundum amittit.*

AD continuationem & thesin 1. & 2.] Explicatis nunc aliquanto fusius obligationibus quæ ex contractu vel quasi contractu oriuntur, ultimo loco in obligationum tractatu admonendi sumas, quomodo obligatio nobis acquiratur, quomodo etiam tollatur. Acquiratur autem nobis obligatio si non solum per nosmetipsos, sed per eas quoque personas qui in nostra potestate sunt, veluti per servos, vel per filios nostros. Differunt autem ut supra, per quas personas nobis acquiratur, & hic tit. noster, hoc saltem nomine, quia per procuratorem liberam personam nobis acquiruntur rerum dominia, & per consequens etiam possessio, quæ causa est dominii, l. 1. in princ. ff. de acquir. poss. Obligaciones autem per procuratorem non ita acquiruntur, l. 1. c. per quas person. nob. acquir. l. multum. 6. in fin. C. si quis alteri vel sibi l. si fundus. 6. ff. de contrah. emt. l. 1. & si frater. 16. C. de inutil. stipulat. de pignor. l. si m. ritus. 19. C. de distract. pignor. l. 3. & ultim. C. de inutil. stipulat. Ideo traditum est per procuratorem vel aliam liberam personam non acquiri nobis actionem si nisi ea cedatur l. solutum. 1. § per liberam. ff. de pignor. action. Myning. ad rubric. huius tituli. num. 2. Notandum tamen est Iuriconsultum Vlpian. in d. §. per liberam, adicere particulam, plerunque, nobis scilicet plerunque per liberam personam acquiri obligationem item non solum per huiusmodi personas acquirere nobis obligationem, quibus verbis indicatur ab Vlp. quandoque nobis si obligationem per liberam personam acquiri, & sit cum nostro nomine:

nomine suos nummos alicui dat. *l. certi cōstitutio. 9. 1. §. si nummos ff. de reb. credit.* Vnde intelligitur ob crebrum & frequentem vsum pecuniæ hoc receptum esse, quod quis dante pecuniarum mutuum alteri obligationem acquirere potest. Et hoc specialiter in procuratore militis concessum est. *l. si pecunia militis. 26. ff. de reb. credit.* Hoc casu excepto per liberam personam nobis obligatio non acquiritur. Sed obicitur *l. Iulia. 13. §. si procurator. ff. de acti. emt.* vbi procurator vendens rem domini, vtilem domino ex vendito actionem parit. Item obicitur *l. si procuratorem. 79. ff. de verb. ob.* vbi ex stipulatione procuratoris actionem ex stipulatu vtilem domino dari dicitur. Item assertur *l. 3. C. de donationib.* vbi donator ita donationem conficiendo, vt post tempus id, quod donatum est alii restitatur vtilem actionem ex benigna iuris interpretatione acquirere dicitur. Denique assertur *l. si tuas. 2. C. ad exhibendum.* vbi ex conuentione deponentis aut commodantis res alterius, vt illæ domino reddantur, vtilis actio domino post mortem eius conceditur. Resp. Animaduertendum est pro solutione, quod allegata. *ll. de vili actione loquuntur.* Directam fauorem actionem stricto iure liber homo suo contractu nobis non acquirit, vt texus allegati & similes comprobant. Nec obstat huic solutioni seu conciliationi quod in *l. actio. 47. ff. de negot. gest.* dicitur, nihil interesse vtrum quis directa an vtili actione experiat. Nam illud ad extraordinaria iudicia pertinet, de quibus nominatim Paulus in *dist. l. actio* disputat.

Ad Thef. 3. 4. 5. 6. 7.] Obligatio multis modis nascitur, quemadmodum supra dictum est; Ceteris etiam modis, quæ extinguuntur, de quibus nunc erit agendum. 1. Tollitur obligatio solutione eius quod debetur. Solutionis verbum generaliter & specialiter accipitur. Generaliter acceptum omnes omnino tollendæ obligationis modos continet. *l. liberatiois verbum ff. de rei b. signif. l. significationis. 54. ff. de solution. qua satisfactiones debentur. l. satisfactio. 32. ff. de solut.* Specialiter acceptum tantum significat primum modum tollendæ obligationis per solutionem eius quod debetur. Nota illa verba, *ei quod debetur*; Inuito enim creditore aliud pro alio solui non potest. *l. 2. §. mutui ff. de reb. credit.* & nequidem precium speciei accipitur. *l. possessionum. C. communia struig. iudicii.* Nam aliud est res, aliud precium. *l. 1. ff. de rerum permutat.* Interdum tamen aliud pro alio soluitur. 1. 7. quando factum est in obligatione. *l. stipulationes non diuiduntur. §. celsus. ff. de verb. ob. 2.* Quando res quæ debet restitui est perempta, tum quoque licet soluere affirmationem, utcumque res ipsa petatur. *l. vinum ff. de reb. credit.* quamvis tamen alii aliter illam legem intelligant. 3. Venditor non habens facultatem tradendi, liberatur præstando interesse. Myning in *§. 1. h. tit. n. num. 6.* Deinde hoc in tantum verum est, vt particularis etiam solutio inuito creditore fieri non possit. *l. tutor. 4. §. Lucius Titus. ff. de esur.* Particularis enim solutio multa incommoda habet. *l. 3. ff. famil. hercisc.* nemini autem per alterum iniqua conditio inferri debet. *l. nemo ff. de reg. iur.* Sed obicitur *l. quidam exsistimant. ff. de reb. credit.* In qua Ictus Iulianus docet prætorem iuste facturum si eum, qui decem petebat, vel fundum compellat ad accipiendum quinque vel partem fundi. Respond. Loquitur Ictus in casu, vbi satis liquidum non est, an decem debeantur vel fundus totus. Hoc casu prætor iuste facit si creditorem compellat ad accipiendum quod offertur. Ad off. 9. cium enim prætoris pertinet, vt Ictus ibi loquitur, diminuere lites. Diminuuntur lites quando creditor compellitur partem liquidam, & oblatam accipere. Deinde obicitur *l. placuit. 4. C. de collat. fundo patrimoniali. lib. 2.* vbi emphyteutis & collatoribus principis solutio particularis permittitur. Resp. In his illud speciale est. Denique obicitur *l. cum heres. 4. §. item si decem, de statu liberis.* Resp. Ibi heres fauore libertatis partem accipere cogendus est.

- 10 Nun ad rem reuertendo videtur dicendum, † solutione non posse obligationem tolli, id quod videtur probari per *l. cum is. 35. ff. de fideiusso.* Cui tamen legi expresse refragatur. *l. Modestinus. 76. ff. de solut.* Sed quare id fiat, & quæ sit vera ad illas duas leges conciliandas solutio *supr. ad thes. 15. § 16.* de fideiussoribus dictum fuit. Deinde ideo non videtur solutione posse tolli obligatio, & quidem ciuilibi producens actionem, de qua hic agitur, quia solutio est iuris naturalis. Ea autem, quæ iuris naturalis sunt, non possunt tollere ea, quæ sunt iuris ciu. cum nimis sint infirma, & vnumquodque eo vinculo tollatur, quo est colligatum. *l. nihil tam naturale. ff. de reg. iur.* Respond. Etiam si dicatur solutionem esse naturalem seu realem pecuniæ debitæ numerationem, tamen inde non
- 11 sequitur, quod solutio † mere sit iuris naturalis. Nam ciuilibi iuris est, id est, ciuili iure constituta, quia inquit ICtus *in l. soluere. 53. ff. de solut.* Iure ciuili constitutum esse licet etiam ignorantis & inuiti conditionem facere meliorem, imo naturalis & ciuilibi ratio id suadet. *l. soluendo. ff. de negot. gest.* Vnde etiam inuito debitori solui potest vt & in thesi affirmamus. Cui tamen directe aduersatur *l. inuito. ff. de reg. iur.* vbi dicitur, beneficium inuito non dari. Ergo nec solutio in inuitum fieri potest. Respond. Cuiac. *in comment. ad tit. de reg. iur.* putat illam l. pertinere ad assignationem liberorum, vt in scriptio illius legis demonstrat, & non potest cogi filius assignationem liberti à patre sibi factam admittere. *l. 1. § 2. ff. de assignat. libert.* Wesenb. *hic* putat, hic non esse opus acceptione pecuniæ, vt alias in donatione, quæ cum donatario instar contractus celebratur. §. 2. *supr. de donat.* Non enim cum debitore, sed cum creditore negotium hic geritur, cui velut domino obligationis sufficit satisfieri, quique distrahere potest obligationem inuito debitore. *l. nomina. ff. de heredit. vendit.* Vnde etiam potest soluere. Nec tantum is qui soluit,
- 12 tollit obligationem, sed † qui mandat solui. *l. qui mandat. 56. ff. eod.* cum paria sint mandare, vt aliquid fiat, & facere quod certum est per procuratorem. Cæterum reo principali vel alio pro eo soluente, non solum ipse reus liberatur, sed etiam qui pro eo interuenerunt, vt fideiussores. Nam obligatio eorum est accessoria qui pro reo principali interuenerunt, soluto autem principali tollitur quæque † accessoria. *c. accessorium. de regul. iur. in 6. l. cum principalis. ff. de reg. iur.* Atque huc pertinet textus elegans *in l. in omnibus 43. ff. de solut.* vbi Vlpian. inquit: in omnibus speciebus liberorum etiam accessiones liberantur, puta ad promissores hypothecæ pignora. Proinde exceptio & cætera com. noda, quæ reo principali comperunt, etiam fideiussori cæterisque accessoriis. *l. ex persona. 32. ff. de fideiuss.* Contra quoque fideiussore soluente non tantum fideiussor liberatur ipso iure, sed ope exceptionis. *l. Papinianus. 38. ff. mandati.*
- Ad Thef. 8. 9. 13. 14.] Secundus modus tollendi obligationem est acceptilatio; Ea
- 14 docendi gratia fit † duplex. Simplex, & quæ fit per Aquilianam stipulationem. Simplex tantum locum habet in stipulatione, quæ fit per mutuam interrogationem, vt dicitur *in thef. 9.* Ea quæ fit per Aquilianam stipulationem hoc est, propositam à Gallo Aquilio multo est pinguior vt quæ in omnibus contractibus iurisgentium locum habet. Quicquid enim debetur ex quacumq; causa vel ex quacumq; obligatione, in stipulationem Aquilianam deducitur, & eius vi ac efficacia stipulationis naturam assumit, per eamq; tollitur, licet reuera ab initio iuris gent. non iuris ciuilibi contractus fuerint, & de illa *in thef. 13. 14.* luculenter agitur.
- Ad thef. 10. 11. 12.] Affirmatur quod acceptilatio sit actus legitimus. Cui opponitur
- 15 *l. an inutilis. 8. in fin. ff. de acceptil.* vbi dicit Vlp. acceptilationem † esse iurisgent. cum græcis etiam verbis fieri possit. Resp. Acceptilatio vere est iuris ciuilibi & sua certa & propria constat formula, sed utilitatis causa est constitutum, contra iuris regulas, vt etiam

peregrinis linguis conciperetur, & hoc nimirum illud est, quod Vlp. illis verbis significat: Hoc iure utimur, vt sit iuris gent. acceptilatio, d. *l. an inutilis*. Hotoman. hic & Wesenb. hoc similiter dicit in §. *item per acceptilationem. num. 5.* Promiscuum fuisse linguæ vsum Romanis cum aliis; vnde iuris gent. est habita acceptilatio, licet sua propria natura inspecta sit iuris ciuilis. Deinde notandum est ¶ pupillum per acceptilationem etiam sine tutoris autoritate liberari posse. *l. 2. ff. eod.* quia suam conditionem sine tutore meliorem facere potest, non deteriorem, vt *supr. dictum*. Denique summe hic animaduertendum est, quamuis solutio fieri possit etiam per alium quam per ipsum debitorem, vt supra est dictum: tamen acceptilatio ¶ per alium fieri non potest. *l. & per iniuriandum. 13. §. tutor. ff. de acceptilat.* idque adeo verum est, vt licet procurator vel seruus ad hoc speciale mandatum habeat, tamen acceptum eum ferre non posse, idque perspicue intelligitur. *ex l. seruus. ff. eod.* cum tamen certum sit seruum non prohiberi acceptum negando ab obligatione dominû liberare. *l. species. 11. ff. de acceptilat.* Et sane si actus legitimi & legisationes idem sunt, vt vult Cuiac. Hotomanno dissentiente, non posset non vera esse hæc sententia. Nam acceptilatio ¶ actus est legitimus. *l. actus legitimi. ff. de reg. iur.* & vero alieno nomine agere nemo potest. *l. nemo alieno nomine. ff. de reg. iur.* Sed è diametro repugnat huic legi. *l. 3. ff. de acceptilat.* vbi dicitur per procuratorem, inquit Paulus, nec liberare nec liberari quisquam acceptilatione sine mandato potest, ecce his verbis, docet Paulus, procuratorem quem liberari & liberare posse per acceptilationem, si is procurator ad hoc speciale mandatum acceperit, verum quia seruus nec iussu domini acceptum facere potest d. *l. pen. ff. de acceptilat.* nec omnino actus legitimi ¶ per procuratorem fieri possunt, vt intelligitur *ex l. per procuratorem. ff. de acquir. heredit. l. 3. ff. de manumiss. vnde dicitur. l. post mortem. 25. in fin. ff. de adopt.* vbi traditur, quod hereditatis aditio item manumissio & adoprio, quæ actus legitimi sunt, d. *l. actus legitimi.* per procuratorem fieri non possint. Ideo existimat Hotoman. in *illus. str. quest. 32.* pro verbis, *sine mandato*, legendum esse *sine nouatione*. Nam si nouet procurator obligationem, acceptum facere potest, modo ad nouationem mandatum habeant, d. *l. & per iniuriandum. §. tutor. ff. de acceptilat. l. 4. C. de nouat.* Alii vero arbitrantur verba illa, *sine mandato*, non esse I Cti Pauli, sed eius responso esse addita à Triboniano, vel quodam alio ex compilatoribus iuris.

Ad Thes. 15. 16. 18. 19.] Tertius modus tollendæ obligationis est nouatio, hoc est ¶ prioris debiti in aliam obligationem vel ciuilem vel naturalem transfusio: & hæc iure ff. fiebat, quando secunda stipulatio plus prima continebat vt si addebatur aliquid in quantitate vel etiam noua persona accedebat, aut prorsus noua qualitas interueniebat, quæ tamen solum firmandæ obligationis gratia non adhiberetur propter *l. si fuero ita. 6. cum seq. ff. de nouat.* Secus si secunda promissa minus vel tantundem comprehendebant. Iure autem nouo, quod à Iustiano est introductum in *l. §. C. de nouat.* Nouatio fit non aliter, quam si contrahentes hoc expresserint, quod secundum magis pro anteriore eligant, Mynsing. in §. *prætere. n. 8. b. tit. n.* Sed obiicitur *l. 2. ff. eod.* vbi I Cti tempore hoc ita fuit. Respond. Illa verba, *si hoc agatur*, addita sunt à Triboniano ex Iustin. constitutione, vel dicemus ibi quidem tacite id esse actum, non autem expresse verbis id actum esse, quod Iustin. introduxit; Nam nihil interesse, si ex verbis nouatio intelligitur, Mynsing. ibi num. 9.

Ad Thes. 17.] Affirmatur inutilem vel nullam esse stipulationem, si quod tu Titio debes ¶ à pupillo sine tutoris auctoritate stipulari quis fuerit. Ratio huius rei hæc est, quia ¶ pupillus abloq

absque tutoris autoritate etiam non potest contrahere, ita nouare non potest obligari. *oneia. l. nouare 20 ff. de nouat.* Sed obicitur valde *l. i. §. ult. ff. de nouatione.* vbi dicitur, quod pupillus nouando naturaliter obligetur. Ergo non est nulla stipulatio, vel nouatio. *Relp.* Dicunt aliqui ibi locupletio rem pupillum factum esse, & quidem ex illa obligatione præcedenti sublata per nouationem, *§. sup. ad tit. de tutor. tut.* dictum est. *Welenb. autem in §. pupillus n. 2. in §. de inutil. stipulat.* dicit pupillū, si nouat obligationē naturaliter quidē non obligari, quia tamen consensum est, ideo respectu creditoris, & debitoris quorū prior nouata est & sublata obligatio, dicitur subesse naturalis obligatio, *§. pen. infr. quib. mod. toll. oblig. d. l. i. ff. de nouat.* Sic in *l. cum illud. 25. §. heres ff. quando dies legat. cedat*, naturaliter obligari pupillus dicitur non respectu sui sed heredis & legatarii, cui illud debitum relictum est, quemadmodum *et in l. Stichum. 95 §. aditio ff. de solut.*

22 Ad Thef. 20. 21. 22.] Quartus modus tollendæ obligationis † delegatio est, quæ est species nouationis, quæ nouatio in genere sumpta, duas habet species, nouationem in specie ita dictam, de qua hæcenus fuit actum, & delegationem, quæ fit aut per stipulationem & dicitur voluntaria nouatio, vel per litis contestationem & dicitur necessaria, *l. de legare. 11. §. fin. ff. de nouat.*

23 Ad Thef. 23.] Denique ultimo modo † nudo consensu contractæ obligationes distrahuntur. *l. nihil sit tam naturale. ff. de reg. iur.* Et quamuis hic plures modi tollendæ obligationis non proponantur, tamen secundum *Myns. & Welenb. hic in §. ult.* plures sunt

24 modi tollendi ipso iure obligationem, † compensatio, quæ minuit ipso iure obligationem. *§. in bona fidei. infr. de action. l. 4. C. de compensat.* Item † confusio, si reus debendi heres credi-

25 tori existat, vel contra creditor debitoris, *l. si debitor. ff. de fideiuss.* Item obligatio, depositio & consignatio pecuniæ debitorum, pro solutione habetur, & ideo ipso iure tollitur obligatio *l. ult. ff. de positi. l. ob signatione. C. de solut. Welenb. in §. tollitur. nu. 2.* Infurandum de-

26 nique † loco solutionis est. *l. infurandum. ff. de iureiur.*

27 Ad Corollarium.] Affirmamus non tolli obligationem inter vasallum & dominium ex omnibus causis, & per consequens proprietatem feudi transire ad vasallum ex omnibus causis, ex quibus dominus feloniam committit: Sed valde obicitur *1. cap. vnic. §. domino committente, si de feudo defuncti contentio sit*; vbi dicitur ex iisdem causis dominium pro-

28 prietatem † feudi amittere, ex quibus Vasallus amittit feudum. *2. d. cap. vnic. in fin. de forma fidel.* vbi dicit dominum in omnibus debere vicem reddere vasallo. Ergo etiam eadem fortuna vtatur cum Vasallo. *3. c. vnic. qualiter dominus feudi proprietate priuetur.* vbi dicitur hanc sententiam obtinuisse ex omnibus causis dominum amittere proprietatem ex quibus vasallus amittit feudum. Sed *Iulius Clarus. quaest. 49. nu. 7.* contra affirmat, illam sententiam nimis esse rigosam, Dicimus igitur dominum ex omnibus causis, & ex iisdem

causis amittere proprietatem, scilicet si sunt ex causis expresse in iure feudali. Deinde quia ea de re fuit dubitatio inter ipsos feudistas, vt constat ex *d. c. vnic. qualiter dominus feudi priuetur. priu.* vnde id quod æquius est sequendum. Denique dominus plus habet priuilegii, quam vasallus vnde iurare non cogitur vasallo quamuis alias vicem præstare teneatur. *d. c. vnic. in fin. de forma fidelit.* Et hanc sententiam ex æquitate pro-

cedere & defendi posse nulla amplius sit dubitatio.



LIBER IV.
INSTITVTIONVM.

DISPVATIO XXXIII.

De Furtis.

CONTINVTIO.

Obligationibus ex contractu & quasi contractu descendentibus absolutis, sequuntur, quæ ex delicto nascuntur, in quarum numero est & illa, quæ ex furto oritur.

1 Propositio. Est autem furtum (à furto, fraude, vel ferendo sic dictum) contrectatio fraudulosa lucri faciendo gratia ipsius rei, vel vltus eius, possessionisve lege naturali prohibita.

2 Hinc constat impuberem nisi doli capax sit, furtum facere non posse.

3 Furtum rei mobilis tantum fit, non etiam immobilis, & interdum etiam liberorum hominum.

4 Neque ille tantum furtum committit, qui rem alienam intercipiendi causa amouet, sed generaliter qui rem inuito domino contrectat, sic si quis re commodata, pignoreve dato abutatur, furti damnatur.

5 Placuit tamen eos qui rebus commodatis aliter vtuntur, tum demum furtum committere, si domino nolente id fiat, & si inuito id facere intelligant.

6 Hinc quaesitum est, an qui seruum alienum sollicitat, vt quasdam res domino surripiat, & ad se perferat: Seruus autem sciente & simulante domino id faciat, teneatur is furti vel serui corrupti actione? Et vtraq; eum teneri verius est.

7 Dixi: possessionisve, quia aliquando suæ rei etiam quis furtum committit, veluti si debitor rem, quam creditori pignoris causa dedit, subtraherit.

8 Actione furti tenetur non solum qui furtum fecit, sed etiam cuius opẽ & consilio furtum factum est.

9 Adeo ut sic etiam quandoque aliquis furtivus fiat, ipso principali fure actione furti non obligato.

10 Ille vero, qui sine fraude non data opera alium ad furtum faciendum commovet, aut consilio tantum instruxit, furti non tenetur.

11 Filiifamil. quoque & servi, si parentibus vel dominis rem surripiunt, furtum quidem faciunt; actione vero illius non conveniuntur, cum nec ex ulla alia causa inter eos actio nascatur.

12 Competit furti actio, aut Domino, aut ei, cuius interest ob culpam suam rem saluam esse.

13 Quare si fullo aut sartor rẽ poliẽdam aut fariendã, furto amiserint, & solvẽdo fuerint, furti actionẽ habebunt. Sin minus, hæc domino competet.

14 Idem ob eandem rationem de commodatario intelligendum est, nam & huius interest, ob culpam suam etiam leuissimam, rem saluam esse.

15 Sed tamẽ in arbitrio domini positum est, utram furti actione adversus furem, vel commodata adverso commodatarium experiri velit.

16 Alteram autem si elegerit sciens rem surreptam esse, non potest pœnitentia ad alteram venire.

17 Interdum tamen etiam ei, cuius simpliciter tantum interest furtum factum non esse, furti actio datur, ut in creditore, cui pignus, & bonæ fidei emptore, cui possessio surrepta est, videre licet.

18 Furtum porro cæteris eiusdem distinctionibus abolitis, manifestum est, vel nec manifestum.

19 Manifestus fur est, qui in ipso furto, vel in loco, quo furtum fecit, vel antequam portaret rem eo, quo destinavit, deprehenditur.

20 Huius furti pœna esset quadrupli, tam ex servi, quã ex liberi persona.

21 Ex his quid furtum nec manifestum sit, facile intelligitur: Quod enim manifestum non est, id nec manifestum est.

22 Et huius pœna dupli est.

23 Quadruplum vero hoc, vel totum duplum pœna est, extra quam dominus rem vindicare potest non tantum à fure, sed etiam à quocunq; possessore, vel condicere à fure eiusq; herede.

Corollarium. Assẽrimus furem suspendi posse, si quinque solidos fuerit furatus, idq; non esse ex constitutione Friderici in c.vn. *S. si quis quinq; solidos. de pace tenenda. & eius violator*: In vsibus feudorum. sed ex consuetudine alia mansisse, & ab Imperatore Carolo V. fuisse confirmatum, In der Weintischen Halsgerichts Ordnung art. 157. cum seqq.

441

107

INSTITVTION. LIB. IV.
DISPV TATIONIS XXXIII.
De Furtis, obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 Obligationes ex delicto nascentes, quot sint.
- 2 Furtum Unde dicatur.
- 3 Furtum non fit sine contrahatione.
- 4 Contrahatio fraudulosa, nisi lucri causa fiat, furtum non est.
- 5 Rei nostra furtum non fieri.
- 6 Furtum natura turpe est.
- 7 Furti definitio an aliquid superfluum habeat, & an in defectu peccet.
- 8 Furtum an absque contrahatione fieri possit, sola animi inclinatione.
- 9 Furtum non committunt impuberes, quia non intelligunt quid sit furtum.
- 10 Fur non tenetur eius nomine quod non contrahauit.
- 11 Gentium barbaries furtum non excusat.
- 12 Impubes an dolum facere possit, & ob furtum puniri.
- 13 Furtum in quibus committatur.
- 14 Actionem furti qui habeant.
- 15 Deposarius cur non habeat actionem furti.
- 16 Seruum alienum ad faciendum furtum sollicitans, & furti & serui corrupti actiones tenetur.
- 17 Furti an teneatur, qui consilium tantum dedit.
- 18 Fraudis interpretatio Unde fiat.
- 19 Actione furti quis teneatur.
- 20 Actione furtiua non tenetur qui tantum consilium dedit, & nihil ex furto percipit.
- 21 Filius familias & seruus an furti actione conueniri possint.
- 22 Commodatarius si rem commodatam furto amisit, qualis commodanti actio competat.
- 23 Furtum quoduplex sit, & quomodo distinguatur.
- 24 Furti domestica mitius puniuntur.
- 25 Esculenta furari licet tempore necessitatis.
- 26 Furti paria qua sit.
- 27 Materialium diuersitas non inducit iurium falsitatem.
- 28 Furem qui quinque solidos furatus est, suspendi posse, à quo constitutum sit.
- 29 Furti dignitas & conditio in penis inspicienda est.
- 30 Furtum reuelare nemo cogitur, etiam si illud sciuit.



INGREDIMVR nunc Dei gratia disputando quartum & vltimum Institutionum Imperialium librum, qui dum reliquorum trium præcedentium est quasi praxis & repetitio, cum diligentius excutimus. Incipit enim à materia obligationum qui ex delicto nascuntur, hoc est, ex re ipsa, ut habet lex. 4. ff. de act. & ob. & his absolutis de illis agit actionibus quæ ex contractu vel quasi contractu nascuntur. Cuius tamen obiicitur l. 1. §. 1. & l. 5. §. pen. de iniur. ubi dicitur iniuriam fieri verbis & literis. Respond. Id fit respectu modi &

formæ, non respectu causæ efficientis, id est, fraudis seu doli mali, quamvis tamen Vlpianus dicat, scriptura & verbo furtum non fieri, *in l. si quis 52. § neque verb. ff. eod.* cum contractatio ad furtum requiratur. Hanc solutionem Un. Welenb. *in tit. de oblig. qua ex delict. nasci.*
 1 §. 1. m. 3. habet. huiusmodi autem delicta seu obligationes ex delicto peruenientes quatuor hic ab Imp. Iustino. referuntur, Furtum, Rapina, Damnum, L. Aquiliæ & Iniuria. Et sunt alia priuata, alia sunt publica, aut popularia, aut extraordinaria. Publica, quibus R. spubl. lædatur: priuata, quibus priuati offenduntur; De furto primo loco agemus.

- Ad Continuationem.] Hotoman. putat esse principium huius tit. descriptum ex 1 Cto veteri, & nihil facere ad confirmationem partitionis librorum.
 2 Ad Thel. 1. & 17.] Furtum deducitur ꝑ a furto, fraude vel ferendo, quæ omnes Etymologia videntur probabiles, & habent vim & vtilitatem ad percipiendam rem ipsam, alias Paulus non omnia recenseret *in l. 1. ff. eod.* quemadmodum Oldendorp. *cl. 6. 7. de act.*
 3 *furtum in pr.* putat, quod Mynsing. sequitur. Est autem furtum contractatio ꝑ sine qua non sit furtum. *d. l. si quis. 52. § neque verb. ff. eod.* Nec enim is fur est, qui conclaue furri faciendi gratia intrauit, *l. vulgarn. 21. §. qui furt. ff. eod.* Additur fraudulenta, quia fur is est, qui dolo malo, hoc est, fraude rem alienam contractat. Paul. *lib. 2. sentent.* Et quidem talis contractatio fraudulenta, quæ fiat luci faciendi gratia, nam fraudulosa contractatio nisi luci faciendi gratia fiat furtum non est. *l. Seruum est 39. ff. eodem.* Potest enim fraudulenter aliena ancilla contractari non luci sed stupri inferendi gratia: Sic alienæ tabulæ propter litram possunt contractari non vt auferantur. Causa igitur finalis hic est attendenda, quæ est litra tantum seu libido, non luctum inde percipiendum, quemadmodum Hotoman. eleganter putat, vnde male faciunt, qui ea verba tollunt, & putant superflua ea esse in definitione hac nostra. Deinde dicitur in definitione Rei furti furtum, scilicet alienæ, quæ iure proprietatis ad alium pertinet. Rei enim ꝑ nostræ furtum non fit. *l. si sciam. ff. eod.* Sed rei alienæ etiam minimæ Vd. *in § gallinarum sup. de rerum diuis.* Sic reus homo est, possessoris naturalis fit furtum, puta si commodatarius rem commodans vsus furtum facit, *l. si pignore. 54. ff. eod.* vel possessionis, id est, civilis, puta si bonæ fidei possessor rem amittit, furtum fit possessionis civilis. *l. si tueriam. 74. ff. eod.* Ad dicitur denique in definitione: iure naturali prohibita, hoc est, discrimine honestorum & turpium, principii physicis id prohibentibus. Vnde etiam I Caus dicit: Furtum ꝑ natura esse turpe *in l. probum. ff. de verb. signif.*

- Nunc quæ definitioni videntur ob stare, videbimus: Et primo dicunt, definitio-
 7 nem hanc peccare in superfluis & in deficientibus, hoc est, in excessu & defectu. In ꝑ excessu dicunt eam peccare, dum habet illa verba, *luci faciendi gratia*, quia illa satis ex vocabulo, fraudulenta, colliguntur, sed supra ad id satis fuit responsum. deinde in defectu peccat cum amittit illa, inuito domino. Sed Respond. Illa verba satis colligi ex iis verbis: fraudulosa contractatio: Nemo enim facile consentit in fraudē sibi dandam. Deinde illa verba, iure naturali prohibita, ea verba satis innuunt, idē quod iure naturali cōceditur, consensum habet. Deinde obiicitur, falsiq; cōuersione fieri posse furtum, sola animi declaratione seu vtilitate, id quod probatur ex *l. fugitiuus. ff. de verb. signif. in fin. & ex §. in summa. h. tit. n.* vbi dicitur furtum consistere ex affectu. Id quod Gellius *lib. 11. noct. Att. c. 51.* confirmat vbi dicit, quod sola amittente voluntate furtum fiat. Respond. Ad *l. fugitiuus* q̄ attinet, dicitur ibi alia significatione vocabuli (furtum) dici quidem poss., scil. si Ethicā respicimus, quo etiā Gellius respicit. Voluntas enim nō obliuens iudicio rationis recta est causa huius delicti. Vnde id quidē philosophice dici potest: Addit

tamen postea *Ictus in d. l. fugitivus. Ver. tamen.* Id in hac materia non sufficere, sed hac delicta non ex sola animi propositione, sed ex facto intelligi. Contraclatio igitur requiritur, cum sola voluntas furtum non faciat. *l. 1. §. 3. ff. eod. & cogitationis penam nemo mereatur. l. cogitationis ff. de pen.* Deinde quod attinet ad *§. in sum. ma. h. tit. n.* agitur ubi \dagger de impubere id furtum non committitur, quia non intelligitur quid furtum sit. Et eo respectu ibi dicitur furtum ex affectu consistere, hoc est, trahit causam & initium ex affectu & cogitatione, ubi affectus non est, furtum subsequi non potest. Non autem a quo puniatur solus affectus sine effectu.

Porro furtum non esse contraclationem videtur probari posse ex *l. qui saccum 77 ff. h. tit. n.* ubi qui pecuniam in sacco reconditam aufert, tenetur etiam sacci nomine, quamvis non fraudulenter saccum detreteret. Respond. Singularis est hic casus, ideo quia pecuniam commodum fur portare non potest, vel poterat absque sacco: Ergo ratione eius quod principale est, tenetur etiam quis in accessorio, quamvis alias regulariter fur \dagger non teneatur eius nomine, quod non contraclavit *l. si quid fur. 22 in fin. princ. ff. eod. tit.* Denique non esse contraclationem in furto videtur probari per *l. qui tabulas. 27. §. fin. ff. h. tit. n.* ubi dicitur non cum, qui amovit instrumenta, sed cum qui interletur, & furti & l. Aquilæ actione teneri. Respond. Ibi interletur, animo furandi ea, quæ quis annoverauerat, & ideo interesse peri potest: corrupt etiam, & ideo legis Aquilæ actione tenetur. Itaque contraclationis verbum latius accipi potest. Iusto contra datam solutionem ex *l. si quis testamentum. 41 §. ult. ff. ad l. Aquil.* ubi dicitur furti actionem non dari eo casu. Respond. Ibi non animo furti faciendi, sed tantum damnum dandi instrumenta laeduntur. Denique etiam quod dicitur naturalem rationem prohibere furtum, ei videtur obflare, quod multa sint gentes furta concedentes. Respond. Illam \dagger gentium barbaras & error non impedit, quo minus furtum sit iure naturali prohibitum: nam voluntas ipsorum populorum non obsequitur rectæ rationi, de quo Aristoteles in *Ethic.* elegantissime discit.

Ad thesin 2.] Impubes \dagger dolum non facit, nisi sit proximus pubertati & deli capax, Cui opponitur *l. impunitas. C. de pen. ubi gl. id verb. non datur.* ubi dicitur impunitatem propter ætatem non dari. Resp. Delicti nulla est impunitas vel esse debet, quia Reipubl. interest delicta rei non esse impunita. *l. si ira vulneratus sui. ff. ad l. Aquil.* Sed tamen pænæ est mitigatio propter ætatem, ut Welenb. ibidem affirmat, & Imp. Carol. V. in Constitut. Criminal. Constit. 134. non iungen. Deben affirmat, si intelligit impubes se furtum fecisse, vel si improbitate matas supplet, posse eum puniri.

Ad thes. 3.] Furtum sit \dagger rei mobilis & liberorum & hominum. Cui videtur obflare tale argumentum. Libertas est res inæstimabilis *l. libertas. ff. de reg. iur.* Ergo dum pœna est æstimanda, ut infra dicitur in liberis hominibus id fieri nulla ratione posse videtur. Respond. Ratione filii fam. pater potest agere furti, si est subtrahus, & æstimatur hic non liberum caput, sed operæ, quibus parens caruit; Et hoc prætor æstimat extra ordinem criminaliter *secundam gl. §. interdam. h. tit. n. in verb. furtum sit.* nec etiam cõstat filios fam. à patre non possideri. *l. cum heredes. 23 §. fin. ff. de acquir. pss.* ut inde agere non possit, quando filius est subreptus, quia et si corcumus possessorium, quæ facti est semper requiri, unde hereditatis incertis nullum sit furtum. *l. 3. §. Scævola ait. ff. si quis testamento lib. esse iuss. est & l. hereditaria. 68 tamen filios fam.* ratione parva potestatis quasi possidentur, quamvis alias, is qui sub potestate alicuius est, liberi non possidentur *secundam d. l. cum heredes. §. fin.*

Ad thesin 4. §. 12. 13. 14. 17.] Ei cui iniuncto quid contraclatur & ei cuius interest, furtum

non committi factio datur furti. Cui opponod. inter omnes. 46. §. pen. ff. h. tit. n. vbi dicitur furti actionem esse, si quis furatur volente Domino. Respond. Dicendum est ad illam sententiam quidem primo proponi sed postea corrigi, quod saepe fit in l. l. c. torum. Deinde oppono ita: pro rebus vniuersitatis competit furti actio, l. ob pecuniam. 81. ff. eod. quod in nullius sunt dominio. §. vniuersitatis. supr. de rerum diuis. Resp. Sunt in dominio ciuitatis vel vniuersitatis, cum qua tamen l. pugnat l. vero. 4. ff. ad leg. iul. peculatus. Sed responder Pacius recte in d. l. ob pecuniam, extraneum pecuniam subripuisse ciuitati, & ideo eum non teneri crimine peculatus. In d. autem l. vere subtraxisse pecuniam ciuitatis eum, cui administranda data fuit, & ideo grauius punitur, cum teneatur vtraque actione, furti scilicet & peculatus.

Porro dicitur eum, cuius interest, quoque actionem habere furti. Cui oppono. l. si vendidero. 80. §. 1. ff. eod. vbi dicitur iure domini deterre actionem furti, d. §. autem. cuius interest dominus non semper est, vt Iustin. dicit, §. furti. h. tit. n. Resp. Ibi loquitur in casu domini. Ii autem cuius interest est honesta causa etiam habet hanc actionem, licet non sit dominus, idque ex aliis locis constat, ex l. 15. cuius. 10. cum seq. ff. eod. Deinde proba eum, cuius interest, furti actionem non habere per l. interdum. 49. ff. §. 14. Resp. Ibi proponuntur duo casus speciales, quod particula, interdum, indicat, primus est in creditore, cui si furripitur res debitoris, pignoris iure non obligata, tum et si eius interest, furti tamen actionem non habet: Si autem amittit rem pignoris nexu sibi obligatam omnino actionem furti habet. d. §. furti. h. tit. n. Alter casus est in rebus dotalibus amissis, pro quibus recuperandus maritus tantum, vt pote dominus per traditionem factus, habet actionem, licet vxoris inter sit. Denique depositarius non habet actionem furti, cuius tamen interest, l. eum qui. 14. §. is autem apud quem. ff. de furt. Resp. Eius t. nihil interest, quia nec culpam leuam nec leuissimam praestat, sed tantum dolum, si dolo caret, eius nihil interest: Inso contra datam solutionem. ex l. si in Als. 12. §. fin. ff. de positi. vbi depositarii periculo est depositum, ergo merito eius interest. Resp. Id ad similitudinem aliorum iudiciorum procedit post litis contestationem seu post acceptum iudicium.

Ad thes. 6. 10.] Qui seruum alienum sollicitat vt quasdam res domino surripiat, & ad se perferat, seruusque hoc sciente & simulante domino, cui hoc indicauit, faciat, tene-
 16 tur is & t. furti & serui corrupti actione l. 1. §. is quoque. ff. de seruo corrupto. Idque ideo, quia consilium corruptoris ad perniciem probitatis serui tendit, & facile etiam alii illo exemplo corrumpi possent, vt Iustinian. affirmat in l. si quis. C. eodem. §. in §. Unde illud quasitum est. C. h. tit. n. Huic calliditati volunt obuiare Inpp. in fauorem dominorum & in in odium corruptorum. Sed obiicitur ita; vbi est consensus Domini, & concessio, ibi non est furtum, quia factum sit inuito domino, quemadmodum in thes. 4. & §. dicimus. Respond. Id verum quidem est, vbi quis habet consensum domini, ibi furtum non fieri, sed esse potius donationem. At hic quidem in factum serui dominus consensit, non quod prober furtum, sed quod velit corruptoris improbitatem explorare hoc facto, cui id non concessit, nec iussit eum hoc facere, ergo est dissensus, quo ad ipsum corruptorem, alias fieri necesse est esse consensum, quo ad seruum, cui dominus consensit & quamuis dominus fuerit, tamen consentire videtur, l. qui tacet. ff. de regul. iur. c. is qui tacet. de regul. iur. in 6. Inso ita contra datam solutionem ex thes. 10. vbi dicitur eum furti non teneri, qui consilium tantum dedit, idque etiam clare in §. interdum. Serf. ceter. h. tit. n. dicitur: Fateor eum non teneri, qui t. consilium tantum dat, hoc est, qui profundit, impellit. & instruit furem aliquem consilio, l. in feri. 50. §. consilium. ff. eodem. Sed tamen ita est intelligendum, si effectus non sit securus secundum l. saepe, in fin. ff. de verb. signif. Nam tum horratorem seu

sen cōsultorem teneri ob cōsiliū malignū, verum est, *d. l. si quis uxori. §. neque verbo. ff. eod. Cuiac. in not. priorib. fol. 129.* id quod Myns. placet *in d. §. interdictum. h. tit. n. num. 4.* Ibi-
que id summe notandum esse putat Dn. Borch. qui dicit, nec eū teneri, qui operam tulit,
nec qui cōsiliū dedit, nisi cōtractatio fraudem sit secuta, quæ efficie & operatur fur-
tum: In casu *d. thesis 6.* factum est secutum, scil. seruus est corruptus, deinde etiam furtum
fecit, alias quis ex solo cōsilio & fraudulento furti conueniri non potest; quamuis tamen
dici posset, tum doli actione agi posse aduersus eum, qui malum cōsiliū fraudulenter
dederit *secundum l. cōsili. ff. de reg. iur.* Deniq; obicitur *l. si audis. ff. de reg. iur.* vbi dicitur
† fraudis interpretatio iure Ciuili non ex euentu tantum, sed etiam ex cōsilio fit; Ergo
cōsilio solo furtum fieri potest. Respond. Id procedit in grauioribus, crim inalibus de-
lictis, vel alias vbi fieri potest, procedit; Hic nulla ratione nisi euentus sit cōsiliū secu-
tus, vt supra probatum fuit.

Ad thesū 8.9.] Actione furti tenetur † non tantum qui furtum fecit, sed etiam is, cu-
ius ope & cōsilio sit furtum, & coniunctim hæc ad sunt, tum si quis auxilium fert; non qui
cōsiliū dat; Solum enim cōsiliū non sufficit ad dandam furti actionem. Sed obici-
tur *l. si quis uxori. §. 2. in pr. ff. eod.* vbi dicitur dari actionem furti ei, qui tantum cōsiliū
dedit, non qui opem tulit, quod particula *vs* disiunctiua ostendit. Resp. Id verum esse
potest effectū inspecto, hoc est, furto facto pro subiecta materia *secundum d. l. sapie. in fin. ff.*
de verb. sign. alias certū est disiunctim quoq; intelligi posse *d. l. sapie.* Potest enim quis dare
cōsiliū ita vt effectus sequatur, & tamē opem non præstat, & tum merito tenetur, quia
eum cōsiliū nocet, quoniam cōtractatio sequitur, vt Ictus dicit *in d. l. si quis uxori,*
§. 2. neq; verbo. Secundo obicitur *l. proinde. 6. ff. de condit. furtiua.* vbi dicitur, q; is qui opem
& cōsiliū fert, non tenetur conditione furtiua: Ergo nec furti actione. Respond.
Ideo ibi non tenetur conditione furtiua, quia † tantum cōsiliū dedit, & nihil ex fur-
to accepit *secundum gl. solut. q. Cuiac. in notis* sequitur, quamuis etiā *gl.* aliter respondeat.
Insto contra datā solutionem *ex d. l. sapie. fere in fin. ff. de verb. sign.* vbi dicitur ab eo qui opē
tulit condici quid possit, ab eo qui auxilium tulit, nihil condici. Resp. Id fit ideo, quia qui
opem fert aliquid ex furto accepit, vnde merito dici potest, res, ab auxiliatore eiusq; here-
de. Si est consumpta, idem dicitur, *in l. peculii. 4. §. si opem. ff. de peculio.* Is autem qui cōsili-
um dedit, non potest conueniri conditione, quia nihil accepit, sed tantum dedit
cōsiliū.

Ad thesū 11.] Dicitur ibi, quod filiusfamil. & serui quidem furtum faciant, si paren-
tibus & dominis res furripiant; Furti autem actione non † conueniuntur, vt nec vlla alia
actione. Cui obicitur *l. si quis uxori. §. 2. §. an autem. ff. h. tit. n.* vbi dicitur filiumfamil. furti
conuenire posse, patrem, si parens furtum fecit. Respond. Id speciale est in casu peculii
castrensis, quod ad filium pleno iure spectat, id quod *gl. §. hi qui in parentum. h. tit.* habet,
sicut e contra filius & seruus tenetur patri & domino, si peculium habet filius castrense,
seruus suum. *d. l. si quis uxori. §. 2. §. si seruus tamen is. ff. eodem.* alias non iuris constitutio,
sed natura impedit, quod cum his quos in potestate habemus, agere non possumus. *l.*
ne cum filiofamil. 1. 6. ff. eod. Deinde iūm secum pater ageret, quia filius & pater sunt per-
sona vna. *l. fin. C. de impub. & aliis substitutis.* & filius est pars corporis paterni. *l. scimus. §. fin.*
C. de agricol. Si tamen pater cum filio litigat super furto, intendit *περὶ τῆς ἀρτίας, ὡς περὶ*
γλοπῆς se filium conuenire.

Ad thesū 15. 16.] Si cōmodatarius † rem commodatam furto amisit, potest cōmodans
aduersus eum agere commodati: vel aduersus furem furti actione: Alteram tamen si cli-
git sciens rem subreptam esse non potest ex pœnitentia ad alteram venire, id quod etiam
expūm.

exprimitur, in l. plura. 53. in pr. ff. de oblig. & act. l. i. C. de furt. l. item cum. 14. §. cum qui. ff. quod
 ne. causa. Cui tamen opponitur l. cum ex §. no. 32. ff. de oblig. & act. vbi dicitur cum ex
 uno delicto plures nascuntur actiones omnibus experiri licet; Ergo una electa altera vti
 possumus. Resp. omnibus vti licet nimirum, si prius leniori actione egeris, quia id quod
 superest per alteram grauiorem actionem exigere adhuc potes; Alii alter respondent, ni-
 mirum omnes posse esse apud prætorem, non autem omnibus vti licet secundum d. l. plura.
 Pacium ibid. & Hotoman. illustr. quæst. 27.

- Ad thes. 18. 19. 20. 21. 22. 23.] In hisce thesibus vltimis agitur de furti distinctio-
 23] ne, quod nimirum furtum sit ¶ manifestum vel nec manifestum: vocatur nec manifestum
 ad imitationem ll. 12. tabul. vbi, pro, non, dicebatur nec, vnde manifestus vel nec mani-
 festus fur quis sit, facile apparet, Et quidem furti manifesti pœna quadrupli, nec manife-
 sti dupli esse dicitur, quia furta non manifesta sine rapina facta magis excusantur, vnde
 pœna est lenior, vtraque actio est directæ, ciuilib & prætoria. Prætoria est, quæ est ex fur-
 to manifesto, §. 1. de perpet. & tempor. d. l. act. Ciuilis ex furto non manifesto §. 1. inf. de noxal.
 action. Sciendum tamen est sacras literas non distinguere inter furtum manifestum & nec
 manifestum, quia duplum statuunt cuiuscunque furti. Exod. 22. Nec distinguitur an fiat
 noctu vel interdii. Sed obiicitur etiam ex iure Ciuili l. 5. non existimo ff. de admin. str. &
 pericul. tutor. vbi grauioribus vsuris subiicitur is, qui clam agit aliquid in tutela, quam qui
 palam. Respond. Magna est diuersitas inter hoc, quia administratione tutelæ bonæ fi-
 des requiritur. Si igitur quis palam inique agit, in administratione tutelæ, præsumitur
 etiam magis inique agere clam, vnde merito grauius est puniendus. Deinde contra hanc
 pœnam obiicitur l. cuius seruum. 15. ff. de condit. causa data causa non secut. vbi præfectus vi-
 gilum vltimum supplicium de seruo sumit. Resp. Dicitur in textu quasi in facinore scil.
 alio quodam non furti, & ex tot. tit. ff. de præf. vigil. Constat officium præf. vig. lum
 fuisse prohibere incendiarios & fures per gl. in h. l. vide. Et refert lul. Clar. communem esse
 sentent. pœnam furti iure cali non esse capitale: Notandum autem est mitius puniri
 24] ¶ domestica furta. l. recipiendum. 11 §. 1. ff. de pœn. lib. 5. §. furt. n. 7. Deinde ¶ esculenta furari
 25] licet tempore necessitatis, nisi delictum sit nimis magnum. Carolus Quintus in Constitut.
 Criminal. artic. 166.

- 26] Ad thes. vltim.] Affirmatur quadruplum vel duplum totum esse ¶ pœnam, extra rem,
 quæ vindicari potest, si extat: Si non extat, sed consumpta est, condici posse. Et notandum
 creditorem non habere conductionem, quæ ei competit, quæ est dominus. l. 14. §. qualis e-
 go. ff. eod. §. Slt. h. tit. n. Cui opponitur l. actione. 2. §. Slt ff. de tutel. & ration. distrab. & l. 5. §.
 27] Slt. ff. de publican. vestigal. vbi aliud statuitur. Respond. Materiarum ¶ diuersitas non
 inducit iurium falsitatem, id ibi pro subiecta materia statutum est in causa tutorum, &
 in causa publicanorum. Aliud hic est constitutum. Deinde obiicitur l. cum qui. l. 14. §.
 idem scribit. ff. de furt. vbi actio furti datur teurum in desimo quæ debebantur. Re-
 spond. Ibi ante fuit actum ad duplum & per conditionem postea decem petuntur, glo.
 ibidem.

- Ad Corollarium.] Assertitur eum Dn. Borch. e. 2. de pact. in 2. partorum diuisione. n. 14.
 28] & Institut. h. tit. furem suspendi poss., si quinque solidos furatus sit, idque ¶ non esse ex
 constitutione Friderici in c. §. si quis quinque. de pace tenenda. & eius Viol. tor: in §. subus
 feudorum. Sed forte alia quadam approbata consuetudine esse receptum, & à Carolo V.
 esse approbatum. Iulius Clarus §. furtum. num. 8. & 15. vbi dicit à consuetudine esse pœ-
 nam introductam, dicit id esse ex generali consuetudine & communiter practicari. Iure
 quodam gentium & generali consuetudine est id receptum inquit Mynf. in §. ex maleficiis.

num 21 22. infra de action. Rationes huius rei duas habemus satis evidentes. Prima est, quia in dicta constitutione Friderici in §. proxime precedente. §. si quis quinq. solidos dicitur rusticus si arma vel laccam vel gladium gestauerit, aut det arma vel gladios, aut viginti solidos. Hic in electione est rustici dare hoc vel illud, si iam solidus ibi pro Hungarico acciperetur magni valoris fuisset gladius rustici id quod ridiculum est: Ergo pro alie ibi solidus accipitur. Secunda, quia in c. §. nic. in fin. princ. de pace tenend. inter subditos dicitur furtum legaliter & legitime puniri, hoc est, eo modo quo leges Civiles prescribunt: Ergo illa constitutio, quæ etiam est Friderici, de aureis non potest intelligi. Sed obicitur. Constitutio Friderici loquitur de furibus qui pacem publicam vim exercendo violent: Ita & illud cap. intelligit Iulius Clarus §. futurum. num. 7. Et de iis quoque loquitur constitutio Criminali Caroli Quinti, artic. 159. ubi constituitur eum qui vim exercuit cum furto strangulari. Ibi quidem Carolus Quintus id constituit in iis qui furantur & vim exercent, sed hoc additur siue plus quam quinquæ Vngaricos vel minus sint furati, id quod non ita est in d. constitut. Friderici. Deinde aliæ rationes supra posite id confirmant. Dubitat etiam Oldendorp. class. 7. ubi dicit aliquos putare, id esse exauctoratum ex constit. Friderici, & Mynsing. in §. pœna. b. tit. dicit, hanc furti pœnam forte esse receptam, aduersus insigniora furti, contra leuiora vero abscissionem aurium & virgarum castigationem seu fustigationem.

Inspicienda autem est conditio, & dignitas furis, & aliæ circumstantiæ an sit in ipso facinore deprehensus, an sapius id fecerit, ut suadetur in Constitut. Caroli Quinti, artic. 160. Crimin. vel publ. iudic. Denique in materia furtorum sciendam est neminem cogi posse crimen quod scit & revelare, Borch. in feud. fol. 207. n. 107. l. qui eos. §. ff. eod. ubi qui non tenetur non tenetur furti actione. l. 1. in pr. ff. de seru. fugit. l. 3. §. non solum. ff. de incend. xxi. m. l. sub pretextu. §. sane. C. de transact.

DISPUTATIO XXXIV.

De vi bonorum raptorum, & del. Aquilia. ex tit. 2. & 3. lib. 4.
Institut. Imperial.

CONTINUATIO.

Imperator in primo precedente titulo quatuor species priuatorum delictorum enumeravit, absoluta igitur prima specie, quæ de furtis erat, secunda nunc quæ de rapina tractat, declaranda est.

Thesis 1. Est autem rapina rei alicuius mobilis violenta & dolosa contrectatio, vnde etiam raptor fur improbius ab Vlpiano appellatur.

2 Et non tantum furti obnoxius est, sed etiam utili vi bonorum raptorum actione conueniri potest, quæ est intra annum quadrupli, post annum simpli.

3 Quadruplum vero non totum pœna est, sed in quadruplo etiam rei
P persecutio

persecutio continetur, ita ut poena tripli sit, siue comprehendatur raptor in ipso delicto, siue non.

4 Si quis tamen aliquo errore ductus rem suam esse existimans & imprudens iuris rapuerit, quasi dominus liceat etiam per vim rem suam à possessoribus auferre, neque furti neque vi bonorum raptorum conueniri debet.

5 Sed ne raptores sub hoc prætextu impune suam possint exercere auaritiam, melius diualibus Constitutionibus cautum est, ut nemini liceat vi rapere rem mobilem vel se mouentem, licet suam eandem rem esse existimet.

6 Et si quis contra statuta Principum fecerit, rei quidem suæ dominio cadet, sin autem aliena res sit, post restitutionem eius, etiam æstimationem eiusdem rei præstabit.

7 Nec in hac actione spectatur rem in bonis actoris esse: nam siue in bonis sit, siue non, si tamen ex bonis sit, locum hæc actio habebit.

8 Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti actio competit in re clam facta, ex iisdem causis omnem hanc actionem haberi.

9 Atq; hæc de rapina: Sequitur nunc tertia species priuatorum delictorum damnum scilicet quod l. Aquilia est prohibitum..

10 Legis Aquiliæ tria fuerunt capita, quorum primum & postremum in l. tit. à Iustin. referuntur, secundi, propterea quod in defuetudinem abierat, nulla sit mentio.

11 Primo capite ita cautum est, ut si quis alienum hominem alienauerit, quadrupedem, quæ pecudum è numero est, iniuria occiderit, quanti ea res in anno plurimi fuerit, tantum æs domino dare damnetur.

12 Iniuria autem occidere intelligitur, qui nullo iure, dolo aut culpa etiam leuissima occidit, Qui vero casu occidit nulla culpa interueniente, l. Aquilia non tenetur.

13 Culpæ autem etiam imperitia & infirmitas annumeratur, quo fit ut qui onus peritiæ, aut viribus suis impar subiecit, si ob eius imperitiam aut infirmitatem quid damni datum sit, culpæ reus dicatur.

14. Caterum actio legis Aquiliæ, quoniam pœnalis est in delinquentis heredes non datur, nisi lis cum defurato contestata sit, aut delinquens locupletior factus fuerit.

15. Illud non ex verbis legis sed ex interpretatione placuit, nō solum per omni corporis æstimationem habendam esse, sed eo amplius quicquid præterea nobis damni natum fuerit.

16. Liberum autem ei est, cuius seruus occisus fuerit, & ex iudicio priuato

dato legis Aquiliæ damnum persequi, & capitalis criminis delinquentem reum facere.

17 Tercio cap. l. Aquiliæ, de omni cætero damno, ita cautur cæterarum rerum præter hominem & pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quidve vsserit, fregeit, ruperit iniuria, quanti ea res in diebus 30. proximis fuit, tantum æs domino dare damnas esto.

18 Illud palam est, sicut ex primo capite ita dēum quisque tenetur, si dolo aut culpa damnum dederit, ita ex hoc capite dē dolo aut culpa & de cætero damno quemque teneri.

19 Cæterum directa l. Aquiliæ actio competit, si corpori à corpore damnum illatum sit, quod si quis non corpore corpori sed alio modo damnum dederit, utilis actio dabitur, sin autem neque à corpore damnum, neque corpus læsum fuerit, in factum actioni locus erit.

Corollarium. An aggressus à latrone vel alias etiam ab æquali impune aduersarium possit interficere, etiam si fugiendo se posset saluare, elegans est quæstio? Nos affirmatiuam tanquam veritati magis consentaneam defendemus.

DISPUTATIONIS XXXIV.

De vi bouorum raptorum, & de lege Aquilia, resolutio.

S V M M A R I A.

- 1 Rapina an priuatum tantum maleficium sit, an & etiam publicum.
- 2 Rapina non est rerum immobilium.
- 3 Rapina non est, & ubi non est dolus.
- 4 Furtum quomodo à rapina distinguatur.
- 5 Rapina definitione cur non simul etiam raptus virginum continentur.
- 6 Rapina vocabulum generaliter & specialiter accipitur.
- 7 Vssus & possessio est in rebus mobilibus.
- 8 Raptor qua actione conueniri possit.
- 9 Raptor quomodo in quadruplum teneatur.
- 10 Rapina an grauius puniatur quam simplex furtum.
- 11 Raptores posse conueniri actione furti manifesti & nec manifesti.
- 12 Pæna respectu rei consideratur & taxatur.
- 13 Raptor bouorum & ranarum, quomodo puniatur.
- 14 Ignorantia facti & iuris, à dolo excusat.
- 15 Raptor imprudens an nulla actione teneatur.
- 16 Rem mobilem nemini licet per vim rapere etiam si sua sit.

- 17 *Actio Si bonorum rapt. quibus detur.*
 18 *Legis Aquilia caput primum quid complectatur.*
 19 *Servum proprium qui interficit an puniri possit.*
 20 *Infirmus & imperitia culpa annumeratur.*
 21 *Actio l. Aquilia an & quando in heredes delinquentes detur.*
 22 *Actio l. Aquilia quid petatur.*
 23 *Legis Aquilia caput tertium quid agat.*
 24 *Actio l. Aquilia directa quando detur.*
 25 *Aggressor a latrone vel alias ab aequali, potest adversarium interficere, etiamsi fugiendo se saluare potuisset.*
 26 *Occidere & causam ad id dare sunt paria.*
 27 *Damnum quod quis sua culpa sentit, nemini imputare debet.*
 28 *Caroli Quinti Constitutio de iniuriis impune iniuri faciendis.*
 29 *Fama & Vita pari passu ambulant.*
 30 *Fortitudinis est non formidare aequalem.*
 31 *Iniuria quando non propria auctoritate sed per Magistratum iudicanda sit.*
 32 *Constitutiones Imperatorum posteriores semper sunt firmiores.*
 33 *In iurisperitis damnum affert.*

Imperator hactenus egit de primo delicto privato, quod est furtum, quamvis illud hodie sit criminale & ordinaria poena laquei puniatur: Sequitur nunc secundum delictum seu maleficium privatum, quod est rapina. Sed obicitur expresse l. 2. §. *si in deposita re ff. Si bonorum rapt.* vbi dicitur, raptorem committere crimen publicum: Non igitur privatum est crimen. Respond. Ille §. est intelligendus in eo casu quando criminaliter agitur de vi publica vel privata, *ros tit. ff. de vi public.* vel de vi privata, quemadmodum illum §. explicat Welenb. in *ff. paratis. h. tit. n. in pr.* Et eatenus crimen hoc ¶ publicum recte dici potest, & I Crus ipse hoc satis ostendit particula, Etiam, quasi etiam sit publicum crimen. h. ex eo agitur de vi publica.

Ad thes. 1. ¶ Proponitur hic definitio rapinae scilicet, quod sit violenta & dolosa contractatio rei alicuius mobilis. Dicitur rei mobilis, quia ut furtum non sit rerum immobilium, velur precedente disputatione visum fuit, ita ¶ nec sit earum rapina, quia res immobiles non dicuntur occupari aut rapi. *Linvafo. §. Et l. 7. C. unde vi. §. quod non solum. h. tit. n.* Rapere autem est manibus auferre, l. 4. *ff. ne quis eum, qui in ius vocatus est, vi eximat.* Deinde adicitur vox dolosa quia dolo fit ut furtum; nam ¶ si dolus abest, rapina non est, d. l. 1. §. *doli mali ff. h. tit. n.* Porro additur vox violenta, quia ¶ furtum a rapina distinguitur, teste Myns. tantum quia furtum fit clam, latenter, obscure & plerumque noctu; Rapina fit palam imprudenter & vi, d. l. 2. §. *doli.* Imo rapina est facti atrocitatis ultionis & petulantiae animo commissa. Hotoman hac: Unde & improbus fur *hic in pr.* a Iustino, dicitur, & improbius fur a I Crto Vlp. in d. l. 2. §. *ceterum ff. eod.*

Nunc ad contraria accedam: Et primo obicitur raptum virginum non contineri hac definitione; Ergo videri eam imperfectam. Respond. Ad raptum virginum quod attinet, concedimus illam rapinam non contineri hac definitione, quia ¶ illa in crimen publicum incidit, quemadmodum hoc constat ex l. 1. *C. de rapt. Virg.* praeterea vox, Bonorum, satis indicat hic de bonis, non de virginibus agi, atque ita vox, Rapina, hic est restringenda. Secundo obicitur; Rapi etiam dicuntur immobiles res; Ergo non tantum mobiles, quia immobiles res dicuntur rapi in *tit. nostro.* vbi de iis agitur. Et in l. §. *quis in tantam. C. unde vi.* Resp.

Resp. Inuadi proprie dicuntur immobilis, quamvis sciendum sit vocem rapina, esse generis & speciei nomen: generaliter acceptam, rapina in specieita dicitur (de qua etiam hic agimus) competit, quam inuasioni. Tertio obicitur. Definitio hæc nimis est angusta, quia tantum rei mobilis fit mentio, cum tamen etiam usus & possessionis fiat rapina, ut sit furtum, quia rapina omnibus modis fit, quibus furtum, saltem quod non fiat cum violentia quemadmodum etiam in thesi 8. affirmamus. Verum est, usus quoque fieri rapinam puta si commodatarius violenter abuti iure commodata, vel si commodatario res violenter rapitur, tum usus naturalis possessionis, quam habet commodatarius, fit rapina; Sic si bonæ fidei possessioni, violenter res auferatur, ciuilis possessionis fit rapina: Hæc tamen sub vocabulis, rei mobilis, continentur, quia usus & possessio est in rebus mobilibus, quæ rapiuntur. & hæc quidem etiam in definitione furti potuissent omitti, cum alias intelligantur, sed tamen peccatum non est ea exprimere, quæ alias sponte & tacite intelligi possunt, idque maioris declarationis gratia. *l. 1. ff. de furt.* Denique obicitur *d. l. 2. §. doli mali. ff. eod.* ubi Vlpianus dicit dolum malum esse sine vi posse, ergo rapina non est violenta & dolosa contrectatio, sed tantum violentia. Resp. Dolus malus est interdum sine vi, ut in furto, ubi nulla vis admittitur. Quoties autem rapina committitur semper dolus adest, & sine dolo fieri non potest. *d. §. doli mali.* Datur tamen solutioni opponitur. *l. 3. §. fin. ff. ne quis in ius vocat. Si eximat* ubi dicitur posse aliquid vi fieri, ita ut dolus malus absit. Respond. *Gloss. in d. l. 3. §. fin.* putat non oportere semper adesse dolum malum, quo ad ipsum, scilicet exemptum, licet quo ad vocantem sit dolus malus, potest & exerceri vis ei, qui eximitur, ita tamen ut ei non noceatur, sed tantum vocanti; Ergo tantum quo ad vocantem est dolus malus.

Ad Thei. 2. & 3. J. Affirmatur raptorum non tantum furti teneri, sed etiam vi bonorum raptorum: quæ est intra annum quadrupli; post annum Simpli; Annus autem is est vilis, quia est prætoriam actio. *l. 2. §. 4. C. eod.* & prætorum edita per annum tantum vivebant, *Wesemb. & alii hic.* Quadruplum vero hoc non totum pœna est, sed in quadruplo etiam rei persecutio continetur, ita ut pœna tripli sit, siue comprehendatur raptor in ipso delicto, siue non. Huic ab omnibus interpp. obicitur tale argumentum; fur improbius grauius est puniendus, quam alias simplex fur: Sed hic fur leuius puniatur. Ergo male. Minore probō, quia raptor tenetur in quadruplum, & in eo inest rei persecutio: Fur autem manifestus tenetur in quadruplum, extra rei persecutionem; deinde actio furti est perpetua: Vi bonorum raptorum est annua. Resp. Mynsing affirmat admirabile & absurdum id videri, sed dicendum est raptorem teneri in quadruplum, quia tamē ut vna inest rei persecutio, siue deprehendatur in ipso delicto, siue non, quia ita non est in furto, ubi est duplex in furti nec manifestæ actione; unde Iustin. *hic* dicit, ridiculum esset, si leuioris esset conditionis is qui rapit, quam qui clam amouet. Deinde tenentur raptores pluribus aliis actionibus, furti, vis publicæ criminali, & tenentur etiam in conditionem furtiuam. *l. siue manifestus. 10. §. 1. ff. de condition. furtiu.* Inde sane furti grauius puniatur rapina quam furtum, quod ex grauitate & magnitudine huius pœnæ potest demonstrari, & certe inquit Hotteiman. *hic*, si non est grauior pœna, non etiam leuior est. Insuper contra datam solutionem hoc modo. Dictum fuit pluribus actionibus inuolui raptores & quidem actione furti, sed nihil ad rem facit illa ratio, quia in triplo est. Respond. Id concedo, licet tamen furti agere, donec prætorum propria actione notaretur, qui rapuit, non ut alias actiones tolleretur, sed ut hunc quasi cumulum superioribus iudiciis & pœnis adhiberet, quod postea prætor edixit, sic aduersus publicanos specialiter dedit prætor iudicium. *l. 1. ff. de publican.* cum tamen & furti & rapinæ & damni iudicia essent

constituta. E re est proprio iudicio facinus notare & insignire sic *in l. 1. ff. Nauis, Carpo-
nes.* scribit Vlpian. Pomponium mirari solitum cur honoraria actio sit introducta, cum
sint ciuiles; nisi forte, inquit, ideo ut innotesceret, prator curam agere reprimendæ im-
probitatis hoc genus hominum.

- Secundum argumentum hoc modo formatur. Raptor est fur manifestus secundum
textus est hac de re expressos *in l. si vendidero 80. § cum raptor. ff. de furt.* Ergo in quadrupli
nilominus, pœna est, & extra quadruplum potest res venditari vel condici ut in actione
furti manifesti, qua etiam potest raptor manifestus conueniri; Non igitur inest quadru-
plo rei æstimatio Resp. Quia inuis Dn. Myns. *in §. 1. n. 1.* dicat omnes esse fures improbos,
& quidem manifestos secundum *d. l. si vendidero.* Non autem conue-iri actione furti ma-
nifesti, sed tantum teneri in duplum quasi nec manifesti. *l. 1. ff. de vi bon. raptor.* Si autem
prius agatur vi bonorum raptor: non posse furti agi, Zasius *nu. 9. §. ex maleficiis de action.*
infra. Raptor manifestus est, quando deprehenditur ac clamatur contra eum, cor vertit. Aut
iple raptor rapuit ex domo, in qua nemo habitat & fur est nec manifestus per *l. si quis ex
domo ff. de furt.* Tamen aliorum sententia gloss. hic sequentium communiter approbata
II & verior est nimirum ut dicamus cum Hottomann. & Wesenbec. *hic* raptorem posse
conueniri actione furti & nec manifesti, propter generalitatem *d. l. 1. §. pen. ff. eod.* Et Hot-
toman. dicit non esse magno opere dubitandum, qua actione furti conueniatur raptor,
Mynsing. autem putat de eo longam esse altercationem, quamvis Hottomann. cum pur-
get & dicat se mirari non posse, quid illis interpretib. in inentem venerit, qui de eo dubi-
tant, propterea inquit Imper. §. 1. comprehendi raptorem interdum in ipso delicto, & tunc
furti manifesti agi cū eo potest, & eodē recidit, quia furti manifesti actio est quadrupla
& quidem totū pœnale, & respondet per omnia quadruplo, cui tamē rei persecutio inest;
III namque pœna respectu rei consideratur & taxatur, præterea I Cus Vlpia. *in d. l. 2. §. si in re. ff.
eod.* dicit non minimam esse differentiam inter eum, qui clam facit, & enim qui rapit Cum
ille celer suum delictum; Hic publicet & crimen publicum admittat; Non autem sit meli-
oris conditionis, qui vno digito rimide rem alienam tangit, quam qui atrociter aufert;
Si igitur raptor aufert violenter, non vidente domino, tenetur furti nec manifesti actione
secundum *l. 1. ff. eod. tit.* Deinde *in d. l. si vendidero 80. § cum raptor.* raptor fuit omnino mani-
festus, hoc est, ab ipso domino in rapina deprehensus; Et Hottomann. *in 7. enumerat.* dicit
siue testibus teneatur siue non teneatur, quia tamen dominum latere non potuit, propter
damnum, manifestus est, sed quia probati facti qualitas non potest, neque vi bonorū raptor:
neque furti manifesti actione, quia nulla alia ratione probari potest re auertisse, quā quod
ea penes illum est reperta, Wesenb. *ff. in §. 1. n. 1. §. in paratis ff. eod. n. 7.* ita tamen ut cum
vi bonorum raptor. agitur, furti manifesti actio elidatur, & contra, quamvis vi bonorū
rapt. etiā petat rei persecutionem non furti manifesti, pro qua tamē partem pœna habet.
Si autem furti nec manifesti prius est actum id quod supersedit, actione vi bonor. rapt. peti
potest secundum *d. l. 1. ff. eod.* Cuiac. *lib. 8. obs. c. 24.* Iure Saxone est nuda restitutio rei ab-
lata. Wesenb. *in parat. n. 8. b. tit. n. 2.* Tertio obicitur Nov. 63. de noui. oper. nunciat. §. 1. vbi de-
cem libras auri infert, qui aliquid rapit; Ergo nouo iure actio pœnæ est constituta. Resp.
Ibi confirmatur pœna quadruplicationis & fit mentio vi bonor. rapt. actionis sed non
principaliter, sed per comparisonis modum. Agitur autem ibi principaliter de noui ope-
ris nunciatione, qui in ea nō acquiescit inquit Imp. debere grauius decem libris auri pu-
niri, id quod a rapina est alienum Denique obicitur *l. Christianis 6. C. de paganis,* vbi dicitur
eum qui bona paganorum vel Iudæorum diripuerit teneri in duplum. Ergo non est qua-
druplum. Respond. *re. c. ibidem gloss.* id esse speciale, quia si quiete degunt & neminem
laedunt,

ardunt, cur non essent tolerandi? Merito igitur pœna est statuta in eos, quicquid ladan-
Regulariter autem id procedit alias, quod hic pro pœna constituitur.

Ad Thef. 4.] Affirmatur eum neque furti neque vi bonor. raptor. actione conveniri,
qui errore ductus rem suam esse existimans & imprudens iuris eo animo rapuit, quasi do-
mino liceat etiam per vim rem suam à possessoribus auferri. Cui opponitur ita, ignoran-
tia iuris neminem excusat *l. 9 ff. de iur. & facti ignorant.* vbi dicitur iuris ignorantiam ne-
minem excusare, Resp. Quævis ignorantia facti & iuris excusat à dolo, si pœna ob deli-
ctum dolo commissum infligitur, & dolo arguitur, & Welenb. dicit; Quælibet causa
etiam friuola & iniusta à dolo excusat, *l. generaliter. 12. ff. de liberali causa.* Secundo obi-
citur *d. l. 2. §. doli mali. ff. eod.* vbi dicitur vim non esse sine dolo malo. Resp. hic vis adisset &
non doli malus quia putat se suam rem contrectare; Tegitur hic igitur & quasi obvela-
tur doli malus, & vis saltem arguitur. Tertio obicitur *d. l. 2. §. hac actione. ff. eod.*
vbi dicitur hoc aliter vindicari; t tgo non sit absolutio, ut hic dicitur. hoc est, nihilomi-
nus actio furti vel vi bonor. raptor. competit, quod tamen in thesi nostra negatur. Resp.
Illa verba, aliter vindicatur, ita sunt intelligenda, competere & alias actiones sed non furti, 19
vel vi bonorum raptorum actionem eoque respectu dici ab Imperat. hic. Liberationem
competere; Welenb. & Myns. putant mulctam esse pecuniariam, seu arbitrariam, dum non
exprimitur à Iurisconsulto.

Ad Thef. 5. & 6.] Hodie constitutionibus Imp. est effectum, nec vi licet rem mobilem 16
seu semoventem rapere, licet suam eandem rem esse quis existimet; Et multa extant hac
de re Principum constitutiones; Sed Iustinianus earum constitutionum vnum argu-
mentum hic perstringit. *l. si quis in tantam C. vnde vi.* Quam Imp. Valent. Theod. & Ar-
cad. criderunt: Myns. ad §. quia tamen, h. tit. num. l. si consisterit. C. fin. regund. d. l. extat.
ff. eod.

Ad Thef. 7. 8.] In hac actione vi bonor. raptor. non spectatur rem in bonis esse; nam si
ne in bonis, siue non sit: si tamen ex bonis sit, id est, ex dominio, locum hac actio habe-
bit; vnde quod est in actionibus, persecutionibus & petitionibus, in bonis esse videtur, hoc
est ex bonis est, ut loquitur I. C. in l. bonorum in fin. ff. de verb. signif. Ex bonis esse de mi-
no, quæ in dominio nostro non sunt, sed quarum usus vel custodia & periculum ad nos per-
tinent ut puta res commodatæ & depositæ, pignoratæ, locatæ: non autem reales servitutes,
l. 1. ff. de usu & usufr. In bonis sunt non tantum quæ nostra sunt, sed etiam quæ bona fide
à nostris possidentur, ut Modestinus inquit in l. rem in bonis ff. de acquir. rer. dominio.
generaliter igitur omnibus datur hæc actio, quoniam interest res raptas non fuisse *d. l. 2. 17*
§. 1. ff. generaliter. h. tit. nu. Vnde & commodatarius & bonæ fidei possidores eam actionem
habeant, ut hic §. finali.

Ad Thef. 9. 10. 11. 12. 13.] Tantū de rapina. Nunc de l. Aquilia, cuius tria fuerunt capita,
quorum primum & tertium adhuc sunt in usu; primum, ut completitur alienum hominē; 18
id est, servum, & alienā quadrupedem, quæ pecudū est numero, hoc est, corū animalium
numero, quæ gregariū habentur & pascuntur, ut sunt oves, boves, capræ, equi, muli, asini,
lues. l. legatis. §. priorib. ff. de legat. 3. Canis inter pecudes non habetur, ut nec Vulpes, Leones,
Pantheræ, quæ bestiarū loco sunt. *l. 2. ff. ad l. Aquil.* Sed quiritur, Anne cōpetat primum caput
pro servo proprio. Resp. Quod non, quia servus proprius licite potuit occidi, quæ tamen
licentia est restricta per constitutionē Antonini Imperat. §. 1. sup. de his quæ sunt sui vel alie-
ni iur. quia iubetur is, qui servū propriū interficit, ut non min⁹ puniri, q̄ si servū alienū occidit, 19
vbitamē Welenb. addit pœnā illā esse tantū arbitrariā, nō min⁹ punitur, hoc est, puniur,
nō est liber à pœna, sed tamē pœna tā graui non afficitur, sicut is qui servū alienū occidit,
hoc

hoc est, pœna legis Cornelie de Sicariis. Iniuria autē oscidit, qui culpā etiam leuissimam
 20 cōmittit, infirmitas etiam & imperitia culpæ annumeratur. *l. imperitia. ff. de reg. iur.*
 Sed obicitur ita: In pari causa paria iura sunt statuenda, sed index tenetur ex quali delicto, si male iudicat. §. *infra de oblig. quasi ex delict. n. scilicet.* Multa maiora damna inferuntur, a iudicibus male. sententiam pronunciantibus, quam a medicis seruum istum male curantibus, & quod a iudice peccatur, per actionem in factum reperitur.

21 Ad Thef. 14.] Actio legis Aquiliæ in delinquentis heredes non datur nisi lite cum defuncto cōstituta, quia tum res non est integra amplius. Deinde si delinquens vel heredes eius (quia vna sunt persona) locupletiores sint facti, quia nemo debet locupletari cum alterius iactura. *l. iure natura. ff. de reg. iur.*

22 Ad Thef. 15. 16.] Estimatio petitur hac actione & omne damnum, quod præterea nobis adest; Et liberum est, hoc est, in electione habere, an quis velit serui occisi nomine agere ad pœnam legis Cornelie, an vero velit. Priuato iudicio. Aquiliæ agere quemadmodum etiam de rapina supra dictum fuit.

23 Ad Thef. 17. 18.] Ex tertio capite legis Aquiliæ ceterarum rerum damnum persequimur, præter hominem & pecudem occisos, si qui forteustum fractum aut ruptum fuerit iniuria. Cui opponitur *l. si quis tabulas. 35. ff. de dolo malo.* vbi tabulæ testantur, delentur, inde tamen actio. Aquiliæ ex secundo capite non datur. Resp. Actione. l. Aquiliæ agit dominus. Hæc autem hæres nondum adit hereditatem, quia dum delictum sunt tabulæ testamenti, hereditas non potest adiri. Sic tutor non potest agere ante aditam hereditatem. Iusto opponendo *l. quis tabulas. 42. ff. ad l. Aquil.* vbi agitur ad exhibendum & non ex l. Aquilia Resp. Scilicet adiri hereditatem.

Ad Thef. ultimum.] In hac thesi vltimè proponuntur & actiones ex l. Aquilia directæ, ex
 24 verbis directis l. Aquiliæ: in factum, vbi nec verba nec sententia adest: directæ tamen corpori à corpore damnum datur, puta si ego manu mea vel corpore corpus lædo. Sed obicitur *l. quis actione. 74. l. item si oblectrix. 9. §. 1. & 2. ff. de l. Aquilia.* vbi in factum actio competit, quando corpore à non corpore fit damnum, vbi tamen secundum thesin datur utilis. Resp. Wesenb. simpliciter affirmat vbi vtilem propter eundem effectum & cognitionem, pro in factum actione, poni id quod est notandum.

Ad Corollarium.] Queritur satis eleganter, An aggressus à latrone vel alias etiam ab
 25 æquali, aduersarium possit interficere licite etiam si fugiendo possit se saluare? Et tamen affirmariam tanquam veritati magis consentaneam defendimus: Fundamenta nostra sunt hæc. Primum, latro qui alium aggreitur vel æqualis causam præbet tumultus, dam sine causa in alium impetum facit: Merito igitur tum etiam causam præbet occisioni, etsi alius prouenit, qui insultatur & eum interficit, qui primum fecit aggressum tum enim primus

26 aggressor seipsum occidit; paria tenim sunt occidere & causam ad id dare. *l. nihil. 15. in pr. ff. ad l. Cornel. de Sicar.* Et hoc casu defendit se quis moderamine inculpate tutelæ. *l. 1. §. ibid. D. l. C. unde si. N*am aduersus periculum naturalis ratio promittit se defendere. *l. 4. in pr. ff. ad l. Aquil.* omnesque illi iura id permittunt. *l. si vim ff. de iust. §. iur. l. scientiam. 45. ff. ad l. Aquil. am.* id quod etiam sacre literæ concedunt. Nam si quis aliquem sine causa occidebat, ei ciuitates refugii subueniebant, quia necessitate defensionis, quæ iuris est

27 naturalis, id fecerat quemadmodum in libris Moysis legitimus. In summa damnum, quod quis sua culpa sentit, nemini imputet. *l. damnum ff. de reg. iur.* Et hoc non tantum verum est, ut qui in his fugiendo se possit quis saluare, non tamen fugiat, ut est communis opinio, quemadmodum refert Iul. Clarus *lib. 5. sent. §. homicidium. nu. 32. lafon in d. l. 98*

Vim ff. de iust. & iur. Boffius in tit. de homicidio. nu. 86. Id etiam † Carolus V. in suis constitu-
 tionibus criminal. artic. 140. concessit, vbi hæc sunt verba : So cñer jemand mit einer
 tödlichen Waffen oder Wehr iberlaufft / ansicht oder schlecht / vnd der benedige
 könn: ohne Gefehrligkeit seines Leibs / Lebens / Wehr vnd guten Leumuths nicht
 entweichen / der mag sein Leib vnd Lebē ohn alle Straff durch ein recht Gegenwehr
 retten: Hic vides coniungi vitam & famam, vnde non est dubitandum de veritate & cer-
 titudine huius opinionis, quin ea, quæ in Camera sunt recepta pro lege habeantur, cum
 sint constitutiones Imperatoris, rot. tit. ff. de constit. princip. §. sed & quod principi. sup. de iur.
 N. gen. & C. Iuuatur autem hæc Caroli V. constitutio optimis rationibus & legibus de-
 sumtis, quia turpe est & ignominiosum, v. ro graui fugere, cum fama & honor ante omnia
 sit seruandus & defendendus, quia † fama & vita pari passu ambulant l. iusta. ff. de manu-
 miss. §. vind. Ergo dū quis fugere nō tenetur, quando sine vitæ periculo non potest elabi, nec
 etiam dum cogitur fugere, quando sine famæ periculo, iactura & detrimento non potest
 effugere, præterea honor omni commodo pecuniario præfertur. l. iulianus. ff. si quis emis-
 sa causa testamenti. l. isti quidē. ff. quod metus causa. l. reprehendēda. C. de institut. & substitut.
 l. miles. §. socer. ff. ad l. l. de adulter. Secunda ratio : quia fortitudinis est, non † formidare
 æqualem & hæc virtus propterea in Athletis commendatur, l. 7. §. si quis in collatione. ff.
 ad l. Aquil. Tertia ratio quia etiam si quis polliceri sibi possit tutam fugam : ramen sape
 aliter id cadere potest, vnde tutius est expectare certationem cum latrone vel æquali. Ex
 hæc rationes satis sunt vrgentes,

Sed nūc videbimus ea, quæ huic sententiæ aduersantur, & quidem afferri possunt tex-
 tus ex iure ciuili, & præsertim l. scientia 45. §. quia cum aliter. ff. ad l. Aquil. vbi dicitur
 innoxios esse eos in defensione qui aliquem interficiunt, si se aliter tunc non possunt,
 Ergo à cōtrario sensu, qui aliter se tueri possunt, noxii sunt. Sic in §. iniuria. Inst. ad l. Aquil.
 expresse dicit Iustin. Imp. eū qui latronē insidiatorem occidit, esse tutū, si aliter effugere nō
 possit. Idē dicitur in l. 2. C. ad l. Cornel. de sicar. in verb. in dubio vita discrimine constitutus, &
 in Clementina l. de Homicid. §. fin. vbi dicitur eum esse immunē ab omni pœna, qui occi-
 dit aliquem : Si non possit aliter euitare mortem, ergo à contrario sensu, si potest euitare
 mortem, non est immunis. Resp. Sunt aliqui, qui illam sententiam defendunt, eaque magis
 videtur placere Romulo, in tractatu l. Et vim. ff. de iust. & iur. n. 38. Imo etiā Carolus
 V. d. artic. in fin. addit, vnangesehen / ob es dem geschriebenen Rechte vnd geuonheiten
 entgegen wehre. Et forte ad dictos textus his verbis respiciit, sed tamē & similes textus ni-
 hil obstant, quia propter superiores rationes ex rextibus sumtas de honore & fama defen-
 denda, dicendum est eos loqui in tali casu, quando quis potest saluo honore & salua vita
 alicui parcere, tum pietas & leges volunt & iniuriam illatam † non propria auctoritate sed
 remedio magistratus vindicat: Quamuis etiā parum referret dicere Carolū V. sua consti-
 tutione illos textus correxisse cum constitutiones † posteriores Impp. semper sint firmio-
 res. l. Vlp. ff. de constit. princip. Secundo obiicitur: pietas non patitur honorē præferre saluti
 & vitæ alterius. Resp. In foro poli quidem videtur hæc sententia periculiosior, sed in foro
 soli, optime toleratur & defenditur, id dum Impp. considerant, facile quid hac in re
 suis constitutionibus permiserunt, propter humanam conditionem sortem, & vtilitatem,
 quia ipse † inuasor sibi ipsi quasi damnum affert, & certum est Impp. posse etiam quid in
 hac re contra sacras literas constituere, quemadmodum in simili videmus factū in poly-
 gamia, libello repudii & similib. Borch. in c. 1. de & sur. Tercio obiicitur l. furem 9. ff. ad l.
 Cornel. de sicar. vbi aliter distinguitur. Respond. non loquimur hic de fure, circa quem
 distinguitur inter diurnū & nocturnū vt additio habet in d. §. iniuria. h. sit. in verb. latronē.

Deniq; obicitur. Honoris lationem & iacturā posse peti & rescari apud magistratum, nec quis debet propria auctoritate vindicare. Resp. Id fieri quidē posse, nisi turpe esset corā mundo fugere, vnde id Carolina constitutio permittit; vera igitur manet sententia Ca-
soli nostri,

DISPUTATIO XXXV.

De iniuriis & obligationibus ex quasi delicto descendentibus.

CONTINUATIO.

*Expositis tribus delicti priuati speciebus superest vt de iniuria etiam¹
paucis videamus.*

Thef. 1. Est autem iniuria, quæ aut pulsatione corpus, aut conuitio aures, aut turpitudine vitam famamque bonam alterius violat.

2 Et generaliter dicitur, omne quod non iure fit: Specialiter vero alias contumelia à contemnendo sic dicta, de qua *h. t. n.* alias culpa, vt in *l. Aquilia*, alias iniquitas & iniustitia, cum contra leges quid iudicatur.

3 Iniuria vt fiat requiritur dolus animi, contumeliam alicui facere volentis, vnde consequens erit dicere, furiosum & irapuberem, cum doli non sint capaces, etiam si pulsent, siue conuitium dicant, iniuriam facere non videri & dormientem etiam cum furioso æquiparari.

4 Quamuis qui per ebrietatē iniuriam facit, dolo caret, propter culpam tamen quæ præcedit non excusatur ab iniuria, reali scil. & atroci; à verbali tamen omni modo si discussa violentia sobrium pœniteat.

5 Iniuria tribus potissimum fit modis, re siue facto, verbis, & literis seu scriptis iniuriosis, æstimaturque vel ex facto vel ex tempore aut loco, vel ex persona tam facientis quam accipientis aliisque circumstantiis.

6 Re dicitur committi iniuria, & quidem atrocissima; quando quis se pulsatum aut verberatum, vel domum suam vi introitam docet.

7 Verbis, cum alicui vitium fit, veluti si quis fur, nequam aut latro nominetur; Hinc magistratus summa afficiunt aliquem iniuria, quando præter & supra officium eum concutiant, aut etiam contumeliosis verbis onerant, imo incognita sæpe causa, odio fortassis quodam adducti, iniustam sententiam contra aliquem ferunt.

8 Circa hanc speciem quæri etiam solet, an veritatem per conuitium dicens iniuria teneatur? Et eū teneri si Reipub. non expediat conuitium scire, asserimus, alias non si id prober.

9 Literis fit iniuria, cū quis carnē vel historiam ad infamiam alicuius pertinentem scripserit, vel componi curauerit, ediderit, cecineritve, & non tan-

tum iniuriarum cum autore famosi libelli agi potest, sed etiam intestabilis efficitur, & propterea nec testamentum facit nec ad id adhibetur.

10 Non solum igitur is, iniuriarum tenetur, qui reipsa facit iniuriam, sed & qui persuasit, iussit, mandauit, curauit ut iniuria fieret.

11 Si plures iniuriam fecerunt, singuli tenentur, imo non solum tenentur, sed etiam iniuria damnati famosi efficiuntur.

12 Pati iniuriam possunt omnes, cuiuscumque sunt ætatis, sexus, conditionis, statusve.

13 Et non solum in semetipso veluti cum directo patrifamil. & matrifamil. fit iniuria, sed etiam per liberos suos, quos in potestate habent, seruos, uxorem, nurum, sponsam & defunctum, cui heredes existimus.

14 Per seruos tamen non iisdem modis, quibus per liberos & uxores domino iniuria fieri intelligitur, sed ita cum quid atrocius commissum fuerit vel quod aperte ad contumeliam domini respiciat.

15 Quamuis tamen si serui tantum contumeliam respiciat & ipse manumittatur, nec dominus agat, ob id iudex iniurianti pœnam infligere debeat, nullum enim maleficium in Rebus publicis impunitum remanere debet.

16 Si communi seruo iniuria fiat ex dominorum & seruorum qualitate & dignitate iniuria illata æstimatur, sed æstimata iniuria non consequitur quis æstimationem nisi pro portione domini.

17 Quod si vsusfructus in seruo Titii est, proprietas Mæuii, magis Mæuii iniuria fieri intelligitur nisi in contumeliã vsufructuarii solũ id factũ constet.

18 Sed si liber homo vel seruus alienus mihi bona fide seruit, & in mei contumeliã ei facta sit iniuria, mihi iniuriarum actio competet alioquin ipse liber vel seruus dominus agit.

19 Pœna autem iniuriarum, quæ ex l. 2. tabul. propter membrum quidem ruptum talio erat: Propter os fractum nummaria &c. in desuetudinem abiit, sed quod prætores permiserunt iis qui iniuriam passi sunt ipsi ut existiment iniuriam, & iudex vel tanti reum condemnet, vel minor s. prout ei visum fuerit, in iudiciis hoc tempore frequentari asserimus.

20 Pœnam tamen à lege iudicis arbitrio remissam, ad mortem usque à iudice extendi non debere, nisi delicti aut circumstantiarum qualitas sit talis, quod de iure communi vel consuetudine esset pro eo delicto pœna mortis imponenda tanquam opinionem magis tutam & mitiorem ponimus.

21 Imo non tantũ edictorum prætorũ de iniuriis in genere, videlicet tam verbalibus quam realibus, sed etiã Cornelii Syllæ legẽ in specie, ex his tamen tribus tantũ, si quis se pulsatum, verberatũ vel domum vi introitam dicit, etiam ponimus.

22 Et de omni iniuria siue leui siue atroci is qui eam passus est, vel ciuili-
ter vel criminaliter agere potest: utroque tamen modo ad vindictam, & ob
ob id etiam altera alteram consumit.

23 Tollitur vero hæc actio primum dissimulatione; deinde nuda remis-
sione, tertio tempore: Si enim iniuria affectus intra animum vtilem, id est, à
tempore scientiæ iniuriarum, actionem prætoriam (excepta tamen scripta
iniuria) non instituat, postea agere volens non audietur.

24 Quarto tollitur hæc actio morte, nisi à defuncto lis fuerit contesta-
ta; Quinto transactione & iureiurando.

25 Absolutis itaq; nunc tribus obligationum speciebus nempe iis, quæ
ex contractu, itemque ex delicto proficiuntur: postremam quoque spe-
ciem, quasi ex delicto descendantem, subiungemus.

26 Est autem quasi delictum proprie, quando quis, neque ex dolo, neq;
ex lata culpa sed magis ex imperitia siue negligentia sua suorumve conueni-
ri potest.

27 Veluti si iudex litem suam per imprudentiam fecerit, vel si quid ex
cœnaculo alicuius deiectum effusumve fuerit, quod alii norunt, & quidem
in duplum damni quod datum est, conueniri potest.

28 Sic si quis ea parte, qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum
habet quod potest si ceciderit, alicui nocere, in 10. aureos condemnatur,
ob hominem vero liberum occisum quinquaginta aureorum pœna consti-
tuitur, sed si viuat, nocitumque tantum ipsius corpori sit, quemadmodum
ob eam rem æquum iudici videtur, actio datur:

29 Filiusfamil. si seorsim à patre habitauerit, & quid ex cœnaculo eius
deiectum effusumve fuerit, siue quid positum suspensumve habuerit, cuius
casus periculosus est, non pater ipsius, sed ipse ob id tenetur, quod & in filio-
fam. iudiciis obseruatur, qui litem suam fecit:

30. Tertio exercitor nauis, aut cauponæ aut stabuli de damno aut furto,
in naui aut caupona aut stabulo commissio quasi ex maleficio tenetur, si mo-
do ipsius nullum est maleficio, sed alicuius eorum, quorum opera na-
uem aut cauponam exercet.

31 In hisce autem casibus in factum actio competit: quæ heredi quidem
datur; Aduersus heredem autem non competit, quia pœnalis actio non
transit ad heredes.

Corollarium. An actio ad recantationem siue palinodiam infamet, & an
sit ciuilis vel criminalis, quaestio est; & non agi hic ad infamiam, ciui-
lemque eam esse actionem non criminalem.

asserimus.

INTSITVTION. LIB. IV.
DISPV TATIONIS XXXV.

De iniuriis & obligationibus quæ ex quasi delicto nascuntur:
obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 *Iniustitia an sit cum quid contra leges peccatur.*
- 2 *Iniuria quid sit.*
- 3 *Iniuria an recte dicatur tribus modis fieri.*
- 4 *Pulsationis vocabulum in definitione iniuria generaliter accipitur.*
- 5 *Dolus animi omnium delictorum causa est.*
- 6 *Iura Civilia plurimum fauent ebriis.*
- 7 *Ebrietas omnino ab iniuria excusat.*
- 8 *Ebrius iniuriam alicui faciens an & quomodo teneatur.*
- 9 *Constitutio Caroli V. de ebrietate, quomodo accipienda.*
- 10 *Homicidium per ebrium commissum non punitur pena ordinaria.*
- 11 *Ebrius & furiosus quomodo differant.*
- 12 *Iniuria ex circumstantiis tam facientis quam accipientis aestimatur.*
- 13 *Realis iniuria an sit omnium atrocissima.*
- 14 *Verbis & literis quando iniuria fiat.*
- 15 *Mandatum contra bonos mores quando sit obligatorium.*
- 16 *Iniuriarum actione & lures simul conveniri posse.*
- 17 *Iniuriam pati qui possint & quot modis.*
- 18 *Servus an possit fieri iniuria.*
- 19 *Iniuria seruo communi illata, quomodo aestimatur.*
- 20 *Pena iniuria ad aestimationem hodie frequentatur.*
- 21 *Iniuria qua fit scriptura, capitalis est.*
- 22 *Civiliter & criminaliter agi potest ex omni iniuria.*
- 23 *Actio iniuriarum quot modis tollatur.*
- 24 *Annus quo iniuria actio durat, an sit stilis vel continuum.*
- 25 *Actiones pratoria sunt annales.*
- 26 *Actio civilis ex tribus casibus l. Cornelia descendens, an sit annalis vel perpetua.*
- 27 *Actiones ex lege descendentes sunt perpetua.*
- 28 *Actiones iniuriarum quis sit finis.*
- 29 *Quasi delictum quid sit.*
- 30 *Index male iudicans an ex delicto vel ex quasi delicto teneatur.*
- 31 *Pena eorum qui quid positum aut suspensum habent ex loco, ubi si decidat nocere aliis possit, qua.*
- 32 *Filiusfam. si ipse damnum dat, ipsemet tenetur.*
- 33 *Dominus navis, caupona & stabuli, de damno conveniri potest, si quod in navi, caupona, stabulo datum est.*
- 34 *Actiones adversus nautas dua sunt.*
- 35 *Actio ex quasi delicto descendens, non transit ad heredes.*
- 36 *Actio ad Palinodiam vel evocationem, an infames.*
- 37 *Reclamatoria actio à quo introducta.*

38 *Iniuriarum actio an infamet.*

39 *Actio ad palinodiam an sit civilis vel criminalis.*

40 *Criminalis actio in Camera non admittitur.*

Tribus prioribus delictis priuatis nunc absolutis, succedit iusto ordine quartum, scilicet iniuria, quæ similiter inter priuata maleficia numeratur. Nam graue est famam aliquis ledere, vel alias aliquem iniuriöse pulsando, verberando, &c. excipere, quem admodum ex seqq. apparebit.

Ad theses 1. 2. § 21.] Videtur hic male thesin secundam esse positam, quæ præcedere debuisset, cum sit generalior, cui respondendum est theses esse arbitarias, & parum referre, an præcedat vel sequatur nominis definitio. Affirmatur autem in thesi secunda ¶ iniuriam esse cum quid contra leges iudicatur. Cui oppono *l. pen. ff. de inst. & iur.* vbi dicitur ius esse, etiam si prætor iniquam sententiam dicat. Respond. Additur ideo esse ius, quia respicitur ad id, quod prætor facere debuit, non quod fecit, & potest illa iniquitas facile corrigi beneficio appellationis *1. tot. ff. de appellat.* Deinde in thesi 1. affirmatur tribus modis fieri iniuriam, scilicet pulsatione corpus aut conuitio aures aut turpitudo vitæ famamque bonam violando, & hæc definitio est ex autore ad Herennium, & dicit Horoman. hic, iniuriam sic recte definiri posse: (alias definiri potest ¶ delictum dolo malo ad alterius contumeliam animo iniuriandi admissum) Sed quod dicitur: ¶ iniuriam hæc tribus modis fieri, ei obstat videtur id quod in thesi quinta ponitur, vbi aut sit re, aut verbis aut literis. Respond. Illa optime & facillime inter se possunt conciliari, ita vt simul optime stent. Quando iniuria fit pulsatione corporis est realis: quando conuitio & lugillatione aurium, tunc est aut verbalis aut fit literis; quando denique vita & fama turpitudine violatur, illud aut verbis fit aut literis, & sic hæc inter se sunt composita. Sed contra datam solutionem opponitur *l. 1. §. iniuria autem duobus modis fieri tantum.* vnde colligitur quod tantum realis & verbalis fit iniuria, id quod in thesi vigesima prima dicitur, quæ cum aliis thesibus videtur pugnare. Respond. Aut dicemus in *d. l. 1. §. iniuria autem.* agi tantum de reali & verbali iniuria & non de ea quæ fit scriptura vel famosis libellis: Vel dicemus sub verbis, literas contineri, nam & gestus ad realem iniuriam pertinent, vt & alia facta, *l. 13 §. quis me prohibeat ff. de iniuriis.* Idem responderi potest ad *l. aut facta. ff. de pen.* vbi dicitur aut puniri facta vt furta, cades, aut dicta vt conuitia. Denique definitio iniuriæ obstat videtur tale argumentum. Definitio angustior definitio est vitiosa: Talis est hæc definitio: Ergo est vitiosa. Minorem probo ita, quia iniuria realis non tantum fit pulsando, sed etiam verberando, domum alicuius vi introeundo, & aliis modis, & tamen differunt pulsare & verberare; Pulsare enim est sine dolore cadere; verberare, cum dolore, *l. lex Cornelia. §. 1. ff. eod.* Resp. In definitione ¶ pulsationis verbum generaliter accipitur, ita vt reliqua contineat; Alias cum distinguitur pulsatio à verberatione specialiter accipitur, quod est notandum.

Ad thes 3. 4.] Agitur in thesi tertia de causis, ex qua iniuria vt & alia delicta existunt, scilicet de ¶ dolo animi: Atq; dolo enim nemo delinquere videtur. Vnde merito is qui ebrius est dolo caret, cum furioso similis sit. qui nescit quid agit. *l. furiosus ff. de regul. iur.* Et hic casus specialis est & exquisitus, præsertim cum etiam iura ciuilia plurimum ¶ faueant ebriis, id quod primo constat ex *l. vnic. C. si quis Imperat. maledix.* vbi dicitur, si quis ebrius pudoris & verecundia nescius, id est, modestia ignarus Imperatori maledixerit, si id fecerit ex leuitate contemnendum esse, si ex infantia, miseratione esse dignissimum, si ex iniuria remittendum, ne quid asperum aut durum constituatur, & potius esse pensandas

penſandas perſonas quam dicta: Si iam Imperator hoc dicitur negligere & ignoſcere e-
brius, qui tamen in ſummo dignitatum gradu eſt conſtitutus, multo magis viliores &
priuatæ perſonæ id contempnere debent, præſertim quando perſonam ebrui debent con-
ſiderare & attendere ſic in *Lomme 6. §. per vinum. ff. de re milit.* vbi dicitur per vinum aut
laſciuiam lapſis pœnam eſſe capitis remittendam: Si pœna remittitur, ergo ꝑ ebrietas om-
nino excuſat; Et hoc attendendum eſt loqui illam rem in caſu rei militaris, & qui-
dem in bellis ſtrictior eſt diſciplina & ſemper grauior pœna propter inſidias & excuſio-
nes hoſtis ſingulis momentis metuendas; ſi igitur ebrio in bello parçitur, multo magis
etiam in pace.

Sed obiicitur ita, qui facit iniuriam dolo non caret, ebrius facit iniuriam & quidem
realem, ſi aliquem vulnerat & damnum poſt ebrietatem relinquit: Ergo dolo non caret:
Minorem probò *ex theſi quarta*, vbi affirmatur eum dolo carere, & tamen iniuriam face-
re, quod pugnat cum theſi præcedenti. Reſpond. Æquitatis & ſpecialitatis ratione in-
ſpecta, nulla hic pugna eſt. Nam ebrius iniuriam facere poteſt, hoc eſt, aliquem pul-
ſare, verberare vel conuiitiis proſcindere, facit id ſine dolo malo, ſine animo iniuriandi,
vnde propria iniuria eſſe non poteſt. Quia tamen eſt in ꝑ culpa, quando damnum facit,
hoc eſt, quando alterum realiter iniuriatus eſt, hoc eſt, verberauit quia vitare poſſet & de-
buiſſet ebrietatem, tenetur non quidem ordinaria iniuriarum actione, ſed officio iudi-
cis pœna quadam arbitraria & extraordinaria. Sed obiicitur ita: Ebrius duplici pœna
eſt dignus ſecundum Ariſtotelem *lib. 5. Ethic.* Ergo omnino grauius eſt puniendus e-
brius. Reſpond. Id Ariſtoteles & Ethici dicunt; Iuriſconſulti æquiores ſunt in hac par-
te, conſiderantes, ſæpe aliquem honeſte non poſſe abſtinere ab ebrietate, id quod
ſieri ſæpe locus, perſona & alia volunt & expoſcunt. Tercio ita obiicitur. Quicquid
generalibus conſtitutionibus Imp. eſt prohibitum pœnæ mitigationem & remiſſio-
nem non admittit. Ebrietas nouiſſimis conſtitutionib. Caroli Quinti & aliorum eſt pro-
hibita: Ergo pœnæ mitigatio non datur ebrio. Reſpond. Reſert Andr. Gail. *lib. 2. præſt.*
obſer. 110. num. 24. Publica lege Imperii comitiis Auguſtaniſ Anno 1500. 1530. 1540. fuiſſe
id prohibitum, & eſt titulus de Compoſationibus, *vom Zutringenſ* ſed dicit eas con-
ſtitutiones de ꝑ immoderata adhibendi conſuetudine, vel potius affirmat diſtinguendam
eſſe inter ebrietatem, *Tundenſ* & ebrioſitatem, hoc eſt, abuſum ſeu habitum po-
tandi, *Vertrunde heit* / Ebrietas quæ ſit ex caſu & ignoratione non ex propoſito, non ex
ex empot ſeu indutria ea etiã apud Theologos excuſatur & peccatũ eſt veniale. *c. crimi-*
nis. §. vinum. diſt. 25. Imo ꝑ homicidium per talem ebrium commiſſum non punitur pœna
ordinaria. *l. Cornelia de ſicuri.* quemadmodum Gail. *d. loco. num. 27. cum ſeqq.* teſtatur.
Denique obiicitur ita. Ebrius furioſo & mortuo comparatur. *c. venter. 35. diſtinct. & in c.*
ſane. 15. quæſt. 1. Imo impuberi ſimilis eſt, qui nullum habet iudicium; Ergo etiam ſi rea-
lem iniuriam fecerit, omnino eſt excuſandus ebrius, vnde & Romuleus in *tract. l. 6. et vin.*
ff. de iuſſu. & iur. dicit pœnam mitigari hoc caſu, & conſtitutiones Imp. de ebrioſitate
potius loqui, quod tamen in *theſi quarta* negatur. Reſpond. Eriam ſi furioſo & mortuo
ac impuberi ebrius poſſit comparari, tamen omnis ſimilitudo claudicat, & ꝑ differentia
inter hæc perſonas eſt, quia ebrius ſua voluntate ſe in ebrietatem præcipitat: Furioſus
non ſua voluntate, ſed fato & caſu ſit furioſus, quamuis tamen aliqui iuſto dolore vel
nimio ſtudio tale malum ſæpe ſibi contrahant, vt exempla oſtendunt id quod potius do-
lendum & excuſandum eſt; Deinde impubes non ſua voluntate pulſat, quia animum non
dum habet, ſed per fragilitatem & infirmitatem iudicii, vnde omnino excuſatur, quod in
furioſo ſecus eſt.

- Ad theſin 5. 6. 7. 8. 9.] Agitur hic de modis tribus, quibus iniuria fit, ſcil. Re, Verbis, & Literis. Et quidem æſtimatur ꝑ ex circumſtantiis, puta ex tempore, loco, perſona tam facientis quam accipientis. §. *atrox. l. ii. l. vulneris 8. ff. de iniur.* Redicitur fieri iniuria & quidem atrociffima, quādo quis fe pulſurum aut verberaturum, aut domum ſuam vi introitum docet. Cui obiiicitur ita. Omnium atrociffima iniuria eſt, quæ fit verbis & literis. Ergo non illa, ꝑ quæ re fit. Reſpond. Pro ſubiectione materia id eſt intelligendum; nam hiſce modis Re iniuria fit atrociffime, ſcil. pulſando, verberando & domum alterius vi introeundo: reliquis modis non ita atrociter, puta ſi quis alicui aſſentatur §. *1. h. tit.* & aliis modis, puta geſtum deformatione, alias non negamus generaliter dicendo inter ſpecies iniuriæ nullam eſſe grauiorem, atrociorẽ & acerbiorẽ, niſi quæ verbis ſeu famoſis libellis fit; Deinde ei, quod dicitur atrociffimam eſſe iniuriam, ſi domus alicuius vi fit introita, obiiicitur *l. qui in domum. 23. ff. de iniur.* vbi quis in ius vocatur, vbi dicit comparere, & alienā domum vi ingreſſus fuerit, tenetur iniuriarum actione, cum tamen licite vocatus veniat. Reſpond. Per ſe iuſtum eſt vocatum in iudicium comparere *tot. tit. ff. ſi quis in ius vocatus.* Male autem ſi facit, qui in ius vocatus eſt, quod in domum eius, à quo vocatur vi irrum-

pit, quod facere non debuit in contumeliā ipſius, qui eum in ius vocauit. Verbis ꝑ etiam fit iniuria, quando aliquis aliquem conuitiis onerat, & literis fit, quando famoſum libellum ſcribit, componit, vel componi edicte curauit, *tot. tit. C. de famoſ. libell. 23. h. tit. num.*

- Ad theſin 10. 11.] Affirmatur non ſolum eum teneri iniuriarum actione, qui reiſa iniuriā facit, ſed etiam qui perſuaſit, iuſſit, mandauit. Sed obiiicitur tale argumentum: Rei turpis nullum eſt mandatum. *l. ſi remunerandi. 6 §. rei turpis. ff. de mandato.* Ergo nullā producit obligationem, & per conſequens is qui mandat, non facit iniuriā, nec iniuriarum actione tenetur. Reſpond. Mandatum ꝑ cōtra bonos mores non eſt obligatorium, hoc eſt, non habet maiores, niſi deducatur in actum, tum enim quia euentus ſequitur, merito ſi tenetur, qui fecit, & qui conſilium dedit, quemadmodum in furto fit, vt ſupra dictum fuit per *l. ſape. ff. de verb. ſign. in fin.* Et regula eſt: Conſilii non fraudulentum nullam eſſe obligationem. *l. conſilii. ff. de reg. iur.* Ergo à contratio ſenſu: ſi conſilium eſt fraudulentum, obligatio procedit in hoc loco; Sciendum eſt autem ꝑ etiam plures & ſingulos poſſe iniuriarum actione conueniri, ſi iniuriā fecerunt, eoſque famoſos effici. *l. 1. §. l. athlet. 1. n. §. fin. ff. de hiſ qui not. infam.*
- Ad theſ. 12. 13. 14. 15.] Pati poſſunt iniuriā ꝑ cuiuſcunque ætatis, ſexus, conditionis & ſtatus homines: Et non tantum per noſmetipſos, ſed etiam per eos, quos in poteſtate habemus, iniuriā patimur, quia vt Vlpian. inquit *Ind. l. 1 §. 2. ff. eod.* Spectat ad nos iniuria, quæ iis fit, qui poteſtati vel affectui noſtro ſunt ſubſtituti. Sed obiiicitur tale argumentum. Seruis nulla fit iniuria. §. *ſerui. h. tit. n.* Ergo falſum eſt quod dicitur: *in theſ. 15.* Reſp. Inſpecto iure Ciuili ꝑ non videtur ſeruis iniuria fieri: Inſpecto iure naturali, quo perſonam habent, *l. in perſonam ſerui. ff. de reg. iur.* ipſis iniuriā fieri dicimus, eaq; æſtimatur ex qualitate ſerui, & quidem vindicatur a iudice, ſi dominus non vult agere quemadmodum ICtus dicitur *in l. item apud. 15 §. itaq; prator. 44. ff. eod.* idque ideo ne delictum etiam vili perſonæ factum maneat inultum & impunitum. *l. ſi ita vulneratus. in fin. ff. ad l. Aquil.* Qualitas autem ſerui æſtimatur ex officiis: licet enim vna eorum ſit conditio. §. *ſit. ſup. de ſer. perſo.* diſtincta tamen poſſunt habere officia, vt *h. tit. n.* dignitatem autem non habent.
- Ad theſ. 16. 17. 18.] Si comuni ſeruo iniuria fiat ꝑ ex dominorum & ſeruorum qualitate & dignitate iniuria illata æſtimatur, quemadmodum Imp. Iuſtin. expreſſe dicit *in §. ſi communis. h. tit. n.* & nihil amplius addit. Sed oppono *l. ſed non eſſe æquum. 16. ff. de iniuri.* vbi

vbi dicitur non ex qualitate seruatorum, in quibus est qualitas, nec ex dignitate dominorū esse æstimandam iniuriam seruo communi illatam, sed ex portionibus domini, hoc est, quantum quis in seruo habet, idque esse faciendum officio iudicis. Respond. Dominus Borcholt. vult Iustinianum amplecti illam sententiam tantum, quod ex qualitate & dignitate seruatorum & dominorum in seruo communi sit æstimanda iniuria, non pro portionibus domini, idque propterea quia seruis nulla iniuria fieri potest. *d. §. seruis. h. tit. n.* & putat *d. l. 16.* non obtinere, sed fuisse Pedii sententiam à Iustin. reiectam, id quod periculolum est dicere & diuinatorium; potius igitur dicimus cum aliis quemadmodum etiam *in thesi 16.* ostendimus, iniuriam seruo communi illatam æstimari ex persona dominorum simpliciter puta, si dominus vnus est nobilis dentur ei forte ab iniuriante viginti solidi: Si est ignobilis alter dominorum dentur decem solidi, pro portione dignitatis, vt vult gl. Welenb. & Pac *in d. §. si communi.* Et hoc Iustin. tantum ponit; Nihil autem Imp. dicit de eo, quidnam obtineat æstimatione iam facta. Et hoc tum *ex d. l. 16.* constat nimirum applicationem istius æstimationis factæ ita esse ineundam vt quilibet pro portione domini accipiat: Non enim esset æquum, inquit Pedius, si ignobilis in seruo haberet tres partes, & nobilis vnā partem, vt plus acciperet nobilis quam ignobilis; Quam solutionem etiam Hotoman. videtur recipere, quamvis Mynsing. putet *in d. l. 16.* contemplatione & intuitu serui tantum esse factam iniuriam, vnde condemnatio fit pro parte domini: Serui autem contemplatione iniuria tantum fit, si nominatur fur, latro: Domino per seruum iniuria fit, si seruus ex fundis domini iniuriolē pulsando eiicitur, quia hoc redundat in ignominiam domini, cuius operas in fundo prestat seruus; Si autem vltim fructum quis in seruo habet, alter proprietatem, ei qui plus habet in seruo maior sit iniuria, id quod ratio dicitur.

Ad thes. 19. 20. 21.] Pœna l. 12. tabul. in desuetudinem abiit: erat autem maior pœna propter membrum ruptū, nimirum talio: propter os fractū minor pœna, quia in vno membro, pura pede plura sunt ossa, hodie pœna iniuriæ ꝓ ad æstimationem frequētatur, inquit Iustin: Estque præterea vsurpata tempore Iustin. Hotoman. hic, hæc ad mortem non extenditur, nisi id circumstantiarum qualitas requirat: Notandum tamen iniuriam, quæ fit scriptura ꝓ esse capitalem, quia diutius durat illa iniuriæ pictura. Welenb. ff. num. 51. & virum bonum etiam magis enecat *rot. tit. C. de famos libell.* ideo eius pœna grauior est, & æstimatio iniuriæ non tantum fit, quando hæc actio est prætoria, sed etiam, quando est ciuilis, scil. ex tribus modis, seu speciebus illis, puta quando quis docet se verberatum, aut psumat, aut domum suam vi esse introitam, quæ actio tantum dicitur ciuilis, quia ex l. Cornelia est introducta.

Ad thes. 12.] Ex omni iniuria leui & atroci, potest ꝓ ciuilitate vel criminaliter agi. Iul. Clar. §. iniuria. n. 4. Ciuilitur agitur, quando pars læsa petit sibi applicari pœnā dicendo in libello, se malle ceterum florenis carere, quam illam iniuriā pati. Criminaliter agitur, quando quis petit sisco pœnam applicari, idq; arbitrio & officio iudicis; Pœna autem in corpus vel pecuniarum sisco inferenda pro qualitate delicti ad vindictam est comparata §. in summa. h. tit. n. Ciuilitur autem si agitur ab actore ipso iniuria æstimatur medio iuramento suo & tunc iudex tanti reum condemnat, quanti iniuriæ passus æstimauit, vel minoris, prout ei visum fuerit ex facto, loco, persona, & aliis circumstantiis. §. pœna. c. §. atrox h. tit. n. Sed obicitur *l. in Constitutionib. 37. §. final. ff. eod.* vbi dicitur, quando ciuilitur agitur ex l. Cornelia æstimationem officio iudicis fieri. Respond. Id ideo dicitur, quia iudex æstimationem factam ab actore moderatur, & taxat prout ei visum fuerit ex circumstantiis.

Ad thes. 23. 24.] Tollitur hæc actio ꝓ dissimulatione, & munda remissione, nisi id iniu-

status exprimat & protestetur se iniuriam ad animum reuocare, *Wesemb. hic*. Tertio morte nisi fuerit contestata hic à defuncto. Quarto transactione & iuramento; Cui opponitur tale argumentum: Iusiurandum non sit vinculum iniquitatis; hoc videtur esse: Ergo male. Resp. Iusiurandum non est hic vinculum iniquitatis, quia potest fieri ut quem peccaret iniuriæ factæ, si eum ad iniuriatum & cum eo transigat, sane id flagitium tollitur, & si licet id facere in publicis iudiciis. *l. transigere. C. de transact.* Ergo multo magis in privatis flagitiis id licet. Deniq; tollitur iniuria tempore; Et quidē hoc tempus est annum & vile quod à tempore scientiæ currit, puta si ante annum mihi iniuriam dixisses, & ego rescisvissem hoc post annum, non obstante illo tempore annuo elapso, nihilominus ego te iniuriarum actione convenire possum, per totum adhuc annum. *Gail. lib. 2. obs. 104. num. 2.* Sed quod non sit vile, sed continuum, hoc est, ex momento in momentum; currit ex die illatæ iniuriæ, vult gloss. item, *Myning. §. sed lex Cornelia, C. in §. & l. tit. n. Wesemb. in paratit. n. 13. h. tit. n.* & *Iul. Clarus hic num. 9.* *Oldendorp. class. 7. actio. 10.* vult idē. Et probari videtur per *l. si non convitii. §. C. de iniur.* vbi dicitur ex eo die annus incipit, vbi simpliciter de anno dicitur, & quoties in iure nostro non exprimitur, qualis debeat esse

24 se annus, & vilis ne an continuus, continuus intelligitur. Deinde illa verba sunt notanda, ex eo die, id est, ex die illatæ iniuriæ: Ergo non ex die scientiæ, vnde continuū est tempus. Tertio id probatur per *cap. odia. de reg. iur. in c.* quia actio iniuriarum est odiosa, vnde potius est tempus enervandum, non ampliandum, & per consequens potius tempus sit continuum non vile. Respondeo. *Gail. lib. 3. obs. 105. num. 1.* duas habet rationes ex hisce, sed dicit eas non obstaré, & quidem ad primam rationem quod attinet, sciendum est eam non esse perpetuam, sed fallere, ut hoc loco. Secundo, ad *d. l. si non convitii*, quod attinet, loquitur illa lex in casu verbalis iniuriæ tantum, & quidem in tali casu, quando iniuriatus optime novit, quo tempore sit iniuriatus, quando id vna cum iniuria illata sit, audit, ideo dicitur ex eo die, alias tamen si id non audit, sed post longum tempus ex alio accipit, ex tempore scientiæ currit annus. *Gail. in d. loco. n. 2. & seqq.* Tertio ad *d. c. odia*, quod attinet, procedit id quidem alias, sed hic non, propter hasce sequentes rationes, quia actiones prætoriæ sunt & annales, hoc est, vivunt per annum *§. seqq.* vbi ille annus explicatur *ff. quod met. caus. per §. 1. inf. de perpet. C. tempor. action.* *Gail. d. loco. n. 4.* Secundo quia in omni præscriptione, quæ ex negligentia alicuius currit, necesse est ut initio ponantur ea, quæ negligentiam inducunt, *l. 1. §. fin. C. de animal. except.* Et hæc fuit etiam sententia Martini, quamvis Ioānes contrariam sententiam sit amplexus.

6 Quæritur autem, an & actio civilis ex tribus casibus *l. Corneliæ* descendens, sit annalis vel perpetua. Cuius *in tit. de præscript. c. 20. in pr. & in paratit. ff. de iniur. in fin.* dicit omnia iudicia ex iniuriis descendencia esse annalia, idq; ideo quod *d. l. si non convitii. C. eod.* non distinguat, & vbi lex non distinguit, nos etiā non distinguamus. *l. de præscript. ff. de public. in rem act.* Sed hisce non obstantibus, dicemus id esse perpetuū ex hisce tribus casibus. Deinde *l. properandum C. de iud.* dicit publice interesse lites discindi. Primo ideo quia est civilis & ex lege descendentes actiones sunt perpetuæ, *d. §. 1. inf. de perpet. & temp. action.* Secundo quia *d. l. si non convitii*, loquitur de verbalis iniuria, quod vox cōvitiū satis innuit, & legis *Corneliæ* modi sunt de reali iniuria. Ad secundam deinde rationem ex *d. l. properandum*, quod attinet, pertinet id ad processum triennio absolvendū, vel actionem semel intratam citius finiendam, & hanc sententiā sequitur *Mynd. §. & l. h. tit. n. num. 4.* vbi dicit hanc actionem esse perpetuā ex hisce tribus casib; quamvis *Oldendorp. d. loco* dicat communem esse sententiam, eam esse annuā, licet sit civilis, ex tribus dictis casib; Ultimo loco est notandum, 27 circa materiam iniuriarum, actionis iniuriarū finem esse, ut publicæ disciplinæ vigor con-

28 structur.

seruetur. *l. licitatio. §. quod illicita. ff. de publican. & Vestigal.* Cicero pro Cecinna: Actio iniuriarum mitigat dolorem immunitate libertatis.

Ad thes. 25. 26. 27.] Hactenus de obligationibus ex delicto provenienti. dictum est; Nunc de obligationibus quæ quasi ex delicto descendunt quoque est videndum. Est autem quasi delictum non ex dolo vel lata culpa, sed magis ex imperitia & negligentia sua vel suorum: Et quidam primo: Si iudex per imprudentiam litem suam facit et ex quasi delicto tenetur. Sed obicitur tale argumentum: Medicus per imperitiam male secans ex delicto tenetur. *§. prater ea. sup. ad l. Aquil.* Ergo iudex per imperitiam male iudicans non ex q. delicto, sed ex vero delicto ad exemplum medici tenetur. Resp. Est diuersitatis ratio inter medicum & iudicem, medicus perit suam artem & proclamando eam vendit, sed iudex cogitur sepe esse iudex iniustus, *tot. sit. ff. ad municip.* unde si per imperitiam seu imprudentiam peccat sine dolo malo, quasi ex delicto tenetur. Insto & oppono *l. filiusfamil. 15 ff. de iudic.* ubi dicitur iudicem litem suam facere, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dicit: Ergo non si per imprudentiam, & per consequens ex delicto tenetur. Resp. dupliciter, iudex litem suam facit aut per imperitiam seu imprudentiam, aut dolo malo. Si per imprudentiam, ex quasi delicto tenetur: Si dolo malo, ex delicto tenetur. Et tum etiam sumus litis restituere, & litis æstimationem prestare damnatur. Nam tum habet animum & affectum male iudicandi. Tertio oppono *l. 3. §. 4. ff. ad l. Iul. repetund.* ubi dicitur iudicem iniuste iudicantem lege repetundarum teneri. Resp. Id ideo fit, quia si iniustus est iudex & largitionibus atque pecunia patitur se corrumpi merito *l. Iul. repetundarum* conveniri potest, & sic publico iudicio damnatur.

Ad thes. 28.] Statuitur hic poena et eorum, qui quid positi aut suspensum habent ea parte, 32 qua vulgo iter fieri solet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere & quid poena 10 aureorum. Cui opponitur valde *l. qua vulgo. 42. ff. de ad l. edict.* ubi si homo liber perierit, qua vulgo iter fieri solet 200 aurei dantur: Si autem nociturum ei sit, quantum æquum est iudici. Resp. Illa lex bene potest intelligi ex duabus præcedentibus. Loquitur autem in casu eo, quando quis animal aliquod puta verrē, canē, vel quod aliud habet in eo loco, ubi vulgo iter solet fieri. Nos autem loquimur in eo casu, quando res inanimata potest decidere, ex cuius casu damnum datur, quia Reipublice utile est ut itinera publica securitatem habeant *l. 1. ff. de his q. deiecit. vel effudit.* Ergo hic differentia sit in re, quæ damnum dat, licet res cui damnum datur, scilicet liber homo, utrobique adsit.

Ad thes. 29.] Si filiusfamil. et ipse damnum dat, ipse tenetur non pater, quia ex poenalibus. 32 causis non solet in patrem de peculio actio dari. *l. ex poenalibus. ff. de reg. iur.*

Ad thes. 30. 31.] Tertio, et exercitor navis, caupona aut stabuli, de dano aut furto in navi 23 aut caupona aut stabulo commissio quod ex maleficio tenetur, si modo ipsi nullum est maleficio, sed alicuius eorum, quorum opera navis aut caupona exercet, & sibi quis imputet, qui in portu hominum opera vitur, ergo et eorum facta prestat & merito debuisset ante explorare, quod adhibear, cuius sint in nocetia & fidei, *l. 1. §. 1. ff. de naut. caupon.* & apertio stabuli equis accipiedis totum videtur promittere receptum, & fidei hominum. Dux autem sunt actiones aduersus et nautas, una quod 34 delicto cum nauta consilium: Altera delictis coercendis deseruit. Sed obicitur *l. 1. §. 1. ff. de naut. caupon.* ubi non prestat factum viatorum. Resp. Eorum, quibus non patet hospitium, quos quod ex necessitate cogitur recipere, factum non prestat, quia hos non novit. Nam sæpe commiseratione & necessitate tempestatis cogimur aliquos recipere, alias qui exercet navem ut traiciat vectores, tenetur ex facto eorum quos traicit. Secundo obicitur, utramque hanc actionem esse iniustam, quia nauta, caupo & stabularius non accipiunt mercedem pro custodia, sed tantum pro usu navis, caupona, stabuli. At nemo potest obligari ultra id, quod convenit: Ergo nomine custodie potest agi: Deinde iniquum est aliquem de alieno facto condemnari, sed ex posteriori actione ex delictis familiarum quis tenetur, ergo continet a peccata iniquitatem. Respondet Oldend. *l. 1. §. 7. ff. de ac. 3.*

in l. cap. in aliis procedere hacce argumentationes, sed hic non procedere propter publicā utilitatem, quam hic capiunt viatores, quia alias non possent esse securi. Actio autē hęc quasi ex delicto descendens † non transit in heredes, quia non est æquum, heredem ex defuncti delicto minime locupletatum, pœnam ab eo debitam sustinere, *tot. tit. C. ex delict. defuncti.*

Ad Corollarium.] Quæstionis est, an † actio ad palinodiam recantationē seu reuocationem infamet vel non? Deinde an sit civilis vel criminalis? Sed hic primo est tenendum hanc actionem non ex iurē communi promanare, sed esse † ex Caroli V. ordinat. in Camera Imp. fol. 112. qua quis condemnatur ad satisfactionem & restitutionem honoris, auff einen Wideruff/ vnde & reclamatoria actio dicitur. Ad primam quæstionem quod attinet, dicimus eam non infamare, id quē per Cameræ approbatum vsum & stylum, qui pro lege habetur. Gail. lib. 1. obs. 65. n. 5. cum seqq. & n. 91. Sed obiicitur tale argumentum: Actio iniuriarum infamat. l. 1. §. 1. *athletas* §. fin. ff. de iniur. Ergo & actio ad palinodiam. Resp. Quando actio iniuriarum ita intentatur vt concludat actor per reuocationem sibi restitui debere famam & honorem, & fateatur se iniuriam dixisse, & petat veniam, † non infamat. Nam manet reservatio honoris cum hac clausula; *daß es in anseinen Ehren nie schädlich oder nachtheilig sey/* quemadmodum Gail. in d. loco refert, & forte ideo etiam pœnitet eum, qui aliquem violavit infamia & propter pœnitentiā effugit infamiā, dicit forte se errore vel calore iracundiæ fuisse lapsus, & si iniuriarū agitur simul ad æstimationem auctori dandam potest id fieri, & vna alteram non consumit Gail. d. loco, & hęc infamia; quamvis Dn. Myns. cent. 2. obs. 98. & in §. in summ. n. 5. h. tit. dicat eam infamare, nec tamen propterea esse criminalem.

Altera nunc quæstio est, † an hęc actio ad palinodiam sit civilis, an vero criminalis? Quod sit civilis vult Myns. d. cent. 2. obs. 98. & in d. §. in summa. & Gail. d. loco: dicit ita observari in Camera: rationes eorum sunt hæc. Primo, quia non agitur hic ad pœnam fisco applicandam vel ad publicum bonum promouendum. Secundo, appellatio non recipitur in criminalibus in Camera, sed tamen ex recepto Germaniæ & Cameræ vlu in Camera frequentatur in hac actione ad palinodiam. Tercio, in criminalibus non regulariter interuenit procurator, qui in his admittitur. Quarto † in Camera non admittitur criminalis accusatio, hęc tamē ibi frequentatur, ergo non est criminalis sed civilis actio, Quinto, Criminali actione pendente nulla alia quæstio locum habet, sed hac pendente aliæ quæstiones moveri possunt; ergo non est criminalis. Resp. Myns. concedit eam infamare, sed tamen non esse criminalem, quemadmodum nec mādati dispositio, & de dolo actiones criminales sunt, licet infament. Sed Gail. in d. loco. simpliciter dicit eam non infamare, vt supra est dictum. Secundum argumentum est Maranthæ in speculo aureo, part. 4. dissin. l. n. 17. vbi pœna est, ibi criminale quiddam est, sed hęc actio vocatur pœna ab Azone: Ergo est criminalis actio. Respond. Dici quidem potest pœna, quia illam iniuriam cogitur iniurians reuocare & dicere se errasse & falsum dixisse; fama autem per id restituitur quæ gravior est omni pecuniæ æstimatione: Ergo est civilis, quia fama redditur & quasi re applicatur ei, qui famam amiserat Nihil autem datur fisco. Tertium argumentū est Bart. q. affert quoq; Marantha in d. loco. & est tale, pœna infertur in hac actione in corpus iniuriantis, id est, satisfactio delicti per reuocationē, & pœna talis indicat criminale actionem: Ergo no est civilis, licet sit qdam pœna, tamen illa pœna est recepta, ppter publ. utilitatē saltem ideo vt absq; infamia alter alteri reddat id, quod amisit, & quod fuit ablatum, ergo & sup. dictum est, potius civile hic negotium est. Et tantum etiam de 33. dissertatione.

DISPVATIO XXXVI.

De actionum quibusdam generalibus, rei vindicatione, de
in rem confessoria & negatoria actione.

CONTINVTIO.

*Cum omne ius, quo vtimur vel ad personas vel ad res vel ad actiones tanquam ad tria
iuris obiecta pertineat, & de personis lib. 1. De rebus tam corporalibus quam incorpo-
ralibus lib. 2, 3. & partim 4. actum sit Imp. his absolutis nunc ad tertium
iuris subiectum, quod de actionibus tanquam obligationum effecti-
bus tractat, iusto ordine procedit.*

Thesis. 1. Est autem actio, quæ ex obligationibus nascitur nihil aliud, quam ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur.

2 Hanc definitionem tam reali, quam personali actioni conuenire, & actionem à iudicis officio plurimum differre putamus.

3 Omnium autem actionum, quibus inter alios iudices arbitrosve de quacunque re quæritur, summa diuisio in duo genera deducitur; aut enim in rem sunt, aut in personam.

4 In rem autem actiones, quibus rem iusve nostrum nobis restitui à quocunque possessore vel quasi oportere intendimus vindicationes & petitiones appellamus.

5 Ad hæc actiones reales constituendas duo requiruntur, nempe dominium & possessio, dominium habebit agens necessario, qui probat se esse dominum vel quasi dominum hoc est, bonæ fidei possessorem: Possessio vero penes reum erit, quod reus possideat, detineat, vel habeatur pro possessore, alioquin hæ actiones intentari non poterunt.

6 Et dantur quidem hæ actiones reales actori, aduersus eum, qui nullo iure obligatus est, nisi ratione rei possessæ per aduersarium.

7 In personam vero actiones quibus dare aut facere à nobis aduersarium intendimus, & aliis quibusdam modis conditiones & actiones magis proprie appellamus ex contractu vel ex maleficio descendentes.

8 Et hæ actiones reales ac personales sunt ciuiles vel prætorix. Ciuiles quidem sunt, quæ ex ll. SCtis, Principum constitutionibus, & responsis prætorum sunt introductæ: prætorix, quæ iurisdictione prætoris substantiam capiunt iuris ciuilis iuuandi, supplendi vel corrigendi gratia.

9 Ad reales porro actiones redire necesse est, vbi sciendum est, rei vindicationem ac vindicationem vt genus & speciem differre; nam vindicatio tam rerum corporalium est quam incorporalium.

10 Rei vindicatio dicitur rerum corporalium singularis vendicatio, estq; actio realis ciuilis rei persecutoria, domino directe vel vtili contra possessorem vel quasi ad rem quandam corporalem competens, qua declaratio domini illius rei & restitutio vna cum fructibus pendentibus extantibus petitur.

11 Ex quo consequitur, hanc actionem duplicem esse: Directam & vtilem; directa datur domino directum dominium habenti: Vtilis ei cōpetit, q̄ in re petita dominiū habet, qualis est emphyteuta, Vassallus, superficiarius.

12 Competit deinde hæc actio aduersus eum, qui ciuilitè & naturaliter possidet, & contra eum, qui se liti offert, quanquam reuera non possideat.

13 Et quidem datur ad rem singularem, mobilem & immobilem, non autem ad liberam personam perendam, nisi forte adiecta causa quis vindicet ex iure Quiritum.

14 Finis denique huius actionis est, vt quis declaretur dominus vel quasi, & vt fiat restitutio à possessore cum omni causa.

15 Causæ appellatione veniunt fructus qui si extant vel adhuc pendent à bonæ fidei possessore omnino sunt restituendi, consumatos tamen per bonam fidem pro cultura & iure lucratur.

16 A malæ fidei autem possessore omnes fructus sunt restituendi etiam ii quos cum honeste potuit percipere, non percepit, & quidem petuntur fructus extantes rei vindicatione, consumti conditione.

17 Sumtuuum tamen necessariorum deductionem habet malæ fidei possessor, & etiam vtilium ac voluptuariorum si sine detrimento & læsione prioris status tolli possunt, quamuis bonæ fidei possessor omnes impensas deducere possit.

18 Quemadmodum autem in corporalibus actionibus rei vindicatio: ita in corporalibus iuribus, id est, seruitutibus, duplex actio prodita est, confessoria & negatoria.

19 Confessoria, quæ est actio realis ciuilis, rei persecutoria est vindicatio seruitutis, seu actio competens alicui ratione iuris aut seruitutis sibi vel fundo suo vel quasi suo debita, contra impediētem ad declarationem sui iuris directa.

20 Hæc actio duplex est: Directa & vtilis.

21 Directa competit domino, qui seruitutem sibi deberi dicit; vtilis datur ei, qui rem pignori datam iure possidet; item Vassallo, superficiario, vsufructuario, emphyteutæ.

22 Et datur ei, qui contendit seruitutem sibi competere aduersus negantem seruitutem eiusque vsum impediētem.

23 Hic non opus est vt actor de suo iure doceat, sed sufficit ostendere se legitimo tempore vltim esse, non clam, non vi, non precario.

24 Euentus seu finis huius actionis est vt actoris seruitus declaretur, eiq; officio iudicis prætetur: cum fructibus, hoc est, eo quod actoris interest seruitutem non fuisse impeditam, vel cautio detur.

25 Negatoria, quæ similiter est realis actio, rei persecutoria, ciuilis est vendicatio libertatis, hoc est, qua negamus seruitutem, & rem nostram liberam declarari petimus.

26 Datur hæc actio ei qui asserit sibi libertatem & negat seruitutem, contra eum, qui seruitutem sibi in rebus nostris deberi contendit, vt condemnetur, ad id quod nostra interest, cum non fuisse vltim seruitutibus.

Corollaria. 2.

1 Actiones origine esse iurisdictionum potius quam ciuiles asserimus.

2 Necesse non esse nomen actionis in libello exprimere putamus.

DISPUTATIONIS XXXVI.

De actionum quibusdam generalibus, &c. Obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 Iuris obiecta sunt persona, res & actiones.
- 2 Obligatio est causa proxima actionum, contractus vero est causæ remotæ.
- 3 Actiones cur prodita & instituta sint.
- 4 Actiones quibus verbis hodie peti possint.
- 5 Actiones rebus, qua his petuntur, assimilantur.
- 6 Actionis definitio à DD. Variatur.
- 7 Causa & actio an vnum & idem sint.
- 8 Actionis vocabulum quos modis accipitur.
- 9 Ciuilitur & criminaliter quando agi dicatur.
- 10 Actio quid sit.
- 11 Actio quomodo ab exceptione discernatur.
- 12 Actio & bonorum possessio quomodo differant.
- 13 Actiones non fieri extra iudicium.
- 14 Criminales actiones semper in personam tendunt.
- 15 Tutores persequentes rem pupillorum, sibi quod debetur petunt.
- 16 Actionis definitio an realem simul & personalem actionem contineat.
- 17 Actio personalis, & realis vnde oriuntur.
- 18 Iudicis officium duplex est nobile & mercenarium.
- 19 Executio iudiciorum, quo officio iudicis fiat.
- 20 Actio & iudicis officium differunt.
- 21 Vsuræ non sunt in actione, sed officio iudicis præstantur.
- 22 Cautio damni infecti an sit actio.
- 23 Iudicis officium quando implorari possit.

- 24 *Officium iudicis nullam obligationem presupponit.*
- 25 *Actiones in primario & recte in reales & personales diuidantur.*
- 26 *Actiones in rem scriptæ quales sint.*
- 27 *Qualitates diuersæ, diuersas species non faciunt.*
- 28 *Actiones reales semper comitantur rem, ubi cunque etiam illa sit.*
- 29 *Actiones personales semper personam sequuntur.*
- 30 *Interdicta omnia sunt personalia.*
- 31 *Actiones in personam quid sint.*
- 32 *Dandi Verbum, dominis translationem significat.*
- 33 *Causarum figura varia sunt, pro vario controuersiarum statu.*
- 34 *Vindicationis vocabulum est generale & specule.*
- 35 *Realium actionum tractatio cur præcedat tractationem personalium.*
- 36 *Tignum an rei vindicatione peti possit.*
- 37 *Vniuersitas an vindicari possit.*
- 38 *Vindicatio aduersus quem competat.*
- 39 *Rei vindicatio an recte dicatur civilis actio.*
- 40 *Prætor cur produxerit rei vindicationem.*
- 41 *Ius vindicationis dormit in uxore, viuente marito.*
- 42 *Actio rei vindicationis an recte diuidatur in directam & obliquam.*
- 43 *Fructus via actionis per rei vindicationem peti possunt.*
- 44 *Male fides possessor habet sumptuum deductionem.*
- 45 *Confessoria actio quid sit.*
- 46 *Actio confessoria aduersus quem detur.*
- 47 *Vsfructuario quomodo confessoria actio detur.*
- 48 *Confessoria actio cui detur.*
- 49 *Negatoria actio quid sit.*
- 50 *Iure naturali cuiusque ad celum & que adificare licet.*
- 51 *Negatoria quibus Verbis concipiatur nihil interest.*
- 52 *Negatoria est effectus confessoria.*
- 53 *Actiones an iuragentium sint, an vero civiles.*
- 54 *Deportatus retinet actiones.*
- 55 *Obligatio naturalis est ex pacto nudo, quæ non producit actionem.*
- 56 *Actionis nomen an in libello aliquo exprimendum sit.*

IURIS nostri obiecta tria sunt; personæ, res & actiones. Et distributio librorum non est facta, secundum hæc tria obiecta: Sed personis primus liber tributus est: Rebus duo seqq. libri, una cum supra titulis prioribus lib. 4. 14q; propter fertilitatem, amplitudinem & multitudinem rerum, de quibus in iudicio lis esse potest. Nec opus est plurimum laborem eo, an obligationum materia ad peculiarem librum sit referenda quod putat Horroman. Licet enim obligatio mater sit actionum *licet 4.2. §. ea obligatio. ff. de procurat.* tamen optime hæc distingui possunt & nihil refert distinctis libris, & titulis, illa proponi iuuenturi, quæ tum in iis dignoscendis cautiùs & studiosius versari potest, alias concedi potest cognita causa non opus esse effectum poni. Hoc autem in primis est notandum, obligationem, vt dictum est causam & quasi matrem esse actionum, & quidem præcedentem causam proximam, contractum vero remotam, vt parens causa est proxima mei; auus causa remota. *Zaf. ad princ. tit. n. n. m. 6. 7.* Et obligationes præcedunt actiones vt aurora

matu-

matutina pluuiam, quemadmodum Kling. & Mynſing hic teſtatur, *Vergil. in 1. Georg.* Actio-
nes autem proditæ ſunt ꝑ rei noſtræ oblata amiſſæ vel nobis debita reſtitutione & cõ-
ſecutione, cum iure naturæ æquum ſit neminem cum alterius iactura fieri locupletio-
rem. *l. iure natura. ff. de reg. iur.* & alias non poſſit cognofci iudiciorum ſtrepitus ſine
actionum noſtitia vt Mynſing, hic dicit in pr. Vnde non immerito hic titulus ſecundum
Alex. de Imola *ſuper tit. ff. de rei vindic.* plenus eſt auro & argento quemadmodum
Schneidw. *h. tit.* refert quia nemo ſine actione experiri poteſt *l. ſi pupilli. §. videmus. ff. de
negot. geſt.* Hodie tamen necceſſe non eſt peti actiones certis ac ſolemnibus verbis ſed qui-
buſcunque ꝑ verbis peti poſſunt, modo ſint apta rebus & propoſito negotio competen-
tia aut quis formulæ aucupationum ſyllabarum inſidiantibus penitus amputatis. *h. titul.
C. de ſam. & imp. ſublat.* quemadmodum etiam videmus ſtipulationum ſubtilem obſer-
uationem ſimiliter ab aula reſceſſiſſe. *tot. tit. ſup. de Verb. ob.* quemadmodum Weſenb. af-
firmat *h. tit. n. 6.* Olim autem ſi quis in ſyllabavna cadebat : tota cauſa cadebat, laſon
ad pr. tit. de action. num. 27. Actiones denique aſſimulantur ꝑ rebus, quæ his petun-
tur, & indicatur de actione vt de re ad petendum designata. Weſenb. *in parat. de petit.
heredit. nu. 6. in princ.* led quod dictum fuit obligationem eſſe matrem & cauſam actio-
num, videtur hac ratione impugnari poſſe : Obligatio eſt iuriſgent. *l. ex hoc iu-
re. ff. de iuſt. & iur.* Actio autem eſt iuris ciuilis ; Ergo obligatio mater actionum eſſe
non poteſt. Reſpon. laſon *ad princ. titul. n. nu. 10.* hoc monet, ſed dicendum eſt obliga-
tionem naturalem tantum, eſſe iuriſgent. Præterea actiones omnes inuenta ſunt iu-
re gentium, à iure ciuili autem ſunt tantum acceptæ & approbatæ.

Ad Theſin. 1.] Proponitur in hac theſi. 1. definitio actionis, quam teſte Zaſio *in pr.
tit. 2. num. 2.* Dd. ꝑ ſigunt & reſigunt nec poſſunt in ea facere finem ; Actio autem late
ꝑ accusatione accipitur. *l. qui accusare. iuncta gloſſ. C. de edendo.* Quærunť autem
Dd. an vnum & idem ſint ꝑ cauſa & actio, & quamuis id hic putet laſon propterea quod
cauſæ inducentes actiones ſint actiones, tamen Zaſio, *num. 20. ad princ. tit. num.* aliud
placet, ſcilicet ea diſſerre vt effectum & cauſa, quia ex cauſa petendi oritur actio, id
quod negari non poteſt ; Actionis verbum accipitur ꝑ actũ quodam vt dici ſolet de
actionib. humanis, Schneidw. & gloſſ. aliquot textus allegat, in quibus ita accipitur:
deinde accipitur ꝑ accusatione criminali, *l. ſnic. C. quando. ciuil. act. crimin. ꝑ iud.* Sed im-
pprie dicitur actio & agere *klagen* ; In criminalib. vero dicitur *Anſlagen* Accuſatio &
accuſare ; Et tunc dicitur agi ciuilitur, quando illud quod petimus, eſt applicandũ actori,
etiã ſi ſit pœna, & non ſolum ſi ex contractu, ſed etiam ſi ex delicto agatur : ꝑ Cri-
minaliter vero dicitur agi, quando agitur ex delicto ad pœnam ſive corporalem ſive
pecuniariam fiſco tamen applicandam. *gloſſ. eſt notabilis in l. 3. in princ. in Verb. centum
aureorum. ff. de ſepulch. Violat. & l. prima, C. de ſepulch. Violat.* & hæc procedunt ſecundum
Bart. *in diſt. l. 3.* quando pœna fiſco eſt applicanda ex accusatione propter delictum, ſci-
licet, quia tunc dicitur cauſa criminalis, Secus, ſi aliqua actio ciuilis intenteretur no-
mine fiſci, vt in petitione hereditatis, *facit l. 1. cum ibi notat. Cod. de his quibus, &
indig.* vbi ab herede qui non vindicauit necem defuncti, tanquam indigno aufer-
tur hereditas & fiſco applicatur *l. heredem. ff. de his quib. & indign.* Eſt autem actio ꝑ ni-
hil aliud, quam ius perſequendi in iudicio quod ſibi debetur ; per ius intelligitur formu-
la non à collegio Pontificum impetrata ſed à prætorẽ præſcripta, & quidem in iudi-
cio perſequendi id quod ſibi debetur, hoc eſt apud iudices datos, delegatos vel pe-
daneos.

Sed videtur quod actio non ſit tamen ius perſequendi in iudicio, ſed quod etiam
illa

illa differentia conveniat exceptioni, unde latior definitio videtur definitio. Probatum autem id per *l. amplius. 15. ff. rem ratam haberi*, ubi dicitur, si quis adversus petentem compensatione deductioneque usus est recte dictum esse petiisse eum videri, cum tamen compensationis exceptio sit non actio, ergo videtur dicendum, quod exceptio etiam sit ius persequendi in iudicio, quod sibi videtur. Resp. Dum dicitur in definitione actionis, ius persequendi, discernitur hac nota actio ab exceptione, qua persequutionem depellimus licet improprie per exceptionem compensationis petere videamur. Improprietas enim denotat Ictus dum dicit petiisse eum videri: deinde constat id ex *l. 1. ff. de except.* ubi dicitur agere videri eum, qui exceptione vitur. Sed obiicitur secundo. *l. 3. §. bonorum igitur. ff. de bonor. poss.* ubi dicitur, bonorum possessio est ius persequendi quod debetur, ergo non tantum actio. Resp. bonorum possessione persequimur res defuncti, vel inter mortuos.

11 actio fit inter vivos, & Hotoman. hic dicit actionem in agendo consistere; bonorum possessionem in patiando. Tercio contra definitionem obiicitur, quod etiam quidam petitiones seu persequutiones fiant extra iudicium; ergo non semper opus est ut in iudicio fiant. Resp.

12 Illa quæ sunt extra iudicium, non proprie sunt actiones, sed extraiudiciales postulationes ut est restitutio in integrum, quæ omnia ante iudicium acceptum sunt, unde & materia restitutionum præcedit tractatum iudiciorum in *ff.* Quarto actionem non persequi id quod sibi debetur, probatur per *l. populares §. 1. ff. de popular. actioni.* ubi dicitur & populares actiones publici iuris faciendi causa cuius est populo dantur. *l. 1. ff. de popul. act.* Resp.

13 Licet cuius est populo debeantur actiones populares & in cuiusvis commodatum cedant: tamen per consequentiam etiam singulis debentur, & hac ratione etiam possit dici, actionibus aliquid acquiri quod sibi debeat, quia inter se & fisco petit 300. aureos dividi, qui eas intendit actiones. Quinto, Criminalibus actionibus non convenit hæc definitio: Ergo non subsistit. Respond. In criminalibus tantum pena fisco debetur, & quidem hæc actio tantum ad iudicia priuata non ad publica pertinet: tamen his r. vindicta est publica & agitur hic ad pœnam, non ad id, quod accusatori debetur, & Impp. nunc in tit. 1. lib. dixit se iure priuatorum acturum. Et intendunt criminales actiones in personam, & semper contra eundem, quia pœnæ suos debent tenere auctores.

14 Denique obiicitur, quod tutor & curator non acquirat, quod sibi debetur, sed quod tutelæ curationi; Ergo particula sibi in definitione actionis inepte ponitur. Respond. Tutor & curator coguntur reddere administrationis sue rationem, periculo eorum est cura & tutela, si quid in rationibus desideratur, ergo dum petunt id quod pupillo debetur, petunt in consequentiam, idque sibi debetur, quia illorum fidei tutela & cura committitur, & hanc ita tutores etiam inuiti favore pupillorum suscipere coguntur; Unde dum tutorum plurimum interest, pupillos in omnibus servari, sibi et quod debetur, petunt, dum nomine pupilli quid consequuntur.

Ad Thef. 2. 6. In hac thesi secunda duo asserimus. 1. actionis definitionem reali & verbali actioni convenire. Deinde actionem à iudicis officio plurimum differre; Ad primum quod attinet, affirmamus constanter et realem actionem etiam & personalem sibi definitione actionis contineri. Sed in contraria sententia est Azo in *summa sua*, quem intrepide sequitur Hotomann. lib. 3. observat. cap. 17. ubi affirmat hanc definitionem tantum convenire personali actioni, hocque vtuntur argumento: Actio est ius persequendi in iudicio id quod nobis debetur, quia actionibus realibus contra illum agimus, qui nullo iure nobis obligatus est, quemadmodum Imp. in §. 1. h. tit. loquitur & in thef. 6. ponitur. Ergo definitio actionis reali non convenit, qua petitur id quod suum est. Respond.

Hotoman. pro more suo vult ad definitionem addere hæc verba : Quod sibi debetur vel quod suum est, ita ut ambæ species contineantur, sed certe inepte in his plurimum laborat. Nam ut ipse sibi obiicit, illa verba quod sibi debetur intendunt ad id quod usurpantur. *l. quia, c. §. 2. ff. quæ in fraud. credit. l. nihil. 129. ff. de reg. iur.* alibi ut apud Hotomann. *in d. obs.* est videre, deinde & Myns. sequitur hic *ad princ. nu. 19.* Deinde notandum est Zas. *ad princ. huius tit. num. 5.* dicere verbum deberi extente & generaliter hic accipi pro actu vel habitu ita ut etiam reales actiones in se contineat.

Insto. Sed sua res amplius sua fieri nequit. *§. sic itaque discretis infra hoc tit. num.* Acti-
dne autem reali peto restitui saltem id quod meum est ; Ergo definitio actioni reali non
competit. Respond. Quando Imp. dicit, nullo iure est obligatus, intelligit naturalem
& civilem obligationem descendente ex contractu vel quasi ex delicto vel quasi. Nam
personalis actio ex hisce 4. contractuum generibus descendit ; Realis autem actio ex 17
quasi obligatione oritur, eaque quasi obligatio exoritur, quod aliquis rem nostram pos-
sident, & quod dominus dicit se habere eius rei dominium, unde obligationis verbum bi-
fariam accipi potest. Primo pro communi quodam vinculo, quo omnes homi-
nes obligantur, ut honeste viuant, neminem lædant, suum cuique tribuant. *l. obliga-
mur. §. lege obligamur. ff. de ob. & act.* Sed hoc vinculum improprie vocatur obli-
gatio cum neque causas neque officia veræ obligationis habeat, hoc est, neque ex con-
tractu neque ex delicto fluat, sic etiã in actione reali accipitur, ubi quis obligatus est, ut
locupletetur, cu alterius damno, sed domino res suas restituat. Deinde in actione perso-
nali obligatur quis ex contractu vel quasi, ex delicto vel quasi. Et eodem fere
modo etiam Zas. id soluit, dicendo, in actione reali deberi quid per accidens, & suppo-
sitivè, id est, per rem suppositam, quæ obligatio non est vera & propria, quia ex vera con-
ventionione non nascitur, sed tantum per accidens & per suppositionem rei constat, per
quam strictus est rem restituere, à qua obligatione liberatur per obiectionem rei, si
ab eo possessore res descendat, & sic facile omnibus iis, quæ contra id moveri possunt,
una hæc solutio summe hic notanda, potest satisfieri. Manet igitur verum actiones natura-
les nasci ex domino vel quasi nec ibi quidem esse obligationem propriam ratione con-
ventionionis sed ratione rei restitutionis, unde etiã id quod Theoph. dicit *in pr. supr. de obli-
gat. ἐν ὧν εἶναι μὲν τὰ τῶν ἀγαθῶν*, proprie personales actiones pertinet ; Quam-
vis etiam in consequentiam ad reales ratione possessionis & restitutionis rei a-
liena.

Ad secundum deinde quod attinet, scil. actionem & officium iudicis plurimum dif-
ferre, Sciendum est iudicis officium secundum Dd. *in l. 1. ff. de iurisdic. omnium iudic. &
canon. in c. fin. extra de offic. iudic.* duplex fuisse, Nobile & Mercenariū ; Nobile dicitur, quod 18
præstat non deseruiens alicui actioni, sed iudex iuris autoritate illud exercet, etiam si
nulla proponatur actio. Erillud aliquando exercetur ex mero iudicis facto, quia iudex
motu proprio nemine petente ob publicam utilitatem duntaxat suam autoritatem in-
terponit, ut in causis criminalibus, in inquirendo & puniendo sceleratos, ut notatur *in
c. qualiter. l. 2. de act.* Ad eius enim officium spectat per se talia inquirere. *l. congruit. ff. de
offic. presid.* Interesse enim Reipubl. delicta non manere impunita. *l. ita vulnera-
tiss. ff. ad l. Aquil.* Aliquando ad instantiam & petitionem partis veluti, quan-
do iudex officium suum impertit alicui priuatim, id imploranti, qui nullam ha-
bet iuris actionem ordinariam, vel loco actionis principaliter interponitur, ut cum
petitur restitutio in integrum, item si filius gravatur à patre impio & negante id,
quod iure non debetur, is quia nullam habet actionem iuxta. *l. in nulla. ff. de*

- iudic. recte confugit ad nobile iudicis officium. l. fin. C. per tot. titul. C. de alend. lib.* Mercenarium iudicis officium est quod per se non stat, sed actioni disseruit, & actionibus iudex suum impertit officium, illud consistit in præparando iudicium in discernendis citationibus & in omnibus, quæ sunt ante litem contestatam, aliquando in probationibus admittendis, in exanimandis testibus & in omnibus aliis post litem contestatam occurrentibus, vsq; ad sententiam definitiuâ, & sententiâ etiâ pronunciat super damnis fructibus & expensis litis, & executio tamen non mercenario sed nobili officio iudicis fit; secundum Dd. Alex. Ias. & alios post Bart. in l. 1. C. l. iurare nu. 12. ff. de iuris dict. quod pars petit iure non debetur, sed iudex officio suo potest sua gratia & misericordia facere, vt illud parti petenti derur. Ex his nunc potest colligi, & differentiam esse inter offic. iudic. & inter actionem. Nam actio est iuris; Officium iudicis facti. Iason num. 49. ad princ. h. titul. num. & intenditur actio coram iudice, & certum quod cupit persequi: Iudex actionem gubernat decernendis citationibus & aliis prout dictum fuit: Deinde id constat ex l. qui per collusionem. 49. §. fin. ff. de act. emti. vbi dicitur vsuras non esse in obligatione nec per consequens in actione sed & officio iudicis præstari. Ias. num. 10. ad §. omnium. Sed obicitur l. actionis. ff. de ob. C. act. l. actionis & verb. ff. de verb. signif. vbi dicitur actionis verbo, omnem persecutionem contineri & in persecutione iudicis officium consistit. Respond. ibi secundum gl. in verb. quod sibi debetur latiss. verbum actionis accipitur vt etiam contineat persecutionem. Secundo obicitur ita: Cautio damni infecti petitur per officium iudicis. l. pratoris in pr. C. l. cum postulassem in princ. ff. de damno infecto. Hæc autem cautio dicitur actio in l. inquisito. ff. de damno infecto; Ergo actio est officium iudicis. Respond.
2. Cautio damni infecti licet dicatur actio, tamen proprie & actio non est, vnde Ictus Vlp. in l. actionis 37. in princ. obligationem damni infecti instar actionum obtinere affirmat, vbi illa improprietas satis ostenditur; Deinde de damno infecto actio, est actio civilis & extraordinaria. Ergo non datur, sed extraordinarie exoratur, & qui habet ordinariam non debet querere extraordinariam, & quoties agi potest actione civili non est opus officio iudicis. Quoties autem actio vel civilis vel prætoria in iure civili prodigitur non est, & offic. iudicis implorari potest, præterea esse differentiam inter hæc, colligitur etiam ex l. quod si minor. §. fin. ff. de minor. Deinde actio oritur ex obligatione dist. l. licet. §. obligatio. ff. de procurat. Officium iudicis nullam & obligationem præsupponit l. quintus. ff. de ann. legat. C. l. deducta in princ. ff. ad Trebel. l. adiles. 25. §. item sciendum ff. de adilit. edit. vbi dicitur ad officium non pertinere ea, quæ ante iudicium contingunt, sed ea quæ post iudicium acceptum veniunt, vbi iudicium distinguitur ab officio iudicis, & alias totus titulus de officio iudic. separatus est à titul. de action. vnde etiam differentia inter hæc duo colligi potest quemadmodum etiam ex l. pecunia §. ff. de verb. signif.
3. Ad Thel. 3. 8. Affirmamus summâ esse & diuisionem actionum in reales & personales. Sed obicitur a Iason ad §. omnium. num. 25. summam diuisionem esse in prætoriam & civilem, quia causa efficiens est prior materiali causa Resp. nulla est actio, q̄ non proponatur coram iudicib. vel arbitris qualiscunq; illa sit ne obstat l. pen. C. de iud. & hac ratione huic rei satisfieri potest, & recte defenditur nullam actionem esse præter reales & personales. Deinde hæc diuisio vtut summa habeatur, est imperfecta seu mutila, quia non continet in rem scriptas nec etiam mixtas. Resp. Dominus Borch in tract. de in lit. iurando. affirmat hanc diuisionem propterea esse mutilam quod non contineat in rem scriptas actiones, & Iason non tantum ponit 2. species sed etiam 4. vt supra est dictum, sed sciendum est in rem scriptas & esse mixtas, partim enim in rem sunt, partim in personam, & Ias.

& Iaf. num. 27. in §. omnium. dicit nullam esse mixtam, nisi sit vel personalis vel realis. Et Zaf. ad d. §. omnium. num. 16. affirmat, realis & personalis actio sunt duo simplicia, sub quibus mixta continentur, vt participium continetur sub verbo & nomine. *gl. in l. 2. ff. de Verb. oblig.* Et in rem scripta Zafio mixta est. Contra datam solutionem obicitur *l. Sim passam. §. praescriptione iuncta l. mariti. §. hoc quinquennium. ff. de adult. l. adulta. C. de adulter. Schneid. & in Verb. summa. fol. 646.* Respond. Proprie sunt in personam licet quasdam qualitates cum realibus communes habeant, vt sunt communi diuidund. famil. heretic. finium regund. *l. 1. ff. finium regund.* Hoc enim cum actionibus in rem commune habent, quod petamus vt pars aliqua nostra esse declaretur. Qualitates autem ¶ diuerse, diuer. 27
sas species non pariunt, vt homo albus & niger specie non differunt.

Ad thes. 4. §. 12.] Reales actiones non habent personam obligatam, sed tantum competunt ratione iuris, quod quis habet, puta ratione directi dominii. *l. in rem. ff. de rei vindic.* vel utilis dominii in rem, & dantur semper aduersus possidentem quisquis tandem ille sit, quia ¶ rem comitantur, etiamsi per mille manus ambulet. Personales autem actiones non egrediuntur personam, sed semper aduersus eundem locum habet, quemadmodum mirabiliter loquitur textus *in l. actionum. 25. in 1. ff. de oblig. & act.* quemadmodum Iafon *in §. omnium. num. 3.* loquitur, & ¶ sequuntur personam vt ibidem refert: Sic ut lepra leprosum, & ossibus sunt affixa sicut est character baptismi, & licet cedantur tamen utiles, tantum transferuntur, directæ nunquam separantur; Id quod etiam *gl. dicit in l. 3. ff. pro socio.* Zaf. ad d. §. omnium. num. 3. Myns. *ibid. num. 17.* Personales in rem scriptæ origi- 29
ne sunt personales, quia oriuntur ex contractibus vel quasi, ex delicto vel quasi, & tamen semper comitantur possessorem rei, vt actiones reales: vt est actio ad exhibendum ex quasi contract. *l. 3. §. est autem. ff. eod.* Sic omnia ¶ interdicta sunt personalia & in rem, 30
scripta, *l. 1. §. interdicta ff. de interd.* Sic sentit Iafon *in d. §. omnium. num. 6. 7.* Quamuis, vt infra dicemus, Cuiac. aliud sentiat, quando dicit actionem ad exhibendum, & quod metus causa neque ex contractu vel quasi, neque ex delicto, vel quasi oriri. Sed ei quod dicitur, realibus actionibus à quocunque possessore rem peti, ei inquam obicitur, quod hæc actio detur contra eum etiam, qui non possidet, sed dolo desit possidere: Respond. Is qui dolo desit possidere pro possidente habetur. *l. p. rem. ff. de reg. iur.* Sic tenet is qui se liti offert *l. si is. 7. ff. de rei vindic.* quia damnatur dum offert se rei ad se non pertinenti. Sed actio negatoria datur ei qui possidet & ei qui non possidet *l. c. §. 1. l. 8. §. 3. ff. si seruus vind. l. 5. §. & si ff. si seruus petat.* Cum tamen Iustin. dicat *in fine d. §. aque. h. tit.* dari eam aduersus eum, qui non possidet. Respond. Wesenb. & Hotoman. legunt pro vno casu, illo casu; & Borch. dicit, multos esse casus. Nam in seruitute possessio est, siue negatoria, siue confessoria agatur. Vnde sciendum est domino esse necessaria principalia & formalia in realibus actionibus, scil. dominium a parte actoris, & possessionem a parte Rei, secundum Bart. ad rubr. huius tit. n. 2. Hotoman. num. 10.

Ad thes. 7.] In personam actiones sunt, ¶ quibus dare aut facere nobis aduersarium intendimus, & aliis quibusdam modis, & sunt ex contractu vel maleficio. *l. 1. in princ. ff. de oblig. & act. d. §. omnium. h. tit. n.* Et certe finis est actionum in personam, vt aliquid nobis detur aut fiat, *d. l. actionum. 25. §. in personam. ff. de oblig. & act.* Addit autem Imperat. illa verba; & aliis quibusdam modis, quia si pignoraticia, commodati, vel depositi agitur, non potest per actionem pignoraticiam, commodati, vel depositi intendere quis dari sibi oportere, cum ¶ dandi verbum dominii translationem significet, *l. ubi autem. 75. §. & si. ff. de Verb. oblig. §. sic itaq. inf. h. tit. n.* Et vero qui iam dominus est; vt hi sunt, dominus amplius iure ciuili effici non potest. Vnde secundum Hotoman. hi petunt redditionem seu
S 3 restitu.

restitutionem non dationem. Et hoc etiam est, quod Ictus *in d. l. i. post pr. ff. de obl. & act.* dicit, actiones dari ex variis causarum figuris, quasi diceret, & aliis modis personaliter agi posse cum nec dari petitur, nec fieri, sed prout controuersia varios habent status: ita sunt
 33 *†* variae causarum figurae. Sic conditio furti non est ex q. contractu vel ex contractu, non ex q. delicto vel ex delicto: Ias. *in §. omnium. n. 48.* Quamvis Iason putet *§. ut si quis. n. 110.* ea verba: ex variis causarum figuris, saltem velle quasi contractus & quasi delicta: quæ ibi non exprimuntur. Sed illa sententia Iasonis non subsistit, quia *in d. l. i. & in d. §. omnium*, sub contractibus quasi contractus, sub delictis quasi delicta continentur id quod etiam ita fit *in l. contractus. 13. ff. de reg. iur.* Vnde Caiac. *ad tit. quod metus causa. fol. 104.* quem sequitur Wesenb. putat in actione ad exhibendum, & quod metus causa, quæ nec ex contractu vel quasi, nec ex delicto vel quasi delicto sunt, non peti quid dari vel fieri. Interdum enim secundum Mynsing. *num. 6. in d. §. omnium* & Zasius *ibid.* petitur vt quis cesset ab infamia, ne quis me molestat, ne turbet meam iurisdictionem, ne in plateam meam vadat, &c.

Ad thes. 9. 10. 13. 14.] Imp. Iustin. postquam generale de actionis definitione & de realibus & personalibus actionib. egit, nunc ordine singula actionum exempla persequitur. Et primo actiones civiles in rem aggreditur inter quas eminet rei vindicatio seu vindicatio, & vindicare est asserere, Cicero pro Rabirio & Præteius vnum pro eodem accipit.

34 Vindicationis deinde *†* verbum est generale & speciale. Generale etiam rerum incorporalium vindicationem continet. Specialiter rerum corporalium vindicationem respicit. Sed dum Imp. Iustin. prius de actionibus realibus tractat quam personalibus obiicitur ita. Digniora sunt præferenda. *l. i. ff. de albo scribend. l. quoties. ff. de usufr.* personalia sunt digniora. Ergo sunt præferenda & priori loco explicanda. Resp. Reales actiones *†* sunt præferenda quia habent plenius & firmissius, scil. dominium vel quasi. Secundo, quia ius gent. prius est civile, & ex iure gent. est dominium interdum; Dominium deinde prius est obligationibus vt ordo Insituit. indicat. Secundo obiicitur ei quod dicitur hanc actionem rei vindicari esse singularem. *l. 23. §. tignum alienum. ff. eod. & §. cum in solo. supr. de rerum diuis.* vbi res singularis puta tignum peti non potest rei vindicatione. Respond. Ratio redditur v-

35 trobiq; quia propter *l. 12. tabul. de *†* tigno iuncto* hoc non fieri potest: prohibet enim ne ædificia vel tigna rescindantur: nam si hoc fieret aspectus ciuitatis deformaretur, præstationem tamen in duplum promittit. Tercio obiicitur *l. 1. §. & l. ff. de rei vindic.* vbi dicitur res vniuersas vel vniuersitatem denotantes posse vindicari. Ergo non tantum res singula-

36 res. Respond. Potest vindicari *†* vniuersitas, quæ non sit iuris, vt est grex. Wesenb. *in paratit. ff. de rei vindic. num. 5.* Oldendorp. *in classe. de rei vindic. num. 4.* Vniuersitas autem iuris est hereditate, quæ rei vindicari peti non potest, quia olim necesse erat exhiberi rem in iudicio, ac quasi manu teneri ac asseri quod vindicaretur, *seta tit. ff. ad exhibend.* Secun-

37 do vindicatio tantum contra eum competit, *†* qui possidet vel detinet. *l. vnic. C. de alienat. iudic. mutand. causa.* Atque incorporalia non proprie possidentur neque tenentur. *l. sequitur. 4. §. si etiam. ff. de usufr. l. seruis. 43. §. incorporales. ff. de acquirend. rerum dominio.*

Deinde dicimus hic de singulis rebus, ad differentiam hereditatis, quis sit. de pet. heredit. præcedit hunc *in ff. & Cod. Insto ex l. 3. §. arma. menta. ff. de rei vindic.* vbi dicitur arma, menta navis singula esse vindicanda: Ergo & singula corpora gregis. Respond. Potest etiam tota navis vindicari *l. 16. §. culpa. in verb. nauem petis. am. ff. de rei vindic.* vt & totus grex potest vindicari, quia respectu corporum habetur pro singulari. Denique insto, *ex l. vindicatio. 56. ff. de rei vindic.* vbi dicitur non vt gregis ita peculii vindicatio est recepta, sed res singulas, is cui legatum est peculium, petet. Respond. Glossa dicit ideo hoc fieri, quia proxime ad hereditatem peculium vt & dos accedit, & continet actiones &

nes & obligationes cum corporibus, & sic res varias, cum grex sola contineat corpora.

Quarto ei, quod dicitur rei vindicationem esse actionem civilem obicitur *d. l. 1. in princ. ff. cod. Et prator. 75. ff. de rei vindic.* vbi dicitur propenit hanc actionem à pratore seu permitti: Ergo † potius est pratoria non civilis. Respond. Oldendorp. *claf. 3. ad. 2. n. 1.* dicit composita & relatas fuisse omnes actiones pratorias & civiles in ordinem perpetuum & pratorem dedisse vel denegasse omnes actiones: Ergo verum est pratorem quidem approbare actionem civilem, inde tamen non statim est pratoria: nisi enim prator eam inueniat & introducat, non est pratoria origine, sed civilis manet, etiam nisi à pratore approbetur. Sic actio commodati est civilis, quia descendit ex iure civili, & ex contractu iuris gentium, eam tamen prator approbat *in l. 1. ff. commodati.* dicendo: iudicium dabo, idem etiam Mynsing. affirmat *in §. sed ista quidem. h. tit. necessario. n. 5.* Nam prator voluit addere suam approbationem & sollicitudinem circa restitutionem rei commodatæ. Et prator produxit rei vindicationem, quia multo definebant dolo possidere, vt subterfugerent iudicium rei vindicat. Ideo † prator eam produxit vt & daretur in eam, qui dolo desit possidere. Ergo quo ad innovationem & extensionem illam attinet, dicemus actionem hanc pratoriam dici posse. Denique ei quod dicitur, rei vindicationem dari de minoribus, obicitur *l. dose ancillam. 9. C. de rei vindicat.* vbi domina seruam, quam dotalem habuit, vindicare non potest, cum tamen dotis naturaliter sit domina. *in rebus. 30. C. de iur. dot.* Respond. Maritus est dotis dominus factus per traditionem, & quidem civilis tantum, quemadmodum supra in materia donat. fuit visum: Vxor autem, licet sit naturalis domina; tamen in ea † dormit ius vindicationis, quod mortuo marito expergiscitur, cum dos ad mulierem reuertatur, & tum vindicare rem dotalem tanquam suam ab alio ablatam optime potest: Viuente tamen marito nihilominus periculum rei dotalis ad vxorem pertinet.

Ad thes. 11.] Affirmatur in hac thesi actionem rei vindicat. esse † duplicem, directam & vtilem. Cui sic opponitur. Directum & vtile dominiū non fundatur in iure civili; Ergo nec directa vel utilis est actio. Resp. Quod actio alia sit directa, alia utilis satis constat *ex l. in honorariis. 35. Et l. actionis. 37. ff. de oblig. Et ad. & alijs cōpluribus textib.* Libenter aut concedemus distinctionem veterum & antiquorum: Dd. de dominio vtili & directo non esse fundatā in textib. cum veritate rei inspecta vnum sit dominium legitimum scil. vel civile. Distinguendi tamen & docendi gratia illa distinctio solet retineri præter text. iuris civilis. Inde tamen non sequitur distinctionē actionis directæ & vtilis non esse fundatā in iure, quia ad exemplum illius diuisionis errore quodā dominiū distinctio est recepta. Borch. *in tract. feud. c. 1.* Secundo videtur ob stare *l. ad. 47. §. fin. ff. de negot. gest.* vbi non distinguitur inter vtile & directum. Respond. Id fit pro subiecta materia & formalis inspectis, & hominum actionibus. Hic autem est actio civilis.

Ad thes. 15. 16. 17.] De hisce thesib. videantur ea, quæ ad tit. de rerū diuis. & acquir. earū domin. *in disput. 9.* satis plixie explicata sunt. Hoc aut norandum, peti posse fructus † via actionis, id est, rei vindicatione, vel adiudicari per officium iudicis. Et quidē consultū est ita petitoris: peto rem cum fructib. tum omnia, q̄ in iudicium deductæ sunt petuntur, & officio iudicis restituuntur *secundum l. adiles. 25. §. item sciendum. ff. de adil. edict.* Deinde thes. 17. obicitur *l. §. fin. C. de compensat.* vbi dicitur malæ fidei possessore non habere cōpensationem: ergo nec retentionem vel deductionem. Resp. Sumtuum habet † deductionē; non autem potest instituire cōpensationem eo scil. casu, quando nihil forte impedit in possessionem occupatam. Nam sumtuum nō meminit *d. l. §. fin.* vel dici potest, odio eius esse denegatam cōpensationem sumtuum cum eo, quod debet is, cuius possessionē occupauit.

Ad thef. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24.] Proximè rei corporalis vindicationi, sunt istæ actiones, quæ rem incorporalem siue ius persequuntur: §. *aque. h. tit. n.* Quæ sunt actio confessoria & Negatoria. † Confessoria actio est realis, competens, ratio ac iuris sibi debiti, vel fundo vel quasi fundo suo: Fundo realis, quasi fundo quando bonæ fidei possessor suū quasi fundum vendicat: Sed obicitur *l. iubemus. in fin. §. l. sancimus. C. de S. S. Eccles. & c. cum tuis. §. c. prohibemus. extr. de decim.* vbi dicitur etiam præpositum decimas, & redditus monialibus debitos petere, qui tamen eius personæ non debentur. Nam certum est pro iure decimarum hæc actiones competere, d. c. *prohibemus. Fab. l. s. hic.* item pro iure præsentandi Bart. *rubr. C. de usufruct.* Respond. Præpositus eos petit nomine Canobii, cui debeantur, & quod quis facit per alium idem est ac si ipse faceret. Datur autem hæc actio † aduersus possidentem & aduersus plures in solidum, quia solida seruitus debetur à quo-uis. *Wesemb. num. 2 ff. si seruit. pet. ut.* ut scilicet eos patiarur vti frui aduersarius, & in id condemnatur. Sed obicitur text. *l. proinde. 23. §. fin. ff. ad l. Aquil.* vbi hæc actio datur aduersus eum qui fatetur se occidisse; Ergo non competit pro iure incorporali vindicando. Respondetur, sibi confessoria accipitur non pro actione confessoria, sed pro actu confessionali seu confessi, & illa actio datur aduersus confesum, ita Thomas Lini hoc accipit & explicat; Directa competit domino, vtilis inter ceteros datur † usufructuario, quod tamen ita est intelligendum vt habeat vtilem confessoriam pro vindicando tantum usufructu, non pro vindicanda seruitute reali per *l. 1. in princ. l. vti frui. §. Strum. ff. si usufr. petat.* cui directe obicitur. *l.onica. §. item Iuliana. ff. de remiss.* vbi dicitur expressè usufructuario vindicandarum seruitutum ius esse. Et quando seruitus absolute in li. ponitur, realis tantum intelligitur, id quod nemini est ignotum. Respond. Cuiac, *lib. 1. obser. c. 16.* refert ibi Iuliani sententiam ab Vlpiano sed non probari, idque videtur probari ex *d. l. 1. in princ. ff. si usufr. pet.* Quæ lex etiam est Vlp. Sed ibi refert Marcellum in animaduersionibus ad Vlp. non Iuliani sed Neruæ & Labeonis sententiam probare: Ego satis inde liquet eam rem fuisse controuerfam, & Iuliani sententiam fuisse reiectam; Vltimum fructum igitur tantum usufructuarius potest vindicare, ideo quia quando habet usufructum in fundo, simul habet ius eundi, si iure itineris prohibetur, quodammodo etiam prohibetur usufructu. Ideoque non potest solitarie petere ius eundi, ne petat seruitutem seruitutis, contra *l. 1. ff. de usufr. legato.* Quod si potest usufructu vindicare, vindicat simul ius eundi: Soli igitur domino † directa datur hæc actio ad seruitutem vindicandam, *l. 2. §. hoc autem. ff. si seruit. vindic.*

Ad thef. 25. 26.] Agitur in hisce duabus vltimis thesibus de actione negatoria, quæ & negatiua dicitur. Oldendorp. *class. 3. act. 5. in princ.* in † qua reus suam intentionem probare tenetur. *l. 9. C. de seruit. §. aqua.* quia quodlibet prædium præsumitur liberum nisi probetur contrarium. *l. altius. 8. & ibi gl. C. de seruit. §. aqua.* Est enim vsque ad coelum suus aer super cuiusque ædibus. *l. fin. §. pen. ff. de seruitut. l. fin. §. pen. ff. quod vtriusque clam.* Nisi sit forma certa, & modus seu mensura certa ædificii constituta, id quod statutus sit seu iure ciuili, ne deforme tur aspectus ciuitatis: Iure † naturali interim cuius ad coelum ædificare licet, nisi vetus forma & status ædificiorum impediatur. Et seruitus aliter tollendi inuolutam habet confessoriam. *Wesemb. hic.* Notandum hic est singulariter nihil interesse † † negatiuam affirmatiui verbis concipiatur Negatoria, modo tamen vim affirmatiuorum & negatiuorum contineat, *gl. in l. fin. §. vlt. in verb. except. ff. de doli mali except.* Et *Gl. in verb. qui negat.* quærit: Nāquid inde dicatur affirmat: & Negat. quod affirmatiuum & negatiuum verbum proponatur? Et dicit hoc esse falsum vt patet in seruitute altius tollendi d. §. *aque.* Sed magis inspecto sensu hæc nomina sunt imposita. Dicitur igitur meq

adest tibi non feruunt; vel mea: ades sunt liberae, in effectu æquipollent Iason. hic *n. 47*. Si verborum corticem inspicimus, *exemplum in l. 4. §. pen. Et ff. si seruit. vindic.* Negat: verbum affirmat: sepe præponatur *l. priusquam. ff. de noui oper. nunciat. l. loci. §. competit. ff. si seruit. vindic. & Theoph. cum Borcholt. dicunt* † negatoriam effectu esse confessioniam, *§. 1* quamuis verbis sonet in negationem.

Ad Corollarium 1. Affirmamus in primo corollario, actiones origine inspecta † iuris *§* gent, potius quam ciuili. Hæc quæstio teste Iasone *ad pr. h. tit. de act. num. 33.* est multum disputabilis. Zasius cum Mynsing. in nostra sunt sententia, & dicunt origine omnes actiones esse iuris gent. Hæc Vltromontanorū sententia probatur *per l. verum quidem am. motum. 25. Verf. interrogent. ff. verum amotarum. l. 8. ff. de cap. minut. §. appellamus. h. tit. num.* (Myns. tamen sibi videtur contrarius in *§. sed iste. n. 3.* vbi dicit, ciuiles actiones esse origine, non quæ approbatæ sunt iure ciuili.) Secundo, qui deportatur, † perdit omnia quæ sunt *§ 4* iuris ciuili, sed retinet actiones *l. potest. n. oblig. habere;* Ergo & actiones. *l. si mandauero. 2. 2. §. in cuius bona. ff. mandati. l. quidam. ff. de panis.* Tercio quia constat *ex l. 2. ff. de orig. iur. ante ll. 12. tabul.* fuisse actiones institutas à Romulo informes, rustas, contulas, formamq; & conceptionem ex iure ciuili accipientes, id, quod Zasius fatetur eas fuisse informes & populares, postea sunt formatae à iure ciuili & compositæ, & eatenus ciuiles dici possunt, quatenus scilicet certam approbationem, formam & certos limites ex iure ciuili acceperunt. Hanc sententiam etiam Schneidvein sequitur dicendo; aut loquitur de actionibus descendentibus ex contractibus iuris gentium, & tum respectu materiæ puta contractuum, ex quibus oriuntur, possunt dici iuris gent. sed respectu formæ iuris ciuili: Aut loquimur de actionibus ex iure ciuili inuentis, quos habet *gl. in l. ex hoc iure, in verbis exceptis quibusdam, Et gl. in §. sus autem gentium, in verbo;* FERE, *supra, de l. N. G. & C.* & tunc quoad materiam & formam sunt iuris ciuili. Has igitur ad Corollarium necessariū non pertinere dicemus, sed tantum eas actiones, quæ ex contractibus iuris gent. descendunt. Quarto si diceremus actiones non esse ex iure gent. sequeretur absurdum, quod contractus & obligationes, quæ sunt de iure gentium, fuissent inefficaces ante *ll. 12. tabul.* aut inutiles, cum tamen nemo sine actione experiri & ius suum persequi possit *l. si pupilli. §. videamus. ff. de negot. gest.*

Contrariam sententiam Iason hic *n. 44.* defendit: & pro Iasone possunt esse hæc argumenta. Primo, naturalis obligatio, quæ est ex iure gent. non potest producere actionem. *l. fideiussor. §. fideiussor. ff. de fideiuss.* Ergo non est possibile actiones esse ex iure gent. quia sine ciuili non potest produci. Respond. Hoc argumentum ad rem nihil facit, quia † naturalis obligatio est ex pacto nudo, quod non producit actionem. *l. iuris gent. 7. §. 1. ff. de pact.* *§ 5* Inde tamen non sequitur actiones non esse ex iure gent. quia contractus sunt ex iure gent. fere omnes, *d. §. Ius autem gent. supr. de l. N. G. & C.* & produciunt actiones ex iure gentium profuentes, & iam iure ciuili formatos. Secundum argumentum est *ex §. sed iste. h. tit. n. 1.* vbi sunt verba: ex legitima & ciuili causa: ergo sunt actiones iuris ciuili origine. Idem probatur *ex l. commodato. §. sicut. ff. commodati.* vbi Ictus actionem descendente ex contractu iuris gent. vocat ciuilem. Item *l. 1. §. 1. ff. de superficieb. l. 4. §. ex hoc editio. ff. nauta, caupon.* ergo actiones omnes potius origine, iuris sunt ciuili. Respond. Ibi Icti & Impp. loquuntur de forma & approbatione, quam actiones ex iure ciuili acceperunt: interim tamen origine iuris gent. sunt, id quod illis textibus non negatur. Tertium & vltimū argumentum est ex definitione actionis, quæ talis est: Actio est ius persequendi in iudicio: iudicia autem sunt iuris ciuili: Ergo & actiones quæ ventilantur in iudicio. Resp. Non valet cōsequentia à iudiciis seu loco ad actiones, quæ deducuntur in iudiciū. Iudicia omnia sunt ciuili ratio-

ne constituta: Actiones autem quibus in iis disceptatur, prodire sunt ex iure gentium: Manet igitur verum actiones origine esse iurispergentium, forma & approbatione esse iuris civilis.

Ad 2. Corollarium] De secundo Corollario etiam quaestio moueri solet, scilicet an actionis nomen in libello sit exprimendum? Et dicunt aliqui quod iure Canonico quidem id nomen non sit exprimendum *per e dilecti. extr. de iudic.* Sed tamen iure civili, id quod probant *per l. §lt. C. de interdici.* ubi dicitur actionem esse exprimendam: ex quo videtur aperte constare nomen actionis esse exprimendum. Sed contrariam sententiam ut communem defendit Bart. *in l. i. in princ. ff. de edendo.* & lason *in §. omnium. h. tit. num. 165. & in §. sed ista. m. 69.* scilicet nomen actionis necessario in libello non esse exprimendum, & respondent *ad d. l. §ltum. C. de interdici.* actionem scilicet esse exprimendam, hoc est, actionem ita esse proponendam, specificandam, explicandam, ut ex ea proposita species futura litis possit cognosci. Non tamen prohibetur quis exprimere nomen actionis, cum inde eo rectius possit cognosci actio, & propterea non annullatur processus si omittatur: Si autem plures concurrant actiones, id fieri utile & consultum videtur, ut eo rectius & facilius distinctae actiones possint dignosci, id quod praxis tandem dabit; *Tantum etiam de hac prima disputatione.*

DISPUTATIO XXXVII.

De actionibus in rem praetoriis.

CONTINUATIO.

Actiones in rem civiles vidimus: Praetoria in rem iusto ordine sequuntur.

Thesis 1. Actiones in rem praetoriae sunt; Publiciana actio: Actio rescissoria; Actio Pauliana; Actio Seruiana & quasi Seruiana, seu hypothecaria actio, quae omnes sunt reales praetoriae, & rei persecutoriae.

2 Publiciana actio aequitatis ratione habita, primum à Q. Publicio praetore proposita est, quae rem ex iusta causa, hoc est, titulo ad transferendum dominium habili, puta emtionis, donationis, dotis, &c. à non domino bona fide acceptam, nec dum usucaptam, & sine facto nostro amissam, à tertio possessore usucaptam vindicamus.

3 Ex quo nunc constat hanc actionem per fictionem quandam esse introductam: vtilemque esse actionem seu vindicationem, & dari aduersus quemlibet possessorem, ad quem possessio sine facto usucipientis peruenit.

4 Haec tamen actio non datur aduersus verum dominum, qui exceptione dominii est tutus, nec aduersus titulo & bona fide possidentem.

5 Alias in hac actione omnia eadem erunt, quae in rei vindicatione dicta sunt, cum & ad exemplum vindicationis, Publiciana detur.

6 Actio Rescissoria, non ficta sed veram & perfectam vsucapionem, ex aequitate prætoria rescindens, est, qua is qui propter iustam absentiam est læsus, intra annum rescissa vsucapione rem non vsucaptam vel amissam petit & vindicat.

7 Absentia iusta est, quando quis Reipubl. causa non dolo malo abest, vel in vinculis aut seruitute est; aut quando quis metu iusto abest.

8 Ad rescissionem porro vsucapionis huius, olim annus utilis dabatur, hodie quadriennium continuum ad restitutionem currit.

9 Quamuis adhuc rescissoria actio seu petitio rei ablata annum suum vtilem retineat.

10 Datur hæc actio læso eiusq; heredibus & quidem præsentī aduersus absentem; absentī ex iusta causa contra præsentem, absentī contra absentem, præsentī contra præsentem, & contra eorum heredes.

11 Pauliana actio est, qua ea, quæ in fraudem creditorum alienata sunt, rescissa traditione reuocantur & restituuntur, vt perinde sint omnia, atque si nihil esset alienatum.

12 Et datur hæc actio creditoribus fraudatis & eorum successoribus, ad rem cum omni causa reperendam, & quidem intra annum vtilem.

13 Et competit aduersus eum, qui sciens debitorem in fraudem creditorum hoc facere suscepit, quod in fraudem creditorum fiebat, sed non tantum consilium, sed etiam euentus requiritur.

14 Aduersus vero eum, qui ex lucratiua causa habet, quamuis sit fraudis ignarus, in factum actio datur.

15 Actio Seruiana à Seruio prætorē introducta & dicta est, qua experitur locator de rebus coloni in domum locatam inuectis & illatis, vt ibi perpetuo essent, quæ pignoris iure facile ei tenentur, pro pensione seu rei deterioratione.

16 Datur autem locatori aduersus colonum res inferentem, non tantum ad res quotidiano vsui comparatas & deputatas, vt sunt vestes, supellex, libri studioforum, sed & quæ ad agrorum culturam pertinent.

17 Actio quasi Seruiana seu hypothecaria est, qua creditor agit ad rei persecutionem, quæ sibi iure pignoris seu hypothecæ erat obligata.

18 Datur igitur creditori, cui res est pignorata, licet sint plures creditores, & heredibus quidem aduersus eum qui possidet, ac restituendi habet potestatem, vel dolo malo fecit, quo minus possideat vel restituere possit.

19 Inter pignus & hypothecam, quantum ad hypothecariam actionem

attinet, nihil interest, quia tantum nominis sono differunt, quamvis in aliis sit differentia.

Corollarium. Simpliciter cum Zasio affirmamus contra Iasonem & Angelum merces venales in domum conductam illatas facile esse locatori obligatas.

DISPUTATIONIS XXXVII.

De actionibus in rem prætoria, obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A

- 1 Actiones in rem prætoria quot sint.
- 2 Pauliana actio an sit in rem.
- 3 Fabiana & Pauliana actiones quomodo differant.
- 4 Fraus non principaliter in Pauliana spectatur.
- 5 Pauliana actio, potest etiam personalis dici, & quare.
- 6 Serviana actio an sit prætoria vel civilis.
- 7 Actio quasi Serviana an sit realis nec ne.
- 8 Actione in rem quid denotetur in ll.
- 9 Publiciana actio iustam causam requirit.
- 10 Furio, nullum contractum efficaciter celebrare potest.
- 11 Usurpatione nondum completa, competet Publiciana.
- 12 Publiciana cur dicatur Utilis rei vindicatio.
- 13 Publiciana quando locum habeat.
- 14 Publiciana an etiam vero domino detur.
- 15 Civile & ordinarium remedium qui habet, non debet desistere contrarium prætorium.
- 16 Dominium verum probare non valet, sufficit si probet quasi dominium.
- 17 Debitor quando Publiciana uti possit.
- 18 Actio proprie non datur ex querela falsi.
- 19 Publiciana an hodie sit necessaria.
- 20 Publiciana quomodo dicatur per quandam fictionem introductam esse.
- 21 Prædia & edilicia an usurpi possint.
- 22 Matrem qui potest usurpare, potest etiam partem usurpare, qui sequitur matrem.
- 23 Publiciana actio non datur adversus ipsum Dominum.
- 24 Publiciana an pro servitutibus detur.
- 25 Rei vindicatio & Publiciana quomodo differant.
- 26 Rescissoria actio quid sit.
- 27 Absentia causisus an sit, cum quis Reipubl. causa abest.
- 28 Rescissio usurpationis quanto temporis spacio fieri possit.
- 29 Iudicium actionis rescissione quadruplex.
- 30 Actio an detur absenti contra presentem.
- 31 Actio Pauliana quid sit, & contra quos competat.
- 32 Actio in fraudatorem qualis detur.
- 33 Bonorum venditionem, qui necessario passus est, quomodo sentiant.

- 34 *Pauliana vocatur actio in factum.*
 35 *Serviana actio quid sit.*
 36 *Colonus quis dicatur, quis item inquilinus.*
 37 *Bona rusticorum & inquilinorum differunt.*
 38 *Hypothecaria actio quid sit.*
 39 *Hypothecaria actio quomodo differat à pignoratitia.*
 40 *Pignus & hypotheca quomodo differunt.*
 41 *Merces venales illatæ in domum aliquam, an sint tacite obligatæ creditori.*

AD Continuationem & thesin 1.] Superiori disputatione satis actum fuit, de generalibus quibusdam actionum, & de actionibus in rem civilibus, puta de rei vindicatione, confessoria & negatoria. Nunc sequuntur iusto ordine actiones in rem prætorias, quarum præterquam à Iustino recetetur Publiciana, Rescissoria, Pauliana, Serviana & Hypothecaria. Obicitur contra, quod Pauliana non sit in rem, idque probatur per l. *videtur*. 2. 38. §. in Fabiana. ff. de *Servis*, ubi refertur inter personales actiones, id quod in princ. illius legis expresse dicitur hoc modo videamus generaliter quando in actione, quæ est in personam, etiam fructus veniant & postea hæc actio Pauliana & Fabiana subiunguntur Resp. Ibi agitur de fructibus & ad eos quod attinet conveniunt, quæ alias in multis differunt, similitudo autem in vno inducit identitatem in cæmibus. Largimur autem facile actionem Paulianam personalem esse, id quod satis constat ex l. 1. §. hæc actio. ff. si quid in fraud. patron. Eaque differt à Pauliana in his, quod Fabiana datur patrono: Pauliana creditori, & patronus creditor non est. l. 6. in fin. ff. de l. Cornel. de fals. id quod Cuiac. in tit. ff. si quid in fraud. patron. eleganter ostendit. Datur autem Fabiana patrono liberto testato; Calpurniana liberto intestato. l. 3. §. si intestatus. ff. si quid in fraud. patron. l. 3. C. cod. Cuiac. ibidem in parat. ff. Pauliana denique est realis. 1. Quia reuocat alienatam in fraudem & petis scissia traditione, quemadmodum Imp. Iustin. affirmat. Dum igitur quid petit, realis est, ut ibidem Wesenb. ostendit, & Theophilus probat. Habet enim oculum & digitum directum & fixum, in reuocationem & possessionem rei, quæ apud aduersarium est, unde effectu & re ipsa reuocanda est, quo respectu realis est non personalis. Secundo id positum & situs huius actionis ostendit, cum à Iustino inter reales actiones hic referatur. Tercio quia magnam habet cognitionem, affinitatem & similitudinem cum actione rescissoria, quæ proxime præcedit, quæ absque omnium controuersia est realis.

Secundo oppono ita: Quod ex delicto est, est personale. Hæc actio Pauliana est ex delicto, id est, fraude, unde & Fabiana est personalis; Ergo potius personalis est dicenda. Resp. Negari non potest hoc actionem dari ob fraudem commissam, & ideo eatenus dici posse personalem, sed sciendum est hic quod fraudem non principaliter considerari, sed tantum secundario. Res autem reuocanda potissimum attenditur, unde recte à potiori realis magis dici potest, argumento l. *quæritur*. ff. de statu hominum. Hoc tamen addendum est, non absurde eam dici posse personalem in rem scriptam. Iason nu. 13. & sequitur Wesenb. hic in fine Myns. nu. 19. personalis dicitur ex eo, quia est ex maleficio, & quasi contractu. Ex maleficio quando est fraus ex parte alienantis & recipientis. Ex quasi contractu, quando fraus est ex parte tantum alienantis. Quareus res petitur alienata in fraudem, affirmamus eam realem esse potius.

Porro non videtur rerum actionem Servianam esse prætoriam, cum potius sit civilis. 1. Ideo quia oritur ex contractu locationis, quod negotium est civile: Ergo potius est ius civile. Resp. Primum initium in locatione habet, sed quatenus res persequimur pro

pensione tacite obligatas, non ex contractu est, sed ex eo facto, quod infectæ sunt res est reals. 2. Putant id posse probari *per l. eo iure, 4. in princ. ff. in quib. causis pign. vel hypoth. 4. acit. contrah.* ubi ex iure descendere videtur Romanorum. Ergo non est ex prætoris iurisdictione. Respond. Illa verba, *eo iure utimur*, non sunt ita exaudienda, quasi illud sit ex iure Romano, sed id moribus Romanorum fuisse ita observatum; & postea tamen à prætore fuisse hoc receptum, qui inde singularem actionem dedit, & ita in ius transiit hoc. Cuiac. lib. 17. *observat. cap. 19. Et in l. 4. ff. de pat.* Denique actionem ꝑ quasi Servianam non esse realem videtur probari ex §. 1. *supra de legat.* Et l. 2. *Cod. communia de legat.* ubi refutuntur tres actiones pro legato consequendo competentes, actio personalis ex testamento: actio in rem, & actio hypothecaria. Dum igitur actio in rem ab hypothecaria expresse distinguitur, sequitur eam realem non esse. Respond. Peractio in rem indicatur ꝑ rei vindicatio, quæ dum principem locum inter actiones reales obtinet, subinde in ll. vocatur actio in rem propter excellentiam κατ' ἐξοχλῶς. Nec tamen negatur eo, quod aliæ actiones in rem non sint, puta hypothecaria & aliar.

Ad Thes. 2. J. Agitur hic de prima actione reali prætoris, puta de Publiciana. Hæc actio mirabilia & subtilia habet, quemadmodum Zasius affirmat, *in §. omnium. num. 17. in fin.* Requiritur autem in hac actione, ꝑ iusta causa, hoc est iustus titulus ad transferendum dominium habilis, puta emt. vendit. donat. dotis, &c. & quidem ex iusta causa fiat traditio. Cui ob stare videtur *l. sed etsi. 7. §. Marcellus ff. de public. in rem acti.* ubi dicitur, quod Publiciana actio competat eo casu, quando quis cum furioso contraxit, & tamen certum sit eam causam iniustam esse inspecto furioso, qui nullum negotium recte contrahit, *l. in negotiis. 5. ff. de reg. iur.* Et principali non subsistens, nec reliqua subsistere poterunt. Respond. Concedimus *secundum d. l. in negotiis. 5.* furiosum ꝑ nullum contractum celebrare efficaciter posse, cum nullum habeat consensum. *l. furiosi. ff. de reg. iur.* Quando tamen quis iusto errore putat furiosum esse sanæ mentis, & ab eo aliquid emit, datur ei Publiciana actio, quasi à furioso bona fide aliquid acceperit, qui non est liber suorum rerum administrator, & qui nullum contractum potuit celebrare. Iusto contra datam solutionem ex *l. 2. §. à furioso. 5. ff. pro emptore*, ubi plane similis est casus de furioso, & ibi denegatur actio Publiciana. Respond. Ille textus non obscure videtur nobis largiri solutionem, quasi ex æquitate & utilitatis causa. usucapio ibi procedat, & usucapio nec ꝑ nondum completa Publiciana competat, propter bonam fidem *secundum d. l. sed etsi 7. §. Marcellus.* Inspecto autem iuris vigore emptio nulla sit, cum furiosus nullum negotium recte contrahat *secundum dict. l. in negotiis*, unde nec Publiciana detur, *secundum d. l. 2. §. si à furioso. ff. pro emptore.* Et hanc solutionem gloss. habet *in d. l. 7.* Datur autem ex casu Publiciana contra eum, qui aufert illam rem, quæ est empta iusto errore à furioso. Cuiac. *in d. l. 2.* aliter hoc solvit putans illa verba: nec Publiciana competit, esse suppositicia, quod Charontas non probat, & putat pro nec Publiciana legendum, sed Publiciana competit, & accessio possessionis, scilicet impleta usucapione.

Secundo obiicitur hoc modo. Nemo plus iuris in alium transfert, quam ipse habet *l. nemo. ff. de reg. iur.* Ergo qui non dominus est, licet ex iusta causa quid tradat, ius aliquod alicui tribuere non potest, quod tamen hic fit. Respond. Traditio hic est sine datione, hoc est, domini translatione, *Wesemb. hic.* Dominium enim is qui dominus non est, tribuere statim non potest: Vnde tantum in conditione usucapiendi constituitur is, qui à non domino accipit ꝑpter bonam fidem, & bonæ fidei poss. flores dominis veris cōparantur, unde

etiam prator ex aequitate nos singulari actione voluit tueri, cum vera & directa rei vindicatio dari non possit, quæ competit vero domino & perfectio. Et ꝑ Publiciana dicitur utilis rei vindicatio propter directam actionem rei vindicat: quamvis tamen Publiciana pratoris intentione inspecta, directa sit, quod Myns. num. 9. hic ostendit, & propter bonam fidem possessoris prator fictionem admittit, ut contra tertium mala fidei possessorem intendant, se vſucepiſſe, quod non vſucepit. Cui solet opponi hic ita; ius non permittit mendacium quod punit. *l. memnerit. Cod. Unde vi.* Sed hic prator permittit mendacium: Ergo male. Respond. Prator permittit dicere se quasi vſucepiſſe, hoc est, esse in conditione vſucapiendi bona fide & bono titulo, vnde merito se esse in ea conditione vſucapiendi aduersus tertium extraneum eas res alienantem defendendum, donec absoluta & perfecta sequatur vſucapio. *l. bona fides ff. de reg. iuris.* Mynſing. num. 14. Is autem mendacium committit, qui dicit se bona fide possidere, quod pessima fide obtinet, & ibi dolus omnino est reprehendendus *secundum l. 1. §. 1. ff. de dolo malo.*

Postea in definitione additur requiri ut hæc actio locum habeat, eum à quo actor accepit rem, ꝑ non esse dominum. Cui valde obicitur *d. l. sed etsi. 7. §. si perenti. ff. de public. 15* & *in rem act.* vbi etiam is, qui verus dominus est habet Publicianam, quia iurat rem suam, & iuramentum satis ostendit eum certum fuisse sui domini. Quia alias est pro veritate, *l. sed si possessori. §. item si iurato, & ibi gloss. & l. 2. ff. de iur. iurando.* Respond. Illo textu se ad id moueri facitur lalon *hic num. 61. in fin. & num. 62.* Ad quem tamen textum postea. num. 66. disputandi gratia respondet eum pro subiecta materia esse intelligendum in eo casu, quando quis credit se esse dominum, cum habeat bonam causam & bonam fidem, quamuis tradens non fuerit dominus, id quod dum probabiliter ignorare potest accipiens, merito potest iurare rem suam esse, hoc est, se non aliter credere & putare quam eam rem suam esse. Vnde lalon verbum, meam, explicat, per quasi meam, pro subiecta materia, Germanicè, *Ich sag were das ich das Euthyre mein Euth halte.* Et dominus Mynſing. num. 8. hoc eleganter explicat hoc modo. Quando dicitur aliquem non esse dominum, aliquem à non domino accepisse, respicitur ad ipsam l. loquentem, & ad casus qui sic venire solent frequenter, & cum eueniunt, apud naturam, vel nostra inspecta, sunt certi.

Non autem referendi sunt ad opinionem actoris, qui ignorare potest, utrum tradens fuerit dominus. Omnia enim generaliter rerum natura cognoscit, quæ nos plerumque diuinare non possumus neque tenemur: verba Myns. elegantia. Itaque auctorem rei traditæ non fuisse dominum ac proinde dominium si quasitum non esse ignorare debet actor illud tantum medicatus, quod traditionem & iustam possidendi causam quæ illi tueretur, nactus sit, & quod nemo suam probet. Vnde vero iurare potest suam esse causam, quia ignorat alterius esse, sed putat suam esse præsertim cum ab alio illa res non vindicetur, & apud talem sit, qui iustam possidendi causam nullam habet. Nec his quicquam aduersatur *l. si duo. 13. §. idem Iulianus. ff. de iur. iur.* (quod tamen a lalonne in d. loco vocatur difficile contrarium) quia ibi verus dominus per præceptionem longi temporis factus iurat suam esse rem, vnde datur ei utilis actio ex iur. iurando scilicet, quæ etiam ad similitudinem indicati in factum actio dicitur. *l. actor. vi. 8. Codic. de rebus credit. & de iur. Bouch. hic & in trad. suo de iur. iur. cap. 1. penult.*

Notandum tamen est hic quod etiam Ultramontani dicant vero ꝑ domino dari Publicianam, id quod probat lalon & Zak. *in fin.* (quamuis tamen ibidem dicat se contra muncim.

- Citramontanorum sententiam velle in consulendo sequi, sibi fere contrarius, id quod Mynſing. 38. fatetur. Mynſing. 37. vbi dicit eam sententiam esse aequiorem & veriore. Citramontani tamen vt & Faber habet pro se textus & rationes. Textus sunt *in l. 1. §. merito ff. de public. in rem act.* vbi dicitur, merito prætor ait nondum vſucaptum. Nam si est vſucaptum, hoc est, si quis etiam dominus factus habet ciuilem actionem, id est, rei vindictam nec desiderat honorariam, id est, Publicianam. Ergo vero domino Publiciana non datur. Secundo probatur id *ex l. si ab eo. 18. ff. de pignor. & hypoth.* vbi dicitur expresse Publicianam ei non dari, qui est dominus. Deinde rationes hæc sunt, quia qui habet ordinariū & ciuile remedium, non debet desiderare extraordinariū & prætorium. *in causa. 10. ff. de minorib. 25. annis.* Porro duæ actiones contrariæ non possunt ad idem tendere, dicere vſucepi & dicere nondum plene vſucepi contraria sunt: Ergo ad idem non possunt competere. His omnibus non obstantibus, priorem sententiā sequimur, & respondemus ad *d. l. 1. §. merito. ff. de public. in rem act.* Et prætor ibi id dicat in casu inuentionis & introductionis huius actionis Publicianæ cum ad id sit introducta, vt cum tueatur, quia non dominus quid accepit bona fide & iusto titulo, cuius tamen dominium nondum plene acquisiuit: tamen non negat prætor, eam non dari directo domino, si malit ob difficultatem probationis dominii, ad hanc confugere, quia dominii est facilis probatio. *l. quamuis. Et ibi Dd. C. de probation.* Nam sæpe euenire potest, vt quis habeat vere dominium, sed tamen id non possit probare, tum sufficit probasse quod dominium, ad cuius probationem admittitur in Publiciana, vnde duas eas actiones prodest in vno libello cumulare & hæc duæ remedia coniungere atque dicere, non quidem possum probare ita dominium, probo tamen me habuisse possessionem iusto titulo & bona fide, quemadmodum Mynſing. 38. & *num. 5. l. in fin. & Zasius respondet. n. 8.* vbi tamen addit se communem Citramontanorum sententiam malle sequi in consulendo. Ad alterum textum *in d. l. si ab eo. 18. ff. de pignor. & hypoth.* quod attinet, is eodem modo est intelligendus, vel dicendum est cum Mynſing. n. 40. ibi nihil aliud affirmari nisi quod debitorem, qui bonæ fidei est possessor, nec dominium plene est consecutus, Publiciana vti posse; Sic eodem modo prætor conseruat & tuetur creditorem per Seru anam, & quidem creditorem bona fide possidentem tuetur aduersus alium, non tamen aduersus dominum ipsum, vt nec Publiciana aduersus dominum vergit, qui exceptione dominii tutus est, vt *thes. 4. affirmamus.* Nec ex illa l. sequitur contrarium argumentum, Publiciana agit, quod est bonæ fidei possessor; Ergo dominus ea agere non potest, quia vtrique ea agit. Ad primam rationem quod attinet, dicendum est, propter probationis difficultatē eas coniungi posse in metu deficientis probationis: vt supra dictum est. Denique vltimā rationem respondendum est, contrarias actiones istas in processu pari pede currere *Zasius. 9.* quem idmodum ante id fuit ostensum, quia & alias omnia eadem sunt in Publiciana quæ in rei vindicta. *dict. l. sed est. 7. §. in public. ff. eodem.* Deinde exemplum de querela inofficiosa & querela falsi, est magis simile, quam idem. *quod Zasius num. 8.* habet, præsertim cum ex quod querela falsi non detur actio propria, vide *l. contra. C. de inoffic. testam.* Et sic omnibus argumentis satis responsum est.
- Supereſt nunc quæſtio: An quod hodie Publiciana sit necessaria? videbatur dicendum quod non, quia potest includi rei vindicationi. Secundo obſtat *Auth. mala fidei. C. de præſcript. long. temporis*, vbi dicitur malam fidem auctoris hoc ſeculo impedire præſcriptionem & vbi non præſcribitur, ibi non potest agi Publiciana. Tertio obſtat *cap. vigilantibus. Et cap. vlt. de præſcript. c. poſſeſſor. d. reg. iur. in 6.* Ad primū argumentū quod attinet, ſciendum eſt, *ex l. 12. Tab. rei vindicationem tantum dari vero domino, non bonæ fidei poſſeſſori.* Prætor igitur ex ſua iuriſdictione ſpeciale inſtroducitur actionem, quæ ita com-

mode rei vindicationi interferi non potuisset. 2. Ad *auth. mala fidei* quod attinet, disponitur ibi, quod mala fidei possessore alienante, si dominus verus ignoret suum ius, & alienatione factam esse, spectetur 30. annorum tempus. Ergo tamen non tollitur per nouissimum ius Publiciana, licet quo ad autorem longius tempus ponatur. Præterea certum est malæ fidei autorem posse vscupendi conditionem in aliis conferre, qui propter bonā fidem & iustum titulum sit bonæ fidei possessor, & defenditur hac actione propter bonā fidem. Hæc Iason n. 76. & 77. 78. habet Mynf. tamen nu. 30. generaliter tam ad d. l. *Auth.* quam ad Canones respondet hoc modo. Omnia illa iura ex naturali certitudine loquuntur, ponunt casum, mouent omnem humanæ calliditatis camerinam, sed cum ad capium humanum & rem præsentem quæ incidat, respicimus, potest sine frequenter accidere, ut actor sit malæ fidei; accipiens autem rem nesciat? potest sine millies in iudicio calumniose à reo allegari contra actorem mala fides vel sua vel actoris? Certe si his casibus tollas Publicianam, facies omnia incerta. Retine igitur semper bonæ fidei autorem: Retine malam fidem actoris non apparere: retine rem carete vitio: & dic hodie semper locum habere Publicianam, non minus quam olim, imo inquit nullam propemodum actionem in foro esse frequentiore.

Ad Thel. 3.] Affirmatur hic hanc actionem ¶ per quandam fictionem esse introdu- 20
ctam, quia fingitur bonæ fidei possessor vscupisse aliquid plene, quod nondum plene v-
sucepit. Sed obicitur, quod nec vbiq; ex parte vscuperit, hoc est, omnino non vscupe-
perit, & tamen datur Publiciana, id quod potest probari per l. *cum sponsus*. 12. §. *is cui ff. de public.* vbi dicitur etsi quis non habeat possessionem tamen datur Publiciana cum tamen certum est vscupationem non esse sine possessione. l. *sine posses. ff. de sur. & vscup.* Et in Publiciana vscupatione opus est. Resp. Ille casus est specialis, quia quando restituitur verbo-
tenus tantum fideicommissaria hereditas etsi non sit tradita possessio, tamen habet Publicianam; scilicet pro iis rebus, quas defunctus bona fide possedit, & heredi per fideicommissum reliquit, vt gloss. explicat, & certum est in legato, transire statim à morte testato-
ris dominium ad legatarium fidei, & fidei etiam possessionem: Vere etiam post aditam hereditatem, idem & in fideicommissio. Nam si dominus vere est testator, transit do-
minium in fideicommissarium: si non, saltem possessio, vt hic, & quidē licet non sit apprehensa, tamen pro eo à tertio consequenda habet actionem Publicianam. Secundo obicitur d. l. *cum sponsus* 12. §. *in vscupalibus*. ff. eod. Respond. Cuiac. in l. 4. §. *libertatem*. ff. de *surpat. & vscup.* putat ¶ vectigalia prædia vscupari non posse, sed tamen posse pro 21
longo tempore acquiri; atque ita cum d. l. *cum sponsus*. §. *in vscupalibus* conciliat. l. *si finit.* 1. §. *in vscupalibus*. ff. de *damno infecto*. gloss. varias solutiones habet in d. §. *in vscupalibus*. inter quas illa placet d. §. *in vscupalibus*. loqui de fiscalibus prædiis vectigalibus. sed dicit. §. *in vscupalibus*, de prædiis vectigalibus ciuitatis, id quod vex, municipis, videtur ostēdere, Chaz-
rontas putat in d. §. *in vscupalibus*. d. l. *si finit.* a. procedere si dominus missio in possessionem aduersario damni infecti cauere noluit, & per contumaciam passus est iuberi à prætorē eū possidere. Tertio obicitur l. *si ego*. 11. §. *partus*. ff. eod. vbi partus ancillæ furtiuæ p Publicianam peti potest, qui apud bonæ fidei possessorem est conceptus, etiam si ab eo, qui emit matrem furtiuam possessus non est; Ergo abque possessione procedit Publiciana. Resp. Partus pro suo vscupari potest, si apud bonæ fidei possessorem concepit. l. *si matrem*. C. pro emtore. l. *qui eas*. 48. §. *ancilla*. Verf. sed si cōcepit. videlicet si edatur eo rēporte, quo furtiuam matrem esse ignorat. Nam dum ¶ matrem vscupare potest, quam emit bona fide 22
cur non & partum qui matrem sequitur. §. *in pecudum*. sup. de *rerum diuis.* non solum. 33. in princ. ff. de *surpat. & vscup.* d. l. *si ego*. §. *partus*. b. si n. Cuiac. ad d. l. 4. §. *heres*. ff. de *surpat.*

• *vsucap.* Sed obiicitur *d. l. 4. §. sed et si ff. de vsurpat. c. §. vsucap.* Respon. Si ancilla prægnans surrepta fuerit, vel si apud furem aut furis heredem concepit, etiamsi apud bonæ fidei possessorem pariat, vsucapi non potest partus, *d. l. si ego. §. partus. d. l. qui dicit §. ancilla*, quia res illa furti vitio labaratur. Partus enim nomine is qui ancillam surripuit, furti actione conueniri non potest, si ancilla apud bonæ fidei possessorem pepererit; ideo autem non potest conueniri, quia partum non contrectauit, *Cuiac. in d. loco.*

- 23 Ad Thef. 4.] Affirmatur hic actionem Publicæ non dari aduersus ipsum dominum. Cui opponitur *l. si à Titio 7. ff. de rei vindicat.* vbi datur hæc actio aduersus dominum ipsum, vt loquitur Zasius *num. 27.* publiciare potest contra ipsum dominum. Respond. Is casus est specialis, vt si ego à Titio bona fide rem alienam emeto, deinde ego cecidi à possessione, quæ peruenit ad Titium, à quo emerā; Is Titius interea factus est dominus rei, forte per successionem, ego peto ab eo rem Publiciana, ipse excipit, se esse dominum interea factum, & me non posse nisi contra dominum: hic ego replico dolo eum facere, cum causam ab eo habeam, & titulum, & ita retraheretur venditio à principio inualida, & dabitur mihi contra eum Publiciana. Idem proponitur *in l. apud Celsum. §. si à Titio. ff. de doli except.* cumque casum notabilem vocat Zasius. *num. 27.* Secundo obiicitur *l. si quis rem. 24. ff. de except. rei iudicata.* vbi datur aduersus dominum hæc actio. Respond. talis ibi est casus. Si emtor est bonæ fidei à Titio vero domino conueniretur rei vindicatione, & quia forte dominium probare non poterat, bonæ fidei emtor obtinet sententiam, & absoluitur à Titio; Si bonæ fidei emtor postea cadat à possessione, quæ perueniat ad Titium, qui se dominum iactitauerat; iam bonæ fidei emtor recte Publiciana agere aduersus Titium, licet vere sit dominus. Tanta est vis rei iudicatæ, qui emtor nitetur sententiæ per eum obrentæ, nec audietur Titius, etiamsi offerat se dominium probaturum, obstante sibi sententia. Tertio obiicitur *l. damni. 18. §. non solum. ff. de damno infecto.* vbi Publiciana datur contra ipsum dominum. Respond. Ille casus similiter est specialis, quia si vicinus meus habet ædes ruinosas, & me postulante nolit cauere de damno infecto, quo casu mittor in possessionem ædium vicini ex primo decreto. Ille vicinus me impedit, prohibet me, concurrit me, ne possim accipere possessionem a prætore mihi decretam. Tunc præter alia remedia possum intentare Publicianam, quia per prætorem accipio conditionem vsucapiendi; Ergo vt sim in possessione & tandè per secundum decretum securus longi temporis possessione consequar dominium. *d. §. non solum c. l. 3. §. ult. in fin. ff. de acquir. possess.*

- Ad Thef. 5.] Affirmatur omnia esse eadem in Publiciana quæ in rei vindicatio. Cui oppono *d. l. si ego. 11. §. si de usufructu. ff. de public.* vbi datur pro seruitutibus hæc actio, cum tamen rei vindicatio pro seruitutibus non detur, sed singulares actiones Confess. & Negat. in eam rem sunt conceptæ, *§. æque, sup. b. tit. num.* Respond. Verum est pro seruitutibus à non domino constitutis, & ab alia forte tertio impeditis datur hæc actio. Rei autem rei vindicatio pro iis non datur, & in eodem hic differunt Mynf. *n. 46. vt & in eo, quod rei vindicatio sit directa: Publiciana vtilis, respectu rei vindicatur, & quamuis d. l. sed et si. 7. §. in Publiciana. ff. eod.* generaliter secundum thesin nostram loquatur: tamè accipienda est, quasi adiecta esset particula, *FERRE*, & rarum non est textum aliquem loqui generaliter, & tamen certas admittere limitationes.

- 26 Ad Thef. 6. 7.] Secunda actio in rem prætoriam est actio rescissoria, quæ veram & perfectam vsucapionem rescindit propter iustam absentiam. Iusta autem absentia etiam illa est; quando quis in vinculis vel seruitute est. Cui valde opponitur quod sine possessione vsucapio non procedit. *l. sine possessione 25. ff. de vsurpat. c. §. vsucap.* Sed qui apud ho-

Resest non possidet, *l. neq. seruu. 11 ff. de surp. & vscap. l. ait prator. 23. §. is autem. ff. ex quib. causis maior*. Ergo neque vscapere potest, quod tamen Iustin. Imper. affirmat. *in §. rursus h. tit. num.* Respond. Zafius *in d. §. rursus* affirmat *num. 13*. hunc nodum in toto orbe soluere posse neminē, Iustinianū vel domitiasse vel vinum bibisse quādo hoc exemplum adiecit. Tandem tamen hanc solidam affert ad hanc rem solutionem, quod etsi quis captus ab hostibus non per se vscapit, vscapiat tamen per seruum ex rebus peculiaribus, quas serui nati sunt, & illa solutio plene habetur *in d. l. ait prator. 23. §. hi plane. ff. de surp. & vscap.* quæ affirmat aliquem quicst apud hostes neque per se, neque per seruum possidere, & ideo non vscapere, quod procedit propter causam peculiarem, si seruus res peculiares non habet. Deinde affirmatur iustam causam absentis esse ꝑ si quis Reipubl. causa sine dolo malo abest. Cui opponitur *l. & qui data. §. fin. ff. ex quib. causis maior.* vbi dicitur eos, qui Romæ Reipubl. operam dant, Reipubl. causa non abesse. Resp. id ideo fit quia illi agūt adhuc in Romana Repub. Insto *ex lege abesse. 32. ff. ex quib. causis maior.* vbi dicitur contrarium. Respond. l. loquitur de illis qui in principis agunt, hi absunt Reipubl. causa, quia provinciæ Romanorum distinctæ fuerunt à Romana Repub. vt ex historiis constat.

Ad Thef. 8. & 9. J affirmatur in hisce 2. thesibus aliquid contra Cuiac. & Borch. & alios Neotericos, qui dicunt hanc actionē vnicā esse, & per rescissionē vscapionis ipsam tē vna vice & tēpore, scil. toto quadriennio peti, nos quinquenniū requirimus, quadrienniū ꝑ ad rescissionē vscapionis; annum vtilem ad rei petitionē id quod Schutt. *conf. 94. n. vlt. cent 3* Zafius *in d. §. rursus. num. 18*. Iason *hic num. 9. 10* Myning *num. 10*. volunt. Et affirmamus ꝑ duplex esse iudicium hic Rescindens & Rescissorium. Contra nostram sententiam obiicitur *l. 1. ff. ex quib. causis maior.* vbi dicitur earū rerū actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit, dabo, vbi nota verba: *causam rerum*; Ergo olim vilis annus fuit ad restitutionem & petitionem ratione rei persequendæ: Et dum mutatus est in quadriennium continuum, annus ad persecutionem vel petitionem non superest. Resp. Effectū inspecto id *in d. l. 1.* dicitur, nam ita sunt coniuncta, vt vbi sit tractatio restitutionis, ibidem etiam fiat mentio rerum, quæ debeat restitui. Secundo obiicitur ꝑ *in d. l. 1.* dicatur, intra annum vtilem (quod olim obtinuit) restitua, hoc est, plene omnia tractentur, omnia consummētur, & absoluantur. Resp. generaliter loquēdo id ita procedit, distincta tamen possunt esse negotia, scil. duo iudicia: rescindens & rescissorium. Insto. Sed absurdū esset ꝑ vna re in hoc negotio duas habere actiones, duos ꝑcessus; vni ad rescissionē impetrandam: Alterū ad rei persecutionem, id quod habet Myns. versatus in praxi optime. Resp. Id *in d. §. rursus & in l. honorariis. ff. de ob. & act.* ita dicitur per duos ablatiuos cōsequētie, qui conditionē important, Rescissa vscapione, hoc est, rescissione impetrata obstaculo remoto, dari intra annum petitionē ad rem. Insto. Sed illa verba: *intra annū*, præcedunt illa verba: *rescissa vscapione*, & tam comprehendunt rescissionē q̃ petitionē, ita vt vno actu & vno labore fiat; Ergo olim annus vilis fuit ad totā rē: hodie quadrienniū tantū ex nouo iure. Resp. *in d. l. in honorariis* dicitur sic. *Rescissa vscapione*, hoc est, post vscapionem rescissam, scil. quid singulari iudicio rescindende factū est, reddi iudicium rescissorium, hoc est, rescissoriam hanc actionē ad persecutionem, & anno finiri, qui adhuc durat. Terrio obiicitur *l. vlt. in princ. C. de temp. in integr. restitut.* vbi minores comparantur maioribus. Minores autem habent tantū quadriennium ad rescissionem totius rei, & ad restitutionem; Ergo maiorib. minus datur. *l. in causa. 13. §. vlt. ff. de minorib.* Respond. Expressum id habemus in maioribus *in d. §. rursus. & in d. l. in honorariis*, & vitari potest id, si dicamus *d. §. rursus. in iure antiquo* loqui. Quarto obiicitur

in d.l. & l. C. de tempor. in integr. restit. dicitur quadriennium requiritur ex iure nouo ad interponendam contestationem & finiendam litem; Ergo non superest annus ad petitionem. Resp. Contestatio ibi de significatione vel compellatione potest accipi, vt & alias non de solennis processus restitutione quam non puro in restitutionibus ita seruari, quæ fuit ex prætoris æquitate & moderatione vel si de vera litis contestatione accipitur peculiaris est actio extraordinaria in restitut: declaranda vsucap. rescissa: & solennis ac peculiaris processus in petitione finito restitutionis negotio: & de restitutionis negotio finito pro subiecta materia ille textus est accipiendus catenus nimirum quadriennium esse: quoad petitionem autem esse adhuc vnum annum utilem dandum. *d. §. rursus. d.l. in honorariis.* Quinto obiicitur *l. sed etsi. 26. §. quoties. ff. ex quib. causis maior.* Respond. Id ratione temporis variat, & ita id est considerandum. Sexto obiicitur *l. & l. C. de repudiari. & absin. hered.* vbi vltra quadriennium datur adhuc triennium. Respond. Id speciale est, vt tradit Cuiac. *in paratit. Cod. h. titul.* & loquitur de suo herede, vnde ei legi non obstat *l. quod minor. 24. §. Scauola. ff. de minor. 25. annis.* quia loquitur in herede extraneo ex verbis, repudiare hereditatem & omittere possessionem; quamvis tamen circa suum & extraneum heredem idem haud dubie fuerit ex generalitate edicti prætorii. Castalius dicit *in d. §. scauola.* fuisse substitutum; *in d.l. & l.* non fuisse, quamvis gloss. correctionem amplectatur. Denique obiicitur *ex l. & l. si maior factus alienationem factam sine decreto.* Respond. Ibi est specialis casus forte in odium eorum, qui prædia minorum non alienanda, sine prætoris auctoritate & decreto, ad se rapiunt, & ita negligunt auctoritatem prætoris:

30. Ad Thec. 10.] Affirmatur hic actionem dari ꝛ absenti contra præsentem. Cui obiicitur *l. is qui Respub. 39. ff. ex quib. causis maior.* vbi absens contra præsentem in ciuitate non habet restitutionem. Resp. Quia reliquit procuratorem dari, per quem potuisset defendi, sed non fuit defensio. Inito contra datam solutionem *ex l. etsi. 26. §. & l. ff. ex quib. causis maior.* vbi dicitur restitui eum, qui procuratorem reliquit. Resp. Loquitur ibi de eo, qui legationem subiit pro ciuitate, is restituitur siue reliquerit procuratorem siue non: Si enim reliquit eum, & per procuratorem tantum stetit, quod non sit defensio, restituitur eum contra procuratorem, si non reliquit procuratorem, ex iusta causa illa absentia in legatione restituitur ex æquitate prætoris.

31. Ad Thec. 11. 12. 13. 14.] Agitur in hisce thematibus, de actione Pauliana, ꝛ qua cap. quæ in fraudem creditorum alienata sunt, rescissa traditione reuocantur, & cõpetit contra eum qui sciens debitorem in fraudem creditorum hoc facere suscepit, quod in fraudem creditorum fiebat. Sed obiicitur quod etiam datur in ipsum fraudatorem. *l. 1. in fin. pr. & l. & l. §. & l. ff. qua in fraud. creditor.* Resp. edictum mandatorum datur tam in fraudatorem, hoc est, debitorem ipsum, quam in eos, cum quibus fraudationis causa debitor aliquid gessit Cuiac. *lib. 12. obseruat. cap. 5.* Sed obiicitur, contra eum, qui omnibus bonis est exutus, actio dari non potest. Ergo nec contra fraudatorem id quod argumentum Ictus ipse *in d.l. & l. §. & l. ff. qua in fraud. credis.* obiicit, & Cuiac. *in d. loco.* Sed respondeo pœnæ causa dari *d.l. & l. §. & l. in fin. ff. eod.* hoc est, si quid post venditionem bonorum aliquid acquisierit, pro modo eius, quod acquisierit, vel si quid fraudationis causa aliquid ita dissipauerit, vt nulla ratione recuperari possit etiã in solidum. *l. si quis dolo. in pr. ff. de re iudic.* in hoc vt vel carcere vel vinculis coerceatur, à quo seruari potuit, id quod etiã vult

32. Wesenb. *in parat. ff. qui in fraud. credis.* vbi dicit, actio datur in ꝛ fraudatorem vt incarcerationetur, cum alias bonis distractis nulla actio superfit, id inquit durum est propter dict. *l. C. eod.* Resp. eodem hoc recidit; Sed obiicitur *l. & l. C. de renouand. his. qua in fraud. credis.*

Ibi dicitur, quod ex edicto perpetuo tantum habeat actionem fraudator, qui fraudando
 tum creditorum gratia debitorum liberavit acceptilatione in quantum facere potest, vel
 dolo malo fecit, quominus possit, cum alias in solidum teneatur is, qui fraudem scisset: Is
 autem qui ignorasset, in quantum locupletior sit factus, l. 6. §. *simili modo* *vers. in hos. ff. quō
 in fraud. credit.* Respond. Cuiac. *in d. loco.* nouum esse edictum *in d. l. & l. C. eod.* potest au-
 tem dici quod teneatur is, qui necessario passus est bonorum venditionem urgentibus ex
 ordine creditoribus tantum ¶ in id, quod facere potest, dolo malo desit posse, non ali-
 ter quam cum, qui sua sponte cessionis beneficio ex l. *Iuliana*, bona sua vendi patitur. Vale-
 re enim in vtroque rationem illam, quæ dictat, inhumanum esse exutum suis bonis in so-
 lidum damnari: §. *Slr. inf. de actionibus.* Voluit igitur Imp. huic rei consulere edicto perpe-
 tuo: At notat *in d. l. & l. Charontas* ipsum Edictum non extare, & illam legem esse singu-
 larem. Notandum vero est fieri aliquid hic in fraudem vel ex onerosa vel ex lucratia cau-
 sa. Si ex onerosa causa puta exemptione tenetur hoc edicto tum, si sciens & fraudulose fecit,
 alias non tenetur edicto hoc, si fraudis est ignorans: Si autem ex causa lucratia, tenetur
 quis, siue sciat fraudem, siue eam ignoret, l. *pen. C. de renouand. in qua.* Et ibi gl. sed tantum
 in id, in quo factus est locupletior, d. l. 6. §. *simili.* *vers. in hos. ff. eod.* Et vocatur actio Paulia-
 na; actio ¶ in factum *in d. l. Cuiac. in tit. C. de renouand. his, & c.* Quamuis Wesenb. aliud
 videatur *in paratit. ff. scilicet actionem Paulianam dici etiam Caluissianam, scilicet in l. ait. 2. ff.
 eod.* ad Caluissianamque refert illud posterius edictum, quod eiusdem est effectus & ma-
 teria; cum Pauliana saltem diuersis nominibus actiones esse proditas. Et hoc saltem esse
 in secundo edicto, quod interdum in factum actionem daturum se prætor polliceatur,
 de facta fraudis seu fraudationis mentione, Wesenb. *num. 1. 2. 5.* Cuiac. vult semper il-
 lam actionem Paulianam dici posse in factum, id quod etiam defendere videtur l. *penult.*
C. eod.

Contra thes. 15. 16. ¶ Agitur hic de aliâ actione in re prætoria, scil. de Seruiana, ¶ qua
 experitur locator de rebus coloni, hoc est, conductoris siue is sit colonus siue inquilinus,
 alias theses sequens non subsisteret, & Imp. quidem vocabulum, *Colonus*, habet: Addit Zas.
num. 9. & seqq. etiam Inquilinum intelligi & Myns. *num. 4. per l. 2. ff. in quibus causis pign.*
Vel hypoth. tac. contrah. Colonus autem dicitur ¶ qui in ciuitate agrum conducit, si quis
 in villa conducere prædium vrbani, is esset inquilinus, quia locus non facit inquilinū
 vel colōnum, sed materia. l. *Urbanus. 16. ff. de Verb. sign.* Et l. *Ctus in re pignoris. ff. de acqui.
 possess.* dicit colonum qui in agro, inquilinum qui in ædibus conducunt, vt studiosi sunt
 inquilini, illorum bona sunt pro pensione affecta & obligata: Zas. *num. 15.* si tamen ibi
 perpetuo sunt: Ergo non libri, non vestes. Loquimur autem de prædio vrbano tantum,
 non de rustico prædio. l. *eo iure. 4. in princ. ff. in quibus causis pign. Vel hypoth.* Et sciendum
 ¶ bona rusticorum esse manifesta, vt plurimum, ligones, rastri, arculi, aratra; Inquilinorū
 occulta sæpe cum & versutiores sint, volunt pauperiores sæpe videri, ne vilescant, ne pa-
 teant diuitiarum aliorum inuidiæ. Huc etiam pertinet Colonus, Partiatius, qui improprie et-
 iam venit, extenso vocabulo Zas. *n. 14.* Myns. *n. 8.*

Ad thes. 17. 18. 19. ¶ Agitur hic de actione hypothecaria, ¶ qua creditor agit ad pignoris
 persecutionem aduersus quemlibet possessorem, & hæc ad exemplum Seruianæ est intro-
 ducta, l. 1. *C. de precario.* Differt autem plurimum ¶ a pignoratitia quia illa vnum nomen
 retinet; Hypotheca non. Illa est in personam, hæc realis; illa ciuilis, hæc prætoria; illa da-
 tur debitori pignoris recipiendi causa: Hæc creditori pignoris vindicandi causa; actio hy-
 pothec. soluta pecunia à debitore perimitur; illa soluta pecunia nascitur. Inter pignus
 & hypothecam quo ad hanc actionem nulla est differentia. Datur namque hoc actio tam
 V 3. pro.

pro pignore, quam pro hypotheca à quolibet possessore vendicanda: Alias tamen est differentia inter hypothecam & pignus, quia pignus traditione constituitur, & plurimum est in mobili re: Hypotheca vero nuda mentione & plerunque est rei immobilis, l. 1. c. l. 9. §. 1. ff. de pign. ar.

Ad Corollarium.] Dissensio est inter Dd. in ea quaestione: † An merces venales illatae in domum conductam tacite sint obligatae creditor? Zasius constanter id affirmat num. 10. 11. contra Iasonem num. 44. in §. item Serviana. Iasonis & aliorum argumenta haec sunt. Primo ex l. in pradiu. 7. §. Vel ff. in quibus causis pign. Vel hypoth. contrah. vbi dicitur ea tantum obligata esse locatori tacite, quae eo animo inuecta illatae sunt, ut ibi sint perpetuo: sed merces venales non sunt in taberna perpetuo: Ergo tacite non sunt obligatae. Respond. Verum est, quotidie aliquae distrahuntur, quod licet, fiat, subinde tamen aliquae substituuntur. In genere igitur & generali affectione obligantur, licet non in specie, & oculus dirigitur ad genus, scil. prout semper ibi merces sunt, quales tandem sunt, licet non sint eadē. Myns. n. 16. & hoc pro Zasio & Myns. expresse probat l. cum tabernam. 34. ff. de pign. c. hypoth. quam dicit Zasius pro hac re esse evidentissimam, nimirum pignori esse tacite obligatas merces quae distrahuntur, si modo aliae comparantur. Deinde probatur id ex l. proponebatur. 76. ff. de iudic. vbi populus in ciuitate adhuc idem putatur, qui ante centum annos fuit: Ergo & merces quae comparantur, sunt eadem, quae olim fuerunt, & est pulchrum simile & conueniens. Secundo obiicitur §. item Serviana. h. tit. n. vbi exemplum in mercibus non ponitur: Ergo merces tacitae non sunt obligatae pro pensione. Respond. Exempla non restringunt regulas, dicitur ibi de colono seu inquilino, cuius res sunt tacitae obligatae pro pensione. Neq. additur quales illae res sunt; Harum autem numero sunt merces, ut iam est probatum. Denique obiicitur l. generali. 32. c. 6. xxi. ff. de vsu & usufr. legat. vbi quis vxori legauit vsumfructum domuum & omnium quae in iis erant, excepto argento, & deceditur nec ea venire quae mercis causa sunt comparata: Ergo nec hic veniunt merces tacite pignoris loco. Respond. à legato ad praesentem nostrum casum pignoris male inferitur, praesertim cum d. l. cum tabernam, id expresse velit.

DISPUTATIO XXXVIII.

De actionibus praetoriis in personam, & de poenalibus.

CONTINUATIO.

Praemissis actionibus in rem praetoriis, sequuntur actiones in personam praetoriae. §. in personam. Institut. de action. Wesenbec. & Schneidvvein. hic.

Thesis 1. Actiones personales praetoriae sunt, de constituta pecunia de peculio & iuratoria, seu actio in factum ex iuramento praestito. d. §. in personam. hoc tit.

2. Actio de constituta pecunia est actio in personam praetoria, qua agitur contra eum, qui nudo pacto constituit, seu deliberate promittit, se soluturum esse, quod is aut alius ex nudo pacto vel quacumq. alia causa debebat. §. de constituta. institut. de action. Mynling. hic num. 3.

3 Ex quo nunc constat, hanc actionem per nudum pactum esse introductam, vtilemque actionem concedi ei, cui per nudam conuentionem constituitur aliquid vel sibi vel alii debitum. §. *de constituta. h. tit. l. eum qui. §. Iulianus. ff. de constitut. pecun.*

4 An aliquis sine admonitione seu interpellatione constitui possit in mora, quæ vel fit ex persona, vel ex re. *l. as. in §. in personam. n. 55. Inst. de act. Barr. in l. promissor. §. 1. ad fin. ff. eod. tit.*

5 Hæc actio datur aduersus eum, qui vel pro se, vel pro alio dare & facere ex quacunque causa vel contractu siue certi siue incerti constituit. *l. 1. §. debitum. 6. & l. qui autem. ff. de constitut. pecun.*

6 Distinguiamus hoc loco inter illud, quod fit exceptione & ipso iure secundum actiones bonæ fidei & stricti iuris. §. *in bonæ fidei. & ibi Zasius. Institut. de action.*

7 Actio de constituta pecunia datur quoque ad omnes res in constitutum deductas, siue sint mobiles, siue sese monentes. *l. 1. ad S. C. Macedon. l. 1. C. de probat. l. 2. C. de constit. pecun. Ioan. de Plat. in §. de constituta. n. 100. h. tit.*

8 In hanc demum transfusa est actio receptitia, quæ aduersus argentarios olim dabatur. §. *in personam. h. tit. l. 12. C. de constitut. pecun.*

9 Differunt inter se actio de constituta pecunia & receptitia, quod illa procedit, quicumque is fuisset, qui constitueret: hæc vero tum demum valet, cum argentarius constituisset; quæ differentia hodie per Iustinianum sublata est. *l. 2. C. de constitut. pecun.*

10 Actio de peculio est actio prætorialis, qua petimus à patre vel domino, ut pro filio familias viuentem, vel seruo nobis ex contractu obligatus, quatenus in peculio est, soluat. §. *actiones autem. Instit. h. tit. Myns. hic. n. 13.*

11 Hæc datur ei, qui contraxit cum filio familias vel seruo, cui aut à patre vel domino concessum est peculium. *l. 3. §. si filius familias. & l. si quis seruum. ff. de peculio.*

12 Actio de peculio quoque competit aduersus patrem vel dominum, filio vel seruo peculium cōcedentem, & quidem perpetuo, quamdiu filius vel seruus in potestate est. *l. si quis seruum. ff. de peculio.*

13 Actio iuratoria est actio prætorialis in personam, qua agit is, qui deferre aduersario in continenti iurauit aliquid sibi deberi, vel reum res suas possidere, §. *item si quis. Institut. hoc tit. Myns. hic num. 15.*

14 Hæc actio vocatur quoque actio in factum. *d. §. item si quis. vbi Zasius & Schneidvv. latius, hoc tit.*

15 Iuramentum, est asseueratio quædā, qua iurans Deum inuocat testem, ut si à scopo veritatis aberrer, seipsum puniat. *Myns. in §. item si quis. h. tit. Zas. d. loco.*

16 Iura.

16 Iuratoria in personam seu utilis ex contractu seu in factum, ex iuramento datur iuranti in iudicio ad postulationem alterius partis, siue adiecta causa siue non, in actione personali. *l. si duo patroni. §. si quis iuraverit. & §. Marcellus. ff. de iureiur.*

17 Actio ex iureiurando competit contra deferentem iuramentum in actione personali. *l. iusurandum. §. prator ait. ff. de iureiur.*

18 Expōitis actionibus pratoriis personalibus: sequuntur nunc actiones pœnales, ut est actio de albo corrupto, quæ datur contra eum, qui vel ipse, vel per alium dolo corruptit vel sustulit id, quod in albo pratoris perpetuæ iurisdictionis causa propositum est, ut mulctetur pœna 50. aureorum. *l. si quis id quod. ff. de iurisdic. Mynsing. in §. pœnales quoque. num. 15. Instituit. hoc tit.*

19 Actio in ius vocandi, est actio pœnalis pratoria, per quam filius emancipatus aut libertus, qui patrem patronumve sine pratoris venia in ius vocavit: pœna 50. aureorum damnatur. *l. penult. ff. de in ius vocand.*

20 Vasallus an Dominum sine venia in ius vocare possit? Wescenbec. in paratit. *ff. de in ius vocand. Zasius in §. pœnales. num. 26. hoc tit. & Mynsing. d. loco. num. 40.*

21 Actio de in ius vocato vi exempto, est actio pratoria pœnalis, qua cum eo agitur, qui in ius vocatum vi exemit, seu dolo malo eximi curavit, ut quanti ea res ab actore æstimatur, damnetur. *l. 1. & l. si per alium. ff. ne quis eum qui in ius vocab. vi exim.*

Corollarium 1. Iurisiurandi decisivi species an sint tres, vel saltem duæ? Mynsing. & Zasius *hoc loco, & tot. tit. ff. de iureiur.*

2. Fides hosti data, an sit servanda? Hotoman. *lib. illustr. question. quæst. 7. l. in l. princ. ff. de pact. l. 1. ff. de constit. pecun. c. 2. extra, de iureiur.*

DISPUTATIONIS XXXVIII.

De actionibus pratoriis in personam, & de pœnalibus, objectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 Actiones pratoria personales quot sint.
- 2 Actio constituta pecunia est ex iure gentium.
- 3 Actio constituta pecunia quid sit.
- 4 Constitutum sit nudo consensu seu pacto.
- 5 Actio constituta pecunia quomodo introducta, & quomodo obligationem pariat.
- 6 Actio constituta pecunia quando detur.
- 7 Stipulatio & constitutum quomodo differant.

- 8 *Mora quotuplex sit.*
- 9 *Receptitia actio an recte dicatur effusa esse in actionem constituta pecunia.*
- 10 *Constitutum potest ciuili & naturali obligationi accedere.*
- 11 *Debitum conditionale, an possit esse in constitutione.*
- 12 *Actio de peculio an sit peculiaris actio.*
- 13 *Pater an ex contractu filij tantum peculiatus conueniatur.*
- 14 *Taciturnitas pro voluntate accipitur.*
- 15 *Peculium castrense manet apud filium, soluta etiam patria potestate.*
- 16 *Pater an possit deteriorare peculium filij.*
- 17 *Filius tam ex contrahibus quam ex delictis, in solidum conueniri potest.*
- 18 *Actio directa nulla filio datur, licet utilem interdum habeat.*
- 19 *Actio de peculio quando in patrem detur.*
- 20 *Actio ex iureiurando cui competat.*
- 21 *Iusiurandum quare actionem producat.*
- 22 *Iuratum quando est, nulla amplius datur actio.*
- 23 *Iusiurandum iudiciale qualem producat actionem.*
- 24 *Iusiurandum instar rei iudicata habetur.*
- 25 *Commodum ex improbitate sua nemo sentire debet.*
- 26 *Perturrium detectum quomodo puniatur.*
- 27 *Actiones penales quae sint.*
- 28 *Album pratoris quid fuerit.*
- 29 *Actio de albo corrupto contra quos detur.*
- 30 *Actio de albo corrupto est annalis, & non datur contra heredes corruptentium.*
- 31 *Pena contra corruptentes album qualis detur.*
- 32 *Pena actionis de albo corrupto cui applicetur.*
- 33 *Actio penalis de iniuria vocando quid sit.*
- 34 *Lis aliqua an inter patrem & filium esse possit.*
- 35 *Vasallus an possit Dominum sine Senia in ius vocare.*
- 36 *Libertus & Vasallus aequiparantur.*
- 37 *Libertus & Vasallus quomodo differant.*
- 38 *Vasallus Domino subiectus est ratione accepti beneficij.*
- 39 *Scholaris an sine Senia petitione possit Doctorem suum in ius vocare.*
- 40 *Exemptiua actio quid sit & quando competat.*
- 41 *Iuriisurandi de cisiui an tres sint species, an vero tantum dua.*
- 42 *Iuriisurandi species tres quae sint & quomodo definiantur.*
- 43 *Iuramentum iudiciale an sit necessarium.*
- 44 *Liti vocabulum quomodo accipitur.*
- 45 *Hosti an fides sit seruanda.*
- 46 *Aequitas est ex iure naturali.*
- 47 *Vi metusq; causa factum, an ratum habeatur.*
- 48 *Abolutio Papsfica an absolueri aliquem possit à iuramento quod quī prestauit.*

POST actiones pratorias reales sequuntur actiones pratoriae personales; harum tres hoc loco referuntur, scilicet constitutae pecuniae actio, actio de peculio, & ex iuramento actio.

Ad thes. 1. a.] Primo loco proponitur actio constitutae pecuniae, Haec materia est multum

multum utilis, & magis mercatoribus, qui magis vruntur hac materia constituendi se soluturos pro seipsis vel pro aliis, quam aliquod aliud genus hominum. Bald. *in rubr. de constit. pecun.* quemadmodum refert Ias. *hic in §. in personam. in pr.* Alias autem hæc actio est ex iure gent. quia naturali rationi cōuenit, ea seruari, quæ se inel inter contrahentes placuerunt. *l. ff. de constit. pecun. l. 1. in rr. ff. de pact.* Et Cicero pro Roscio Amerino dicit: Fidem qui lædir, oppugnat commune præsidium, & disturbat humanam societatem. Est autem actio constitutæ pecuniæ, quæ agit cum omnibus, qui pro se vel alio se soluturos nulla stipulatione interposita constituerunt. Constitutum igitur si nudo consensu sit, hoc est, nudo pacto seu nuda conuentione, ut Iason *num. 21. hic* explicat. Sed obiicitur *l. iur. gent. 7. §. sed cum nulla. ff. de pact.* ubi dicitur, quod ex nudo pacto actio non datur. Hic nudum est pactum, scilicet. dabo tibi centum. Ergo actionem non producit. Respond. Ias. *hic. n. 1. dicit,* ante prædictas omnes actiones omnia fuisse expedita per manum regiam, id quod cōstat ex *l. 1. in pr. ff. de orig. iur.* Graue enim erat fallere fidem, cum nihil sit magis congruum fidei humanæ, quàm ea, quæ placuerunt seruari, *d. l. 1. ff. de pact.* postea si superuenit ius civile, & hūc consensum recepit, & approbavit, deditque certa nomina conuentionib. Firmis, innum inuenit vinculum stipulationis, ex qua actio oritur efficax *l. si quis certum. ff. si cert. pec.* Superueniunt etiam prætores, qui æquitatem præ oculis habere debent, *l. quod si Ephesi. in fin. ff. de eo, quod cert. loco.* & nudum pactum sine verborum obligatione confirmarunt, quemadmodum hic exempli gratia. Si mihi debes ex nudo pacto centum, si tantum quis cōstituit se mihi pro se vel pro alio soluturum eo loco & tempore, inde oritur hæc actio priora: Nudum igitur pactum non est, sed vna hic confirmatio adest prætoris, & sit duplex vinculum, unde hoc pactum nudum sit legitimum, & producit actionem *l. legitima. c. ff. de pact. per se* tamen pactum nudum manet, licet propter confirmationem prætoris accedentem fiat legitimum, Borch. *c. 2. de pact. n. 33.* Et sic hoc nudum pactum per se non parit actionem, sed eadens super præcedenti debito ita calefit, ut ex illa geminata promissione, fiat efficax; habet igitur actio fomentum à iure prætorio. Secundo obiicitur hoc, quod in superiore stipulatione attractum fuit, scilicet. hanc actionem posse dari etiã tum, quando cum stipulatione est constitutum factum, prout etiam Publiciana potest dari vero domino, quamuis directam habeat rei vindicatio. prout etiam, propria actio ex stipulatu eo casu competit, quando stipulatione quid est confirmatū: Datur igitur hæc actio, quando stipulatione est quid cōtractum. Nam hæc actio propter prætoris auctoritatem concepta est in eum casum, quando nudo pacto quid est, promissum, manet nihilominus verum, eam etiam eo casu dari posse inspecto iure civili, quando quid cum stipulatione est contractum, & per consequens falsum est, quod in definitione affirmatur. Resp. Ias. *n. 22. ex sententia Iacobi Bruci:* dicit id esse sustentabile, postea tamen *n. 23. dicit* communem sententiam esse veriore, scilicet. quando per stipulationem sit non dari actionem ex constituta pecunia, id quod inde etiam probatur, quod distulerant stipulationem & constitutum. Constitutum enim debitum *l. 2. C. eod. Indebitum stipulari* possumus. *l. si leuicommisum. ff. de condict. indeb.* Vnde etiã Myns. *n. 2. inter eas* distinguit actiones, & merito, cum etiã illæ actiones origine fiat cōtrariæ, & extraordinariæ prætoris remedium non sit assumendum præsentem ordinario scilicet. iuris civilis. *l. in causa. 16. ff. de minorib.* Præterea in Publiciana longe erat diuersa ratio, illa namque potest cum civili ordinaria actione rei vindicatione coniungi saltē propter difficultatem probationis, ut si non probetur in rei vindicatione dominium: tamen saltē quod dominium in Public. probetur, ut *supr. pced. disput.* visum fuit. Tercio obiicitur *l. quia. r. §. si quis constituerit cum seq. ff. de constit. pecun.* ubi quod constituit, alium pro se fidei iurum, tenetur, cum tamen in *l. eum qui Ephesi. §. §. Iulianus. vers. sed si quis. ff. de constit. pecun.* dicatur, si quis cōstituerit alium soluturum non se pro alio,

non tenetur; Ergo adhuc definitio non subsistit. Resp. Diuersi sunt casus, quando quis constituit tertium soluturum, constitutum non tenet: Secus autem si constituat tertium pro se fideiussurum. Ideo Barr. dicit *in d. l. qui autem*. quod quando aliquis promittit aliquem facturum id ad cuius observationem ipse tenetur, quod tunc dicatur se promittere facturum vel curaturum. Denique obiciuntur duo Pauli responsa inter se pugnantia, scil. *l. si vero. 8. ff. de constit. pecun.* ubi dicitur, si mihi vel Titio constituisti te soluturum, Titio soluis, nihilominus mihi teneberis. Sed *in d. l. si ita stipulatus. 59. ff. de solut.* dicitur contrarium. Respond. Horum hic responderi ipso iure alterum altero non liberari, sed per exceptionem. *l. si. §. si. ff. de verb. oblig. l. pen. ff. de constit. pecun.*

Ad Thef. 3.] Affirmatur ibi sine admonitione, hoc est, citra interpellationem aliquem in mora constitui, Iason hic *num. 46. Fab. colum. pen. Barr. l. promissor. §. 1. ad fin.* Iason etiam *in §. in personam. num. 55. hic.* Sed oppono *l. mora. 32. in princ. ff. de sur.* ubi dicitur, mora fieri intelligitur non ex re, sed è persona, hoc est, si interpellatus oportuno loco non soluerit: Ergo interpellatione est opus, & sine ea mora non committitur. Respond. Mora est ¶ duplex, una quæ fit ex persona, & illa proprie est mora, de qua dicitur in legibus. Deinde mora fit ex re sine interpellatione, & illa improprie mora dicitur, imo negatur mora esse respectu propriæ moræ, quæ fit ex persona, *d. l. mora.* Interim tamen vere mora dicitur *in l. in minorum. 3. C. quibus causis integr. restit. necessario non est.* vide Borch. *de sur. c. 8. num. 13.*

Ad Thef. 4. §. 6.] Distinguitur hic inter id, quod fit exceptione, & ipso iure secundum actiones bonæ fidei & stricti iuris. Cui primo obicitur *l. nihil interest. ff. de reg. iur.* ubi dicitur, nihil interest ipso iure quid fiat, an per exceptionem. Respond. Zasius *in §. bona fidei, num. 4. h. tit. n.* dicit duram hanc esse obiectionem; sed sciendum est *d. l. nihil* procedere effectui inspecto: Nam vnum tantum prodest ad rei persecutionem, quantum alterum, sed quo ad iudiciale obseruationem & originem plurimum interest. Nam quod ipso iure competit, non opus est tibi exceptione. Id quod etiam in compensatione videmus, ubi olim oportebat solenniter obicere exceptionem *l. si constat. C. de compensat.* Secundo obicitur *l. stipulatus sum. 105. ff. de verb. oblig.* ubi dicitur Sabinum recte dixisse, ipso iure in stricto iudicio liberari debitorem, puta in stipulatione re post obligationem perempta, id quod illud verbum, continuo, ostendit. Respond. Cuiac. *ibid.* & Borch. *c. si. de sur. n. 15.* dicunt, controuersiam de eo inter Ictos fuisse, id quod *in d. l. stipulatus.* non obscure ostenditur, & Sabini sententiam *in d. l. stipulatus* non obtinuisse, sed præualuisse Proculianorum sententiam, *in l. qui. 10. 72. in pr. ff. de solut.* quam nos in thesi ponimus.

Ad Thef. 7. §. 9.] Affirmatur actionem ¶ receptitiam à recipio, id est, promitto dictam, cessam esse in actionem constitutæ pecuniæ; Sed oppono ita: Omnia eadē sunt in actione constitutæ pecuniæ, quæ in stipulatione, *l. 2. C. de constit. pecun.* Sed constituimus debitum *d. l. 2.* Stipulari autem possumus etiam in debitum. *l. fideicom. ff. de cond. indeb.* Ergo falsum est omnia esse eadem in actione constitutæ pecuniæ, quæ in stipulatione. Respond. In hoc non conueniunt, id quod fatemur & Dn. Borch. explicat. In sto. Sed stipulatio potest accedere naturali & ciuili obligationi, & efficax est, imo potest stipulatio locū habere tum, quando quis honorario, id est, prætorio iure est obligatus. Tum. n. fideiussori potest dari, qui sine stipulatione non accedit, id quod probatur per *l. grace 8. §. cum seq. ff. de fideiussor. c. mandat.* Sed constitutum non potest fieri, si iure ciuili, h. e. obligatione ciuili quis aliquid debet: Ergo male id asseritur: Minore probō per *l. 3. §. si quis iure ciuili. ff. de constit. pecun.* ubi dicitur eū qui iure ciuili quod debet, non posse cōstituerē, vel constitutum non tenere, i. valere. Resp. Certum est ex *l. 1. per 1. §. ff. de constit. pecun.* quod constitutum ¶ ciuili & naturali obligationi accedere

accedere possit; quod autem *in d.l.3. §. si is.* dicitur, id ita est intelligendum, quando quidem prius debitum ciuiler debetur, hoc est, iure ciuili & ipso iure, sed tamen actio ipso iure firma potest elidi & eueri per exceptionem, quia tum in effectu actio ipso iure valida infirmatur, quemadmodum exceptionum ea est natura, vt Iustin. *in §. 1. Et seqq. inf. de except.* ostendit. Denique certum est, *ex d.l.2. C. eod.* quod constitutum tantum de debito fieri possit. Iam autem ¶ conditionale debitum nondum est certum sed sub spe, quod tamen esse in constituto admittitur, *Et thes. 9.* ostendit. Resp. Inprimis hoc attendendum est, an aliquid debeatue siue sub conditione, siue in diem, & quodnam illud sit: Et nihil refert, licet sub conditione quid debeatue, ideo quia tandem illa conditio existere possit, cum semper bene speretur.

- 12 Ad thes. 10.] Affirmatur ibi actionem de peculio esse ¶ peculiarem actionem: Cui ita oppono; Accessorium sequitur naturam principalis. *c. accessorium. de regul. iur. in 6.* Hæc actio est accessoria ad alias actiones bonæ fidei, vel stricti iuris. Ergo non est peculiaris actio dicenda. Respond. Verum est hanc actionem esse quandam actionum qualitatem & adiectionem. Adiecitur non contractui habito inter extraneum & inter filium vel seruum, quatenus in peculio est, ita quatenus est in rem versum, si tamen reuera in rem patris est versum; Si adiecitur contractibus stricti iuris, fit stricti iuris; Si bonæ fidei contractibus adiecitur, bonæ fidei efficitur, *l. in bona fidei. ff. de pecul.* Iason *num. 27. §. actiones. l. sit. n.* Inde tamen non sequitur hanc actionem non posse distinctam esse ab aliis actionibus. Nam vere ab iis distinguitur propter hanc qualitatem adiectam, qua differt ab omnibus aliis actionibus. Eadem ratio est in actione quod iussu; Item in actione de in rem verso, de quibus in vltima de actionibus disputatione infra agetur. Iason tamen *in d. loco.* putat verius esse, actiones illas esse stricti iuris, quamuis concedat illam actionem, quæ contra filium est, esse bonæ fidei, *l. mora. §. in bona fidei. ff. de vsur.* Sed actiones, quæ contra patrem & dominum sunt, puras strictas esse: Deinde affirmatur *in thes. 10.* patrem ¶ conueniri contractu filii tantum peculiotenus, hoc est, quantum vires peculii patiantur: Cui directe obiicitur *l. 1. C. quod cum eo qui in alien. potest. est.* vbi dicitur, quod pater in solidum possit conueniri ratione filii. Respond. Ille casus est summe notandus propter alios textus cum eo pugnantes, & quidem ita est habendum. Si voluntate patris filius factus, decurio est factus & postea tutor constitutus; apparet. sane voluntate patris cum & decurionem & tutorem factum fuisse, idque ex eo apparet, quod pater in vno munere decurionatus consentiens, videatur etiam in reliquis consentire, id quod *in fine d.l.* adiecitur: Dum igitur pater agnouit tacite tutelam filij sui, dum expresse in decurionatum ¶ consentit, merito etiam in solidum conueniri potest, & ¶ taciturnitas pro voluntate accipitur, *l. honores. §. Et ff. de decur.* Atque ita Cuiacius illam l. rectissime explicat *in lib. 13. obser. 34.* Sed contra datam solutionem obiicitur expresse *l. 3. §. Et ff. de pecul.* Et *l. 2. §. penult. ff. ad municipal.* Et *l. 1. §. vltim. ff. de magistrat. conueni.* vbi expresse contrarium dicitur, nimirum filium factum, duumvirum tutorem esse factum & male administrasse tutelam, ac propterea parentem in solidum non conueniri, sed actione ex peculio, quantum vires peculii patiantur, quauis eius voluntate sit duumvir factus: Ergo falsum est, quod antea fuit responsum, parentem in munus duumviratus consentientem, consentire etiam in tutelam, & ideo in solidum conueniri posse. Respond. Diuersa species in illis textibus proponuntur, nimirum tales: pater ibi consentit quidem in honorem expresse. Contradixit autem quo ad tutelam; *d.l. 3. §. Et ff. de peculio.* vnde scientia & taciturnitas ipsius pro consensu haberi nulla ratione potest, imo nec admonitio patris, si filium moneat & cohortetur simpliciter, vt bene tutelam gerat, pro consensu habetur. *l. si filius factus ff. de*

ff. de tutor. ideo pupillo non aliter tenetur in solidum, quam si tutele specialiter consentit; Deinde potest id ita solui, patrem tantum de peculio teneri, si consentit in decurio-
 natum filii, qui tamen filius decurio existens dedit pupillo tutorem alium, tum ratione
 filii qui dedit malum tutorem, conuenitur tantum peculiotenus pater, quia in illum ex-
 traneum tutorem non contentit pater, nec de illo cogitare potuisset, *d. l. 1. §. 1. ff. de ma-*
gistrat. conueniend. Insto, sed quod pater non possit conueniri ratione peculii proba. *per l.*
pater. ff. de Castrensi. pecul. ubi dicitur, quod peculium semel concessum filio eius auferri non
 possit; Ergo per actionem à patre exigi non potest. Respond. *in d. l. pater*, præponitur hoc,
 quod pater peculium filio suo auferre non possit, & si cum alteri det in adoptionem, quia
 semel illum filius iure militia tenuit. Soluta igitur patria potestate nihilominus apud fi-
 lium Castrense peculium manet. Insto contra datam solutionem opponendo *l. 4. §. fin.* 15.
ff. de doli & metus except. ubi dicitur, quod deteriores possit facere res peculiares: Merito
 igitur ea auferre potest, contra *d. l. pater* 12. Respond. *d. l. 4. §. fin.* loquitur de peculio profe-
 citio, vel etiam aduentitio suo tamen modo. Nam profectitium peculium concessio fi-
 liisam. pleno iure, apud patrem manet, *§. 1. sup. per quas person. cuiq. acquir.* unde etiam pa-
 ter deteriorem eius conditionem facere potest. Deinde in aduentitio pater tantum ha-
 bet vsumfructum & ratione vsumfructus dederiorem potest illud peculium; non autem ra-
 tione proprietatis. Sed *d. l. pater* 12. loquitur in Castrensi peculio, quod pleno iure ad fi-
 lium pertinet, in quo etiam vice patrisam. habetur, quemadmodum Ictus Vlp. affirmat,
in l. 2. ff. de S. C. Macedon. Insto denique opponendo *l. filiusam. 39. ff. de ob. & act.* ubi ex
 omnibus causis agi potest cum filiosam. Ergo non agitur cum patre, quia qui omne di-
 cit, nihil excludit. Respond. Manifesti iuris est filiosam. tam ex contradiis, quam 17
 ex delictis conueniri posse in solidum. *d. l. filiusam. 39. ff. de ob. & act. l. tam. ex contradi-*
bis. 57. ff. de iudic. Pater autem post condemnationem filii, vel si his est contestata cum fi-
 lio, isq. deinde est mortuus, in id quantum in periculo est conuenitur, quemadmodum
 disponitur *in d. l. tam. ex contradiis, & in l. 35. ff. de noxal. act.* Sed contra datam solu-
 tionem opponitur *l. filiusam. 39. ff. de ob. & act.* ubi dicitur filiosam. suo nomine actio-
 nem habere non posse, exceptis tamen quibusdam, quæ ibi exprimuntur; Ergo nec con-
 ueniri suo nomine ab alio potest. Respond. Hæc consequentia non ita facile procedit:
 Conueniri ab aliquo potest filiosam. Ergo alios rursus conuenire potest, quia filius non
 agit, sed exercitium illud patri referuatur, qui eius nomine agit. Nullam igitur dire- 18.
 ctam actionem habere, quamuis utilis ei interdum concedatur. *l. si longius. 18. §. fin. ff. de in-*
dic. ut etiam gloss. *in d. l. filiusam. 39. ff. de ob. & act.* ostendit.

Ad Thef. 11. 12.] Affirmatur hic actionem de peculio dari tum in patrem, quando 19.
 parens non iussit, vel quando nihil in eius rem est versum; Cui opponitur *l. mandasti. 46.*
ff. de negot. gest. ubi dicitur, patrem posse conueniri iudicio de peculio, quando ipse pater
 egit, & mandatum filio factum executus est. Resp. Ille casus est notandus, qui talis est:
 Sempronius mandauit filio meo, ut aliquid cmeret, ego cum scirem hanc Sempronii
 esse voluntatem, id emo, ne filius iudicio mandati conueniri possit, & disponitur, quod
 eo casu pater possit conueniri iudicio de peculio, quia filii intuitu, contemplatione & no-
 mine à patre omnia aguntur; Ergo conuenitur pater, quasi filius egisset, scilicet a sti-
 one de peculio, & contra mandantem Sempronium vere habet pater actionem man-
 dati.

Ad Thef. 13. 14. 15. 16. 17.] Agitur in hisce aliquot seqq. thesibus de actione ex iureiu-
 rando, quæ competit ei, qui legitime iurauit sibi pecuniam deberi, quam peteret: Sed 20.
 obicitur ita: Ex nudo pacto non datur actio. *l. iurigen. 7. ff. de pact.* Sed iusiurandum est

2 pactum *l. tutor. 25. §. 1. ff. de iureiur.* Ergo nec ex iuramento actio nasci potest. Resp. Iusurandum assimilatur quidem pacto, maiorem tamen habet autoritatem, & † propter iuramenti religionem ex eo actio inducitur: Deinde cum *Cuiac. in parat. ad tit. C. de rebus credit.* & Dominus Borch. *hic ex c. 8. de iureiur.* Dicimus, loqui nos hic de iuramento iudiciali, quod sententia iudicis condemnatoria sequitur; Nam si iudex dicit: Tu sis condemnatus, oritur inde actio propter vim sententiæ subsecutæ, & hæc solutio pædet satis ex *l. actori 8. C. de rebus credit.* vbi si actor in iudicio iuravit, reo iusiurandum defertur, & iudex postea reum condemnauit, datur actori ad similitudinem iudicati in factum actio, & textum nostrum de iudiciali iuramento agere satis inquit vox: *posulante*; idq; in iudicio fieri Wessenb. putat.

Secundo obiicitur *l. ais prator. 7. §. 1. nam posteaquam 9. in princ. ff. de iureiur.* vbi dicitur, ex iureiurando actionem denegari, hoc est, non dari: Ergo falsum est, quod asseritur, 2 hic dari actionem. Respond. Quando iuratum est † non amplius datur, nec in eum, nec in successores eius actio in eo scilicet casu quando quis iurauit se non debere aliquid alteri, quia statim tollitur naturalis obligatio, & iure priorio nulla actio superest; ciuilitatem tamen manet obligatio, quia perimitur per exceptionem, §. *aque infr. de excep.* scilicet eo in casu quando quis iurauit sibi quid deberi, & ideo actor acquirit actionem *d. l. nam posteaquam 9. §. 1. ff. de iureiur.* id quod Wessenb. explicat in *d. §. aque infr. de excep.* & Mynf.

2 Tertio obiicitur *l. si duo patroni 13. §. si quis iurauerit. ff. de iureiur.* vbi dicitur quod ex iureiurando non datur noua actio sed quod vetus datur actio. *l. sed etsi 7. §. si presentis. ff. de public. in rem.* Resp. Difficilis est resolutio huius quæstionis quænam † ex iureiurando actio datur? Et non tantum interpp. verum etiam Icti hac in quæstione dissentire videntur. Vno in loco dicitur, quod utilis actio datur: Alio in loco quod actio in factum: Tertio in loco, vetus actio: quæ ante ex contractu competeat. Rem hic expeditam fecisse putas *Cuiac. in parat. C. de iureiur.* dicendo. Si extra iudicium est iuratum, vel etiam in iudicio, sententia tamen iudicis condemnatoria non secuta competere veterem actionem secundum *d. l. si duo patroni.* Si autem sententia condemnatoria est secuta ex illa condemnatione nasci utilem actionem iudicati, quæ etiam in factum dicitur, quemadmodum Wessenb. *in parat. hic.* & alii Dd. testantur. Directa autem iudicati actio non datur, quia sententia hic non datur in inuitum, vt alias, & non directo illa actio datur, sed ad placitum litigatorum: Datur igitur actio utilis ad similitudinem iudicati, seu ad exemplum iudicati, *d. l. 3. C. eod.* seu ad petitionem & desiderium litigantium accommodatur hæc actio, & prior actio quasi nouatur *l. grege. §. etiam. ff. de pug.* siue sit in rem, siue in personam. Et certe quasi contractus hic esse apparet, ex autoritate iurisiurandi, q; instat rei iudicari habetur. *l. 2. ff. eod.* Et si spectes conuentionem deferentium & præstantium, & mutuū consensum vim specialiter habet transactionis nouationis delegationis, quemadmodum Mynf. *l. 16. e. legat.* id exprimit, & *Zaf. n. 17.* Insto hoc modo opponendo. *lin duob. 28. §. fin. ff. de iureiur.* vbi dicitur, extra iudicium dari hanc actionem & exceptionem ex iureiur. Ergo contra Cuiac. & Borch. non datur vetus actio, quod verbū, *inducit*, ostendit. Resp. in *d. l. in duob. §. fin.* generaliter hoc asseritur secundum *d. l. posteaquam 9. §. 1. eod.* nimirum actionem dari & exceptionem ex iureiur. scilicet quando in iudicio est condēnario secuta, dari actionem utilem iudicati. Postquā hoc dixit, ita ibidem Ictus proponit casum aliquem qui potest fieri extra iudiciū; quando posterior causa valet, vel dicendum est propter generalitatem textus, ibi veterem actionem dari nihilominus: Vel secundum alios dicemus illam actionem iudicari si extra iudicium est voluntarie iuratum, à partib; propter autoritatem iurisiurandi nasci & propter delationem & præstationem.

Quarto obiicitur referri non licere hoc iusiurandum iudiciale. *l. Marcellus. 11. §. Scl. ff. verū amotarum.* Id quatenus fieri promittitur *in d. l. iusiurand.* & ad pecunias. *§. ait ff. de iur. iur.* Resp. Id speciale est profubiecta materia, quia nemo debet ex sua improbitate sentire cōmodum. Hic mulier est suspecta de furto, & forte cōmisit, ideoq; prætor non dat facultatē referendi iusiurandi, nō vult vxori largiri beneficiū referēdi, id q̄ n. *ll. seqq. ostēditur.* Deniq; obiicitur, quod si periurium sit aliquis puniatur ciuilit̄, *d. l. si duo patrons. §. Et ff. de iur. iur.* Cum tamen dicatur *in l. 2. C. eod.* Deū ultorem habere periuriam. Respon. Oldendorp. *in act. 9. class. in affin. send. n. 2. 3.* affirmat linguæ † amputatione vel manus puniri detectum periurium, & extra ordinem puniri, maxime cum est coniunctum cū alterius damno & iniuria; Quod autē dicitur *in d. l. 2. C. eod.* id intelligendū est, de iuramentis non delatis, non præstitis, vt multi ea sæpe in ore habent; Hæc relinquuntur cuiusque conscientia & anima; hæc Deum ultorem habent, Oldendorp. *d. loco. Wescnb. in paratis. ff. num. 13.*

Ad Thef. 18. Agitur nunc de actionibus pœnalibus. Sed obiicitur abundare vocem, pœnalibus. Nam pœnales etiam sequuntur rem. *l. rei appellatione. ff. de verb. signif. Resp.* Ibi specialiter accipitur tantum pro re quæ debetur ex contractu, vel ex quouis negotio, hic aliter Zaf. Schneidw. *in pr. §. pœnales.* Prima actio est de albo corrupto. Album prætoris volunt † esse tabulam gyplatam seu de albaram, in qua solebant prætores sua edicta proponere, vt ab omnibus legi possent & cognosci, ita Cuiac. & dominus Borch. ex *Coras. lib. 4. Miscellan. c. 6. num. 3.* Vel fuisse chartam quandam, in qua id scribi solebat, quemadmodum Vlp. ita album nominat *in l. si id quod 7. in pr. ff. de iurisd. omnium iud.* id quod Oldendorp. etiā ex Plinio & Tranquillo ostendit *class. 7. act. 3. in pr.* Non autē desunt, qui per albū parietē murum dealbarū intelligūt, quo nihil est absurdius, & absurditatis rationem suppeditat Vlp. *in d. l. si id quod, §. vlt. vbi dicitur,* quod si teneatur hoc edicto, qui tollit album: Paries autem tolli non potest, *Coras. d. loc. in prin.* & in hac sententia est Iason *num. 7. b. §. n.* Hoc autem edictum hodie ad multa alia solet referri, nimirum † contra eos datur, qui corrumpunt, remouent & dilacerant schedulas à magistratibus affixas Ecclesiæ, Curia, vel valuis palatii: vel qui dilacerant aliquam scripturam repositā in Camera actorum, Iason *in d. loco.* Sic vtiliter tenentur hoc edicto non directe qui statuas publicas & libros publice repositos corrumpunt, Oldendorp. *class. 1. act. 3. nu. 1. Mynsing. num. 27.* Et contra eū, qui edicta professorū discindit, vel lituris corrumpit, tollit, quæ in valuis collegii affigi solent *Mynf. num. 28.* Sic tenetur is hoc edicto qui abscondit bullas à literis papalibus, vel qui amouet impressum, & appositum Sigillum. Bart. *in l. Paulus. ff. de fals. s. olim. ext. de rescrip.* Sed obiicitur *l. q. tabulā 8. ff. ad l. l. l. pecul. & l. pen. ff. ad l. Cornel. de fals.* vbi dicitur eos publico iudicio conueniendos esse. Resp. Possent plura in vnam rem pœna-sum remedia esse introducta, ita vt criminaliter & ciuilit̄ agatur. Et si priuatū damnum vindicatur, potest id fieri *l. Aquilia actione.* Hotoman. *hic.*

Hæc porro actio est † annalis, nec datur contra heredes corruptentis, *Mynf. n. 27.* Sed 3 nunc queritur de pœna, quanta illa sit in hoc iudicio? Vlp. *in d. l. si id quod;* quingentos pomit solidos, hanc pœnam retinet Wescnb. *in paratis. de iurisd. nu. 13.* Cuiac. *lib. 10. obs. c. 18. Et de prescript. c. 20.* id quod etiam Zasius sequitur *num. 10.* Et refert Iason *num. 28. 30. 38.* Alii 50. malunt legi, vt Schneidw. *Mynf. num. 15. 30.* Oldendorp. *class. 1. act. 3. nu. 4.* Duar. *lib. 1. annal. disp. c. 48.* argumentū illorum primū, hoc est, pœna sunt potius molliendæ q̄ exasperandæ: Ergo hic dū dubia est lectio, id q̄ mitius est, præferendū est, *l. in interpretatione. ff. de penis. c. in panis & c. in dubiis. de reg. iur. in 6.* quo etiā Ias. n. 38. inclinatur. Resp. Id quidē fieri debet, vbi bona lex & bon⁹ textus nō refragatur, idq; in odiū eorū, qui publica edicta violant;

violant, & quasi crimen læsæ maiestatis committunt. 2 Argumentum eorum est, *ex J. fin. infra de penat. temere litig.* vbi quando quis parentem sine venia in ius vocat, tenetur 50. solidos dare. Dum autem id iudicium æque est pœnale, eadem pœna est retinenda. Resp. Est pœnale iudicium, sed non talem habet appositam pœnam, & ex diuersis non bona fit illatio. Denique quæritur, ¶ cuius illa pœna applicetur, scilicet an parti? Resp. nec id cõstat inter Dd. Alii volunt parti tribui pœnã, cū sit populi iuris, & cuius è populo cõpetat. Alii fisco: Alii vt fiat diuisio. Duaren. putat in l. 7. ff. de iur. iudic. omnium iudic. quomodo modū de sepulchro violando: pœnam esse totam adiudicandam ei, ad quem res pertinent. Iason concludit, quod parti tribuatur l. pen. ff. de in ius vocand. reiectis omnibus limitationibus. Idem Oldend. putat class. 1. act. 3. nu. 4. per l. 3. in princ. ff. de sepulch. viol. Myning. tamen num. 24. dicit pœnam hanc explicari parti, si eius interest: Si nullius interest, sed tantum prætoris, eam applicari fisco. Vide Wefenbec. de iur. iudic. numero 14.

- 33 Ad Thef. 19.] Proponitur hic secunda actio pœnalis de in ius vocando, ¶ qua experitur patronus & parens aduersus libertum & filium, qui sine venia eos vocarunt in ius. Sed obiicitur l. lis nulla. ff. de iudic. l. §. 1. C. de in ius vocando. vbi dicitur litem nullam posse esse inter patrem & filium. Ergo etiam nulla actio. Respon. Hotoman. & Wefenb. hic id de liberis emancipatis accipiunt, quamuis Oldend. class. 1. act. 4. num. 4. dicat differentiam illam inter emancipatos esse sublatam. per Nou. 118. §. 1. id quod in casu successionis & tutela concedimus liberis. Alias responderi potest hoc modo. Lis nulla potest esse inter patrem & filium, nisi prius venia petatur à prætoris, nisi prius prætor id æquum esse arbitretur, vt in hoc casu fit. Nam sequeretur matrem nihilominus posse in ius vocari sine venia, quæ liberos semper non habet in potestate. §. femina sup. de adopt. cum tamen certum sit nec matrem sine venia in ius vocari posse, quod omnibus parentibus eadem debeatur reuerentia. l. 6. ff. de in ius vocand. Sed obiicitur ita: Hodie sine venia quælibet vocari potest in ius, quia cessat id, quod oborto collo in iudicium sunt rapti, & eo respectu veniæ petitione opus fuerit; Dum autem id cessat, hoc etiam cessare potest. Respond. Reuerentia non cessat, & illa veniæ petitionem, & iudicis cognitionem hac in re desiderauit.

- 35 Ad Thef. 20.] Agitur hic de illa quæstione proluxa: An ¶ Vasallus dominum sine venia in ius vocare possit? Qua in re sunt dissidentes interpp. sententiæ. Wefenb. in paratit. ff. de in ius vocand. num. 6. dicit vlti seruari eam sententiam, scilicet Vasallum sine venia non vocare in ius domini non posse; Sed tamen alteram sententiam, scilicet quod id facere sine venia possit, esse communem & Fabian. Iasoni approbari in h. §. pœnales. Deinde Gail. obseruat. 15. num. 9. de pign. dicit suo tempore fuisse pronunciatum, veniæ petitione opus non esse. Hartman. autem in tit. de feud. obs. 45. dicit contrariū in Camera obseruari. Dum igitur tanti viri dissentiant, merito etiam nos dubitamus. Zas. etiam in feud. §. 3. in h. §. sibi est contrarius. Pro illa sententia, veniæ scil. petitione opus esse iustiore, sunt fundamenta; 1. Primum æquiparatio ¶ liberti & Vasalli, qui sæpe clienulus vocatur, & quia sine venia patronus a libertis in ius vocari non potest, nec a Vasallo dominus poterit. l. 4. §. 1. ff. de in ius vocand. l. 1. §. interdictum hoc ff. de vi & vi armata. Secundum argumentum est ex l. 81. C. de liber. caus. vbi dicitur quod salua reuerentia debet in ius vocari patronus a libertis. Eadem verba extant de Vasallo in cap. 6. de milit. Vasall. qui coartatus est. Ergo idem iuris est statuendum, vbi etiam vox, competenter, adicitur. Tertium est ex c. vnico. de f. si lels & ex c. 6. de m. for. si del. vbi multis modis probatur veniæ petitionem omisam sîdem iurata violare.

Pro contraria sententia etiam, bonæ sunt rationes. Et primum est argumentum: à li-
 berto ad Vassallum esse probabile, non tamen esse necessarium, præsertim cū magna dif-
 37
 ferentia sit inter libertum & Vassallū. Libertus accipit libertatē summum bonū, & sic è
 mortuo viuus. *l. seruitutem. ff. de reg. iur.* & incomparabilem seu inestimabilem rem accipit,
 scil. libertatem. *l. libertas. ff. de reg. iur.* id de Vassallo non ita potest dici, qui accipit quidem
 feudum & beneficiū, sed non tantum, vnde merito aliud in liberto est receptum propter
 maiorem reuerentiā ob maius beneficium præstandum, quā rationem Zasius hic habet.
 Gail. *in d. loco.* & Schenck. *in d. c. vñ. de milit. Vassal.* Secundo ad 2. argumentum respondent
 hoc modo. *in d. c. vñ. de milit. Vassal.* curiā vocasse salua reuerentia dominū & competenter,
 hoc est, vt Schenck explicat, curiā ei, id est, domino optimis argumentis persuasit, vt pos-
 sessionem relinquat Vassallo, vel ei illam restituat, quamvis tamen contradici potest, Va-
 sallum primo veniam petiisse à curiā, & post illam petitionē factā, curiā dominū com-
 petenter vocasse, propterea quia sunt conuassalli. Terrio Gail. habet 2. leuiore rationes,
 scil. quod non referatur Vassallus inter personas, quæ veniam petere debent, *in tit. ff. de in*
iur. vocand. quia eo respicere iura ciuilia non potuerunt. Deinde inquit Vassallus non est
 subditus domino. Resp. tamen ab eo feudū habet, & ideo ei subiectus ratione accepti be-
 neficii. Dum igitur dissentiant ita Dd. & ab utraq; parte bona sunt argumenta, sequamur 3
 id quod in loco quouis est receptū, nisi medio alicuius distinctionis id cōponi possit, q̃
 4
 teatur Iacobin. *de S. Georg. in tract. de Homagio n. 26.* & Roland. à Valle *conf. 18. n. 15. in 2. vol.*
 vt refert Borch. *c. vlt. feud. n. 36. in secundo singulari in fin.* An autē Scholaris sine veniæ pe-
 5
 titiōe doctore suum in ius vocare possit, queritur? Dicunt Ioannes de Plat. *hic.* & Ias. *nu.*
78. & 21. n. 23. non requiri veniæ petitionem, vbi tamen Zas. addit, se aliquando tenuisse,
 quod is honor debeat praeceptoribus & parentibus: volunt tamen ex *l. vlt. c. de ex. & transfreū.*
 hodie neminem sine veniā & praecepto magistratus in ius vocari posse.

Ad Thef. 21.] Agitur hic de 3. act. pœnali, quæ exenitiua dicitur, quæ competit, licet 40
 plures etiam eximerint, Zas. *hic. n. 29.* & tunc contra eos in solidum agitur. Myns. *hic. n. 49.*

Ad Corollar. 1.] Queritur, an 3. sint species iurandi decisui. Et primo id rubrica fa-
 41
 ris aperte docet. *tit. ff. de iureiur. volunt. iud. & necess.* Deinde voluntarii iuramenti sit men-
 tio, *in l. iurandum. 17. in pr. & in l. duob. 28. §. vlt. ff. de iureiur.* Iudicialis sit mentio *in l.*
iurandum. 34. §. ait prator. ff. eod. necessariū in l. 31. ff. eod. Deinde illam *τεροτοπικῶν* reti-
 net Mynsing. *num. 2.* Voluntarium est, q̃ quod ex conuentione partium præstat. Zas. 42
nu. 1. iudiciale quod à iudice in iudicio defertur, vel à partibus, iudice approbante. Myns.
nu. 5. Necessarium quod ex necessitate propter inopiam probationis, si scil. iudex aliquid
 habet, quod eum moueat, sed tamen nondum habet plenam probationem. *l. 3. c. eod. c. vlt.*
ext. eo quod nolens volens tenetur, quid recipere. Cuiac. aliud videtur sentire, imita-
 tus græcos, scil. voluntarium esse quod pars parti in iure vel extra iudic. defert. Necessa-
 rium quod defertur & ideo sic dicitur, quia cogitur quæ iurare, nec vilo modo potest
 conditionem illam reicere. *l. pen. §. sed in iuramento. c. de reb. credit.* Iudiciale, quod in iu-
 dicio à iudice defertur. Sed Wesenb. dicit illam distinctionem à cōmuni schola Ictorum,
 abhorrire *n. 7. ff. eod.* Deinde etiā Duaren. *in tit. de reb. credit. c. 2. in pr.* & Horst. *in quib. l. 1.*
thes. 1. ff. de iureiur. διχοτομίας habent, scilicet iusur. esse voluntarium aut necessarium
 eamq; probant. *per l. 1. ff. de iur. vbi iuratur ex pactione.* Deinde quod iudiciale sit necessa-
 rium dicuntur petere ex *l. 34. iusur. §. ait prator. ff. eodem.* vbi dicit prator: iurare cogan-
 tur. Sed respondeo vix, necessarium, si generaliter accipitur, & iudiciale & necessarium
 in specie dictum, potest continere: Specialiter autem si accipitur iudiciale iuramentum
 q̃ nequaquam est necessariū, & quod *in d. l. 1. de autoritate* dicitur, id iudiciali & necessario 45

conuenit. Secundo obicitur *pen §. 1. C. eod. Resp.* In iudicio à partibus iudice approbante deferretur, vel etiam ex coactione & autoritate iudicis; Si ad partis dilationem non vult quis iurare: est autem tantum iudiciale. Tercio obicitur: voluntarium extra iudicium esse: non potest, vbi non est lis, nam lis est, vbi est in iudicium ventum. *Letf. §. si ante. ff. de petis hered. Resp.* litis verbum ¶ generale est, *litis ff. de verb. signif. & hic accipitur pro controuersia extra iudicium. per d. l. ius iurand. qui lex conuenio. ff. de iureiur.* Deniq; si iudiciale est, quod aduersarius in iudicio deferret, solus locus facit iudiciale, sed est æquius vt persona & locus iudiciale faciant. Resp. Iudex approbat in iudicio, & ipsius vna adest auctoritas.

- 45 Ad 2. Corollar.] Affirmatur ¶ hosti fidem esse seruandam, cuius fundamenta nobis sunt comportanda, ex quibus id eo facilis credamus: fundamenta nostra sunt hæc. Primum quia æquitas & iura docent pacta esse seruanda. *Li. in pr. ff. de pact. l. 1. ff. de consit. pecun. & æquitas est ¶ ex iure naturali quod est immutabile, vnde merito fides hosti data est seruanda. Secundum: cum hostibus est communio iuris gent. quod est immutabile; Ergo fides quoque est seruanda. l. vlt. ff. de legation. Tercium. Cum prædonibus & latronibus est communio iuris gent. l. 3. bona fides ff. de positi vel contra. Quartum. Si quis ius iur. non seruat, ille violat si iem, quam Deo promissit, etiam in testimonium rei licitæ possibilis danda adduxit. Sed obicitur textus in 2 Reg. c. 10. vbi Iehu Baalinos sacerdotes contra fidem à medio tollit. Resp. Horum. *illustr. quest. 7.* Iehu ipsis publicani fidem non dedit, & ante fidem datam verissimum est quod dicitur: à Vng. Æneid. 11. Dolus, an virtus, quis in hoste requirit. Secundo obicitur *Li. ff. de dolo malo, vbi dicitur, bonum esse dolum si quis aduersus hostem & latronem machinatur. Resp.* Id procedit quando non est data fides, vnde etiam dicitur in *Li. nihil. 6 ff. de capt. & positi. reuers.* Ius esse dolo malo & fallacia in hostes vti. Tercio obicitur *Li. ff. quo l. vi metus de causa est factum, vbi dicitur, quod vi metusve causa est factum rarum, non habeo. Resp.* Id procedit, si ¶ quid vi est ablatum ex bonis vel metu, id enim est restituendum: Alia est ratio in iuramento super re possibili præstito. In iure Canonico aliqua capitula sunt, quæ dicunt illa iuramenta non esse seruanda, *cap. 2. extra. de iureiur.* Sed respondeo, illa capitula omnia loqui de absolutione papistica, quasi illa sit tantæ virtutis, vt aliquem absolueret possit à iuramento, quod quis præstitit. Sed eam absolutionem esse ¶ impiam & blasphemam satis nunc constat. Denique Cicero *lib. 3. officior.* est contra Corollar. Resp. Cicero ¶ Epithorus considerat magis vim illatam, quam iuramenti religionem super re possibili.*

DISPUTATIO XXXIX.

De actionibus præiudicialibus, & conditione certi ex mutuo: conditione ex stipulatu: & actione ex stipulatu.

CONTINUATIO.

Post expostas iam reales actiones quasdam civiles & prætorias; de præiudicialibus recte agitur, quia illa in rem esse videntur.

Thema 1. Actionibus præiudicialibus de statu alicuius personæ cõtenditur.

2 Et harum tres sunt videl. an quis sit seruus vel liber: An quis sit libertus vel ingenuus: item de partu agnoscendo.

8 Quorum prior est fere ciuilis, posteriores vero duas inter pratorias referri affirmamus.

4 Est autem prima actio duplex: directa & utilis.

5 Directa conceditur domino & seruo, & illis ex verbo & mente legis competit, sicq; directo procedit à lege, & velut è fonte erumpit.

6 Domino datur contra seruum in quasi possessione morantem ad id, ut seruus declaretur: Seruo contra competit aduersus eum qui in quasi possessione seruitutis retinetur ut liber pronuncietur.

7 Utilis vero Principibus, Comitibus, Nobilibus & cæteris dominis prædiorum, aduersus colonos, rusticos, ascripticios, originarios homines: In quibus hodie secundum diuersum Germaniæ consuetudinem ius habent.

8 Secunda actio itidem est duplex: Directa & utilis.

9 Directa datur patrono, qui ex iusta seruitute manumisit, ac libertatis beneficium contulit aduersus libertum, qui est in quasi possessione ingenuitatis, & negat se libertum eius esse, ut libertus esse pronuncietur; vel contra liberto, qui se ingenuum esse dicit, aduersus patronum, qui se talem esse falsa opinione asserbat.

10 Utilis datur dominis, qui rusticos manu miserunt, hoc est, liberam facultatem à prædiis, quo velint, migrandi concesserunt rusticis: Honorem enim debent talibus veluti patronis.

11 Tertia actio conceditur parentibus, qui asserunt patriam potestatem aduersus liberos non exhibentes eis honorem debitum, contra liberis aduersus parentes, qui nolunt agnoscere partem matris, hoc est, sanguinem suum & ex se procreatos, quibus pietas debent, & utroq; casu directa est hæc actio.

12 Sequens nunc diuisio est, quasdam actiones esse rei persequendæ causa comparatas, quasdam pœnæ persequendæ, quasdam mixtas. Rei persequendæ causa, comparatae sunt omnes actiones in rem, ita in personam: & quidem ex, quæ ex contractu nascuntur.

13 Inter has sunt certi condictio ex mutuo: certi condictio ex stipulatu: & actio ex stipulatu, de quibus ordine agemus.

14 Condictio certi ex mutuo, quæ vulgo specialis dicitur, est actio personalis stricti iuris, quæ petitur res nostras, quas alicui mutuo dedimus, in eodem genere non in specie eandem nobis reddendas.

15 Datur hæc actio ei, qui rem suam fungibilem hoc est, in pondere, numero, mensura constituentem mutuo dedit.

16 Is qui communem pecuniam credidit, pro sua parte hanc habet actionem, unde si plures rem suam mutuo dederint, singulis quoque pro parte hæc actio competit, nisi aliud nominatum sit conuentum.

17 Datur etiam absentis, cuius nomine mutuum contrahitur, siue is sci-
at, siue ignoret, pecuniam suam mutuo dari, nec refert vtrum pecunia sit ab-
sentis, an eius, qui numerauit.

18 Et competit aduersus patremfamil. mentis compotem, & puberem,
quoq; ille verterit.

19 Intenditur statim ex obligatione mutui pura: Si autem sub conditio-
ne vel in diem detur mutuum, pendet interim, nec ante diem vel conditio-
nem potest pati.

20 Certi conditio ex stipulatione datur, quoties apparet quid, quale,
quantumq; sit quod promissum est.

21 Est autem actio personalis; manat enim ex contractu & propterea
in heredes transit, & perpetua est.

22 Competit igitur stipulanti seu roganti aduersus permittentem seu re-
spondentem certi aliquid.

23 Actio ex stipulatu oritur, quando incertum in stipulationem est de-
ductum: vt si quis promittat equum.

24 Incertitudo hic intelligenda est, quæ circa speciem rei versatur, cum
tamen de genere conueniat, alioquin stipulatio, quæ nullum prorsus habet
vtriusque partis consensum, non valet.

25 Datur heredibus alias in solidum, alias pro parte & in heredes sub si-
mili differentia etiam si conditionalis sit promissio.

Πάρεστος. Vnam tantum esse certi conditionem, quam generalem no-
minant, sub qua plura sunt diuidua cum Zaspo affirmamus.

DISPUTATIONIS XXXIX:

De actionibus præiudicialibus, obiectiones & resolutiones.

S P M M A R I A.

- 1 *Actiones in rem non sunt in totum reales, sed etiam aliquid de personalibus sapiunt.*
- 2 *Actiones præiudiciales an aliquæ sint.*
- 3 *Præiudicia continentur actionis vocabulo pinguis accepto.*
- 4 *Præiudiciales actiones an recte dicantur esse reales.*
- 5 *Actiones præiudiciales magis esse reales quam personales.*
- 6 *Præiudiciales actiones an agant de rebus priuatis, an vero de publicis.*
- 7 *Præiudicialibus actionibus præiudicatur aliis questionibus, quæ inter actorem & reum
mouentur.*
- 8 *Præiudiciorum genera aliquot.*
- 9 *Hereditatis petitio est iudicium præminens, olim censum virale dictum.*
- 10 *Criminalis actio semper est potentior ciuili.*

- 11 *Praiuudiciales actiones. quibus praiudicent.*
- 12 *Praiuudicium nec debet fieri aliena cognitioni.*
- 13 *Actiones praiuudiciales quos sint.*
- 14 *Actio de alimentis praestandis est singularis cognitio, cui praiudicium fit per iudiciale.*
- 15 *Praiuudicialibus actionibus an opus habeamus, & an sint necessaria.*
- 16 *Rei vindicatio & praiudicium actio quomodo differant.*
- 17 *Status sui, Si nec membrorum suorum, nemo est Dominus.*
- 18 *Status hominis quos contineat.*
- 19 *Liberorum duas esse species, & extra ex his sit praestantior.*
- 20 *Praiuudicialis actio prima, an sit civilis.*
- 21 *Iudicium libertatis quis primo inuenit.*
- 22 *Actio de partu agnoscendo an sit pratoria vel civilis.*
- 23 *Actio praiudicialis prima an recte dicatur directa & civilis.*
- 24 *Servus quare ratione possit actionem habere.*
- 25 *Actio civilis an detur aduersus vasallos & clientes, & contra.*
- 26 *Praiuudicialis actio tertia quibus detur.*
- 27 *Dare significat dominium transferre.*
- 28 *Condicere quare quis possit rem suam a fure.*
- 29 *Condictio furtiva an sit necessaria.*
- 30 *Actio ex stipulatu an tantum rei persequenda causa introducta sit.*
- 31 *Condictio certi ex mutuo, est actio personalis.*
- 32 *Nummi mutuo dati an possint adhuc dici nostri.*
- 33 *Mutuum per biuicem manum quid sit.*
- 34 *Mutuum d. n. s. an assimilationem accipere possit.*
- 35 *Actiones ex stipulatione quos descendant.*
- 36 *Condictio certi an sit duplex, generalis & specialis.*
- 37 *Condictio quid uim fuerit.*
- 38 *Creditum est genus mutui.*
- 39 *Certum qua actione petatur.*
- 40 *Condictio certi est genus, & continet sub se species in quare solui potest, quando fit ad commodatio.*

IM p. Iustin in §. omnium & seqq. egit de realibus actionibus civilibus & pratoriis, quod dum fecit, nunc etiam illas actiones explicat, quæ in rem esse videntur, hoc est, quæ non sunt quidem in totum reales, sed ex parte etiam personales, id quod particula, videntur, satis indicat, quæ satis innuit hasce actiones aliquid etiam sapere est personalibus. Et hæc continuatio licet ad remotiores actiones reales fiat, commodata tamen est; quia etiam in his actionibus praiudicialibus realitas maxime attenditur, præualet, præminet seu præponderat. Pollet, quod fateor, hæc disputatio de praiudicialibus actionibus etiam continuari ad proxime præcedentes §§. de personalibus actionibus, & simul etiam ad remotiores, vel potius ad omnes §§. præcedentes hoc modo post iam reales & personales actiones civiles & pratorias commodissime nunc etiam de praiudicialibus agitur: quia istæ actiones licet reales videntur, personale tamen quid habent, & quasi mixtæ sunt, partim in rem partim in personam, ubi tamen realitas primas obtinet, & potissimum præualet. Deinde una actio est civilis, duæ alteræ sunt pratoriæ, ex quo videmus apte hic de praiudicialibus agi post simpliciter

plices in rem, & in personam ciuiles prætorias, quia hæ mixtæ sunt & constatæ quasi ex realibus & personalibus, ex ciuilibus & prætoriis, de quo etiam valde dubitatur, vt ex leq. apparebit, & tantum de continuatione.

Ad Thesi.] Agitur hic de actionibus præiudicialibus. Sed contra hanc assertionem
 2 videtur probari posse: ¶ nullas esse actiones præiudiciales, idque primo *per l. actionis. 37. in pr. ff. de obl. & act.* vbi dicitur, quod præiudicia nō sint actiones, nec in rem, nec in personam. Imo expresse ab iis præiudicia distinguntur. Ergo præiudicia non sunt actiones. Resp. *in d. l. actionis*, dicitur, quod actionis verbo pinguius accepto cōtineantur præiudicia, quorū interpretationem æquitas desiderat, vt loquitur h. c. Hottom. *in 1. enunc.* Et quamuis hæ actiones non sint vere reales, nec vere personales; tamen in rem scriptæ ac cōceptæ potius sunt, Wesenb. *hic in pr.* vt postea dicemus. Secundo: præiudiciales actiones nō esse actiones ita probari potest: In omni libello cuiusvis actionis tria sunt. 1. Narratio. 2. Medium concludendi. 3. Conclusio. Sed præiudicia sine causa, hoc est, sine medio cōcludendi, quæ causa est, reddi possunt, vt loquitur Ictus. *in l. ult. ff. si libert. in g. esse dicitur*: Ergo præiudiciales non sunt actiones. Resp. Duaren. *lib. 2. annal. diff. cap. 2.* Patronus qui præiudicio experitur aduersus libertum intendit cum libertum seruum esse, & illa est causa propinqua domini, quæ est in realibus actionibus exprimenda. Non tamen cogitur patronus causam intentionis dicere, puta quia operas vel aliud præstare debeat, atque ita Ictum exaudiendum esse Duaren. *in d. loco.* putat. Manet igitur verum actiones præiudiciales vere esse actiones.

Deinde dicitur hæc actiones præiudiciales ¶ reales esse. Cui oppono tale argumentum. Quod debetur personæ à persona, personale est. In præiudicialibus iud. ciu. debetur quid à persona persone, vel quid personale petitur, & agitur vt aliquid fiat: Ergo hæ actiones potius sunt personales, quam reales. Respond. Iustin. Imp. *in b. ut. n. non siue causa*, sed singulari quodam mysterio vitur particula improprietatis, videntur vt & nos in continuatione, & Zas. *n. 7.* qua indicat has actiones non in totum & per omnia esse reales, sed continere in se aliquid personale, scil. quatenus de personæ cuiusdam iure agitur: Quia tamen persequitur quis hisce actionibus ius seu rem proprietariam, scil. vt declaretur quis seruus vel liber; vt declaretur quis ingenuus vel libertus: vt quis declaretur parens, vxor, filius, &c. ideo potius sunt reales & ¶ magis reales, quam personales, quia reale hic magis attenditur, & inspicitur: Iason *n. 20.* dicit. Hæ actiones sunt in rem, & persona petitur declarari seruus, libertus, filius, & illa restitutio officio iudicis fieri potest, vt & in rei vindicatur. *text. in l. cum aliquis in princ. in verbo indicabat, l. i. C. de iure deliber.* & Iason *num. 34.* dicit, non dari officium iudicis extraordinarium, alias vt questio de statu, vt filius vindicetur in filiationem, vel in seruitutem seruus prout competunt præiudiciales. Sed adhuc vt iubeat iudex eum castigari, vel ad similia compelli. *l. i. §. cum patronus. ff. de offic. prefet. urban.* & quod dicitur *in l. 3. §. hoc autem interdictum. ff. de liber. exhib. apud prætorum.* posse disceptari, an quis sit in potestate vel non, id ita est intelligendum, declarationem iuris fieri iure actionis. Cetera, vt fiant alimenta & restitutio, sunt officio iudicis. Iason *num. 36.* & notandum Iasonem *num. 22. & 23.* putare verbum, videntur, alias esse improprietatis notam; hic autem esse expressissimè, vt *in l. seruus filij. §. 1. vbi glo. & Dd. ff. de legat. 1.* Id quod tamen Zas. Oldendorp. Mynsing. & alij negant. Oldendorp. fere eodem modo respondet *class. 3. act. 9. cap. 3.* eas non esse personales, cum non procedant ex aliquo facto vel formula negotij gesti, vt aliquid detur vel fiat, vt personis actio, sed immediate ad ius ipsum, vel libertatem in personis, potius quam ad id quod extra personam, id quod etiam Dominus Borch. affirmat, quando dicit agi duntaxat principaliter

capalinet hifce actionibus ad declarationem fternitatis & libertatis, &c. non ad aliquid dandum vel taciendum, ad id enim aduerfarius non damnatur. Mynfing. dicit non absolute funt reales, fed aliquid admixtum personale habent; praualet tamen quod funt rei perfcutoria, quia in rem competunt, id eft, ius libertatis, libertinitatis & filiationis confequatur. Zahus etiam *hic num. 10.* dicit, perfona hic venit in iudiciu vt res. Duarenus *lib. 2. annal. diffut. c. 2.* dicit eas actiones efle extraordinarias & magis in rem, quia prator ita fere enunciat vt in realibus. Seruum fcilicet efle fuum, filium efle fuum, libertum efle fuum.

Tertio obicitur ab Hottoman. *in enunc. 1.* Actiones quæ non de rebus priuatis agunt, huc non pertinent: Actiones ꝑ præiudiciales non agunt de priuatis rebus: Ergo non funt huius loci. Minorem probo *per l. 2. ff. de ftatu defuncti. vbi Papin.* I Crus dicit: Libertatis caufam publicam, tutelam meriti, & *in l. fed & ha. 15. §. 1. ff. de procur.* præiudiciu ab actione priuata manifefte diftinguitur. Rcfp. Verum quidem eft, caufam ftatus publicam efle, fed ipfe ftatus nondum enim ab aliquo in hifce actionibus, quali fuus petitur, eatenus hæ actiones de priuati alicuius iure agunt.

Quarto obicitur ab Hottoman. hæce actiones nec efle personales, quia non funt ex contractu vel ex delicto: Nec efle reales, quia actiones reales non funt de rebus, quæ non funt in commercio. Rcfp. Nos dicimus eas actiones nec mere efle personales, nec mere reales, fed mixtas. Et quamuis caufa ftatus hic agatur: tamen principaliter hic agitur de eo, vt quis feruus declaretur, & principalis quæftio eft fuper declaratione iuris, quod in feruos & filios habemus, quod fane ius in commercio eft; Si autem conftaret filium efle fuum & feruum efle fuum, non opus effer hæc iudicia intentare, id quod *in l. 3. §. fi dubitatur. ff. de lib. hom. exhib.* exprimitur.

Quinto obicitur ita: Definitio quæ anguftior eft definito, eft vitiofa; Talis eft definitio præiudicialium actionum: ergo eft vitiofa. Minorem probo *per l. fclum. c. de petis. heredit.* vbi præiudicialis dicitur petitio hereditatis, in qua tamen de ftatu non agitur. Rcfpond. Præiudiciales actiones proprie funt, ꝑ quibus præiudicatur aliis quæftionibus, quæ inter actorem & reum mouentur, quæ decidi non poffunt, donec caufa ftatus fit difcufla. Illæ enim hæc pendente interim conquiefcunt, fient, facient, nec mouentur.

Sciendum autem fi pro folutione, plura efle ꝑ præiudiciorum genera. Primo fit ratio. de contingentia, quando duæ caufæ fe contingunt & afficiant, tum enim fententia lata in vna facit præiudiciu in alia, & parit exceptionem rei iudicatæ, exempli ponit *Zal. m. 2. hic,* in hereditate, q̃ fi volo petere, primum hoc oritur: An quis heres fit, hoc iudiciu ratione contingentia prius eft explicandum, altero interim ceffante: Non enim poffum agere fauul. hereditate, nifi conftet an heres fit. Secundum genus eft petiitionis, quando vna caufa eft maioris dignitatis, magis ardua, quàm illa, quæ immifcetur, tunc motus maiores pellit minores, & principalis habet naturam præiudicii *l. per minorem. ff. de iud.* vbi dicitur, per minorem caufam minori cognitioni præiudiciu fieri non oportet. Maior quæftio minorē ad fe trahit, cū minor accelfionis loco fit *per c. accelforij. ff. de reg. iur. in 6.* Tertiū genus continet quæftionē de ftatu, de quo hic ratiū agimus; Hinc nunc facilis eft refponfio *ad d. l. fcl. c. de pet. heredit.* quia vt *Zal. hic.* inquit, hereditatis ꝑ petitio eft iudiciu præminens, & ꝑ opra magna olim peragebatur, vnde certum virale iudiciu dicitur, quia iudicabatur à ieq. Senatorib. & præiudicat propter eminentiam & maioriatē aliis minorib. iudiciis cōfpetentib. pro legatis, libertatib. quæ expediri non poffunt nifi hoc iudiciu fit abfolutum, fed de ftatu ibi non agitur: Ergo ad fecundum genus præiudicialium illud eft referendum, & nihilo-

minus verum manet noshic recte tantum de præiudicialib. pro statu cōpetentibus agere;
 10 id. quod etiam Iason *nu. 39.* ita soluit. Eodem modo ꝑ actio criminalis est potentior ciuili, vnde tamdiu quiescat ciuilib. donec sit expedita criminalis. *l. 6. tit. C. de ordin. iudic.*

Quoties tamen alias absolute & indefinite fit mentio præiudicij vel præiudicium actionum, toties propter eminentiam intelliguntur hæ tres præiudiciales actiones Myns.
 11 *n. 7. & 12.* Et hæ actiones ꝑ aliis præiudicant. Nam prima actio præiudicat actionibus de peculio iuri dominico competētib. Secunda affert præiudicium actionibus operarum. Tertia præiudicat actioni alimentorum successione & similib. Welenb. *hic.* & Dn. Borckholt. Sed huic explicationi opponitur *d. l. 3. §. plane si dubitat. ff. de homine liber. exhib.* vbi dicitur: Si de statu quæritur, non oportet præiudicium fieri alienæ cognitioni: Ergo præiudiciales de statu actiones nō præiudicant aliis actionib. Resp. Agitur ibi de interdictio de libero homine exhibendo & dicitur quætionem esse de statu, si dubitatur, an quis liber vel seruus sit: Si autem certum est aliquem esse liberum, non possum agere actione præiudiciali, quia ꝑ alienæ cognitioni, id est, remotæ à status quæstione, vt est interdictū de libero homine exhibendo, non oportet præiudicium fieri. Certum enim in eo interdictū est, esse aliquem liberum vt est in textu: Manet igitur verum moueri hæc actiones alterius petitionis causa, cui præiudicium faciunt *l. 1. §. 1. ff. de rei vind.*

13 Ad Theſin 2.] Affirmatur hic ꝑ tres esse actiones præiudiciales. Prima an quis sit seruus, vel liber. Secunda, an quis sit ingenuus, vel libertus: Tertia de partu agnoscendo. Et quidem in textu tantum est vox, liber, & vox, libertus, sed subintelliguntur, seruus, ingenuus, quibus opponuntur. Myns *hic n. 7.* Vult autem Hugo Donellus quatuor esse actiones præiudiciales, nempe de partu agnoscendo: & alteram de alimentis præstandis. Sed dicendum est illam actionem ꝑ de alimentis præstandis esse singularem cognitionem, cui præiudicium fit per iudiciale vt supra dictum est; Sed quod ꝑ non opus sit præiudicialib. actionibus, probō ita. Quia confessoria & negatoria dantur pro iuribus incorporalib. scil. rebus vindicandis, & iis, quæ personæ à persona debentur, vt est seruitus personalis. *§. ague. supr. h. tit. n.* Ergo non opus est hisce actionib. Resp. Procedunt illæ actiones & competūt, quando vindico seruitutem realem vel personalem mihi vel prædio meo debitam, quæ ab alio impeditur vel occupatur, sed ibi non est quæstio de statu, vnde peculiares actiones ꝑ eo sunt introductæ. Secundo obiicitur, quod prima actio non sit necessaria, cum rei vindicatio sufficiat, vt constat *ex l. 1. §. 1. ff. de rei vind.* Hottom. *enunc. 1.* Respond. Rei vindicatio ꝑ locum habet, quando seruus ab alio possidetur vt seruus, nec mouet quæstionē seruus de libertate, nec est cōtrouersia de statu, sed dominus simpliciter asserit seruum illū suum seruū esse. Hæc autem actio intentatur, quando dubitatur de statu serui, vnde Duaren. *lib. 2. anal. disp. c. 2. in fin.* dicit: Non dari rei vindicationem, cum de statu est controuersia, quæ tamen competit, cum à tertio quodam seruus possidetur, sed aut prætorē cognoscere extra ordinem, aut reddi præiudicium, hoc est, præiudicialem actionem, *secundum d. l. 1. §. 1. ff. de rei vind.* & non potest rei vindicatio tribui huic actioni, quia agitur hic de statu, id est, re extra cōmercium posita, Nemo enim suorum membrorū, vt nec ꝑ status est dominus, *l. liber homo ff. ad l. Aquil.* Similis est vindicationi *d. l. 1. §. 1. ff. de rei vind.* quia petitur status quasi suus & aduersus quemcūq; ratione possessoris hæc actio intentatur.

17 Tercio obiicitur ab Hottom. plures esse præiudicij actiones, de statu scil. quando dubitatur, an aliqua sit vxor vt expresse dicitur *in l. 3. ff. de libe. agnosc.* Respond. Cohærens illa & tanquam species sunt in genere hoc, de partu agnoscendo, vt & illud an grauida sit vel non, hæc omnia simul in considerationem veniunt, vt constat ex exemplis *in l. circa. 14. l. quoties. 18. ff. de probat. l. adoptiuum. ff. de in iur. vocand.*

Quarto obiicitur secundam actionem non esse de statu, quia status tria continet. 18
 Libertatem, Ciuitatem, & familiam: Sed ibi non disputatur de libertate, quia ingenuus &
 libertus sunt liberi, nec de ciuitate, nec de familia. Respond. Conceditur tri liberorum spe- 19
 cies esse duas, scilicet ingenuos & libertinos, sed ingenuitas tamen longe est preciosior, excel-
 lentior & dignior, cum ortum ex natura trahat, & ex facto hominis, & sit quasi libertas
 quædam ascititia, seu accidentalis, nec tantis privilegiis gaudeat, cum is, qui libertus sit, o-
 peras præstare suo patrono cogatur; non autem is, qui ingenuus probatur, qui patronum
 non habet: Contendit igitur in hac actione patronus, cum, qui se ingenuum dicit, esse li-
 bertum, unde merito est contentio & controuersia de status prærogatiua in ipsa libertate,
 cum hæ duæ species libertatis inter se dissentiant, & pertinet hæ actio vere ad libertatem
 & sic ad statum ut species pertineat ad suum genus. Et quamuis inferatur, quod hodie per
 ius nouissimum nimium per Nouellam, *Et liberti de cætero*, sit sublata differentia inter liber-
 tinitatem & ingenuitatem: tamen sciendum est id fictione constitutionis Imperatorie ef-
 se factum, ut sint eiusdem priuilegii dotati, omnes liberti ut ingenui: Interim tamen ex ip-
 sa Iustin. constit. hoc adhuc relinquitur, ut ius patronatus maneat saluum in patronis, hoc
 est, ut liberti honorem & operâ eis præstent, quod non est in ingenuis, qui nullum agnoscunt
 patronum, & ideo merito adhuc etiam de statu eam ob causam contendî possent, nisi ser-
 uitus illa Romanorum apud nos esset sublata.

Ad Thef. 3.] Affirmatur vnam & primam actionem esse ciuilem, duas reliquas præto-
 rias: Hoc inquit Hottom. obscurum & difficile videtur. Et quidem contra primam quod
 sit ciuilis, obiicitur *l. 1. ff. de liber. caus.* in quo fere in singulis ll. agitur de prætorio edicto. 20
 Ergo illa actio potius est prætoriam, quam ciuilis. Respond. Hottoman. hoc modo: Hæc
 actio primum fundata & instituta est, *ex l. 12. tabular.* Sed longo intervallo post in e-
 dicto perpetuo quædam adiecit, quæ accessionis locum obtinent, & videtur prætor id ad-
 iecisse, ut si quis liber sciens dolo malo vendi se pro seruo passus est, ei qui seruum putabat,
 tum emptori detur in eum actio in duplum eius, quod emtionis causa præstitit, *l. 14. restit.*
cum seq. ff. eod. id quod & Oldendorp. eleganter in *class. 3. hac actionem*, indicat his verbis: Li-
 beralis causa ex SCto quidem est, id est, habet legitimam causam, ut Iust. hic docet, sed præ-
 tor adeo multa adiecit, ut propemodum disputabile videatur, an Senatui, an vero prætori
 sit attribuenda. Vtitur igitur Imp. temperamenti particula, *F. R. E.*, quod & Mynf. hic re-
 fert, & Rauard. *lib. 1. Variar. c. 18.* & Welenb. *n. 3. hic* affirmant non prætorem, sed *l. 12. tabul.* 21
 inuenisse tri libertatis iudicium, id quod etiam Terent. in Adelphi. indicat his verbis: Libe-
 rali assero hanc causam manu, id est, ex iure vel l. Quiritum. Asseritur porro duas actiones
 reliquas esse prætorias, de prioribus non dubitatur, sed de posteriore admodum dubitatur, 22
 scilicet de actione de partu agnoscendo. Argumentum ex quo dubitatur, hoc est: Si actio de
 partu agnoscendo est ex SCto, est iuris ciuilis, nec est iuris prætorii. Sed est ex SCto *l. 1. §*
l. 3. §. 1. ff. de agnosc. tal. lib. Ergo non est ex iure prætorio, quia SCtum iuris ciuilis scripti spe-
 cies, opponitur iuri prætorio, ut & reliqui iuris ciuilis scripti species, id quod satis constar.
 Respond. Hottom. putat prætorem edicto suo iam pridem hoc edictum instituisse, postea
 de agnoscendo liber. alend. parent. de partu subiecto Senatus consulta esse facta, unde
 prætor fuit antiquior, & inde igitur utpote a prioribus merito hæc actio dicitur prætoria. Eo-
 dem modo Rauardus *lib. 1. Variar. c. 18.* putat, ubi dicit, errare eos, qui putant actionem de
 partu agnoscendo esse ciuilem propter SCra, quia inquit, nec Plancianum SCtum, nec id
 quod temporibus Hadriani est factum, efficere hanc actionem ciuilem, nihil detrachere,
 nihil addere, sed dies constituere certos denunciationi: Nam ante Senatus constitutionem,
 denunciationi nullus ordo fuit constitutus: Ergo dum passim sine denunciatione fœmi-

nam maritos suos prouocarent pro arbitrio, alendi & agnoscendi parui gratia, voluit Senat. post diuortium 30. connumerari dies, & intra hos maritus demittatur, si se pragnantes existimeat, ut possent mariti custodes mutare, id quod constat *ex l. i. §. eleganter, in fin. ff. de agnos. lib.* W. senb. tamen hic puta: hanc actionem esse Scitis, ex quibus praeiores nos dixerunt & actiones dederunt, quia non refallitur, cum etiam sic contra Iustin. qui dicit istas duas posteriores praeiudiciales actiones, ex iur. adictione patris substantiā, hoc est, totū esse capere. Secundo obicitur: Directa actiones sunt ciuiles; hae utroque; casu talis est; Ergo ciuilis. Resp. Directe quod proficiscitur vel ex lege, vt prima hae actio, vel directo ex edicto praeoris, vt hae actio tertia. Et hoc dubium nullum habet, & tunc legis vocabulū specialiter accipitur: Si autem generaliter omnes species iuris scripti continet.

23 Ad Thel. 4 §. 6 7.] Agitur in hisce thesib. de prima actione praeiudiciali, quae est duplex: Directa & Vtilis, Cui opponitur tale argumentū; sublatum semel amplius non reuocatur. Directa actio semel est sublata: Ergo non reuocatur, & per consequens nulla est vtilis actio. Resp. Concedo seruitutem inter Christianos esse sublatam, & per consequens etiam actionem hanc directam; Sed tamen quia adhuc mansit quaedam seruitutis imago, in alicuius colonis & aliis nobis subiectis, & seruientibus hominibus, nonā seruitutis habentibus, Z. f. n. 14. quibus liberis per quādam extensionem & interpretationem ex aequitate & paritate rationis stantur viles actiones, quā uero tamen expresse lex non meminit, & hoc ita Germanie consuetudo recepit & approbavit, quae pro lege non immerito seruatur. Deinde dicitur in thesib. §. seruo hanc actionem dari. Cui opono *in personam ff. de r. g. iur.* ubi dicitur in personā seruilem nullam cadere obligationē, & ideo nec actionē cum obligatio actionū sit causa.

24 Resp. Seruus hae dicit fecisse liberū, h. e. in poss. libert. possit, & ideo tunc eius ratione hanc actionē habet: Alias si certū omnino esset, eum seruū esse, nulla ei daretur actio, cū sit similis brutis, non habeat caput nec personā, & mortuo similis habeatur *l. seruutis ff. de reg. iur.*

Ad thel. 8 §. 10.] Secūda hic actio praeiudicialis proponitur, quae datur patrono in libertam, & contra libertū in patronum *l. circa. 14. ff. de probat.* quae tamen lex secundum Hotom. *hic in 3. enunc.* pugnat cum *l. quoties. 8. ff. de probat.* Sed respondeo, posterius Vlp. de patroni actione loquitur, qui ius patronatus petens, actoris pactis merito obtinere dicitur. Vbi vero ius ingenuitatis ab altero petitur, consentaneum est eum onus probationis sustinere. Itaque alter locus euilem intelligendus est *in l. vltim. ff. si quis ingen. esse.*

25 de ar: Queritur autem hic, an tunc vtilis actio detur, aduersus vallos & clientes & econtra? Olden. torp. cum Mynsing. id negant: Primo ideo quia ex consuetudine iudicatur de illis, non ex l. Romana. Secundo quia non sunt liberti, sed ingenui, vt Z. f. n. 24. dicit. Quamvis tamen tenari possit etiam vtilem his dari actionem, quia argumentum à libertis ad vallos, etiam interdum fallat: interdum tamen procedit, quia vt libertus patrono dicitur honorari: ita & valallus domino, & econtra. *c. vnic. de form. fidel. c. vnic. de noua form. fidel.*

26 Ad Thel. 11.] Agitur hic de tertia actione praeiudiciali, quae tunc conceditur parentibus, qui asserunt patriam potestatem, hoc est, patribus qui liberos habent in potestate, & his semper & ordinarie datur. Interdum tamen etiam matribus, quando parens est defunctus *tot h. est. m.* quae dum rarius id facit, ut, id ita exprimendum non fuit, cum specialiora & rationabilius alias se offerant, *l. 3. cum seqq. ff. de h.* Nec obstat *l. summa. ff. de reg. iur. & l. i. ff. de posulando* quia postulare non potest in aliter: potest tamen agere si ex pietate quadā & iusta causa ad id procedit, vt multi iuris textus innuunt. Et hae actio utroque casu est directa, h. e. quando pater agit, & quando filius agit, vult tamen ex sententia Bart. hae actio intendi potest aduersus fratres & cognatos. Myns. n. 27. quia directa non datur, quod causae praeiudiciales se mutuo contingant & quasi afficiant.

Ad §. sic itaq; discretis. h. tit. n.] Agitur in hoc §. quid ¶ dare significet, nimirum do-
miniū transferre, ita I Cei illam vocē proprie accipiunt. Deinde q. ¶ condicere quis possit
rem suam à iure. Id mirum videtur, cum actio condictitia non datur ad rem suam, sed ad
rem, quæ sibi debetur. Respond. Id fieri odio furum. Nam à nemine nisi à fure is qui do-
minus est, rem suam condicit, idque ideo vt pluribus actionibus teneatur. Et Hortom. *hic*
dicit *enunc. 4.* Dare in fure, significare ideam quod reddere, præstare, restituere, quia domi-
nus factus non est fur. Deinde obiicitur, quod condictio furtiua non sit necessaria, cum
ad sit rei vindicatio. Respond. Myns. *hic* putat *n. 14.* Condictio furtiua ¶ durat adhuc ad
æstimationem, etsi res intereat fortuito, & sine culpa furis siue res extet, siue non, semper
obligatur: In rei vindicat. est secus. Nam si res sine dolo vel culpa interiit, liberatur ab
impetitione.

Ad Thef. 12. 13.] Affirmatur ¶ rei persequendæ causa comparatam esse actionem ex
stipulatu. Cui oppono. *l. pacto conuento. 15. ff. de transact.* vbi dicitur, quod pœnam stipula-
tione persequi potissimum, ergo non est tantum rei persecutoria. Respond. Stipulatio per-
serem ipsam persequitur: Quatenus autem conuentione partium nudo, scil. consensu &
pacto placuit pœnâ subdi, vt eo firmius quis teneretur, stipulatione pœna illa peti potest,
non ex sua natura, sed ratione conuentionis, quæ stipulationem præcessit.

Ad Thef. 14. 15. 16. 17. 18. 19.] Agitur hic de condictione certi ex mutuo, quæ actio ¶ est
personalis: sed obiicitur: Quod dicitur petere nos hac actione res nostras, quia personali
actione non petimus res nostras, sed alienas. Respond. Proprie quidem & in specie am-
plius nummi mutuo dati non habentur nostri in genere: vel sunt nobis debiti nō proprie
nostri, cum dominium in mutuo transferatur. ¶ Possunt tamen aliquodammodo dici no-
stri, respectu eius, quod nobis debentur, & quod nobis in genere sine restituendo. Secundo
obiicitur *l. singularem. 15. ff. de reb. credit.* vbi quis nō accipit meos numos, & tamen est mu-
tuum. Resp. Illud teste ibidem I Cto, est singulare in mutuo, & dicitur ¶ mutuum per bre-
uem manū, quia idem est, ac si ego tibi ex mea manu dedissem, & debitor meos numos tibi
dat, vide Borch. *in tract. de reb. credit.* Tertio obiicitur, quod fur possit contrahere mutuum,
cum habeat condictionem, *l. nam etsi fur. 13. in pr. ff. de reb. credit.* qui tamen non est domi-
nus, nec potest dicere res suas esse. Respond. Consumtione mutuum cōciliatur, quod ab
initio mutuum nō fuit, in quo dantem oportet esse dominū. Et in mutuo omnia sunt ha-
bilia & necessaria veri mutui, vt Dd. loquuntur. Quarto obiicitur *l. vinum. 22. ff. de reb. cred.*
vbi debetur æstimatorio. Ergo non eadem res fungibilis redditur. Respond. Id sit officio
iudicis secundum Myns. *hic*, vel secundum Wesenb. *in paratit.* oblata fuit æstimatio à de-
bitore, quam ¶ accepit volens creditor. Nam volenti non fit iniuria. *c. scienti. de reg. iur. in*
6. alias stricte potuisset agi ad numos in genere restituendos. Reliqua supra in materia
mutui sunt explicata.

Ad Thef. 20. cum seqq.] Agitur hic de duobus actionibus ¶ descenditibus ex stipu-
latione. Vna est certi condictio ex stipulatione, qua certum quid in stipulatum deductum
petitur. Altera est actio ex stipulatu, qua incertum petitur in stipulatum deductum; quæ
duæ actiones planæ sunt.

Ad Corollarium.] Cōmunis Dd. est sententia, condictionē certi esse ¶ duplicē, generalē &
& specialē. Generalem volunt esse eam, quæ fit ex quolibet contractu: Specialem tantum
esse ex mutuo. Fundamentū huius rei & opinionis habent potissimū in §. 1. *supr. quib. mod.*
re. contract. oblig. vbi actio ex mutuo vocatur cōdictio certi absolute: Ergo dicunt, quæ actio
ex mutuo alias singulare actionis nomen non habet: Specialis illa cōdictio ex mutuo pro-
pter singularem dignitatem dicitur, sed respondeo id dicere esse absurdissimū, præferri-

- eam etiam conditio certi, quæ ex stipulatione est, absolute conditio certi vocetur. Eodem modo in §. 1. *supr. de verb. oblig.* ita ut utroque loco dici possit pro subiecta materia actio ex mutuo, id est, conditio certi ex mutuo, & actio ex stipulatione, id est, certi conditio ex mutuo. Et nulla differentiarum ratio est. Sic ex commodato actio dici posset, conditio certi ex commodato, vel actio ex commodato, & tribuere velle speciem conditioni ex mutuo videtur absurdissimum, & contra regulam Dialecticorum, quæ vult genus habere affectionem cum qualibet specie. Ergo tam conditio certi ex stipulatione, quam conditio certi ex stipulatu ita dici potest. Secundo obiicitur § *appellamus. h. tit. n.* ubi dicitur, denunciatione hodie nos non amplius vi; Conditio autem erat idem ꝑ quod denuntiatio in diem certum & locum statutum seu constitutum, quæ solenniter olim fiebat; Ergo dum denuntiatio est sublata, videtur etiam sublata omnis conditio, quæ idem quod denunciatio fuit. Respond. Wesenb. & Borcholt. hic dicunt, solennem illam denunciationem seu conditionem esse sublatam. Manere autem hodie hoc, quod conditionis appellatione veniant actiones personales, & ex vocentur & signentur. Insto contra datam solutionem ex l. *debitorum. 10. C. de pignor.* ubi dicitur adhuc denunciatione in personali actione opus esse, hoc est, debitori id esse denunciandum prius. Respond. Cuiac. lib. 5. *observ. c. 31.* errare eos, qui ex d. l. *debitorum.* id conuincant, & alias inquit valde obstatet d. § *appellamus.* Putat igitur istam l. loqui de terna denunciatione secundum l. 4. ff. *de pign. actio.* quæ fiebat antequam pignus distraheretur. Quamvis hodie ex constit. Iustin. in l. *elit. C. de iure dom. impetr.* adhuc biennium sit expectandum. Insto; Sed dicitur in d. l. 20. creditorem persequi hypothecam. Respondet, ideo non exigitur denuntiatio, ut tantummodo agatur hypothecaria, sed ut ablata hypotheca ius suum solenniter creditor exequatur, id quod Wesenb. sequitur in d. § *appellamus.* Tertio contra corollarium obiicitur. Rubr. tit. ff. *de rebus credit* ubi certi petitio separatur à conditione. Ergo certi conditio certum non capit vel persequitur. Respond. Dn. Wesenb. *ibid. in paratit. num. 7.* dicit legi ibi; & de certi conditione, & postea addit, illa verba de *rebus creditis*, ad totam tertiam partem ff. pertinere: illa verba: *Si certum petatur*, ad mutuum proprie referri seu ad creditum, quod est ꝑ genus mutui l. 2. §. 1. ff. *de reb. credit.* Sed nunc quaeritur qua actione ꝑ certum petatur? Hoc nunc additur in rubrica, scil. conditione certi ex mutuo. Insto; Sed conditio certi ex mutuo tantum vocatur ibi conditio: Ergo illa specialis tantum est. Respond. in tit. ff. *de reb. credit. in l. lect. 40 ff. de rebus credit.* agitur etiam de stipulatione certi, puta quando creditores sibi cauent stipulando sortem & vsuras; Ergo & illa recte rei conditio dici potest, ut etiam Iustin. facit in d. §. 1. *supr. de verb. oblig.* Denique ita insto: Sed illa dux tantum sunt, non plures, scilicet conditio ex mutuo: & conditio ex stipulatu, quia reliquæ in proprium nomen transeunt, hæc solæ ita dicuntur; non igitur plura sunt diuidua, ut dicitur. Respond. Wesenb. id quidem dicit in *paratit. num. 8. item.* Sed potest etiam ad alios contractus accommodari. Manet igitur verum certi conditio-
- 40 nem esse ꝑ genus, & continere sub se species, in quas resolui potest, quando sit accommodatio. Deinde etiam ex mutuo conditio specialis dici potest, ut tamen reliquas species non excludat, id quod etiam in *thesi 14.* facimus. Et *terminum de hac disputatione.*

DISPVATIO XL.

De actionibus quibusdam rei persecutoriis in personam ex contractu descendentibus,

CONTINVTIO.

De tribus actionibus rei persecutoriis in personam ex contractu descendentibus; superius disputatum est: Sequuntur iam iusto ordine alie; vt: emti, venditi, locati, conducti, commodati, depositi, mandati, pro socio, &c.

Thef. 1. Actio emti, est actio rei persecutoria bonæ fidei, ex frequentissimo emtionis & venditionis contractu, qui solo naturali consensu perficitur, sine solennitate verborum ciuili descendens.

2 Quæ datur emtori, qui emit rem, præsens vel absens, puta per nuncium vel epistolam.

3 Tutori ementi à pupillo palam & bona fide vel cum decreto iudicis, vel alio tutore auctoritatem suam interponente.

4 Emtoris heredibus & successoribus vniuersalibus non etiam singularibus.

5 Aduersus venditorem eiusq; heredes & successores vniuersales, non singulares, quibus cum nihil contractum est.

6 Ad hoc vt pretii solutionem rem venditam cum omni causa, accessionibus & fructibus, à tempore contractus perceptis, emtori aut heredibus eius vel vniuersalibus successoribus tradat, eaque omnia præstet (modo specialiter nihil conuenerit) quæ naturaliter iudicii huius potestati insunt.

7 Ad distrahendam quoque emtionem quandoq; & utilis datur emti actio, vt puta, si arha nomine quid datum sit, & postea conueuerit, vt emtio irrita fiat, arrha restituatur.

8 Ex contractu etiam procuratoris datur domino utilis hæc, si nimirum procurator de mandato domini rem vendidit, atque emtori cavit.

9 Redhibitio quoque hac directa emti actione, ob rei emtæ vitium aliquod latens, & euictio, licet expresse de ea nihil actum sit, continetur.

10 Ex vendito actio rursus datur venditori contra emtorem vt precium conuentum integrum, vel eius residuum sibi vna cum usuris à tempore rei traditæ, aut alioqui tempore moræ soluatur.

11 Traditio enim rei constituit emtorem in mora, cum qui possidet emtor, ex ipsa fluctuum perceptione communes facere se debeat de precio sol-

uendo: nec enim æquum fuerit ipsum fructu rei perfrui; venditorem contra neq; pecuniam neq; fructum eius consequi.

12 Vbi autem traditio facta est, neque mora interuenit, vsuras à tempore contractus deberi verum non est.

13 Actio locati est quoque rei persecutoria bonæ fidei, ex locationis & conductionis contractu promanans, quæ competit locatori, qui prædium vrbani vel rusticum, aut rem mobilem; vel operas locauit.

14 Eiusq; heredibus non etiam successoribus singularibus.

15 Datur quoque locatori operis faciendi eiq; quid, quod conduxerat faciendum locauit alii.

16 Aduersus inquilinū, qui vrbani, vel coloni, qui rusticū prædium conduxit, aut eum, qui opus faciendū cōduxit propter opus vitiosum factū.

17 Ad pensionem vel mercedem rei locatæ persoluendam, & rei culpa conductoris deterioratæ damnum sarcindum.

18 Et vt rem conductam conductor post expletū conuentionis tempus, sine controuersia restituat, vel quoq; ante finitum illud tempus (certis tamen in casibus) rem vel domum conductam ei dimittat, atq; ab ea recedat.

19 Condu contracta datur ipsis conductoribus, qui rem aliquam vtendam vel fruendam conduxerunt.

20 Aduersus ipsum locatorem & heredem eius, vel successorem vniuersalem: siue enim sit perpetua siue temporalis locatio, intra tempora locationis heredi onus contractus incumbit.

21 Vt liceat illis vti & frui re conducta, & vt domum locator, vel rem aliam reficiat: expensasque necessario & vtiliter in re conducta factas refundat.

22 Mercedem quoq; propter sterilitatem & casum sine culpa coloni contingentem remittat, omniaque ea præstet, quæ in l. conductionis dicta sunt.

23 Actio commodati est actio persecutoria bonæ fidei, ex nominato quoque contractu & iure ciuili recepto resultans.

24 Estq; duplex; Directa & contraria.

25 Directa datur commodanti aduersus commodatarium eiusque heredes, vt vsu rei commodatæ finiro, sibi salua & integra res restituatur; Deterior enim si reddatur, reddi non videtur, & hoc casu etiam in litem iuratur, vt in cæteris bonæ fidei iudiciis.

26 Et non duntaxat res ipsa repetitur, sed etiam omnia accessoria & quicquid ex re fructus quocunque tempore vtilitatisve obuenerit; non enim rem quæstui commodatario esse oportet, quia eius periculo non est.

27 Contraria datur commodatario ad petendum id, quod sua interest: Si

res commodata ante expletum vsum ei auferatur, vel si vitio rei detrimentum passus sit.

28 Ad refundendum quoque sumtus in rem commodatam factus extra cibaria & modica impendia, quæ naturali ratione ad eum qui re vtitur, pertinent, recte conceditur.

29 Datur etiam & tum commodatario, quando rem commodatam perdidit & pretium pro ea dedit: atque deinde res rursus in commodantis potestatem recedit, vt aut rem vel pretium solutum restituat.

30 Vel etiam si dominus ipse rem alicui à se commodatam clam surripiat & æstimationem eius consecutus sit.

31 Mandati quoque actio duplex est: Directa & contraria. Directa datur mandatori & eius heredibus: Contraria vero mandatario: ad indemnitatem vtrunque mutuo præstandam.

32 Ac petitur directa, id quod mandatoris interest vna cum fructibus & vsuris, si mandatum vel non sit gestum, aut male, vel extra fines præscriptos gestum, vel si quid dolo, culpa, negligentia admissum sit: Nam omnia hæc in iudicium mandati veniunt.

33 Bonam fidem enim agnoscere, & pro viri boni arbitratu versari, ac diligenter fines mandati seruare, mandatarius debet.

34 Contraria actione mandati, est illi experiundi potestas, quæ mandatum suscepit, ad recuperandum sumtum omnem in negotio gerendo bona fide factum & quicquid omnino interesse mandatarii vilo modo potest, etiam si casu aliquo negotium conficere non potuerit.

35 Imo antequam exequatur negotium, agere potest mandatarius, vt sumtus necessarij sibi præstentur, cuius rei ratio est, vt seruetur indemnitas mandatarius, & damnum non sentiat, qui officium fidei amico postulandi præstitit, & apud quem nihil ex mandato remanet.

36 Actio depositi est, qua deponens rem custodiæ traditam, repetit à depositario, vel eius heredibus; & est quoque duplex: directa & contraria.

37 Directa competit deponenti contra depositarium habentem facultatem rei depositæ restituendæ, vel desinentem habere hanc potestatem.

38 In heredes depositarii conceditur, & quidem in solidum ex dolo defuncti, ex suo in simplum: Nam actio in duplum depositi, cum sit pœnalis, in heredem non transit.

39 Et si a, alias ex dolo defuncti non solemus teneri nisi, p ea parte, quæ ad nos peruenit: tamē quia dolus hic ex cōtractu, & ieq; persecutione descendit, in solidū vnus heres tenetur; plures vero, p ea portione, qua quisq; heres est.

40 Ad rem ipsam depositam cum fructibus & omni causa recipiendam: incendij

incendii vero, ruinæ, naufragii, tumultus causa depositæ ex dolosa inficiatione duplum, hoc est, rem ipsam, eiusque æstimationem, & hoc tantum causa pœnalis est.

41 Inficiantis autem hereditatem pœna amota in simplum intra annum, nisi ex heredis inficiatione actio crescat, competit.

42 Contraria datur ipsi depositario, eiusque heredibus contra deponentem ad sumtus recuperandos, in rem depositam necessario & utiliter factos, ne officium suum sibi & suis existat damnosum.

43 Actio pro socio est quæque actio rei persecutoria bonæ fidei, ultro citroque directæ, & datur sociis, quoties alterum alteri ex bono & æquo aliquid præstare oportet, soluta ut plurimum societate, nonnullis etiam casibus, ea adhuc durante.

44 Ad hoc ut commoda, lucra, omnesque societatis res diuidantur, pactionesque societatis seruentur, ac id, quod interest, præstetur, si vel in tempestive renunciatum, vel dolo, culpa, negligentia socii, damnum datum sit.

45 Repetuntur quoque hoc iudicio impensæ in causam societatis factæ, ut viatica, tecturæ sumtus in perfectione ad emendas merces impensæ & similes, & ut in cæteris, bonæ fidei iudiciis, fructus vel usuræ.

Corollarium. Obligationem efficacem inter patrem & filium in potestate constitutum, præterquam de Castrensi & quasi Castrensi peculio non contrahi, adque idcirco actionem quoque inter eos non dari recte affirmamus.

DISPUTATIONIS XL.

De quibusdam bonæ fidei actionibus, obiecti-
ones & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 *Actiones non omnes eodem modo esse bonæ fidei.*
- 2 *Actio emti cur dicatur esse bonæ fidei.*
- 3 *Dolus malus à dolo bono quomodo differat.*
- 4 *Usura unde veniant in actione emti.*
- 5 *Actio emti & venditi cur sit directæ.*
- 6 *Scriptura non requiritur de necessitate in emtione & venditione.*
- 7 *Emtio quomodo dicatur rudo consensu perfici.*
- 8 *Arrha an sit de substantia emtionis & venditionis.*
- 9 *Actio emti quando tutori aliquid à pupillo ementi detur.*
- 10 *Actio emti & venditi in quem finem detur.*
- 11 *Redhibitio quid sit in actione emti & venditi.*
- 12 *Actio ex vendito quid sit.*
- 13 *Mora quando recte sic dicatur.*
- 14 *Locati actio qualis sit.*

- 15 *Locatoris & conductoris definitiones vera.*
 16 *Locatio quando transeat in aliud genus contractum.*
 17 *Locatio & emptio quomodo differant.*
 18 *Actio conducti quid sit & cui detur.*
 19 *Mercedis remissio quando peti possit in conductione.*
 20 *Actionem commodati personalem esse, & cui detur.*
 21 *Commodatarius ad rem integram reddendam obligatus est.*
 22 *Commodata rei periculum aliquando ad Commodatarium spectat.*
 23 *Actio commodati est civilis.*
 24 *Actio commodati contraria qualis sit.*
 25 *Mandati actio est bonæ fidei.*
 26 *Mercēs an detur vel interveniat in mandato.*
 27 *Actio mandati quando competat, & quando non competat.*
 28 *Mandatum & mandatū in Ablu. quomodo differant.*
 29 *Actio depositi quid sit.*
 30 *Heredes defuncti quando in solutum teneantur.*
 31 *Depositum ruina, incendii, tumultus, naufragii causa factum, qui inficiatur, quomodo*
 32 *Depositum actio quamdiu duret. (teneatur.)*
 33 *Actio depositi directa infamat, & quare.*
 34 *Actio pro socio utrinque est directa & principalis.*
 35 *Iure fraternitatis damna, pericula & lucra inter socios communicantur.*
 36 *Actio pro socio, & communis diuidendo quomodo differant.*
 37 *Actio pro socio & ex vendito an dari possint in negotio societatis.*
 38 *Obligatio efficax an esse possit inter patrem & filium in potestate constitutum.*
 39 *Filius an agere possit contra patrem prodigum.*
 40 *Resitutio nuda aditione pratoris impetratur*

AGITUR in hac disputatione iusto ordine de quibusdam actionibus rei persecutoriis in personam ex contractu descendentes, nimirum de actione empti, venditi, locati, conducti, commodati, depositi, mandati & pro socio, de quarum actionum causis scilicet de contractibus diligentius supra actum fuit, ita ut vix sit necessarium, in actiones hæc prolixius inquirere, cum etiam omnia fere plana sint.

Ad Thefes. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9.] In hisce thesibus agitur de actione empti, quæ est bonæ fidei. Cui opponitur: Omnis actio est bonæ fidei: Ergo non est opus specialiter id hic exprimi. Resp. non 7 omnes actiones eodem modo sunt bonæ fidei, quia in bonæ fidei actionibus maior & vberior requiritur bona fides, quæ in contractibus seu actionibus strictis, quæ à iudice strictè secundum strictam formulam seruantur. Sunt igitur hæ actiones bonæ fidei in gradu excellenti bonæ fidei. In aliis strictior ratio obseruatur. §. in bonæ fidei. infr. de action. Secundo probatur: actionem empti non esse bonæ fidei cum permittatur ea decipere emptorem. l. in causa. §. idem Pomponius. ff. de minorib. est deceptio non committitur sine dolo: Ergo non videtur esse bonæ fidei. Resp. Illa circumuentio est cōcessa cum fiat sine dolo. & sciendum est dolum esse duplicem malum scil. & bonū, quemadmodum venenum bonum & malum l. qui venenum. ff. de verb. signif. † Dolus malus est machinatio fraudulenta studio & animo fraudandi, qui annihilat contractum. Dolus bonus est, cum quis non malo animo sed ignoranter decipit, vtpote equum meum minoris pretii vendendo maiori pretio, cum putem eum tanti constare, emptor similiter id ignorat, quemadmodum in 1. disput. hoc explicatum fuit. Tercio obijciatur: Vsuræ † veniunt in hoc 4

negotio emt. vendit. *¶* *in thes.* 10. dicitur. Ergo non est bona fidei. Resp. Aliunde venit vsura, hoc est, ex mora vel pacto. *l.* *vsura. ff. de verb. signif.* Et quid de aqutate vsurarum statuendum, *in disput.* 1. fuit dictum.

Vtraque deinde actio emti & venditi est directa principalis. *Zaf. r. 10. de praesud. act. Myns. n. 63. Oldend. class. 4. act. l. c. 2. vtraq;* est transitoria & perpetua *Dd. in l. 2. C. de per. int. emt. §. vendit.* Welenb. *in ff. n. 1. vtraq;* est ciuilis, *Oldend. class. 4. act. l. c. 2. per l. proinde in pr. ff. de adilit. edict. & Myns. n. 63.* ideo autem *¶* vtraq; est directa, quia vtriusq; gratia initur, vt nō esse debeat melior alterutrius conditio; Welenb. *in paratit. de act. emt. & vendit. n. 2.* Deinde affirmatur, nudo & solo consensu fieri emtionem & venditionem. Cui oppono. *§. 1. sup. de emt. & vendit.* vbi requiritur scriptura; Deinde *§. pretium eod.* vbi pretiū etiam requiritur, & sine ea nulla est emtio. Resp. Scriptura *¶* non requiritur de necessitate, sed quia id ita contrahentibus placet, vt propter diuturnitatem scriptura fiat, merito id seruari debet, *argumento l. 4. ff. de pign. & hypoth.* Deinde de pretii necessitate quid statuendum sit, *¶* *in disput. de emt. & vendit.* dictū fuit, scil. perfici quidem emtionem nudo cōsensu, *¶* quo ad initium: Quo ad finem vero eiusdem absoluendum, aliud esse dicendum, & perfecta est emtio, quo ad primam conceptionem, non autem ad producendam actionem, quamuis ante pretii numerationem hac actio effectualiter non possit intendi, licet sua vi tamen contractui inlit Et notādum est ex hisce contractibus perfectis non statim dari exercitiū actionum. Deinde arrha etiam requiritur in emt. & vendit. *d. §. 1. sup. de emt. & vendit.* Ergo non perficitur emtio nudo consensu, Resp. Arrha *¶* non requiritur de substantia in omni venditione, tantum in ea, quæ sit scriptura, de qua *ille §. loquitur*, & arrha alias est signum & argumentum quoddam illius contractus, & magis confirmat obligationem & plenius huic contractui addit robur, alias sine illa emtio subsistere potest.

Deinde *in thes.* 3. affirmatur dari hanc actionem *¶* tutori, emtēi a pupillo palam & bona fide, vel cum decreto iudicis, vel alio tutore auctoritatem suam interponente. Cui opponitur directo *l. si in emtione. 34. §. fin. ff. de contr. ab. emt.* vbi dicitur, quod tutor rē pupilli emere nō possit. Resp. Genus ibi proponitur, scil. regulariter id fieri nō posse, nisi fiat palā & in auditione publica *l. §. eod. l. 18. ff. de auctor. tut.* quemadmodū a Gotthofred. *in d. l. 1. notatur.* Hoc enim si adest emtio procedit, cum non præsumatur facta in detrimentū pupilli. Adhuc obicitur *l. tutor rerum. 57. ff. de admin. tutor.* Resp. Cum alio extraneo licet ipsi tutori contrahere etiā de re pupilli, sed cū pupillo id non licet. Præterea hac actio datur heredibus & successoribus. vniuersalibus. Ad hoc autem pretii fiat solutio cum omni causa.

Dantur enim actio emti & venditi directo non ad rescindendum, sed *¶* ad implendū contractum *l. vendit. l. 1. C. de act. emt. l. in ciuile. C. de rei vindic.* Welenb. *n. 9. fere in fine.* Interdum tamen vilis datur ad rescindendam venditionem, quemadmodum *in thes.* 7. *§. 8.* ponimus. Tandē *¶* redhibitio quodq; inest huic actioni, & quidē quāto minoris ad res non vitiosas pluri tamē emtas propter cōmendationem, quam valeant, quāto pluri, si scil. pretiū species non si rem emtam. Welenb. *in paratit. hic. n. 5. & Oldend. class. 4. act. l. c. 7.* dicit, cum res vitiosa venditur ab ignorante, tunc petitur id, quāto minoris emturus esset actor, si tale vitium scinisset. *l. lulia. 29. in pr. ff. de act. §. emt. & quidem in tria 6. menses hoc iudicium competit ad rescindendum contractum.*

Ad *Thef.* 10. 11. 12. *¶* Proponitur in hisce thesib. actio ex vendito *¶* quæ datur veditori, cōtra emtorem ad pretiū petendum cum vsuris a tempore rei traditæ aut tempore moræ. Cui opponitur *l. §. eod.* vbi dicitur etiā p̄stari vsuras, licet nulla mora interuenierit. Resp. Textus ille loquitur de mora quæ sit ex re, illa *¶* improprie est mora, vnde sæpe negatur mora esse. Qui autem sit ex persona, proprie est mora. *l. mora. ff. de vsur.* Deinde obicio *l.*

qui per collusionē 49. §. *fin. ff. de act. emt.* vbi vsura non veniunt & petuntur actione sed officio iudicis. Ergo contrarium hic male asseritur, Resp. Id fit soluta scilicet sorte tum non possunt exigi vsurae debita ob morā, puta sententiam antecedentem *l. 4. C. de posu.* Sed veniunt officio iudicis adiudicanda.

Ad Thes. 13. 14. 15. 16. 17. 18.] Agitur in hisce thesibus de actione locati, quæ itidem est bonæ fidei, & ab utraq; parte directa & civilis. *Myns. nu. 72.* quæ datur locatori, qui dedit vendit vel opus faciendum, quemadmodum *sup. in disp. de locat.* id late fuit explicatum, unde id huic est asserendum. Locator proprie dicitur, qui mercedem accipit: Conductor qui dat id, quod apud Latinos convertitur in opere faciendum *l. 2. C. locat. l. 2. §. si conservatis. ff. ad l. Rod. de inst. l. 1. ff. de estimat.* Sed vetiores sunt definitiones hæc: Locator est qui dat vendendum, vel opus faciendum. Conductor, qui accipit vendit vel opus faciendum. *Welenb. h. tit. nu. 2. in fin.* Locatio autem ad tempus est vel in perpetuum, & putant ultra decennium vel quinquennium non esse amplius locationem, sed transire eam in aliud contractus nomen vt emphyteusis, id quod Conanus putat falsum esse & recte quia potest possessio auferri in locat. etiamsi sit longis. vt puta qui rem alterius possidet, si simpliciter datur. Alias si aliter est conventum vt in emphyteusi. *Welenb. n. 8. ff. h. tit.* & tunc differt locatio & emptio, quia in locatione usus vt plurimum transfertur: in emptione semper dominium: Et in locat. etiā vilissima interdum culpa præstatur pro circumstantiis rerum & pactorum. *l. si merces. 25. §. pen. ff. eod. Welenb. ff. n. 15. finisq;* est locationis, vt res inter homines communicentur. *Welenb. ff. n. 19.*

Ad Thes. 19. 20. 21. 22.] Agitur hic de actione conducti quæ datur vicissim conductori aduersus ipsum locatorem vt liceat ei uti frui non impedito, & vt det mercedē si opus fecit, & notandum est in *thes. 19.* posse addi: *vel opus faciendum conduxerunt*, quamvis ex *thes. 14. 15.* id petere possit. Petitur etiam transmissio mercedis propter casum hoc est, vim fluminis, graculorum, sturnorum, hostium, simili ratione, si est magna sterilitas, quæ non potest compensari cum vbertate sequentium anno. *l. si vno anno. ff. h. tit. n. C. eod.*

Ad Thes. 23. 24. 25. 26.] Agitur hic de actione commodati directa quæ est personalis ex contractu, vt & contraria, & datur commodatori aduersus commodatarium vt usu rei finito salva res restituatur in specie, non in genere, in quo à mutuo differt, quemadmodum supra dictum fuit. Cui oppono ita. Hac actione petitur, vt res nostra restituatur. Ergo est realis. Resp. ratione conuentionis est ex contractu: At in realibus nulla procedit conuentione de re restituenda, quam semper petimus à possessore. Hic vero agimus aduersus certam personam, quæ nobis est obligata ratione contractus. In isto, personalis actione petimus nobis dari vel fieri, id quod hic non fit. Resp. Dare pro dominii translatione, accipitur, id quod natura huius contractus non patitur, idq; variat ratione contractus. Secundo oppono ita: Nihil præstat commodatarius, si rem in nulla parte sua deteriore facit *l. 10. in pr. ff. commodati.* Ergo res integra non necessario est restituenda. Resp. Id excipitur, si scilicet casu res sit deterior, propterea quod cuiuslibet periculum spectet ad dominum, alias autem semper ad rem integram reddenda est obligatus commodatarius. Tertio oppono *l. 5. §. est. ff. commod.* vbi omne periculum præstatur ab eo, qui rem accepit commodato, si res æstimata est data. Resp. Id rursus est speciale. Sunt igitur aliqui casus speciales, quibus etiā periculum rei omnino spectat ad commodatarium, qui casus tamē non infringunt generalē regulā. Deniq; obicitur *l. cum qui 10. §. si. ff. sed & si. ff. eod.* vbi non recepit in se periculum commodatarius, neq; etiā æstimationē accepit, & tamen propter rem casu peremptam tenetur, quando rem pro arbitrio suo cui committitur, vt reseratur, & in reserendo res commodata nocumentum capit. Resp. Id quodammodo ipsius sit culpa, sibi namq; imputet, quod illi homini hoc commiserit. Deniq;

23 notandum est, hinc actionem \dagger civilem esse. *l. in commodato. §. sicut autē. ff. commodat.* Sed prætor iurandi & exequendi iuris civilis genera edictum de commodato proposuit. *l. in pr. ff. eod.* in hac actione duo probandam veniunt. Primo contractum commodati esse celebratum probet actor. Secundo finitum esse vsum.

Ad Thef. 27. 28. 29. 30.] Proponitur in hisce thesibus actio commodati contraria, quæ datur \dagger commodatario ad petendum id quod eius interest, scil. maiores & neces. impensas, cum modicum hic non curetur. *Mynl. num. 23.* & quidem directa datur principaliter ex contractu: Contraria commodatarius habet obnoxium commodantem non quidem ex contractu commodati, sed ex æquitate naturali, qua obligatione cogit eum, ut ipsi re commodata uti liceat, ut restituat impensas, si quas maiores in re commodata fecit. *Mynl. num. 30.*

Ad Thef. 31. 32. 33. 34. 35.] In hisce thesibus tractatur de act. mandati directa & contraria. Et quidem mandati actionem esse \dagger bonæ fidei nō dubitatur, cum sit ex officio fidei & amicitia. Sed quaeritur anne \dagger merces detur vel interueniat in mandato? Resp. Sua natura mādatum est gratuitum, cum pendeat ex officio & amicitia, cui est contraria merces. *l. 1. in fin. ff. h. tit.* Si merces interuenit est locatio: si vero vltro & remunerandi causa offertur, honeste id accipitur, nec impedit mandati actionem, si honor remunerandi gratia interuenit. Si conuentum vel promissum est solarium sine certa tamen mercede super facto quod locari non solet, non petetur actione mandati, sed aut ex stipulatu, si stipulatio intercessit: aut ex alio contractu puta præscriptis verbis, vel extra ordinem, si in genere, vel sine certa pollicitatione extra ordinem: Si autem sine certa merce præscriptis verbis. *§. 1. ff. de locat. & conduct.* atque ita est accipienda *l. 7. ff. mandat. Wesenb. n. 6. l. ff. eod.* Secundo experitur hac actione: cui scilicet debitum honorandi causa est remissum: unde non videtur veram hanc actionem competere ad recuperandos sumtus. Intentionem probo ex *l. inter. 26. §. si in quis. ff. eod.* Cui tamen textui contrarium dicitur in *l. si vero. 2. in pr. ff. eod.* Resp Pro reconciliatione textuum horum, diuersitas specierum quid facit, scilicet non competere hanc actionem \dagger si quis non remunerandi causa, sed principaliter donando fideiussori remissum sit simpliciter secundum *d. l. 12. in prin.* Si vero ego creditori fideiussoris acceptum tulero, fideiussor ex mandato tenetur, atque in hanc sententiam Gothofredus inclinat in *d. l. si vero. 12. in pr.* Deniq; notandum est in ablatiuo dicitur: mandatu: vel mandato, sed \dagger mandatu denotari volunt priuatum, mandato publicum & mandatum: publicum est coactum quando mandante senatu quid committitur & præstatu; *Mynl. num. 33. hic.*

Ad Thef. 36. vsque ad 42.] Tractatur in seqq. thesibus de actione depositi, de cuius actionis causa scilicet contractus supra satis actum fuit. Est autem hæc actio, quæ depositi causa scilicet contractus traditam repeti à depositario: Estque directa & contraria. Directa in heredes depositarii conceditur, & quidem in solidum ex delicto defuncti, hoc est, ut quilibet heres pro ea parte, qua heres est, teneatur. *l. ad ea. §. l. ff. de reg. iur. l. ex depositi. 12. ff. de oblig. & act.* Sed obijciunt *l. cum autē 32. ff. de rei condit.* vbi dicitur, quod heredes teneantur ex eo quod ad eos peruenit, id quod etiam proponitur in tit. Institut. *in fr. de perpet. & temporal. act.* Respond. Id est in penalibus & strictis actionibus, secus in bonæ fidei contractibus, in quibus ex dolo defuncti \dagger tenentur heredes in solidum *dist. l. ad ea. §. fin.* *Wesenb. in ff. de perpet. & temporal. act. §. penult.* Deinde obijciunt *l. si duo. 22. ff. depositi.* vbi tenentur heredes partem dare. Respond Ibi est talis casus, quando ipsi heredes dolo apud defunctum rem depositam interuertunt, tum si res est diuidua, puta pecunia, quilibet dat partem, nec in solidum quisque est obligatus, atque

Ita d. l. si duo. est accipienda. Sed si res diuisionem non recipit, in solidum quisque tenetur, quia solidam seu totam rem quilibet videtur interuertisse, & est obligatus obligatione rem restituere, quæ indiuidua est: atque ita Dn. Wefenb. id soluit *in parat. n. 9.* Deinde in § duplum tenetur is, qui inficiatur depositum causa ruinæ, incendij, tumultus, nauis. gij. 31
Cui ita oppono: Imputet sibi is, qui negligenti amico forte rem tempore incendij committit: Ergo merito tantum in simplum quis conueniatur. Respond. In tali casu ex necessitate aliquis est ita perturbato iudicio, ut nesciat, quid agat, & electionis integram libertatem non habeat, unde crescit crimen perfidiæ, si quis depositum inficiatur, & ideo is maiori est poena & odio dignus. Wefenb. *in ff. n. 12.* idem dicit Hottom. *hic n. 4.* Quia scilicet prætor existimauit, inquit, tam indignam fraudationis perfidiam certo iudicio & poena coercendam esse. Deinde Mynsing. *num. 39.* dicit grauius esse fidem fallere ei, qui necessitate deponit, quam qui voluntate, unde in duplum tenetur quis ex his causis, in quibus hæc actio est prætoris, cum dominus nullam causam habeat deponendi, quam ut præsentis euiet periculum: Wefenb. *num. 13.* & Mynsing. *d. loco.* Estque § annalis & mixta poenam & 32
rem continens & prosequens ex æquitate prætoris. Ciuilis autem est perpetua. Mynf. *n. 4.* Iuratur etiam in hac actione in litem ex dolo non restituentis l. i. § si n. ff. cod. Infamat § etiam directa, quia ibi quodammodo de perfidia agitur, & is notatur, qui suo nomine 33
conuentus, non qui alieno. l. depositum. C. eod.

Ad thesin 43. cum seqq.] Denique hic proponitur actio pro socio § quæ utrinque est 34
directa & principalis. § ex quibusdam. *infr. de offic. indic. Za. num. 20. de præind. act.* Mynf. *in § sequens. num. 30. h. sit. num. 6.* hic num. 57. Wefenb. *ff. num. 12.* Et Mynf. *d. num. 30.* dicit: Si contractus sunt principaliter vltro citroque obligatorii, utrobique directa actio conceditur, & neurobi contraria. Et in hac actione fiat communicatio vtilitatum Cic. *in Offic. & functio* hic est, Olendorp. *class. 4. act. 21. in princ.* Cum fraternitatis iure damna, § pericula & luera communicentur inter socios. Wefenb. *num. 8. in fin.* Siue sint so- 35
cii in vna negotiatione: Siue in omnibus bonis. Differunt § autē actio pro socio & com- 36
muni diuidund. quia actio communi diuidund. versatur circa res, quæ communes sunt, ut recte & æquis partibus diuidantur; Actio pro socio facit ut res in commune conferantur, quæ antea communes non erant. Deinde actio pro socio habet personales præstatorum, & oritur ex contractu. Sed ut recte diuidantur res communes pendentes vel ex societate vel aliunde, est actio communi diuidundo ex quasi contractu. Mynf. *n. 55.* & quæ res sine affectu societatis, & sine personarum tractatu sunt communes, earum non dicitur societas, sed communio. l. 34. l. pro socio. 38 ff. eod. Sed obiicitur valde l. cum societas. 69 ff. pro socio. vbi in negotio societatis datur § actio pro socio & ex vendito. Resp. Cuiac. *lib. 4. obser. c. 17.* 37
fatetur à quo tempore iure ciuili operam dare cœpisset, nullam legem se diutius torfisse quam hanc: Tandem dicit, in hoc negotio actionē pro socio habere locum, quia id inter socios agitur; putat ramen actionem ex vendito locum etiam habere hic posse, & eum qui vendidit his qui in negotium missi sunt, dum vnus epulas nundinarias parat, non in eos tantum qui emerunt, sed in eum etiam, qui epulas præstare debuit, quasi & ipse emisse videatur, quod hæc de re, societate contracta, socium in negotium misit, ex vendito actionem habiturum. 1

Ad Corollarium.] Affirmatur inter patrem § & filium in potestate constitutum nullam efficacem obligationem consistere, nec actionem. Obiicitur l. & l. §. C. de sentent. pass. & restitutio. vbi filius cum patre agere potest, sed non est ordinaria actio, sed potius aditio prætoris. Nam si pater est prodigus § potest filius adire prætorem, & petere ne di- 39
d apidet bona; Ordinaria igitur actio non est, sicut nec illa, quando denegat alimenta:

Eodem modo & actio de restitutionis extraordinario remedio est intelligenda. *l. 6. §. fin. C. de bon. qua. liber.* Nam restitutio fit sine actionis ordinario exercitio, saltem impetratus

† nuda aditione prætoris. De reliquis quæ videntur obstat *supr. ad disp. 38.* dictum fuit.

DISPUTATIO XLI.

De actionibus pœnalibus ex maleficiis proditis.

CONTINUATIO.

Absoluto primo membro diuisionis supr. tradita, actionibus nimirum realibus & personalibus ex contractu rei persecutoris, quæ in heredes dantur, etiam si delictum quoque in illis versetur, reliquum est vt de altero membro, actionibus videlicet pœnalibus ex maleficiis proditis, paucis agamus.

Thesis 1. Actiones pœnales ex maleficiis proditæ, sunt actiones, quibus pœnam ob aliquod delictum debitam, tanquam principale sequimur, quæ in heredes non dantur, nisi lite contestata, aut si aliquid ad eos peruenit.

2 Harum aliæ sunt simplices, aliæ mixtæ.

3 Simples sunt, quæ tantum pœnæ persequendæ gratia comparatæ sunt.

4 Pœnam tamen persequimur actione furti & iniuriarum.

5 Actio furti, est actio mere pœnalis, quæ pœnam furti legitimam persequitur, in qua res ipsa non inest quippe, quod ea per alias actiones rei persecutorias peti & concedi possit.

6 Hæc omnibus, quorum ex honesta causa interest, rem furto non esse sublatam, competit, bonæ nimirum fidei possessori: malæ non item. Nemo enim de improbitate sua actionem consequi potest.

7 Contra eum datur, qui rem alienam vel etiam suam, fraudulenter lucri faciendi animo contrectat.

8 Impubes quoq; pubertati proximus, & doli capax, ex hoc, vt etiam ex omni delicto, excepto adulterio, tenetur. Impunitas enim propter ætatem non ceditur.

9 Marito tamen aduersus vxorem, stante matrimonio, aut patri aduersus filium in potestate, aut denique domino aduersus seruum non competit.

10 Actio furti porro duplex est, civilis nimirum & criminalis. Civilis est, quando ad nostrum commodum intentatur. Estque honoraria aut civilis.

11 Honoraria est, quæ à prætoribus supplendi vel adiuuandi iuris civilis

nihil gratia, propter publicam utilitatem est introducta; veluti actio furti manifesti.

12 Actio furti manifesti est actio mere pœnalis, qua agimus in quadruplum aduersus furem, qui rem tenens quocunque in loco, visus vel deprehensus fuerit vel à domino vel ab alio, antequam ad eum locum, quo ferre destinarat, peruenierit.

13 Civilis est, qui in lege 12. tabul. scripta & à decemviris lata est: veluti actio furti nec manifesti.

14 Actio furti nec manifesti, est actio qua agimus in duplum aduersus furem, qui manifestus non est. Nam quod manifestum non est, id scilicet nec manifestum est: hac etiam, qui opem & consilium tulit, tenetur.

15 Criminalis actio furti est, quando agitur ad pœnam fisco applicandam, aut reum in corpore puniendum: vbi tamen ætatis ratione pœna in impubere mitiganda erit.

16 Actio iniuriarum est actio mere pœnalis, iniuriam nobis illatam ab alio vindicans.

17 Hac quando iniuriatus petit pœnam applicari sibi, civiliter agitur: vt quia dicit, quod tantam pecuniam perdere maluisset, quam talem iniuriam pati.

18 Si vero nihil applicari sibi, sed vt reus officio iudicis puniatur, propter iniuriam illatam, petit, criminaliter agitur.

19 Competit autem iniuriarum actio iis, qui iniuriam siue mediate per alios siue immediate per semetipsos, passi sunt: In eos non solû, qui fecerunt iniuriam, sed etiam qui dolo fecerunt aut curauerunt, vt cui mala pugno percuteretur,

20 Tollitur dissimulatione, vt si quis ab initio & motu proprio cum iniuriante edat, bibat, ludat, iocetur, amice saluter, aut manum ei porrigat: pacto, transactione, per satisfactionem, per iusiurandum, & denique morte.

21 Est & hac actio vel civilis vel prætoria. Civilis est, quæ perpetuo solum pro iniuria civili competit, quando quis se pulsatum, aut verberatum. aut domum suam vi introitam dicit.

22 Prætoria est, quæ pro quacunque iniuria tam verbali, quam reali, competit: Estque capitalis vel minus capitalis.

23 Capitalis est, quæ ob famosum libellum instituitur, qua non solum eius autor, sed etiam inuentor, qui id non statim corrumpit, renetur.

24 Minus capitalis est, quæ ob reliquam iniuriam instituitur, iudicisq; arbitrio æstimanda relinquitur.

25 Mixtæ actiones pœnales, sunt actiones tam rei quam pœnæ persecutoriæ: vt actio vi bonorum raptorum: & legis Aquiliæ.

26 Actio vi bonorum raptorum est actio pœnalis mixta, prætoria, quæ rem licet minimam, vi, dolo malo surreptam, tum pœnam simul cum re vindicamus.

27 Hæc datur ei, cuius interest rem non esse surreptam: in eum qui dolo malo rapuit, aut rapi curauit.

28 Est etiam hæc, vt reliqui, ciuilis & criminalis. Ciuilis est, cum læsus rem & quod sua priuatiu interest, persequitur, sibi que pœnam adiudicandam petit.

29 Hæc est vel in quadruplum, vel in duplum. In quadruplum intra annum, in quo & rei perfectio inest: In simplum post annum.

30 Criminalis est, qua extraordinarie agitur, & raptor aut pœna pecuniaria aut alias in corpore punitur.

31 Actio legis Aquiliæ (alias damni iniuria) est actio pœnalis mixta, plebiscito de damno dato, qua petitur damnum non iure datum refarciri.

32 Datur domino corporis, quod damno affectum est, vel quasi domino, qui ius aliquod reale in corpore habet.

33 Aduersus eos qui damnum, licet inuiti dederunt aut dare iusserunt.

34 Est hæc quoque duplex: In simplum vel in duplum: in simplum pro se, aduersus contententem; in duplum, per accidens aduersus negantem.

35 Duplatur autem hic, non verum rei precium, sed omne interesse, quod tamen secus est furti actione.

36 Atque hæc de actionibus pœnalibus ex maleficiis descendentibus, verum cum harum, vt & aliarum quarundam concursus fiat, non abs re erit, hic corollarii loco, de actionum cumulatione pauca subiicere.

37 Est autem cumulatio actionis vnius, ad aliam coaceruatio.

38 Hic vero rursus distributio actionum supra tradita in memoriam reuocetur necesse est: quod scilicet sint aliæ actiones in rem, aliæ in personam.

39 Quod si plures actiones in rem eiusdem rei nomine concurrant, vnâ dundaxat instituere licet: quia vt semel tantum res mea esse potest, ita semel etiam ea, & vnica actione exigenda venit.

40 Si vero plures actiones in personam concurrant, sunt hæc vel omnes rei persecutoriæ, vel omnes pœnales, vel partim rei, partim pœnæ persecutoriæ.

41 In actionibus rei persecutoriis refert, an omnes ex eadem causa, an vero ex duabus vel pluribus causis ad idem competant.

42 Si omnes ex eadem causa dentur, altera per alteram consumitur: ex duabus vel pluribus, alia aliam non consumit.

43 In actionibus pœnalibus notandum, an vnum factum sit & vnum delictum: vel an vnum factum sit & plura delicta: vel denique an plura sint facta & plura delicta.

44 Si vnum sit factum & vnum delictum, cuius tamen vnus causa plures competunt actiones, tunc vna instituta aliæ non consumuntur.

45 Si vnum factum sit & plura delicta, altera actio alteram non consumit. Si plura sunt facta et plura delicta, singulis factis singulæ actiones pœnæ que debentur.

46 Porro si quædam actiones pœnæ, quædam rei sunt persecutoriæ; tunc actio pœnalis vel mere pœnalis, vel mixta est.

47 Mere pœnalis, si concurrat cum rei persecutoria, altera alteram non tollit: Si mixta cum rei persecutoria concurrat, tollitur hæc, quia qui hac egit, iam rem est consecutus.

DISPUTATIONIS XLI.

De actionibus pœnalibus, & cumulatione actionum, obiectiones & resolutiones.

S Y M M A R I A.

- 1 Actionum realium & personalium diuisio.
- 2 Pœnaliū actionum nomine, quæ actiones hic intelligantur.
- 3 Iudicium publicum quid sit.
- 4 Pœnales actiones an & quando in heredes defuncti dentur.
- 5 Pœnales actiones an recte diuidantur in simplices & mixtas.
- 6 Mixta actiones non tantum pœnales sunt, sed etiam reales.
- 7 Actiones pœnales simplices quid sint.
- 8 Pœnam qui exigit, pignori incumbere videtur.
- 9 Furti actio quibus competat.
- 10 Emptio perfecta, periculum ad emptorem spectat.
- 11 Actio furti contra quos non detur.
- 12 Actio furti, an recte distinguatur in civilem & honorariam.
- 13 Fur an simul & semel esse possit manifestus & nec manifestus.
- 14 Actio furti nec manifesti, an sit ex l. 12. tabularum.
- 15 Pœna furti hodie qua sit, & an etiam civilis esse possit.
- 16 Furtum cur hodie seuerius puniatur.
- 17 Actio iniuriarum an recte dicatur esse ex delicto.
- 18 Actione iniuriarum agere potest Dominus, si & in illius iniuria facta sit, quæ in Dominum redundet.
- 19 Iniuriarum quare quis per procuratorem agere possit.
- 20 Actio iniuriarum debet annum, mensem & diem illatæ iniuriæ, in libello nominari.
- 21 Actio iniuriarum quemodo tollatur.

- 22 *Actio iniuriarum quatuorplex sit.*
- 23 *Iniuria famosi libelli cur capitalis dicatur.*
- 24 *Actio Si bonorum raptorum, an sit mixta, in creditore, Commodatario & alii licet Domini non sint.*
- 25 *Actio Si bonorum raptorum an recte dicatur in quadruplum dari.*
- 26 *Actio l. Aquilia an sit necessaria.*
- 27 *Cumulationis actionum materia cur difficilis.*
- 28 *Cumulatio actionum quid sit.*
- 29 *Cumulationis quis sit finis, quis item effectus.*
- 30 *Rei eiusdem nomine una tantum potest institui actio.*
- 31 *Res mea amplius quam semel mea esse non potest, sapius tamen potest deberi.*
- 32 *Actionibus pluribus quando simul agi possit.*
- 33 *Actiones miscentur, si in una minus sit quam in altera.*
- 34 *Cumulatio actionum quomodo in poenalibus adhibeatur.*
- 35 *Actione grauiore qui egit, non potest amplius alia agere.*
- 36 *Testamenti inofficiosi nulla est actio.*
- 37 *Actio poenalis si cum rei persecutoria concurrat, quomodo altera alteram tollit.*
- 38 *Publico iudicio si actum sit, denegatur priuatum, & Vice Versa.*

Diviso actionum alia supra est tradita, nimirum actiones tam reales quam personales esse, & aut ex contractu rei persecutorias ad heredes transitorias, & in heredes dandas: Aut esse poenales, aut mixtas. De rei persecutorias autem haecenus dictum est, ideo etiam nunc de poenalibus & mixtis erit agendum.

Ad Thef. 1. & 2.] Actionibus poenalibus poenam persequimur. Cui oppono ita: si hic de priuatis actionibus agitur, quibus id quod nobis debetur, persequimur, male etiam hic de poenalibus agimus, quia tum etiam videretur recte hic agi etiam posse de criminalibus, quibus poenam persequimur: Item de actione depositi, quae ex quatuor causis datur, a duersus infanciam in duplum, §. *duplum. h. tit.* Item de actione serui corrupti & de ea quae datur ex legato, quod venerabilibus locis relictum. Resp. Quando hic agimus de poenalibus actionibus, & de iis tractamus, quibus poenam nobis debitam persequimur. Sed actionibus seu iudiciis criminalibus persequimur poenam sisco seu Reipubl. principaliter debitam, vnde priuatarum actionum est talis definitio. Actio est ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur, hoc est, quod debetur priuato siue sit res. siue sit poena publicorum seu criminalium iudiciorum. §. *1. sup. h. tit.* Definitio est talis. Publicum & iudicium est ius persequendi in iudicio poenam sisco seu Reipubl. principaliter debitam, quemadmodum in vltima disputatione talis definitio proponitur. Ad reliquas actiones, quarum mentio est facta, quod artinet, sunt illae priuatae, poenam etiam persequuntur aliquae certis casibus. Sed hic agimus de actionibus poenalibus ex delictis priuatis ordinariis descendens, puta ex furto, rapina, damno iniuriae dato, & ex iniuriis. Deinde affirmatur poenales actiones & non dari in heredes, nisi lite contestata cum defuncto: vel nisi quatenus ad heredes quid peruenit. Cui opponitur c. 1. & 2. extra, de raptor. vbi quis tenetur plenam facere securitatem, & si moritur, eius heredes. Respond. Id in fauorem rerum Ecclesiasticarum non rapiendarum esse constitutum. Praeterea id tum fit quando is qui delinquit, moritur, tum heredes tenentur, quia lis cum defuncto satis est contestata. Obiicitur quoque l. *si hominem. 7. §. datur ff. de positi*, vbi dicitur, actionem depositi ex dolo defuncti in solidum dari in heredem; Ergo non tantum in id, quod ad eum peruenit. Resp.

In contradiſtibus bona fidei ex dolo defuncti in ſolidum datur in heredem actio. *l. ad ea. §. fin. ff. de regul. iur.* non ita in aliis ſtriſtis & pœnalibus iudiciis. *§. pen. inf. de perper. & temp. act.* quamvis in quinta diſputatione eius rei mentio facta ſit. Tertio obiicitur *l. 2. §. ult. in fin. ff. Si bon. rapt.* vbi dicitur, eam actionem non competere in heredes ne quidem in id, quod ad eos peruenit. Respond. ibi Iuriſconſultus, quod ſufficiat conditio furtiua. Inſto *ex l. 1. c. ex delict. defunct.* vbi dicitur ſueceſſores eius, qui vim faciunt, in ſolidum teneri poſt litem conteſtatam. Respond. Generaliter de vi loquitur non de hac actione, quæ excipitur propter perniciem criminis, quemadmodum id ſoluit Oldendorp. *claff. 7. act. 9. c. 4.* Quarto obiicitur *l. conſtitutionib. 33. ff. de oblig. & act.* vbi heredes tenentur. Respond. Ibi liſ eſt quaſi conteſtata, vt in textu dicitur, quia viuus defunctus fuit conuentus, & dein de mortuus. Tranſmittitur igitur pœna ad coheredes.

Ad Theſin 2.] In hac theſi diuiduntur pœnales † in ſimplices & mixtas, id quod non videtur pari ſuperior diſtinctio Iuſtin. qua diuiſit actiones in rei perſecutorias, pœnales & mixtas. Ergo dum partes ſeu ſpecies inter ſe ſunt diſſentaneæ, cum toto tamen conſentaneæ, ſequitur mixtas pœnaliſ ſpeciem tantum eſſe non poſſe. Sed pro reſolutione & deſenſione huius rei ſciendum eſt dichotomiam hanc aliqua ex parte deſendi poſſe hoc ſcilicet modo. Vox, pœnales, eſt genus continens ſub ſe duas ſpecies mere pœnales & mixte pœnales. Ergo quod Iuſtin. dicit, accipitur ſpecialiter, ſcilicet aliquas actiones eſſe rei perſecutorias, aliquas pœnales, in ſpecie ſcilicet mere pœnales, aliquas mixtas ſcilicet mixte pœnales. Iaſon autem *num. 1. §. ſequens. h. tit.* dicit, mixtas non contineri ſub rei perſecutorias tantum, nec ſub pœnalibus tantum, ſed tertiam conſtituere ſpeciem, & hoc videtur magis aptum & rei veritati conueniens, cum mixtæ † non tantum ſunt pœnales, ſed etiam reales. Participat enim aliquid de re, aliquid de pœna. Videmus hoc in diuiſione illa, aliquæ actiones ſunt reales, aliquæ perſonales. Mixtæ autem proprie nec reales, nec proprie perſonales dicuntur, cum de utroque quid participant. Videmus hoc in participio etiam, quod conſtatum eſt ex nomine & verbo, & ideo habet peculiarem appellationem. Zaſius tamen in *§. quedam. num. 4. h. tit.* dicit: Si ex ſimplicibus alterum ſit potentius altero, tum mixtum iequi naturam potentioris ſimplicis, vt videre eſt in heredit. pet. quæ participat quid de realitate & perſonalitate. Realitas tamen exuberat, vnde merito realis dicitur actio, *l. ſed etſi legem. §. per. ff. de pet. heredit.* Sic in actione vi bonorum raptorum exuberat pœna, quæ triplum eſt: Res, vnam tantum partem perſequendam continet, vnde potius pœnalis illa dicitur, quod tamen non procedit in mixta actione, ſcilicet damni. *l. Aquilia*, vbi pœna & res ſunt ſimiles.

Ad Theſin 3. 4. 5.] Simples pœnales actiones dicuntur, † quibus meram pœnam perſequimur, vt eſt actio furti, & actio iniuriarum. Cui oppoſito *l. 4. ff. de public. iudic. in fin.* vbi dicitur, quod de re furtiua detur actio furti. Respond. Id ita eſt intelligendum quaſi pœna petatur nuda actione furti, ſed includitur conditio furtiua, id quod ſæpe ſit. Secundo obiicitur *§. furti. ſupr. de oblig. qua ex delict. naſcunt.* vbi Imp. Iuſtin. dicit, creditorem de pignore ſuo rapto habere furti actionem. Respond. vt ante, ibi ad meram pœnam eam competere. Hottoman. dicit, Iuſtin. id ſubtiliter diſputare; pignus enim in locum pecuniæ ſuccedit, & vicem eius tantisper ſuſtinet pœna exacta ſuccedit etiam in locum pecuniæ creditæ: Ac proinde vim eandem quam pignus obtinet, quare, qui † pœnam exigit, pignori incumbere videtur.

Tertio obiicitur *l. 2. §. ult. ff. de tutel. & ration. diſtrah.* vbi in duplo ineſt rei perſecutio *l. hoc edicto. §. ult. ff. de publ.* R. Duo ſunt ſpeciales caſus loquētes in alia materia tutelari &

publicanorum. Mynf. hic. Hic autem ut quædam alia de furto dicantur, non opus est, cum *supr lib. 4. in pr.* hæc omnia latius sint expofita.

- 9 *Ad Thesin 6.* Affirmatur ꝑ omnibus competere hanc actionem, quorum ex honesta causa interest, scil. bonæ fidei possessoribus, non malæ. Cui opponitur *l. 1. §. prado. ff. de positi.* vbi fur seu prado, cuius ex honesta causa non interest, agit actione depositi, id quod etiam ita est *in l. nam et si fur. 13. ff. de rebus credit.* vbi dicitur quod fur habeat actionem ex in iure. Respond. Certum est neminem consequi de improbitate sua actionem, unde hic actionem furti non habet. In eo autem non peccant, quod cum re furtiva contractus licitos celebrant, & ideo etiam habent illius contractus actionem. In eo autem peccant grauitur, quod rem furantur, & inde iis actio non datur. Secundo obiicitur *l. eum qui. 14. ff. de furti. §. cum autem. supr. de empt. & vendit.* Respond. Quando nudo consensu
- 10 ꝑ emptio est perfecta, statim periculū rei venditæ spectat ad emptorem: Potest enim quandoque libet soluere pretium, & rem auferre. Sed furti actio non potest competere, nisi tradita res sit. Datur enim ratione dominij. Is enim qui dominus est, furti actionem habet. Tertio obiicitur: obstat *l. interdum. ff. de furtis.* Respond. Sunt duo specialia, quæ sunt de regula, id quod etiam particula, *interdum*, significat, quæ particularitatem importat. Quarto obiicitur *l. qui iniuria. 33. §. qui alienus. & l. i. cuius interest. ff. de furti.* vbi non datur hæc actio ei, cuius ex honesta causa interest, nimirum ei qui se ex honesta causa alteri obtulit. Respond. Interesse hic admittitur ratione proprietatis vel pignoris vel possessionis, rei tamen promissæ vel debitæ ratio non habetur. Quinto obiicitur *l. qui. 48. in princ. §. si ego. ff. eodem.* vbi dicitur, quod fur furti agere possit: Ergo agit is, cuius ex honesta causa nequaquam interest. Respond. Ibi eius ex honesta causa interest, quia inest res locata polienda, & commisit furtum, aliis concedendo rem locatam, unde habet actionem, quam non haberet, si ipse vtendo furtum fecisset, & ita & *Gl. in l. eum qui. 14. §. i. autem apud quem. ff. de furti.* id soluit. Denique obiicitur *l. 1. §. qui à me. 30. ff. de vi & vi armat.* vbi dicitur quod is, qui à me vi possidebat, si furus deicitur, habeat interdictum. Respond. Habet interdictum saltem ratione possessionis quam habuit, siue sit iusta, siue iniusta. Hoc enim est commodum possessionis. *§. commodum. ius de interd.* Et in eo non peccat, quod ratione possessionis habet interdictum: in eo autem peccauit, quod alium de sua possessione deiecit.

- Ad Thesin 7. vsque ad 12.* Agitur hic aduersus quem datur actio furti, & aduersus quem non datur. Non ꝑ datur aduersus impuberes pubertati nondum proximos. Nec propter honorem matrimonij marito aduersus uxorem, cum sit actio rerum amotarum, quæ non infamat. *tot tit. ff. rerum amotarum.* Nec, propter reuerentiam naturalem, datur patri aduersus filium, id quod supra etiam in delicto fuit explicatum. Deinde dicitur in thes. decima & vndecima, actionem furti esse ꝑ duplicem, Ciuilem & Honorariam. Honoraria est actio furti manifesti, quæ est in quadruplum. Sed oppono ita. Partes distributionis contrariæ esse debent: Actio furti manifesti, & nec manifesti non contrariæ sunt, id quod probatur per *l. vulgaris, h. tit.* vbi vnus rei fur manifestus, & nec manifestus est; Ergo hæc distributio est illi gitima. Respond. Vnum posse vnus rei esse furem manifestum & nec manifestum certum est, ꝑ sed. nō. eodem tempore, eodemque actu: nam cum dolo contrectauit nec manifesti, cum abstulit & deprehensus est, manifesti furti se alligauit. Secundo obiicitur *l. si quis. 7. C. de seruis fugitiuis.* vbi non quadruplum, sed 12. libræ argenti pænæ nomine denrur. Respond. Textus ille loquitur de seruo fscali, & ideo tenetur quis præter serui restitutionem dare duodecim libras argenti fisco, & est speciale. Eodem modo speciale est, quod dicitur *in l. 7. C. de his qui à non domino sunt manumissi.* quia,

quia manumittendo laesi quis Principis auctoritatem. Præterea quod dicitur *in thes. 12.* si ab alio deprehensus vel visus fuerit, per hoc non infingitur regula, *l. excepta. C. p. q. pers. non acquiritur.* quod per liberam personam nobis nihil acquiritur. Nam magis ex delicto suo proprio, quam alterius facto hoc evenit. *l. prohibere. 3. ff. quod si aut clam.* Quod porro dicitur (visus) intelligendum, si cum videt furem furripientem accurrit ad comprehendendum eum. Cæterum si cum furtum fieret, abscondit se, etiam si quis vidit furtum fieri, tamen fur non est manifestus *l. 7. ff. de furtis.*

Ad Thef. 13. 14. 15.] Agitur hic de actione furti nec manifesti in duplum † quæ est *14.* ex *l. 12. tabul.* Cui opponitur auctoritas Gellii *lib. 11. c. 5. l. 1.* & Theophrasti *infra de pæpet. & tempor. act.* ubi dicunt eam non esse ex *l. 12. tabul.* sed ab ea esse recessum. Respond. Welenbec. *in parat. ff. eod. num. 14.* id intelligendum esse de pœna manifesti, quam pœnam capitale & minus acerbam prætores mitigarunt, duplum constituendo. Hoc autem de pœna furti generaliter est tenendum, pœnâ furti de consuetudine non observari. Iul. Clar. *§. furtum. num. 16.* id quod etiam Welenb. testatur esse hodie † furcæ pœnam. Addit tamen *15.* Mynsing. posse peti pœnam sibi applicandam etiam hodie, & agi posse civiliter sed si id ita loci consuetudo patiat. Furtum dicitur etiam in minima re, Tiraquel. *in tract. de iud. in reb. minimis. fol. 50.* quæ opinio est frequentissimo omnium calculo recepta, referent Iulio Claro *in §. furtum num. 23.* Deinde quia furtum est fraudulosa contrectatio, is qui furtum facit non desinit esse reus & nocens talis peccari, si eum pœniteat mutato consilio *l. qui ea mente. 67. ff. eod.* Deniq; quia furtum hodie † nimis frequentatur, seuerius in eos fures *16.* animaduertitur, quia turbant, evertunt & violant humanam societatem, & grassantur in hac extremæ ætatis effera barbarie. Welenbec. *in parat. eod. num. 5. l. 1.*

Ad Thef. 16. vsque ad 19.] Agitur in hisce thesibus de actione iniuriarum, quæ est † *17.* quoque ex delicto. Sed obiicitur *l. non solum. 11. ff. de iniur.* ubi dicitur actionem iniuriarum esse ex bono & æquo. Ergo non est ex delicto. Resp. Id verum est virumq; diuerso tamen respectu, quo ad reum est ex delicto, quoad iudicem est ex bono & æquo. Iudex enim in iniuria æstimanda, discit reus ante omnia esse debet, & æquus, *l. placuit. 8. C. de iudic.* Generaliter de actione iniuriarum id est tenendum ea agere posse † dominum, si est *18.* valallo facta iniuria, quæ in dominum redundet. Welenb. *ff. de iniur. n. 6. in fin.* Sic procurator potest agere iniuria act. civil. & criminal. Chil. Röntg. *c. 58.* & Marantiam *specul. pract. p. 4. num. 10.* ubi addunt pro cautela esse observandum q; quis agat per † procuratorem, ut *19.* hac ratione condemnato procuratore reus effugiat infamiam. Illudque est tutum. Welenbec. *ff. num. 6.* Eo non obstante quod dicatur sententiam ferri in principalem non in procuratorem. *l. 5. ff. de iniur.* Deinde communis est opinio ut † in libello iniuriarum ponatur annus, mensis, & locus illatæ iniuriæ. Iulius Clarus *in §. iniur. num. 5.* & fit aliquis infamias ex atroci iniuria. Idem Iulius Clarus *num. 8.* Denique non excusatur, si quis dicat se non habuisse animum iniuriandi, quia in dubio præsumitur facta animo iniuriandi, nisi contrarium probetur. Iulius Clarus *n. 12. §. iniuria.* Sic non releuatur protestatione, si addat salvo honore suo, Iul. Clarus *num. 13.*

Ad Thef. 20.] Dicitur in hac thesi actionem iniuriarum † tolli pacto, dissimulatione. *21.* Cui opponitur *l. Pomponius. 9. ff. de negot. gest.* ubi dicitur actionem quæ semel competere cepit nuda voluntate non tolli: Ergo id hic male asseritur. Resp. Pacius *cent. 2. quasi. 56.* dicit illa verba generaliter non esse intelligenda, sed pertinere ad actionem negotiorum gestorum, de qua ibi tractatur. Certum igitur est nuda voluntate actionem iniuriarum tolli, imo tum etiam quando quis cum aliquo ludit, & si aliquem salutat. Illa enim *BB 3* sunt.

sunt certa signa reconciliationis, quæ amicum mutatum & mitigatum esse declarât. *Wes. senbec. in paratit. num. 13.* & tum iniuria censetur remissa. *Iulius Clarus in §. iniur. num. 10.*

- 22 *Ad Thes. 21. 22. 23. 24.*] In hisce thesibus agitur de eo ꝑ actionem scilicet iniuriarum esse pratorium, & ciuilem in aliquibus casibus. Si est ciuilis perpetua est, & notandum *l. §. loco conuicti. C. de iniur.* intelligi de verbali iniuria, quod vox conuicti ostendit, quemadmodum supra fuit copiosius monstratum. Deinde capitalis est iniuria, quæ proficisci-
- 23 *tur ex famoso libello, quia ꝑ famosus libellus diutius durat & grauius mordet, vnde ob famosum libellum merito iniuria grauius punitur.*

- Ad Thes. 25. vsque ad thes. 30.*] Agitur nunc de mixtis pœnalibus. Et prima est actio vi bonorum raptorum. Sed quæritur an hæc actio mixta sit in creditore commodatario, & aliis, quibus hæc actio conceditur, licet domini non sint. Dubitandi causa est furti conditio, quæ soli domino datur, eoq; creditori, cui pignus surreptum, non furtiua sed incerti datur conditio. *Resp. Hotoman. putat etiam in illis hoc verum esse, nisi furtiua actione dominus utatur.* Nam cum sit mixta, nihil impedimento est, quo minus res vno eodemq; iudicio reperatur cum non proprie & principaliter eius causa iudicium instituat.
- 24 *atur.* Deinde dicitur in ꝑ quadruplum hanc actionem dari. Cui opponitur *lex Christianis. 6. C. de paganis,* vbi disponitur duplum dari, quando bona diripiuntur, cui in sit tamen res ipsa. *Resp. Illa est constitutio Imp. Honorii & Arcadii plane specialis, scilicet duplum debere Christianum dare, si forte Iudæo bona diripit, modo tamen Iudæus tranquille viuat, & hic ideo minus datur à Christiano, quia non est talis Dei contemtor, Iudæo ideo subuenitur, quia tranquille viuat, quemadmodum etiam supra fuit explicatum.*

- Ad Thes. 31. vsque ad 35.*] Hæc theses agunt de actione l. Aquilæ. Estq; plebiscitū, unde est ciuilis actio. Idem *Oldend. class. 6. act. 12. c. 1.* Sed obicitur ita; furari & rapere nemo sine damno illato potest: vnde hæc actio potius videtur ꝑ superuacanea. *Resp. Duplex est differentia inter hoc & illud damnum. Hoc loco ea damna intelligantur, quæ proprium nomen non habent: Furtum autem & rapina suum nomen habent: Deinde hæc sine dolo malo fieri possunt; illa non item.*

- Ad Thes. 36. 37.*] Corollarii loco nunc de materia cumulationis actionum videbimus, quæ materia est multiplex & contragosa, quemadmodum *Hotoman. in illustr. quest. 27. in*
- 27 *pr. & difficilis est ex eo, quod hinc inde sit colligenda ꝑ nec sub certo titulo de ea agatur.*
- 28 *Obrecht. in thes. 1. §. 2.* Et autem cumulatō ꝑ nihil aliud, q̃ actionis ad aliam coaceruatio. *Bart. in l. 3. C. de edendo.* dicit cumulationē esse vnius actionis cū alia coadunationē. Sciendum autem esse iure ciuili in vno libello non posse coniungi duas actiones, id quod ab interpretibus pragmaticis optime est inuentum contra ius. *Obrechtus in thesibus suis affirmat Paulum singularem librum hac de re scripsisse, & potius cumulationem hanc iure ciuili inspecto concursum esse dicendum, & putat concursum esse, quando duæ vel plures actiones eiusdem rei nomine ex vna vel pluribus causis, ex vno vel pluribus factis vni aduersus eundem competunt.* Dico vnius rei nomine, quia si propter diuersas res, non dubium est omnes subsistere, alias dubium est an recta simul vel separatim intententur, an potius altera alteram consumat. Deinde per rem corpus significatur nō factum. *Obrecht*
- 29 *in thes. 6. & 11.* Et huius concursus actionum ꝑ finis est vt laxior & liberior sit agendi facultas, quemadmodum *Papinianus Ictus id indicat in l. cum filius. 76 §. pen. ff. de legat. 2.* Effectus autem est singulis nimirum controuersis singulas actiones sufficere, ne aliter modus litium multiplicatus summam & inextricabilem pariat difficultatem. *l. singula. 6. ff. except. rei iudic.*

Ad Thes. 38. 39.] Si plures iunt actiones in rem teiusdem rei nomine vna tantum institui potest, *l. nemo ex iis, §. quoties. ff. de reg. iur.* quia contra bonam fidem est bis idem exigi. *l. bona fides. ff. de reg. iur.* & si de nuo quis petit, exceptione rei iudicatæ submouetur quis puta si hereditariè petit, deinde singulas res velle contra *l. 3. l. 7. §. & generaliter. ff. de except. rei iudic.* Et quid sit de eadem re agere eleganter declaratur in *l. 5. ff. de except. rei iudic.* scilicet qui eandem rem alia tantum actione petit, e contrario non agit de eadem re, qui priorus rem non persequitur, vt ibi Ictus Vlp. dicit *l. 1. §. 1. & an. §. actiones. ff. de except. rei iudic.* vbi est differentia inter actiones reales & personales, quo ad concutiem. Et certum est, quod amplius quam semel rem meam esse non posse, sapius autem potest deberi, quemadmodum dicitur in *l. non vt ex pluribus. ff. de reg. iur.* Sed obicitur Nonnulli. de fideiussores. §. sed neq., vbi pluribus potest agi actionibus. Resp. Id in personalibus & realibus simul seu in rei persecutorijs procedit, quæ si dantur ex vna causa puta fideiussionis, altera per alteram consumitur, quemadmodum id in thes. 41. proponimus atq; etiam ita *l. fundum. 16. §. l. fundi. 18. ff. de except.* accipiendæ sunt.

Ad Thes. 40. 41. 42.] Agitur hic de actionibus personalibus rei persecutorijs, quæ si veniunt ex vna causa, altera per alteram consumitur, si ex pluribus causis alia aliam non consumit, si eadem res ab eodem duplici de causa & obligatione debetur non modo post actionis damnationem altera vti licebit. *l. si is 18. ff. de ob. & act.* verum etiam post vnus victoriam *d. l. si is qui in fin. l. non est nouum. 10. ff. de act. emr.* Hoc tamen addendum est, miseri hasce actiones, id est, vnam per alteram tolli, nisi plus sit in altera. Nam duas habeo actiones & vna consecutus meum sum, non possum ad alteram transire, sed si in vna tantum minus est, quam in altera possum eam intentare, quæ plus consequitur, saltem vt id accipiam quod mihi abest. Cuiac. *lib. 8. obseruat. c. 24. (l. pro socio. 38. §. 1. ff. pro socio. Hotom. in illustr. quest. 27.)* idque probari potest per *l. quod in herede. 9. §. 1. ff. de tribus act.* Et si vtraque est rei persecutoria vel ipso iure perimitur altera, si fuerit actum stricto iure, vt conditione futiua & deinde actione bonæ fidei, vel p exceptione, si prius bonæ fidei actio sit intentata *d. l. qui seruum*, quemadmodum Obrecht in thes. 51. 52. 53. demonstrat, & sciendum est vtranque obligationem initio ita constitui vt altera in iudicium deducta, altera nihilominus interea maneat. *l. si is qui Stichum. ff. de ob. & act.*

Ad Thes. 43. 44. 45.] Agitur hic quid in penalibus obtineat circa cumulationem actionum, & distinguitur, an vnum factum sit & vnum delictum vel an vnum sit factum & plura delicta, vel denique an plura sint facta & plura delicta. Si vnum sit factum & vnum delictum, cuius tamen vnus cuiusda plures competunt actiones, tunc vna instituta alia consumuntur: Nam si ex vno facto duæ competunt actiones, iudicis potius partes sunt, vt quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantundem aut minus id consequatur, quemadmodum Ictus Paulus loquitur in *l. quoties. 41. §. fin. ff. de ob. & act.* Obicitur autem valde *l. plura 83. in pr. ff. de ob. & act.* vbi dicitur plura delicta in vna re plures admittere actiones, sed non licere omnib. vti, ergo falsum est vnā per alterā non cōsumi, cū tamen hic dicatur non licere omnib. vti. Resp. variz sunt adhuc resolutiones apud interpp. & quidē pugnāt *d. l. plura. sū l. cū ex vno. 32. ff. de ob. & act.* vbi dicitur, post magnas varietates obtrunxisse omnibus experiri aliquē actionibus, cū ex vno delicto plures nascuntur actiones, vnde Cuiac. putat *lib. 8. obseruat. c. 24.* vnum textum ex altero esse corrigendum. Pacius in marg. ad illas ll. dicit omnes ante prætorem posse edi, sed non omnibus vtendum, & sic illas ll. conciliat. Hotoman. autem *illustr. quest. 27.* rectius respondet ex *l. qui seruum 34. in pr. ff. de O. & A.* cōpetere & non consumi, scilicet, eo casu, quādo plus est in altera q̄m in ea, quæ interea

- intentata fuit. Eo enim casu altera non tollitur, quia ad id, quod adhuc competit, est intentanda, quam solutionem etiam Cuiac, indicat, & sequitur Obrecht reiectis aliorum opinionibus in *thes. 96. 97.* & secundum hanc solutionem plura conciliantur, & intelligitur *l. 26. ff. de priuat. delict. l. dominicam. §. de iniur. & Hottom. in fin. d. illustr. quest. 27.* dicit eam regulam esse obseruandam, & cum si grauiore t egeris, non poteris altera agere, quia obstat Iudicari exceptio. *l. item cū. 14. §. cum q. ff. quod metus causis. l. 4. §. cum dominus. & §. §. ff. de noxal. act.* Obrecht *thes. 80.* Secundo obicitur *l. si vulnerato ff. ad l. Aquil.* vbi quis potest agere ex *l. Aquilia bis*, cum tamen idem repetat. Respond. In posteriori plus petit, scilicet quando ex vulnere moritur seruus antea non fuit mortuus. Tertio obicitur *l. licet. 6. §. §. ff. nauis. campon.* vbi dicitur quod furti & damni iniuriæ actio competat ex illo quasi contractu sed dicitur vna contenti esse debemus. Ergo non est verum vtranque manere. Resp. Addenda est distinctio ante allata si scilicet tantum vnaquaq; consequimur, quantum volumus. Idem est in *l. si heredem. §. ff. de calum.* vbi dicitur alterutrum sufficere, sed si prius egero ex edicto, cessat conditio ob turpem causam: Si autem prius egero con lictione, non ago in quadruplum, sed ad triplum. Deniq; obicitur *l. contrarios. 15. C. de inoff. test.* vbi duplex actio contra testamentum intentatur. Resp. Actionis vocabulum improprie pro intentione accipitur, cum de inofficioso testamento actio t nulla sit, sed incidens tantum questio. Præterea id in person. act. militat, hic de pœnalibus agimus. Manet igitur verum nunquam pœnales actiones de eadem re concurrentes, aliam consumere aliam *l. nunquam 60. ff. de ob. & act. l. nunquam 30. ff. de reg. iur. §. §. infra si quadrup. paup. fecis. dic.* De arbitratu vide Cuiac. in *d. loco.* & Obrecht in *thes. 119. 120. cum seq.*
- 37 Ad *Thes. 46. 47.* Si denique actio mere est pœnalis, & t concurrat cum rei persecutoria, altera alteram non tollit. Si est mixta & cum rei persecutoria concurrat, hæc tollitur, quia qui hac egit, iam rem est cōsecutus. Primo obicitur *l. 3. §. §. ff. nauis. campon.* vbi actio de recepto, quæ est rei persecutoria, potest intentari, & tollitur furti mere pœnalis. Respond. Cuiac, aut idem habet in eundem actionem rei persecutoriam & mere pœnalem, & alteram altera non tollit: aut habet idem in eundem actionem rei persecutoriam, in alterum mere pœnalem, vt vector in exercitorem habet actionem de recepto, in furem furti, si elegerit exercitorem non agit in furem, sed fur pœna nō exiuit; Exercitor enim in eam habet actionem furti, quod si vector elegerit furem exercitor absoluitur. Hottom. in *illustr. quest.* putat per furti actionem intelligi conditionem furtiuam. Secundo obicitur *l. si cui 71. ff. de furt.* vbi si actum est furti, cōmodati actio extinguitur. Ergo falsum est quod in *thesi* asseritur. Respond. nō vnus rei nomine competunt ambæ, quem admodum illa domini, hæc furti causa in odium furum conceditur, Accur. & Hottom. in *illustr. quest. 27.* dicunt furti actione contineri conditionem. in *thes. 55. 56.* Sequimur Hottomannum.

- Et tantum de actionum priuatarum cumulatione. Nunc breuibus coronidis loco monebo, quid iuris sit in publicis iudiciis. Si actum est t publico iudicio denegatur priuatum & ex diuerso. *l. quod SCtum 6. in fin. ff. de iniur. l. interdum. ff. de publ. iudic. l. 2. §. 2. ff. de bonorum raptorum.* Sed obicitur *l. unica. C. quando civilis actio.* Respond. Hic vtrinq; ad vindictam in *d. l. 1.* propter damnum rei familiaris agitur. Eodem modo id Gloss. in *d. l. 6. in fine* soluit. *l. inde Neratius. 23 §. si dolo. ff. ad l. Aquil.* vbi ad damnum rei familiaris egit. Cum qua tamen pugnat *l. 4. ff. de public. iudic.* vbi dicitur fieri præiudicium publico iudicio *l. Aquiliæ*, Respond. In *d. l. inde Neratius*, quod in *d. l. 4.* quidem non dicitur, simul intentari non posse publ. iudic. & *l. Aquiliæ* sed quod vno finito, id est, *l. Aquil.*

Aquil. vel Publ. præiudicium alteri sunt, ratione probationis, quia suspicio augeret.
Et tantum de hac 39. disputatione.

DISPUTATIO XLII.

De actionibus legatorum, familiæ herciscundæ, communi diuidundo, & finium regundorum.

CONTINUATIO.

Vt superiores actiones quadam mixtae sunt, ita & actio personalis ex testamento aliquo casu mixtam causam obtinet, unde hic commode subiicitur.

Thesis 1. Legatorum & fideicommissorum nomine tres dantur actiones, personalis ex testamento, Rei vindicatio, & hypothecaria, quibus addita demum hereditate quis uti potest, ita ut una electa, altera tollatur.

2 Quamuis tamen hypothecaria cum alia concurrere possit, quia cum sit cautionis loco, non tollitur electione, sed solutione.

3 Actio personalis ex testamento est civilis, stricti iuris, eique datur cui aliquid in testamento vel ab intestato est relictum per legatum vel fideicommissum, aduersus eum, à quo est relictum, siue is sit heres siue legatarius vel fideicommissarius.

4 Ad hoc, ut legatum & fideicommissum una cum usuris & fructibus à tempore moræ perceptis præstetur & solvatur.

5 Sacrosanctis vero Ecclesiis vel aliis venerabilibus locis, aut pro redemptione captiuorum legato vel fideicommissoreliecto, si negatur vel fraudulenter differtur id solui usque ad iudicalem conventionem & iussum iudicis, hæc actio pœnalis in duplum datur ut partim rem, partim pœnam contineat.

6 Rei vindicatio datur legatario vel fideicommissario ad rem istam relictam, à quolibet possessore vindicandam sibi que tradendam.

7 Hypothecaria actio simpliciter datur ei, cui relictum est legatum vel fideicommissum in res seu vniuersa bona testatoris sibi obligata, non heredis vel alterius personæ, ad id, ut legati vel fideicommissi nomine detur.

8 Quædā porro actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam, quales sunt actio familiæ herciscundæ, communi diuidundo & finium regundorum actio, in quibus actionibus uterque est actor, & quidem is, qui prior ad iudicium prouocauit.

9 In has actiones non tantum veniunt res, sed etiam personales præstationes, & conceditur iudici rem alicui ex litigatoribus ex bono & æquo ad-

iudicare, & si vna pars prægrauari videbitur eam in certam pecuniam condemnare.

10 Actio familiæ herciscundæ est ciuilis, bonæ fidei, eaque directæ datur coheredi aduersus coheredem vel plures coheredes, vtilis bonorum possessoribus, fideicommissariis & iis, quibus quatta debetur, ex constit. D. Pii, ad id, vt diuisio hereditatis bonorum possessionis & quartæ omniumque commodorum & incommodorum, fructuum, expensarum, damnum & adiudicationum fiat.

11 Collatio quoque eorum quæ quis percepit ex omni patrimonio est faciendæ, quamuis æquitas non patiatur conferri ea, quæ studiorum causa peregre agenti dantur, nisi credendi animo id factum esse certo constet.

12 Veniunt igitur in hoc iudicium omnes, nisi quædam prohibeantur, vt sunt nomina, venena, & libri improbatæ lectionis, & scelere acquisita.

13 Si autem forte in diuisione & adiudicatione controuersia oriatur, tutius sorti res committitur.

14 Actio communi diuidendo est bonæ fidei, quæ competit iis, qui aliquam rem habent communem vel cum societate, & sine societate, ad eam diuidendam, & personales præstationes officio iudicis faciendas.

15 Directæ autem actione communi diuidendo, res corporalis diuiditur, cuius dominium habemus, non tamen hereditas diuiditur vti res corporalis quam iusta ex causa possidemus.

16 Et computatur hic, si quid in re communi dolo vel culpa est datum, vel quid eo nomine abest, vel si ex re communi, ad aliquem quid peruenit.

17 Actio finium regundorum est stricti iuris, eaq; directæ datur confinibus, dominis emphyteutis, vassallis fructuariis, creditoribus pignoris, ad prædiorum rusticorum fines regundos & terminandos.

18 Vtilis autem de hortorum in urbibus latitudine regunda & determinanda datur.

19 Venit in hoc iudicium id quod interest, veluti damnum rationeurbationis finium perpeßum, sumtus & mercedes agri mensuris præstitæ, ac fructus.

20 Deniq; ad officium de finibus cognoscendis pertinet mensores mittere, & per ipsos dirimere ipsam finitam quæstionem, vt æquum est, & si ita res exigat oculis fundos sublicere, & in hoc sequi vetera monumenta, puta lapides, statuas, sepes, fossas, arbores &c. Censuræ autoritate ante litem inchoatam ordinata, nisi varietate successorum vel arbitrio possessorum fines potestica permutatos esse probeatur.

Corollarium. Cum communio discordiam pariat, nec pactione communium dominiorum, nec patris prohibitione testamentaria, nec præscriptione effici posse, ne à communione discedere liceat, verius putamus.

DISPUTATIONIS XLII.

De actionibus legatorum, familiæ herciscundæ communi diuidundo & finium regundorum, obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 Actiones prolegato consequendo quot sint & quomodo differant.
- 2 Actio ex testamento, cur ex quasi contractu personalis sit.
- 3 Actionis ex testamento quis finis sit.
- 4 Mora quot modis fiat.
- 5 Versus ex mora an in actione ex testamento peti possint.
- 6 Actio ex testamento quando paralis fiat.
- 7 Legatum ad Ecclesias, scholas & pauperes si negatur, qualis actio inde existat.
- 8 Actio ex testamento an paralis in duplum sit si quid Respub. vel fisco legeatur.
- 9 Paralis non sunt extendenda ad casus non expressos.
- 10 Res vindicatio quo fine detur legatario.
- 11 Legatarius quomodo reali & personali actione utatur.
- 12 Hypothecaria actio ad quid legatario competat.
- 13 Actiones mixtae quot modis dicantur.
- 14 Actiones mixtam causam habentes participant sua natura cum realibus.
- 15 Temperamentum optimum fit ex contrariis.
- 16 Mixtae actiones quomodo reales sint, & quomodo item personales.
- 17 Familia herciscunda actio quomodo possit esse in rem.
- 18 Actio famul. herciscunda cui detur & quo fine.
- 19 Res in diuisionem hereditatis non venientes qua sint.
- 20 Hereditatis diuisio penes quem hodie fit.
- 21 Actio de communis diuidundo quibus detur.
- 22 Actio finium regund. cur sit stricti iuris.
- 23 Finium regund. actio, cur non ponatur inter actiones bonæ fidei.
- 24 Actio finium regundorum quid trahat.
- 25 Finibus regend. quot remedia adhibeantur.
- 26 Actio confessoria & negatoria quomodo finibus regendis seruiat.
- 27 Pactio communium dominiorum an facere possit, & non liceat à communione discedere.
- 28 Societatis coitio nulla est æterna & perpetua.
- 29 Communio parit discordiam.
- 30 Societas ultra mortem extendi non potest.
- 31 Testamentaria prohibitiōe effici non posse, ne à communione discedatur.
- 32 Voluntas & iura quando & quatenus pro lege sit seruanda.
- 33 Præscriptiōe non effici potest ne à communione discedatur.

- 34 *Diuisioni prescribi non potest, quamdiu constat duos esse simul socios vel Dominos.*
 35 *Actiones famul. heretice.com. diuid. fin. regund. quamdiu durent.*

GENERALIS diuifio hæc ante fuit propofita, actionum, fcilicet quasdam effe in Grem, quasdam in personam, quasdam mixtas, hoc est, pœnæ & rei perſecutorias. Dum igitur adhuc ex mixtis illis vna reſtat nimirum actio perſonalis ex teſtamento pro venerabilibus domibus, ideo de ea nunc erit agendum. Sed quia actionis perſonalis ex teſtamento vnico tantum caſu, fcilicet quando competit pro venerabilibus locis hic fit mentio, datur occasio, vt de tribus actionibus ex teſtamento prouenientibus agatur.

- Ad Theſ. 1. 2. 3. 4. 5.]* Agitur in hiſce theſibus de perſonali actione ex teſtamento po-
 tiſſimum. Nam pro legato conſequendo dantur tres actiones, quæ in forma differunt
 non in effectu, quia idẽ conſequuntur, ſed non vno modo, vna via, vno reſpectu intentan-
 tur. De hiſce vide quæ latius dixi ſupr. in materia legatorum ad theſ. 3. *§ 4. in diſputati. ab*
D. Horſtio theſibus, quæ hic repeti ſuperuacuum effe puto. Et hæc actio perſonalis eſt ex
 teſtamento, ſcil. ex quaſi contractu, ex quo legatarius vel fideicommiſſarius heredem
 habet obligatum. Eſt directæ in heredem, vtilis in legatarium vel fideicommiſſarium.
 2. *Mynſ. hic num. 44.* Et hoc inde, quia heres ad eundo hereditatem quæſi contrahit cum le-
 gatariis vel fideicommiſſariis, ſicut cum aliis debitoribus & creditoribus. *l. cum apud Iulia-*
num. §. fin. ff. ex quib. cauſis maior. Competit igitur ab inteſtato *Mynſ. n. 45.* Competit au-
 tem hæc actio ad hoc, vt legatum & fideicommiſſum vna cum fructibus & vſuris à tem-
 pore perceptis præſtetur & ſoluatur *l. 1. §. 1. tot. tit. C. de vſur. & fruct. legat. & fideicommiſſ.*
 3. Sed obicitur *d. l. 1. C. de vſur. & fruct. §. 1.* vbi dicitur, quod ex litis conteſtationis tempo-
 re vſuræ debeantur. Ergo non eſt mora. Reſp. Mora fit duobus modis: vel per litis con-
 4. teſtationem *d. l. 1. §. 2. C. de vſur. §. fruct. legat.* vel per interpellationem extraiudicalem.
 Sufficit igitur ſi dicamus ex mora deberi vſuras, quæ ſit lite conteſtata. Gothofred. *ad d.*
l. 1. C. de fructib. & Borch. c. 3. de vſur. n. 16. Quamuis Iaſ. putet duplici modo deberi vſuras,
 ex mora, & ex lite conteſtata, ſed male in *§. ex maleficiis num. 2. h. tit.* Deinde obicitur i-
 ta: Ex mora debentur vſuræ tantum in bonæ fidei contractibus. *l. mora. ff. de vſur. l. 2. C.*
de poſiti. Sed actio hæc perſonalis ex teſtamento competens, pro legatis conſequendis, eſt
 ſtriſti iuris, quia non reſertur inter bonæ fidei iudicia in *§. actionum autem hoc tit. num.*
 Ergo in ea non debentur vſuræ ex mora. Reſp. Excipienda ſunt ab hac regulâ legata & fi-
 5. deicommiſſa, quorum natura ſtriſta quidem eſt, & tamen quæſi nihilominus vſuræ ex mora
 debentur. Legata enim & fideicommiſſa propter fauorem vltimarum voluntatum eo-
 dem iure ſtriſta ſunt, quo reliqua negocia ſtriſta dicuntur. D. Borch. ita ſoluit *c. 3. de vſur.*
num. 16 17. Iaſ. etiam in *§. actionum, h. tit. n. 21.* idem ſentit, ſcil. quo ad vſuratum curſum
 ex mora eſſe comparationem. Currunt enim à tempore moræ vt in minoribus, quæ dici-
 6. tur nota abuſiua, *Id. in l. n. minorum C. in quibus cauſis.* Deinde affirmatur pœnalem hanc
 eſſe actionem in duplum quæſi quando datur pro ſacroſanctis Eccleſiis vel aliis venerabili-
 7. bus locis, ſi negatur & fraudulentè differtur, & quidem in *h. §. n. ſcil. ex maleficiis.* tan-
 tũ fit mentio fraudulentæ inſiciationis: in *§. ſed furti, h. tit.* fit mētio fraudulentæ dila-
 tionis. Vnde hic ſunt coniungendi Iaſon & Zaſius *nu. 21.* Trahitur etiam ad quæſi ſcholas &
 ad omnes pauperes ſi legatum fraudulentè negatur vel differtur. Et hoc coniunctim o-
 peratur fraudulentæ machinatio, & fauor piarum cauſarum. Quæritur autem hic à Dd.
 8. an hæc actio ſit pœnalis in duplum, ſi aliquid Reipubl. vel ſiſco legetur? Et videbatur
 dicendum quod ſic, quia hæc omnia comparantur in *l. vlt. C. de S. S. Eccleſiis.* Gloſſ. vero
 Iaſon.

lason num. 40. cum seqq. Zaf. Mynsing. num. 49. id negant, propterea quod pœnalia non sint extendenda ad casus non expressos. c. in pœnas. c. odia. de reg. iur. in 6. Et datum vni rei priuilegium non statim extenditur ad alteram. lason num. 41.

Ad Thefin 6. 7.] Duæ adhuc aliæ actiones pro legatis & fideicommissis dantur: Rei vindicatio & hypothecaria. l. 2. C. communia de legat. §. 1. sup. de legat: Rei vindicatio datur legatario & fideicommissario † ad rem istam relictam in testamento, à quolibet possessore vindicandam sibi que tradendam. Datur autem ideo iis rei vindicatio, quia statim rei domini legati vel fideicommissi post mortem testatoris, sic tamen, vere autem adita hereditate, quemadmodum sup. ad thef. 1. 2. 3. de legat. copiosius dictum fuit. Commodatarius autem & alii qui tenent rem ex primo decreto vel alias, rei vindicationem non habent, sed si forte illi tenent, ab alio aduersus eos rei vindicatio intentari potest. l. officium. §. ff. de rei vendic. Sed superioribus obiiicitur l. traditio. §. 20. C. de pact. vbi dicitur traditionibus transferri dominia & vsucapionib. Hic autem quamprimum testator moritur. Respond. Id in legato est speciale. Nam adita hereditate vere quis fit dominus, & post mortem testatoris sic tantum, licet non sit dominium translatum. Myns. n. 4. sup. in §. nostra autem. de legat. Secundo obiiicitur. Impossibile est actionem realem & personalem ad idem competere, cum sint contrariæ. Nam actio realis præsupponit dominium, & actio personalis agit ad dandum, hoc est, dominium primum transferendum. §. sic itaq. de act. vbi dare est dominium transferre, & præsupponit agentem non esse dominium. Respond. Myns. † Reali actione agunt quia sunt domini: personali agunt actione, quia apud alium est possessio, quæ est auocanda. Et ita in modo hæ actiones differunt. Deinde est actio hypothecaria, † quæ datur ad vniuersa bona testatoris sibi obligata: Ergo non in res sibi legatas, quia non sunt amplius testatoris; Quamuis tamen Myns. putet etiam in res legatas eam dari. Sed obiiicitur: Nemini res sua pignori esse potest. l. nec. pignus. ff. de reg. iur. Resp. Myns. in d. §. nostra autem. sup. de legat: num. 7. id tunc procedere, cum iure gentium est translatum dominium per traditionem, quod hic nondum est factum, quia speciali iure hic dominium transfertur.

Ad Thefin 8. 9.] Agitur hic de aliis actionibus mixtis, quæ mixtam causam habere videntur tam in rem quam in personam: Et sunt actio familiaris heriscundæ communi diuidendo, & finium regundorū: & mixtæ † dicuntur actiones tribus modis. Primo, quando sunt in rem & personam. Secundo, quando ex re & pœna. Tertio, quando uterque rei & actoris partes sustinet. Myns. in §. maleficiis. n. 3. 4. l. 1. n. 15. in §. quadam. Et Zaf. hic in pr. Mixtas esse tribus modis rei persecutorias & pœnales. Secundo: Rei persecutor. cum petit, reali, & rei persecutor. cum petit, person. Tertio, ut hic q. in idem recipit. Et hæ tres actiones sunt personales origine, id est, ex contractu vel quasi. Sunt tamen vi in rem scriptæ. Myns. n. 13. hic. Et actiones mixtam causam habentes principaliter & sua natura † participant cū realibus. Nam non possum portionem exigere à coherede, nisi petam rem, in qua ius habeam. Ideo est realitas ex quasi contractu, vel ex contractu sunt personales præstationes, quia bos forte vel quid aliud non potest diuidi. Totus igitur vni adiudicetur, qui postea alteri in certam pecuniam condemnatur, ut seruetur æqualitas. Myns. num. 21. Sed oppositum sit temperamentum. Quatuor complexiones sunt in homine contrariæ: & tamē ex his componitur homō. Item in Grammatica Nomen & verbum sunt contrariæ, ex quibus componitur participium. Deinde obiiicitur l. 1. ff. finium regund. vbi dicitur esse hæc

actiones personales non mixtas Respond. *Et supra est dictum.* Actiones hæc ¶ vi scripturæ sunt reales: vi proprii sunt ex contractu vel quasi, & personales habent præstationes, quatenus quis bene diuidi non potest, quod etiam Hortom. *de communi diuid. iudic.* ita dicit: esse eam actionem in rem, scil. nõ quatenus spectamus possessi. sed quatenus dicimus nos esse dominos, personale vero quatenus vna pars prægrauatur, quæ tamen alteri in certâ pecuniâ condemnatur. Querit idem Hortom. *in d. §. quadam. enunc.* 1. quomodo ¶ actio familiæ Hercisc. sit in rem, cum sit actionis in rem ea proprietatis, vt & ei, qui possidet, detur, & aduersus eum, qui possidet intentetur. Et certum sit actionem hæc. intendi ab eo, qui possidet, & in eum qui possidet non intendi *l. 1. ff. eod.* Tandem respondet in hoc iudicio vtrumque actorem & reum esse: Ergo ita instituitur quasi vterque & neuter possideat. In rem quatenus dominium rei spectatur.

Ad Thesin 10.] Agitur hic de actione famil. hercisc. ¶ quæ datur coheredi aduersus coheredem, vt diuidatur hereditas. Quæ autem ad hanc actionem explicandam pertineant supra inter quasi contractus prolixius visum fuit.

Ad Thesin 11.] De hac thesi abunde & plane dictum fuit ad Corollarium primæ disputat.

Ad Thesin 12. 13.] Quælibet res in diuisionem hereditatis veniunt, nisi forte quædam prohibeantur. ¶ Prohibentur autem nomina, quia *l. 12. tabul.* ea diuisit, quod scil. quilibet heredum pro sua portione habet actiones hereditarias actiue & passiue. *l. ea quæ. C. famil. herciscund.* Item libri improbatæ lectionis, qui à bono iudice statim sunt cõrumpendi. Welenb. *in ff. n. 5.* Si autem in diuisione & adiudicatione controuersia oritur, tutius sorti res committitur, alias amicus ex consensu & suffragio est eligendus, apud quæ deponatur vel in æde sacra *l. 4. §. 6. h. iur.* Welenb. *n. 6. ff. eod.* Moribus tamen nostris & iure Canonico obtinet, vt ¶ maior natu diuidat, minor eligat. *c. 5n. per illum text. de paroch. Schurff. consil. 71. n. 71. cent. 1.*

Ad Thesin 14. 15. 16.] In hisce thesibus agitur de actione comuni diuidendo pro diuidendo, vt & finium regundorum pro regundorum, imitatione vetustatis, Myns. *in §. quadam act. n. 7. h. tit.* ex Oldendorp. *class. 3. act. 14. in pr.* Hæc actio latius patet quo ad vsum quam famil. hercisc. Datur enim ¶ etiam coheredibus & aliis ad rem diuidendam. De reliquis contrariis hanc actionem explicantibus rectius supra in materia quasi contractuum, dictura fuit.

Ad Thesin 17. 18. 19. 20.] Agitur in hisce thesibus de actione tercia mixta, finium scil. regundorum, quæ stricti est iuris, ¶ quia non ex contractu vel quasi, nec ex gestu bonæ fidei datur, quemadmodum Welenb. *hic num. 1. in fin.* indicat. Deinde non numeratus inter actiones bonæ fidei *in §. actionum h. tit.* Ibi enim est certus numerus, vt *infi. in disputat. thes. 16.* dicitur & Zasius *in d. §. actionum. num. 18.* Nec obstat, tria illa negotia magnam inter se & mutuam habere similitudinem. Et ideo etiam hanc bonæ fidei esse, cum reliquæ sint bonæ fidei *d. §. actionum.* quia similitudo in vno non statim similitudinem in altero patit. Deinde dixit Zasius *in §. actionum. num. 19.* Gl. ponere hanc rationem, ¶ quia in duobus prioribus iudiciis non adiudicetur mihi quicquam, quod prius meum fuit, sed per adiudicationem fit meum. At in finium regundorum sæpe auferitur mihi terra mea ex agro meo, & datur alteri, quod non prorsus conuenit cum bona fide: vel in duobus est quoddam ius fraternitatis, quia quo ad communionem sunt quasi fratres & coheredes. *l. Verum. ff. pro socio.* excluduntur igitur hunc miserum socium. Considerat autem hæc actio & ¶ regit fines seu terminos, euulsos ab homine vel flumine, vt commodius reponantur, unde

vnde etiam finalis quaestio dicitur, *l. si confiteri. C. fin. regund. & actio limitis. C. inter me-
morias. 16. q. 3.* Dantur autem pro finibus regund. ¶ quatuor remedia. I. hæc actio. II. *27*
Condictio ex l. Constantini d. l. si confiteri. III. Actio legis Agrariæ, 30. aureorum in eos,
qui limitem eiiciunt, locoque movent, Welenb. in parat. n. 8. b. tit. IV. Accusatio crimi-
nalis ex constitut. Hadrian. pro qualitate & conditione personæ & mente facientis l. 1. *6*
2. ff. termino moto. Mynf. num. 50. cum seqq. Sed obiicitur etiam actionem confels. & ne-
gat. competere. Respond. Confinia hæc actione discernuntur in rusticis prædiis.
Nam in vrbaniis prædiis displicuit, ¶ confels. & negat. magis vicina prædia regunt; ideo. *20*
que etsi in agris sint iuncta ædificia, tamen huic actioni non est locus, sed confessione
& negatione. Inso. Sed si riuus priuatus interfuit, est actio finium regundorum. l. 6. b. tit.
num. Welenbec. num. 4. in fin. Respond. Pars est fundi sicut priuati limites, vnde hæc
actio datur.

Ad Corollarium. Corollarium hoc propositum non parum est disputabile, vnde
de eo commodè hic discutitur, cum ex præsentī materia sit desumptum & acriter hic per la-
sonem & Zasium in primis disputatur; Est autem tale ¶ pactiōnem communium dominio- *27*
rum effici non posse ne à communione discedere liceat, hoc est, ne liceat socium etiam al-
tero inuito à societatis contractu discedere, idque ex eo quod pacta contra ll. non valent,
l. pacta. 6. C. de pact. Hoc autem pactum sit contra ll. expressissimas. Et potest eius proba-
tio afferri ex l. 5. tit. C. communi diuid. vbi dicitur ita: In communione vel societate nemo
compellitur inuitus detineri. Idem dicitur in l. nulli societatis. 70. ff. pro socio. vbi expressis
litteris dicitur nulla societatis ¶ in æternum coitio est, & in l. si hoc iudicium. 14. §. si conue- *28*
niat ff. communi diuid. Pactum igitur tale non valet, quemadmodum etiam lason
num. 41. §. quadam, h. tit. concludit. Sed primo obiicitur §. fin. supr. quib. mod. toll. obligatio.
vbi dicitur obligationes mutuo consensu initas mutuo consensu tolli, quod similiter di-
citur in l. nihil tam naturale. ff. de reg. iur. Vnde videtur dicendum socium inuito socio
non posse discedere à communione, s. d. tantum volente socio, cum mutua voluntate so-
cietas & communio iniatur. Resp. Illud fallit tantum in contractu societatis, & quasi con-
tractu comunioneis propter hanc rationem, quia ¶ communio discordiam parit. l. cum *29*
pater. 79. §. dulcissimis ff. de legat. 2. Zas. n. 11. in d. §. quadam. h. tit. Secundo obiicitur l. 1. in pr. ff.
pro socio. vbi dicitur, posse contrahi societatem in perpetuum, hoc est, dum viuunt illi, qui
contraxerunt. Resp. Zasius hic dicit vnam l. dicere albam; alteram nigram: Et potest di-
ci, si ira volunt contrahentes posse in perpetuum coiri societatem, hoc est, donec viuunt, vt
mutuo consensu maneant in communione. Non autem in æternum si scilicet nolunt
secundum d. l. nulla. Manet igitur verum societatem, ¶ vltra mortem extendi non posse in *30*
perpetuum l. cum duob. 52. §. idem respondit. 9. ff. pro socio. Et hanc solutionem Zasius hic ha-
bet & Gorthofred. in d. l. 1. ff. pro socio.

Deinde affirmatur propter eandem rationem, vt scilicet lites diminuantur vel pro-
hibeantur effici non posse ¶ prohibitionē testamentaria, ne à communione discedatur, *31*
puta si parens in testamento forte prohibuit id filiis. Sed obiicitur l. 1. C. de Sacrosanct.
Ecclesiis, vbi dicitur licitum esse iterum, quod non redit arbitrium seu vltima voluntas
vltique ad extremum vitæ spiritum: Ergo merito prohibitio hæc vltimæ voluntatis pro
lege est seruanda. Respond. Pro lege seruatur vltima voluntas, ¶ quatenus cum ll. *32*
consentit: quatenus pugnat seruanda non est. Nemo enim in suo testamento dispo-
nere potest, ne ll. in eo locum habeant, secundum Iuriconsultum in l. nemo potest. 55. ff.
de legat. 1.

Tandem affirmatur nec ¶ præscriptionē effici propter eandem rationem posse, ne à *33*

communione discedatur, pura si duo heredes per triginta annos in communione steterint ita quod non diuiserunt, anne cogantur in communione esse innexi & illigati vel an non possint recedere: an vero recedere possint? Et nos affirmamus eos à communione recedere posse, quia nemo inuitus in communione potest detineri *d. l. Ultim. C. communi diuid.* vnde nec præscriptio illa valere potest, *argumento § furtiuæ. supr. de fuscup.* Et hanc sententiam secundum Zasium *hic* tot egregiæ & illustres animæ defenderunt una cum Cyno *in l. r. §. nemo. C. de annal. except.* quod etiam post triginta annos libere possit à communione recedi, ibique etiam Bart. & *in d. l. Ult. C. communi diuidund.* ibique etiam Bald. qui dicit illam sententiam ipsam esse veritatem. Hanc opinionem Zasius est secutus, ut ipse fateatur *num. 11.* Et Iason *hic* per allegatos textus. Deinde hanc habent rationem, quia † impossibile sit præscribi diuisioni, quamdiu constat duos esse simul socios vel dominos, quia præscriberetur rem, quæ sua non sit. *l. male agitur. C. de præscript. 30. annor.* Præterea hæc communio inuitaret ad delinquendum, quia si esset inter fratres communio perpetua, sequeretur alterum vel aliquos ex iis matrimonium contrahere non posse, quod neutiquam esset concedendum.

Alij contra tenent quod annis triginta præscribatur communioni. Sic sentit Glo. *in d. l. r. §. nemo.* Cogi autem aliquem stare perpetuo in communione, quo ad fructus & emolumenta: Faber dicit *hic* ab omnibus ita teneri. Vnde etiam Iason (qui tamen priorem sententiam tuetur) dicit *num. 28.* hanc sententiam in puncto iuris in disputando esse sustentabiliorem, Zasius etiam *hic* dicit, nodum hunc esse implicitum & quæstionem pro amico, quia vtraque pars videtur defendi posse, & pro sua sententia adducunt *d. l. r. §. nemo. C. de annalib. except.* vbi expressis verbis dicitur neminem debere † vitam actionis familiæ heriscund. communi diuidund. finium regund. longius producere quam triginta annorum spacio. Ergo merito præscribitur eo tempore iis actionibus Respond. *In d. l. r. §. nemo.* adducuntur hæc verba, *si semel competitis actio & nata est.* Potest igitur etiam vel per plures annos durauerit communio, ab ea discedi, si scilicet non est nata, hoc est, constituta ex voluntate partium: Quando enim semel est intentata, ab ea recedi non potest, quia nascitur ex mutua voluntate contrahentium. Et hanc solutionem Zas. *in d. loco,* amplectitur, & recte.

DISPUTATIO XLIII.

De actione serui corrupti, de actione ex l. Condictitia, quod metus causa, de actione ex edicto de calumniatoribus, de actionibus bonæ fidei negotiorum gestorum, tutelæ, pignoratitia.

CONTINUATIO.

Habuiamus hæctenus in materia actionum tres summas diuisiones, actiones scil. alias esse reales, alias personales: Item alias esse ciuiles, alias prætorias: Item alias esse rei persequenda, gratia comparatas, alias pœna persequenda, alias mixtas. Sequitur nunc commodè quarta actionum diuisio.

Thema 1. Omnes actiones sunt conceptæ vel in simplum vel in duplū, vel in triplum, vel in quadruplum, vltcrius nulla actio extenditur.

2 In simplum agitur ex multis causis, quæ partim enumerantur in d. §. omnes, de quibus supra est dictum: In duplum præter actiones in superiori quadam disputatione visas, agitur iudicio serui corrupti.

3 Actio serui corrupti est actio pœnalis prætoriam, eaque directe datur contra eum, qui seruum seruam, alienum alienam recepit, eisque quid' dolo malo persuasit, quo animum & mores deteriores redderet, & quidem in duplum quanti ea res erit: in quo damnum serui corrupti inest.

4 Vtilis datur quando filii vel filiæ sunt corruptæ, iudicis officio æstimator, quoniam interest nostra animum & mores liberorum nostrorum non corrumpi.

5 Hæc actio perpetua est, non temporaria, & heredi, cæterisque successoribus competit: In heredem non datur, quia est pœnalis.

6 Et hæc actio interdum cum actione furti concurrit, & extraordinariam vel criminalem adiunctam habere potest, ita tamen vt vna alteram non consumat vel minuat.

7 In triplum agimus actione ex l. condictitia, quæ actio est personalis, ciuilis, competens ei, qui damnum passus est in eo, quod actor maiorem quantitatem, & plus vera æstimatione in libello suo est complexus, vnde sportularum grauamen nascitur.

8 Datur ad id vt reus triplum ab actore consequatur, cui simplum inest, in quo damnum est passus.

9 In quadruplum igitur actione furti manifesti: Item actione ex l. condictitia, contra executores litium, qui contra Iustiniani constitutionem à reis quisque exegerunt, cuius triplum ærario inferitur: Simplum læso cedit.

10 Ad quadruplum agitur similiter in actione quod metus causa, quæ est in rem scripta actio prætoriam, competens ei, qui per iustum metum est læsus, vt id quod vi aut metu maioris mali ac instantis periculi est extortum, iudicis arbitrio restituatur.

11 Et nisi fiat restitutio intra annum utilem, in quadruplum prætor iudicium pollicetur, in quo omne est, quod restitui oportet, post annum in simplum, non quidem semper, sed causa cognita.

12 Datur etiam heredibus cæterisque successoribus in heredes eorum, qui metum intulerunt in quantum ad eos peruenit.

13 Actio edicti de calumniatoribus est personalis, & in eum datur, qui pecuniam accepit, vt innocenti in iudicio negotium faceret vel non faceret,

& quidem intra annum in quadruplum eius pecuniæ, quam accepisse dicitur; post annum vero in simplum.

14 Et hæc actio heredi quidem non competit, nisi in simplum, quia sufficere ei debet, quod eam pecuniam, quam defunctus dedit, repetere potest; In heredem competit: in id quod ad eum peruenit.

15 Quinta actionum generalis diuisio est, quod quædam actiones sunt bonæ fidei, quædam stricti iuris, quædam arbitrariæ,

16 Bonæ fidei actiones sunt, in quibus libera potestas permitti videtur iudici, ex bono & æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat, quarum hic certus & definitus numerus ponitur.

17 Inter has præter aliquas supra propositas, est actio negotiorum gestorum, eaque directæ datur domino aduersus gestorem, ad rationem administrationis domino absente & ignorante sponte susceptæ reddendam: ad fructus cum vsuris restituendos: negotium inchoatum bona fide complectendum, & damnum dolo vel culpa datum resarciendum.

18 Contraria datur gestori aduersus dominum negotiorum ad id, ut sumtus necessarii cum vsuris, & omne quod nomine illo abest, vel abfuturum ei est, restituatur, atque ita indemnitas seruetur.

19 Tutelæ etiam administratæ nomine pupillo directæ datur actio aduersus tutorem, ut administrationis rationem legitime reddat, & quod eo nomine pupillo abest, præster.

20 Habet etiam pupillus actionem de communibus distrahendis, quæ pœnalis est in duplum, cui inest rei persecutio, competens ei cōtra tutorem qui in gerenda tutela rem ex bonis pupilli abstulit.

21 Contraria tutelæ actio datur tutori aduersus pupillum ad id, quod tutelæ bene gestæ nomine, vel alia causâ ei abest.

22 Curatores etiam vtilem tutelæ actionem in adultos habent ad id persequendum, quod eis abest ratione gestæ curæ: & cōtra adulti vtilem tutelæ & rationum distraendarum, & vtilem negotiorum gestorum, etiam durante officio aduersus curatorem & protutorem habent.

23 Actio pignoratitia datur debitori pecunia soluta, vel satisfactio-
ne quali quali præstita, qua creditor fuit contentus ad rem pignoris nexu obligatam & venditam, eadem bonitate restituendam, dolum & culpam latam & leuem, moram & interesse præstandum.

24 Contraria pignoratitia actio datur creditori contra debitorem, si in conuentione pignoris ipsum decepit, vel alienam, vel alteri obligatam, vel vitiosam rem pignori sciens vel ignorans eiusmodi pignoris defe-
ctum

Etum pignori ponendo, aut si impensas in pignus conseruandum creditor fecit.

Corollarium. Æquissimum esse putamus actionem vtilem serui corrupti etiam dari in eos, qui bonæ fidei studiosos ad Academias à parentibus missos ludendo, potando, & scortando corrumpunt.

Quæstio: An utilis actio furti corrupti detur, de stupratoribus virginum?

DISPUTATIONIS XLIII.

De actione serui corrupti & aliis, obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 Actio ultra quadruplum nulla extenditur.
- 2 Diuisio actionum quarta, an non sit superflua.
- 3 Quadrupli appellatione in actionibus penalis quid veniat.
- 4 Actio serui corrupti an recte dicatur penalis.
- 5 Actio serui corrupti licet pratoria sit, tamen etiam perpetua est.
- 6 Serui corrupti actio an civilis dici possit.
- 7 Edicta pratorum hodie sunt perpetua.
- 8 Actio serui corrupti directæ contra quem detur.
- 9 Persuasor serui corrupti quibus actionibus teneatur.
- 10 Actio serui corrupti utilis contra quos detur.
- 11 Persona libera non admittunt assimationem.
- 12 Penales actiones sunt perpetua & heredibus etiam dantur.
- 13 Serui corrupti actio potest interdum cum aliis actionibus concurrere.
- 14 Actiones quibus in triplum agitur, quæ & quot sint.
- 15 Sportula quid sint.
- 16 Actio, quod metus causa an in rem sit vel in personam.
- 17 Metum inferre est delinquere.
- 18 Actio, quod metus causa, est arbitraria, dans facultatem restituendi reo, si cuius penam euasare.
- 19 Heres quando teneatur actione quod metus causa.
- 20 Actio edicti de calumniatoribus quid sit.
- 21 Calumniatores cur in quadruplum condemnentur.
- 22 Diuisio actionum in bonæ fidei, stricti iuris & arbitrarias, unde sumpta.
- 23 Actiones an omnes sint bonæ fidei.
- 24 Arbitraria actiones an recte addantur ad actiones bonæ fidei & stricti iuris actiones.
- 25 Actiones bonæ fidei & stricti iuris, quomodo differant inter se.
- 26 Arbitraria actiones quomodo differant ab actionibus bonæ fidei & actionibus stricti iuris.

- 27 *Actio negotiorum gestorum an etiam leuissima culpa praestetur.*
 28 *Curatores cur habeat vtilem tutela actionem.*
 29 *Pignoratitia actio differt ab actione quasi Seruiana.*
 30 *Studiosos qui in Academia corrumpunt, actione serui corrupti conueniri possunt.*
 31 *Filiusfam. habet actionem in eum a quo corruptus est.*
 32 *Actio filiofamilias contra suos corruptores an ex iure sit, an vero ex aequitate.*
 33 *Pater an habeat actionem serui vtilem aduersus stupratores suarum filiarum.*

TRIBVS summis diuisionibus actionum nunc feliciter explicatis: ordo requirit vt etiam ad quartam diuisionem accedamus. Monendum autem est tertiam diuisionem in 39. disput. fuisse propositam, sed aliquando aliter, quod tamen tum conciliatum fuit, nec hic repetendum.

Ad Thesin 1.] Quarta actionum diuisio est, omnes actiones esse conceptas in simplicum, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum, vltterius nulla actio extenditur, & quidem hæc diuisio est quasi determinatio naturæ & quantitatis, quæ peti potest, estque velut moderatio & temperamentum superioris diuisionis, ex qua est nata, *Mynsing.*
 2 *hic in princip.* Sed obiicitur primò ita. Diuisio hæc est ¶ superflua, dum omnia continet, quæ continet § *sequens*. Nam rei persecutoria sunt in simplicum, in duplum, triplum, quadruplum, sic & poenales & mixtae. Respond. Iason ita obiicit *hic num. 1.* ex Fabro, sed sciendum est hanc diuisionem superiorem magis explicare & magis est propterea lata seu magis specialis. Est igitur hæc diuisio peculiaris ratione certæ formæ, seiuncta ab aliis & maiori rei declarationi inseruit. Et quamuis Iason *num. 6.* dicat, esse quidem sustentabile hoc, nullam esse hanc propriam diuisionem, tamen postea addit: teneatis quicquid velitis, quia est de lana caprina. Secundo obiicitur ei, quod dictum fuit, nullam actionem vltterius extendi, § *illud, supr. ad legem Aquiliam.* vbi seruus est iussus adire hereditatem, quæ sit centum marcarum, agitur ad totam hereditatem; Obiicitur & *l. 3. §. Senatusconsultum. ff. de incendio, ruina, naufrag.* vbi is qui vilem clauum de naui aufert, vnde tota nauis perit, ad totum damnum tenetur, quod quadruplum longe excedit. Tercio etiam *l. Iulianus. 13. in princip. ff. de act. emt. §. Vendit.* vbi occasione pecoris morbosus totus grex est contaminatus, vel occasione tigni vitiosi, tota domus corrumpit. Ergo illa vniuersalis negatiua non procedit. Respond. Glossa habet hos casus, sed hi omnes loquuntur de interesse vel damno dato alicuius rei, quia seruus tenetur de centum marcis, propterea quod iussus est eam hereditatem tot marcas continentem adire, & non adiit: Deinde occasione ablatis vilis clauis, tota nauis periit, vnde totum damnum afferens tenetur rescarcire, quia ad id occasionem dedit: Denique occasione morbosus pecoris totus grex perit, vnde merito in totum gregem quis conueniri potest. Hic autem agimus nos de certa poena definita in ll. Et Hottom. similiter hæc ita soluit *enunc. 1.* vbi hæc habet quadrupli appellatione non quæuis venit litis æstimatio vel multa legis, sed tantum
 3 ¶ ea summa, quæ nominatim & definite à lege vsque ad quadruplum est multiplicata. Nam litis æstimatio interdum multo est maior. Nam si quis sciens vitiosum tignum aut pecus morbosum vendit, omnia detrimenta, quæ ex ea emtione emtor trahit, præstabit.

Ad Thesin 2. 3. 4.] In simplicum agitur ex multis causis, de quibus supra est actum: In duplum præter alias actiones supra enumeratas, agitur iudicio serui corrupti

rupti. Hoc tamen hic monendum est ex Hotoman, prætermisum esse hic à Tribeniano inter exempla dupli, quod primum exemplum totum sit duplum extra rem, reliqua ipsam rem complectantur. Nunc de actione serui corrupti † quæ est actio pœnalis, & pœnalis expresse dicitur, in *l. hac actio 13. in princip. ff. de seruo corrupto.* Sed obicitur *l. si quis 9. §. datur. ff. de seru. corrupt.* vbi dicitur, dari hanc actionem quanti ea res est, in duplum, & primo res est, deinde illa res cum omni interesse duplatur, & sic mixta est hæc actio, partim ex re, quanti ea res est, partim ex pœna, quia illud pœnale est, quod in pœnam accedit *l. i. §. fin. ff. eod. l. Neratius. §. 2. ff. eod.* Et per consequens male dicitur hanc actionem esse pœnalem, cum tamen sit mixta, partim in pœna constans. Resp. Verum est hanc actionem esse mixtam, sed potest dici pœnalis etiam, scilicet mixte non simpliciter, quemadmodum in *disput. 39.* id explicatum fuit. Imprimis autem hoc fuit exprimendum, hanc actionem pœnalem esse, id quod aliunde venit, alias quis naturaliter teneretur suum cuique restituere, in quo quis damnum passus est, & quod ablatum est, ideo Ictus vocat. eam pœnalem, quod nos securi sumus. Præterea in *d. l. hac actio* dicitur eatenus pœnalis, vel hoc ideo exprimitur, quod non detur in heredem, alias non negatur, quod non sit mixta. Deinde dicitur hanc actionem esse prætoriam, id quod Myns. hic. num. 2. vult, ex *l. i. ff. eod.* Est tamē nihilominus † perpetua, quia post annum datur ratione rei, quam persequitur, & eatenus est rei persecutoria, quia persequitur id quod patrimonio nostro abest, *l. in honorariis 35. in pr. ff. de ob. & act.* vnde Imp. in *§. i. infr. de perpet. & temp. act.* dicit: *plurimæque honorariæ actiones intra annum viuunt, quia eius annum erat Imperium; Aliquando tamen in perpetuum extenduntur, quod etiam particula plurimæq. ostendit, & ideo etiam hæc actio perpetua.* Et quamuis ibi certa exempla referantur, tamen non restringunt regulam & alia exempla excludunt. Præterea hoc textus in *dist. l. hac actio 13. in princ.* expresse probat & gloss. id docet ex *dist. l. in honorariis*, quæ gloss. nobiscum sentit.

Alii vt Wefenb. in *paratis. ff. eod. in fin. & in supplem. Schneidw. ad §. in duplum. num. 19.* dicunt, quod sit civilis id quod probat ex *l. 5. ff. de extraordin. crimin.* vbi dicitur, quod hæc actio ex perpetuo, e dicto detur: Ergo est civilis & perpetua. Resp. Concedere facile possumus hanc actionem dari ex edicto perpetuo, inde tamen non statim sequitur, quod sit civilis, quia id potius civile est quod est ex lege, Scito, Principum placitis, & responsis prudentum. Iam autem certum est Ictum in *d. l. i.* dicere de prætorē: Iudicium dabo, hoc est, ego prætor ex mea iurisdictione iudicium dabo, quod ante non fuit. Et certum est quod olim annua fuere edicta prætorum: iam autem sunt † facta perpetua, ita vt non amplius de nouo petantur, sed ex perpetuo edicto dentur. Ratione tamen primæ conceptionis seu primæ natiuitatis dicuntur adhuc prætorig, nec degenerant ex eo, quod ex perpetuo edicto dentur.

Porro hæc actio est directæ & vtilis. Directa datur † contra eum qui seruum alienum recipit, eisque, quid dolo malo persuasit, quo animum & mores deteriores redderet. Sed obicitur *l. 4. C. de furt. & seru. corrupt.* vbi tenetur, qui reuera corruptus, Ergo non tantum qui persuasit. Respond. Vna cum persuadendo requirimus effectum, scilicet vt deterior fiat corruptio requiritur de substantia, quæ sit per persuasionem. Secundo obicitur *l. si quis 20. C. eod.* vbi quis tenetur actione serui corrupti cum tamen seruus id facit sui domini consensu, cui id manifestauit. Respond. ille casus est singularis relatus etiam ex *d. l. si quis in §. i. supr. de oblig. quæ ex delict. nasc.* tenetur enim † persuasor hic duplici actione, scilicet furti & serui corrupti, serui corrupti actione tenetur, quia seruo persuadet, vt domini res ablatas ad se ferat, atq; ita seruū corrumpit: Furti tenetur, quia seruus, ipse in istius rei.

domino auferret. Ne igitur tales nequitiae excogitentur tam duram poenam eorum Iustinus constituit quamuis id non manifestetur. Nec est quod quis dicatur cogitationis poenam neminem pati. *l. cogitationis. ff. de penis.* & volenti domino ac consentienti non fieri iniuriam. *c. scienti. ff. de reg. iur. in 6.* quia hic reuera est corruptio, non tantum de seruo corrumpendo cogitatio. Deinde etiam si dominus sciat, tamen poena est duplicis actionis ideo constituta, ut alii ea deterreantur, & ita salua maneat substantia dominorum, & serui non corrumpantur; *Et tantum de directa actione serui corrupti, quae directo ex edicto datur.* Vtilis \dagger non datur ex edicto sed ex interpretatione ob liberos homines, ob filios filiasve corruptas. Et datur ex officio iudicis, quia liberae personae \dagger non admittunt estimationem: Officio autem iudicis supputatur interesse ex dignitate liberorum, quemadmodum id expresse dicitur *in l. si tantum 14. §. 1. ff. eod.* Computatur etiam id, in quo filius meus factus est vilior & inutilior ad studia vel ad alia artificia exereenda, id quod pater delato iureiurando potest aestimare sequente iudicis taxatione. Vide Schneidw. *hic.* Datur etiam utilis actio pro famulis, *Zal. & Schneidw. hic. nu. 6.* & quidem ex aequitate. *d. l. si tantum §. 1. h. tit.*

Ad Thes. 5. 6.] Haec actio est perpetua, scilicet quatenus rem persequimur, & quatenus heredibus datur, quod etiam glossa dicit. Imo poenales sunt perpetuae, & heredibus dantur, nec denegantur, inquit Iustinus *in §. non autem infra de perpet. & temp. act.* In heredem autem non dantur, eaq; est certissima iuris regula, nisi à principalibus personis sint contestatae poenales actiones. *§. poenales. infr. de perpet. & temp. act.* vel nisi quid ad heredem peruenit *l. §. nic. C. ex delicto de fur.* Deinde *in thes. 6.* affirmatur hanc actionem posse interdum \dagger concurrere cum actione furti: Imo etiam extraordinariam vel criminalem adiunctam habere posse. Particula *vel* hic est intendendi pro, etiam, quasi etiam criminalem extraordinariam adiunctam habere possit; unde etiam non criminalem, id est, priuatam extraordinariam habere potest. *l. §. ff. de extraord. crimin. l. §. ff. de furi. l. §. ff. de iniur. Wetsenb. in ff. de seruo corrupto in fine.*

Ad Thes. 7. 8.] In triplum agimus actione ex l. Condictitia. Et notandum est ex Schneidw. *in §. tripli in princ. †* vnicam actionem esse relatam ab Imperat. quae ad triplum competit, nec plures reperiuntur, adeo ut gl. magna *hic in fine*, dicat saltem de confuerudine contraria sublatam eam esse.

Ad Thes. 9.] Haec constitutio Iustinus abest à Codice, quo hodie vtimur, Horom. *hic.* Sportulae \dagger autem sunt merces illa, quam executoribus litium, & praesidentibus officiis publicis atque nunciis siue apparitoribus conuenti in iudicio persolvere tenentur, graece *δικαστικά.* Et conditio haec est vna actio, licet diuersum effectum & vim habeat modo in triplum, modo in quadruplum Myns. *in §. tripli. num. 8.* Notandum etiam est, quod Horom. *hic* vocabulum, *soluentem*, explicat pro *saluere non recusantem*; non enim in soluentem actionem dari putat.

Ad Thes. 10.] Agitur hic de actione quod metus causa, quae est in \dagger rem scripta. Sed fortiter obicitur *§. praeterea, h. tit.* vbi expresse dicitur, quod haec actio, quod metus causa, sit in personam. Respon. Quod in rem etiam scripta sit, aperte docetur *in l. 14. §. in hac actione. ff. quod metus causa.* Quomodo igitur haec concilialiantur? Resp. Actio quod metus causa est in rem scripta: vi ipsa est personalis: scribitur in rem exemplo edicti, persona eius, cum quo agitur, vel qui metum intulit non notata, nullo proprio nomine expresso, nec tantum datur in eum qui metum intulit, sed in omnes, qui lucrum ex metu illato senferunt, & est personalis, quia ex delicto est. Inferre enim \dagger metum &

Vim est delinquere. Wesenbec. in *supplem. ad Schneid. W. hic. num. 35.* Deinde obiicitur *l. si pater cogente 13. ff. de rit. nupt.* vbi metus laudatur. Respond. Est reuerentialis ibi metus, quemadmodum illa lex supra in materia nuptiarum est latius explicata.

Ad Thes. 11. 12.] Et nisi fiat in iudicio hoc restitutio intra annum vtilem in quadruplum prætor iudicium pollicetur: post annum in duplum. Est enim hæc actio ꝑ arbitraria dans facultatem restituendi reo si vult poenam evitare *l. item si 14. §. 1. ff. eod.* Cuiac. vtilem requirit annum ex iuris interpretationibus magis quam continuum. *l. Vel post annum. ff. de alienat. iud. causa facta.* Præterea prætor plerumque vtilem annum servat, Cuiac. in *l. item si cum. ff. eod.* In heredem non datur hæc actio, nisi quatenus ad eum pervenit, id quod affirmatur in *l. quoniam. 20. ff. de eo quod metus causa.* Cui expresse refragatur *l. Videamus 17. ff. eod.* vbi dicitur, quod in heredem detur, licet nihil ad eum pervenerit. Respond. Cuiac. in *d. l. Videamus* ita dicit; Aut consumsit heres id quod ad eum pervenit, aut id naturaliter periiit: si consumsit ꝑ omnino tenetur, cum id litis contestatæ tempore non habeat. *l. cum prætor. ff. de reg. iur.* Si periiit naturaliter ante litis contestatæ tempus tenetur.

Ad Thes. 13. 14.] Agitur hic de actione edicti de calumniatoribus, quæ est personalis & in eum datur, qui pecuniam accepit, ne innocenti in iudicio negotium faceret vel non faceret. Sed obiicitur primo ita: Calumniatores quis potest convenire extra iudicium. *l. si quis. 1. ff. de calum.* Ergo non in iudicio. Respond. Dicitur simpliciter dari actionem: iam autem de aliis etiam actionibus sub illo titulo agitur.

Secundo obiicitur ita: Honesta est res dare pecuniam ne innocens patiatur calumniam. Ergo id male hic asseritur. Respond. Zas. in *§. quadruplum. num. 6.* dicit. Honeste quidem quiddam dari, sed turpiter calumniæ causa quid accipi, ipse enim ultro deberet continere manus, cohibere consilium, mentem, animum, ut abstineret ab huiusmodi calumniis, ideo merito ꝑ in quadruplum condemnatur. Nam quod accipit pecuniam ne peccet, omnium verbero maximus est. *l. iur. gent. 7. §. si ob malefictum. ff. de pact.* Vnde gratis debemus benefacere non propter pecuniam. Et sic intelligenda sunt illa verba: faceret vel non faceret: Vnde etiam intelligitur *l. generaliter. §. ex hoc edicto. ff. eodem.* vbi dicitur, qui depectus est, hoc est, turpiter pactus, ut alicui negotium faceret vel non. Quod igitur in *thesi 14.* dicitur, heredi non competere hanc actionem nisi in simplum, cum sufficere ei debeat, quod potest repetere eam pecuniam quam defunctus dedit, id ita est intelligendum, defunctus dedit, scilicet ne calum. pateretur, hoc repetit heres, nam non solum qui pecuniam accipiunt, ut calumniam stuant innocentibus hac poena arcentur, sed etiam alii, qui pecuniam accipiunt, ne calunientur. Zas. *d. loco.*

Ad Thesin. 15. 16.] Quinta generalis divisio hæc est: actiones alias esse bonæ fidei, alias stricti iuris: alias arbitrarias. Quæ divisio atꝑ qualitate & natura actionum est desumpta. Wesenbec. in *§. actionum in princ.* vel ut Angelus dicit referente Mynsing. est desumpta ex causa substantifica, quod Zasius ita explicat, quæ respiciat qualitates intrinsecas. Sed contra hanc divisionem ita primum obiicitur: Omnes actiones sunt bonæ fidei: Ergo non sunt 3. species, Resp. Omnes quidem actiones ꝑ habent bonam fidem, sed non eadem exuberantia, exuberat enim bona fides in bonæ fidei iudiciis, non ita in strictis & arbitrariis. Secundo obiicitur *d. §. actionum h. tit.* vbi tamen sunt 2. species, scil. bonæ fidei & stricti iuris, non autē arbitrariæ; Ergo non sunt tres species constituenda.

24 tuenda. Resp. Tres esse species constituendas & hisce ꝑ duabus tertiam addendam satis ostendit §. *præterea*, *h. tit.* vbi quando in superioribus egit Imp. de bonæ fidei & stricti iuris iudiciis, subiicit: Præterea sunt & actiones arbitrariæ. *Præterea*, hoc est. Præter actiones bonæ fidei & stricti iuris. Et id approbat in d. §. *præterea*. Cuiac. & in l. 9. §. *ex hoc edicto*. ff. *quod metus causa*. Similiter dominus Borch in *trac. de in lit. iur.* Hotom. in *thes.* præterea. *h. tit.* Deinde id probari videtur ex l. item si 14. §. *hæc autem actio*. ff. *de eo quod certo loco*. Tercio obicitur ita: Actiones arbitrariæ insunt bonæ fidei iudiciis, id quod potest probari ex §. *in bona fidei* *h. tit.* vbi dicitur, in bonæ fidei iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono & æquo æstimandi, quantum auctori restitui debeat; hæc est descriptio actionum bonæ fidei: Iam iisdem verbis ita describuntur arbitrariæ actiones in d. §. *præterea* *vers. in his*, vbi dicitur, in his actionibus arbitrariis per nititur iudici ex æquo & bono æstimare, quem idmodum auctori satisfieri oporteat, unde nihil differunt, deinde ex stricti iuris actionibus sunt: similiter arbitrariæ propter certum aliquod accideus, vel circumstantiam loci, temporis, &c. Id quod dominus Wesenb. in *paratit.* ff. *de eo quod certo loco*. & in d. §. *præterea* sentit, vbi etiam dicit actiones de dolo & metus causa non esse stricti iuris, quamvis bonæ fidei iudic. comparentur, ut actiones legatorum. Sed respondendum est: plurimum differre hæc 3. species & reuera esse inter se dissimilaneas, cum

25 toto consentaneas: Et quidem primo notorie ꝑ differunt actiones bonæ fidei & stricti iuris, quia in actionibus bonæ fidei alter alteri obligatur, ut præter ex æquo & bona fide quantum est æquum officio iudicis. Myns. num. 7. & hæc actiones omnia ex bona fide agunt, vel vt Zas. dicit: Actiones bonæ fidei habent longam & amplam interpretationem, largioris sunt iuris, & redditur bona fides pingnis & opulenta: Stricti autem iuris actiones certis finibus sunt quasi incluse, in quibus non nisi ex coherentium conuentione iudex aliquid facere potest. Mynsing num. 5. vel vt Zas. actiones stricti remanent fordidæ, sicut sunt expressæ, stant sicut truncus sterilis, nihil additur, nihil demitur, vide plures differentias apud Dn. Myns. num. 10. cum seqq. Hotom. dicit ex formula æqui & boni in bonæ fidei iudiciis agi: in strictis ex stricta formula. Deinde actiones arbitrariæ ꝑ differunt ab actionibus bonæ fidei & strictis, quia bonæ fidei contractibus sua natura inest bona fides: In arbitrariis inest ex officio iudicis tantum. Deinde in bonæ fidei iudiciis simpliciter condemnatur quis ex natura contractus: At in arbitrariis duæ sunt sententiæ, vna interlocutoria: altera definitiva: Interlocutoria hæc est: Restituas rem aut condemneris, si rem restituit & iussu iudicis parat, est absolutio, & cessat condemnatio, alias sequitur sententia definitiva. Tercio dicit Hotom. in d. §. in bonæ fidei iudiciis alter alteri obligatur ex æquo, quia vtriusque tum interesse vltrocitroque. At lites arbitrariæ ex æquo obligatione nascuntur. Quarto bonæ fidei actiones tantum in personam rapiuntur præter petitionem hereditatis quæ tamen habet personales præstationes, & primum a Iustin. est ad l. tra: Hæc tam in rem, quam in personam dist. §. *præterea*. Denique ex d. l. communi sententia ad æque graues causas extenduntur causæ ex hæredationum, vbi similiter liti particulæ: Hæc sunt: Ergo & hic. Respond. Aliqui vt Viglius, nolunt ad æque graues causas eas extendi & nunquam interpretes grauius peccasse; Ergo adhuc sub iudice lis est: Hic autem certus est numerus.

Ad Thes. 17. 18.] Affirmatur in actione negoc. gestor. præstari dolum & culpam, scilicet leueni. Opponitur directo l. si mater 24. C. de sur. vbi dicitur omnem culpam præstari; Ergo & leuiss. Respond. textus vniuersalis est exaudiendus secundum alios textus, in quibus culpa præstatur tantum. De reliquis supra in quasi contractibus est videndum.

Ad Thes. 19. 20. 21. 22.] Agitur hic de actione administratæ tutelæ directæ, quæ datur pupillo aduersus tutorem, & contraria, quæ datur tutori aduersus pupillū Curatores etiam ꝑ vtilē habent tutelæ actionem, quia ad similitudinem tutelæ cura administratur, vnde vtilis curationis causa, *in rubr. 2. tit. de tutela*, &c. dicitur. Deinde negatur vtilis contraria actio, quia secundum Cuiac. directæ dari non potest, cum non vltro curator ad negotium accedat. Obstat autem *l. 1. §. sed et si curator ff. de contraria tutela*, vbi datur contrarium iudicium curatori. Ergo non tantum tutori. Respond. Ibi est contrarium iudicium vtilis tutelæ, quod vi illius textus dici potest, vel negot. gestor *gloss. Et Cuiac.* Secundo obstat *l. 4. ff. de tut. et rat. distr.* Respond. Ibi agitur de tutelæ actione directæ non de vtili, & in d. titul. nihil agitur nisi de actione directæ non vtili.

Ad Thes. 23. 24.] Agitur hic de actione pignoratitia directæ & contraria. Vnde patet eam differre ꝑ quasi Seruianæ, quæ datur creditori ad pignus amissum, recuperandum à quasi possessore vt sup. disputatum fuit.

Ad Corollarium.] Affirmamus æquissimum esse, actionem vtilem serui corrupti etiam dari ꝑ in eos, qui bonæ fidei studiosos, ad Academias à parentibus missos, ludendo, potando, & sortando corrumpunt. Et certum est patri dari vtilem actionem serui corrupti nomine filiorum, quia eius interest, ne filiorum animus corrumpatur. In hoc autem Corollario volumus, vtilem actionem hanc etiam ipsos habere ꝑ filiosam. in corruptores: & ideo filio datur, quia corruptio ex sua persona est facta, & charitas à seipso incipit. *l. pater. C. de seruis. Et aqua.* præsertim quando pater abest, nec reliquit procuratorem, vt refrenentur corruptores iuuenilium animorum, ne postea tristem experiantur exitum, qui eos post dispersum patrimonium expectat. *l. fin. §. filius. Cod. de bon. qua liber.* Deinde Ioannes Faber dicit hanc opinionem esse multum æquam & inculcandam corruptoribus iuuenum. Sed de rigore iuris eam defendi non posse tenet idem Faber, Plat. Iafon. Zas. Sed obiicitur primo ita: Diuersa est ratio inter patrem & filium, cum filius consentiat in sui corruptionem, non autem pater, & volenti non fiat iniuria *l. 1. §. filii vero. ff. de iniur. & quilibet in re sua sit liber moderator & arbiter.* Vnde videbatur dicendum filium non habere actionem. Respond. Id quidem verum est, illam actionem non habere directo cum in sui deteriorationem consentiat, quia tamen nemo alium præsertim studiosum debet corrumpere, fauore studiorum ipse corruptus accommodatam vtilem habet actionem ꝑ, non ex rigore iuris sed ex æquitate. Secundo obiicitur: Ex consilio in delictis nemo obligatur, qui consuluit, licet tertio obligetur, in cuius caput damnum redundat & imputat sibi quis, quod rem turpem etiam alio suadente perpetravit, cum mandatum rei turpis sit nullum. *§. illud quoque supra mandati. l. si remunerandi. §. rei turpi ff. mandati.* Respond. Nemo obligatur ex consilio nisi sequatur effectum. Et habet hic actionem ex æquitate, non ex rigore iuris, vt supra est dictum, vnde addit Faber, vtinam beneluerent, qui iuuenes ad illecebras alliciunt, vide in Schneidw. alia.

Ad Quæstionem. Patri an detur actio hæc vtilis ꝑ de stupratoribus suarum filiarum quæritur: Et deciditur per Zas. *in d. §. in duplum. num. 9.* quod sic. Sed obiicitur ita: Qui habet ordinarium remedium non petat extraordinarium, *l. in causa, 16. in pr. ff. de minor. 25. annis.* Pater habet ordinarium l. Iulie de adult. *§. item l. Iulia. infra. de publ. iudic.* Ergo hoc non expectat. Resp. Negari non potest, patrem, habere iud. publ. sed quia sæpe plura remedia sunt pro vno delicto, ideo etiam habet hanc actionem vtilem, quæ potest consequi.

ut dotetur, si eam quis ducere nolit, & quidē ut dotetur *in l. cum post. §. gener. ff. de iure dot.* secundum consuetudinem loci vel regionis, dignitatem puellæ & facultatem patris. *Schneidw. hic num. 13.* quando non vult eam ducere in odium stupri, id quod in practica perpetuo est notandum.

DISPUTATIO XLIV.

De actionibus quibusdam bonæ fidei & Compensatione.

CONTINUATIO.

Expositis quibusdam actionibus bonæ fidei; nunc de reliquis, videlicet, æstimatoria præscriptis verbis, ex permutatione, petitione hereditatis, ex stipulatu de dote: itemque de compensationibus videndum erit.

Axioma 1. Actio de æstimate, dubitationis tollendæ gratia proponitur, cum antea apud veteres dubitatum fuerit, cum res æstimate vendenda datur, utrum ex vendito, an ex locato, an ex conducto: an mandati esset actio.

2 Placuit igitur ex hoc contractu dari actionem æstimatoriam præscriptis verbis, quæ est personalis, ei competens, qui rem aliquam alteri certa æstimatione, aut vendendam, aut utendam dat, sic ut ipsi eandem rem, æstimationemve restituat.

3 Nec refert, an gratis vel mercede incerta promissa, rem vendendam acceperit, prius tamen huic actioni conuenientius est.

4 Dico, incerta, nam si certa merces pro venditionis opera venit, ex locato & conducto actio competit.

5 Estque perpetua & idcirco transit ad heredes, & in heredes.

6 Actio præscriptis verbis ex permutatione veniens, est actio in personam competens ei, qui rem suam animo permutandi dedit, ut rem aliam ab altero ex permutatione consequatur. Daturque aduersus eum, qui rem alterius ex permutatione accepit, nec tradit suam.

7 Actionem hanc non ex solo consensu aut pacto, sed ex rei propriæ traditione nasci, contra Accursium putamus.

8 Articulum, do ut des, remota aliorum interpretū opinione, nihil à permutatione differre melius videtur.

9 Perpetua est hæc actio, daturque heredibus eius, qui rem tradidit, aduersus heredes illius, qui rem tradere & implere conventionem cessat.

10 Petitio hereditatis est actio mixta, heredi competens, aduersus possidentem, pro herede vel pro possessore, ut hereditatem totam vel partem consequatur, una cum fructibus.

11 Estque directa & utilis: Directa contra eum, qui pro herede vel possessore possidet: utilis aduersus eum qui rem à possessore emit, datur.

12 Necrefert, an quis ex testamento, an ab intestato, an quis per se an per aliam interpositam personam heres sit factus.

13 Pro herede possidere dicitur, qui asserit se heredem esse, siue hoc puter, siue se heredem non esse sciat; pro possessore, qui nec putat, nec asserit se heredem esse, vel per mendacium, nec ullam causam suæ possessionis possit dicere.

14 Is quoque hac actione tenetur; qui dolo desit possidere, aut se liti obtulit.

15 Dico, cum fructibus, nam malæ fidei possessor ad omnes tam perceptoros, quam qui percipi potuerunt, bonæ fidei, non nisi in quantum locupletior est factus, tenetur.

16 Ut igitur hæc actio locum habeat, requiritur à parte actoris, quod sit heres, & quod ante possessionem non habuerit à parte rei possessæ vel id quod loco possessionis habetur.

17 Est actio ex stipulatu de dote bonæ fidei, ciuili & personalis, quæ datur stipulanti pro consequenda dote promissa, constante matrimonio, vel etiam pro repetenda, eo soluto vel marito ad inopiam vergente.

18 Competit hæc actio tam marito, quam vxori, eorumque parentibus tam extraneis quam heredibus defunctæ.

19 Marito ad dotem præstandam pro eniptione dotis, ad fructus, ad vsuras, à tempore moræ, mulieri pro ea restituenda, ad donationem propter nuptias, ad bona paraphernalia, & vsuras dotis dandum.

20 Tam aduersus dotem vel donationem propter nuptias permittentem, eiusque heredes, quam accipientem & eius successores.

21 Siue in his certum, siue incertum quid permissum sit, siue de his præstandis, vel restituendis, stipulatio aliqua intercesserit, siue non.

22 Et pro his tam bona vxoris marito, quam mariti vxori tacite sunt obligata.

23 Atque hoc priuilegium inesse actioni ex stipulatu, ideoque non personale, sed transire ad quemcunque possessorem & extraneum asserimus.

24 Quamuis autem olim in bonæ fidei iudiciis ipso iure: in strictis non nisi doli mali exceptione opposita, locum habebat, tamen hodie omnes actiones siue in rem, siue in personam ipso iure compensatio minuit.

25 Interim tamen actioni depositi, vectigalium, & possessionem alienam perperam occupantibus compensatio denegatur.

Corollarium. Mulierem ratione dotis numeratæ, omnibus mariti creditoribus etiam expressam anteriorem hypothecam habentibus (contra communem opinionem) præferendam esse fixo pede sustinebimus.

DISPUTATIONIS XLIV.

De actionibus quibusdam bonæ fidei, & de compensatione, obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 Actio æstimatoria, & ex permutatione cur inter bonæ fidei actiones relata.
- 2 Actio præscripti Verbi cur sic dicatur.
- 3 Contractus innominati quid sint.
- 4 Actio præscripti Verbi quando desur.
- 5 Actio præscripti Verbi quot species habeat.
- 6 Actio, ex Verbi, facio & des, qualis oriatur.
- 7 Actio de dolo est famosa & subsidiaria.
- 8 Actio de dolo non concurret cum actione præscripti Verbi.
- 9 Verba, facio & des, an actionem præscripti Verbi producant.
- 10 Actio præscripti Verbi est lenior quam actio de dolo.
- 11 Conventionis quæ initium dederit, in conventionibus videndum.
- 12 Æstimatoria actio cur proponatur.
- 13 Æstimatoria actio cui competat.
- 14 Æstimatoria an mercedem requirat.
- 15 Præscripti Verbi bonæ fidei actiones quot sint.
- 16 Actio ex precario quomodo dicatur esse bonæ fidei.
- 17 Contractum bonæ fidei iniuri, & esse bonæ fidei, differunt.
- 18 Actio præscripti Verbi ex permutatione quid sit.
- 19 Permutationis vocabulum generale est, & omnes contractus continet.
- 20 Venditor non tenetur rem dare emptori, sed tantum tradere.
- 21 Actio ex permutatione unde oriatur.
- 22 Articulus, do & des, à permutatione non differt.
- 23 Genus omnibus speciebus competit.
- 24 Petitio hereditatis an sit actio mixta ex reali & personali.
- 25 Actio hereditatis petenda an sit stricti iuris.
- 26 Actio petenda hereditatis non datur adversus titulo possidentem.
- 27 Actio pro dote, continet in se actionem rei uxoria.
- 28 Dote est proprium patrimonium mulieris.
- 29 Coniugium est contractus bonæ fidei.
- 30 Actio pro dote cui desur.
- 31 Compensatio quid sit.
- 32 Debitum & creditum quid hoc in loco significant.
- 33 Compensatio quando procedat.
- 34 Compensatio an tantum in quantitate fiat.
- 35 Genus in iure nihil est aliud quam species in eo contenta.
- 36 Compensatio, hodie omnes actiones, tam in personam, quam in rem minuit.
- 37 Actionem non habere ipso iure, & eam per exceptionem infirmari differunt.
- 38 Compensatio etiam sine iudice minuitur actio.

- 38 *Compensatio ut constet vox hominis requiritur.*
 39 *Compensatio quod locum habeat in actione depositi, & quare.*
 40 *Vxor an repetenda dote præferatur omnibus mariti creditoribus, etiam anteriorem hypothecam habentibus.*
 41 *Mulier in dotis causa præfertur ei, qui credidit marito pecuniam in rerum suarum refectionem.*
 42 *Praxis generalis est optima rerum magistra.*
 43 *Dos etiam fisco præfertur.*
 44 *Fiscus non præfertur expressam & pactam hypothecam habentibus.*
 45 *Parentes coguntur liberos suos in matrimonium collocare & dotare.*
 46 *Dotes mulieribus saluas esse, Reipubl. interest.*
 47 *Mulierum infirmitati sæpe contra regulas iuris succurritur.*
 48 *Pignora qui acceperunt, priuilegiis omnibus præferuntur.*
 49 *Fiscus & mulier pari passu ambulant, & quomodo illud intelligendum sit.*
 50 *Dos pluribus cohærentia est priuilegiis quam fiscus.*
 51 *Mulier & fiscus quomodo differant.*
 52 *Maritus habet tacitam hypothecam pro dote consequenda.*
 53 *Donatio propter nuptias an subsit tacita hypotheca.*

HACTENVS de quibusdam bonæ fidei actionibus fuit tractatum & disputatum: Superest ut hac disputatione reliqua, quæ adhuc supersunt, explicentur. Supersunt autem quatuor. Primo, Actio præscriptis verbis æstimatoria. Secundo, actio præscriptis verbis ex permutatione. Tertio, petitio hereditatis. Quarto, actio ex stipulatu de dote. Sed obiicitur actionem præscriptis verbis esse stricti iuris: Ergo & hæc duas. Respond. Iustin. Imp. duas illas actiones inter bonæ fidei actiones refert, † quia actio æstimatoria habet cognitionem cum emtione, locatione & mandato, unde veteres dubitarunt, an ex emto locato, mandato, &c. actio sit danda, quemadmodum in l. 1. ff. de æstimatoria. videre licet, ubi etiam dicitur, quod bonæ fidei sit actio. Deinde actio præscriptis verbis ex permutatione similiter bonæ fidei est, quia ex æquo & bono omnia ibi secundum legem conuentionis sunt peragenda. Actio autem præscriptis verbis alias est stricti iuris. Dicitur autem actio † præscriptis verbis ideo, quia in id quod datur, quemadmodum in contractu à contrahentibus, verba sunt præscripta, reliquæ actiones dabantur à prætore mediatis & conceptis verbis, ut Dn. Borch. in tit. de locat. loquitur & Mynsing. num. 76. cum seqq. in §. actionum. h. tit. dicit, præscribere esse ordinare variis pactionibus, quod fieri placet contrahentibus, & inde sunt natæ actiones præscriptis verbis, quia natura rerum ita est comparatum, ut plura sint negotia, quam vocabula. l. natura. ff. de præscript. verb. Et hæc actiones etiam in factum actiones dicuntur, & rubr. tit. ff. de præscript. verb. ostendit, & Zas. §. actionum. num. 30. Vocantur etiam contractus hi innominati, † quia non habent proprium nomen in iure nostro, sed communi nomine veniunt, scil. quando ita est præscriptum, præfinitum, conditum, conuentum, quod est medium concludendi. Zas. in §. actionum. n. 30. Et † datur actio præscriptis verbis, quoties de nomine alicuius contractus ambigitur, ubi tamen actio danda esset, l. 1. ff. de æstimator. acti.

Sunt autem † quatuor hi articuli, quibus actio præscriptis verbis denotatur. Do. ut des; facio ut facias: Do ut facias: facio ut des, d. l. 3. in pr. ff. de præscript. verb. Articulus do ut des, similis est emtioni, & nascitur inde actio præscriptis verbis ex permutatione, quæ est bonæ fidei, quemadmodum supra dictum fuit: De qua actione infra latius agemus. Ex articulo

iculo, facio ut facias, nascitur actio præscriptis verbis ex permutatione quæ est bonæ fidei, quemadmodum supra dictum fuit, de qua actione infra latius agemus; Ex articulo, facio ut facias, nascitur actio præscriptis verbis, & similis est mandato, d. l. 5. §. *sed si facio in fin. ff. de præscript. Verb.* Ex articulo, do ut facias, nascitur quoque civilis actio præscriptis verbis, quæ in aliis casibus est stricti iuris: in causa actionis æstimatoriæ est bonæ fidei, ita enim est conventio: Do tibi rem illam utendam, ut eam mihi restituas, vel æstimationem, ut infra dicitur. Si autem inest conventio; Do tibi vestem, ut aſtes fratri in iudicio, est præscriptis verbis, stricti iuris, non bonæ fidei. *Zaf. in §. actionum. n. 26.* Obicitur l. 5. §. *sed si de diff. ff. de præscript. Verb.* ubi videtur quod non detur actio præscriptis verbis ex articulo, Do ut facias. Sed solutionem vide in Borch. *tract. inſtr. de pact. c. 6. l. n. 32.* quæ placet. Denique est articulus, facio ut des, qui alii contractui non comparatur d. l. 5. §. *quod si faciam. ff. de præscript. Verb.* Quæ autem actio ꝑ ex hoc articulo detur, plurimum controuertitur inter Dd. Aliqui volunt nullam inde dari actionem civilem præscriptis verbis, sed tantum dari actionem de dolo vel in factum prætoriam. Quæ in ſententia est *Mynſ. num. 31. §. actionum.* addens causam, quia cum facta ut plurimum repeti non possint, lex generaliter introduxit, ut de dolo ageretur. Idem etiam ſentit *Zaf. in §. actionum. num. 28.* addens hanc rationem, quia dolus est euident, cum pro te ierim Romam. *Wesemb.* ſimiliter ita ſentit *in paratit. ff. de præscript. Verb. num. 5.* ubi dicitur, nullam dari civilem actionem, cum nulla ſubſiſtit obligatio, quæ formam civilis contractus habeat, & ideo de dolo dari ſubſidiariam, quia non habet affinitatem cum nominato contractu, ut reliqui articuli, cui accommodetur. Deinde ex facto perinde mihi non obligaris, atque ex datione, quia fieri poteſt, ut ex facto meo nihil ad te perueniat, verbi gratia: Si ſeruum meum manumittam, ut mihi des decem, hic conſtat ad te nihil commodi ex libertatis datione redire, quo mihi civiliter obligeris, de qua ſpecie loqui Ictum, exemplum manuſſionis paulo ante poſitum oſtendit. Quod cum ita ſit, ad euitandas illas decipulas, & in omnem euentum dicitur actio de dolo: Etenim in dolo es, qui ceſſas fraudulenter in dando, poſtquam ego feci. *l. dolum. ſupr. mandati.* Nam actio de dolo datur tum, quando nulla alia actio competit civilis vel honoraria, quia eſt actio ꝑ famoſa & ſubſidiaria. *l. 1. §. ait prætor, l. 1. §. ff. de dolo malo.* Dicitur igitur de dolo actio, ubi dolus arguitur: ſi dolus deſcendit in factum datur actio prætoriana in factum, ea eſt actionum perpetua. Idem ſentit cum *Wesembec.* *Cuiac. in l. 5. ff. de pact. pag. 21.* ubi dicit tantum dari actionem de dolo *per d. l. natit. §. §. quod si faciam. ff. de præscriptis verbis.* & *l. eum proponas. 4. C. de dolo malo.* Cui tamen directo opponitur *l. 3. §. quinimo. ff. de condiſt. cauſa non ſecutæ.* ubi eſt actio præscriptis verbis in eo caſu, quando inter nos conuenit ut tibi darem decem, & manumitteres Stichum. Manumiſiſti, nec tibi de decem, actionem habes præscriptis verbis. Sed in d. l. 4. C. de dolo. eſt de dolo actio. Reſpond. Actio de dolo non ꝑ concurret cum actione præscript. verb. *l. inrirogent. 7. §. sed et si. ff. de pact.* & ſemper ſpectandum eſt quid initio conuenerit, utrum fuerit ita contractum, dabo decem ut manumittas, ut in d. l. 3. §. *quinimo*, in d. l. 4. dicitur, vel ita manumitto ut des, ex quo de dolo tantum agitur. Hanc ſententiam ſimpliciter ſequitur *Un. Borch. in tract. de pact. c. 6. l. num. 22. & num. 34.* & in *Comment. ad tit. Inſtitut. de locat. & conduſt.* propter hanc rationem, quia contractus ex hoc genere vel articulo nullam habet affinitatem, cognitionem & ſimilitudinem cum contractibus, qui legitimo modo præditi ſunt. Hanc ſententiam ſequitur *Pacius in Antinom. cent. 3. arg. 4.*

Alij contrariam ſententiam tuentur, ſcilicet competere actionem præscriptis verbis, quæ in ſententia eſt *Hortom. in §. actionum. enunc. 5.* *Duaren. in tit. ff. de præscript. Verb.* Fundamenta ꝑ eorum ſunt *l. lex ſolent. 15. ff. de præscript. Verb.* ubi eſt negotium tale, facio ut des, hoc

hoc est, reuelas hoc & dabo centum, & tamen dicitur actione præscriptis verbis dari. Si autem dolus arguatur, dari actionem de dolo, & dicit Duaren. in *vers. scilicet*. particulam nisi non corrigere præcedentia, sed esse quandam exceptionem. Quando enim Icti quid corrigunt, habent particulas, tutius est, &c. Et est *l. cum mota. 6. C. de transact.* ubi in tali conventionione datur actio præscript. verb. Deinde est *§. si de causa, sup. de locat. & conduct.* ubi datur similiter actio præscript. verb. ubi æquiparatur locationi operarum, ut & in *l. in operis. ff. locati*, ut vult etiam Donell. Quarto, dicunt ideo dari actionem præscript. verb. Quinto, actio præscriptis verbis est *¶* lenior quam actio de dolo, quæ infamat, unde actio præscriptis verbis potius erit intentanda. Denique ad *d. l. §. quod si faciam*, respondent diuersimode scilicet non dari actionem scilicet directam sed vitalem, scilicet præscriptis verbis *¶* vitilis dicitur in *l. cum mota. 6. C. de transact.* ita sentit Duaren. Hottom. dicit illa verba: non dari actionem esse referenda ad illum calum, de quo Paul. ibid. disputat, nimirum cum in factum est, unde nihil ad alterum peruenit, veluti si seruum meum manumittam, ut mihi des centum, sed quoties ita tua interfuit, me fidem præstare, ut ex eo commodum & emolumentum aliquod perciperes, præscriptis verbis agetur, ut in eo casu perspicue est dictum. Donell. referente etiam Welenb. in *paratit. ff. de præscript. verb. num. 5.* putat illa verba: nullam esse actionem, respicere ad præcedentem & scilicet nullam esse conditionem; Et sic etiam hanc sententiam defendit. Cuiac. autem & alij, ut Borch. in *tractat. de pact. c. §. l. num. 36.* hinc fundamentis non sunt contenti, sed respondent ad *dd. ll. hoc modo, in d. l. solent*, particulam nisi: corrigit præcedentia, id quod tantum Duaren. negat & dicit potius illam particulam, et desiderari in Noricis libellis, ne forte quis putet duplicem actionem posse dari act. præscript. verb. & de dolo, quod est contra *d. l. §. 3. ff. de dolo malo*. ut supra dictum. Deinde ad *d. l. cum mota*. Cuiac. & Dn. Borch. in *d. loc.* respondent, ubi ita negotium fuisse gestum. Dabo tibi partem bonorum, ut à lite discedas: Ergo est, do ut facias, ex quo oritur præscript. verb. Deinde ad *d. l. §. qua de causa*, respondet Borch. in *Comm. ad tit. Instit. de locat.* Ibi non esse tale negotium, facio ut des, quod est vicinum locat. & conduct. Sed ita: Dabo mercedem, de qua inter nos conuenerit, ut tu vestimenta sarcias: Est igitur articulus, do ut facias. Et in *¶* conventionibus videndum est, quis initium dederit conventioni, non qui citius vel prior fidem liberauerit, Et tantum de hisce 4. articulis.

Ad Thesin 1. 2. 3. 4. 5.] Agitur in hisce thesib. de actione æstimatoria, quæ proponitur *¶* dubitationis tollendæ gratia. Obiiciebatur *l. §. eleganter. 7. §. non solum. ff. de dol. malo*. ubi datur actio, quando dubitatur, an alia actio superfit. Resp. quod in *d. l. §. eleganter*. affirmatur, diuersum est à thesi nostra. Nam hic agimus tantum de æstimatoria actione, & de negotio tali, unde actio præscript. verb. oriatur, & hic non agitur de dolo. Sed in *d. l. §. eleganter*, agitur de dolo, quando scilicet dubitatur, quæ actio sit danda, vel quando nulla actio alia superest, tunc in subsidium datur actio de dolo, quando scilicet dolus arguitur & adest. Et illud diuersum ab hoc esse nemo facile primo intuitu videt. Deinde monendum est Hottom. hic enunc. 5. dicere diuersam esse actionem præscript. verbis: ex permut. & æstimatoriam id quod concedi vix potest, quia duæ vltimæ sunt actiones præscript. verb. id quod Imp. Iustin. hic expresse addit. Hæc autem actio *¶* æstimatoria ei comperit, qui rem aliquam alteri certa æstimatione aut vendendam aut vtendam dat, ut ipsi eandem rem vel æstimationem restituar. Eodem fere modo Hottom. eam definit in enunc. 5. Aut rem inter ipsam restituar, aut æstimationem referat. Nec refert an gratis vel mercede incerta promissa res vendenda vel vtenda sit accepta. Prius tamen huic actioni est convenientius, scilicet ut gratis fiat, quia pro officio præstito nihil est postulandum, & hic est officium magis, & est bonæ fidei. Sed opponitur *l. 2. ff. de æstimatoria*, ubi dicitur mercedem intervenire.

Respond.

Resp. Dicitur quod hæc actio sit vilis, etsi merces interuenerit, quasi vellet dicere ICrus Paulus, etiam eo casu hanc actionem esse vilem, quando adest merces: Ergo inuicem etiam
 14 † sine mercede eam fieri posse: Oldendorp. ramen *act. §. class. 4. n. 2.* dicit, hanc actionem directo gratis dari: Vtiliter si mercede, per *d. l. 2. ff. eod.* Estque perpetua & transit ad heredes, & in heredes datur, *ut thes. §.*

Ad Thefin 6.] Incipit nunc actio de præscriptis verbis ex permutatione, quæ est bonæ fidei, quemadmodum actio præscriptis verbis de æstimat. *l. 2. C. de rei permutat.*
 15 vbi dicitur permutatio esse bonæ fidei: Et hæc duæ tantum † sunt, in quibus præscript. verbis actio fidei est. Sed obiicitur valde *l. 2. §. naturalem. ff. de precario*, vbi dicitur, actionem præscriptis verbis, quæ datur ex precario, esse bonæ fidei, puta concedo tibi Codicem precario hæc conuentione vt mihi cum reddas, quocunque die repetam; Estque præscriptis verbis, trado vt tradas, quæ nascitur ex interdicto precarii: Ergo sunt plures actiones bonæ fidei præscriptis verbis. Resp. Hortom. *enunc. §. §. actionum.* dicit dubitari ex hac l. posse; Sed Zas. *in d. §. actionum* dicit, non esse bonæ fidei, quia *in d. §. actionum.* non enumeratur; & certum est, omnes ibi numerari actiones bonæ fidei, vt supra visum fuit. Nec obstat
 16 quod *in d. l. 2.* dicitur eam ex bona fide esse, quia † id intelligitur de naturali æquitate, in qua primum locum bona fides habet. Et longe † est aliud contractum bonæ fidei iniri & esse bonæ fidei. Manet igitur verum duas has tantum actiones præscriptis verbis esse bonæ fidei. Est autem actio præscriptis verbis ex permutatione † actio in personam aduersus eum instituta, qui cum pepigisset, vt res sua cum alterius re commutaretur, postquam rem alterius accepit, suam non præstat. Sic eam actionem definit Hortom. *enunc. §. hic.* Res igitur pro re datur in hac actione ex permutat. præscripti verb.

Sed hic tria obiiciuntur: Primo obicitur, hanc actionem non esse ex præscriptis verbis, & sic ex contractu innominato, cum proprium nomē habeat, & quidem elegans, quia permutatio est, seu *συνάλλαγμα* & dicitur emptio, locatio, qui contractus sunt innominati. Respond. Myns. *hic num. 91.* hoc mouet, vt & *in disput.* motum fuit, & respondet ex Oldendorp. *in praxi huius actionis.* vt ego respondi, permutationis verbum nimis esse
 18 generale, & continere † omnes contractus nominatos & innominatos, cum nihil aliud sint contractus, nec alio pertineant, quam vt permutando communicentur res inuicem. Non igitur habet proprium nomen permutatio, sed sui generis nomen transit in propriū nomen, stat in suo generali nomine, respectu igitur aliorum contractuum, emptio, locatio, &c. recte innominatus dicitur. Secundo obiicitur, quod si pecunia pro re datur, sit emptio & venditio, id quod probatur expresse per *d. l. 5. §. etsi quidem. ff. de præscript. verb.* Cui tamen omnium opinione expresse refragatur *l. §. ff. de conduct. caus. dat. causa non secut.* vbi in eodem casu nulla alia datur actio quam conductæ causa data causa non secuta; & quidem ex contractu innominato, do vt des, vbi tamen pecunia adest; Ergo non semper res pro re datur. Respond. Certum hoc est in permutatione rem proprie dari, id expresse dicitur *in d. l. 5. ff. de præscript. verb.* Deinde certum est esse emtionem quando pecunia datur vt res accipiatur, secundum *d. l. 5. §. 1.* Sed quomodo *d. l. §. l.* cum eo conciliatur? Pacius *cent. 3. antinom. arg. 98.* responder hoc modo: aliis verbis contractus innominatus, do vt des, iudicatur *in d. l. §. l.* aliter *in d. l. 5. §. 1.* de emt. agitur: In *d. l. §. l.* dedi pecuniam vt dares, qui abhorret à natura emtionis & venditionis, quia † venditor non tenetur rem dare emtori sed tantum tradere, siquidem dare est dominium transferre. §. *sic itaq. h. tit.* quod venditor facere non tenetur *l. §. ita. 25. §. 1. ff. de contrah. emt.* Est igitur contractus innominatus, do vt des. Sed *in d. l. 5. §. 1.* ita contractum fuit, do vt accipiam, quod perinde est, ac si dicamus, do vt tradas, quod emtionis & venditioni conuenit. Eandem solutionem habet Cuiac. *in d. l. §.*

d. l. §. de pact. pag. 18. Borcholt. *in tract. de pact. c. §. l. n. 14.* Sed hoc etiam dicunt illi *in d. l. §. l.* non contrahi permutationem, quæ non in pecunia sed re consistit, nec esse emtionem, quæ ita contrahitur, do tibi pecuniam vt tradas rem, non ita: do tibi pecuniam vt des seruum: Datur igitur nulla alia actio, quam conditione causa data, causa non secuta. Tertio obiicitur *l. ita constante. ff. de iure dot.* in qua Modestinus docet, constante matrimonio, dotem ex pecunia in rem, aut ex re in pecuniam permutari posse, si hoc mulieri sit utile. Respond. Permutatio ibi pro emt. vendit. accipitur quemadmodum apud Cic. & Plin. sapissime, vt à Tiraquello est traditum *de vtroque retr. act. §. 30. gl. 1. num. 19.* Borch *d. c. d. loco 11. 12.*

Ad Thesin 7.] Actio hæc † non ex nudo oritur consensu, vt emtio & venditio, licet ei sit vicina, sed ex re tradita initium sumit, id contra Accursianos putamus *ex l. 1. §. item emtio. ff. de rerum permut.* vbi expresse emtio in eo ab hac actione sciungitur; quo nihil clarius dici potest. Deinde *in l. 3. C. eod.* dicitur ex placito permutationis nulla re secuta constat nemini acquiri actionem vel competere, vbi vide Gotthofred. Sed obiicitur *l. §. l. C. de rerum permutat.* vbi ex nudo consensu initus hic contractus parit actionem præscript. verb. Resp. Ex nudo consensu non initur, vel ex nudo pacto: nam hæc conuentio data rei lege certa, quæ à datione sumit effectum, non pacti solum nomine censeretur, sed est contractus. Cuiac. *lib. 11. obf. c. 17. in fin.*

Ad Thesin 8. 9.] Affirmatur in thesi 8. articulum, do vt des, nihil † à permutatione differre; Qua in sententia est Vaudus *lib. 1. Variar. quæstion. quæst. 25.* Item Coraf. *lib. 2. Miscellan. c. 15. num. §. l.* Et Borch hic dicit: Profus hæc nihil differre, nisi quo ad sonum nominis, vt Vaudus loquitur: Fundamenta horum satis sunt euidentia. Primum est *in d. l. naturalis. in pr. C. §. sin autem. ff. de præscript. verb.* vbi expresse dicit Ictus Paulus: Do vt des esse permutationem. Et Paulus ait, in diuersis esse permutationem, *l. 1. ff. de contrah. emt.* Deinde si oleum pro frumento, aut pro possessione cesserit adificium, contractus hi inter permutationes habentur, ex constitutionibus *l. quomodo. l. emtionem. C. de rerum permutat.* Deniq; si Pamphilum accepturus Strichum do, non minus in permutationem itur, quam si vt mihi Schyphus detur, dederim. *l. sed etsi lege. §. consulit. ff. de petit. hered.* In cõtraria sententia est Accurs. *in l. iurigeant. inter l. facias. ff. de pact.* Hunc sequitur Bart. Et Mynf. Bartoli sententiam amplectitur, distinguendo scilicet ex vtraque parte est species certa præstanda, puta, do tibi tunicam tuam nigram, vt des mihi tuam purpuream, est permutatio: Sed quando ex vtraq; parte est genus, vel ex altera tantum, tunc est contractus innominatus, do vt des, Vaudus *in d. loco* dicit: Do vt des esse genus permutat. speciem. Et dicunt, si vnũ & idem essent permutatio, & do vt des, sub diuersis titulis daretur permutatio, & de præscript. verb. de iis non ageretur. Tertia ratio, Actio ex præscriptis verbis ex permutatione est bonæ fidei: ex articulo Do vt des est stricti iuris. *d. §. actionum.* Sed respondendum est ad primam rationem ex Coraf. eam nulla lege esse fundaram & ideo non tolerandam, quia cur non fieret etiam iusta permutatio & dominij translatio in iis quæ in genere consistunt, vti in speciebus? Quamuis sane species magis sint certæ & obuiæ: tamen in genere si quid consistit, facile in species resolui potest, quia † genus omnibus speciebus competit. *2a* Ad secundum argumentum quod attinet, sciendum est, collectores nostrorum librorum, voluisse primo loco in specie agere de permutat. & estimatoria, cum sint bonæ fidei in distinctis titulis. Deinde de articulis do vt des, &c. In genere in singulari titulo, exceptio est in priorib. titulis: regula in posteriori. Tertiũ argument. est nullius momenti, quia artic. do vt des, cum inducit permutationem, sit bonæ fidei, & non est stricti iuris,

Ad Thesin 10. vsque ad 16.] Agitur in hisce thesibus de petitione hereditatis, quæ
 23 est † actio mixta. *l. hereditatis. 7. C. de petit. heredit.* Myns. §. *actionum. n. 105.* Opponitur
 autem directo *l. fin. autem. 27. §. sed & is. ff. de rei vindicatione*, ubi dicitur expresse, quod pe-
 titio hereditatis in rem sit actio; Ergo non est mixta, hoc est, partim realis, partim perso-
 nalis. Respond. Mixta dicitur ideo, quia multum habet personalitatis, id est, præstationū
 personalium, unde etiam propter personalitates donata est in esse bonæ fidei, quemamodū
 Zasius hic dicit; Proprie autem in rem dici potest *secundum d. l.* quamvis Iason hic dicat,
 nullam nos inuenturam actionem in rem, quæ sit bonæ fidei. Insto hoc modo. Interdum
 24 actiones hereditariæ † sunt stricti iuris; Ergo & actio hereditatis petenda. Resp. Zas. *n. 41.*
hoc §. n. dicit attendendam esse naturam talium actionū hereditariarum, quia si sunt stri-
 cti iuris, & petitio hereditatis erit stricta: Secus si sit bonæ fidei. Sed contra datam solu-
 tionem obiicitur *Litem Venient. §. cum pradiximus. ff. de petit. heredit.* ubi actiones heredi-
 tariæ perdunt naturam earum in petit. heredit. cum heres agit petitione hereditatis agit
 ad actionem hereditariam, & tunc actio hereditaria naturam non amittit. Respond. Zas.
in d. loco. perditur natura, quo ad naturam aduentitiam accidentalem, sicut est in *l. Aquili-*
lia, nam actionis materia nō est ad duplum, sed tantummodo ad damnum: Sed si reus in-
 sufficietur iam aduentitie crescit pœna dupli, & ita dicitur accidentaliter natura actionis, quæ
 tollitur per petitionem hereditatis. Caterum quo ad naturam primordiale, essentiali-
 tem & originariam, quæ inest ab initio actioni hereditariæ, sicut est strictum ius in mutuo,
 ista natura magis est infixa actioni hereditariæ & connexa & concreta, quæ non tollitur
 petitione hereditatis, imo actio hereditaria eo loco mutat naturam petitionis hereditatis.
 Si actio serui corrupti ab initio & essentialiter ad duplum competis, unde pœna nō mu-
 25 taretur, non tolleretur petitione hereditatis. Hæc autem actio non datur aduersus † titulo
 possidentem. *l. regulariter. ff. de petit. heredit.* vide Gothofred. *in l. Vlt. C. in quib. causis cess.*
long. temp. præscrips. Et verius est hanc actionem etiam non dari aduersus singularem titulo
 possidentem, quia is nititur causa dominij, super qua se non fundat petitio heredita-
 tis, in qua sufficit docere, bona hereditaria sub manu defuncti fuisse, Myns. *hic. n. 111. 112.*
 Ad fructus quod attinet, de iis supra *in disput. de acquir. rer. domin.* copiose dictum est, quæ
 hic cepti inutile fore puto.

Ad Thesin 17. vsque ad thes. 23.] Agitur in hisce thesibus de actione pro dote,
 quæ ad Sacrosanctum matrimonij contractum pertinet, ut dicit Oldendorp. *class. 4. arr.*
 26 *26. in princ.* Et hæc actio continet in se † actionem rei vxoriæ, quæ in eam est transmissa,
tot. tit. C. de rei vxor. act. Et dicitur potius actio rei vxoriæ quam maritalis, quia tendit ad
 27 repetendam dotem, quæ est † proprium patrimonium mulieris, *l. 35. sed utrum in fin. ff. de*
minor. co. non obstante, quod dos sit mariti. *l. doce ancillam. C. de rei vendit.* de quo alibi
 dictum fuit: Estque hæc actio bonæ fidei. Cui obstat, quod stipulatio sit stricti iuris,
 cum hic non enumeretur: Ergo & hæc actio ex stipulatu. Respond. Per accidens ratio-
 28 ne & favore dotis sit bonæ fidei. Nam & coniugium, quæ est perpetua communio † est
 bonæ fidei, & ex æquo & bono contractu censetur. Wesenbec. *hic in princip.* Estque tunc
 etiam bonæ fidei, quando maritus petit dotem ab vxore, vel eius patre, vel ab extraneo,
 qui dotem promisit, Iason *in §. fuerat. num. 14.* Et datur aduersus stipulantem: sic loquitur
 Myns. *in d. §. fuerat. n. 22.* Videretur rectius aduersus promittentem, sed ita intelligitur
 hic quasi per stipulationem promittentē. Is enim proprie ex stipulatu tenetur, qui per stipu-
 29 lationem dotē promisit, siue sit vxor siue maritus: Et datur † vxori & marito. Vxori ad pe-
 tendam donationem propter nuptias, & ad repetendam dotem a marito, & datur marito
 ad pe

ad petendam dotem, quia hi duo pari iure censentur, licet paritas facti sit sublata. *Noviss.*
 § 7. de aequal. dot. Oldendorp *ibid.* n. 4.

Ad Theſin 24.] Absolutis nunc omnibus bonæ fidei actionibus, subiicitur etiam ab Imp. aliquid de compensatione † quæ est debiti & crediti inter se contributio. l. 1. ff. de 30
compensat. Debitum autem & creditum † strictius hic accipitur, pro quantitatibus scilicet 31
 pro pecunia numerata & aliis rebus fungibilibus, ita tamen ut frumentum pro frumento compenſetur. Species igitur seu corpus cum corpore non compenſatur. Vnde si peto abs te vas argenteum, & tu vicissim obiciis compensationem, quod ego tibi vicissim vas argenteum debeam, possum ego iuste compensationem detrectare. Ratio est in textu nostro, quia ista compensatio petita non nititur iure aperto, hoc est, utrobique non est certa æstimatio in fundis & corporibus vel speciebus valor & æstimatio variat, item in eis cadit affectio, fundus meus forte mihi est charior quam tuus fundus. Textus etiam est in l. si conuenerit. 2. ad fin. prin. ff. de pignor. action. ubi debitum, quod habet speciem, corpus, si datum est mihi pignori a debitore meo, & si exigam hanc speciem debitam, non possum compensare cum debito mei debitoris. Item habetur id in l. quod dicitur. ff. de 32
compensat. in reb. dotalib. fact. ubi si versentur corpora vxori soluto matrimonio, ista corpora non diminuunt dotem, quia cum pecunia non compensantur: Item est textus in l. si non sortem. §. si centum. ff. de condit. indeb. Hanc conclusionem extende, quia nec species cum quantitate compenſatur. Zasius hic. num. 10. procedit autem † compensatio, si res est æ. 33
 æstimata, quia tunc certus valor est, vel si ex necessitate ad æstimationem peruenitur, puta si reus in rei vend. pro fundo dat æstimationem, vel si res aliena est legata, & dominus eius rei eam non vult vendere, tunc æstimatio fit, & ibi locum habet compensatio. l. si dominus. §. qui constituitur. ff. de legat. 1. l. non dubium. §. fin. ff. de legat. 3. Sed obicitur primo, §. in bona fidei, h. tit. n. ubi dicitur competere compensationem vel receptam eam esse in actionibus realibus. Iam autem certum est rei vendicationem prosequi tantum corpora & species: Ergo in iis compensatio locum habet. Respond. Zas. num. 11. quod Gl. dicat compensationem introduci in actionibus realibus, non cum corpora sunt restituenda, sed cum peruenitur ad æstimationem, si reus in rei vendicatione offerat æstimationem pro fundo, dabo tibi decem, pro isto fundo petito & actor acceptet, iam locum habet compensatio, si actor etiam sit obligatus reo in decem, sic in realibus actionibus admittitur compensatio. l. qui restituere. ff. de rei vendic. l. eius rei cum l. seq. ff. eod. tit.

Secundo opponitur l. 1. §. item si cum. ff. si pars hereditatis pet. ubi sextans hereditatis cum sextante compenſatur. Deinde obicitur l. vnum ex familia. 67. §. sed si vno. ff. de legat. ubi genus cum genere compenſatur. Tertio obicitur l. qui non militabat. 78. in fin. prin. ff. de hered. instit. ubi similiter genus cum genere compenſatur: Ergo compensatio etiam specierum seu generum est concessa, & non tantum † quantitarum. Respond. Zas. h. n. 12. dicit 35
 glossam & Dd. communiter consentire, quod compensatio generis ad genus valeat, eamque vique adeo secundum gl. & Bart. esse communem opinionem, ut pudor dici posset contrarium sentire, puta, peto abs te equum, quem promissiſti in genere, tu inuicem vis compensare equum, quem tibi debet etiam promissum in genere: Ego peto à te hominē in genere, tu vicissim obiciis compensationem de homine in genere: Sic de animalibus in genere. Dicit autem Zas. hanc differentiā habere errorē inexcusatum, qui ratione viua & spiranti possit ad oculū ostendi. Nam † genus in iure nostro nihil est aliud q̃ species in eo contenta, cum 34
 nomino hominē, tunc perinde est ac si nominassem Stichum, Flaccum, Boren & oēs alios seruos, id est in l. Manius. §. duob. ff. de legat. 2. ubi dicitur hominis appellatione oēs venire homines, id est, seruos compendio sermonis. Et homo in genere non pot. solui nisi per

speciem. l. cum incertus. ff. de legat. 1. Ergo si in speciebus non potest compensari recte in generibus, quæ non sunt nisi species breuitate sermonis collectæ. Nec obstant *dd. ll. quia d. l. 1. §. item si cum.* loquitur in compensatione partium hereditatis, puta si vni ex heredibus debetur certa pars à coheredibus, & ipse inuicem debet certam partem coheredibus. illæ partes cæteris paribus mutuo compensantur, & illa compensatio est licita. Vide casum *d. l. 1. §. item in Zas. n. 21.* Deinde in iis vocabulum compensationis improprie accipitur, & ita sentit *Do. Borch. in publ. dispus. de compensat.* de tribus illis, in iis pro deductione accipi compensationem, nec talem ut hic definitur intelligi compensationem, Cuiac. tamen pro vera compensatione *de l. vnum ex famil. lib. 15. obs. c. 1.* Et *Gotthofred. in d. l. qui non militabat.* dicit valere generis ad genus deductionem. Denique obiicitur *l. 1. §. si quis seruum. ff. de positi,* vbi operæ cum custodia compensantur. Ergo rei cum re est compensatio. Respond. Ibi improprie sumitur pro mutua affirmatione seu compensatione ad se inuicem, quemadmodum tum quando dicimus delictum cum delicto compensari *per l. si duo. 36. ff. de dolomalo.*

Ad Thesin 25.] Affirmatur hic, quod olim in bonæ fidei iudiciis ipso iure in strictis non nisi doli mali exceptione opposita locum habebat compensatio: Hodie tamen ex
 35 *Iustin. constit.* & omnes actiones in rem & personam ipso iure compensatio minuit. *l. ult. C. de compensat.* Sed obiicitur primo dura obiectio, vt cam *Zas. hic* vocat *num. 4.* quæ est in *l. nihil interest. ff. de reg. iur.* vbi claris verbis dicitur: nihil interest ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. Ergo hic non distingui debuisset inter hæc duo. Respond. Verum est, nullam esse differentiam ad rem consequendam, quia in effectu conueniunt me acquirere aliquid ope exceptionis, vel ipsa actione. Magna ta-
 36 men est differentia, & quo ad iudicalem obseruationem & originem. Nam quando ipso iure quid non consistit, potest iudex statim ex officio, nemine petente alterum repellere vt processus sit nullus, quasi dicat, tibi non cõperit actio, quæ sublatæ est ipso iure: Alias quando ipso iure consistit, actio procedit, nisi obiiciatur, exceptio iudicialis, licet in effectu actor non teneatur propter exceptionem, & magna est inter hæc differentia ipso iure vel per exceptionem. *l. si vnu. §. pactus ne peteret. & ibi Bart. ff. de pact.* Secundo, quod dicitur ex *Iustin. Constit.* non distingui hodie inter actiones reales & personales, quo ad compensationem, ei obiicitur *l. postquam. 21. ff. de compensat.* vbi ipso iure quid sit in actionibus. Ergo illud ante *Iustin.* fuit. Respond. Est illud de personalibus actionibus intelligendum, quæ sunt bonæ fidei, excepta petitione hereditatis, quæ ex *Iustin. Constitutione* accessit, id quod verbum, *Debetur*, indicat, quamuis in definitione actionis latius illa vox accipitur. Est & alia adhuc lex in *ff. tit. de compensat.* ita soluenda. Tercio, si quod affirmatur ipso iure fieri compensationem, hoc est, solo obiectu compensationis absque vlla formula, absque vllò iudicio exceptionis opposito liquidi ad liquidum. Obiicitur *l. 2. ff. eodem.* vbi submouet: Ergo factum requiritur Deinde etiam iudici opus est factio; Ergo non fit ipso iure. Respond. Certum est ex *Iustiniani Constitutione*, non opus esse hodie exceptionem opponere contra actorem, sed qualitercunque liqueat iudici in actis, ex-
 37 tate rem compensabilem, tunc mox & ipso iure minuitur, enecatur & interficitur, actio actoris in tanto, quantum est, quod compensari debuit, hoc iudici est liberum in actionibus strictis & bonæ fidei, etsi super eo non sit imploratus. Et dicit *Zas. n. 6.* inuolucra esse hæc & perstringete oculos Glossatoribus, in hac materia quærere; an opus sit voce hominis vel facto, tacente reo, an non? *Martinus* dicebat nõ opus esse facto hominis, sed ipsum ius esse ita potens, vt penetret limina iudicii ad repellendum actorem. Quæ sententia per tres rationes reprehenditur, & est certe ridicula: Quis n. diceret hoc iudici, an

zeus haberet compensationem, necesse esset vt iudex diuinares super ea, vel spiritum haberet, qui ei hoc manifestet. Verior igitur est Ioan. sententia, quam sequitur Accursius nimirum necesse esse constare de voce hominis, *l. si constat. C. eod.* Alleganda igitur est iudici qui non potest diuinare. *l. si quatuor. ff. ad l. Aquiliam.* Si autem non allegat exceptionem, tunc iudex in totam summam potest condemnare eum. Et postquam lata est sententia, si vult contra rem iudicatam opponere exceptionem, & tandem venit, qui tacuit benef. indubitum per errorem solutum non reperit: Ergo hæc investigatio non est inutilis.

Ad Thes. 26. & vlt.] Affirmatur in actione depositi non habere locum compensationem, idque propter vberimam bonam fidem, quæ in ea est, secundum Borch. Idque ex *l. fin. C. de compensat. l. pen. C. depositi.* quæ est Iustin. Imp. Cui opponit Hortom. Paulum, in *sentent. lib. 2. c. 12.* vbi traditur in causa depositi, compensationi locum non esse: Ergo id ante Iustin. fuit. Respond. Iustin. omnia sua facit, vt soluit ea generaliter alicubi. Coras. in *Miscellan.* Deinde forte id a quodam Paulo ex Iustin. est adiectum, quia sententiæ Pauli nondum sunt authenticæ & corpori iuris insertæ. 2. Obiicitur *l. & l. C. commodati*, vbi etiam in commodato non admittitur compensatio; Ergo non tantum eo priuilegio gaudet actio depositi. Respond. Cuias. ibi legit pro *commodati*, commendati, id est, depositi, quod tamen aliis non placet, vt hic dicit Wescenb. Cuias. *lib. 9. obseruat. c. 37.* vide Rufard. *avayri. lib. 1. c. 8.*

Ad Corollarium: Quæstio hæc inter alias in nostro iure nobilis & grauis, sed tamen intricata & difficilior est, tan vxor in repetendâ dote præferatur omnibus mariti creditoribus, non solum tacitam sed etiam expressam anteriorem hypothecam habentibus, atque ita sit munita iure *μεγρο πρεξίς*? De hac quæstione antiquis temporibus fuit controuersia inter Glossatores Bulgarum & Martinum. Martinus de Gossio, vnde Sectatores Gossianos vocant; voluit mulierem omnibus omnino præferri creditoribus anteriore etiam expressam hypothecam habentibus. Fundamenta huius sententiæ sunt euidencia, clara & manifesta. I. est in *l. in reb. 30. C. de iure. dor.* vbi dicitur neminem creditorum præferri. II. in *l. asiduis. C. qui pot. in pign. habeantur.* vbi dicitur omnibus creditoribus mulierem præferri. Idem dicitur in *Novell. 97. de aequalib. dor. §. his autem consequens*, propter quam generalitatem etiam in Camera Imperiali recepta fuit Martini sententia. quemadmodum testatur *Mynscent. 4. obs. 13. & in §. fuerat. Institur. num. 13. & Gail. lib. 2. obs. 81.* III. Imp. Iustin. in *l. asiduis*, dicit se velle pleno iure subuenire mulieribus, quod non fit, si non præferatur anteriore expressam etiam hypothecam habentibus. Quod vero attinet ad *l. 2. C. de iure fisci*, in qua dicitur, Fiscus mulieri præferatur. Respond. Illam *l. per consit. d. l. asiduis* esse correctam, quæ constitutio est vna ex 50. nouis decisionibus lata Lampridio & Oreste Consulibus. Idem etiam in *l. unica. §. & plenius. C. de rei uxori actione.* Porro etiam certum est in generalitate legislatorum si quid sit in dubio vel ambiguo, pro dotibus esse interpretationem: *l. dotem qua. l. in ambiguis. ff. de iur. dor. l. & l. C. de iur. dor.* Denique fortissimum huius rei argumentum est, quod Accurs. affert: Mulier in dotis causa præfertur ei, qui marito in refectionem rerum suarum credidit, *dict. l. asiduis*, & ibi Accurs. cum *Auth. quo iure. C. qui pot. in pign. hab. §. d. §. his consequens Nov. 97. de aequal. dor.* Eum autem qui in refectionem credidit potiorum esse eo, cui anterior hypotheca expressa ex pacto & conuentione competit, iuris est notissimum, *l. §. interdum, cum l. seq. ff. qui pot. in pign. habeantur.* Cum itaque constet ex Iustin. constit. dotis causam ei qui in rem aliquam conseruandam quid impertit præferri, & is rursus præfertur ei qui rem ex priori conuentione expresse habet obligatam, multo magis mulier in

dotis causa huic præferetur. *d. l. assiduis & ibi gloss.* His argumentis motus Martinus antiquus Glossator eam sententiam amplectitur, sequaces ipsius præter Cameram Imperialem. Mynf. Gail. sunt. Ioan. Faber in §. fuerat. num. 7. b. iur. vbi dicitur in praxi generalis quæ dicitur ¶ optima rerum magistra, ira obseruari. Item Guibertus Constant. in tract. de dotibus c. 7. Vaudus lib. 1. quæst. vari. quæst. 21. Oldendorp. cl. 3. att. 11. Robert. 3. animaduers. fol. 14. Cuiac. in paratit. suis & in notis hic per l. dotis C. de iure dot. vbi res est obligata Titio; deinde fisco, tum doti, fisco præferitur Titius, Titio mulier, atq; ita fit, vt dos ¶ fisco sit prior. Hanc sententiam amplectitur Const. Elect. part. 1. c. 23. Ioachimus a Beuff notauit id in l. admonendi. ff. de iure iur. fol. 476. Hanc etiam sententiam vltro motam Galli tenent. Hanc sententiam etiam Græci vt Harmenop. lib. 1. tit. 13 pag. 76. Euan. Zoazec. in thes. recept. sent. nu. 305. 306. tenent.

Contrariam sententiam, scil. vxorem præferri in dote repetenda creditoribus tantum tacitam anteriorem hypothecam habentibus non expressam, defendit Bulgarus antiquus Glossator, quam sententiam secuti & amplexi sunt multi Gloss. Bart. quod Mynf. n. 11. 12. refert, Castr. & Dol. in d. l. assiduis. C. qui pot. in pign. hab. Cano. in c. ex literis exemp. de pign. Dyn. in c. qui prior. exem. de reg. iur. in 6. la. in §. fuerat nu. 72. & Zaf. ibidem nu. 22. vbi dicit eam esse verissimam. Hanc sequitur Welenb. hic & in paratit. vbi Hartmannus etiam Hartmanni dicit, ita hodie in Camera obseruari post temp. Mynf. & Gail. quod etiam in publica lectione professus aliquando erat publ. professor Wittebergæ Socer Raucharti. Hanc sententiam etiam amplectitur hic Horom. quando dicit: Communibus creditoribus præferri mulierem, nisi habeant expressam & pactam hypothecam. Nam iis neq; fiscus quidem præferitur l. si pignus. ff. qui pot. in pign. hab. Sed nos fundamenta eorum præcipue subiiciamus & refutabimus. I. Argumentum. Vbi textus non distinguit, nec nos distinguamus. l. de precio. ff. de publ. in rem act. vbi dicitur, qui prior est tempore, potior & iure. l. 2. & 4. qui pot. in pign. hab. Ergo mulier non potest præferri creditoribus anteriorem hypothecam habentibus. Resp. Hoc argumentum procedit tum, quando creditorum par est conditio, non si vnus speciali priuilegio est munitus, vt hic mulier; Et sane magnus est dotis fauor, multaq; in ea propterea sunt singularia. Hinc ex constit. Diuorū Seuer. & Anton. 45 per proconsules præsidēsque; prouinciariū cogūtur ¶ parentes in matrimonium liberos collocare & dotare. l. 19. qui liberos. ff. de rit. nupt. l. fin. §. Strang. C. de dot. promisc. la. in §. fuerat 46 n. 27. Et dotes esse saluas ¶ mulieribus Reipubl. interest, vt propter eas facilius nubere possint, imo maxime necessariam ad procreandam sobolem repleandamq; liberis ciuitatem. l. 2. ff. de iur. dot. l. 1. ff. solut. matrim. Arius Pinellus in Auth. nisi triennale. num. 59. C. de bon. matern. dicit generalem dispositionem non componere casus speciales priuilegiatos & causas priuilegiatas gloss. in l. postquam liti. C. de pact. Restat in l. 1. num. 58. cum seq. ff. de vulg. & pupill. substitut. II. Argumentum est tale. Priuilegia, quæ constitutionibus Imperialibus tribuuntur ad alienam iniuriam porrigi non debent l. non debet. ff. de reg. iur. l. si filius. C. de pact. quod fieret hoc in casu, & ius quæsitum creditoribus auferretur. Respond. Theorica proposita ita demum locum sibi vendicat, si princeps non sciens prudensque ob publicam similiteraque causam & vtilitatem priuilegium nominatim indulget l. 2. §. si 47 qui & 161. Dd. ff. ne quid in loco publ. Deinde id suadet infirmitas ¶ mulierum propter quam contra regul. iur. illis sæpe succurritur. l. 2. §. pen. ff. ad S. C. Velleian. Et vile est Reipubl. dotes mulieres habere saluas. d. l. 2. ff. de iur. dot. Deinde secundum Vaudum negligentia creditoris id erit asseribendum, qui vigilare debuit, vt suum ius consequeretur, neque tantisper expectare dum loculis mariti exhaustis priuilegiis mulieris incipiat subiici. l. qui autem §. sciendum. ff. qui in feud. credit. III. Argumentum est tale:

Præmissio hominis tollit præmissionem legis, nec lex potest rescindere id, quod homo sibi posuit: Ergo quam legem sibi fecit anterior creditor expressam habens hypothecam, ea non potest auferri, cum lex velit suum auxilium dare mulieri, non adimere securitatem creditoribus ex conuentione & præmissione propria & industria creditoris. Respond. Hoc argumentum Zaf. in d. §. fuerat. num. 22. vitur, sed Vaudus duobus verbis respondet id propter fauorem dotis fieri, quemadmodum ante fuerat responsum. IV. Argumentum est ex d. l. assiduis. vbi dicitur mulierem in quacunque actione personali indistincte præferri creditoribus, sed additur particula, pene, limitatiua; Ergo in quibuldam actionibus non gaudet vxor prærogatiua. Deinde in d. l. assiduis, & in d. §. fuerat h. tit. num. dicitur quod tacitam hypothecam Imperat: dederit mulieribus tum quando anteriores etiam temporis priuilegio sunt vallati creditores, id quod tum est, quando tacitam habent creditores anteriorem hypothecam. Resp. Hodie in his casibus omnibus, dotis causa, mulierem iure tacitæ hypothecæ, omnino præferendam esse. Iuxta generalem decisionem in l. 9. c. qui pot. in pig. hab. vbi ab Imp. Dioclet. & Maxim. est receptum: Eos qui pigno- 48
ra acceperunt, cum in rem actionem habeant, priuilegiis omnibus, quæ personalibus actionibus competunt, præferri. Ad alterum quod attinet, certum est d. l. assiduis, magis facere pro nobis, quia quod ibi dicitur & in §. fuerat, de tacita hypotheca data, illud respicit mulierem tantum, quasi illa habeat eam, licet omnes creditores sint vallati anteriori priuilegio, scil. tacito vel expresso propter duplicem textus generalitatem.

Denique summum fundamentum habent hoc: si fiscus & mulier pari passu ambulant l. 9. do- 49
tis. C. de iur. dot. l. 2. C. de priuilegijs fisci. l. quamuis. C. de iur. fisci. Sed fisco creditoribus tempore prioribus non est potior, si de hypotheca priuatorum agatur, idemque iuris est, si nulla sit constituta priuato hypotheca in bonis creditoris, & concurrat rei priuatæ persecutio cum fisci pœnæ exactione, vt priuatus fisco præferatur. l. si pignus & ff. qui pot. in pign. hab. l. si fundum. C. cod. Iulius Clarus in pract. num. 51. q. 78. Hinc ex identitate rationis concludunt, neque mulierem priuato priorem hypothecam expressam habenti præferendam esse. Resp. Myns. in d. §. fuerat. num. 12. 13. dicit, dotem ¶ plurib. & maioribus priuilegijs esse cohonestatam quam fiscum, sed vt res sit expeditissima, quoad fiscum attinet, cum quo mulier ratione *περο-μεγέλας* confertur, est id in d. l. 2. C. de priuilegijs fisci. ex qua autem cōparatio illa depromi non potest; nec enim vlla æqualitas, ex eo quod prætenditur vilo rescripto commodè colligi potest, quippe in illa lege non expresse reperitur, id quod fisco denegatur, continuo etiam denegandum esse vxori, sed mulierem, licet ei ius prælationis ex legis dispositione contra reliquos creditores competat, fisco cū quo prius, id est, ante dotis constitutionem maritus contraxit, ob singularem, quo semper fisco persecuti sunt, fauorem præponi non debere. Facilius igitur concedi potest fisco & mulierem inter se respectu iuris communis paribus ambulare passibus: iuris vero singularis intuitu & reliquorum priuatorum non æque: vide etiam l. priuilegia. 17. ff. de priu. credis. Deinde differentia est hæc, ¶ q. mulier non tantum in qualibet personali actione, verum etiam in hypothecaria præferitur; Et mulier in actione hypothecaria suo quodam iure priuilegiata est, cum nec fisco nec vlli alii ex hypothecariis creditoribus suo iure sint priuilegiarii. l. assiduis & ibi Cuiac. in paratit. & in d. Nov. 97. de æqualib. dotis. Manet igitur vera sententia Martini.

Addo etiam maritum ¶ habere tacitam hypothecam pro dote consequenda. l. §. 1. in §. 2. Verb. tacitam hypothecam damus ex utroque latere. Zafius d. §. fuerat. num. 12. Queritur autem an donatio propter nuptias ¶ subit tacitæ hypothecæ, hoc est, an vxor maritus bona habeat tacite obligata propter donationem propter nuptias? Dynus putat q. non. Sed

Sed dicit Zaf. magnos viros sæpe improvide errare. Nitebatur *l. assiduus. ad fin. C. qui pot. in pig. hab.* vbi dicitur dari dori hoc priuilegium: Ergo non donationi propter nupt. Resp. Iustin. ibi Imperat. intellexisse prælationis priuilegium non hypothecæ tacitæ monstrat textus expressus in *l. vbi in princ. C. de iur. dos.* vbi dicitur res mariti suppositas esse vxori, id est, tacite obligatas. Procedit tamen hoc, si dos est effectualiter vel realiter numerata, non si est confessa, hoc est. Si cōfessus est maritus se accepturum. Est tum dos cauta vel confessata non numerata, & potest tum maritus se defendere exceptione non numeratæ pecuniæ. Zaf. *hic n. 24. 25. 26.*

DISPUTATIO XLV.

De actionibus stricti iuris & arbitrariis.

CONTINVATIO.

Postquam dictum est de actionibus bonæ fidei: erit nunc etiam de actionibus strictis & arbitrariis agendum.

Thema 1. Actiones stricti iuris sunt, quibus præcise persequimur, quod aperto iure nobis debetur, non habita ratione eius, quod ex æquo & bono iudex præstandum censet,

2 Actiones arbitrariæ sunt, in quibus iudex ex æquo & bono satisfieri iubet, & si iussui non stetur, condemnat.

3 Harum septem Imperat. Iustin. recenset in §. *præterea. Instit. de action. eorum tractandæ* restant tres: nimirum, actio de dolo: de eo quod certo loco: & ad exhibendum. Insuper autem adhuc aliæ adduci possunt: veluti in factum aduersus nautas, caupones, stabularios: in factum de publicanis: rehibitoria: & deniq; noxales actiones, de quibus suo loco.

4 De dolo actio comparata est aduersus decipientem, ad persequendum id quod ratione doli ipsius nobis abest, scil. si aliud remedium non erit, & iusta causa subesse videbitur, quo pertinent hæc: primo quod hodie intra biennium continuum sit proponenda: Deinde quod per modica summa non excedente duos aureos nō detur; item quod honestatis & dignitatis intuitu denegetur hæc actio.

5 Actio de eo quod certo loco, est vtilis arbitraria, competens ex æquitate contra eum, qui certo loco aliquid promisit, quo in loco tamen sui non facit copiam, ad id quocunque alio loco persequendum, facta commemoratione loci constituti.

6 Ad exhibendum actio est arbitraria, qua petitur alicuius rei copia ab eo, qui exhibendi facit facultatem aut dolo malo facit, quo minus habeat. Aedibus sane coniunctum tignum in hanc actionem non venit.

7 Actio in factum aduersus nautas, caupones, stabularios est arbitraria

traria, quia experimur aduersus exercitorem, institoremque de recepto restituendo.

8 In factum aduersus publicanos arbitraria est actio competens alicui, vt prosequatur id, quod à publicanis eorumve familia supra iustum vestigialis modum dolo malo exactum aut vi ademtum est.

9 Actio redhibitoria datur aduersus venditores, vt præstito omni interesse, id quod vitiosum ab his traditum est, sine istius admonitione recipiant. Ex aduerso quoque venditori contra emptorem contraria tribuitur actio, vt is vna cum re fructus quoque restituat, & damnum ipsius culpa datum refarciat.

10 Sane de eo quod in iudicium deductum est, licet incertum sit, iudici incumbit, vt certam ferat sententiam, quoad potest.

11 Caterum quoniam vsu euenire potest, vt plus aut minus quam nobis debetur, in iudiciis petamus, de plus minusque petitionibus interserere quid placuit, & qui plus petit, id quod contingit 4. modis, scilicet re, tempore, loco & causa, tota cadit causa.

12 Quod si minus petitur iisdem plane modis, cum contrariorum eadem sit ratio, tum sine omni periculo agitur in tantum, vt nec id quod omissum est in intentione, quis amittat, quippe quod iudicis officio ab aduersario præstandum venit, ex constitutione diui Zenonis.

13 Eadem porro ratione si quis iusto errore ductus aliud pro alio intenderit, nihil periclitatur, sed correctioni istius erroris in eodem iudicio locus est.

14 Alio modo distinguuntur actiones, quod aut in solidum simpliciter exercentur, id quod regulare est actionum; aut non.

15 Harum, scil. quæ non præcise ac solidum persequuntur, quædam ita comparatæ sunt, vt iis stricto iure solidum quidem petamus: attamen ex æquitate, non nisi in id tantum quod facere potest reus conuentus, saluis alimentis subsequitur condemnatio.

16 Veluti si mulier aduersus maritum experiatur dotis restituendæ nomine, itemque ex aliis contractibus Dn. Pii constitutione super eo emissæ: Aut contra, maritus aduersus uxorem agat, id quod perinde obseruatur in persona foceri & generi.

17 Similiter si quis aduersus parentem suum patronumve actionem instituat, non amplius consequitur actor, quam facere potest reus: idemque est, si aduersus focium iudicio societatis agatur: Item aduersus donatorem in id quod ex donationis contractu nobis debetur, vbi amplius tamen id est, quod etiam æs alienum deducitur.

18 Sic quoque cum eo, qui bonis suis semel cessit, si experiatur quis ex antiquis creditoribus ultra id, quod facere potest, condemnandus minime est. Idem etiam obtinet in milite armato, eoque qui paterna hereditate abstinent, de eo quod sub patria potestate contractum est.

19 Quædam rursus istiusmodi sunt, ut ne quidem ab initio in solidum simpliciter concipiantur, puta de peculio, quia persequimur à patre vel domino, quod nobis ex obligatione filii vel serui debetur, quatenus est in peculio, & de in rem verso, de qua inferius plura.

20 Ulterius actiones etiam hoc modo distinguuntur, quod quædam nostro ipsius nomine competant: quædam vero alterius nomine: illuc actiones fere omnes pertinent: huc vero perpaucæ: utpote de peculio, quam paulo ante proposuimus.

21 Item quod iussu, qua experimur aduersus patrem vel dominum de eo, quod ex negotio, ipsorum iussu, cum filio vel seruo gesto nobis debetur.

22 Exercitatoria etiã quæ dirigitur contra exercitatorem ad id quod ex negotio, cum magistro navis vel substituto istius rei gratia cui præpositus est, gesto debetur.

23 Institoria quam ad persequendum, si quid ex negotio cum institore negotiationis terrenæ habito ratione demandatæ provinciæ nobis debetur aduersus proponentem intendimus.

24 Tributoria, qua agimus aduersus patrem vel dominum, quorum in potestate constituti scientibus ipsis negociantes in peculiaribus mercibus earum ratione nobis obligati sunt, ut distributione eius, quod ex merce est inter creditores facta pro rata debiti nobis tribuatur.

25 Quanquam autem ex hoc edicto dominus simul cum extraneis creditoribus vocetur in tributum, tamen hac præ illis fruitur prærogatiua, quod non modo ratione mercis, sed ex quacunque causa constitutum debitum ipsius in computationem veniat, quod secus est in extraneis.

26 De in rem verso, qua à patre vel domino persequimur id quod in rem eorum filius vel seruus ex negotio cum ipsis gesto necessario impenderant.

27 Notandum hic est, id quod peculiariter in persona filii locum habet, ex Scto Macedon. omnem denegari actionem petitionemque; ei, qui mutuas pecunias filio, in sacris adhuc constituto, dedit.

28 Vicissim in serui persona peculiare quid est, nempe quod noxalis detur actio aduersus dominum ex priuato delicto serui commissio ipso ignorante, ut id quod nobis ratione delicti istius debetur soluat, aut seruum noxæ dedat.

29 Est & actio noxalis de pecūde *ex l. 12. tab.* aduersus dominum animalis, contra communem istius generis animantium naturam, pauperiem facientis, competens ei, cuius interest, vt aut æstimationem istius damni præstet, aut animal noxæ dedat.

30 Si autē per animalia nociua, quæ ibi habentur, qua vulgo iter fit, damnum illatum est, præter de pauperie actionem, ex ædilitio etiam edicto actio locum habebit, siquidem libero homini nocitum sit, in id, quod bonum & æquum iudici videbitur; Si autem alii rei in duplum damni dati.

Corollarium. Occasione plus petitionis non incommode quæritur, vtrum etiam reus plus negando incidat in pœnam? vbi nos negatiuam communi calculo receptam defendimus. Ex quo rursus illud quæritur, num tota libelli positio ratione partis falsæ negari possit? Id quod iterum negamus cum Camera Imperiali.

DISPUTATIONIS XLV.

De actionibus strictis & arbitrariis obiectiones
& resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 *Condemnatio in arbitrariis actionibus vnde fiat.*
- 2 *Arbitraria actio datur propter certi loci interesse.*
- 3 *Actiones bonæ fidei cur non ab arbitrio, sed à seipsis denominentur.*
- 4 *Iudicis officium quomodo in actionibus bonæ fidei, strictis, & arbitrariis deservias.*
- 5 *Contractus omnes quæ ratione sint & dicantur bonæ fidei.*
- 6 *Actiones bonæ fidei habent laxiores effectus, quam actiones stricti iuris.*
- 7 *Differentia inter contractus bonæ fidei & stricti iuris.*
- 8 *Dolus in contractibus dupliciter consideratur.*
- 9 *Arbitrariæ actiones habent duas sententias, interlocutoriam & condemnatoriam.*
- 10 *Actio de dolo malo quamvis duret & quare.*
- 11 *Actio de dolo malo quando competat.*
- 12 *Actio de eo quod certo loco ad quid comparata sit.*
- 13 *Sententia iudicis an possit esse certa, cum petitio libelli sit incerta.*
- 14 *Pœna eius qui plus in iudicio petit.*
- 15 *Petens minus in iudicio, quam sibi debetur, non præiudicat sibi quo minus, quod reliquum est, petere possit.*
- 16 *Actor an possit emendare libellum in eodem iudicio.*
- 17 *Exceptio competentia datur contra actiones solidum ipso iure exigentes.*
- 18 *Mulier quomodo aduersus maritum, dotis restituenda nomine agere possit.*
- 19 *Socer quomodo conveniri possit.*

- 20 *Socer mariti non est parentis loco ut socer uxoris.*
 21 *Matrimonio soluto cessat affinitatis vinculum.*
 22 *Pater uxoris an soluto matrimonio privilegium nullum habeat.*
 23 *Agens contra parentem vel patronum suum, non amplius consequitur, quam facere potest.*
 24 *Socius si aduersus socium agat, datur ei exceptio competentia.*
 25 *Competentia privilegium an etiam inter fratres locum habeat.*
 26 *Competentia privilegium locum habet etiam in contractu donationis.*
 27 *Maritus non habet causam lucrativam ex promissione dotis, sed est similis creditori.*
 28 *Actio de peculio non est proprie actio, sed tantum appendix & clausula actionis.*
 29 *Seruus ex contractibus non obligatur.*
 30 *Filius sum. ex omnibus causis ut paterfam. obligatur.*
 31 *Delicta suos tenent auctores.*
 32 *Senatusconsultum Macedonianum quare introductum.*
 33 *Filiis familias noxa dari possunt.*
 34 *Noxa & noxia vocabula an differant.*
 35 *Reus qui plus negat non incidit in penam.*

AD Continuationem & Thesin. 1.2.] In superioribus aliquot disputationibus tractauimus de actionibus bonæ fidei, nunc igitur iusto ordine stricti iuris actiones & arbitrarie sequuntur. An autem illa triplex diuisionis species possit defendi supra satis abunde monstratum fuit. Sed obiicitur, id quod qualitate seu accidente accedit non constituit certam speciem: Talis est arbitraria; fit enim ex stricti iuris actionibus vel bonæ fidei. Ergo non constituit certam speciem. Resp. Cuiac. *hic* affirmat arbitrias esse, in quibus fit condemnatio ex natura actionis, in qua additum est, ut ex bona fide dāntur: In actionibus strictis condemnatio fit ex stricta formula: nec in iis quid venit vel arbitrio iudicis vel ex natura actionis, sed ex stricta ratione contrahentium. Et hoc est id quod Ias. dicit *n. 18. §. praterea, l. si. vbi* affirmat, quod officium iudicis in arbitriis actionibus tantum resideat in persona, & id tantum in pectore iudicis hæret, cōcedere vel nō cōcedere potest illa arbitria, puta interesse propter locum. nā & Zas. §. *praterea*. dicit, actionem arbitriam dari propter certi loci interesse, quia si quis dicit solam Francofurti, & alibi soluit, interesse arbitratu iudex. Et idem Ias. *n. 20.* dicit, actiones bonæ fidei non dici arbitrias, quia in actione bonæ fidei iudicis officium multum potest, ex materia actionis. Vnde non essent adiectione arbitraria, non essent alio adiniculo. Hinc statim quis debitor est in mora, & iuras, quæ mouer iudicem est iam in lucem formata ab ipsa actione. Hinc est, quod actiones bonæ fidei non denominantur ab arbitrio, sed à seipso. Horum *hic* inter alias differentias hanc ponit inter bonæ fidei & arbitr. quod in bonæ fidei iudici iudicetur ex bono & æquo, quia uterque alteri vtro citroque obligatus est; In arbitriis iudicium est de possess. vel obligatione vnius tantum. I. I. Obiicitur à Zas. *hic* id quod etiam supra monui. Actiones bonæ fidei & arbitrias deferui eodem modo & eadem definitione in §. *bona fides*. In quibus ex æquo & bono iurandi libera est facta potestas iudici, vnde propter æqualem potestatem actiones arbitrarie sunt bonæ fidei. Respond. Hoc falsum dicit Zasius, quia arbitrarie non enumerantur inter actiones bonæ fidei, vnde alii dicebant esse tertiam speciem actionum arbitriarum, nec bonæ fidei, nec stricti iuris esse sed hoc etiam falsum esse dicit ipse Zasius in §. *praterea. num. 4. l. si. num.*

Sed Dd. sequuntur gl. & veritatem, quod sint stricti iuris, non bonæ fidei: Sed hic oritur nodus: Cur dormitauit, inquit Zas. Imperat. & nos in dubio reliquit; quod si isdem vsus verbis in aliis. Iohan. Faber in hoc puncto dicebat se malle discere, quam docere, adeo res est obscura. In ea autem sententia manet hic Zas. scil. in actionibus bonæ fidei ¶ iudicis officium mercenarium deferuire actioni secundum suam naturam, & quæ arbitratur, arbitrat ex robore, vi & virtute actionis: Sed in strictis iudic. & arbitrariis aliter se res habet, deferuire in iis iudicis officium non ex natura actionis, sed præter naturam actionis propter aliquem extrinsecum euentum eas fieri arbitrarías, quæ in sententia etiam est D. Welenb. Nos cum Cuiac. & Hottom. triplicem speciem ponimus, prout supra satis fuit explicatum.

Deniq; obiicitur, frustra distingui inter actiones eo modo, & frustra tot festa fieri inter contractus strictos & actiones bonæ fidei, quia omnes contractus sunt bonæ fidei: Ergo & actiones. *l. bonam fidem. C. de oblig. & act. vbi dicitur bonam fidem seruari in contractibus æquum est, & facit l. 1. ff. de part. l. 2. §. hoc interdicti. ff. de precario.* Respond. Hic pulchre est nodus à Bart. tribus verbis explicatus *m. l. c. vni. ex de plus petii.* qui dicit, ¶ quo ad sententiam & intentionem omnes contractus esse bonæ fidei, omnes habere bonam fidem, sed non quo ad titulum actionis, hoc Zas. ita explicat *in d. §. actionum. n. 42.* quod quo ad ipsam substantiam coniunctionis inter partes in omni contractu debeat seruari bona fides, sed quo ad effectus extrinsecos, qui relucent in actionibus esse differentiam, quia ¶ laxiores & effreniores sunt effectus in actionib. bonæ fidei quam in stricti iuris, sicut equus frenatus ac equus effrenatus. Differentia est nota inter contractum bonæ fidei & stricti iuris. In bonæ fidei contractibus, si dolus dat causam contractui, est ipso iure nullus. *l. & eleganter. ff. de dolo malo.* vbi dicitur nullam esse venditionem. Et sciendum duplicem esse dolum, vel ¶ dupliciter eum venire in contractib. interdum dat causam contractui, vt si aliquid decipitur verbis, vt vendat rem, quam non erat venditurus. Hic contractus pro infecto habetur, & ipso iure est nullus. Alius incidit in contractum, vt si aliquis rem venditurus exposuit eam venalem, & postea verbis aut facto eum decipit emptor, vt eo minoris ei venderetur. Hic dolus in contractu bonæ fidei purgatur & emendatur per ipsum contractum; Contractus valet, sed id rescinditur, in quo est laesus: Secus in contractibus stricti iuris, quia siue det causam, siue incidat, semper manet contractus & non annullatur, nec vitium purgatur per contractum, sed competit actio de dolo aduersus partem dolosam, vel datur exceptio doli aduersus eum.

Petrus tamen de Bella Pertica D. Subtilis, & subtiles Vltromontani Galli tenent contrarium, quod etiam in contractib. bonæ fidei siue det causam, siue incidat, nõ annullatur contractus *per l. si dolo. C. de rescind. vendit.* vbi dicitur, qd si venditor dolo est deceptus vt venderet, potest contractum rescindere, sed quod nullum est, non potest rescindi, etsi ibi contractus nullus esset, frustra rescinderetur. Resp. Dd. nostri cum Zas. n. 45. dicunt, quod sicut iste contractus de facto nulliter processit: Ita hoc factum rescinditur, id est, declaratur esse rescissum. sed inquit Zas. hæc est frigida solutio, vnde cõmunis sententia supra posita maneat. Aliæ sunt differentiæ inter action. & contractus bonæ fidei & stricti iuris, de quibus vide Zas. n. 46. cum seqq. Notandum est hic etiam in arbitrariis duas esse ¶ sententias, interlocutoriam & condemnatoriam. Interlocutoria est, quando quis iubetur restituere vel hoc, vel quid aliud, condemnatoria, quando condemnatur si non restituit, id etiam in noxalibus iter obrinet hoc modo. Restitue, si non restitues seruum, liis astimationem sustineas aut seruum noxæ dedas. Hic in condemnatoria est electio, vt alterum eligat §. i. *in ff. de noxal. actio.* Sed facit negotium hic *l. miles. 6. §. decem. ff. de res iudic.* vbi aliter distinguitur,

guitur. Resp. Ad d. §. *decem*. quod attinet, dicitur ibi si quis est condemnatus dare *decem*, vel seruum noxæ dedere in decem teneatur, h. e. non obligatur ex causa iudicati, nisi in decē, quia noxæ dedendi facultas est ex legibus, quod separatur à re iudicati. Aliud autem est, si quis est stipulator decem vel noxæ dedere, tum n. nō potest pro arbitrio decē petere, quia in debitoris nō stipulatoris est electio. l. 10. in fin. ff. de iure dot. Et in stipulatione singula per se veniunt, eaquē singula separatim stipulari possumus, iudicium solius deditiois noxæ est nullum, sed pecuniariam condemnationem sequitur, & ideo iudicari decem agitur, & sensus est, hoc casu decem principaliter sunt iudicari, & ea tantum petam, licet lex mihi permittat seruum noxæ dedere, vide etiam gl. hic.

Ad Thesin 3. 4.] Proponuntur & enumerantur hic aliquæ actiones arbitrarie ante modum explicatæ, de quibus ordine. Et primo proponitur actio de dolo malo, quæ hodie durat per biennium, licet aliæ actiones restitutorie & rescissorie habeant quadriennium. l. 10. *§. l. C. de temp. an integ. rest.* Et ideo breuius habet spaciū hæc, † quia nō est fauorabilis. Nā odia sunt restringēda, fauores ampliandi, e. odia, de reg. iur. in 6. Darurq; hæc de dolo actio, cum quando † aliud remediū, id est, actio non superest, & tamen subesse videtur iusta causa, id quod in l. 1. §. *ait prator. ff. de dolo malo. §. l. 2. C. eod.* id quod iuris est expeditissimi. Sed hic quædam obiciuntur. Primo obicitur l. 1. *C. de dolo malo. & l. si mandatum 59. §. Paulus respondit. fideiussores. ff. mandati.* quæ ll. inter se pugnant. Nam in d. l. 1. dicitur dari eo casu, quando pignora fideiussori venduntur de dolo actionē. in d. l. *si mandatum*, dicitur dari actionem mandati. Respond. Gl. in d. l. *si mandatum* putat dari actionem de dolo, id est, mandari propter dolum, quæ actio est famosa. Sed adhuc videtur ob stare l. *fideiussor 34. ff. de negot. gest.* vbi eo casu datur actio negot. gest. scil. pro rebus alterius contractus; sed pro rebus eiusdem agitur mandati, & actio negot. gestor. pertinet ad sumtus & ad pecuniā impensam. d. l. *ex mandat. §. Paulus*. Secūdo obicitur. l. 7. §. *fin. ff. de in integ. restit.* vbi dicitur posse etiam dari de dolo actionem, quādo aliud remediū superest, quē sensum particula, etiam, vltro importat. Resp. Dicit ICtus restitutione opus esse ex generali clausula, vel eam restitutionē usurpari posse, si fraus interuenit, quamuis tamen etiam ppter fraudem tum actio de dolo cōpetat: postea dicit & quasi, id explicat ICtus dicens: Sed quia famosa est actio de dolo, boni proutis est potius restituere litē, prout ægras postulabit. Et dicit ad actionē de dolo tum demū perueniri, si nullū aliud remediū superest: Hic autē aliud remediū, scil. restitutio prætoris ex æquo & bono vel ex generali clausula; Ergo de dolo actio cesset, secundum nostram sententiam & d. l. 1. §. *ait prator. ff. de dolo malo*. Tertio faciunt hic pro vrgentibus obiectionibus ea quæ in superiore disputatione ad rubr. sunt dicta de actione præscripti. Verb. quæ videtur posse concurrere interdum cū actione doli, quibus ll. omnia ibi abunde & sufficienter est satisfactum, quod hic non repetendum est. Deniq; obicitur valde l. *repeti. §. §. fin. in fin. quib. mod. & usufruct. amitt. cum l. seq.* vbi datur actio vel ex testamento, vel de dolo actio. Ergo datur hæc actio, quādo aliud remediū superest. Resp. Verū est id ibi dici, sed in l. *arbitrio. 18. §. si dominus. ff. de dolo malo*. dicitur eo casu non dari actionem de dolo, sed alias actiones, quam pugnat ll. ita tollit Goueanus lib. 1. *Varior. c. 38. ut dicat*, actionem de dolo dari positū in area ædificio à proprietario, cuius area usufructus erat legatus, non autem exultis ab eo ædibus, quo casu datur actio ex casu l. *Aquilie. l. sed & si proprietario. ff. ad l. Aquil.* Quæ quidem actio re in melius mutata non cōpetit, quare ædificio in area positū, de dolo agitur. Si quidem tradito iam area usufructu, in ea ab herede positū sit ædificium, ante autem usufructus traditionem, ex testamēto actio competit. Neque tamen existimandum est de dolo competere actionem iis casibus, quibus interdictionum quod vi aut clam competit.

Ad Theſin 5.] Agitur hic de actione de eo quod certo loco. Sed obiicitur. *l. heres. 19. §. ſtr. ff. de re iudic.* ubi in loco contractus & domicilij quis poteſt conueniri. Reſpond. Illud eſt de eo, de quo quis conueniri poteſt; hic tantum agitur ꝑ de intereſſe per hanc actionem petendo, facta loci commemoratione, in quo ſolui deberet. Et illud intereſſe arbitrio iudicis æſtimatur, vnde hæc actio arbitraria eſt.

Ad Theſin 6. 7. 8. 9.] Agitur hic de actione arbitr. ad exhibend. in factum, &c. & de Redhibitoria, quæ plana ſunt omnia.

Ad Theſin 10.] Opponitur ei, q̃ in hac theſi dicitur iudici incumbere, vt certam ſerat ſententiam, licet incertum in iudicium ſit de de. & cum, itaq; iud. ſententia ſit cõformis libello: Ergo ꝑ non poteſt eſſe certa, cum petitio libelli ſit incerta. Reſp. Certitudo ſententia & incertitudo petitionis non tollunt conſonantiam ſententiæ & libelli, quia iudex nõ omnino recedit à petitione, nec propterea aliud pronunciat quam in iudicium eſt deductum, & certum tum id efficitur, quod incertum fuit.

Ad Theſin 11.] Qui plus petit, q̃ quatuor modis contingit, re, tẽpore, loco, & cauſa, ꝑ olim tora cadebat cauſa, hodie tantum induciæ duplicantur *§. hodie inſtr. de except. Wel. 14 in §. ſed hac quidem. h. tit. v.* id quod etiam Zangerus *in ſtrat. de except. pag. 169.* affirmat. Et hoc nouiſſimum ius à reſpondente male in hac theſi fuit omiſſum, & mera etiam negligentia in correptione prætermiſſum. Sin autem quantitate vel alio modo plus eſt petitũ, in omneſi quod forte damnum ex hac cauſa ei acciderit cõtra quem plus eſt petitũ, commiſſa triplici condemnatione puniatur, inquit Iuſtin. *in d. §. ſed hac quidem. Welenb. tamẽ addit in l. vn. C. de plus petit.* aliam eſſe pœnã, ſcil. eo caſu, quando qui ampliorẽ pecuniam per dolum & machinationem cautionem exegerit, id quod Pontifex aliter interpretatur *in c. 1. extr. de plus petit.* cuius deſenſio hodie in foro magis obtinet.

Ad Theſin 12. 13.] Minus petitur iisdem plane modis, & tum ꝑ ſine omni periculo agitur, in tantum, vt nec id quod omiſſum eſt in intentione, quis amittat quia qui minus petit, q̃ ei debeat, per hoc non præiudicat ſibi in reliquo, quin etiam reliquum in eodem iudicio petere poſſit. Sed contra hanc differentiã validiſſime pugnat. *l. non poteſt videri. ff. de iudic.* ubi dicitur non poſſe videri in iudicium veniſſe, q̃ poſt iudicium acceptum, id eſt, poſt litis conteſtationem venerit, & hoc eſt quod volunt Impp. *in l. aditæ. C. eod.* ubi dicitur emẽdari poſſe, quod vult perpetui ediſti autoritas. Reſp. Dicunt Dd. q̃ licet nõ habeamus verba ediſti, tamen *in d. l. non poteſt.* contineatur ſententia ediſti. Ecce, inquit Zaſ. *in §. ſi minus,* quam implacabiliter pugnat *d. l. non poteſt,* cum textu noſtro: Gloſſatores in ea re variaverunt. Nam Martinus dicebat textum noſtrum ſpecialiter procedere, & licere ante & poſt litem conteſtatam, vſque ad ſententiam, libellum emendare, cum ex vna actione procedat hæc emendatio, & ſit vna cauſa petendi ex vna radicali obligatione: Quapropter putabar, ſine nouo proceſſu emendari poſſe, & non eſſe diſcedendum à textu noſtro, qui planus & clarus eſt. In contraria eſt ſententia Ioannes Gloſſator gl. noſtra. Bart. & communiter Dd. quod in caſu noſtri textus, actor poſſit emendare ꝑ libellum, addendo maiorem ſummam ante lit. conteſt. poſt lit. conteſt. non poſſit ſine nouo proceſſu & ſine noua inſtantia. Vnde poſſit quidem addere, ſed ex nouo proceſſu, libello, & inſtantia tamen eoram eodem iudice *d. l. non poteſt.* Nec obſtat dici hic in eodem iudicio poſſe emendari, quia gloſſ. exponit in eodem iudicio, id eſt, eoram eodem iudice. Sed hæc expoſitio eſt improvida Zaſio & fatua. Dicis igitur, pro communi opinione, in eodem iudicio, id eſt, cõtrouerſia, vel in eadem lite: Ergo ſtat conſuſio poſſe actorem impune addere quid in eodem iudicio, poſt lit. conteſt. non niſi ex nouo proceſſu, & ex noua inſtantia.

Ad Theſin

Ad Thesin 14. 15.] Actiones distinguuntur etiam vt solidum quædam non præcise exigant: quædam præcise solidum postulent stricta ratione: Ex æquitate tamen non nisi in quantum quis facere potest saluis alimentis, & † datur cõtra has actiones solidum ipso iure exigentes ex prætoris æquitate, exceptio competentia, de qua infra *in rit. de except.* latius & commodius agetur.

Ad Thesin 16. 17. 18.] In hisce thesib. ponuntur exempla illarum personarum, quæ non nisi in quantum quis facere potest conueniri faciunt. Primum est, si mulier † aduersus matrum agat dotis restituendæ nomine. *§. item si de dote h. rit. n.* Hoc tantum innuit Iustin. in *§. item si de dote. h. rit. n.* Obtinere in dote, sed vt Hortom. hic monet, id in aliis etiam contractibus obtinet ex Diui Pij Constitutione, vt etiam *in thess* ponimus, id q̄ constat *ex l. non tantum. 20. ff. de re iudic.* vbi ex aliis contractibus etiam in id quod facere potest, condemnatur maritus. Idem in *l. sunt quedam 16. ff. solut. matrim. l. in condemnatione ff. de reg. iur.* vbi propter reuerentiam, quam vxores debent maritis *l. gn. C. de rei vxor. act.* Secundo, † socer vxoris siue conueniatur manente matrimonio, siue etiam soluto. *l. sicut aut. 21. ff. de rei iud.* Bart. & Zas. *l. pen. ff. de iur. dot.* Socer quoq; mariti constante matrimonio, siue in dolo versetur, siue non, quia non cessat vinculũ & amor affinitatis, vt loquitur Zas. *l. ex diuerso. 17. ff. solut. matrim.* Quinimo & directo eo quod & iustum est, si modo in dolo non fuerit versatus *d. l. 17.* Et socer mariti non est † parentis loco vt vxoris socer. *l. quia. 16. ff. solut. matr.* Et est socer vxoris parentis loco, quia illa in aliã transit familiam, non ita maritus. Deinde socer mariti repetit dotem; socer vxoris petit dotem. Zasius soluit hoc *in l. non tantum. 20. ff. de re iudic.* vbi *l. sicut. 21.* vna explicat & dicit *d. l. sicut. 21. ff. de re iud* locorum etiam habere priuilegium competentiæ, id est, patrem vxoris, vt Gothofred. Socer mariti non gaudet priuilegio constante matrimonio propter vinculum affinitatis indistincte habet pater vxoris priuilegium. Cæterum soluto matrimonio pater vxoris non habet priuilegium, licet quibusdam æquum videatur, & † cessat affinitatis vinculum: Ergo & amas vinculum extinguitur, quæ ratio est pulchra & moralis. *in gl. in verb. succurrendum.*

Sed occurrit terribile contrarium *in l. pen. ff. de iur. dot.* vbi expresse dicitur contra, q̄ manente & soluto matrimon. detur priuilegium patri vxoris, nisi forsan cum genero versatus fuerit in dolo, id est, cum marito filia, quia forte ex dolo promiserat ampliorem dotem, quam stare poterat, & voluit insidiari genero, & confirmatur illa exceptio, scil. nisi sit in dolo *per d. l. ex diuerso. in fin. ff. solut. matr.* vbi dicit ICtus iustum esse subueniri parenti. Hæc ll. dissidentia distubat Dd. & Alex. fere nesciuit, quo se verteret: Ego nõ aliter soluo, quam vt Bart. hic facit, qui dicit hanc legem scil. *l. de re iudic.* moderatam esse iuxta *l. pen. ff. de iur. dot.* vt vna per alteram determinetur. Nam quod hic dicitur, patrem vxoris soluto matrimonio non habere priuilegium, verum est, † si in dolo fuerit versatus cum genero, cuius patrimonio insidiaretur. Quod autem ibi dicit, patrem vxoris habere etiam soluto matrimonio, & *in d. l. ex diuerso.* intelligimur, scil. si in dolo sit versatus. Nam vt *d. l. pen.* dicit, hoc statuendum est ex causa & persona an detur priuilegiũ parenti. Et nouum non est ill. posteriores per priores determinari & e contra. *l. non est nouum. ff. de ll.* Duaren. *in d. l. ex diuerso.* dicit, quando socer ex promissione dotis conuenitur. Paulus dicit iustum esse vt idem honor ei tribuatur. Contrarius sibi Paul. est *in l. sicut. ff. de re iudic.* quæ pugnantiã nõ sunt, nec sunt contraria plus minus dicere, vnde iis nemo turbetur. Et male cõsecutæ sunt hi cõtiones à Triboniano, vnde oritur hæc *art. 2. c. 1.* Coniungemus igitur, inquit Duaren. hæc duo capita, ita vt ex iis vnum fiat. h. m. Neratius & Proculus scribant hoc iustum esse, sed alio iure vtimur, vt Neratius scribit: Pompon. explicat, scil. soluto matrim. est exceptio, & quod deest vni loco, ex altero suppleatur, id quod etiam æquitas suadet.

Tertio, non amplius consequitur actor, quam facere potest reus, si quis aduersus patrem suum vel patronum actionem instituat, quia persona parentis & patroni semper videri debet sancta & honesta filio & liberto. *l. liberto. ff. de obseq. parent. & pa. prastit.* Dicit autem Zas. *in § sed etsi quis. n. 11* id intelligi de liberis emancipatis, quia inter patrem & filium in potestate existente nulla lis esse potest. *l. lis nulla. ff. de iud.* nisi in peculio castrensi vel q. quemadmodum id etiam supra est explicatum. Quarto, exceptio cōpetentię locum habet, si aduersus ꝑ socium iudicio societatis agatur. *d. §. sed etsi quis. h. tit. n.* ita generaliter Imp. Justin. hic loquitur. Sed directo opponitur *l. 16. & l. 2. §. fin. ff. de re iud.* vbi ex professio dicitur contrarium ex sententia Sabini, vbi socius omnium bonorum hoc privilegium habet, cum tamen in *l. verum. 63. in pr. ff. pro socio* dicatur, summam rationem habere, ut etiam socij vnus rei vel negociationis id beneficiū vel exceptionē cōpetentię habeat, idq. ꝑpter ius fraternitatis. Resp. Glossa dicit *d. l. 16.* ita esse intelligendā, quasi sit addita partic. *maxime*, q. tamē non extat in textu: Et *§. sed etsi quis. h. tit. n.* loquitur generaliter de socio, q. habeat hoc beneficium, nec distinguitur an sit vniuersorum bonorum vel certę negociationis. Zas. in *d. l. 16.* dicit vnum textum nigrum; alterum album dicere, & vocem; *maxime*, contrarium casum implicare, dictio implicata, quemadmodum & dictio, *potissimum*. Aliæ duæ glossæ solutiones, inquit Zas. nihil valēt. Iason dicit supplere ita particulam, esse miserorū refugium, vbi nihil Ictus supplet. Bart. dicit aliā l. per aliam declarari, limitari, reperari. Retinet Bart. solut. Zasj, sed inquit, ꝑ declaratur. Ergo dicit socios omnium bonorum habere hoc privilegium in omnib. contractib. *d. l. 16. h. tit. n.* Si vero non omnium bonorum, sed certę negociationis sunt, in ea privilegium habeant *d. l. 63.* in aliis contractibus non habeant privilegium. Hæc inquit Zas. est arguta & pulchra solutio. Wesenb. in *d. §. sed etsi quis.* dicit de socio vniuersorum bonorum id esse indubitatum, sed ex æquo & bono ad certā rei negociationem protractum propter ius fraternitatis. Horrorem etiam ibid. dicit hæc; mihi acerbum & durum videtur, q. dicitur in *l. sunt qui. 16. ff. de re iud.* de socio omnium bonorū propter ius necessitudinis, q. æquitate suadet. *l. sed hoc. 22. ff. de re iud.* vbi causa cognita se facturum prætor edicit, & *d. l. verum.* Atq; ita etiam Duaren. in *d. l. 16.* soluit. Sed quaeritur hac occasione, an etiam inter ꝑ fratres hoc privilegiū locum habeat? Et videtur dicendum q. sic, propter necessitudinē & coniunctionem fraternam, & id multo magis in fratribus, quia ꝑpter q. vnumquodq. tale est, illud magis tale est. Hoc ꝑpter ius fraternitatis socij etiam vnus negociationis certæ id privilegium habent. Hic Duaren. in *d. l. 16.* habet, vbi addit, aliquos putare iuter omnes Christianos non posse solidum peti, cum omnes sint fratres, idem etiam hic Wesenb. sentit. Myus. etiam *§. sed etsi quis. n. 6.* dicit, quis vellet de fratribus dubitare, si hoc in focis procedit: Sed Zas. dicit hic n. 3. & in *d. l. 16.* contrariū, propterea quod certæ personæ hic referantur, inter quas fratres non sunt, & erubescere nos sine lege loqui, & dicit, quamuis Faber malleo suo contrarium curat, id quod etiā Wesenb. & Duaren. faciunt, tamen ego æquius id esse puto. Quinto, si aduersus donatorem ago in id, q. ex ꝑ donationis contractu nobis debetur, *l. d. §. sed etsi quis. h. tit. n.* habet scil. locum hoc privilegium. Pugnant inter se valde *l. Nefernius. 41. ff. de re iud. in verb. Heres donator is in solidum condemnatur, & in l. si extraneus*, vbi dicitur parcendum esse marito, id est, nō ei imputandum, si maritus qui donauit aut donare promissit, non præcipit aut ad solutionē, quemq. in id quod facere posset cōdemnauerat, si conuenisset: Ergo non in solidū. Resp. In hisce ll. conciliadis plurimum laborant Interpp. Cuiac. in *lib. 12. obs. c. 17.* putat dicendū, multum interesse an debitor mulieris dorem promiserit, an is qui mulieri donare volebat: Nam quod illi debitor mulieris promissit, periculo est viri: Quod autem alius, scil. donatus promissit, periculo est mulieris, & quidem in *d. l. si extraneus*, igitur in id quod facere

potest, donator concipiendi debet à marito, quia pro vxore cui donare volebat, marito promissit dotem, vnde non in solidum condemnatur, *in d. l. vero. Nefennius.* in solidum conuenitur, quia extraneus est marito, cui etiam noluit donare, sed mulieri, & maritus dotem de eo stipulando suum negotium gessit, *l. qui id quod. §. s. ff. de donat.* Et hoc vtiq; si constat matrimonium maritus agat in solidum. Nec enim dabitur extraneo promissori, exceptio in eo, quod facere potest, non soluto matrimonio. Mulier autem in superiori casu nihil marito potest imputare, quia mulier cum non amplius cōuenire potuisset, nisi in id, q̄ interest. Hac excusatione igitur vti potest maritus erga mulierem: peperci ei, cui tu debuisses parere, quiq; erga te fuit munificus. Quod igitur dicitur *in d. l. si extraneus.* condemnauerat scilicet quem condemnauerat vxori ipsa. Duaren. *in d. l. Nefennius.* fere idem dicit, scilicet in specie Pauli contemplatione, mulieris esse factum, quod mulieri donare volebat ei parci. Zaf. *in d. l. Nefennius.* dicit, quod is qui vult donare vxori, si iussu eius promittat marito, non tamen potest habere priuilegiū, quia maritus est similis creditori, & habet titulum onerosum, quod ad practicam est notandum, & æquiparatur creditori vel etiam emtori. *in l. fin. §. si à socio. ff. de his qua in fraud. cred. l. ex promissione. ff. de act. vbi dicitur ex promissione dotis si maritus non habet causam lucrativam, sed similis est creditori vel emtori.* Sed inquit Zaf. obiicitur *l. si extraneo. ff. de iur. dotal.* vbi deciditur contrarium, quod ij qui ex liberalitate conueniuntur, in id quod facere possunt, conueniantur. Zaf. inquit, gl. frigide soluit vt solet, quādo ad sunt cōtraria difficilia. Alij dicūt q̄ vnus textus loquatur cōstante matrimonio: alter quando est solutum, id q̄ nihil est, quia tex. *in d. l. Nefennius,* dicit: maxime soluto matrimonio Casum igitur alterū implicat & soluit ita *in l. si extraneus.* donator non mulieri, sed ipsi marito donauerat, vel donari promiserat contemplatione tamen mulieris: Et sic prima promissio facta marito, radicata fuit in eo, & hoc saepe fit vt fauore mariti promittatur dos ipsi marito, sed in profectum vxoris. facit pro solut. *l. Titio centum. §. Titio genero ff. de condit. & demonstr.* vbi quando Titio legantur 100. in testamento vt habeat dotem pro vxore, licet ista 100. pertineant aliquando ad vxorem, tamen censentur legata Titio. Quam tamen solutionem non putant tutam. Iason aliter soluit, q̄ in casu *d. l. Nefennius.* donator vel promissor donationis volebat mulieri donare dotem, vt dicit textus, & iussu eius promissit marito, vnde merito perdit priuilegium, cum iam sit noua promissio: At *in d. l. si extraneus.* nihil dicitur de delegatione facta per mulierem in personam mariti, sed tantum dicitur, si extraneus dotem promissit, ibi fuit promissio data mulieri, & non marito ex vlla delegatione: vnde si maritus exigat dotem, non potest nisi ex persona vxoris agere; ex propria promissione agere non potest, si quidem ei nihil erat promissum. Merito igitur donator ibi vitur priuilegio contra maritum nomine vxoris agentem; Ista solutio est amica textui & vera. Ergo si aperiāmus oculos, non sunt contrariæ leges. Insto. Sed opponitur rursus. *l. si prior. 32. ff. soluto matrimonio.* vbi prior maritus accepit dotem à muliere, & facto diuortio, quod eo tempore licebat, mulier nupsit secundo marito & delegauit priorem maritum posteriori, qui prior maritus posteriori promissit, se id quod ex causa dotis deberet, daturum, deciditur ibi, quod prior maritus vitur priuilegio contra posteriorem in soluenda dote, id est, deducet alimenta. Respond. Difficile est contrariū. Cōmuniter Dd. post gl. solvunt, quod ibi prior maritus non promissit certam quantitatem posteriori, sed specialiter promissit, quod ex causa dotis deberet, & hic intelligitur promississe id q̄ cum effectu ex dote exigī poterat. Sed mulier si exegisset, non poterat exigere totum propter exceptionem deducendi alimenta: Igitur posterior maritus, cui promittitur debitum ex causa dotis non potest exigere nisi id quod cum effectu debetur: Secus esset si prior maritus ex delegatione promississet posteriori certam quantitatem puta centum

Foren. vel aliam summam, tunc enim non utetur priuilegio, cum causam dotis non nominasset, ita textus in *d. l. Nefennius*, procedit, quia hic promissor, qui donare volebat mulieri delegatus marito certam quantitatem promissit, nec adiecit, quod causa dotis promitteret. Et hæc est communis, ut inquit Zas. & ab omnibus recepta solutio, ut & Duaren. in *d. l. Nefennius*, eam amplectitur, quod in huiusmodi delegationibus, eum alter alteri delegatus promittit, multum referat, qualiter fiat promissio, si promittitur certa quantitas, non dabitur exceptio ei qui delegatus est: Si autem tertius id quod Titius ex aliqua causa debet, tibi promittat, tunc saluæ sunt exceptiones promittenti. Bart. etiam sequitur. Insto contra datam solutionem ex *l. pure. §. penult. ff. de doli except.* ubi si is qui debebat, delegatur tertio, ibi distinguitur, an qui tertio promittit ex lucratua vel onerosa causa promittat, si promittit, qui præterdit causam lucratiuam scilicet donationem, habet exceptionem doli quibuscunque verbis promittat, nec distinguitur: Si autem is, cui promittitur, habet causam onerosam, quod sit creditor delegantis, tunc delegatus qui credidit se debere, cum non deberet, non utetur exceptione doli, quia creditor accepit quod suum est. Respond. Zasius putat hic similiter non curari quibus modis verba fiant, unde dicit, distinguendum etiam hic, an sit ex causa lucratua vel onerosa, quia ibi est eadem qualitas obligationis, & licet alia sit persona, eadem tamen est actio, nempe super dote, quibuscunque verbis promittat prior maritus posteriori. Dos tamen quæ recepta est, promittitur, & non oritur noua obligatio. Unde dicit priorem communem solutionem non videri veram. Denique enumerantur in *tit. 18.* etiam aliquæ personæ, quæ gaudent hoc priuilegio, id quod planum est.

Ad Thesin 19. vsque ad thes. 26.] Agitur in hisce thesibus de alia diuisionis parte, scil. de actionibus quæ non in solidum ab initio in aliquem dantur. Est actio de peculio, de qua supra actum satis fuit, quæ proprie ¶ non est actio seu formula per se constans, 28 sed adiectio, appendix seu clausula actionis. Oldend. *ut. 3. clas. 4. n. 2.* & Myns. *hic.* Deinde quædam actiones nostro nomine, quædam alieno nomine competunt, *tot tit. 7. quod cum eo, §. 3.* Moneatur autem hoc, hic ex Hottom. dici in *h. tit.* Eadem fere iura seruari in personis, quæ nostro iuri sunt subiectæ. Vitur particula, *Fere*, quia ¶ seruus ex contractu. nō 29 obligatur, *l. obligari, 43. ff. de oblig. & act.* Filiusfam. ex omnibus causis ¶ ut paterfam. obligatur, & ob id cum eo agi, ut cum patrefamil. potest. *l. filius, 39. ff. eod.* Obstat totus titulus. *C. ne filius pro patre, vel pater pro filio;* Ergo falsum est quod hic proponitur. Respond. Wesenb. in *rubr. n. 3.* id de emancipatis intelligi vult, ut & in *rubr.* illa vox est, scil. quando est dissoluta patria potestas. Nam qui adhuc sunt in potestate fictione iuris pro eadem persona habentur. *l. vlt. C. de impub. & alius subsist.* In contrariis igitur eadem est vtiusq; vox & obligatio. §. *quod si sup. de inutil. stipulat.* unde non mirum alterum ex alterius contractu posse conueniri. Non tamen ex delicto alter pro altero, quia ¶ delicta suos tenent auctores. 31 *l. crimen, 26. ff. de pen. l. sancimus C. eod.* Exercitoria actionis summa Reipubl. utilitas est in nauium exercitatione. Sed reliquæ actiones sunt planæ & aliunde petendæ.

Ad Thesin 27. 28.] Agitur hic de Scto Macedon. quod ¶ propter nefandas machinationes Macedonis vsurari est introductum. Notandum in *§. vlt. h. tit.* dici in liberis personis, id est, filiisfamil. non licere hos remouere hominum conuersione: nam cum eos interficere liceret. *l. in suis. v. ff. de suis & legitim.* non mirum etiam, si etiã nox ¶ dedantur. 33 Sed obicitur *l. vlt. C. de patr. potestat.* ubi Constantinus scribit iure Romano non licuisse patribus libertatem suis liberis eripere. Noxæ autem deditio libertatem eripiebat. Resp; Hottom. *ibid.* legem vel ipsum filium admisse sibi libertatem non patrem.

34 *Ad Theſin 29. 30.]* Agitur hic de noxalibus actionibus: † Noxæ nomine autorem maleficij; noxæ maleficium ipſum intelligitur. Quod torum, inquit Hortom. falſum eſt & nugatorium, & ab animali latinæ linguæ imperitiſſimo conſectum Triboniano. Corrigit autem textum, ut pro noxæ legatur noxa. Dicitur autem noxa caput ſequitur, id eſt, obligatio ab initio contracta caput nocentis ſequitur. Monet autem Hortom. *lib. 1. obſer. & hic.* locum fuiſſe conturbatum, quæ noſtra, inquit Hortom. ſententia eruditis, cuique probatur, nec dubitamus omnibus libris & Triboniani autoritati anteponere veritatem, neq; tamen *l. 12. tabul.* verba requirere neceſſe eſt. Nam vox, *ita*, quæ non nullos poſſet turbare, ad ſuperiorem verſum, qui legis ſententiam indicabat, refertur, ut ſit, *ita lex ſcripta eſt, & modo ſignificatur*, & apparet Theophili diligentia, qui errorem ita manifeſtum Triboniani tamen autoritate permotus inſecutus eſt.

35 *Ad Corollarium.]* Affirmamus reum qui plus negat, † non incidere in pœnam. Cui videtur obſtare tale argumentum. Qui plus affirmat, pœna dignus eſt; Ergo à contrario ſenſu etiam iſ qui plus negat. Reſpond. Diverſitatis magna eſt ratio, quia qui plus affirmat, punitur; plus enim petit: Si autem reus plus negat, ſibi quaſi damno eſt. Et volenti nō fit iniuria. *c. ſcienti. de reg. iur. in 6.* Affirmatione autem lucrum ex eo quærere cupit, qui plus petit, & inſiciatione pœna creſcit. *Et tantum de 43. diſputat.*

DISPUTATIO XLVI.

De iis, per quas agere liceat. De ſatiſdationibus, & de perpet. & temp. actione.

CONTINUATIO.

Cum hæcenus de variis actionum, (ita enim Iuſtin. ipſe actionum formas appellat, in §. ſed iſtæ, ſupr. de action.) exemplis, quibus debitor ſuo vel alieno nomine conveniri poteſt, actum ſit, commode nunc annectitur, per quas perſonas agi & actiones exerceri poſſint.

Positio 1. Agere quis poteſt ſuo nomine vel alieno. §. 1. *h. tit. n. tot. tit. ff. de procurat.*

2. Alieno nomine, velut procuratorio, tutorio, curatorio. d. §. 1. *h. tit. n.*

3. Quod quidem non licebat olim fieri, niſi pro populo, pro libertate, pro tutela: & ex l. hoſtilia permiſſum erat eorum nomine furti agere, qui apud hoſtes eſſent, vel Reipubl. cauſa abeſſent, quive in alicuius tutela eſſent. d. §. 1. *h. tit. n.*

4. Sed quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere neq; excipere actionem licebat, ceperunt homines per procuratorem litigare. §. *ſed quia. h. tit. n.*

5. Nam ſæpe ætas, morbus, neceſſaria peregrinatio, & multæ cauſæ hominibus ſunt impedimento, quo minus ipſi rem ſuam exequi poſſint. d. §. *ſed quia verſus nam & morib. h. tit. n. arg. l. 1. ff. de neg. geſt. l. 1. §. vſus autem procuratoris. ff. de procurat.*

6 Procurator autem neque certis verbis neque presente semper aduersario, imo plerunque eo ignorante constituitur. §. *procurator. h. tit. num.*

7 Et quidem omnium rerum, vel vnius rei, coram vel per nuncium, vel per epistolam d. l. 1. §. *procurator. h. tit. n.*

8 Inuitus procurator dari non solet. l. *filiosfam. §. inuitus. ff. de procuratorib.*

9 Nemo quoque lege, alieno nomine agere potest. l. *nemo. 123. in princ. ff. de regul. iur.*

10 Cum autem defensor rei alienæ nemo esse possit idoneus sine satisfatione. §. *tutores h. tit. n. l. vn. C. de satisfando.* congruo loco etiam hic de satisfationibus agitur.

11 Satisfatio est cautio pro eo, quod à nobis petitur vel debetur, quæ fit datis fideiussoribus vel pignoribus l. 1. in fin. ff. *qui satisfacere cog. cuncta. l. promissor. 21. §. ult. ff. de constit. pecun. Wesenb. hic in princ.*

12 Huius alius modus antiquitati placuit id quod nunc aliter obseruatur. Nam siue quis actione in rem, siue in personam conueniatur, nullam satisfationem pro litis æstimatione dare compellitur, sed pro sua persona, quod in iudicio permaneat ad terminum litis, vel committitur suæ promissioni cum iureiurando, vel nudam promissionem dare compellitur. §. *sed hodie h. tit. n. tot. tit. ff. eod.*

13 Hodie etiam actor satisfacit, se intra duos menses à tempore porrecti libelli litem contestaturum, in iudicio ad finem permanfurum, & si succumbit, expensas soluturum. *Nov. de executor. 96. c. 1. Auth. libellum. C. de lit. contest. Sed & ad 30. solidos in iudicio sistit, Auth. libellum.*

14 Si autem per procuratorem lis vel infertur vel suscipitur in actoris quidem persona, si non mandatum actis est insinuatum, vel præsens dominus in iudicio procuratoris sui personam confirmauerit, ratam rem dominum habiturum, satisfationem procurator dare compellitur. §. *sin autem h. tit. tot. tit. ff. rem ratam haberi.*

15 Cum vero quis conuenitur, si quidem præsens procuratorem dare paratus est, potest vel ipse in iudicium venire & sui procuratoris per iudicatum, solui satisfationem solenni stipulatione firmare, vel extra iudicium satisfationem exponere. §. *si vero. h. tit. tot. tit. ff. iudicat. solui.*

16 Quod si forte reus præsto non est, ex quacunque causa, & alius vellet eius defensionem subire, potest hoc facere nulla in actionibus differentia constituta, ita tamen vt satisfationem, iudicatum solui, pro æstimatione præstet. §. *si vero. h. tit. n.*

17 Vt tamen controuersiarum tandem sit finis, salubriter constitutum est, vt actiones certo tempore terminentur.

18 Et quidem generaliter actiones reales rei mobilis vsucapione triennii: immobilis inter præsentēs 10. inter absentes 20. annis. Personales rei persecutoriæ 30. vel 40. annis. *l. vn. C. de vsucap. transform. l. 3. sicut in pr. C. de præscript. 30. vel 40. ann. l. 1. C. de annal. except.* Pœnales prætorix, excepta furti manifesti actione, anno perficiuntur. *§. 1. de perpet. & tempor. act. l. in honorariis. ff. de ob. & act.*

19 Ex maleficiis pœnales actiones, in heredes rei non competunt, nisi lite cum defuncto contestata. *§. aliquin tamen. h. tit. l. vn. C. ex delict. defunct. vel si quid ad eos peruenit l. cum anno. 52. ff. de rei vind.* quamvis heredibus dentur, excepta iniuriarum actione, & si qua similis actio inuenitur *l. pupillum. §. vult. ff. de reg. iur. §. non autem. h. tit. n.*

20 Deniq; officio iudicis est absoluendus is, qui ante sententiam satisfecit actori, licet in ea causa esset, lite contestata, vt damnari deberet. *§. fin. h. t. n.*

Corollarium. Procuratorem ad crimen iudicii publici persequendam frustra interuenire, multoque magis ad defendendum Papinianum recte pronunciasse credimus. *l. accusatore. 13. §. ad crimen. ff. de publ. iudic.*

Quæstio: An petitio hereditatis 30. annorum circulo finiatur, *d. l. sicut 3. in pr. C. de præscript. 30. vel 40. annorum.*

DISPUTATIONIS XLVI.

De iis per quos agere liceat, itemque de satisfactionibus,
& perpet. temporalibus actionibus obiectiones
& resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 Procuratorio nomine an & quando olim agere licuerit.
- 2 Libertas communis est, & omnibus rebus fauorabilior.
- 3 Procuratorio nomine cur agere homines inceperint.
- 4 Nomine alieno an simpliciter quis agere non possit.
- 5 Actiones legis, & actus legitimi non differunt.
- 6 Actus legitimi per alium non possunt expediri.
- 7 Actus legitimi qui sint.
- 8 Cause in Camera iudicio nullæ agi possunt sine ministerio forensium procuratorum.
- 9 Procurator quomodo constituatur.
- 10 Procurator an cogi possit vt defendat.
- 11 Procurator reconuentus cogitur eum defendere, cuius nomine agit.
- 12 Procurator rei aliena nemo esse potest sine satisfactione.
- 13 Satisfactionis finis quis sit.
- 14 Satisfactio quid sit.
- 15 Satisfactio quod modis fiat.
- 16 Cautiones iudiciales quot sint.

- 17 *Satisfactio an etiam nuda promissione fieri possit.*
- 18 *Cautionem iuratoriam qui prestare soleant.*
- 19 *Cautio securitatis vel salus conductus quid sit.*
- 20 *Cautio qualis à reo requiratur in adiutoribus realibus.*
- 21 *Arrestum quando locum habeat.*
- 22 *Reus qui carceribus releuatur iuramentum prestare cogitur.*
- 23 *Cautio de non offendendo quando exigetur.*
- 24 *Alior qualem prestare soleat satisfactionem.*
- 25 *Procurator quando cogatur satisfactionem prestare, quod dominus rem ratam sit habebiturus.*
- 26 *Reus non satisfaciens ubi defensor eius prestat satisfactionem, iudicatum solui.*
- 27 *Actiones reales quanto temporis spacio finiantur.*
- 28 *Pratoria actiones cur annua facta sint.*
- 29 *Hypothecaria actio 30. annis finitur.*
- 30 *Penales ex maleficiis actiones an & quando in heredem competant.*
- 31 *Lucra iniusta heredibus merito extorquentur.*
- 32 *Heres quomodo teneatur ex dolo defuncti.*
- 33 *Actio depositi non conceditur in heredem ad quem nihil peruenit.*
- 34 *Penalia iudicia publica an ad heredem transeant defuncto reo.*
- 35 *Crimen fidei pacis non transit in heredem.*
- 36 *Officio iudicis absoluendus est is, qui ante sententiam satisfacit actori.*
- 37 *Creditore inuito an quis absolutus possit.*
- 38 *Solutionem particularum creditor admittere non tenetur.*
- 39 *Procurator an ad crimina publici iudicii persequenda admittatur.*
- 40 *Defensio an in capitalibus sit concessa.*
- 41 *Appellare licet cuiuslibet pro eo qui ducitur ad supplicium.*
- 42 *Hereditatis petitio an finiatur 30. annorum circulo.*

AD Continuationem & thesin. 1. 2. 3. 4. 5. 9. De variis actionum exemplis, hoc est actionum speciebus cum haecenus actum sit: commode nunc annectitur, per quos nam agi possit hoc est, per quas actiones exerceri possint. Potest autem quis agere vel suo vel alieno nomine, puta procuratorio, † quod olim non licebat fieri, propterea quod actiones erant solennes. l. 2. §. his legibus ff. de orig. iuris. l. 12. C. de formul. & imp. subl. excepto tantum eo, quando pro populo agebatur, ut quando Syndicus agebat l. 1. & tot. tit. ff. quod cuiusq. vniuersi. nom. seu quando pro iure publ. agebatur, cuius nomine popularem esse actionem publice interest. l. 2. §. hoc interdicitur ff. ne quid in loco publ. l. 1. §. deinde ff. de via publica. l. si quis. 10. C. de epis. & cleric. vel etiam si pro libertate agebatur. Libertas enim † communis est. l. 4. ff. de iust. & iur. & omnibus rebus est fauorabilior. l. libertas. ff. de reg. iur. vnde & actio pro libertate omnibus conceditur. l. 1. 2. 3. ff. de liber. caus. l. 1. §. 2. C. de assert. tollend. vel quando agebatur pro tutela, quo nomine etiam pro infantibus licet agere, qui alias postulare prohibentur. l. 1. circa fin. ff. de postul. vel deniq; licitum erat agere ex L. Hostilia eorum nomine, qui apud hostes essent vel Reipubl. causa absentes, quive in eorum qui agerent tutela essent, d. §. 1. h. tit. n. Nam Reipubl. interest, eorum res à quouis defendi. l. seruus. 33. §. publice ff. de procurat. Haec autem res, quia non minimam habebat incommoditatem, quod alieno nomine non liceret nec agere nec excipere actionem, ceperunt homines † per procuratorem generaliter litigare, cum saepe iustae causae, morbus, aetas, vel alia impediant, quo minus quis ipse suis rebus possit superesse.

Sed nunc obiicitur *l. nemo alieno. ff. de reg. iur.* vbi dicitur adhuc neminem alieno nomine agere posse: Ergo falsum est, quod dicimus omnes procuratores esse posse in re aliena. Respond. Maioris explicationis gratia totam illam legem in thesi 9. ponimus, eamque ibi explicamus, dicendo quod neminem alienatione agere posse, non simpliciter sed addita particula, lege, quam vocem agnoscit Florentina lectio, à qua non recedimus, cum totam rem explicet. Vnde & Weseub. §. 1. *h. tit.* dicit actiones legis non expediri per procuratorem, nec differunt actiones legis & actus legitimi. Cuiac. *lib. 15. obf. c. 16.* Quamvis Hotoman. repugnat *illustr. quæst. 32. l. 3. ff. de offic. proconsul.* Nam nemo alieno nomine lege agere potest, hoc est in legitimis actibus nemo alieno nomine agere potest, quia hi actus per alios non possunt expediri. Sunt autem quæ legitimi actus, acceptilatio, adoptio, emancipatio, hereditatis aditio, serui optio, datio tutoris. *l. actus legitimi 24. ff. de reg. iur.* Id quod adeo est verum, ut nec iussu domini procurator aliquis acceptum ferre possit, id quod constat ex *l. per. ff. de acceptilatis*, quæ tamen lex proprie de seruo loquitur, sed tamen optime ad procuratorem applicari potest. Sed directo data explanationi obiicitur *l. 3. ff. de acceptilatis* vbi dicit Paulus Ictus per procuratorem nec liberare nec liberari aliquem posse acceptilatione sine mandato. Ecce his verbis: *Sine mandato*: à contrario sensu iudicatur procuratorem posse acceptum ferre, si mandatum habeat. Resp. Hotom. in *illustr. quæst. 32.* putat illa verba; *sine mandato*: esse falso posita pro *sine nouatione* scilicet, ea solutio nobis sufficiat. Manet igitur verum hodie generaliter per procuratorem agi posse, licet id in legitimis actibus fallat: Imo hodie in Camera supremo iudicio nullæ penitus causæ agi possunt sine ministerio forensium procuratorum, quorum semper 24. iurati existunt. *Mynd. hic num. 4.*

9 *Ad Thef. 6. 7.]* Procurator non nudis verbis constituitur Paul. *lib. 1. sent.* Ignorante perituncque aduersario & quidem omnium rerum, vel vnius rei coram vel per nuncium, vel per epistolam, id quod dubitationem non admittit.

Ad Thef. 8.] Affirmatur inuitum procuratorem dari non solere, id quod habetur in *l. filiusfam. 8. §. inuitus. ff. de procurator.* Sic non potest cogi defendere, sed ob rem non defensam potest cogi ex stipulatu. *l. non cogendum 45. in princ. ff. de procurat.* Cui expresse refragatur *d. l. filiusfam. §. Slt. ff. eodem.* vbi dicitur quod compelli possit. Resp. Solutio aliquo dummodo ex textu colligi potest, scilicet si dominus procuratorem sciente & consentiente cavit iudicatum solui, tum est locus edicto prætoris, quo districte cogitur procurator defendere, quia consensit: Si autem non promisit procurator iudicatum solui, non cogitur defendere, sed tenetur in id, quod interest actoris, quem admodum etiam *Mynd. in §. procurator. n. 12. h. tit.* id ita explicat: Deinde oppono *l. sed et hæ. 35. §. Slt. ff. eod.* vbi dicitur procuratorem compelli ad iudicium accipiendum, nec sufficere, quod ob rem non defensam committatur stipulatio iudicatum solui. Respond. Distinguendum est inter procuratorem rei, qui conuenitur ab actore & inter procuratorem actoris, qui inuicem conuenitur. Procurator rei, qui cavit iudicatum solui, non cogitur districte defendere sed tenetur ex stipulatione in id quod interest: Alia est ratio proscutoris re conueniendi, quia re conuentus omnino cogitur eum defendere, cuius nomine agit. Et hæc solutio satis potest ex *l. si defunctus 15. in pr. ff. de procur.* vbi dicitur aliquando agendum procuratorem iudicium accipere, id autem speciale est, quod etiam particula, *Aliquando*, satis ostendit.

2 *Ad Thef. 10. 11.]* Procurator seu defensor rei alienæ nemo esse potest sine satisdatione, unde de satisdatione tractatio commode subiicitur, cuius finis est, ne iudicium fiat frustra.

frustratorium & inane *l. si prator. ff. de iudic.* & secuta sit res eius, cuius causa agitur, *l. i. verb. securum facinus ff. eodem.* Maranth. *de satisfact. n. 2.* Et satisfacere est satis præstare *l. trib. 8. ff. de usufruct. earum rer.* Et hic de civili agimus non criminali. *l. 13. Cbi Bart. ff. de custod. reor. Chil. cap. 47.* Et est ¶ satisfactio cautio, hoc est actus iudicialis, *Specul. C. Maranth. 14* pro eo quod à nobis petitur, vel deberur, quæ sit daris ¶ fideiussores vel pignobus. *15 l. i. in fin. ff. qui satisfact. cog.* Cui opponitur *l. i. in fine. ff. qui satisfact. cog.* ubi dicitur caucri tantum fideiussores. Ergo non pignobus. Respond. *in tot. tit. ff. qui satisfact. cog.* agitur tantum de cautione iudicio fisti, quod fiebat tantum per fideiussores, vnde illa lex pignorum non potest meminisse. Cum autem hic generaliter de satisfactione agitur, oportuit nos etiam generalem, ponere definitionem, quæ competat omnibus iudicialibus cautionibus, quarum sunt ¶ res præcipuæ: iudicio fisti: Rem ratam haberi: *16 & indicatum solui.* Wesenbec. *num. 151.* Fideiussores autem requirebantur in iudicialibus, licet non in conuentionalibus, Wesenbec. *in supplem. ad Schneidw. l. 1. §. inter. ff. de collat. bon. l. 2. quorum bonorum.* Pignoris etiam esse satisfactionem satis ostendit. *l. promissor 21 §. 1. ff. de constit. pecun.* quæ species hic etiam est afferenda. Deinde oppono non tantum hæc duas esse species satisfactionis, sed etiam fieri eam iuramento vel nuda promissione, vt *in thes. 12.* affirmatur. Respondeo. Proprie satisfactio fit fideiussores vel pignobus. Wesenbec. *in supplem. num. 4.* Interdum etiam ¶ nuda promissione ma- *17*gis improprie, quando quis possidet immobilia. *l. sciendum. 15. ff. qui satisfact. cog.* deinde præstant ¶ iuratoriam cautionem, qui aliam præstare nequeunt. *l. §. 1. omnes. C. de assert. 18* *roll. Auth. Si nulli. C. de iudic. Chil. cap. 46.* Mynsing. *observat. 11. cent. 2.* Idem vixi classissimi. *l. in sacris. C. de proxen.* Item Oeconomi & Clerici. *l. cum clericus. 25. C. de episc. & cleric. cap. 1. ex de iuramen. calum.* Etiam si teneant mobilia vel immobilia, Wesenb. *in §. sed hodie. num. 1.* Olim iudex etiam in singulis causis cauebat *l. rem non nosam cum Auth. seq. C. de iud.* Hodie tantum initio officio non ad singulas causas. *Novel. 9.* iusiurandum præstatur quod nostris ¶ cautio securitatis vel salui conductus dicitur, *Sicher Geleht. 19* zu Recht und für Unzerreßter Gewalt.

Ad Thef. 12. 13.] Affirmatur hic Antiquitati alium fuisse satisfaciendi modum: alium hodie frequentari. Nam reus in omni actione nullâ tenebatur satisfactionem dare pro litis estimatione, quæ longe à indicatum solui differt. Et quidem ¶ in realibus requiritur *10* à reo cautio de bonis non minuendis. *l. 16. SCro. ff. de offic. praef. l. si fideiussores. 7. §. 1. ff. eod. l. 5. ff. de petit. hereditat.* Et Arrestum etiam locum habet, ¶ si res sit mobilis, vel si persona *21* de fuga est suspecta *dict. l. si fideiussores. §. pen. & l. pen. ff. in quib. causis pign.* Immobilibus cum fructibus sequestratur. *l. 5. n. Cbi Dd. Cod. de prohib. sequestr.* In personalibus etiam eadem cautio petitur etiam antequam cesserit aut venerit dies debitionis, maxime si vergat ad inopiam Reus. *l. 1. omnib. 41. ff. de iud.* Moribus etiam Reus ¶ qui carceribus re- *22* laxatur, iurat se non vlturum quicquid ibi sit passus, ac si condemnatus sit patiturum se etiam sententia. Et ab vtroque exigitur ¶ cautio de non ostendendo, si forte sit formi. *23* dolosus & minas exequi solitus. *Bart. n. 7. & Dd. Hodie etiam Actor ¶ satisfact se intra duas. 24* *menfes à tempore porrecti libelli litem contestaturum, in iudicio ad finem permanfurum, & si succumbat expensas soluturum.* Nam tria sunt necessaria, *l. vt refarciat damnum. 11. vt reddat expensas, si contingit actorem succumbere. l. 11.* Quod velit ad finem vsque litem persequi. *Lantz. d. lib. 2. art. 9. Chil. Röntg cap. 46. Fuch. differentia 40. Ordin. Imp. in constit. Imp. c. 12. Schneidw. num. 6.*

Ad Thef. 14. 15. 16.] Si per procuratorem lis inferatur in actoris persona, si mandatum est actis insinuaturn, vel præsens dominus in iudicio procuratoris sui personam

25 confirmaverit, procurator^t compellitur præstare satisfationem ratam rem dominum habiturum. Cui opponitur *l. non solum. 39. § est & casus ff. qui sitis d. cog.* ubi non tantum de rato teneretur cauere, sed etiam iudicatum solui. Respond. Est calus specialis, quod verba ipsa ostendunt & Zas affirmat ibi teneri reum in sententia acquiescere, nec posse aliter satisfieri rei iudicata; tunc enim & cautio de rato exigitur. Insto & oppono. *l. 6. ff. de oper. nou. nunciat.* ubi dicitur procuratorem non posse satisfacere de rato in noui operis nunciatione, cum tamen *in l. vel in operis. 26. ff. de procurat.* dicatur id fieri posse. Respond. Distinguendum est utrum procurator nunciauerit nouum opus, & satis acceperit de opere restituendo, ideoque conueniatur edicto prohibitorio, ne vis fiat adificandi, qui satisdedit de opere restituendo, an vero opus nouum ipsi procuratori, eive cuius est procurator, nunciatum fuerit, adeo ut contra procuratorem sit locus interdicto restitutorio. Priori casu procurator non cauet de rato, quia est loco rei, non loco actoris: posteriori casu procurator de rato cauere debet, quia periculum est, ne postea dominus velit aliter defendere, ut puta quia procurator patitur opus destrui, quod dominus non pateretur. Insto quod etiam post litem contestationem conueniatur de rato. *l. 2. C. de consort. eius d. litis*, quæ dicit post litem legitime ordinatam quibusdam absentibus præsentibus posse agere in solidum, dummodo caueant absentes rem ratam habituros id quod tamen negatur *in l. Pomponius 40. § pen. ff. eod.* Resp. Species quæ tractantur ibi non ead. *in d. l. Pomponius*, agitur enim de procuratore litis alienæ. *in d. l. 2. C. de consorte litis* qui pro parte est dominus litis communis.

Deinde affirmatur defensorem rei præstare satisfationem, iudicatum solui. Ergo ipse
26 reus non satisfacit. *§. sed hodie. h. tit.* Sed opponitur *l. 27. §. si ex parte ff. de procurat.* Translatione litis facta ex parte actoris nihilominus committi stipulationem iudicatum solui à reo factam, quibus verbis satis ostenditur reum satis dedisse iudicatum solui, eamque satisfationem effectum habere. Resp. Considerandum est, utrum ipse reus iudicium suscipiat an procuratorem dederit. Nam si per procuratorem litigare velit pro eo cauere debet iudicatum solui. *l. si ad defendendum 10. ff. iudicat. solui. §. si vero aliquis Instituit. de satisf. d. tit.* Quod si ipse suo nomine iudicium subeat eam cautionem non præstat. *d. §. sed hodie.* Quanquam olim etiam is, qui suo nomine actione in rem pulsabatur, satisfacere cogebatur iudicatum solui. *Instit. de satisf. in princ.*

Ad Thef. 17. & 18.] Ut tandem controuerharum sit finis, salubriter est constitutum ut actiones certo tempore terminentur; Et quidem actiones reales rei mobilis^t finiuntur
27 vsuiparatione trienni: Immobilis inter præsentibus 10. inter absentes 20. annis Cuiac. *c. 30. de præscript. 30. annor.* Oppono Lira; actio Pauliana est realis, & tamen anno finitur. *l. in honorat. ff. de ob. & act.* Respond. Est illa prætoriana actio, & quia prætoris imperium fuit annuum, ut *hic*. Iustin. inquit, etiam illæ actiones^t annuæ sunt factæ, eo nõ obstante,
28 quod iam actiones ex edicto perpetuo dentur, quia licet perpetua sint factæ, tamen nihilominus prætorianæ actiones, quæ dantur ex edicto perpetuo, annuæ manere possunt. II. Obiicitur, quod actio hypothecaria sit realis & tamen 30. annis concludatur, vel etiam 40. annis. *l. cum notissimi. 7. in pr. §. 1. C. de præscript. 30. annor. d. l. 1. §. 1. C. de annal. except.* Ergo falsum est, quod hic asseritur 10. vel 20. annis reales actiones concludi. Respond. *d. l. cum notissimi* satis indicat, *in pr.* contra malæ fidei possessores hanc actionem hypothecariam durare 30. annis, id quod ostendunt illa verba, in detentatores extraneos alienæ rei suppositæ contra bonæ fidei possessorem extraneum perit. 10. & 20. annis. *l. si a creditore §. l. ult. C. de ob. & act. l. 1. & 2. C. si aduers. credit. præscript. op. l. creditor. C. de iure. prator. act.* Cuiac. *in d. loco.* ubi addit 40. annorum fieri mentionem in certo casu, non quod con-

et sius tempus esse non possit. Quod autem de 40. annis dicitur, locum habet in debitoribus & heredibus creditorum, & posterioribus creditoribus quando debitor est superflus, alioquin ad hypothecam ¶ 30. an. sufficiunt, Cuiac. *in not. hic. in verbis: certos fides. § lib. 2. observ. cap. 18.* Gotthofred. *ad d. l. 1. C. de annual. except.* Denique tertio loco obicitur *l. 3. in princ. C. de praescript. 30. vel 40. annorum.* ubi dicitur in rem actiones speciales, & de universitate, & personales actiones triginta annis durant: Ergo male asseritur ex Cuiac. actiones in rem 10. vel 20. annis tantum venire, id quod etiam Wesenb. *hic nu. 3. ad Rubr.* amplectitur asserendo: omnes actiones reales & personales 30. annis tolli. Respond. *in dist. l. 3. in princ.* dicitur, actiones reales & personales ultra 30. annorum spacium minime produci seu protendi, & ibi ponitur terminus. Non autem dicitur minoris spacio non posse quasdam actiones concludi, & quidem, ut Cuiac. *d. cap. 30. refert*, olim anno utili in Italia tollebantur: in provinciis perpetuae erant: Ergo constituunt Honor. & Theodos. *in dist. l. 1.* ut etiam in provinciis tempore certo tollerentur, nec essent perpetuae, non tamen hoc inde inducitur, minutioni tempore eas actiones concludi non posse.

Ad Thes. 9.] Penales ex maleficiis actiones in heredem rei non competunt ¶ nisi 30
 lite cum defuncto contestata, quia antelitis contestationem non sunt in bonis. *l. 1. §. 2. in principatu ff. de collat. bon.* & ideo si ante quis moritur, vindicta extinguitur *l. §. l. C. de reuoca. don. ar. deinde* dantur in heredes si quid ad eum peruenit tam iniusta lucra ¶ heredi- 31
 bus merito extorquantur. *l. 1. ff. de eo, per quem fact. l. videamus. ff. quod metus causa.* Sed obiicitur ita: penae suos teneant autores, & non heredes. *l. sancimus C. de pen.* Ergo male, hic asseritur. Resp. Hoc intelligendum est, quando nihil aliud heredes peruenit, tum etiam regulariter non sunt puniendi. Wesenb. *in §. non autem. num. 2. h. sit.* Insto *ex l. 2. §. §. ff. si bonor. rapt.* ubi raptor non ita tenetur. Respond. Hoc ideo fit quia ibi conditio loci habere debet potius, *l. 1. §. 1. 2. ff. de dolo malo.* quam hic actio famosa est intendenda. *l. 1. 2. ff. de his qui not. infam.* II. Obiicitur *l. 7. §. datur. ff. de positi.* ubi in solidum datur actio depositi in heredes: Ergo non tantum in id quod ad eos peruenit. Resp. Dolus hic est ex contractu bonae fidei & rei persecutione, alias non tenemur ex dolo ¶ defuncti nisi in id q. 32
 ad nos peruenit *l. adhuc §. §. ff. de reg. iur. l. ex depositi. 12. ff. de positi. l. in contractu. 40. ff. de ob. & act. & contractus totus est dolo natus. l. Lucius 47. ff. de act. emt.* Ergo & accessio ut pars *l. quae de toto. ff. de rei vendic.* Sed contra datam solutionem valde obicitur §. aliquando. *h. tit. n. de perpet. & temp. act.* ubi dicitur aliquando ex contractu actionem competere in heredem, veluti cum testator dicitur dolose versatus, utrimque particula aliquando: & particula veluti, quasi hoc ad certum casum restringatur, & singulare seu speciale sit. Resp. Cuiac. *in d. §. aliquando.* vult partic. veluti: elidenda esse, ne repugnet *d. l. cum ea. §. fin. ff. de reg. iur.* Et Wesenb. eam suppositiuam dicit, qui etiam vult expungenda esse illa verba: *Ex contractu:* Et in *supplem. ad Schneid. W. n. 3.* accipit *d. §. aliquando* pro subiecta materia, de actionib. strictis ex maleficiis descendantibus & similibus, in quibus illa res est *vera. l. in herede. 26. ff. de dolo malo l. §. n. in fin. C. ex delict. defunct.* De iudiciis bonae fidei ex contractu descendantibus aliud est sciendum, in quibus doli praestatio vel bona fides inest, & ideo heredes in solidum tenentur propter delictum defuncti. *l. hoc iure. 152. §. fin. in fin. ff. de reg. iur.* Theophil. autem disputat procedere id in deposito ruinae, naufragii, tumultus, incendii causa facto. *l. 1. ff. de positi.* Et Hotom. *in d. §. non etiam, enunc. §. h. tit.* dicit in heredem, ad ¶ quem 33
 nihil peruenit, actionem depositi non concedi. *d. l. 1. ff. de positi.* nisi tumultus, ruinae, &c. causa id sit factum, de quo miserabili deposito id accipiunt. Vltimo hic notandum est ¶ penalia publica iudicia excipi, quae non tenent heredem, si ante condemnationem 34
 rerum

- reum decedere contingat. l. *Et iudiciorum* 20. c. de accusat. Nam in his neque conclusio, neque attestatio attenditur, Bart. in l. 2. §. si publico. num. 13. de adult. Mynf. observat. 60. cent. 4. Chil. cap. 54. nu. 2. Quamobrem & hodie cum crimen fractæ pacis sit publicum, 35 extinguitur eius accusatio ꝛ nec transit in heredem: etiam si lis fuerit contestata, Mynf. observat. 98. cent. 1. Et alias ante sententiam mortalitate crimen extinguitur, & accusatio ad nihilum redigitur l. 1. 2. 3. C. si reus vel accusat. nisi in crimine læsæ maiestatis. l. *Slr. ff. ad l. lul. maiesi.* Welenb. in supplem. ad Schneidw. nu. 3. hic.
- 36 Ad Thef. vlt.] Officio iudicis est ꝛ absolvendus is, qui ante sententiam satisfacit actori.
- 37 licet in ea causa esset lite contestata vt damnari deberet. Quæritur igitur, an ꝛ invito creditore possit quis absolui, & responderetur ante litem contestatam si offert absolvi-
tur l. si reus. 73. ff. de procurat. lite contestata non videtur cum non liceat vna parte in-
uita pœnitere tanquam ex contractu. l. 3. §. idem scribit. ff. de pec. Contra datam expli-
cationem obiicitur l. 5. in pr. ff. de publican. vbi dicitur, quod absolvatur etiam is, qui post
acceptum iudicium paratus est restituere. Respond. Welenb. in §. *Slr. h. tit. n.* dicit favora-
bilis esse id fieri posse, vt & nos dicimus. Nam non tam eius pœnitentia spectatur, quâ
eius quod petitur solutio, quæ omnia tollit obligationem, & per consequens actionē.
Nam sublata causa effectus tolli solet; Secus tamen si non totum offeratur. l. acceptum.
- 38 C. de vsur. Nā ꝛ particula rem solutionem creditor admittere non tenetur, cum multa ha-
beat incommoda. l. tutor §. Lucius. ff. de vsur.
- 39 Ad Corollarium. Disputatur, an ꝛ procurator ad crimina publici iudicii persequen-
da admittatur? Et Papin. l. Cetus dicit, quod frustra eo modo accedat in l. pen. §. fin. ff. de
publ. iudic. Et ita etiam tenet Zasius ad tit. ff. de procurat. & l. l. Clar. lib. 5. sent. §. fin. q. 1. m.
1. Sed obiiciuntur l. *seruum*. 33. §. publice. ff. de procurat. & l. reos. 3. C. de accusat. In quibus
textibus expresse affirmatur, in capitalibus defensionem rei admitti. Resp. Hi duo
textus ita cum superioribus conciliantur, vt videamus an crimen sit tale, propter quod
- 40 tantum irrogetur relegatio vel mitior pœna, & non maior, tum ꝛ defensio est concessa, si
pœna grauior, puta deportatio, & mors tum non admittitur, l. 1. ff. an per alium causa ap-
pell. l. 5. in pr. ff. de pœn. Nec obstat, quod in d. l. *seruum* §. publice, & in d. l. Reos, dicitur de cri-
minibus capitalibus, quia etiam si interdum capitale pro criminali accipitur, & pro pœ-
nis capitur, tamen etiam minores pœnas complectitur, puta, relegationem. l. licet. 103. ff.
de verb. signif. l. 4. in princ. ff. si quis vt iudic. sistitur. & hanc solutionem refert veram esse
lul. Clar. in d. loco nu. 5 vbi multas habet auctoritates, videtur tamen non posse subsistere,
illa solutio per l. Lucius. 18. ff. de appellat. vbi quoniam quis deportatur, potest habere pro-
curatorem: nisi dicamus, ibi tantum causas dari: appellationis per procurat: vt in textu
dicitur. Alias in l. 1. ff. an per alium, dicitur vsq; ad relegationem, non posse intervenire pro-
curatorem incipiendo, scil. à grauißima pœna vsque ad relegationem ita scil. vt relegatio
excludatur quasi pro ea interueniat procurator. Certum etiam est ex l. Cornelia dari pos-
se procuratorem in actione iniuriarum l. 42. §. 1. ff. de procurat. alias in iniuriis actio non
potest intervenire talis, nisi pro illustribus, §. *Slr. supr. de iniur. l. Slr. C. eod.* Alij dicunt,
quod absentia recte, redditis iustis causis, tantum defendi & excusari, non etiam integra
causa agi possit, quam interpretationem Cuiac. lib. 20. obf. c. 20. putat nimis esse coactam
& improbabilem, qui etiā verbum defendere non patitur, quo plena defensio intelligi-
tur. Putat igitur Cuiac. rectius poni hanc solutionem vt dicamus d. l. 3. & d. §. publice, tan-
tum loqui de capitalibus iudiciis & de reis capitalium criminum, id est, de receptis inter
reos loquimur iudicio publico, non capitali, veluti adulterij, absentes defendi non possunt,
l. miles.

l. miles. §. ea qua. ff. ad leg. Iul. de adult. In iudiciis tamen capitalibus publicis vrile est & æquum admitti quemlibet defensorem, qui eius, qui reus factus est, quique damnari potest, nec salutis suæ ullam curam habet, commiserescat, & pro eo verba faciat, si ut & pro eo, qui ducitur † ad supplicium, cuilibet appellare licet. *l. n. n. tantum. m. C. de appellat.* 41

Ad Quæstionem.] Quæstio talis est, An † petitio hereditatis 30. annorum circulo finiatur? Et disponitur *in l. §. 3. in pr. C. de præscript. 30. vel 40. annorum.* Quod enim actiones de rebus singularibus & de vniuersitate tali temporis spacio concludantur, Sed obicitur. *l. hereditatis. 7. C. de pet. heredit.* ubi videtur auctius tempus poni Respond. *in d. l. 7.* affirmatur quod præscriptio 10. vel 20. annorum non submoueat ea actio. Ergo potius longius tempus innuitur & requiritur, vnde id nihil refragatur. Secundo obicitur ita: Rei vendicatio conuenit cum petitione hereditatis *l. 1. ff. de rei vendic.* Sed rei vendicatio est longo tempore contenta. Gothofred. *in d. l. 7. C. de pet. heredit.* Respond. Etiam si in multis conueniant, in multis tamen etiam differunt. Cuiac. *lib. 10. obser. c. 1.* 42

DISPUTATIO XLVII.

De Exceptionibus & Replicationibus.

CONTINUATIO.

*De armis quibus pugnant auctores, scilicet de actionibus hæcenus actum sunt.
Nunc etiam de Reorum subsidis, scilicet de Exceptionibus videbimus.*

Thesis 1. Exceptiones exclusiones quædam sunt, quæ actionibus cuiusque rei ad excludendum id quod ad intentionem deductum est, opponi solent.

2 Hæ, origine inspecta, vel ciuiles sunt vel prætoriae: Ciuiles vel ex legibus, vel ex iis, quæ legis vicem obtinent, descendunt: vt exceptio Senatuf-consulti Macedon. & Velleiani: exceptio diuisionis ex Epistola Diui Hadriani. Item exceptio ex Constitut. Iustin. de duobus reis debendi, & alia similes.

3 Prætoriae ex prætoris iurisdictione substantiam capiunt, vt etiam sunt exceptiones doli mali, metus causa, pacti de non petendo, & similes.

4 Exceptiones deinde aut sunt temporales aut perpetuæ. Temporales sunt, quæ ad tempus tantum nocent, & temporis dilationem tribuunt. Harum alia rursus sunt declinatoriæ, alia dilatoriæ.

5 Declinatoriæ sunt, quibus iudicium vel iudicem declinamus. Iudicium declinamus vel ratione iudicis, si est incompetens, vel ratione iurisdictionis, si iudicium non habet fundatam iurisdictionem, vel ratione loci, in quo habetur, si est inhonestus, vel ratione temporis puta, feriarum.

6 Iudicem declinamus, si talis is fuerit, qui propter inhabilitatem eius-
11 3 modi

modi officio fungi nequeat, aut si excommunicatus vel suspectus sit.

7 Dilatoria in specie ita dictæ, ex variis causis dantur. Primo, ratione litigantium, si vel propter ætatem vel defectum rationis, vel alias ob causas recte in iudicio versari nequeant, item si reus spoliatum se dicat.

8 Et hæc spoliij exceptio plenam restitutionem tribuit non tantum rei ablata, sed fructuum etiam, & impensarum, nec ante reus respondere cogitur.

9 Secundo ratione libelli: si is fuerit ineptus & male compositus. Tercio ratione processus ex defectu citationis. Quarto ratione causæ, ut sunt exceptio pacti de non petendo intra certum tempus: Exceptio diuisionis & nouæ constitutionis de correis debendi: Exceptio excussionis seu ordinis quæ fideiussoribus dantur & similes.

10 Denique quædam exceptiones extrinsecus veniunt, & aliunde assumentur, ut exceptio præstandæ cautionis, exceptio expensarum, exceptio litis pendentiæ.

11 Proprium harum exceptionum dilatarum est, quod ante alias omnes etiam ante litis contestationem proponantur, post non admittuntur, ne quidem in causâ appellationis, si in prima instantia omissæ fuerint.

12 Exceptio tantum declinatoria excommunicationis, anomala est, cum in quacunque parte iudicii, imo etiam post latam sententiam obici ad probandam nullitatem possit.

13 Perpetuæ exceptiones, quæ etiam peremptoriæ dicuntur, sunt, quæ semper agenti obstant, & rem, de qua agitur, perimunt, continentque exceptionem metus, transactionis, pacti perpetui de non petendo, rei iudicatæ competentis, in quantum quis facere potest, non nostratæ pecuniæ, cui tamen contraharum naturam biennio præscribitur. Item exceptionem Scti Macedon restitutionis in integrum, & si quæ sunt aliæ.

14 Harum exceptionum proprium est, quod tam ante quam post litis contestationem usque ad sententiam in iudicio proponi possint: Sunt tamen tres peremptoriæ exceptiones anomalæ, puta, iurisiurandi, rei iudicatæ & transactionis, quæ etiam in vim dilatarum exceptionum ad impediendum litis ingressum possunt opponi.

15 Omnes autem exceptiones, quibus reus uti potest, fideiussori, etiam inuito reo, competunt. Cessant etiam Iustin. Constitutione hodie exceptiones, quæ olim procuratori propter infamiam vel dandis, vel ipsius procuratoris opponebantur.

16 Replicatio quoque exceptionis nomine venit, & nihil aliud est quam

quam exceptionis exclusio, quæ datur actori aduersus iniquam forte exceptionem: Duplicatio deinde est exclusio replicationis: Triplicatio Duplicationis: Triplicationis quadruplicatio, ac ita deinceps.

17 Salubriter tamen in constitut. Cameræ Imperial. constitutum est, ne progrediantur litigatores & procuratores eorum ultra duplicationem in his, quæ ante litis contestationem cogitari solent, neque ultra quadruplicationem post litis contestationem, quamuis alias officio iudicis modus allegationibus imponi possit.

Corollarium: Constanter defendi posse putamus per exceptionem iurisdicendi tolli obligationem civilem, quæ post præstitum iuramentum permanet, quamuis aliqui sint in contraria sententia.

DISPUTATIONIS XLVII.

De Exceptionibus & Replicationibus, obiectionibus & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 *Actiones sunt arma quibus pugnant actores aduersus reos.*
- 2 *Exceptiones sunt reorum defendendorum gratia comparatæ.*
- 3 *Exceptionem esse speciem exclusionis.*
- 4 *Exceptio an possit etiam defensionis vocabulo definiri.*
- 5 *Theophilus quomodo exceptionem definiat.*
- 6 *Exceptiones non sunt actiones, sed illis opponuntur.*
- 7 *Reus an & quomodo actor dici possit.*
- 8 *Reus in quo statu causa possit fieri actor.*
- 9 *Exceptio nisi apta sit a iudice reuocatur.*
- 10 *Actio & exceptio quomodo conueniant & differant.*
- 11 *Actori quod licet, an simul etiam reo sit permissum.*
- 12 *Replicatio & exceptio quomodo conueniant.*
- 13 *Condemnatio quando per exceptionem tantum minuat.*
- 14 *Prescriptio quæ ratione possit esse exceptio.*
- 15 *Dilatoria exceptiones an etiam in definitione exceptionum continentur.*
- 16 *Dilatoria exceptiones excludunt actionem ad tempus.*
- 17 *Exceptiones an recte in civiles & pratorias distinguantur.*
- 18 *Dilatoria exceptiones quid sint & quotuplices.*
- 19 *Declinatoria exceptiones quid sint.*
- 20 *Exceptio feriarum quando locum habeat.*
- 21 *Exceptio spolij est dilatoria.*
- 22 *Exceptio excussionis est dilatoria.*
- 23 *Exceptio litis pendentiæ est dilatoria.*

- 24 *Exceptiones omnes quæ reo competunt, competunt etiam fideiussori.*
 25 *Exceptionum dilatoriarum quod nam sit proprium.*
 26 *Peremptoria exceptiones quid sint & quæ.*
 27 *Exceptio doli mali, cur non sit temporalis, sed perpetua.*
 28 *Exceptiones in quantum quis facere potest, peremptiones esse probatur.*
 29 *Exceptiones in quantum quis facere potest non esse dilatorias.*
 30 *Peremptoria exceptiones tam ante, quam post litis contestationem in iudicio proponi possunt.*
 31 *Peremptoria exceptiones semper agenti obstant.*
 32 *Procuratoria exceptio cur cesset.*
 33 *Procurator infamis an admittatur.*
 34 *Advocatura & procuratura quomodo differant.*
 35 *Dilatoria obiectiones nisi certo termino obiciantur, non valent.*
 36 *Replicationi an duplicatio, an vero triplicatio obiciatur.*
 37 *Replicationum restrictio.*
 38 *Obligatio civilis an possit tolli per exceptionem iurifurandi.*
 39 *Iurifurandum non est modus tollendæ obligationis à iure civili instituta.*

AD Continuationem.] Superius in tit. de actionibus cum seqq. aliquot abunde dictum fuit de actionibus, per quos expendantur & agantur, & quæ earum sit vita: Nunc igitur commodè & rectè subiicitur etiam tractatio de exceptionibus Vnde hic Imperator. in pr. ita dicit: Sequitur nunc de exceptionibus ut discipiamus Nam omne iudiciū redditur inter actorem & reum. *c. forum. 10. ibi: in omni. extra. de verb. sign.* Actiones etiam sunt ÿ arma, quibus pugnant actores aduersus reos. Dum igitur actores habent arma, æquum fuit etiam reis aliquod subsidium præstare, ne indefensi statim ab actoribus opprimerentur. Exceptiones idcirco dantur reis, id quod Imp. hic in princ. satis eleganter ostendit, quando affirmat ÿ exceptiones reorum defendendorum gratia esse comparatas, easque esse ex æquitate Iustin. passim ostendit in princ. & § præerea. in verbis: sed quia iniquū. *b. tit. n.* Mynsing. in d. §. præerea. n. 1. Iustinianus vero hoc tit. nostra de exceptionibus, non agit de omnibus exceptionum exemplis, sed de aliquibus tantum, & quidem præcipuis, quæ fusius à Dd. explicantur, & etiam in Digestis speciales titulos de aliquibus habemus.

Ad Thesin 1.] Affirmatur in thesi 1. exceptionem esse quandam exclusionem: Notanda est particula, *quædam, in l. 2. ff. b. tit.* quæ satis indicat exceptionem esse quandam exclusionem, id est, ÿ esse speciem exclusionis. Quæmodum etiam Imp. Iustin. in §. 1. *supr. de legat.* legatum, inquit, est quædam donatio, quasi sit species donationis, scil. mortis causa facta, tamen in testamento, ut ibi dictum fuit, & in §. 1. *supr. de donatio. vibus.* Sed ÿ obicitur *l. defensiones. 11. C. de exceptionibus,* ubi dicitur quod exceptio ÿ sit defensio. Ergo ita potius est definienda. Coraf. lib. 2. *Miscellan. c. 16. n. 1.* Respond. Omnis exceptio est quædam defensio, est etiam exclusio, quia dum excludit actionem etiam vna defensionem præstat in *l. antepen. ff. b. tit. n.* Exceptiones dicuntur conditiones, quia olim conditionaliter concipiebantur. Wefenb. in *paratit. ff. n. 9.* Et omnis defensio venit nomine exceptionis εν πλάτει. Wefenbec. in *complemen. ad Schneidv. num. 2. in princip.* Theophilus ÿ Græcus Instituit Paraphrastes in *tit. Institur. de except.* definit exceptionem allegationem iudicalem, quæ opponitur actioni, quæ iure civili efficax est: Natta autem non subsistit. Wefenb. in *paratit. ff. b. tit. n. 3.* Deinde in definitione dicitur, quod exceptiones opponantur

tur actionibus cuiusque rei, ex quo sane apparet satis clare exceptiones ¶ non esse actiones, idque etiam planum videtur, ex continuatione, quia exceptionibus reus: actionibus actor vtitur. Sed opponitur *l. i. ff. h. rit. n.* vbi dicitur, agere etiam is videtur, qui exceptionem vtitur. Nam reus in exceptione actor est: Ecce Ictum Vlp. dicentem, Reum esse actorem in exceptione. Resp. Materia actionis inspecta, reus actor dici non potest, sed materia exceptionum inspecta, ¶ dici potest, quod ad similitudinem actorum rei exceptionibus se defendant, quemadmodum se defendunt actionibus actores. Præterea etiam vt actor probare tenetur suam intentionem, ita quoque reus exceptionem probare tenetur, vnde dicitur reum in exceptione esse actorem. Et dicitur; *Videretur agere*: quæ verba improprietatem quandam important, quasi tamen non vere agat vt actor, sed potius improprie agat, id est, excipiat reus, id quod etiam definitio actionis satis indicat in §. i. *supr. de action.* vbi dicitur, qd actio sit ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur. Quamvis similiter dici posset verbum persequendi in lata significatione ad exceptionem quoque perducì posse, quemadmodum etiam verbum actionis in lata significatione forte vel improprie, quamvis in speciali significatione vel proprie actionis vocabulo exceptio non veniat; Atq; ita est intelligenda *l. Verbum oportebit §. fin. ff. de Verb. sign.* Zas. *ad d. l. i. h. rit. n.* de proprietate accipit, & idem in *l. nemo. h. rit.* Deinde ex Zasio in *d. l. i.* additur hoc. *d. l. i. h. rit. n.* habere petitionem principij, cum dicatur, agere is videtur, qui excipit. Reus enim in exceptione actor est, sibi ratio non est, sed petitio principij. Resp. Gl. vt hoc effugiat, dicit particulam, NAM, quæ pro certe ponitur, quasi declaret alterum. Bart. dicit primum esse generale: alterum speciale: Zasius dicit, non esse petitionem principij, quæ tum est, quando in antecedente & consequente similia sunt: vt Cicero est eloquens; quia est eloquens. Est igitur à coniugatis hoc argumentum, quo antecedens afficit consequens.

Insto. Contra id quod supra dictum fuit, ideo exceptionem dici actionem, quod sit in iis quædam probandi similitudo, quia actor tenetur probare suam intentionem in actione, Reus in exceptione, & quidem dico, ex *l. si ex cautione. C. de non numerata pecun.* vbi reus non tenetur probare exceptionem sed actionem: Ergo non potest dici Reus actor. Respond. Zas. *ad d. l. i.* dicit gl. quidem soluere id, sed nescire an bene vel male soluerit: dicit igitur Zasius distinguendum esse hic inter status, coniecturalem, finitium & iuridicalem. In statu coniecturali, quo quæritur an sit factum, non habet locum, quia ibi ex reo nunquam fit actor: Nec in statu finitio, sed tantum in ¶ iuridicali, cum consistit de facto. Aptæ ¶ etiam debet esse exceptio, alias eam iudex omnino reiicit *l. i. §. habeo. ff. de 9 fluminibus.* Et certum est in aliquibus ¶ convenire exceptionem & actionem, puta in probando & forte in aliis. Vnde exceptio est quasi actio: in aliis tamen differunt etiam, quia actor libellum scriptis offert. *Authen. offer. iur. C. de lite contestat.* Reus autem ore proferre potest exceptionem sine scripto. *l. scire oportet. §. scire. ff. de excusat. tutorum.*

Secundo obiicitur ita: Nemo prohibetur pluribus exceptionibus vti, quamvis sine diuersa *l. nemo. §. ff. h. rit.* id quod tamen in actionibus non procedit. Nam actor contrarias actiones non potest deducere in iudicium. *l. nemo ex his. §. i. ff. de regul. iur. l. quod in herede. §. eligere. ff. de trib. act.* Ergo reus in exceptione actor non est. Respond. Improprie Reus dicitur actor, præterea gloss. in *d. l. nemo pluribus. §.* recte dicit reliquos textus in actore procedere. Insto. Quod licet actori, licet etiam Reo. Resp. Illa regula hic exceptionem habet, & ¶ negativè procedit. Zasius in *d. l. nemo.*

Tertio opponitur *d. l. 2. §. i. ff. de except.* vbi dicitur quod replicatio sit exceptio, quæ tantum non excludit actionem sed exceptionem, & rueretur actionem. Resp. Zanger pag. 13. dicit, id fieri ἐν πλάτει hoc est, lata significatione vocabuli exceptionis, quo veniat repli-

ratio, ut vocabulo actionis venit exceptio propter quasdam ꝑ convenientias. E hic ea est cōuenientia, quod verobiq; sit exclusio, exceptio excludit actionem: Replicatio exceptionem excludit. Idem habet Faber *hic ad rubr.* Sontiard. *in Lex. in Verb. exceptio.* Welenb. *in paratit. ff. n. 2. in supplem. ad Schneid. &c.*

Quarto obiicitur *l. exceptio. 22. in prim. ff. eod.* vbi dicitur, quod exceptione actio saltem minuitur. Ergo non excluditur id quod tamen in definitione asseritur, vbi affirmatur exceptionem excludere, hoc est, in totum tollere. Resp. Zang. *in tract. de exceptione. n. 1. pag. 18.* affirmat pro solutione condemnationem in totum excludi & tolli, quando petitio penitus tollitur & excluditur. Minuitur ꝑ condemnatio, quando quis in id tantū condemnatur quod facere potest, quia condemnatio totalis nō est, §. *sunt praterea. supr. de act. l. sunt qui. 16. cum ll. seqq. ff. de re iud.* Gothofred. *ad d. l. 22.* putat minui condemnationem, scil. si tēpus agendi actori nondū comperat: & eo modo etiā ꝑ præscriptio est exceptio, hoc est, exclusio temporis, *l. an virium. §. §. 1. l. creditor. ff. de diuers. & temp. act.* Denique valde obiicitur, quod dilatorię exceptiones ꝑ non continentur sub hæc definitione, quæ tamen generalis esse debet, quia dilatorię exceptiones tantum differunt actiones, vnde etiam nomen habent, non autem excludunt, & ideo generalis definitio non videtur esse exceptionum. Respond. Aliqui volunt *d. l. 2. in pr. ff. h. rit.* ex qua hæc definitio est desumpta, accipi tantum de petemptoriis. Sic & alias leges, qua in sententia est lason *in l. 41. §. Catonum. §. 8. ff. de Verb. oblig.* Welenb. *ad tit. C. de except. n. 2.* Zang. *pag. 21.* Sed dicendum est dilatorias exceptiones ꝑ excludere actionem, hoc est, intentionem ad tempus, dum remorantur actionem & excludunt iudicem seu iudicium, quamuis non in perpetuum excludant causam ipsam, circa quam in totum excludendam non sunt occupatæ dilatorię, quo etiam inclinatur Mynd. *num. 9. in princ. h. tit.* dum dicit dilatorię solius intentionis sunt exclusiones, & exceptio est omnes, quo excluditur intentio sue in totum sue ad tempus & plus est actionem excludi, quam intentionem. Gothofred. *ad dist. l. 2.* dicit directo iudicem excludi dilatoriis, oblique etiam causam, quæ solutio ex parte sustinere potest.

Ad Thesin 2. & 3.] Affirmatur origine inspecta ꝑ exceptiones esse ciuiles vel prætorias. Cui ita oppono: Exceptiones sunt ex natura, id est, ex iure gentium origine inspecta. §. *praterea. h. tit. n.* Ergo non sunt ex iure ciuili. Respond. Origine prima seu prima inspecta omnes exceptiones naturalis ratio quasi fuasit, secundaria origine, id est, causa efficiente ciuili inspecta, aut sunt ciuiles, id est, ex iure ciuili, puta ex legibus, vel ex iis quæ vicē legis habet, puta ex SCris, Principū Constit. aut sunt prætorię, id est, ex iure prætorio. Zanger. *in tract. de except. pag. 26.* dicit, quod hæc diuisio sit ex causa efficiente; altera ex fine seu effectu, scilicet exceptiones esse peremptorias & temporales. Secundo ita oppono. Hæc diuisio non debet primo loco poni, præsertim cum in actione primum locum non habeat sed summa diuisio ibi sit, quod aliquæ actiones sint reales, aliquæ personales. Ergo potius illa exceptionum diuisio esset prima, aliquas esse peremptorias, alias dilatorias. Respond. Inspecta origine exceptionum prior illa est diuisio, quam hic habemus, sed inspecto magis iudicij vsu summa potius illa est, exceptiones esse peremptorias & dilatorias, quemadmodum inspecto magis vsu iudicij illa actionum diuisio est prior & posterior, actiones scil. esse reales & personales, quemadmodum etiam *supr. in materia actionis* ad hoc argumen. est responsum. Terrio obiicitur *l. 2. §. & generaliter. ff. de except. doli mali.* vbi dicitur ex omnib. in factum actionib. oriri exceptionem doli mali. Ergo frustra distinguitur *in thesi 3.* ab aliis exceptionibus. Resp. Affirmatur *in d. l. 2. §. & generaliter.* oriri doli exceptionem ex omnib. actionibus in factum, id est, innominatis. *l. quia. ff. de præscript.*

Verb. Et tum fit, quando exceptiones ciuiles ordinariæ non adsunt: alias ordinariæ præstuntur *l. in causa. ff. de minor. 25. annis.*

Ad Thesin 4. §. 6.] Agitur in hisce thesibus de alia diuisione exceptionum, alias scilicet esse peremptorias seu perpetuas, alias dilatorias seu temporales. Dilatoriæ t ad tempus valent, & temporis dilationem tribuunt: Dilatoriæ hæc sunt rursus duplices: alia dicuntur declinatoriæ alia dilatoriæ in specie, quemadmodum adproprio & id genus alia, quemadmodum id Dn. Iohan. Iagman Vicecancellar. nunc aula Iulianæ olim in processu Ducatus huius eruditè explicauit. Declinatoriæ t sunt, quibus iudicium vel iudicem declinamus etiam ex eo, quando iurisdictio non est fundata. Cui tamen valde opponitur. *l. 2. in princ. ff. si quis in ius vocat. non ierit.* vbi dicitur quod ex quacunque causa quis vocatus ad prætorem vel alium, qui iurisdictio præest, venire debet. Resp. Additur in *d. l. 2. citatum* ab incompetente iudice debere tamen venire ad prætorem propter eius autoritatem, nec eam emanando contemnere, vt scilicet fiat examinatio eius an prætoris sit iurisdictio seu vt fiat cognitio de eo, an sit competens iudex. Sed contra datam solutionem rursus obiicitur *l. 8. ff. de iurisdict. omnium iudic.* vbi dicitur quod ad incompetentem iudicem nemo teneatur venire: Ergo falsum est eum qui non venit citatus, punire posse ab incompetente iudice. Respond. Id tum fit, quando est certum & manifestum aliquem esse iudicem incompetentem: nam si est dubium & de eo forte cognitio est habenda adhuc, tunc venire tenetur saltem vt examinatio eius rei institui possit. Potest autem quis non comparere in feriis, quia tum locum habet t exceptio feriarum. Zanger. pag. 120. & 20 in iure Canonico tantum valet. *cap. 2. extr. de feriis.* quia sequenti die non feriata procedit.

Ad Thesin 7. 8. 9. 10. 11. 12. 15.] Agitur hic de dilatoriis in specie, quæ ex variis causis dantur, inter quas est exceptio spoli, quæ est dilatoria. Zanger. pag. 211. quia non petimit, sed tantum differt actionem institutam, & intra quindecim dies est probanda. Obiicitur post litem contestationem etiam, si quis spoliū de nouo exorum, & se ad eius noticiam peruenisse dicit. *c. pastoralis. 4. extra, de except.* Zanger. d. cap. 9. num. 7. nec ante quis cogitur respondere, quam restitutio sit facta, in quo hæc exceptio est priuilegiata *cap. 4. de ordin. cog.* Deinde exceptio t excussionis est dilatoria, Zanger. pag. 201. quia differt etiam actionem institutam, vt prius principalis, & is qui gessit, excutatur; iniquum tamen esset, eam non posse post litem contestationem opponi. Zang. pag. 204. Exceptio etiam t litem pendentiæ est dilatoria, quando scilicet lis de ea re, quæ in iudicium ducitur, alibi, hoc est, coram alio iudice pender. Zang. pag. 125. Notandum verò omnes exceptiones, quæ reo competunt t fideiussori quoque, inuito etiam reo competunt. *l. 2. innes. 19. ff. eod.* Cui obiicitur *l. exceptiones. 7. in princ. ff. h. iur.* vbi id negatur. Respond. Exceptiones quæ personæ coherent, scilicet reo, non transeunt in fideiussores. Si autem rei coherent, ad fideiussorem omnino transitoria sunt. *d. l. 7. §. 1. Insto ex l. defensiones. 11. C. de except.* vbi habent intercessores exceptiones, si reo maneant integer status. Respond. Hoc omnino vna requiritur secundum hanc legem. *l. si cui. 18. C. de non numerata pecunia. l. fideiussori. 24. ff. de donatio. l. ex persona rei. 32. ff. de fideiuss.* Cuiac. etiam illa solutio placet *lib. 15. obser. cap. 35.* Fallit etiam thesis secundum Cuiacium *lib. 19. cap. 29.* quando quis fideiubet donandi animo vel in rem suam. *l. si quis reum. ff. de lib. legat. l. quod dictum. ff. de pactis.* vel, si pro inuito, *l. si pro re. ff. mandati.* vel si iussu reatoris in specie. *l. tribus. ff. de usufruct. earum rerum quæ usu consumuntur.* Exceptio num vero t dilatoriarum harum proprium est, quod ante alias omnes, & ante litem contestationem proponantur: nam si quis omittat exceptionem forte suspecti

iudicis procedit, in iudicem consentisse videtur. *Id. in l. apertissimi. C. de iudic. c. postremo. § 6. iuncto c. cum specialis. 61. de appellationibus* Zang pag. 81. n. 1. nisi cepto iudicio reus id ignoret, tunc specialiter allegare potest *l. nō dissinguemus. 32. §. cum quidam. ff. de arb.* Zang. pag. 83. num. 2.

26. *Ad Thesin 13.]* In hac thesi agitur de peremptoriis. exceptionibus, † quæ semper agenti obstant, & rem de qua agitur, non tantum differunt sed perimunt, inter has est exceptio metus, transactionis, item doli mali, quæ datur contra eum qui exigit id quod dolo malo auctori est promissum. Sed opponitur: quod actio doli sit temporalis, non perpetua. *l. 30. in fin. ff. de pecul. l. §. 1. C. de dolo malo.* Exceptio autem non est temporalis *l. 6. ff. de except. vbi gl. & l. si pactum. 6. C. eod.* Wesenb. ff. n. 3. Respond. Id ita constitutum est, quia actio doli est odiosa, ideo eius vita est breuior. *c. odio. de regul. iur. in 6.* Exceptio autem est perpetua, † quia dolus non debet esse impunitus, & plus fauemus reo quam auctori, & fauorabilia sunt extendenda, quia fauor est in reo, odium in auctore, & Zang. num. 26. dicit, quæ ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua. Dolus autem si ab initio interuenit, bonæ fidei contractibus non opus est exceptione, sed ipso iure cōtractus sunt nulli. *l. §. eleganter. 7. ff. de dolo malo.* Zang pag. 255. Deinde affirmatur peremptorias esse eas exceptiones, in quantum scil. quis tacere potest. Quibus autem competentia exceptio competat supra in disputatione vltima actionum satis diligenter visum fuit, sed hic iam alii nobis sunt contrarij, qui dicunt hasce exceptiones potius esse dilatorias. Fuit aliquis glossator antiquus qui dicitur Gerdianus, item Iohānes, illi fuerunt in nostra sententia, scilicet quod sint peremptoriæ † quia lite contestata possunt opponi imo in ipsa excussione. *l. ex diuerso. 17. §. fin. ff. solut.* Secunda ratio necessari est, quia minuunt exceptiones hæ condemnationem, quod non faciant dilatoriarum quæ saltem differunt condemnationem. Hæ vero licet non in totum perimant causam, tamen in parte scil. quatenus relinquantur alimenta; ab hac tamen sententia discedit Zasius *in l. 2. §. fin. & l. seq. ff. h. i. n.* dicit Ausolini antiqui glossatoris sententiam iuxta communes opiniones esse veriores, scil. † quod sint dilatoriæ. Hanc sententiam sequitur Zasius *in d. loco.* & Zang: etiam *in tract. de except. pag. 193.* placet. Argumenta illorum sunt hæc. Primo, dicunt in hisce exceptionibus differtur condemnatio in meliorem & pinguiorem fortunam, quæ si affuerit, non amplius hac exceptione tuti sunt. *l. §. n. §. cum autem. 7. C. de rei vxor. act.* Respond. Interim tamen minuitur condemnatio, & sententia accipit finem conditionalem, quæ tamē conditio raro excipere potest. Et dum causæ ipsius condemnatio minuitur quidem tantū, licet in totum non perimatur, merito peremptoriæ exceptiones sunt: non enim differunt, sed potius tollunt causam ipsam, seu eius condemnationem, licet in parte. Secundo vtitur Zang, *in tract. de except. pag. 193.* tali argumento: Qui exceptione tutus est hac per errorē solum repetere non potest, *l. quod nomine. 8. cum seq. ff. de condit. indeb.* cum tamen in *l. qui exceptionem. 40. ff. de condit. indeb.* dicat cum qui exceptionē habet perpetuam, solum per errorem repetere posse, ex quo igitur relinquitur hanc exceptionem peremptoriam nō esse. Resp. Adicitur id non esse perpetuum, id quod satis constat ex *d. l. 8. cum seq. vbi si maritus id facit, & dotem dat, non potest repetere in fauorem dotis:* Secundo, quia des est propria vxoris quæ est naturalis eius domina *l. in rebus. C. de iur. dot.* non ita in aliis, puta in locis. Merito igitur nostra sententia subsistit.

30. *Ad Thesin 14.]* Affirmatur in hac thesi 14. exceptionum peremptoriarū proprium esse, quod † tam ante, quam post litis contestationem vsq; ad sententiam in iudicio pponi possint. Hic tursus nobis maxima mouetur lis, scilicet exceptiones petemtorias tantum post litis contestationem opponi; non ante litis contestat. Qua in sententia est Dn.

Welenb. in §. parat. h. tit. n. 7. Item Zanger. in tract. de except. in generalibus num. 11. et m. 1099. fundamenta eorum sunt: Quæ exceptiones plerumque altiore requirunt indig-
nem, ideo potius post litis contestationem referuari debet. l. ille à quo. 13. §. quid ergo ff. ad
30. Trebell. l. 3. §. ibidem 14. ff. ad exhibend. Respond. Concedamus quidem plerumque eas
exceptiones sortiri effectum post litis contestationem: interim tamen possunt obici
etiā ante litis contestationem, & probant suam sententiā per l. si quidem. 9. C. de except. ubi
dicitur habita exceptionis contestatione exceptioni peremptoria locum esse. Idem dicitur
in l. emtor. 9. C. de prescript. long. temp. & l. prescriptionem. 8. C. de except. ubi Imp. Dioclet. &
Maxim. rescripserunt exceptionem peremptoriam in initio contestatam, sufficere ad hoc,
ut ante sententiam reus ea utatur. Respond. Ex l. peremptoria C. sententiam rescindi non
posse, ubi dicitur exceptiones peremptorias ab initio omittas postea quodcumque ante
sententiam opponi posse. Et notanda est vox quodcumque: quasi semper & quotiescun-
que placuerit ante vel post litis contestationem possint opponi, ante sententiam, quam-
uis aliqui ibi legant: quandoque: Duaren. tamen ad tit. de except. legit quodcumque
& Gothofred. ita sensuit, & quidem contestari possunt hæc exceptiones ante litem con-
testatam, licet post litem contestatam factis probationibus effectum demum sortiantur
& ita textus loquitur in l. exceptionem 19. Cod. de probat. ubi sunt hæc verba: Exceptio-
nem peremptoriam opponi quidem initio, id est, ante litem contestat: probari vero post-
quam actor demonstraverit, quod asseuerat & hoc cum d. l. prescriptionem convenit, vn-
de correctione opus non est secundum Donellum. Id quod tamen Zanger in generalib. n.
17. putat, nos si aliter sententiā defendit Duaren. h. tit. n. 14. de except. ubi dicit dilatorias in initio
tantum proponi non post litē contestatā: probari etiam secundum Dd. ante litē contestatā,
l. & l. C. cod. peremptorias vero tum demum facta contestatione, id est, ablegatione earū an-
te litem contestatam probari, si actor de intentione sua docuerit, d. l. except. C. probat.
Et etiam Iustin. in §. appellantur. h. tit. num. v. utitur particula, semper, quasi peremptoria sem-
per agentis obstat: Si igitur semper id procedit, etiam ante litem contestatam allegari
potest. Et ideo in l. 4. C. cod. dicitur omnes exceptiones integras esse ante finitam causam,
id quod de peremptoriis tantum est accipiendum secundum Gothofred. ibidem. Reliqua
argumenta Zangeri, facile ex his solui possunt, cum sint levia. III. Obiicitur ita: Per-
emptoria antelitem contestationem non opponuntur, quia tum adhuc nulla est lis. Resp.
Allegatio tantum sit exceptionis, licet nondum sit probata. IV. Obiicitur l. tamen. ff.
ad S. C. Macedon. ubi etiam exceptio SCti Macedon. post sententiam opponitur. Ergo non
tantum usque ad sententiam. Respond. Zaf. h. tit. vi. & Welenb. Institut. hic. Exceptionem
illam esse in hoc privilegialem, ut & exceptio SCti Velleiani & posse obici etiam post sen-
tentiam, ut & exceptiones competentiæ. Inter eos ff. de re iudic. l. Nefennius. §. fin. ff. de re
iudic. d. l. ex diuerso 17. §. fin. ff. solut. matrimonii, quemadmodum supra dictum fuit. De-
nique obiicitur l. C. de iur. & facti ignor. ubi si miles omisit exceptionem, potest ea
uti post sententiam. Respond. Id in milite ob militaria privilegia est speciale.

Ad Thes. i. 5.] De prima parte huius theos. sup. ad. thes. 7. cum seq. fuit actum: Sequi-
tur ergo ut videamus de exceptione procuratoria, quæ ex l. fin. constitutione cessat, 3 2
quia infamis procurator potest admitti ne negotia & causa nimis piorescentur §. fin. h. tit.
num. Ante Iustin. procurator infamis non admittebatur Paul. lib. 1. sent. tit. 2. Sed obiicitur
primo ita: Infames accedunt à dignitatibus l. C. de infam. lib. 11. Ergo infamis procurator
esse non potest. Respond. Advocatura est dignitas: Ergo infamis accedat advoca- 3 3
tus l. ff. de postul. Sed procuratura est utile officium non dignitas l. 2. C. de dignit. lib. 12.
Advocatus tuetur causam, eamque gubernat consilio: Procurator gerit personam eius. 3 4

qui mandatum dedit. II. Obiicitur *c. 1. §. 7.* vbi expresse dicitur, quod procurator non possit esse infamis. Resp. ibi gl. procuratorem accipi pro aduocato, id quod etiam textus ex *ff. de postul.* arguit, quia postea subiicitur in verb. procuratores vel patroni, vel dicimus *ibi in §. fin. h. tit. n. agi* & de infami ex leui crimine, in *d. c. 1. de infami* grauis criminis, quam uis id specialiter asserat inde Zanger in *tract. de recept. pag. 151.* III. Obiicitur in Camera Imperiali infamem non admitti procuratorem, in quo officium procuratoris est honorabile, cum sit consistorium summi Principis, nec recipiatur ibi quis, nisi sit Doctor vel Licentiatus: vt in *Camera Imperiali part. 1. tit. 18. 19.* Gail. *lib. 1. obseruat. 43. num. 8.* Tiracquell. *de nobil. cap. 30.* Respond. Mynsing. & Wesenbec. hic eius rei non faciunt mentionē, vnde certum est id accipiendum esse tantummodo de iudicio summæ Camere, non de aliis minoribus iudiciis, ad quæ se tamen vtriplurimum ius ciuile refert. Ratio autem qua Iustin. hic ytitur amplius non valet iure Canonico, scilicet ne protelētur iudicia, quia iudices ex eo iure vnum terminum ad omnes dilatorias exceptiones opponendas præstituant, intra quem nisi obiiciantur, deinceps non audiantur. *cap. pastoralis. de except.* Myns. *d. h. §. n.*

Ad Thes. 16. 17.] Agitur in hisce thesibus de Replicatione, & Duplicatione, quæ duplicatio excludit replicationem, *h. tit. num.* Et ita multiplicantur nomina per succedaneas pugnas litigantiū Zaſin *l. 2. ff. h. t. n.* Sed obiicitur *l. 2. §. sed & contra. ff. eod.* vbi dicitur cōtra replicationē soler dari triplicatio. Ergo nō duplicatio. Resp. Wesenb. *n. 12. ad pr. tit.* 36 *de replicat.* dicit ꝑ replicationi esse contrariam duplicationem; vnde inquit mirum est in *d. l. 2. §. sed & contra.* poni triplicationem, nisi mendum subſit; in Camera tamen imperiali huic rei quadam est restrictio addita, vt *thesiſ vltima* habet. Et Zanger in *tract. de replicat. pag. 11. in fin.* dicit in iudiciis bene constitutis hæ allegationes, quæ per rabulas forenses aut proclamatores potius ad causas protrahendas, quam expediendas conuertiuntur 37 sunt solent ꝑ restringi ne lra duplicationem aut triplicationem litigatores progrediantur *confit. elect. 18. part. 1.*

38 *Ad Corollarium.]* Defendi posse putamus ꝑ per exceptionem iurifurandi non tolli obligationem ciuilem, quæ permanet post præstitum iurifurandum. Id primo autoritate Wesenbec. Mynsing. & aliorum probatur in *§. aque. de except.* II. quia textus 10. *§. aque* ita loquitur, vt etiam Theophil. dicit, quod per iurifurandum præstitum non tollatur ciuilis obligatio. Sed tantum naturalis, vt & Myns. *hic per l. Stichū. §. naturalis. ff. de solut.* vt & affirmat Zanger *pag. 310. in §. præcedenti* etiam non tolli ciuilem obligationē, & eodem modo nec in *d. §. aque. h. t. num.* quod particula, *aque* ostendit, & quia pacto iurifurandum est simile, sequitur, vt sicut post pactum manet ciuilis obligatio, ita & post iurifurandū. Sed obiicitur *l. ait ꝑtor. 7. ff. de iure iur.* vbi dicitur actionē non dari. Ergo nec exceptio. nera. Respond. Oldendorp. *claus. 1. act. 9. num. 1.* prætoris edictum esse imperfectum, & Vlp. id latius interpretari in *l. nam postquam. §. 1. ff. de iure iur.* Wesenb. in *d. §. aque* dicit iure prætorio non dari actionem creditori, sed iure ciuili, & Zanger ac Kling. accipiunt *d.* 39 *§. non de iuramento voluntario*, quod pacto est simile, præterea iurifurandum non ꝑst modum tollendæ obligationis à iure ciuili instituta; & dicunt alii iudiciale iuramentum tollere ipso iure obligationem propter autoritatem iudicis *secundum l. gratia licet. C. de iuram.* Quamuis tamen Wesenbec. *nu. 1. d. §. aque* id de iudiciali & necessario iureiurando accipiat quasi per id ciuilis obligatio & actio non tollatur, Hotom. in *d. §. aque. enunc. 1.* dicit se vix posse concedere, quod dicit Imp. tamen si alibi scribitur naturale obligationem ipso iure tolli per iurifurandum. *dist. l. Stichum 25. §. naturales ff. de solut.* Et putat plane per iurifurandum concidere & interire ipso iure actionem, & tum demum locum esse

esse exceptioni, si dubitatur & ambigitur an sit iuratum. Si autem de eo nulla est controuersia non esse locum exceptioni *per d.l.nam postquam 9.in princ.ff.de iur.* quæ tamen sententia pugnat hic cum Iust *in d. §. aque*, nisi dicamus Ictum Vlp. *in d.l. 9. agere de iure prætorio & Imperatorem in d. §. aque* de iure civili.

DISPUTATIO XLVIII.

De Interdictis.

CONTINVTIO.

Tractatum fuit hactenus de actionibus & exceptionibus: Sequitur nunc tractatio interdictorum, quæ etiam actionum appellatione generali veniunt.

Thema. 1. Interdictum ab eo, quod inter duos dicitur appellatum, interdum simpliciter dictum, vel edictum, interdum decretum nominatur.

2 Est autem interdictum ius persequendi in iudicio possessionem vel quasi possessionem sibi debitam.

3 Quæ persequendi ratio olim fiebat solennibus formulis & verborum conceptionibus, quibus prætor iubebat aliquid fieri, vel non fieri prohibebat. Hodie tamen non est necesse reddi interdictum, sed perinde iudicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.

4 Et si de litigiosa possessione est inter duos vel plures contentio, quæ ad arma processura videtur, iudex ex officio vel ad petitionem partis inhibere potest, ut absteineat à possessione vel loco inhibitionis possessionem sequestrare, donec summarie cognoscatur vtrinam possessio momentanea sit adiudicanda, atq; ita etiam in Camera Imperiali id obseruatur.

5 Interdictis autem experiri inprimis utile est, quibus aduersarius ad opera petitoris compellitur, nec agens ante tenetur restituere possessionem, quam intentionem suam aduersarius probauerit.

6 Quæ interdicta licet in rem videantur concepta seu scripta: vi tamen ipsa personalia sunt: in iisq; exinde ratio habetur fructuum, ex quo edita sunt non retro.

7 Earumq; summa diuisio est, quod quædam sunt prohibitoria, quædam restitutoria, quædam exhibitoria.

8 Prohibitoria sunt, quibus prætor vetat aliquid fieri, veluti vim sine vitio possidenti vel mortuo inferri, vel in sacro loco ædificari, vel in flumine publico ripaue eius aliquid fieri, quo eius nauigetur.

9 Restitutoria sunt, quibus possessionem prætor iubet restitui, velut bonorum possessor, id est, possessionem eorum, quæ quis pro herede vel pro possessore possedit, & ei qui est deiectus ex possessione,

10 Exhibitoria sunt, per quæ iubet prætor exhiberi, veluti cum cuius de libertate agitur, aut libertum, cui patronus operas indicere velit: aut parenti liberos, qui in potestate eius sunt.

11 Sequens diuisio est, quod quædam adipiscendæ possessionis causa comparata sunt: quædam retinendæ: quædam recuperandæ.

12 Adipiscendæ possessionis causa accommodatur interdictum bonorum possessori, quod appellatur quorum bonorum, eiusque vis ac potestas hæc est, vt quod ex his bonis quisquam quorum possessio alicui data est, pro herede vel pro possessore possideat, id ei, cui possessio bonorum data est, restituere debeat, & ideo vniuersale merito dicitur.

13 Interdictum quoque saluiarium adipiscendæ possessionis causa est comparatum, eoque vtitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.

14 Retinendæ possessionis causa comparata sunt interdicta; vti possidetis & vtrubi: cum ab vtraque parte de proprietate alicuius rei controversia sit, & ante quærat, vter ex litigatoribus possidere & vter petere debeat, cum magnum possessionis sit commodum, vt supra est monstratum.

15 Interdictum vero vti possidetis, de fundi, vel ædium & sic immobilium possessione, in iisque in re mobili & immobili is vincit, qui possessionem nec vi nec clam nec precario ab aduersario litis contestatæ tempore detinet licet olim secus fuerit.

16 Possidet quis non solum si ipse possideat, sed si eius nomine alius, imo animo solo retineri possessio potest, quamvis nec ipse sit in possessione, vel eius nomine alius, animo tantum solo adipisci nemo possessionem potest.

17 Hinc etiam affirmamus constanter interdictum vti possidetis, vi deiecto etiam competere, quicquid Cuiac. obstrepat.

18 Recuperandæ possessionis causa solet interdicti, si quis ex possessione fundi vel ædium vi est deiectus, per interdictum vnde vi, per quod is qui deiecit cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo, qui vi deiecit, vi vel clam vel precario possideat.

19 Imo ex constitutionibus sacratis. Si quis rem per vim occupat, siquidem in bonis eius est, dominio eius priuatur, si aliena post eius restitutionem etiam æstimationem rei dare vim passo compellitur.

20 An autem is qui ex primo decreto missum in possessionem expellit incidat in pœnam ambigitur: eumque non incidere putamus.

21 Quia autem vi aliquem de possessione deiecit, tenetur l. Iulia de vi publicæ aut priuata.

22 Tertia interdictorum diuifio est, quod quædam sint simplicia, quædam duplicia.

23 Simplicia sunt, in quibus alter actor, alter reus est, qualia omnia sunt restitutoria & exhibitoria: Actor est qui desiderat exhiberi vel restitui: Reus is est, à quo desideratur, vt aut restituat, aut exhibeat.

24 Prohibitoriorum autem interdictorum alia sunt simplicia, alia duplicia: Simplicia sunt, quibus prohibet prætor in loco sacro vel flumine publico vel ripa eius aliquid fieri.

25 Duplicia sunt: veluti, vt possidetis & vtrubi: Duplicia autem ideo dicuntur, quia in his par vtriusque litigatoris est conditio, & vnusquisque tam actoris quam rei partes sustinet.

26 Concludemus hic, possessoria interdicta vasallo etiam accommodari, tam aduersus extraneum, quam contra ipsum feudi dominum, & illa domino & ipsi competere.

Corollaria. 1. Repressalias omni iure licitas esse putamus.

2. Veritati magis, non Cuiacio, gratificabimur, asserendo, vim publicam à priuata eo generaliter distingui, quod hæc sine armis, illa vero cum armis committatur.

DISPUTATIONIS XLVIII.

De interdictis, obiectiones & resolutiones.

S V M M A R I A.

- 1 Interdictorum materia cur non præcedat materiam exceptionum, sed eam sequatur.
- 2 Interdictum unde dicatur.
- 3 Interdictum quid sit.
- 4 Iudicium duplex est, petitorium & possessorium.
- 5 Interdicta an omnia sint de possessione vel quasi.
- 6 Interdictum quomodo & decretum sit, & ius.
- 7 Homo liber potest quasi possideri.
- 8 Interdicta olim certis formulis fiebant.
- 9 Interdictis cur experiri utile sit.
- 10 Interdicta quamuis in rem concipiuntur, tamen omnia sunt personalia.
- 11 Fructuum ratio qualis in interdictis habeatur.
- 12 Diuifio interdictorum, in prohibitoria, restitutoria & exhibitoria, unde sumta sit, & an pro principali habenda.
- 13 Interdictorum inscriptiones unde sumantur.
- 14 Interdicta an recte dicantur esse prohibendi & iubendi.
- 15 Interdicta an vera diuisione dicantur quadam esse adipiscenda, quadam retinenda, & quadam recuperanda possessionis.

- 16 *Interdictum conservanda possessionis nullum est.*
- 17 *Interdictum quorum bonorum cui datur.*
- 18 *Interdictum quorum bonorum an sit uniuersale.*
- 19 *Interdicto Saluiano quid petatur.*
- 20 *Interdicta retinenda possessionis quot sint.*
- 21 *Interdictum vii possidetis quid sit, & quid eo petatur.*
- 22 *Possidere quot modis quis dicatur.*
- 23 *Possessio solo animo potest amitti.*
- 24 *Interdictum vii possidetis habet etiam is qui vi deiectus est à possessione.*
- 25 *Interdictum de vi & vi armata, cui competat.*
- 26 *Possessione deiectus qua ratione possit intentare interdictum, vii possidetis.*
- 27 *Possessio naturalis si amittatur, quomodo restitui possit.*
- 28 *Affectio eius qui possessione deicitur, semper spectanda est.*
- 29 *Rem & nam & eandem an duo in solidum possidere possint.*
- 30 *Castanorum & Proculianorum pugna.*
- 31 *Possessionis recuperanda interdicta qua sint.*
- 32 *Missus in possessionem ex primo decreto, an incidat in penam.*
- 33 *Missus ex secundo decreto in possessionem quid accipiat.*
- 34 *Vis aliquem deiciens de possessione, quomodo puniatur.*
- 35 *Vis publica & priuata quomodo differant.*
- 36 *Interdicta duplicia qua sint.*
- 37 *Interdicta nulla esse recuperanda & adipiscenda simul possessioni.*
- 38 *Vasallo an competant interdicta possessoria tam aduersus donum ipsum, quatuor aduer-*
- 39 *vasallus & libertus differunt.* (vis extraneum.)
- 40 *Dominus fendi debet in omnibus vicem reddere vasallo.*
- 41 *Interdicta possessoria etiam domino ipsi aduersus vasallum competunt.*
- 42 *Repressalia an omni iure sint licita.*
- 43 *Repressalia quid sint.*
- 44 *Repressalia procedunt in ultimum subsidium.*
- 45 *Spoliatus ante omnia est restituendus.*
- 46 *Repressalia litera quando dentur.*
- 47 *Studiosi in Academicis & pedelli eorum, & bique pro ciuibus habentur.*
- 48 *Repressalia litera aduersus quos non conferantur.*
- 49 *Repressalia an cum iure natura pugnent.*
- 50 *Detentus alieno nomine damnum an petatur.*
- 51 *Repressalia an iure diuino prohibeantur.*
- 52 *Filius quomodo dicatur non portaturus iniquitatem patris.*
- 53 *Vindicta priuata nulli est permissa.*
- 54 *Repressalia habent speciem iusti belli.*
- 55 *Repressalia litera an pugnent cum iure Canonico.*
- 56 *Repressalia litera an non iure ciuili sint prohibita.*
- 57 *Iudicis copia & bī haberi non potest, ipse nisi ius dicere possim.*
- 58 *Repressalia & arresta differunt.*
- 59 *Repressalia nulla expressu Imp. posteriorum sanctione sunt cassata.*

AD Continuationem.] Mutari aliquis posset, cur tractatus interdictorum subiiciatur materię exceptionum, cum tamen actionum nomine interdicta veniant, ex quo
vide-

videtur dicendum statim post actiones debere agi de interdictis. Cui respondet Myns.^{n.} 1. § 2. hic naturæ ordine inspecto præcedere materiam interdictorum tractationem exceptionum: Ordine vero docendi inspecto, nihil deferre, quæ materia præcedat, cū continuatio titulorum ad se inuicem non sint necessaria sed probabilis. Et id etiam D. Horst. in tract. de interdictis publice ita proposuit. Materia vero interdictorum est practicabilis & propter quotidianam vilitatem commendatione nulla indiget, cum scilicet commendet secundum Ictum in l. ff. de restitut. Welenbec. in supplem. ad Schneid. & c. hic in princ.

Ad Thes. 1. Interdictum secundum Iustin. ex eo appellatur, quod inter duos datur. Hæc Iustin. etymologia improbabilis non videtur, sed contra hanc etymologiam obicitur, quod non tantum inter duos, sed etiam inter plures interdicta reddantur. Ergo illa etymologia non est perpetua. Respond. Vt plurimum inter duos de possessione datur interdictum, scilicet inspecto actore & reo, inter quos duos datur, licet interdum sint plures socii causæ, tam ex parte rei quam actoris, qui tamen omnes ex utraque parte pro actore vel reo vno habentur, præterea dici potest vnitatem hic excludi, vel iudicis personam excludi, nam ille non adest, & saltem sit à superiori interdictio inter litigatores, ne facile ad arma veniant. Welenbec. in §. summa h. tit. n. ad fin. Secundo opponitur potius interdictum dici ab interdicendo, hoc est, interloquendo, ut putat Welenb. in paratis. ff. n. 3. h. t. n. vel dici ex eo quod interim detur interdictum, donec scilicet pleniore iudicio de iure possessoris quaratur, & sic ad tempus vni ex iis adiudicatur, qui antea in possessione fuit, & dicitur illa momentanea possessio, quæ durat, donec perfectius causa examinetur. Myns. n. 6. hic & Cuiac. in paratis ff. eod. dicit, scite potius quam vere Iustin. id dicere, quod inter duos detur, verius ab interloquendo id quod per l. 3. §. ult. ff. de lib. hom. exhib. probat. Resp. Quando nos dicimus interdictum dici quasi inter duos detur, id cum quadam efficacia intelligimus, quasi scilicet inter duos detur secundum thes. 3. 2. scilicet ut fiat id interdicens, hoc est, attribuendo momentaneam possessionem vni ex litigatoribus, tamdiu, donec causa maiori indagine inquiratur, vel si neuter possideret sequestrando possessionem, donec tota causa eo diligentius examinetur, id quod tum potissimum fit, quando est metus armorum, cum ad iudicis officium spectet providere ne ad arma partes protruant, sed ut lites mianuantur, & Myns. dicit in §. retinenda. nu. 7. se hoc sæpius vidisse in Camera prædicatum, deinde in d. l. 3. §. ult. ff. de lib. hom. exhib. dicitur quidem rogandum, tamen petendum scilicet ut olim fiebat, inde adhuc illa vox remansit. Deinde illa etymologia ab interdicens non esset generalis, quia non tantum interdicitur, sed etiam exhibetur. Verior igitur & generalior Iustin. videtur etymologia, ut dicamus interdicta dici, quod inter duos dentur ad excludendum iudicem vel vnitatem, id quod fit interim interdicens vel iubendo quid fieri vel exhiberi, donec tota causa pleniori iudicio sit disputata, & rectius sit inquisitum utriusque litigatoris ius.

Ad Thes. 2. Proponitur in 2. thes. definitio interdicti, quod sit ius persequendi in iudicio possessionem vel quasi possessionem sibi debitam. Dico quod sit ius persequendi ex definitione actionis in §. 1. sup. de action. quia generali appellatione actionis venit etiam interdictum. l. actionis verbo 37. ff. de ob. & act. Addo etiam differentiam in verb. posses. vel quasi posses. quia actione ius nostrum quoad proprietatem. Et notandum est quod duplex esse iudicium, petitorium & possessorium, quorum illud proprietatem, cui inuoluta est possessio, respicit: hoc possessionem, ut constat ex cap. pastoralis & integra rubr. ff.

de causis possessionis & proprietatis naturaliter. §. nihil commune. ff. de acquir. possess. In possessorio igitur de possess. vel quasi possess. In petitorio de dominio vel quasi agitur. §. omniū supr. de action. Id quod etiam Welenb. in supplem. ad Schneid. W. nu. 3. cū seqq. in pr. prolixius ostendit. Sed obiicitur totus tit. ff. ne quid. in via publ. vbi est ius non sibi debitum, scil. quo ad possess. Ergo id falso in thesi affirmatur. Resp. Particula sibi ita accipitur, quando possessio vel quasi debetur non priuato tantum, sed etiam Reipubl. seu vniuersitati, modo sit possessio. l. 2. §. 1. ff. eod. Secundo obiicitur l. 2. §. quadam ff. de interdict. vbi expressis verbis affirmatur quādam interdicta, puta de itinere actusque priuato, & forte alia, continere causam proprietatis. Deinde ibidem dicitur, quod etiam interdicta, quæ sunt de locis sacris & religiosis, veluti proprietatis causam contineant. Ergo falsum est quod hic dicitur: in thesi, interdicta esse iura de possess. vel quasi possessione, cum tamen certum sit proprietatem & possessionem differre. l. quasi. ff. de verb. signif. Respond. Cuiac. lib. 5. obseruat. c.

19. † plerumque omnia interdicta esse de possessione vel quasi possessione: pauca esse de proprietate vel quasi idem vult lib. 5. c. 17. & in d. l. 2. §. quadam h. tit. Et hoc etiam Iustin. Imp. ostendit h. tit. n. quando vitur particula: maxime; quæ particula inuoluit & includit etiam possess. vel quasi possess. in certis casibus, & dicimus ita; Cui considerant & ponunt id in definitionibus, quod vltimum sit non rarius. l. 3. 4. 5. 6. ff. de l. Vnde id dum rarius est, omittimus, cum vt plurimum interdicta sint de possess. vel quasi possess. Quamuis tamen Cuiac. in paratit. C. de interdict. expresse dicat d. l. 2. §. quadam, ita esse accipiendam, quando dicitur hoc interdictum, scil. de itinere actusque priuato proprietatis non possessionis causam, obtinet, hoc est, non solius possessionis sed etiam proprietatis, quasi videatur innuere hoc interdictum plus habere possessionis quam proprietatis, quæ solutio rem totam sustineret. Deinde quia res sacræ non sunt in dominio, de quo vitur Iustus in d. l. 2. §. quadam, particula quasi, id quod eadem ratione ita accipi potest. Et ita fere Dn. Horst. etiam in tract. de interdict. id soluit, quamuis illa interdicta de re priuata intelligat per d. l. 2. hac etiam ff. h. tit. n. Actio vero non tantum possessionem vel quasi sed vniuersum ius aliquius persequitur seu proprietates vel quasi vna cum possessionibus, c. 17. 111. Definitur interdictum decretum in paratit. C. Ergo non est ius. Resp. Est decretum, & nihilominus ius definiri potest: † decretum est ratio veteris iuris potius, quia inspecto nouo iure vtilis actio datur ex interdicto, quemadmodum thesi sequens ostendit. Deinde obiicitur ita: liber homo non possidetur Ergo interdictum de liberis exhibendis, & de libero homine exhibendo, non est de possessione Resp. Certum est, liberum etiam hominem quasi possideri, & datur hoc interdictum ratione quasi possess. quam quis habet in suis liberis. Sed obiicitur contra datam solutionem. l. si liber. 13. ff. ad exhibend. vbi dicitur non dari actionem ad exhibendum, sed interdictum ratione eius, quod ab alio liber homo detinetur, cū tamen contrarium dicatur, in l. de eo. in pr. 12. ff. ad exhibend. Resp. Gothofred. dicit illa ipsam l. 13. in fin. solvere totam rem, scil. ideo in d. l. 3. non dari actionem, quia non interest, peculiariter enim datur actio ad exhibendum d. l. de eo. 12. in pr.

3. Ad Thef. 3. 4. Solennibus † formulis olim fiebant interdicta, nam fiebant à prætoribus ita, vt impetrarentur certæ formulæ, quemadmodum etiam in actionibus est factum, vbi si quis in vna syllaba erravit in illis formulis, ille cecidit causa, sed iam id sublatum est tot. tit. C. de form. & impell. sublat. Hodie datur actio utilis ex causa interdicti extraordinaria, Welenb. in paratit. h. tit. num. 2. vnde in Rubr. ff. habetur, de interdict. vel extraordinariis actionibus quæ prohibeantur exerceri, quæ verba posteriora à compilatoribus sunt adiecta, vel expetuo edicto, Welenb. in paratit. ff. n. 2. In Camera tamē hodie momentanea possessio vni attribuitur vel sequestratur, donec de causa plenario magis processu agatur; idq; fit ideo,

ideo vt armavitentur, & Mynſ. dicit in §. *retinenda. num. 7. h. tit. n.* ſeſapius in Camera id vidiffe pronuntiatum.

Ad Theſ. 5. & 6.] Vtile eſt interdictis experiri, † ideo quia non ante ibi fit reſtitutio ab aſtore, quam ſi aduerſarius intentionem ſuam probauerit, & hæc ſumma eſt interdictorum utilitas. Et ſciendum deinde interdicta quidem eſſe concepta in rem, cum rem perſequantur. *d. l. 2. §. quædam. ff. h. tit. n.* quamvis † vi ipſa ſint perſonalia, & hoc ita eſt intelligendum ſecundum Weſenbec. in *paratis. ff. num. 7.* vi ipſa, effectu, & potestate omnia interdicta ad perſonas certas pertinere, quamvis generaliter de re & poſſeſſe. loquantur. Aſſirmatur deinde in *6. theſi.* in interdictis haberi rationem fructuum, † ex quo ſunt edita non retro *l. 3. in interdictis. ff. de interdict.* Sed obiicitur *l. videamus. 38. §. in Fabiana, cum ſeq. ff. de ſur.* Ibi omnium fructuum habetur ratio: Ergo non tantum eorum, quæ poſt edita interdicta aſſuerunt, ſed etiam illorum, quæ ante editam actionem computari poſſunt. Reſpond. Cuiac. *lib. 4. obſeru. c. 11.* dicit *d. l. 3. ff. eod.* coherere cum §. *ſin. d. l. 2.* vbi agitur de interdictis recuperandæ & adipiſcendæ poſſeſſionis, quæ dicuntur reſtitutoria. Itaque ex gloſſ. quadam forte, poſitam legem in interdictis tam recuperandæ quam adipiſcendæ poſſeſſionis; Exinde habetur ratio fructuum, ex quo edita ſunt non retro, Ergo *d. l. videamus. §. in Fabiana.* loquitur de retinendæ poſſeſſionis interdictis, in quibus id non procedit. Sed contra datam ſolutionem obiicitur *l. 4. C. vnde vi. l. 1. §. ex die. 40. ff. de vi & vi armat.* vbi ex die, quo quis deiectus eſt habetur ratio fructuum; id tamen interdictum eſt recuperandæ poſſeſſionis: Ergo id in iis non ita obrinet vt poſt editionem fructus præſtentur. Reſpond. Speciale eſt in interdicto vel in illis duobus interdictis recuperandæ poſſeſſionis, quia hæc duo tantum ſunt recuperandæ poſſeſſionis ſecundum Cuiac. in *d. l. 1.* Vel dicendum eſt *l. C. in d. §. ex die,* dicere: In *cæteris*, ſcil. quæ perinde ſunt reſtitutoria atque interdictum vnde vi, quæ verba important ſpecialitatem forte propter delicti enormitatē & atrocitatem facinoris, quemadmodū *l. C. in d. l. 1. §. interdictum hoc. 43. ff. de vi & vi armat.* Quamvis Cuiac. in *ſin. d. l.* auctor ſit, vt verba illa: *adipiſcenda vel recuperanda poſſeſſ.* tollantur: Vnde etiam in Codicibus non habentur illa verba in *d. l. 3. ff. de interdict.*

Ad Theſin 7. 8. 9. 10.] Agitur hic de ſumma diuiſione, quæ eſt deſumpta † à forma, *l. 2.* quæ dat eſſe rei. Weſenb. in §. *ſumma. h. tit. n.* Sed obiicitur *l. 1. in princ. ff. de interdict.* vbi dicitur interdicta eſſe vel diuinarum vel humanarum rerum: Ergo illa diuiſio, eſt ſumma, cum & ibi ſit ſumma, & ideo ſummo loco ponatur. Reſpond. Illa eſt diuiſio à materiali cauſa ſumpta, ex quo ea non eſt prior, & certum eſt omnia interdicta, prohibitoria, reſtitutoria & exhibitoria eſſe, rebus diuinis vel humanis. Et eſt hæc ſumma etiam ideo, quia ita diſcernere plurimum prodeſt ratione executionis. Parum autem reſert ad rem ſcire, an ſint de rebus humanis, an de rebus diuinis. Vnde non obrinet Hotteman. §. *ſumma. enunc. 1.* qui putat hanc diuiſionem non attingere rei naturam & ſubſtantiam, & melius feciſſe Vlpianum in *d. l. 1. h. tit. n.* At notandum interdictorum † inſcriptiones à primis cuiusque interdictorum verbis ſumi ſolere. Weſenbec. in *paratis. ff. ne vi fiat ei. c. 6. n. 4.* Secundo ita obiicitur: duplicia potius ſunt interdicta, † ſcilicet prohibendi & iubendi. Reſpond. Id generalius dici poteſt, quia reſtitutoria & exhibitoria ſub iis, quæ iubentur, continentur, in quod concedi poteſt: Sed nemo peccat, qui Iuſtin. ſequitur, quem multi docti ſunt ſecuti.

Ad Theſin 11.] Alia diuiſio interdictorum hic ponitur, ſcilicet aliqua eſſe adipiſcendæ, aliqua retinendæ, aliqua recuperandæ poſſeſſionis. Sed obiicitur † non eſſe diuiſio-

nem, sed potius subdiuisionem. Hæc in §. *sequens. enunc. l. ibi. l.* & Mynf. Resp. Superior est plana, hæc etiam alio respectu, scilicet accidentis: licet enim diuisio hæc competat superioris diuisionis speciebus, tamen id alio accidente fit. Secundo obicitur, quod hæc diuisio non sit perfecta, cum quarta etiam species addatur, scilicet conseruandæ vel confirmandæ possels. Nam si filio impuberi moueatur quæstio status & hereditatis, officio Carboniani edicti in tempus pubertatis differtur quæstio, mittiturque in possels. *l. si non possidet. l. præstita cautione. l. i. C. de Carbon. Edicto. l. 6 §. missum. ff. eod.* Resp. Iason in d. l. i. ita respondet, quod † non sit interdictum seu possessorum remedium ordinarium, nec datur inter duos contendentes de possels. Mynf. in d. §. *sequens. n. 2. §. 3.*

Ad Thesin 12. 13.] Agitur hic de interdictis adipiscendæ possessionis, scilicet, quorum bonorum, quod † datur heredi actori, scilicet qui nunquam possessionem habuit. Marant. *part. 4. distinct. 7. num. 5.* & requiritur ut alius sit in possessione. Wesenb. in *paratit. ff. eod. num. 8.* Sed obicitur: Restituitur mihi, quod antea habui; Ergo potius est recuperandæ possessionis hoc interdictum: Nam utimur particula, restituere, restituere, ut & alias, accipitur hic pro tradere de nouo; nam reus pro possessore vel herede possidet, actor petit. Adita autem fuit hereditas de Iure prætorio *l. i. 2. C. quorum bonorum.* Marantha *part. 4. distinct. 7. num. 4.* Potest autem esse duplex: utile & directum. Directum bonorum possessioni datur de Iure prætorio: utile de Iure Ciuili heredi, Marantha. *part. 4. distinct. 7. num. 7.* Deinde affirmatur hoc interdictum esse † vniuersale. Cui opponitur §. *sequens. h. tit. n. 6. l. hac amplius. cum l. seq. ff. de furt.* vbi dicitur, quod etiam hoc interdictum competat pro rebus singularibus. Respond. Singulæ res possunt peti hoc interdictum, modo tamen sint hereditatis; nam quælibet res, quamuis minima, ex hereditate petitur iure vniuersali; Quamuis Dn. Mynf. *num. 7. §. sequens* videtur velle Vlpiani respondisse in d. l. i. in *fin. ff. quorum bonorum*, aliquid deesse quasi scilicet ad singulas etiam res pertineat: vel dicendum principaliter ad vniuersitatem hoc interdictum pertinere: In consequenti autem ad singulas res Deinde est interdictum saluianum † quo petuntur res coloni facite obligatæ, in prædium conductum illatæ: Marantha *p. 4. dist. 7. n. 11.* Quamuis Cuiac. in *paratit. ff. veli verbum*, pepigisset, expressam & nominatam conventionem requirere, & competit utiliter de omnibus rebus cuiuscunq; debitoris, pignori obligatis. *l. i. C. de precario.* Plura adhuc sunt interdicta adipiscendæ possels, secundum Maranth. *par. 4. dist. 7. n. 4. cum multis seqq.* quæ ibi videantur,

Ad Thes. 14. 15.] Agitur hic de interdictis retinendæ possels. & † duo tantum sunt, in quibus id exemplificatur, scilicet uti possidetis & vrubi. Maranth. *p. 4. distinct. 7. nu. 14.* Interdictum uti possidetis † est fundi vel adium, & sic immobilium. Vrubi de mobili possessione, utiliter tamen interdictum uti possidetis locum habet in rebus incorporalibus iurisdictionis seruitutum retinendarum, si quis in iusturbatur. Mynsing. §. *sed interdicto. num. 4. h. tit. n.*

Ad Thesin 16.] Possidet quis non tantum, si ipse possideat, † sed si eius nomine alius: Imo animo solo retineri possessio potest, quamuis nec ipse in possels. sit, nec eius nomine alius, sed animo tantum solo adipisci nemo possels. potest. Sed valde obicitur *l. quemadmodum. 8. ff. de acquir. poss. §. vbi dicitur*, quemadmodum nulla possels. acquiri potest nisi animo & corpore, ita nulla amittitur, nisi in qua vrutq; est in contrarium actum. Cui tamen rursus refragatur *l. 3. §. in amittenda. ff. de acquir. possels.* vbi dicitur animo solo amitti possessionem posse Resp. distinguendum est inter acquisitionem & amissionem. In acquisitione non sufficit animus: at in amissione possessio amittitur † ex solo animo, quando quis ani-

num possidēdi abiicit, etiamsi adhuc corpore incumbat, tamen possessio solo animo est extincta. Si in amittendo præcedit naturalis possessio, ciuilis non amittitur: nam vtrung; simul requiritur *secundum d. l. quemadmodum*. Si vero præcedat ciuilis possessio in amittendo, sufficit animus in abiiciendo, qui præualeat, licet adhuc quis corpore incubat rei, & ita accipitur *d. l. 3. §. in amittenda*. Eandem solutionem vt video, iam habet Gothofr. *in d. l. quemadmodum*. his verbis: si inchoes amissionem à corpore, id est, à naturali possessione corporis & animi actus requiritur, si ab animo inchoes, solus animus sufficit, vnde & *in l. fere. tit. 13. ff. de regul. iur.* est adiecta particula *Fere*, limitatiua. Eodem modo ipse solui hæcē II. in disputatione, cum profecto non memineram me vnaquam eam auduisse antea vel legisse. Et est elegans solutio & vera. Verior certe dari non potest ex ipsa natura naturalis & ciuilis possessionis.

Ad Thesin 17.] In thesi superiori dictum est, solo animo retineri possessionem ex quo consequitur, adhuc cum, † qui vi deiectus est, habere interdictū vti possidetis. Quamuis Cuiac. in contraria sit sententia. Fundamenta autem nostræ sententiæ sunt hæc. Primo, vt hoc interdictum locum habeat, nihil interest, an quis naturaliter vel ciuilitè possideat: nam semper iuris interpretatione pro possessore est, vt probatur *per l. si quis. 17. in pr. ff. de acquir. poss.* vbi dicitur, qui deiectus est possessione, perinde haberi debet ac si possideret. Secundo, nemo ex improbitate sua consequi debet actionem *l. item fullo. 12. §. 1. ff. de furt.* quod hic fieret: imo vis non debet adinuari, quia illi non possunt dicere se habere animum possidendi illas res, quas mala fide habent, vnde inquit Welsch. contrariam sententiam Dd. fallere. Tertium argumentum: Interdictum de vi & vi armata competit ei, qui † in possessione turbatur, *l. vim facit. 11. ff. de vi & vi armata*. quando possessione nondum abiit: Ergo nihil obstat, quo minus è contrario etiam detur per vim deiecto hoc interdictum. Nam id *l. 1. in pr. ff. eod.* ostendit, quando dicit vti possidetis, quo minus ita possideatis vim fieri veto. Deinde hic ille succumbit, qui vi ab alio possidet *l. 1. 3. ff. h. tit.* Quartum argumentum est ex *l. 3. in pr. ff. eod.* vbi dicit Paul. Si vi à me possides, superior sum in hoc interdicto, quod de eo, qui vi expulsum est, interpretatur Iustin. *in §. quorum. h. tit. n.* Si igitur superior est, merito vincitur, & per consequens eo interdicto is vti potest, qui vi deiectus est ex possessione. Manet igitur nostra sententia vera, donec ea, quæ videntur ob stare, remoueantur.

Contrariam autem sententiam defendentium hæc sunt fundamen. I. Argumentum est *l. si quis vi. 17. in pr. ff. de acquir. poss.* vbi dicitur interdictum vnde vi recuperandę possessionis dari, quando quis vi est deiectus: Ergo non datur interdictum, vti possidetis. Resp. Recte responderetur ad naturalem possessionem etiam acquirendam, quæ amissa est, recte dari interdictum vnde vi: Ciuilem autem is retinet animo, qui est deiectus. Vnde † ratione ciuilis possessionis, quam adhuc habet, interdictum vti possidetis, adhuc etiam intentare potest. II. Argumentum est, ex *l. 3. §. si quis ff. de vi & vi armata*. vbi dicitur, quod aliquis amittat possessionem, quando meru deterreretur. Respond. Ibi metuit, cum nihil metuere debet, vnde si relinquit posses. non videtur deiectus, quia errans discedit. III. est ex *l. 1. §. est igitur. §. §. interdictum. ff. vi possidetis*. vbi dicitur expresse: Vnde vi restituit possessionē amissam: interdictum tuetur eam vti possidetis, quæ fuit: Ergo illud interdictum non potest dari pro recuperanda possessione. Respond. Naturalis est amissa possessio, & vt ea restituatur, † ope Magistratus necessarium est interdictum de vi & vi armata. Sed ciuilis possessio fuit retenta, & quia adhuc ciuilitè possidet, eius ratione & intuitu, interdictum vti possidetis intentare potest. Et certum est possessionem non amitti nisi animo & corpore simul. *l. quemadmodum. 8. ff. de acquirend. vel amittenda. possessione.*

Actus

Actus tamen naturalis possessionis per violentam deiectionem potest impediri, qui ut liber sit interdicto de vi & vi armata potest obtineri. Si quis autem animum abiicit possidendi, licet adhuc possideat, tamen possessionem amisit vere *l. 3. §. in amittenda. ff. de acquir. posses.* Quartum argumentum est ex *l. 1. §. siue à corpore. 24. ff. de vi & vi armata.* vbi dicitur vi eum esse deiectum, qui civilem possessionem amisit, quam animo habuit, & dicitur, ademit possessionem per deiectionem, quam animo retinebat. Ergo non tantum naturalis possessio amittitur per deiectionem sed etiam civilis, & per consequens interdictum vti possideris locum non habet, quia ut ante dictum fuit, intentatur id ratione civilis possessionis, quæ manet. Respond. Ibi voluit quis amittere etiam animo possessionem, hoc est, civilem, dum nimium molestatur, dum in itinere detinetur, quemadmodum textus satis ostendit. Affectio ¶ enim eius qui deicitur, est considerata & inuenda, quo animo quis fundos vel ædes, ex quibus deicitur, deserat. *d. l. 3. §. usufrui. ff. de vi & vi armata. d. l. 3. §. in amittenda. ff. de acquir. posses.*

Quintum argumentum est ex *l. clam. 6. §. fin. ff. de acquir. poss.* vbi quis ad nundinas profectus amittit possessionem. Respond. Miror Cuiac. in *dd. locis*, hoc fundamento vti, cum expresse nostram sententiam defendat: nam dicitur ita: Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit, & dum redit ex nundinis aliquis occupauit possessionem: Dum autem clam inuasit possessionem, retinet is, qui ex nundinis rediit, possessionem. Quod & nos volumus, vnde etiam pro recuperanda naturali possessione, à qua fuit deiectus, occupatione potest interdictum habere de vi & vi armata, vel quod vi aut clam interdictum vti possideris ratione civilis possessionis.

Sextum argumentum est ex *l. 1 §. deicitur. & §. penult. ff. de vi & vi armat. & l. naturaliter. §. ff. de usurpat. & §. usucap.* Respond. vt ante, naturalis amittitur & recuperatur interdicto de vi & vi armata, civilis manet, & defenditur per interdictum vti possideris, & dum civilis defenditur, vna naturalis acquiritur, atque ita etiam *l. 11. ff. de condict. tritic.* intelligenda est.

Septimum argumentum est ita: Duo in solidum vnam rem tenere non possunt, is scilicet qui deicit & qui est deiectus. *l. 3. §. ff. de acquir. posses.* Ergo quando quis deicitur, civilem & naturalem possessionem simul amittit, & per consequens interdictum vti possideris non potest habere. Respond. Duo non possunt in solidum vnam rem tenere naturaliter & civiliter. Sed bene ¶ vnus naturaliter, alter civiliter possessionem habere potest. ²⁹ Gloss. in *c. licet. 9. §. expressis. in verb. eodem modo. extr. de probat.* Et ¶ Cassiani, vt Trebatius in *d. l. 3. in princ. ff. de iis possideris.* fuerunt in ea sententia, duos in solidum possidere posse: Proculiani id negarunt, quorum sententia ita obtinuit, Cuiac. eas ll. conciliet & notet Gothofred. ad *d. l. 3. in princ. & l. 84.* Vltimo afferunt *l. sequitur. 4. §. si tu me vi. ff. de usurpat. & §. usucap.* vbi est vacua possessio & potest vsucapi: vnde oportet eam amissam esse, & per consequens dici non potest, dari interdictum vti possideris ratione civilis possessionis. Respond. Ea lex nobis nihil refragatur, & casus eius hic est: Sempronius Caium vi expellit ex fundi possessione, nec tamen possessionem apprehendit, sed Titius tertius, scilicet quidam, bona fide possessionem vacuam, hoc est, ab alio Sempronio non possessam, ingreditur, & bona fide retinet, & dicitur, quod hic Titius longo tempore vsucapere possit. Et hoc non mirum, quia sine vi nec clam nec precario est ingressus, sed bona fide quæ hoc operatur, & vsucapionem impertit post longum tempus. Manet igitur nostra sententia firma.

³¹ Ad Thefin 18. 19.] Agitur hic de ¶ interdictis recuperandæ possessionis; nam quando quis deicitur ex possessione, potest eam recuperare per interdictum vnde vi: imo aliter etiam

etiam ex constitutionibus Imp. puniuntur, quia alienam possessionem temere occupant. Sed obicitur: Nemo ex improbitate sua actionem consequatur *l. item fulto. C. § 1. ff. de furt.* Ergo nec hic potest habere is interdictum, quia ab alio vi, clam, precario possidet. Respond. non recte facit, quia possessionem quam habet, iniuste tueri aduersus eum, qui eum rursus vi deicit: sed in eo peccat, quod iniuste antea possessionem sit ingressus. Deinde obiicitur *l. & l. C. vnde vi* vbi prohibetur quis omnino alienam possessionem ingredi. Respond. Illa lex loquitur in eo casu, quando quis sine vi ingreditur alterius vacuum possessionem. Dum igitur vim non committit, non potest conveniri à domino interdicto vnde vi, nec respicit dominus per id interdictum posses. sed per rei vindicationem suam recipit, nec agitur ibi de eo, quando prædo contra tertium non habeat hoc interdictum.

Ad Thesin 20.] Queritur an ¶ ex primo decreto missus in possessionem incidat in poenam. *d. l. si quis in tantam. C. vnde vi* & non incidere eum in illam poenam putamus. Ratio huius rei est, quia is, qui ex primo decreto habet, rem non possidet, sed est in posses. & per custodiam quasi rem tenet, vnde contra eum hoc interdicto non agitur. Maratha. *part. 4. distinct. 7. num. 78.* Speculat. *in tit. de primo & secundo decreto §. si duo. 3. §. creditores. ff. vi possidetis.* Qui autem nudam detentionem amittit eo casu ad illam recuperandam in factum habet actionem. Bart. *in l. fin. §. sed cum in secunda. C. de furt.* Marant. *p. 4. dist. 7. num. 42. C. § 1.* Missus autem ex ¶ secundo decreto, accipit possessionem non proprietatem: proprietatem autem queritur, si quis per longum tempus vsucapit. Sed obiicitur *l. si finita. 15. §. Iulianus cum seq. ff. de damno infecto.* vbi ex primo decreto missus in possessionem accipit possessionem, ex secundo decreto missus accipit proprietatem. Resp. Hoc ita est accipiendum, missum ex primo decreto in possessionem, hoc est, nuda detentione esse: Si autem post secundum decretum longo tempore retinet possessionem, acquirit per vsucapionem proprietatem, *secundum l. 3. §. fin. ff. de acquir. vel omit. posses.*

Ad Thesin 21. & ad 2. Corollarium.] Qui ¶ vi aliquem deicit de posses. tene-
tur *l. Iulia. de vi publ. aut priuat.* Et vis publica est quæ fit armis. Vis priuata est, quæ sine armis committitur, & hæc ¶ vera est differentia & forma inter vim publicam & priuatam, quemadmodum hic Imp. *in §. recuperanda. in fin. C. in §. item lex Iulia. Instit. de public. ind. putat.* sed Cuiac. *in tit. C. de vi publ.* aliter sentit, & fundamenta eius sunt. Primum, *l. 3. §. & l. ff. ad l. Iul. de vi publ.* vbi dicitur teneri eum lege de publica vi, qui armatis hominibus vim exerceat: Ergo non certum est eum habuisse arma. Respond. Præsumitur id factum propter absistentiam, eumque simul arma gestasse, quamvis sufficiat eum autorem fuisse. Secundo affertur *l. vltim. ff. ad leg. Iuliam. de vi public.* vbi qui noua veſtigalia exercent, crimine de vi publica tenentur: Ergo non opus est arma adesse. Resp. Etiam id armorum strepitu fieri potest pro subiecta materia, quamvis *l. Iulia* ambitus, etiam tenetur talis, si forte sine armis fiat. *l. vno. §. 2. inf. de l. Iulia ambitus.* Tercio affertur *l. 1. §. hac autem separatio. ff. de positi.* vbi si vim exerceat quis in publicam vtilitatem, tenetur vi publica. Et in *l. 2. §. 1. ff. ne de statu defunct.* vbi est publica vtilitas. Resp. Ibi non tenetur vi publica, quando quis publicam vim exerceat, nisi id fiat armis, nec quicquæ ea de re ibi traditur, nec consideratur id, cui infertur vis, sine sit publica vel priuata causa. Sed quomodo inferatur, armisne, vel sine armis. Quarto obiiciuntur coniunctim *l. qui dolo. 10. §. hac lege. ff. de vi publ. C. l. 2. ff. de vi priuata.* vbi eadem verba habentur, Ergo interdum publica vis fit sine armis, & priuata cum armis. Resp. Quælibet lex accipiat interpretationem ex sua materia, ita ut *d. l. 10. §. hac lege.* accipiat de publica vi. *d. l. 2. de priuata.*

Ad Thesin 22. 23. 24. 25.] Agitur in hisce thesibus de alia tertia scil. diuisione in
 36 terdictorum quædam esse simplicia, quædam duplicia. Duplicia sunt † vti possidetis & v-
 trubi, quæ sunt retinendæ possessionis. Sed valde obicitur *l. 2. §. fin. ff. de interd. vbi dicitur*
 duplicia sunt, vt diximus, recuperandæ & adipiscendæ possels. Ergo non hæc duo, re-
 tinendæ possessionis. Respond. Cuiac. *lib. 4. obser. c. 11.* putat verba *d. l. 2. §. vlt.* esse sus-
 pecta magni erroris, quia in initio id non dixit, ad quod tamen se refert. Nec dicuntur du-
 37 plicia, quod sint recuperandæ & adipiscendæ, sed quia vterque actoris & rei partes susti-
 neret: Et addit Cuiac. Colligat quis omnia interdicta, & † nolo mihi amplius credi, si sunt
 quædam recuperandæ & adipiscendæ, quia recuperamus, quod habuimus & amisimus:
 Adipiscimur quod de nouo acquirimus. Sunt autem quædam interdicta prohibitoria &
 exhibitoria. *l. 1. §. 1. ff. eod. vt de liberis exhibendis mixta.*

Ad Thesin 26. 27.] Pro conclusione hic affertur quæstio: an aduersus dominum
 38 ipsum quemadmodum aduersus extraneum † vasallo competant interdicta possessoria?
 Et concludimus quod sic. Sed valde obicitur *l. 1. §. interdictum. 43. ff. de vi & vi armata.*
 vbi dicitur quod interdictum vnde vi propter atrocitatem delicti non detur liberto ad-
 39 uersus patronum: Ergo dum argumentum à liberto ad vasallum procedit, merito nec va-
 fallus contra dominum eo interdicto experiri potest. Respond. Magna est † differentia
 inter patronum & dominum, libertum & vasallum, & fallax est illud argumentum, quia
 quid consequitur libertus, qui mortuus fuit & sit viuus? certe accipit summum bonum, id
 40 est, libertatem à patrono suo. Vasallus accipit beneficium, pro quo vicissim promittit ser-
 uitiu. Deinde † vnus † vicem reddere debet in omnibus vasallo, vnde dum dominus e-
 ripuit feudum iusta causa armis, id est, vi publica, merito interdicto conueniri
 potest à vali. autem propter reuerentiam quam debet patrono, id non potest
 facere. Deinde id † procedit, quando est atrocitas delicti secundum *d. l. 1. §. interdictum. 43.*
ff. de vi & vi armata, & Baro à Trautenberg, in *c. 1. de milite Vasallo qui contumax est, in c.*
libus feudor. ridet eos qui hanc solutionem non admittunt. Et hic nulla est opus veniæ pe-
 titione, quia dominus deliquit: alias si dominus ipse non deliquit, tum si agere cepit ex
 quadam ciuili causa contra dominum, veniæ opus habet petitione, quemadmodum supra
 à nobis disputatum fuit.

Deinde in *d. thesi vlt.* proponitur hoc, quod domino ipsi etiam competant aduersus
 41 vasallum † interdicta possessoria. Sed obicitur ita: vnus in solidum non potest possidere;
 nec vnus ciuilitè, alter naturaliter. *l. 1. §. ex contrario. ff. de acquir. pos. l. si & certo. §. si duob.*
ff. Commodati: Ergo dum possessionē habet vasallus, eam non habet dominus. Et per conse-
 sequens possessoriis hiis interdictis experiri non potest. Resp. Reiecta sententia Sabinia-
 norum amplectimur sententiam Proculianorum, quæ est in argumen. apposito, quemad-
 modum *supr. ad thes. 17.* dictum fuit. Et certum est in solidum duos vnā rem non posse
 possidere. Sed vnus ciuilitè, alter naturaliter bene possidet. Ac ita facile etiam reliqua
 conciliari possunt.

42 *Ad Corollarium.]* An † Repressalia omni iure sint licitæ? Materia Repressaliarum
 in Germania est frequens, sed quia de equitate earum dubitari potest, ideo aliquid de ea se-
 43 cundum omnia iura erit dicendum. Sunt autem repressaliæ † oppignorationes, id est, rea-
 les vel personales apprehensiones, quādo scil. vnus pro alio capitur & apprehenditur. Iacob. à
 Canib. in *pr. vlt. c. belli iusti sunt species.* Mart. Laud. in *tract. suo. n. §.* & Gail. *lib. sing. de pign.*
obs. 2. si tamen quispiā externæ ditionis, vi publica, tēpore pacis, mea eripiat, mari vel terra
 eundū mihi fuerit, ad illi⁹ externi p̄datoris vel raptoris p̄priū Principē, atq; ab eo restitutio
 meorum bonorū reposcēda. Quam si Princeps mihi iustitiā requirenti denegat, aut æquo
 diutius

diffutis differe, aut dissimular, adibo ad propriū meum Principē, imploraturus eius opē, iu-
uamen & patrocinium, vt sua autoritate & gratia mihi literas concedat ad illū Principem
externū, pro iustitia administranda & facienda restitutione bonorū, q̄ restitutionē si secū-
do iudex mihi denegat, vel differt secundo, ad Principem meum redeo, exponens externi
Principis denegatā iustitiā, rogās vt alio modo mihi bona restituat, vt literas dignetur da-
re repressalias, quib. potestātē faciat, q̄ quibvis illius externi Principis subditis in sua ditio-
ne existentib. recuperationē bonor. meor. facere, eosq; cōprehendere, & bona ipsorū are-
sto sistere & diuendere, donec mihi ad summā creptorum sit satisfactum: Hoc ita Dam-
hauder. *in praxi Crimin. c. 98. per tot.* ita explicat. De hac re etiam Bart. tractatum scripsit:
Item Ioan. Iacob. à Canib. *occasione c. in 6. lib. decretal.* Item scripsit de iis tractum Martin.
Laudens. Gail etiam *lib. sing. de pign. obs. 2.* de iis habet.

Rationes autem æquiritatis multæ sunt & euidentes. I. Ratio, quia pcedunt repressal-
iæ in t̄ vltimum subsidium, q̄ est querendum quadā velut necessitate, quando Princeps ex-
ternus neglectui vel contētui habet alicuius quærimoniā, ad q̄ iustitiæ administrationem
nulla æquiore via perueniri potest. Malo igitur nodo malus est obiciendū cuneus. Dam-
hud. *nu. 7.* II. Omnia iura volunt, suū esse cuiq;tribuendū, q̄ non fieret, si non illa ratione
iustitia administraretur. Damhud. *n. 6. 7.* III. Spoliatus t̄ ante omnia est restituendus,
q̄ super spoliatiōe. 4. extr. de ord. cog. Ergo merito sunt iustæ receptæ repressalias, quib. tan-
dem sit restitutio, quæ ppter iudicem petulantē fieri non poterat. IV. Consuetudo eas re-
cepit in hisce locis & conseruauit, quæ merito pro lege seruatur. §. *ex non scripto. supr. de iur.*
nat. gent. & ciu. V. Quia Princeps id facit per iustitiā, dū suo subdito potius tæuet quā alie-
no, cuius Princeps denegat iustitiā, & suis subditis damnum facit. Deinde t̄ diligentiores
essent externi Principes & faciliores ad iustitiā peregrinis administrandā, & ne facilius vi-
cios offenderēt. Deniq; q̄ illi qui capiūt & detinētur, possunt omne damnum & interesse
repetere ab eo, cuius nomine ita detinētur, qui in hisce locis ita praticatur & obseruatur.

Hæ tamen literæ repressaliæ non semper dantur, sed tum t̄ quando magnū est damnum, 46
ingens iactura, non ob laue damnum & mediocre dispendium. Et certū est alia etiā remedia
subsidiaria vt est restitutio in integrū non dari pro re medica. §. *si oleum. §. fin. ff. de dolo ma-*
lo. Damhud. *in praxi de d. loco 9.* Secundo oportet Principem bene & plene esse edoctum
de re tota, antequā largiatur repressalias. Tertio intelligitur si non habeat superiorē is qui
concedit, vel ad quem literæ dantur. Nam si esset iudex donegans appellationis, non da-
rentur literæ à meo Principe. Quarto excipiuntur studentes in Academicis degentes cum
adherentib. & aliæ personæ priuilegiatæ, *Aush. habita. C. ne filij pro patre.* Et Pedellī eorū,
qui sunt necessarij. *argum. l. 3. in fin. l. scriniarios. ff. de testam. milit.* Qui vbiq; t̄ sunt pro ci- 47
uib. habendi & à seculari munere immunes. Deinde t̄ non conferuntur aduersus p̄prios 48
subditos, nec contra mulieres vel clericos. Damhud. *n. 20. 21. 22.* non contra legatos, nec
contra eos, qui se conferunt ad publicas & priuilegiatas nundinas. Hi enim in nundina-
rum loco nec capi nec detineri possunt. *l. 1. C. de nundin.*

Nunc & ea quæ videntur secundum omnia iura ob stare, videbimus, Primo, Quod nō
sit ex iure naturali, quia ius naturale dicit neminem debere iacturam ex alieno lucro sen-
tire. *l. in re natur. ff. de reg. iur.* Iacturā hic habet is, qui detinetur cum bonis, alieno tamen
nomine. Ergo repressaliæ non videntur esse ex iure natura, sed videntur potius esse æquo
rigorosiore & contra iustitiam. Respond. Damnum is qui detinetur t̄ nullum patitur, q̄
quia ab eo cuius nomine detinetur, illud tandem repetere potest, vt supra est dictum.
Deinde necessitate quadam ob denegatam iustitiā ad tale remedium decurrimus,
ob in commodum nostrum, quod à sceleratis prædonibus sumus passi, & ita nos vindica-

qui ingred. ad appell. in fin. Gail. lib. 1. obs. 85. num. 1. Hartman. Hartmanni lib. 2. obs. de iuram. calum. obs. 1. & lib. 1. obs. 3. eod.

4 Nec à partibus inuicem litigantibus expresse potest remitti. d. l. 2. §. sed quia. Author differentiar. iur. ciuilib & Saxonici lib. 1. different. 47. Iul. Clar. §. fin. quæst. 18. vers. dicit etiam. Marant. part. 6. de iuramento. num. 2. Imo nec statuto vel contraria, memoriali scilicet, consuetudo tolli potest. Gail. lib. 1. obseruat. 84. num. 6. & obseruat. 85. num. 3. 4. & seqq. Hartman. lib. 1. obseruat. 2. eod.

5 Præstant autem hoc iuramentum, non tantum actor & reus, vt dictum est, verum etiam vtriusque heredes, illud salua conscientia præstare possunt, cum non sit de veritate, sed de credulitate. Procuratores itidem & Aduocati, tutores & curatores principalium nomine. Wescenbec. in paratit. C. eod. num. 6. & 8. d. l. 2. in princip. l. rem non nouam. §. patroni. C. de iudic. d. §. item actoris. cum §. seq. insinuat. hoc sit.

6 Procuratores vero, quoties per speciale ad id mandatum admittuntur, non solum in animam Domini, sed etiam suam iurare debent: atque illud in iudicio Cameræ Imperialis obseruatur. Gail. lib. 1. obseruat. 83. num. 2. & obseruat. 88. in pr. & n. 1. Hartman. d. lib. 2. obs. 2. & lib. 1. obs. 2. Wescenb. d. loco. num. 6. ibi, etiam si principales. & n. 8. in fine.

7 Quod si actor vel Reus vel eorum procuratores iusiurandum hoc præstare nolint, olim in decimam litis partem condénabantur, hodie vero per sententiam iudicis actor casum actionis: Reus vero condemnationem sustinet. Damnum etiam, hoc est, interesse aduersarii, & impensas litis victus victori inferre cogitur. Wescenb. & Myns. hic ad verb. & impensas, & damnum. l. eum quem temere 76. in princ. ff. de iudic. l. properandum. §. siue autem. C. de iudic. l. 2. & 4. C. de fruct. & lit. expens. d. §. hæc autem omnia h. tit. n. Gail. d. loco. obseruat. 89. per tot.

8 Et hoc etiam locum habet in eo, qui renunciavit liti, tamen si is proprie non dicatur succumbere: Si tamen iustam quis litiganti causam habuit, vt-cunque succumbat in iudicio, non condemnatur: In expensis, nisi sint promissæ per stipulationem, vel iure actionis debeantur, aut ratione contumaciæ. Myns. ad d. §. hæc autem omnia. h. tit. n. 5. & 6. l. qui solidum 78. §. etiam de legat. 2. l. sancimus. C. de iudic.

9 Pœna pecuniaria temere litigantes ratione inficiationis; actione dupli vel tripli, quibusdam ex causis coercentur, veluti si damni iniuriæ, aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agatur. §. at aduersus inficientes. h. tit. & ibi Dd.

10 Infamia coercentur, qui actionibus infamiam inferentibus, siue ex delicto

delicto siue ex contractu ea descendant, conuincuntur, §. *ex quibusdam*. Wesenbec, & Myns. *ibidem* h. tit. n.

11 Eaque notantur, primo calumniæ aut præuicationis nomine, in publico iudicio commissæ; furti itemque siue manifesti, siue nec manifesti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, & de dolo malo, proprio scilicet non etiam alieno, puta tutorio aut procuratorio nomine damnati, quamuis si procuratorio nomine agatur, neque reum principalem, neque procuratorem notari volunt. Wesenb. *in parat. d. loco. n. 4.* Gail. *lib. 2. obs. 102. n. 7.*

12 Et non tantum hisce prædictis iudiciis damnati, verum etiam pacti, hoc est, qui pecuniam vel aliud quid pecuniæ loco dant, ne cum ipsis agatur, notantur, si nimirum transigatur post litis contestationem, alias non. l. 4. §. 5. & l. 5. l. 6. §. 3. l. 14. *de his qui not. l. 1. ff. de confessis. l. adiles 25. §. item. in fin. de adilit. edict. l. electio. 26 §. pen. de noxal. act.*

13 His porro iudiciis pœnalibus consimilia quædam sunt, ex contractu quidem orta, sed quæ tamen labem damnato inferunt, propterea quod in his de fide rupta agatur: vt sunt actio mandati, pro socio, tutelæ, l. *probrũ 42. ff. de verb. signif. & depositi, d. l. furti §. pen. & d. §. pen. Instit. h. tit. n.* Quod de directis actionibus accipiendum est, non de contrariis, vbi de impensis agitur. Pacti vero hic non, vt ante, notantur, quia in his transactio super contractu fit principaliter. d. §. *pen. hic. & l. in actionib. 7. ff. qui not. infra l. si vnus. §. illud. ff. de pact.*

14 Quælibet igitur actio, præsertim ex contractu orta, famosa non est, quamuis in ea de dolo queratur: Sed tantum illæ minuunt opinionem, in quibus de fide alteri rupta agitur. Nam etsi in actione, quod merus causa, legis Aquiliæ, rerum amotarum, condictione furtiua, emtione & locatione, &c. de dolo saepe tractetur, non tamen damnatum infamia sequitur. Goss. *in l. 1. ad verb. qui eam. de his qui not. infam. cum ibi allegatis.*

15 Non solum autem is temerarius litigator, qui malitiose in iudicium, ad agendum vel defendendum aut inficiandum venit, dicitur, de quo egimus: verum etiam is, qui irreuerentur, nec venia prius perita, aduersus edictum prætoris, quasdam personas in ius vocat.

16 Et hunc quidem præstitit prætor honorem parentibus & patronis, parentibus itidem liberisque patronorum, vt non aliter liceat liberis libertisque eos in ius vocare, quam si id ab ipso prætore postulauerint & impetrauerint: Et si quis aliter vocauerit, in eum pœnam solidorum, hoc est, aureorum quinquaginta constituit, quam si quis propter inopiam non possit soluere, cum a præfecto vrbe esse castigandum, quasi inofficiosum litigatorem. l. *si libertus. l. pen. & ult. ff. de in ius voc.* Mynsing. *ad dict. fin. h. titul. num. 6.*

17 Possunt tamen actione in factum loco huius conveniri, verbis civiliter conceptis, si forte admiserint calumniam in liberos & liberos, *l. quoties. ff. de prescript. verb. l. non debet. l. de dolo malo. l. parens. ff. de obseq. parent. prescript.*

18 Quo etiam refertur, quod domini beneficiorum à beneficiariis sive vassallis suis, sine venia in ius vocari non debeant, quia æquiparantur patronis, quatenus ad collata beneficia attinet, Oldendorp. *class. i. act. 4. ibi cui & adversus. n. 5. Myns. instit. de act. §. penales. num. 40. Euerhard. in topic. loco à liberto ad vassallum.* Et hoc in supremo Cameræ Imperialis iudicio hodie observatur. Hartman. *lib. 2. obs. in annotat. ad obs. 44. tit. de feudis.*

19 Et hæc de pœna temere litigantium. Sequitur nunc de officio iudicis. Iudicium ex tribus personis consistere, Actore, Reo, & Iudice, comperti iuris est: post actiones igitur, quas intendunt actores, & exceptiones, quibus Rei se tuentur, absolutas: Recte de officio iudicis subiungitur, qui inter actorem & Reum disceptator est. Wessenb. & Myns. *hic in rubr.*

20 Officium iudicis Ictis est, quod verritur in cognoscendo, definiendo & exequendo: vel quod ad dirimendas lites, tollendaque graamina quomodolibet secundum iura & æquitatem exercetur. *l. i. C. de execut. rei iudic. l. 4. C. si contra ius. Aurb. iubemus. C. de iudic. l. i. & l. index. posteaquam. l. à Diuo pio. 15. de re iudic. Zas. in l. i. de iurisdict.*

21 In primis autem illud iudex observare debet, ne aliter iudicet, quam legibus, aut constitutionibus aut moribus, hoc est, iusta ac legitime recepta consuetudine proditum est. Imp. Justin. *in pr. hic.*

22 Quod si nec iuris, nec sacramenti religionem secutus sit iudex: Siquidem per imprudentiam; facit litem suam, præstabitque parti læsæ, quod æquum videbitur religioni iudicantis. *l. vlt. C. de extraordin. cogn. §. i. supr. de oblig. qua ex quasi delict. nasc.* Sin autem dolo malo & sciens prudensque, nō modo ad veram & solidam litis æstimationis suæ dispendio. *l. filiufam. 15. ff. de iudic. l. vlt. C. de pœn. iud. qui male iudic.* Myns. *ad pr. tit. h. n. 3.*

23 Officium iudicis duplex est; Nobile & Mercenarium. Wessenb. *in rubr. hic nu. 2. Myns. ibidem num. 5. Damhuderius in prax. rer. civil. c. 9. num. 1. & 2.* Nobile iudicis officium est, quod iudex sua, hoc est, iuris autoritate exercet, etiam si nulla proponatur actio: & interdum motu proprio, nemine petente illud propter publicam & priuatam utilitatem impartitur: Mercenarium vero, quod deseruit actioni propositæ. Moscurus *de iuris. num. 67. cum seq. & n. 78. Myns. hic n. 6. Zas. in d. l. i. de iurisdict.*

24 Cum igitur actio prononitur, & ceptum est iudicium, quicquid iudex præcipit, permittit, interloquitur, & c. ista omnia dicuntur expediri officio iudi-

iudicis mercenario: Quinimo cognita iam controuersia, omnes sententias iudex officio hoc mercenario pronunciat, tam super re controuersa, quam super fructibus, damnis, sumtibus litis, aliisque accessionibus, quamuis executio nobili fiat iudicio. *l. ediles 25. §. item. ff. de edilit. edit. l. iudex posteaquam de re iudic.*

25 Et si noxali iudicio, in quo dominus serui nomine, qui noxam commisit, conuenitur, aditus est iudex, obseruare debet, ut si condemnandus videatur dominus, ita cum condemnetur publicum Mæuium in 10 aureos condemnno, aut noxam dedere, hoc est, aut litis æstimatione soluere, aut seruum noxam dedere. *in pr. hic, & §. curare supra de action. & in pr. supr. de noxal. act.* Et si simpliciter in certam quantitatem dominus damnatus est, nihilominus ad rei iudicata executionem usque noxam dedendo liberari potest. *l. miles. §. 1. de re iud. l. item veniunt. §. idem recte ait, de petit. heredit. Mynl. hic n. 8.*

26 Sic si in rem agatur, vel absoluat iudex bonæ fidei possessorem, actore dominium non probante, vel iubeat, ut rem cum fructibus extantibus hoc est, adhuc pendentibus, nec à solo separatim: post vero litis contestationem, cum vniuersis restituat, §. & si in rem. h. tit. l. certum. 22. & l. ult. C. de rei vindicat. Mynl. & Wef. hic. deductis tamen impensis, l. 11. & l. 38. ff. de rei vindic. Quod si possessor neget, in præsentem restituere posse, & sine frustratione, videbitur tempus restituendi causa petere, quod indulgendum ei est pro arbitrio iudicis: ut tamen caueat cum fideiussore de litis æstimatione. *l. si debitori. 21. ff. de iudic. l. 2. l. debitoribus. 31. de re iudic. l. 2. §. fin. l. 3. ff. pro empt. l. qui restituere. 68. ff. de rei vind. d. §. & si in rem. h. tit.*

27 Et si hereditas petita sit, eadem fere circa fructus interueniunt, quæ diximus interuenire de singularium rerum petitione. Mynl. in h. §. n. 3. Illorum autem fructuum, quos culpa sua malæ fidei possessor non perceperit, siue illorum quos percepit, in vtraque actione eadem ratio pene habetur. Imper. hic. & l. sed et si lege. 25. §. si ante. de petit. heredit.

28 Si ad exhibendum de re scilicet quadam mobili, quam exhiberi sibi pecuniariter alicuius intersit, actum fuerit, non sufficit, si exhibeat rem is, cum quo actum est: Sed opus est, ut etiam rei causam, hoc est, utilitatem omneque emolumentum, quod ex re causatur, exhibeat, l. 35. & l. 75. de verb. signif. ut eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si, cum primum ad exhibendum egisset exhibita res fuisset. *l. Iulianus. §. pen. & ult. ff. ad exhibend. l. p. erea. 20. de rei vindic.*

29 Ideoque si inter moras restituendi usucapta sit res à possessore, nihilominus condemnabitur reus, quanti interfuit exhibitum esse, d. l. Iulianus §. ult. Præterea fructuum mediū temporis inter litem contestatam & ipsam

sententiam condemnatoriam, rationem habere debet iudex, §. si ad exhibendum. *Institut. h. tit. Wefenb. & Mynf. ibidem.*

30 Quod si neget reus, cum quò ad exhibendum actum est, in presenti se exhiberi posse, & tempus exhibendi causa petat, idque sine frustratione postulare videatur: dari ei debet, ut tamen caueat, se restitutum post dilationem hoc nomine datam. *l. de eo. §. pen. ad exhibendum & h. §. n.* Quod si neque statim iussu iudicis rem exhibeat, neque post exhibitum se caueat: condemnandus est in id, quod actoris intererat, si ab initio res exhibita esset, quod ab actore per iusiurandum, iudice quantitatem taxante, potest comprobari. *et §. n. & d. l. debitorib. de re iud. d. l. Iulianus. §. proinde & §. ult.*

31 Si familiæ herciscundæ iudicio actum sit: iudex singulas res singulis heredibus adiudicare debet, pro debita cuiusque portione hereditaria, non sectione corporum, sed numero. *Mynf. & Wefenb. hic.* Et si in alterius persona prægrauare videatur adiudicatio, debet hunc inuicem coheredi certa pecunia condemnare, ut restituto pretio eius, quod plus accipit, omnes partes exequantur, ex bona huius iudicii fide. *l. 9. C. eod. §. quadam supr. de act. & hoc §. n.* Quo etiam nomine coheredi suo quisque condemnandus est, quod solus fructus hereditarii fundi percepit, aut rem hereditariam corruptit, aut consumserit. *l. inter. 44. §. si coheredes cum seq. ff. eod.*

32 Eadem interueniunt etiam, si communi diuid. de plurib. rebus actum sit: Si de vna re, veluti de fundo: si quidem iste fundus commode regionibus diuisionem recipiat, partes eius singulis adiudicare debet, & si vnus pars præponderare videbitur, is inuicem certa pecunia alteri condemnandus est. *§. eadem. h. tit. Wef. & Mynf. ibid.*

33 Si finium regund. actum fuerit, dispicere debet iudex, an necessaria sit adiudicatio. Nā si controuersia hoc est, fines sine cuiusquā iniuria dirigi; vel ex veteri, vel etiam noua determinatione aliter dirimi potest, ea adiudicatio fieri non debet. Id vero si absit ad adiudicationes est perueniendum. *l. 2. 3. 4. 11. & passim. ff. fin. reg. l. 3. C. eod. h. §. n.*

34 Eo quoque nomine condemnandus est, quisque hoc iudicio, quod forte circa fines aliquid malitiose commiserit, & in id, quod alterius interest condemnatur, quanti scilicet, in litem erit iuratum. *l. 4. §. 1. ff. eod. gloss. hic per l. 3. de in lit. iur. Wefenb. ibidem.* Quanquam etiam extra ordinem criminaliter hoc crimen exerceatur. *l. 2. 3. de termino moto. Paul. libr. 1. sent. tit. 16.*

35 Contumaciæ quoque nomine quisque eo iudicio condemnatur, in quantum aduersarius in litem iurauerit. Veluti si quis iubente iudice metiri agros passus non fuerit. Quod autem istis iudiciis alicui adiudicatum

turn fuerit, statim eius sit, cui adiudicatum est, gloss. ad tit. *praced. alleg. & Imp. hic in fin. tit. n.*

36 Et tantum etiam de officio iudicis. Dictum denique est supra, de priuatis actionibus, quibus ius persequimur nobis principaliter debitum, §. 1. *sup. de act.* Sequitur nunc, ut de publicis iudiciis quid agatur.

37 Publicum iudicium est ius persequendi poenam Reipubl. seu fisco principaliter debitam. *argumento d. §. 1. sup. de act. §. in summa, supra de iniur. Alex. in l. 1. ff. de sepul. viol. Marant. p. 4. in 1. iud. distinct. n. m. 2. 3. Iul. Clarus lib. 5. sent. quæst. 1. num. 2. Hartman. Hartman. lib. 2. obs. tit. §. 2. obseruat. 5. Myns. ad rubr. tit. n. num. 1.*

38 Et esse publicas criminum seu malefactorum vindictas, iustissimum est ex eo, ne maleficia maneant impunita, id quod iustitia non patitur, l. 1. §. 1. *ff. de iust. & iur. l. ita vulneratus §. 1. §. fin. ad l. Aquil.*

39 Unde fit, eorum criminum persecutionem, cuiuslibet è populo plerumque esse permissam, §. 1. *h. tit. Clarus lib. 5. sent. §. 1. num. 1. ubi affirmat hanc sententiam esse communem.*

40 Hoc tamen si sit, iudicium prudentia opus est, ne quid durius constitutur, nisi id qualitas delicti vel alia circumstantia postulet, l. *perspicendum 11. & l. aut facta. 16. l. interpretatione. 42. ff. de pen. c. odia. de reg. iur. in 6. l. Arrianus. 47. de ob. & act. l. vnica. C. si quis Imper. maled.*

41 Ac quidem leuius & grauius delictum iudicari debet ex eo, pro ut poena imposita reperitur, ea que est communis & regularis Theorica. Bart. in l. *leuia. 6. ff. de accusat. Iul. Clar. in lib. 5. sent. §. 1. n. 9.*

42 Iudicia autem publica sunt aut extraordinaria, aut ordinaria: Extraordinaria sunt, quibus certa poena iure ciuili non est imposita, l. 2. *ff. de crimin. stellionatus, qualia multa lib. 47. ff. referuntur.*

43 Ordinaria sunt, quæ ordinariam & certam à lege dictam poenam habent, l. 1. *ff. de public. iudic. de quibus nos hic potissimum agemus, quæ rursus sunt duplicia: capitalia. aut non capitalia. l. 2. ff. eod. d. §. 1. h. tit.*

44 Capitalia dicuntur, quæ ultimo supplicio afficiunt homines, vel etiam aquæ & ignis interdictione, vel deportatione, vel Metallo: Non capitalia sunt, quæ quidem infamiam important cum damno pecuniario, & publica sunt, sed non capitalia. §. *capitalia h. tit. n. d. l. 2. ff. eod. l. capitalium 28. in pr. & §. 1. ff. de pen.*

45 Et hæc neq; per actiones ordinantur, neq; omnino quicquam simile habent, cum cæteris iudiciis priuatis. Magna namq; est diuersitas in instituendo & exercendo. *in pr. h. tit. n.*

46 Et quidem in criminalibus procurator non admittitur, l. *pen. §. ad cri-*

men, & ibi Bart. ff. hoc tit. Marant. p. 4. dist. 1. n. 51. Gail. lib. 1. obs. 9. n. 4. Secus in ciuilibus, tot. tit. ff. de procurat.

47 Deinde in criminalibus non in ciuilibus requiritur subscriptio ad pœnam talionis, vel ad pœnæ similitudinem. l. 3. C. qui accus. non poss. Bart. in l. si cui. in pr. n. 2. ff. de accusat. licet de consuetudine id non seruetur. Specul. in tit. de accusat. n. 4. in fin. Iul. Clarus. §. fin. lib. 5. sent. quæst. 12. num. 15. 16. 17. Gail. lib. 1. obs. 9. num. 5.

48. Ad hæc criminales actiones excluduntur regulariter vicennio. l. quærela. 12. C. ad l. Cornel. de fals. Quamuis quædam quinquennio, l. vim passam. 39. §. prescriptione. ff. ad l. Iul. de adult. l. adulter. 5. C. eod. Id quod tamen aliter in ciuilibus se habet, vt supra est dictum.

49 Deniq; ad heredes delicti pœna non pertinet, cum iudicium publico morte Rei vel accusatoris pereat, l. aut priuatimao. & l. in scitum 15. §. si propter. ff. ad S. C. Turpill. Gail. lib. 1. de pace publ. c. vlt. num. 1. cum seqq. Quamuis etiam aliud sit in ciuilibus, vt etiam supra fuit visum.

50 Sunt tamen in publicis iudiciis tres personæ necessariæ, accusator, accusatus & iudex. Myns. ad rub. n. 12. quemadmodum etiam fit in actionibus ciuilibus, vbi est Iudex, Actor & Reus. Hannet. in pralud. tract. iud. termin. in process. c. 1. Quamuis etiam crimina nō tantum per accusationem, sed etiā per viam inquisitionis puniantur, c. inquisitionis & ibi Canonist. ext. de accusat. Myns. ad rubr. hic. n. 14. Marant. d. loco. n. 35. Iul. Clar. l. 5. sent. q. 3. n. 2. Bofs. in tit. de inquisit. n. 4. Hartm. lib. 2. tit. 1. obs. 2. Damhuder. in pra. crim. c. 4. n. 5.

51 Libellus etiam est in criminalibus. l. libellorum. C. de accusat. vt & appellatio permittitur non in ciuilibus. l. addictos. 29. C. de appellat. Gail. lib. 1. de pace publ. c. vlt. n. 36. Licet cōsuetudo Germaniæ aliud receperit, id quod ordinatio Cameræ probat. part. 2. tit. 28. §. 5. Gail. d. lib. 1. de pace publ. c. vlt. n. 36. & lib. 1. obs. 3. nu. 28.

52 Generaliter hisce de publicis iudiciis visis, species eorū nūc videbimus.

53 Publicum iudicium est lex Iulia Maiestatis, quæ in eos, qui contra Imperatorem vel Rempubl. aliquid moliri sunt, & quorum ope consilio id factum, vigotem suum extendit. l. 1. §. 1. & l. Maiestatis 10. C. eod. §. publica. h. tit. nu. Quod etiam in Papa, Rege & Principe procedit, qui superiorem nō agnoscit. Iul. Clarus in §. lese maiest. n. 2. Bofs. in tit. de crimine lese maiestatis.

54 Cuius pœna animæ amissionem sustinet, & memoriæ Rei post mortem damnationem. l. maiestatis. 6. in pr. C. eod. §. publica. h. tit. d. l. is qui in pr. Bofs. in tit. de crimin. lese maiest. n. 59. Filii etiam ad parentum hereditatem non admittuntur, confiscatis ipso iure bonis, cum in iis exempla paterni criminis meruantur. l. quisquis. 5 §. 1. C. eod. Damhaud. in prax. crim. c. 67. n. 6.

55 Dum etiam hoc crimen est graue, & proximum sacrilegio *d. l. in prin. ff. eod.* Famosi, qui ius accusandi non habent, *l. 4. & 2. ff. de accusat. sine vlla dubitatione admittuntur ad hanc accusationem. l. famosi. 7. in prin. ff. eodem. vt & serui deferentes dominos, & liberti patronos accusantes. d. l. famosi. §. serui. ff. eod.*

56 Publicum crimen est lex Iulia de adulteriis coercendis, quæ non solum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit. *l. quamuis. C. de adulter. Clarus §. adulterium n. 8. & Carolus V. Constitut. Criminal. c. 120.* Sed & eos, qui cum masculis nefandam libidinem exercent, *§. item lex Iulia. h. tit. l. cum vir. C. eod. Nouell. 141.* Qui tamen igne puniuntur ex *Constitut. Carolina Criminali. c. 116.*

57 Mulier autem adultera, Iure Nouell. & Pontificio separata & virgis caesa, in monasterium coniiicitur. *Nouell. vt nulli, in d. §. adulterium. Auth. sed hodie, & ibi Bald. C. h. tit. Myns. h. §. num. 9.*

58 Stupri etiam flagitium eadem lege punitur, cum quis sine vi, vel virginem vel viduam honeste viuentem stuprauerit. *d. §. item lex Iulia. versicu. sed eadem lege.* Et quidem pœna est publicatio dimidiæ partis bonorum, si honesti sint: Sin. humiles, corporis coercitio, cum relegatione, *d. h. §. n. l. inter stuprum. ff. de verb. signif. Schneidvv. in §. in duplum. num. 12. supra, de action.*

59 Publicum crimen est lex Cornelia de Sicariis, quæ homicidas ultro ferro persequitur, vel eos, qui hominis occidendi causa cum telo obambulant. *§. item lex Cornelia. h. tit. n. c. si quis cum telo. dist. 1. de penit.*

60 Ac sane qui occidit aliquem, si honestiori loco est positus, deportatur: Si viliori, capite punitur, *l. 3. §. legis, & l. antepenult. ff. eod.* Quamuis æquius putetur, eum qui cum telo obambulat, pœna arbitraria affici debere, *per d. l. 3. §. legis. Wescenb. hic.* Id quod tamen rigor iuris vix patitur. *l. si quis cum telo. 7. C. eod.*

61 Et hoc procedit si dolo malo quid sit: si autem quis ex errore Titium interficit, cum vellet petere Sempronium, extraordinaria eum pœna puniri æquius videtur, *Iason. l. 1. ff. de legib. l. scientiam. 41. ff. ad l. Aquil. Iul. Clar. lib. 5. sent. §. homicidium. num. 6.*

62 Eadem hac lege Venefici capite damnantur, qui artibus odiosis tam venenis, quam susurris magicis homines occidunt, vel mala medicamenta vendunt, *§. eadem lege. h. tit. l. 1 & 3. in pr. ff. eod.* Si tamen quis non est inde mortuus, extraordinariam esse pœnam putamus, secundum communem *Dd. sententiam. Iul. Clar. lib. 5. sent. §. Homicidium. n. 13. 14.* Id quod confirmauit generaliter *Carolus V. in Constitut. Crimin. c. 78. Wescenb. in paratit. eod. n. 16.*

63 Quamvis etiam incantationibus, diuinationibus siue sortilegiis operam dantes concrementur. *l. nullus. 3. C. de malefic. Bofs. tit. de homicid. num. 18. Damhaud. in praxi Crimin. c. 73.* Si tamen damnum datum sit, alias arbitraria pœna detur Caroli V. *in Constit. criminali. c. 109. Constit. Elect. p. 4. c. 18. Wef. in paratit. ff. eod. num. pen.*

64 Publicum crimen est lex Pompeia de parricidiis, quod asperrium est crimen, commissum ab iis, qui parentis, aut filij, aut omnino affinitatis eius, quæ nuncupatione parentum continetur, fata præparat clam vel palam, nec non ab iis, qui consilij criminis existunt, § *alia deinde. h. tit. & tot. tit. ff. & C. de L. Pomp. de parricid.*

65 Pœna autem horum est, ut neq; gladio neque ignibus, neque ulli alij pœnæ solenni subiiciantur, sed insuantur culeo, cum cane, gallo gallinaceo, vipera, & Simia, & inter eas ferales angustias comprehenti, vel in vicinum mare, vel amnem proiciantur, ut omnium Elementorum usu viui carere incipiant, & iis cœlum superstitiis, & terra mortuis auferatur. Si quis autem alias cognatione vel affinitate personas coniunctas necauerit, pœnam leg. Corneliæ de Sicar. sustinebit, *l. penult. ff. de parricid. d. §. alia deinde h. tit. n.*

66 Infantes tamen abiiciētes, exponendo eos ante fores alicubi, ut moriantur, tenentur *l. Cornel. de Sicariis, l. necare. & ibi gl. ac Bart. ff. de cognosc. libe. Bofs. in tit. de homicidio. n. 7.* Quamvis VVesenb. extraordinariam relegationē, scil. leuem potius velit. *in paratit. ff. eod. n. 14.*

67 Publicum iudicium est lex Cornelia de falsis, pœnam irrogant ei, qui testamentum vel instrumentum falsum scripsit, signauit, recitauit, subiecit, vel signum adulterinum fecit, sculpsit, expressit sciens dolo malo, & aut est ultimum supplicium in seruus, aut in liberos deportatio. *tot. tit. ff. ad l. Cornel. de falsis. l. instrumentorum. 16. §. fin. ff. eod.*

68 Publicum crimen est lex Iulia de vi publica & priuata, quæ aduersus eos exoritur, qui vim vel armatam vel sine armis committunt. Et si vis armata arguitur, deportatio ex *l. Iulia de vi public.* irrogatur: Si vero sine armis, publicatio tertiz partis bonorum imponitur. § *recuperanda. supr. de interdict.* §. *item lex Iulia. h. tit. n. & tot. tit. ff. & C. de vi publ. & priuata.*

69 Capite citius puniuntur, qui per vim, raptum virginis vel viduæ, vel sanctimonialis, vel alterius perpetrant, & qui opem ferunt. § *fin autem. h. tit. unica. C. de rapt. virgin. Iul. Clar. lib. 5. sent. §. raptus. n. 2.*

70 Deinde raptor cum rapta iure civili matrimonium contrahere non potest, *d. l. unic. C. de rapt.* Quamvis id iure Canonico permittatur, *c. fin. ext. de rapt. Iul. Clarus d. loco. num. 7.*

71 Publicum crimen est lex Iulia peculatus, quæ eos punit, qui pecuniam publicam, vel rem sacram vel religiosam furati fuerint: Et si iudices tempore administrationis publicam pecuniam subtraxerint, capitali animaduersione puniuntur, & ii qui opem ferunt: alij pœna deportationis subiungantur. §. *item lex Iulia peculatus, h. tit. l. 4. in pr. ff. cod. l. ynica. C. cod. Damhud. c. 110. n. 1. 2.*

72 Publicum iudicium est lex Fabia de plagiaris, l. *plagii. 13. C. ad l. Fab. de plagiar.* quando scil. quis supprimit liberum hominem vel seruum alienum: Ita tamen, vt diuersum à furto sit. l. *si abducta. 10. C. de furt. l. pen. ff. cod. tit. Cuiac. in paratit. ff. cod. Quod crimen ex sacris Constitutionib. interdum pœnam capitis habet, interdum leuiorem, l. fin. C. cod.*

73 Publicum iudicium est, etiam lex Iulia de ambitu, quæ eos punit, qui pecuniam dant, vt honorem magistratumque in Comitibus municipalibus consequantur, cuius pœna erat deportatio: sed hodie in vrbe lex cessat quia ad curiam Principis creatio magistratum pertinet, non ad populi fauorem. l. *unic. in princ. ff. cod. tit. §. sunt praterea. Instit. hoc tit. & Mynsing. §. vlt. num. 1. cod.*

74 Publicum crimen est lex Iulia repetundarum, quæ eum punit, qui in administratione Magistratus vel officio publico pecunias accipit, unde accipere non debuit, l. 1. ff. *cod. tit. & quidem extraordinaria pœna, modo exilio, modo durius, prout delicti qualitas exigit. l. lex Iulia. 7. §. hodie. ff. cod. tit. Mynf. §. vlt. num. 4. Instit. hoc tit.*

75 Publicum iudicium est lex Iulia de annonæ, cuius pœna viginti aureorum. l. 2. §. *ult. ff. cod. tit.* statuitur, aduersus eum, qui contra annonam fecerit, societatemve coierit, quo annonæ publicæ carior fiat. l. 1. & d. l. 2. in prin. ff. *cod. tit.*

76 Denique publicum iudicium est lex Iulia de residuis, qua tenetur, qui publicam pecuniam delegatam in vsum aliquem retinuit, neque in eum consumpsit. l. 2. & 4. §. *sed ff. ad legem Iuliam pecul. & de residuis.* Cuius pœna est, vt ea damnatus amplius tertia parte, quam ex residuis debet, puniatur, ita vt ultra summam residui tertiam totius soluere cogitur. dict. l. *lege Iulia. 4. §. qua lege. ff. cod. tit. Mynsing. §. fin. num. 13. hoc titul.*

Corollarium primum: Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est; in aliis autem criminibus, quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem. l. *transigere. 18. Cod. de transact. l. de crimine. 10. Cod. ad legem Iuliam de adulter.*

2. An secundum conscientiam; an vero secundum dicta & probata iudex pronunciare debeat? Hottoman. *illustr. quest.* 27. Cuiac. *lib. 12. obser.* 6. 19. Coras. *lib. 4. Miscellan.* c. 20.

DISPUTATIONIS XLIX.

De pœna temere litigantium, obiectiones & resolutiones.

SYMMARIA.

- 1 Iudicis officium est, præcidere lites.
- 2 Pœna temere litigantium triplex.
- 3 Iuramentum calumnia quid sit.
- 4 Iuramentum calumnia quoruplex sit.
- 5 Iuramentum calumnia quando præstetur.
- 6 Iuramentum calumnia à quo præstetur.
- 7 Pœna eorum qui iuramentum calumnia præstare detrectant.
- 8 Victus Visitori quid reddere cogatur.
- 9 Pœna pecuniaria ex inficiatione an duplum sit Vel triplum.
- 10 Procuratorio nomine qui agunt, infamiam evitare possunt.
- 11 Pœnalis actionibus, pœnalis etiam iudicia respondent.
- 12 Litigantes temere an puniantur similitudine supplicij.
- 13 Iudicis officium est quasi fundamentum & basis iudicij.
- 14 Iudici quid imprimis observandum.
- 15 Iudex quando equitatem sequi in iudicando d. beat.
- 16 Iudicis officium mercenarium quando deseruiat actionibus noxalibus in rem.
- 17 Iudicium publicum quid sit.
- 18 Iudicia publica & priuata quomodo differant.
- 19 Iudicia publica iure Saxónico ante meridiem & sub dio peraguntur.
- 20 Iudicia publica cur instituta.
- 21 Accusatio publica cuius ex populo pleneq; permittitur.
- 22 Publica dicuntur quasi populiæ.
- 23 Adulterij iudicium inter publica numeratur.
- 24 Extranei an accusare adulterium possint.
- 25 Adulterij crimen hodie priuatum est.
- 26 Talionis pœna cur fuerit inuenta.
- 27 Actiones criminales & civiles quanto temporis spacio excludantur.
- 28 Tempus intentandi actiones quod sit.
- 29 Iudicia publica & priuata in quibus conueniant.
- 30 Fama in iudiciis publicis pro accusatore est.
- 31 Crimen læsæ Maiestatis in quibus locum habeat.
- 32 Adulterium in Virginem Vel Viduam proprie non cadit.
- 33 Stuprum in Libris personis non punitur, si non est violentum.
- 34 Adulterium cur stupro grauius sit.

- 35 Adulterij species qua.
- 36 Adulterium cur dicatur etiam in sponsa esse.
- 37 Pena adulterij qua fuerit.
- 38 Adulterium quis capitale fecerit.
- 39 Pena adulterij capitalis in pecuniariam multis in locis esse mutatum.
- 40 Adulterij pena iure divino qua.
- 41 Venus mascula quomodo puniatur.
- 42 Fornicatio qualem penam habeat.
- 43 Coitus cum bestis quomodo puniatur.
- 44 Coitus cum mortua Virgine quomodo puniatur.
- 45 Nuptias binas uno tempore qui constitutas habet, quomodo puniatur.
- 46 Homicidium quot modis fiat.
- 47 Homicidium quomodo puniatur.
- 48 Error in homicidio an excuset.
- 49 Venifici quomodo puniantur.
- 50 Affines qui interficiunt, an pena parricidij puniantur.
- 51 Affines in materia nuptiarum habentur loco parentum.
- 52 Liberos qui exponunt quomodo puniantur.
- 53 Criminis falsi pena qua.
- 54 Raptores Virginum quomodo puniantur.
- 55 Pena l. Iulia repetundarum qua sit.
- 56 Transigi super crimine capitali cur possit.
- 57 Transactio an licita sit de crimine publico.
- 58 Adulterium an non admittat transactionem.
- 59 Transigi an possit de raptu Virginum.
- 60 Transactio pro crimine falsi licita est.
- 61 Iudex secundum acta & probata iudicare debet.
- 62 Iudex an conscientiam potius sequi debeat, quam acta & probata.
- 63 Iudex potest adiuvare acta, & proferre ea quae sunt omissa à partibus.
- 64 Iudex quando personam testis affirmat.
- 65 Probatio minima sufficere potest in notoriis.
- 66 Conscientia iudicis quando ad differentiam impellatur.
- 67 Falsum testimonium qui dicant.
- 68 Iudex quando conscientiam sequi possit in iudicando.

AD Continuationem.] In superioribus omnibus de iure actoris & rei, utriusque scilicet litigatoris abunde est actum, quæ utriusque sint arma & subsidia in privatis actionibus, quibus ius suum quaerunt. Quia autem calumnia, technæ, & temerariæ vexationes multæ in iudiciis, dum actiones hæ ventilantur, occurrunt, coronidis loco de penis temeræ litigantium erit agendum, & deinde de officio iudicis, idque ideo ut sacrosancta Iustitiæ officina ab huiusmodi machinationibus tuta & quieta subsistat, quemadmodum Myns. hic in pr. eleganter ostendit.

Ad Thesin 1.] Imp. Iustin. in princ. huius tituli, indicat ICtos magnam semper curam temeritatis litigantium, ne scilicet quis temerario ausu facile ad litigandum properet: Et idem etiam nobis studio sit, & id fieri publice interest. l. quidam. ff. si cert.

petat. Cum etiam iudicis sit officium, † præcidere lites. *l. properandum. C. de iudic.* illis certus terminus est præstituendus. *l. fratrum. C. de transaction.* Mynsing. §. *l. h. tit. n.* Nam si hoc non fieret, homines otiose rixarentur, pacem turbarent, & necessarias occupationes non necessariis motis impedirent, vt Welenb. *ibid.* affirmat. Merito igitur temerarie in iudiciis commissa, congrua ultione plectuntur *secundum l. si sororem. 18. C. de accusat.* Vnde † triplex hic pœna à Iustinian. indicatur, iniuriurandi religio, pœna pecuniaria & infamia.

Ad Thes. 2. 3. 4.] Iuramentum † calumniæ est, quando actor iurat, se non calumniandi animo litem mouere, cum putet iustam se habere causam: Reus putat se bona iustitia uti, & habere causam relictandam. Est enim hoc iuramentum credulitatis & opinionis; non veritatis vel scientiæ. Et scientia est ex demonstratis. Credulitas ex opinatis. Medium inter scientiam & nescientiam est credulitas. Mynsing. *hic.* Est autem hoc iuramentum † iudiciale vel extraiudiciale. Iudiciale est rursus generale aut speciale. Et sufficit hodie generale, ne sæpius in vna causa iuretur, quod actor & reus post litem contestatam subire cogitur. Sed obiicitur *l. 2. in princ. C. de iureiuran. propter calumn. dando.* vbi dicitur quod hoc iniurandum præstetur in exordio litis. Ergo non † post litem contestatam sed ante. Respond. Litis nomen generale quidem est etiam controuersiam significans, quæ ante litem contestatam sit. *l. litis nomen. ff. de verb. sign.* Hic autem denotat litis contestationem, id quod gloss. *ad d. l. 2.* indicat, & Mynsing. §. *1. num. 8. cum seqq.* & hoc etiam innunt illa verba *in dist. l. 2. lites quæ inchoata.* vel secundum Mynsin. *in dicto loco.* si in continenti post sit, si super tota lite iuretur, & loquimur de generali iuramento. Nam si super actu particulari iuratur, nihil refert secundum Bartol. *in d. l. 2.* siue ante siue post litis contestationem, vel in quacunque iudicii parte præstetur. Et sufficit semel in genere iuratum esse *ex Authen. hoc factum. C. de lit.* Si tamen ante litis contestationem suspicetur iudex alterutrum litigantium malitiose pretendere quid, tunc potest deferre iniurandum: maxime iure Canonico, *cap. 2. de iuram. calum. lib. 6.* Et hoc toties, quoties expedit, & res postulat vt religione iniuriurandi deterreantur litigatores, ne iudicia artibus insidiosis circumueniant, & maligne quaestis contentionibus se inuicem onerent & exagitent, id quod fere in iudiciis obseruatur. Hoc iniurandum à partibus inuicem litigantibus expresse non potest remitti, imo nec statuto, quia statuta contra bonos mores non debent tolerari, quia daretur ausa peccandi & corrumpendi iudices, *l. pacta. C. de pact.*

Ad Thesin 5. 6.] Affirmatur in hisce thesibus hoc iuramentum præstari non tantum ab actore & reo, sed etiam † à procuratoribus & adiucatis, qui expresse distinguuntur. *l. rem non nouam. §. patroni. C. de iudic.* Et §. *utriuque. h. tit. num.* vbi iuratur se velle sedulo seruire clientibus nec iniustam causam suscipere & deferre eam, quam iniuste suscepam cognouerint. Hac autem constitutio hoc corruptissimo seculo in consuetudinem abiit. Vtinam in vtu & obseruatione in consistoriis reduceretur ad coercendam libidinem nostræ ætatis aduocatorum, qui iniquissimas quasque causas si inde emolumentum spectent contra ius & æquitatem propugnant, & defendere non erubescunt. In Camera tantum semel iurant aduocati.

Ad Thesin 7. 8.] Si reus vel actor, eorumve procuratores hoc iniurandum præstare nolunt: actor hodie † causam actionis sustinet, hoc est, cadit actione. Mynsing. §. *1. n. 6.* Reus vero sustinet condemnationem, damnum etiam & interesse aduersarij, & impen-

sas litis † victus victori inferre cogitur; Id Iustinian. expresse dicit *in §. hac autem. h. tit. n.*

De ita explicant Wefenbec. Mynſing. & Gail *obſer. 89. lib. 1. per totum.* Angelus etiam id, quod nos dicimus *in d. §. hac autem. num. 6.* affirmat, & Bart. *in l. 1. ff. de alienat. iud. nunt. cauſa fact.* Huic Iuſtin. & Iuriſconſultorum ſententia ſtudioſe repugnat Waltherus *lib. 1. Miſcellan. cap. 28.* ubi affirmat, victum victori non condemnari in damna, ſed tantum in expenſas, quamvis utrunque Imperat. expreſſe ponat: Habet pro hac ſententia *l. cum quem temere. 79. in princ. ff. de iudic.* ubi affirmatur cum qui temere litigat, litis duntaxat impenſas & viatica aduerſariis ſolvere debere. Deinde eſt *l. non ignoret. 4. C. de ſuſcruſt.* Et *ut. expenſ.* ubi dicitur calumniatorem pro pecuniaria pœna poſt ſumtus condemnationem pro æſtimatione iudicis ſuſtinere; Ergo non in damna. Reſpond. Ad dictas II. quod attinet, ſutendum eſt, ibi tantum ſumtum ſeu expenſarum fieri mentionem, quibus veniunt ea, quæ aduerſarius fecit in honorariis aduocatorum, ſportulis iudicum & reliquis iuſtis litis ſumtibus, vel etiam in viatico, & in eſculentis poculentisque, dum quis forte peregre proſciſci cogebatur. Damnorum ſane ibi nulla fit mentio, quibus omne venit intereſſe, quibus diminutum eſt patrimonium, & per quod occaſio lucri quælibet fuit adempta, cuius certa fuit ſpes. Quod ita Wefenb. & Mynſing *in d. §. hac autem explicant.* Quod igitur locis illis dictarum legum deſt ex Iuſtin. hic erit ſupplendum, quæ plenius in puerilibus hiſce præceptis omnia proponit, quibus etiam ea quæ manca & mutila fuerunt, ſua fecit. Quamvis etiam Cuiac. *in paratit. C. de fruct. & lit. expenſ.* dicat illam legem corruptam fuiſſe, & legi debere: pro pecuniaria vero cauſa poſt diſpendia poſt ſumtus, id eſt, poſt damna, poſt impenſas, atque hic ita legere Martianum *in Nou. & primam omnium editionem Moguntinam & in Baſilicis.* Id quod etiam Gothofredus *ad d. l. 4.* amplectitur. Denique quod putat Waltherus facilem eſſe ad noſtrum §. ſolutionem & reſponſionem in eo fallitur. Non enim per damnum intelligitur condemnation, ſed iudicis condemnatio ſit in damna & in expenſas, eamque pro ſuo arbitrio moderatur, de qua moderatione, quomodo in Camera obſeruetur, vide Mynſ. *ad d. §. hac autem. n. 8.* Deinde per damnum non veniunt hoc loco impenſæ & ſumtus tantum, ſiquidem Iuſtin. cum Dd. expreſſe inter hæc duo diſtinguat.

Ad Theſin 9.] Secunda pœna eſt pecuniaria ex inſciacatione in duplum vel triplum. Sed notandum eſt hic duo generalia dupli eſſe exempla. §. *ſed furti. ſupr. de actio. §. ex quibusdam. ſupr. de oblig. qua ex quaſi contract. naſc.* Tripli exemplum nullum adest, id tamen peti poteſt *ex tit. de action. ſupr.* Vnde hic vox tripli ſuſpecta videtur Haloandro. Mynſ. tamen & alij eam retinent *in §. aduerſus. h. tit. n.*

Ad Theſin 10. 11. 12.] Tertia pœna temere litigantium eſt inſamia; Vtile tamen tum erit per ꝑ procuratorem agere, tum enim euitatur calumnia ſeu inſamiae nota, 10 quemadmodum affirmant Wefenbec. *in paratit. C. num. 4. de iuram. propter calum. lando.* Gail *lib. 2. obſer. 5. obſ. 102. num. 7.* Qui etiam pacti ſunt iudiciiſ famoſis damnantur, ſcilicet precium dederit, vel quid aliud precii loco: Nam ita expreſſe dicitur *in l. 6. §. patius. ff. de hiſ qui not. inſam.* Si igitur gratis, ſic pactio licita eſt, *ſecundum l. 18. C. eod.* Gothofred. *in l. 5. ff. de hiſ qui not. inſam.* atque ita etiam accipitur *l. 7. §. pœniſcor. 14. Verſ. nam et. de furto. ff. de patius.*

Ad Theſin 13. 14.] Pœnalis actionibus quatuor ꝑ conſimilia ſunt 4. iudicia ex contractu hic relata, in quibus de fide rupta agitur. Mynſ. *n. 4. ad rubr.* Non tamen ita inſamiam important actiones hæc quatuor ex contractu: Sicut actio furti & bonorum raptorum, iniuriæ de dolo, ſed tantum minuunt opinionem. Eam ſolutionem vel æquiratem

Iustin. indicat *in d. §. ex quibusdam. in fin.* ubi dicit, plurimum interest utrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor sit. Et Myns. *n. 4. in d. §. ex quibusdam.* dicit, in quatuor delictis, per pactiōem, & per sententiam aliquem fieri ignominiosum: alias non nisi per damnationem, non per solam pactiōem. Sed cōtra hanc 3. pœnas temere litigantium obii-
 12 citur *l. §lt. C. de calumniar.* ubi dicitur eos puniri † similitudine supplicii, quæ pœna hic non refertur. Respond. Ille totus titulus est de criminalibus, ut etiam sedes indicat, unde id potius est de pœna criminali accipiendum. Nos hic de civili pœna agimus potius.

Ad Thesin 15. 16. 17. 18.] Agitur in hisce thesibus de aliis quibusdam malitiose venientibus in iudicium, & qui iniuste in ius vocant, de quibus omnibus diligentius *supr. in disput. 38.* quando de pœnalibus actionibus egimus.

Ad Thesin 19. vsque ad thes. 22.] De officio iudicis, Agendum nunc erit de iudicis officio, quomodo id versari circa civiles actiones debeat. Nam officium actorum & reorum antea fuit explicatum. Iudicis igitur officium, scil. utpote quod est quasi † fundamentum & basis iudicij, etiam nunc explicandum veniat: in primis autem observare debet iudex, ne aliter iudicet, † quam ll. aut constitutionibus, aut moribus, id est, iusta & legitime recepta consuetudine proditum est, *hic in princ. & in pr. d. l. rem non novam. 14. C. de indic.*
 13 Cui videntur ob stare primo *l. placuit. 8. C. de indic.* ubi dicitur, placuit in omnibus rebus æquiritatis habere rationem, quam stricti iuris: Ergo non secundum ll. est iudicandum.
 14 Respond. Illa lex secundum Cuiac. *lib. 2. feud. in princ.* est intelligenda eo casu, quando lex certa non adest, vel non loquitur per omnia in casu oblato, rum † iudex potius sequatur æquitatem: alias iudex à ll. & constitutionibus discedere non debet. Rigorem enim mutare legum est solius Principis, *l. 1. C. de legib.* Deinde obicitur *Auth. hodie iurati. C. de iudiciis.* ubi claris verbis dicitur hodie iurare iudices se facturos secundum quod eis visum fuerit iustus & melius, cum in præcedenti lege *in princ.* dictum fuerit eos secundum ll. & constitut. iudicatu-
 15 rum, id quod etiam *in d. Auth.* ostenditur, ubi defensores tantum, civitatum iurant secundum ll. & iura omnia facturos. Ergo id quod *in thesi 21.* affirmatur hodie non obtinet. Resp. gl. *in d. Auth. ad Verb. iustus.* dicit, iustus scil. quo ad ll. tamen. Quamvis dici possit illam *Auth.* non colligi ex *Nov. 15.* adeo expresse, & male ab Irencrio vel alio esse insutam. De *thesi 22. supr. in disput. 35.* satis superque actum fuit, ubi de quasi delictis fuit visum.

Ad Thesin 23. vsque ad thes. 36.] In hisce thesibus agitur de officio iudicis duplici: nobili & mercenario, & præsertim † quando mercenarium deseruiat actionibus noxalibus in rem, ad exhibendum, in actionibus mixtis: familiæ herciscundæ, Communi dividundo, finium regundorum, quæ omnia, qualia circa fructus variant, supra in materia acquirendi dominij, & in actionibus copiose in suis locis specialibus dicta sunt, quæ hic non repetemus.

Ad Thesin 36. 37. 38.] Hactenus disputationibus aliquot fuit actum de actionibus privatis, quibus ius suum privatus quilibet persequitur: Nunc ultimo loco in hisce
 17 institutionibus, ac primis iuris elementis, agitur de iudiciis publicis. Est autem † iudicium publicum nihil aliud quam ius persequendi pœnam fisco vel Reipubl. principaliter debitam, idque *argumento §. 1. supr. de act.* Et illa verba: *pœnam fisco vel Reipublic. debitam*
 18 differentiam inter publica & † privata iudicia important. Nam civiles actiones cuiusque privati ius tuentur: Criminales publicam pœnam Reipublicæ debitam persequuntur. Et publica iudicia omnes tangunt, *l. 4. Cod. de hered.* Et iure Saxonico,
 † ante

† ante meridiem & sub dio peraguntur *gloss. vltim. artic. 61. lib. 3. & 1187. artic. 69. eod. lib. 18*
 Welsenbec. *in paratit. ff. eod.* Cicero pro Cæcinnâ dicit omnia iudicia aut dirimendarum
 controuerfiarum; aut puniendorum maleficiorum causa sunt comparata. Hodie autem
 omnia iudicia criminalia iure Canonico sunt publica. *gloss. in c. infames. in dei b. fures. 6. q.*
 Iul. Clar. *lib. 5. §. 1. n. 6.* Esse autem † publicorum iudiciorum vindictam, necessitas & æqui-
 tas quæ est iustitia, ipsa postulat, alias delicta impunita manerent, quod fieri non deber.
l. ita vulneratus. §. 1. fin. ff. ad l. Aquil. Id quod eleganter nimis explicat Damhud. *in praxi*
crimin. in proem. n. 1. cum sequi per totum. vbi refert Baldum acutissimum eleganter dicere
ind. l. ita vulneratus. publicæ disciplinæ fauorem dictare & suadere, vt maleficia punian-
 tur. *l. licitatio. §. quod illicite. ff. de public. & vendigal.* Nam & publice interest malis homini-
 bus provincias purgari, vt in quiete permaneant. *l. congruit. ff. de offic. presid. prouinc. l. 2.*
C. quando licet vnicuique. Vnde pœna non remittenda, ne ad maleficia quis præfiliat.
l. si operis. C. de pœnis.

Ad Thef. 39. 40. 41.] Quia puniendâ sunt maleficia, idcirco vt detegantur eo citius &
 facilius cuius ex populo † plerunq; publica accusatio pmittitur, vnde etiâ publica dicuntur
 quasi † populica, & potius est hæc definitio nominis nō rei, q̃ etiâ cōpetit popularib. actio-
 nib. Welsenb. *hic in pr.* Sed obiicitur *l. palam. 43. §. 4. ff. de ritu nupt.* vbi aliqui non possunt
 accusare. Ergo non datur illa accusatio cuius ex populo. Resp. Additur ibi limitatio hæc.
 Omnes posse accusare, nisi quibusdam lex accusationē inhibeat, & ideo Imp. Iustin. *hic*
 vtitur particula: *plerunq;* quæ illam limitationem satis ostendit. Qui autem accu-
 sare non possint, referuntur in *l. 89. cum seq. ff. de accusat.* quod ita Horom. hic probat. So-
 cundo obiicitur *l. si constante. 26. ff. ad l. Iul. de adul.* vbi dicitur constante matrimonio
 ad accusationem mulieris extraneum non admitti: Ergo publicorum iudiciorum accu-
 satio, cuiuslibet ex populo non datur. Resp. Welsenb. *in paratit. ff. ad l. Iul. de adul. coerce. nu.*
 10. dicit: non prohiberi constante matrimonio institui actionem, sed velle eam legem,
 ordinem scil. ll. præscriptum seruari in hoc debere *l. 2. §. 1. ff. eod.* vt videlicet primo lenoci-
 nii maritus accusetur, qui vxorem facit adulterâ, quæ bonos mores retinet, & deinde ma-
 rito lenocinii damnato, ad adulteram mulierē perueniatur, qui ordo hodie sublatu est,
 vnde nihil causæ est quamobrem omisso marito non possit mulier postulari. Secundum
 itaque maritum cessantem aut nolentem agere admittitur mulieris pater ac deinceps re-
 liqui cognati. Sed quæritur cessantibus agnatis an extraneis accusatio sit permittenda?
 Et quod iure mariti accusare nequeat, extra controuerfiâ est *l. 4. §. 1. & 2. h. t.* Sed obiicitur
 Constantini constitutio in *l. quauis 30. C. eod.* vbi alias omnino exclusi videantur. Resp.
 Welsenb. *d. loc. n. 10.* respondet id minime esse probabile, nam ipse etiam Iustin. Imp. *h. tit. n.*
 iudicium adulterii † inter publica numerat, quorum executio ad quemuis ex populo per-
 tineat. Magis igitur est consentaneum non voluisse Constantinum omnino excludere
 extraneos, sed † solum ab ea accusatione eos excludere, quæ sit iure mariti, quam propin-
 quioribus duntaxat concedit, Iul. Clar. in *§. adulterium num. 4.* dicit, hodie crimen adul-
 terii † esse priuatum, & ideo non nisi certis personis accusationem pmitti. *l. quauis 2. §.*
C. de adulter.

Ad Thef. 4. 2. vsq; ad thef. 47.] In hisce thesibus diuisiones publicorum iudiciorum
 proponuntur. Et differentia inter publica & priuata iudicia, quæ omnia plana sunt. De
 thesi 46. in disput. de fatidation: abunde dictum fuit. Additur autem quid de inscriptione
 in pœnam talionis, quæ ideo fuit † inuenta, ne facile quis profileret ad accusandum, cū
 cū calumniantes ad vindictam posset similitudo supplicii. *l. si cui. ff. de accusat. l. fin. C. eod.*
Gail. lib. 1. obf. 9. n. 1.

- 27 *Ad Thes. 48. 49.* Agitur hic de eo, criminales actiones ꝛ vltimum excludi 20. annis. Ciuiles 30. vt supra dictum fuit. Hic obiicitur *l. ult. C. de intra cert. temp. crimin. actio termin.* vbi 2. anni dantur crimini publico: 3. anni quæstioni priuata. Ergo falsum est dari annos 20 vel 30. Id quod tamen de ciuilibus actionib. *in l. proponendum. C. de iud. affirmatur.* Resp. quod dicitur de biennio *in d. l. ult.* est intelligendum de eo casu, quando iam
- 28 ad instantiam actoris illa iudicia ad iudicem sunt deducta. Tempus tautem ad intentandas hæc actiones est vicennium in criminalibus: 30. anni in ciuilibus. *Myns. in §. 1. sup. de pona temere litigant. num. 2.* Canones tamen ad instantiam perpetuum corpus requirunt, quod etiam corruptum nostrum seculum sequitur.

- Ad Thes. 50. 51.]* Agitur hic de conuenientiis inter iudicia publica & priuata. Et inter reliqua in ꝛ eo conueniunt, quod vtrobiq; tres personæ requirantur: Additur tamen interdictum per viam inquisitionis procedi in criminalibus. Cui obiicitur vulgatum hoc. Nemo sine accusatione damnatur. *l. de scriptio. §. si quis a consatorem. ff. de iur. iur. & honoribus.* Damhuder. *in praxi crimin. cap. 5. num. 2.* Boff. *in tit. de accusat. m. 1. vide l. congruit. 13. in fin. princ. ff. de offic. presid. hinc in tit. ult. Institut. de publ. iudic. in fin.* Id hic fit. Ergo male. Respond. Proceditur in criminalibus etiam per inquisitionis viam propter public. vtilitatem. *Iul. Clarus. lib. 5. §. præst. n. 3.* Idque iudex facit ex nobili
- 30 officio, & hic ꝛ fama est pro accusatore, & quasi accusatoris personam sustinet. *In sto ex e. 2. Ioannis,* vbi Christus sine accusatore damnatur. Resp. Christus non fuit iudex mundanus.

- Ad Thes. 52. 53. 54. 55.]* Generaliter quædam de definitione, diuisionibus, differentiis & conuenientiis publicorum iudiciorum cum priuatis explicata sunt. Nunc in specie de publicis iudiciis quibusdã videbimus, plura Iustin. *hic* nō habet, quod nos sequimur. Primum est crimen læsæ maiestatis, quod contra summum principem committitur, eiusque vel Reipubl. maiestatem violat, & aliqui volunt id in ꝛ Papa, rege & aliis principibus locum similiter habere, si superiorem non agnoscunt. Wesenbec. tamen *in ff. n. 7. h. tit. & l. in §. penalis. sup. de action. nu. 107.* affirmant, pœnam esse arbitariam. Si inferiorum securitas infringatur, præsertim cum pœna tantum ad summum principem pertineat.

- Ad Thes. 56. 57. 58.]* In hisce thesibus agitur de crimine adulterii & stupro. Adulterium graue est scelus. *l. b. 31. c. in virginem vel viduam proprie ꝛ non cadit. l. inter stuprum. ff. de verb. signif.* Wesenbec. *in paratit. ff. eod. num. 5.* Stuprum in vilibus personis, puta
- 33 meretricibus ꝛ non puniunt, si non est violentum. Atque ita accipiuntur constitut. Cæsar. *in l. si c. 22. l. que adulterium 29. C. de adul.* quæ de stupro loquuntur, vt facti species ostendit. Stuprum tamen proprie est virginittatis defloratio, vt Pontifex dicit *in c. 6. lex illa 36. quæst. 1.* Et adulterium ꝛ est grauius stupro, quia in adulterio confunduntur familie, redditur incerta lecti soboles, & innocentes mariti saepe inimicissimos filios pro suis alerere, aut agnoscere coguntur. Wesenb. *in paratit. ff. hoc tit. nu. 8.* vbi etiam addit mulieres indistincte adulterium committere & cum iis alii. Iulius Clar. etiam *in §.*
- 35 *adulterium num. 2.* ponit duas adulterii ꝛ species. 1. inter duos coniugatos. 2. inter virum solum & coniugem liberam. E contra primo casu est duplex adulterium, quia vterque violat proprium & alienum thorum. Secundo casu non puniuntur pœna ordinaria, quando scilicet vir coniugatus cū soluta coit, idque est ita communi Dd. sententia. Licet iure Canonico sit adulterium *c. memo. 32. q. 4.* Quod autem sit iure ciuili stuprum,
- 36 colligitur ex *l. 1. C. de adul.* Sed obiicitur quod etiam ꝛ adulterium sit in sponsa. *l. propter C. eod.* Cuiac. *lib. 6. obs. c. 16.* Ergo non tantum in mulieribus prout dictum fuit. Resp.

Wesembec. *in paratis. ff. eod.* dicit spem matrimonii non debere violari, *l. si exor. §. 1. vers. dicitur. l. propter. ff. eod.* Et sponsa pro vxore habetur. *l. si sponsa ff. de iure dot.* Et iniuria sponsæ illata in sponsum redundat. *l. item apud. 15. §. sponsum ff. de in iur.*

Nunc de pœna videbimus. Pœna adulteri ex l. Iulia non fuit capitalis sed relegatio 37 tantum. Cuiac. *lib. 6. obs. c. 11.* & Paul. *lib. 5. sent. tit. 23.* Tacitus *lib. 4.* aut deportatio, scilicet in militibus. *l. 4. §. adulteri. ff. de re milit. l. miles. cum similib. hoc tit. n.* Quod autem pœna adulterii ex l. Iulia fuit simplex relegatio, optime colligitur ex *l. si quis viduam §. ff. de quasi. vbi dicitur: si quis viduam vel alii nuptam cognatam, cum qua nuptias contrahere non potest, corruperit, in insulam est deportandus, quia duplex est crimen, incestus, quia cognatam violauit, & adulterium quia alteri nuptam violauit.* Hinc nunc relinquitur, quod is qui adulterium tantum committit, mitiori pœna sit afficiendus scilicet relegatione. Tandem secundum Cuiac. *lib. 6. obs. c. 11.* Compinus & compares adulterium capitale effecere. 38 *tract. de transact.* non fit hoc ascribendum, qui tamen id dicunt in *l. transigere 18. Cod. de transact.* ad quam fit additum hoc à Tribonianis. VVesembec. & alii simpliciter dicunt esse hanc pœnam, vel legem Iuliam in hoc interpolatam constitutionibus principum in *l. quamuis. §. 1. c. eod. d. l. transigere & h. §. n.* Et dubitatur sane quis nam primus fuerit, nec multum refert id scire. Hæc pœna capitis in constitut. Sax. Duc. approbatur, quamuis multis in locis in defuerudinem abierit, & in pœnam pecuniariam sit mutata statu. 39 *ris: VVesemb. & Myns. de hoc conqueruntur.* Et tale statutum valere dicit Iulius Clar. in *§. adulterium. n. 8.* de pœna vero iuris civilis dicit magnam esse inter scribentes varietatem. Dicit autem ex pœna l. Iulia, esse pœnam deportationis, in quo proprie loquendo fallitur, ut ante est monstratum, iure Institut. & Codic. esse pœnam capitis *dist. 1. quamuis.* Iure Nouell. femina virginis ex la in monasterium detruditur, & si intra biennium non reuocatur à marito cogitur habitum monachalem suscipere. *Aush. sed hodie. C. de adult.* Iure Canon. Similiter cogitur detrusa in monasterium ibi manere toto vitæ tempore, & penitentiam agere, licet am maritus recipere nolit. *c. gaudentius. ext. eod.* Iure tamen diuino est lapidatio. *Exod. c. 20. Deuter. 22.* Mascula tamen Venus punitur 40 *l. Iulia capite, ex constitutionibus igne, quæ in l. cum vir. C. eodem.* describitur, quæ legi non debet, nec solet, quia inhoneste loquitur, Bossi. *de stupro decess. num. 7. Sel. 1.* Fornicatio tamen habet pœnam arbitriariam in Laico; in clerico variat. Iul. Clarus. *§. formatio. num. 3.* cum tamen bestis & irrationabilibus animantibus est nefandus coitus, qui fit contra naturam generis humani. *c. hoc ipsum. §. 1. 32. quasi. 2.* Et est pœna mortis, *c. muldier. 15. quasi. 1.* Iulius Clarus *num. 27. §. fornicatio.* ex constitutione Carolina igne puniuntur. Cum tamen mortua virgine grauius punitur coitus, quia contrectatur cadaver. *l. fin. Cod. de sepulch. Violat.* Clarus in *dist. loco. num. 28.* Denique qui bina sponsalia vel tamen nuptias habet constitutas vno tempore, stupri pœna afficitur, & magis est stuprum polygamia ista. *l. cum qui 18. Cod. de adulter.* id quod Curia Saxon. sequuntur. Aliis magis placet pœna adulterii, id est, gladii, id quod Coroli constituit. *art. 122. approbat. VVesembec. num. 8. in paratis. ff. eodem.* distinguit secundum honestatem, dignitatem & utilitatem.

Ad Thef. 59. 60. Agitur in his thesibus de homicidio tamen quod fit aut per vim, aut veneno, aut arte magica. Et hoc homicidium, de quo hic agimus, dolo committitur, & hac materia prohi dolor nostro malo est frequens, cum ex leuiss. causis saepe homines occidantur. Iulius Clarus. in *§. homicidium in princip.* Hotomann. autem hic affirmat Titianum hic constituisse capitis pœnam, cuius iuris rationem in eo considerasse, quia tamen

olim erat in Insulam deportatio & omnium bonorum adeptio. *l. 3. in fin. ff. ad l. Cornel. de sicar.* vbi tamen per Tribonianum forte illa limitatio est adiecta: Hodie poena est capitis.

¶ *Ad Thes. 61.* Affirmatur eum, qui errore Titium percutit, eum vellet percutere Sempronium arbitraria affici poena. Cui opponitur *l. scientiam. ff. ad l. Aquil.* vbi talis error non excusat. Respond. Non excusatur à poena priuati iudicii l. Aquilæ. Bene autem
48 ¶ excusatur à poena l. Cornelie. Et sic etiam Wefenb. in §. item lex Cornelia. n. 2. h. titul. non sentit.

49 ¶ *Ad Thes. 62. 63.* Lege Iulia etiam eapite puniuntur ¶ venefici, qui venenis homines occidunt, quia plus est hominem veneno interficere, quam gladio, vnde *l. 3. in princ. ff. cod. Damhud. in praxi crimin. c. 74. num. 2.* Vnde merito rursus occiduntur. Et hoc de illis, qui absque coniuratione facta cum Diabolo magicis artibus cuiuscunque modi student, accipiendum est: puta qui ex Crystallo vel similibus ariolantur, hi gladio puniuntur. Wefenb. in Institut. h. tit. nu. de veneficio, allegans Constitut. Elect. p. 4. consil. 2. Qui autem pacta habent cum diabolo constituta ignibus absumuntur. Constitut. Elect. d. p. 4. consil. 2. Si tamen damnum certo & notorie datum sit, quemadmodum Boss. & Damhud. volunt, vt ex thes. 63. videre est.

¶ *Ad Thes. 64. 65. 66.* Agitur hic de asperissimo crimine, de parricidii poena, & dicimus etiam contineri parentum appellatione affines, qui si interficiuntur, interfectores ¶ eadem poena puniuntur, id quod nulla ratione Wefenb. hic concedit, & dicit corruptissimum hic esse textum, & pro affinitatis legendum putat affectionis, vt etiam est in *l. vnic. C. de his qui parent. occid.* & ita etiam Theophilus hic legit: Et putat etiam VVefenbec. poenam talem in ff. non fuisse *l. 1. ff. cod.* & parentum appellatione non recte & proprie venire affines. Quamuis tamen concedat hodie eum qui fratrem interficit vel affines, prostratum ad locum supplicii trahi debere cum nota maioris reatus, quia plus quam homicida deliquit. Hotom. cum VVef. hic idem sentit ita legens: Affectionis, quæ nuncupatione parricidii continetur, pro affinitatis quæ nuncupatione parentum continetur. Quia late accipiat illa vox; parricidium; & dicit ita Argentinersem & Tigurinum librum legere. Nos teneto textu integre dicimus hanc poenam quidem non esse ex ff. Sed etiam interpolatam à Iustin. & auctius ac plenius datam, quam est in *d. l. vnic. C. de his qui parent. occid.* quia etiam in materia nuptiarum affines ¶ quidem parentum & liberorum loco sunt, & nuptiæ in perpetuum inter eos prohibentur. Parentum igitur nomine etiam hic ratione affinitatis, venire puto. Non tamen dicemus poenam hanc non posse hodie integrari,
51 licet id Iustin. hic non innuat; Qui autem ¶ liberos ad paupertatem exponunt, poena l. Corneliæ afficiuntur, quia eos non abiiciunt sæpe animo interficiendi, vel ob
52 amissam, sed ob paupertatem.

¶ *Ad Thes. 67.* In hac thesi agitur de crimine falsi, quod est grauissimum, & propter
63 eius frequentiam solet à ll. & statutis grauiter puniri; ¶ poena est deportatio & publicatio bonorum. *l. 1. §. fin. ff. ad l. Cornel. de fals. l. 1. C. de his qui sibi.* Iulius Clarus in §. falsum. num. 27. quæ tamen poena hodie non est in vsu, neque consuetudine seruatur, Iul. Clar. d. loc. num. 31.

¶ *Ad Thes. 68. 69. 70.* Agitur hic de crimine vis publicæ & priuatæ; item de raptus
84 crimine capitali, VVefenbec. hic dicit, esse poenam ¶ crucis in autorib. seditionis *l. si quis. 38. §. 2. ff. de pen. Paul. lib. 5. tit. 22.* in aliis gladius *l. capitalium. 28. §. solent. ff. de pen.* Ex ordinat. Imperii poena fractæ pacis publicæ tenetur. Mynsing. obseruat. 28. cent. 2. VVefenb. h. tit.

l. iij. n. 5. item l. Iulia de Vin. 3. & Mynf. n. 4 ibidem dicit habere nos hodie generale constitutum Imperii de pace publica & eius violatoribus, quæ diligenter sit legenda, cum omnia luculenter explicet: Addantur Gaili *lib. 2. de pac. publica.*

Ad thesin 71. Agitur hic de crimine peculatus, ubi antinomia occurrit, *in l. 4. ff. ad l. Iul. peculatus. & in l. ob pecuniam 18. ff. de furt.* quæ supra in materia furti explicata est.

Ad thesin 72. vsq. ad th. 76. In hisce thesibus finalibus agitur de reliquis criminibus publicis, de crimine ex l. *Fabia* de plagiaris, ex l. Iulia ambibus, ex l. Iulia repetundarum. Cuius ꝑœna est extraordinaria, modo exitium, modo durior, id est, propter delicti exigite qualitas. Cui obicitur *l. i. C. eod.* ubi est pœna quadrupli. Respon. Ibi est mitior pœna & tamen extraordinaria pro conditione personæ, quæ est dux. Deinde agitur de crimine ex l. Iulia de annonæ, & ex l. Iulia de residuis: Sed reliqua omnia plana sunt, nec difficultia.

Ad Corollarium. Affirmatur in Corollario ex l. *transigere* 18. *C. de transact.* transigi posse super crimine capitali, excepto adulterio: Transigi autem non posse super crimine non capitali citra falsi accusationem. Quæ lex est Impp. Dioclet. & Maxim. ut supra dictum fuit. Ratio autem quare super crimine ꝑ capitali transigatur, hæc est, quia quilibet potest suum sanguinem qualiter qualiter redimere *l. 1. ff. de bon. eorum, qui ante sent. mort. sibi consciu.* id quod tamen fallit in adulterio qui excipitur, idque propter fœditatem illius delicti summam. Deinde ratio supra dicta cessat in non capitalibus. Ergo & dispositio. Rursus tamen in non capitalibus excipitur crimen falsi, idque propter frequentiam & gravitatem illius delicti. Iulius Clarus in *§. falsum in princ.* Sed videntur primo ob stare ei quod dicitur, de crimine ꝑ publico licitam esse transactionem. Primo ita obicitur: *pa-* 57
cifici possumus de re priuata non publica. l. iurigen. 7. ff. de pact. Ergo hic pactio seu transactio non valet. Resp. Qui paciscitur de crimine capitali, non paciscitur de re publica, sed de re priuata quia valet pactio, quæ ad ipsum paciscentem duntaxat, non quæ ad Reipub. vindictam publicam. Alius enim non obstante transactione reum rursus, ut dictum est, accusare potest. Nicolaus Valla, in *tract. de rebus dubiis tract. 17.* Secundo obicitur *l. ita vulneratus 51. §. ult. ff. ad l. Aquil.* ubi dicitur, delicta non debere esse impunita, id quod hic fieret, si transactio valeret. Respon. ut supra, non tamen delicta mauere per hanc pacificationem impunita, licet per humanitatem pactio sit concessa, atque ita Alciat. in *dist. leg. transigere*, ad hanc obiectionem respondet. Tercio obicitur. Reus qui crimen capitale admisit, aduersarium suum corrumpere non potest. Respon. Dn. Borch. in *tract. de transact.* dicit *d. l. 2.* loqui de criminibus publicis quæ non ingerunt pœnam sanguinis. Denique obicitur *l. eius qui delatorem, ff. de iure fisci*, in qua dicitur, eius qui delatorem corrumpit, hanc esse conditionem, ut pro conuicto habeatur, Respon. *d. l. eius*, accipienda est de criminibus non capitalibus.

Secundo excipitur ꝑ adulterium, cui exceptioni etiam multa videntur refragari. Primo ita obicitur. Adulterium hodie est capitale. Ergo videtur dicendum licitam esse transactionem, cum eadem sit ratio. Respon. Est idem ius statuendum, nisi quid singulariter in aliquo casu excipiat, sicuti hic fit, ubi expresse adulterium excipitur. Secundo obicitur *l. §nic. C. de rapt. Virg.* ubi dicitur deportari debere parentes qui dolore raptum remittunt: Ergo non est licita transactio de crimine capitali, omni excepto tamen adulterio, cum & hoc excipiat, quod criminale est, *d. leg. §nic.* Respon. Hic locus interpretes in diuersas partes traxit. Nam Bald. affirmat, de ꝑ raptu virginum hodie transigi non posse. Bart. autem in *d. l. transigere*, contrarium sentit, id quod etiam est verius, & ad

d. l. 8n. respondendum est, loqui eam non de parente transigente, sed de parente, qui scit filium suam rapi, & in raptum consentit, atque ita parientiam præbet, & dolorem, quem merito percipere debent, ex raptu filia, remittit, hic deponendus est. Tercio obiicitur *l. pen. C. quibus ex causis serui pro præmio.* in qua seruus libertate donatur, qui raptum dissimulatione præteritum in publicum delert. Ergo de raptu transigi non potest. Resp. Contrarium potest colligi ex illa lege pro nostra sententia, ex verbis: pactioe transmissum. Ergo de raptu transigi potest. Quarto obiicitur *Nov. 117. Vers. fin.* hæc omnia quæ dicta sunt de adulterio in præcedentibus procedunt, nisi sint composita. Ergo pactio super adulterio fieri potest. Resp. Accur. respōdet eam nouellæ partem, in qua agitur de compositione non esse referendam ad ea, quæ de adulterio sunt præmissa, sed ad alia capitula.

Tercio dicitur, quod in aliis criminibus publicis non inferentibus poenam transigi non possit, excepto crimine falsi, & illa vox, *citra*, importat hic exceptionem, & confirmatur illa exceptio per expressam *l. 7. ff. ad l. Cornel. de falsis.* vbi est talis casus: *lapp. Valerian. & Gali, rescribunt Heliodoro* hoc modo: Tu ipse, Heliodore, significasti nobis te habuisse Caii & Titii fidem suspectam, cum primum instrumentum protuleruāt, nihilominus tamen transegiisti, & in transigendo acquieuiisti. Ergo difficile est, ut præses provinciae permittat tibi instrumentum tanquam falsum accusare. Licita igitur ¶ est pro falso transactio. Et ita corollarium nostrum satis est munitum.

Ad quæstionem. De hac quæstione olim fuit controuersia, inter Ioannem & Martinum antiquos glossatores: Hic conscientiam est amplexus, ille acta & probata recipit. Nos Io. 61 annis sententiam defendemus, nimirum secundum ¶ acta & probata iudici iudicandum esse. Argumenta pro hac sententia hæc sunt. 1. est *ex l. illicitas, §. Veritas, ff. de officio præsid.* vbi dicitur iudicem debere sequi in iudicando id quod conuenit ex fide eorum quæ probabuntur, & addit veritatem non vitari erroribus rerum gestarum. *Et notom. illustr. quaestio. 25.* cū veritas imprimis a iudice sit inquirenda, q̄ falsa euerit. Deinde hanc sententiā Canonistæ etiam sequuntur ac defendunt. *c. pastoralis 28. §. quia vero, extr. de officio legati.* vbi iubetur ordinarius exequi sententiam à delegato pronunciatam, quamuis ea essent iniquissima, vbi gloss. irridet conscientiarum religionem & iubet deponi conscientiam læsam. Hæc fundamenta nobis sufficiant, sed ex contrariis rectius explicata elucescent. 62 Martini sententia est, quod ¶ conscientiam iudex sequi debeat potius quam acta & probata. Primum argumentum tale est: veritas omnibus rebus præualeat, & iudicia veritati, nõ contra veritas iudiciis inferuiat. *cap. Unde vi, c. cap. Unde Veritas, extr. de iure iuran.* Peccareque eos qui contra conscientiam iudicant. Resp. Ne iudiciorum vilescat auctoritas, non conceditur iudici neglecta cognitione publica, quæ ex probationibus hinc inde factis elicitur, ex priuata scientia iudicare, quod etiam fit contra iudiciorum ordinem, in quibus iudex dicit sententiam, non probationes affert, id quod testium est, & iudex secundum allegata & probata iudicans non peccat, cum non ex cuiuslibet priuati instructione, sed ex confessionibus, depositis allegationibus, & aliis, quæ in eius præsentia proponuntur, formate sui animi mentem debeat. *c. in præsentia, extra, de renunciat.* Hoc tamen procedit cum hac cōditione; si iudex probabiliter dubitare potest, an acta sint vera, quando forte suspicio quædam falsitatis seu erroris oritur, rum debet potius publicorum actorum sequi auctoritatem, in quo casu nostra quæstio locum habet, & hoc casu tamen iudex potest ¶ adiuuare acta, vel causam ex æquo & bono. *l. 1. C. Et quæ def. aduoc. part. susp.* & proferre ea, quæ sunt ommissa à partibus, vel non prolata ab aduocatis, itē potest deferre alterutrius in causis dubiis, & secundū id iudicare deficientibus probationibus plenis *l. 3. C. de rebu*

rebus dub. & Cic. lib. 1. offic. dicit: Equitas ipsa lucet per se, dubitatio autem cogitationem affert iniuria, nimirum si dubitas, an iustum vel iniustum sit: Si autem iudici certo cōstat causam vel acta falsis instrumentis & probationibus lēdi ac violari, pronunciare pro falsitate iudex non debet nec potest, tum quia probat, non potest esse iudex, sed ꝑ degenerat in testem, assumit personam testis, & deponit rem aliter se habere, tum alteri rem iudicandam committit, alias conscientiam lāderet: & tum quando forte est notorium, ipsius sola persona quæ vidit, sufficere potest, ad probandum, cum in notoriis ꝑ minima sufficiat probatio. l. si vero, §. qui pro rei. ff. qui satisd. cog. Corras. lib. 4. Miscell. c. 20. n. 3. id quod etiam expressit Hotom. in illust. quæst. 15. Cuius lib. 12. obs. c. 19. & hoc etiam videtur colligi posse, ex d. l. illicitas. §. veritas. vbi dicitur non debere veritatem rerum gestarum erroribus vitari, quibus verbis tacite innuitur, veritatem non esse regendam, si aliter iudici constet, sed assumendam esse personam testis, alias si dubia vel certa sunt acta, aliquid supplendum, vel secundum ea simpliciter pronunciandum, Corras. lib. 4. Miscell. c. 20. n. 10. 2. argumentum est tale: Iudex debet pronunciare prout suggerit religio. l. 3. l. quæstum 13. ff. de testib. vbi id dicitur. Ergo potius iudex ex conscientia iudicare debet. Resp. Hi textus pro subiecta etiam materia intelliguntur, in tali casu quando forte dubia sunt acta, & iudex aliquid suspicatur, vel mouetur quibusdam coniecturis rem ita se non habere, tum debet aliqua in parte recedere ab actis, propterea quod in aliqua parte læsa & suspecta videantur, & tamē iudicare nihilominus secundū acta prout religio suggerit, h. e. animi sententia dicat. 3. argumentum tale est: ex cōscientia potius esse iudicandum, cum magna sit vis conscientiæ, in vtramq; partem: Omnes n. in diffidentiam & desperationem impellit. Ergo sententia Ioannis præualeat. Resp. Tum ꝑ iudicem ad diffidentiam impelli, si scit læsam esse causam falsis allegationibus vel instrumentis, puta quia vidit & certo nouit, non dubitative rem aliter se habere: Quod si scit, debet testis fieri, alias processus inuenteretur: qui n. testis est, sententiam dicere non debet. Eodem plane modo respondetur ad 2. præceptum, non esse dicendum falsum testimonium, cum etiam pœna in iure civili constituta sit in eos, qui falsum committunt, & ꝑ non solum dicit falsum testimonium, qui veritati contrariū profert, sed etiam qui quæ nouit & sentit in proximi fraudē & calamitatem silentio inuoluit, imo contra veritatem iudicat, qui ea occultat, & alia etiā ita solui possunt. Sic etiā satisfit Nouellæ, in quib. præscribitur iudicib. formula iurandi, qui veritatem debent sequi, sc. deponendo personam iudicis, si expresse aliter sciunt, alias si dubitant, vt ante dictum fuit, agere debent. 4. argum. Quod debet sequi iudex conscientiam in iudicando, probatur ex rescripto Innocentij IV. in quo vult Pontifex iudicem, qui secundū conscientiam nō iudicat, per annum ab officio remouendum, atq; in aſtimationem parti læsæ condemnandū esse. Itē heretici prauitatis inquisitores, contra conscientiam innocentē hereseos damnantes per triennium abstinere debēt ab officio, si ipsi fuerint Episcopi, si substituti, pœna excommunicationis afficiuntur Resp. Id ita est intelligendū, si iudex forte contra veritatē actōrum contra conscientiam iudicat, tum male & quidem dolo malo iudicat, & merito pœna est dignus, id q̃ etiam iure civili ita obrinet, l. filius fam. 15. §. ff. de iudic. de tali casu hic non agimus. 5. argum. habet Cic. in oratione pro Fonteio, vbi dicit, q̃ iudex debeat videre, qua conscientia, sapientia, religione, auctoritate, qua cura quid dicatur, in eo debet eius prudentia elucere, nec adhibere fidem præscriptā, & iudiciis verisimilib. Ergo ex cōscientia iudicatur. Resp. Cum primo argumento hoc coincidit, vbi est generalis solutio ad hāc rē. Deniq; affertur l. 1. C. plus valere quod agitur, &c. vbi dicitur, in contradicibus rei veritatem potius, quam scripturam esse perspicendam. Ergo ex conscientia potius erit iudicandum. Respon. id in contradicibus procedit, & huc non pertinet.

Coronidis loco est ad-tendum, distingui h. m. secundum Venatorium *in analysi iuris Pontificii*: Aut est n. de causa civili, & iudex propriam conscientiam in iudicando sequi non debet, sed propter publicam iudiciorum auctoritatem secundum allegatas à partibus probationes sententiam ferre debet, secundum sententiam Ioannis: aut est de criminali
 68 causa, & † rectius faciet iudex, si ex conscientia reum absoluat, vel in tanta ambiguitate & discrimine rerum, deponendo iudicis officium, causam alteri cognoscendam committat. Ioan. Andreæ *in addit ad speculator. tit. de diuis. §. all. advocat. §. final.* Nunquam enim iudex debet facere executionem, qui scit reum iniuste condemnatum. Corraſius *lib. 4. miscellan. cap. 20. num. 4. Et tantum de disputatione 42. Institutionum Imperat. Iustin.*

Absoluta nunc sunt, Dei gratia, Imp. Instit. disputat. cum omnibus iis explanationibus, quæ ad eas porissimum erant necessariae, & sic promissis meis est satisfactum. Vos collegæ his vramini bene, non abutimini. Valere, & aliis in simili tandem scrui-
 ge, id quod Optimus Maxim. Deus tandem à vo-
 bis requirit.

*Finis librorum IV. Institutionum iuris
 civilis.*

MATERIA RVM HVIVS

LIBRI INDEX COPIO-

S I S S I M V S.

635

Nota.

Prior numerus librum, secundus paginam, tertius numerum margini adscriptum notat.

A.		
A bbreniaturus an sit licet in scriptione testamenti	2.195.13	<i>Actio de dolo non concurret cum actione praescriptis verbis.</i> 4.222.8
<i>Abfentes Reipubl. causis an excusentur à tutela</i>		<i>Actio pro socio cessat, sublata societate</i> 3.94.35.
1.107.18.		<i>Actiones reales quanto temporis spacio finiantur</i> 4.250.27.
<i>Abfentia causis iusta an sit, cum quis Reipubl. causis abest</i>	4.155.27.	<i>Actio finis definitio à Dd variatur</i> 4.137.6.
<i>Abfolutio Papistica an absolueri aliquem possit à iuramento quod quis praestitit</i>	4.170.46	<i>Actiones cur prodita & instituta sint</i> 4.137.3.
<i>Acceptio personarum an fiat in iudiciis</i>	1.36.10.	<i>Actiones quibus verbis hodie peti possint</i> 4.117.4
<i>Acceptilatio per alium fieri non potest</i>	3.103.17	<i>Actiones, rebus, qua his petuntur assimulantur</i> 4.137.5.
<i>Acceptilatio est actus legitimus</i>	3.103.18	<i>Actio pro reuocanda donatione qualis detur.</i> 3.175.20
<i>Acceptilatio quomodo dicatur esse iniuri gentium</i>	3.38.8.	<i>Actio dotis non datur in solidum contra maritum</i> 2.283.58
<i>Acceptilatio quod duplex sit</i>	3.102.14	<i>Actio inofficiosa testamenti quando proponatur</i> 2.258.16.
<i>Acceptilatio an sit iniuri civilis, an vero iniurientium.</i>	3.102.15	<i>Actionem hypothecariam in rebus legatis quando quis habeat</i> 2.275.25
<i>Acceptione dominium mutatur, & quare</i>	2.137.22.	<i>Actio pro socio, & communi diuidendo quomodo differant.</i> 4.189.36
<i>Accessio plus habere non potest, quam est in re principali</i>	2.134.23.	<i>Actio de praescriptis verbis quid sit</i> 3.65.31
<i>Accrescere quid sit</i>	2.293.25	<i>Actiones criminales & civiles quanto temporis spacio excludantur</i> 4.294.27
<i>Accusatio de inofficioso testamento quando locum habeat</i>	2.260.22	<i>Actio pro dote cui datur</i> 4.226.19.
<i>Accusatio publica cuius ex populo pleneq; permittitur</i>	4.293.21	<i>Actio l. Aquilae directae quando detur</i> 4.220.24.
<i>Accusatio suspecti tutoris quasi publica est, & quare</i>	1.113.36	<i>Actio quasi Seruiana an sit realis nec ne.</i> 4.150.7.
<i>Actio quid sit</i>	4.137.10	<i>Actio ex testamento cur legatario detur</i> 2.273.10
<i>Actio quomodo ab exceptione discernatur</i>	4.138.11	<i>Actio in rem cur legatario detur</i> 2.274.21.
<i>Actio & bonorum possessio quomodo differant:</i>	4.138.12	<i>Actio & exceptio quomodo conueniant, & differant</i> 4.257.107
<i>Actiones bonae fidei habent laxiores effectus, quam actiones stricti iuris:</i>	4.217.6.	<i>Actionem non habere ipso iure, & eam per exceptionem infirmari differunt</i> 4.228.16.
		<i>Actio edicti de calumniatoribus quid sit</i> 4.215.20.

I N D E X

Actio de dolo malo quam diu duret & quare 4.
238.10.

Actio de dolo malo quando competat 4. 230.

II.

Actio de eo quod certo loco ad quid comparata sit
4.239.12

Actio filiofamilias contra suos corruptores an exiuret, an vero ex aequitate 4. 217.

32

Actio si bonorum raptor. quibus detur 4.119.

17.

Actiones legis, & actus legitimi non differunt 4.
248.5

*Actio empti quando tutori aliquid à pupillo e-
menti detur* 4.186.9

Actio empti & venditi in quem finem detur 4.
186.10

Actio in rem quid denotetur in legibus 4.150.
8.

*Actio quod metus causa an in rem sit vel in per-
sonam* 4.214.16

*Actio negotiorum gestorum an etiam leuissi-
ma culpa praestetur* 4.216.27

Actiones ex lege descendentes sunt perpetua 4.
130.27

Actionis iniuriarum quis sit finis 4.130.28

*Actio de peculio non est proprie actio, sed tantum
appendix & clausula actionis* 4.243.28

*Actiones sunt arma quibus pugnant actores ad-
uersus reos* 4.256.1

Actio legis Aquilia quid petatur 4. 120.
22

Actio poenalis de iniuria vocando quid sit 4.167.

31

Actiones aduersus nautas dua sunt 4. 131.

14

Actio praescriptis verbis cur sic dicatur 4.221.

2.

Actio commodati est civilis 4.188.23

Actio commodati contraria qualis sit 4.188.

24

*Actio iniuriarum agere potest Dominus, si
Vasallo iniuria facta sit qua in dminum re-
dundet* 4.197.17

*Actio depositi non conceditur in heredem ad quē
nichil peruenit* 4.251.33

*Actio de alimentis praestandi est singularis ed-
gnitio, cui praedictum fit per iudicalem* 4.
176.14

Actio ad palinodiam an sit civilis vel criminalis
4.132.39

*Actiones quadam, qua in contententem dantur
in simplicem, in negantem dantur in duplum*
3.96.43

*Actiones reales semper comitantur rem, & bi-
cung, etiam illa sit* 4.141.28

Actiones personales semper personam sequuntur
4.141.29

*Actio iniuriarum debet annum, mensem & di-
em illata iniuria, in libello nominare* 4.197.
20

Actio iniuriarum quomodo tollatur 4. 197.
21

Actio iniuriarum quoruplex sit 4.198.22

*Actio stilis an detur aduersus Vasallos & clien-
tes. & contra* 4.178.25

*Actio communi diuidendo magis in rem est,
quam in personam* 3.93.29

*Actio per liberam personam nobis non acquiri-
tur, nisi cedatur* 3.100.2

Actio empti & venditi cur sit directa 4.186.
5

*Actio furti nec manifesti, an sit ex l. 12. tabula-
rum* 4.197.14

Actiones an omnes sint bona fidei 4. 215.

23

*Actio, quod metus causa est arbitraria, datur
facultatem restitutiendi reo, si dult poenam eui-
tare* 4.215.18

Actio praescriptis verbis ex permutatione quid sit
4.224.17

*Actiones bona fidei & stricti iuris, quomodo dif-
ferunt inter se* 4.216.25

Actio serui corrupti stilis contra quos detur 4.
214.10

213.4

Actio serui corrupti an recte dicatur poenalis 4.
213.4

*Actio serui corrupti licet praeoris sit, tamen et-
iam perpetua est* 4.213.5

Actio ex permutatione unde oriatur 4. 215.
20

Actio

<i>Actio l. Aquila an & quando in heredem delin-</i>	<i>ni non sit</i>	4. 198. 24
<i>quentes detur</i>	4. 120. 21	
<i>Actio servus corrupti directio contra quem detur</i>		4. 198. 25
4. 213. 8		
<i>Actiones pro legato consequendo quot sint &</i>	<i>Actio ex vendito quid sit</i>	4. 186. 12
<i>quomodo differant</i>	4. 204. 1	
<i>Actio ex testamento, cur ex quasi contractu per-</i>	19	
<i>sonalis sit.</i>	4. 204. 2	
<i>Actionis ex testamento quis finis sit</i>	4. 204. 5.	
5.		
<i>Actionem directam libera persona nobis non ac-</i>	<i>Actio furti contra quos non detur</i>	4. 196.
<i>quirrit.</i>	11.	
3. 101. 4		
<i>Actio hereditatis petenda an sit stricti iuris</i>	<i>Actio furti an recte distinguatur in civilem &</i>	4. 196. 12
4. 226. 24.	<i>honorariam</i>	4. 196. 12
<i>Actio petenda hereditatis non datur adversus ti-</i>	<i>Actio & iudicis officium differunt</i>	4. 140
<i>tulo possidentem</i>	20	
4. 226. 25		
<i>Actio confessoria & negatoria quomodo finibus</i>	<i>Actio constituta pecunia quando detur</i>	4. 162.
<i>regendus serviat</i>	6.	
4. 207. 26		
<i>Actio civilis ex tribus casibus l. Cornelia descen-</i>	<i>Actiones pratoria personales quot sint.</i>	4.
<i>dens, an sit annalis vel perpetua</i>	161. 1.	
4. 130.		
26	<i>Actio penal is si cum rei persecutoria concur-</i>	
<i>Actio iniuriarum quot modis tollatur</i>	<i>rat, quomodo altera alteram tollit</i>	4. 200
4. 129.	37	
23	<i>Actio constituta pecunia est ex iure gentium</i>	4.
<i>Actiones pratoria sunt annales</i>	162. 2	
4. 130. 25		
<i>Actio conductus quid sit & cui detur</i>	<i>Actio constituta pecunia quid sit.</i>	4. 162. 3
4. 187. 18		
<i>Actiones penales quae sint</i>	<i>Actiones miscetur si in una minus sit quam in</i>	
4. 167. 27	<i>altera.</i>	4. 192. 33
<i>Actio mandati quando competat & quando non</i>	<i>Actio empti cur dicatur esse bona fidei</i>	4. 185. 2
<i>competat</i>	<i>Actiones quibus in triplum agitur, quae quot</i>	
4. 188. 27	<i>sint</i>	4. 214. 14
<i>Actio de albo corrupto est annalis, & non da-</i>	<i>Actione graviore qui egit, non potest amplius alia</i>	
<i>tur contra heredes corruptentis</i>	<i>agere</i>	4. 200. 35
4. 167. 28		
<i>Actiones bona fidei cur non ab arbitrio, sed a se-</i>	<i>Actio ex testamento quando penal is fiat</i>	4. 204.
<i>ipsis denominentur</i>	6.	
4. 236. 3		
<i>Actionum realium & personalium divisio</i>	<i>Actione furti quis teneatur</i>	4. 111. 19
4. 194. 1		
<i>Actio de peculio an sit peculiaris actio</i>	<i>Actione furtiva non tenetur quantum consili-</i>	
4. 164.	<i>um dedis, & nihil ex furto percipit.</i>	4. 112.
12	20	
<i>Actio an detur absenti contra praesentem</i>	<i>Actionem furti qui habeant</i>	4. 110. 1.
4. 156.		
30.	<i>Actiones non omnes eodem modo esse bona fidei</i>	
<i>Actio Paulina quid sit, & contra quos competat</i>	4. 185. 1	
4. 156. 31		
<i>Actiones ex empto tres</i>	<i>Actio finium regundorum quid tractet</i>	4. 206.
3. 65. 28	24	
<i>Actio in fraudatorem qualis detur</i>	<i>Actionibus pluribus quando simul agi possit</i>	4.
4. 156.	199. 32	
32		
<i>Actio si bonorum raptorum an sit mixta, in</i>	<i>Actio familia heriscenda differt ab actione com-</i>	
<i>creditorum, commodatio & alius, licet Demi-</i>	<i>muni dividendo</i>	3. 233. 1
		<i>Actio.</i>

- Actiones famil. herisc. comm. diuid. fin. regund. quamdiu durent* 4. 208.35
- Actio ultra quadruplum nulla extenditur* 4. 212.1
- Actio ex precario quomodo dicatur esse bona fidei* 4. 224.16
- Actio ex testamento an penalis in duplum sit si quid Respub. vel fisco legetur* 4. 204.8
- Actio praescriptis verbis est lenior quam actio de dolo* 4. 223.10
- Actiones mixtae quod modis dicantur* 4. 205.13
- Actiones mixtae causam habentes participant sua natura cum rebus* 4. 205.14
- Actio famil. heriscund. cui detur & quo fine* 4. 216.18
- Actionis nomen an in libello aliquo exprimendum sit* 4. 146.56
- Actio depositi quid sit* 4. 188.29
- Actio constituta pecunia quomodo introducta & quomodo dilagationem pariat* 4. 162.5
- Actiones in rem non sunt in totum reales, sed etiam aliquid de personalibus sapient* 4. 173.1
- Actiones praediciales an aliquae sint* 4. 173.2
- Actiones ex stipulatione quot descendat* 4. 179.35
- Actiones an iuris gentium sint, an vero civilis* 4. 145.53
- Actio depositi directa infamat & quare* 4. 189.33
- Actio pro socio & utriusque est directa & principalis* 4. 189.34
- Actio confessoria aduersus quem detur* 4. 144.46
- Actionis definitio an realem simul & personalem actionem contineat* 4. 138.16
- Actio personalis, & realis unde oriatur* 4. 139.17
- Actiones non fieri extra iudicium* 4. 138.13
- Actio proprie non datur ex querela falsi* 4. 152.18
- Actio rei vindicationis an recte diuidatur in directam & utilem* 4. 143.42
- Actio negotiorum gestorum, quando quis teneatur* 3. 87.5
- Actiones in rem praetoriae quot sint* 4. 149.1
- Actiones legatis competentis quae* 2. 273.19
- Actio de communi diuidendo quibus detur* 4. 206.21
- Actio finium regund. cur sit stricti iuris* 4. 206.2
- Actio ex quasi delicto descendens, non transit ad heredes* 4. 132.35
- Actio adpalmodium vel reuocationem, an infamet* 4. 132.36
- Actio negotiorum gestorum quo respectu alicui detur* 3. 89.7
- Actio mandati quando competat* 3. 81.18
- Actio directa nulla filio datur, licet utilem interdum habeat* 4. 165.18
- Actio de peculio quando in partem detur* 4. 165.19.
- Actio ex iureiurando cui competat* 4. 165.20
- Actio ad exhibendum, est praeparatoria vindicationum* 3. 81.21
- Actio ex stipulatu an tantum rei persequenda causa introducta sit* 4. 179.30
- Actiones in personam quid sint* 4. 141.31
- Actiones penales simplices quid sint* 4. 195.7
- Actio praescriptis verbis quot species habeat* 4. 211.5
- Actiones praediciales quot sint* 4. 176.13
- Actio ex verbis, facio ut des, qualis oriatur* 2. 222.6
- Actionem commodati personalem esse, & cui detur* 4. 187.20
- Actio de dolo est famosa & subsidiaria* 4. 222.7
- Actio aestimatoria, & ex permutatione cur inter bona fidei actiones relata* 4. 221.1
- Actiones an primario & recte in reales & personales diuidantur* 4. 140.25
- Actiones in rem scriptae quales sint* 4. 140.26
- Actio pro socio & ex vendito an dari possint in negotio societatis* 4. 189.37
- Actiones ex empto tres* 3. 65.28
- Actio ex empto, significat actionem ex vendito* 3. 60.8
- Actio pro socio, & actio communi diuidendo differunt* 3. 92.28
- Actiones praediciales magis esse reles quam personales* 4. 174.5
- Actionis vocabulum quot modis accipitur* 4. 137.8
- Actio de partu agnoscendo an sit praetoria vel iudicialis* 4. 177.22
- Actio praedicialis prima an recte dicatur directas*

- Actio* *et* *Scilicet* 4.178.23
Actor an possit emendare libellum in eodem iudicio 4.239.16
Actor qualem praestare soleat satisfactionem 4.240.24 (sum. 4.257.11)
Actori quod licet, an simul etiam reo sit permittitur 2.231.20
Actus extraneus an in testamento admitti possit 2.195.16
Actus an sit ubi Vehiculum duci potest 2.146.13
Actus *et* *via* definitiones quomodo differant 2.146.14
Actus quomodo iter in se contineat 2.146.15
Actus legitimi per procuratorem fieri non possunt 3.103.19
Actus duo ad consuetudinem probandam sufficiunt 1.41.33 (248.6)
Actus legitimi per alium non possunt expediri 4.248.7
Actus legitimi qui sint 4.248.7
Adoptionis definitio quomodo differat a definitione legitimisationis 1.75.12
Adoptionem qui magistratus confirmare possit 1.75.13
Adoptionis quot sint species 1.75.14
Adoptione quomodo patria potestas tollatur 1.78.26
Adoptione sui heredis an rumpatur testamentum 2.254.6
Adoptio an sit actus legitimus 1.75.10
Adoptare qui vult debet ostendere annis praecedere eum quem adoptare constituit 1.77.19
Adoptionis magna est fragilitas 1.76.17
Adoptione augetur dignitas quam quis natura habet 1.79.29
Adpromissor cur sic dicatur 3.46.7
Advocati quomodo militent 2.210.16
Advocatura et procuratura quomodo differant 4.261.34
Adulterio soluitur matrimonium 1.69.50
Adulterium an non admittat transactionem 4.297.58
Adulterium quis capitale fecerit 4.295.38
Adulteris masculinis inter publica numeratur 4.293.23
Adulterium in virginem vel viduam proprie non
cadit 4.294.32
Adulterii species quae 4.294.35
Adulterium cur supro gravius sit 4.294.34
Adulterii pena iure diuino quae 4.295.39
Adulterium cur dicatur etiam in sponsa esse 4.294.36
Adulterii crimen hodie priuatum est 4.293.25
Adificans in alieno solo, cui adificet 2.135.25
Adificans in suo solo ex aliena materia quid praestare cogatur 2.135.26
Acquisitio eius qui possessione deicitur, semper spectanda est 4.272.28
Affines in materia nuptiarum habentur loco parentum 4.296.51
Agens contraperantem vel patronum suum, non amplius consequitur, quam facere potest 4.241.23
Aggressus a latrone vel alias ab equali, potest aduersarium interficere, etiam si fugiendo se saluare potuisset 4.120.35
Agnationis ius perimitur plerumque, capitis diminutione, ius vero cognationis non item 1.88.24
Album pratoris quid fuerit 4.167.27
Alienatio omnis est prohibita 3.96.45
Anabaptista et apostata heredes scribi non possunt 2.233.27
Animalia quae venando cuilibet capere liceat 2.131.2
Annus quo iniuria actio durat, an Scilicet sit vel continuus 4.129.24
Appellare licet cuilibet pro eo qui ducitur ad supplicium 4.253.41
Aqua profluens, et flumina quomodo differant 2.120.7
Aqua ductum in agrum, an semper Scilicetatem respiciat 2.144.7
Arastra et statua cur portis ciuitatum assignantur 2.125.31
Arbitraria actio datur propter certi loci interitum 4.236.2
Arbi-

- Arbitraria actiones habent duas sententias interlocutoriam & condemnatoriam* 4. 237.
- 9.
- Arbitraria actiones quomodo differant ab actionibus bona fides & actionibus stricti iuris* 4. 216. 16
- Arbitraria actiones an recte addantur ad actiones bona fides & stricti iuris actiones* 4. 216.
- 24
- Arrha an sit de substantia emptionis & venditionis* 4. 186. 8
- Arbor si in alieno coalescit fundo, an vindicari possit ab eo cui detracta est* 2. 132. 15
- Arbor in consinio posita, cui acquiratur* 2. 136.
- 28
- Arrestum quando locum habeat* 4. 249. 21
- Arrogatio maioris magistratus auctoritate operis habet* 1. 76. 15
- Ar & scientia à IC. confunduntur* 1. 37. 17
- Ascendentes quo ordine succedant* 3. 8. 16
- Ascendentes an & quare succedant* 3. 8. 14
- Ascendentium à latere, & descendendum dispar est conditio* 3. 10. 22
- Asscriptitii & coloni, an liberi sint an sero serui* 1. 47. 8
- Aurum quo fine habeat ecclesia* 2. 123. 21
- Autoritas tutoris non semper precedit actum vel tractatum negotii, sed etiam perfectio negotio potest interponi* 1. 96. 13
- Autoritas pratoris interdum supplet defectum tutoris* 1. 94. 6
- Autoritas tutoris quid sit* 1. 93. 1
- Autoritate tutoris cur opus habeat pupillus* 1. 93. 2
- Aux & avia quo iure succedant nepotibus* 3. 8. 15
- B.**
- Bella sunt ex iure gentium* 1. 39. 25
- Bello amissum quid dicatur* 1. 36. 1
- Bigami & ultima supplicio puniuntur* 1. 68. 46
- Bona rusticorum & inquilinorum differunt* 4. 157. 37
- Bona damnatorum cui cedant* lib. 3. pagin. 10. num. 21
- Bona fides in emptione duobus temporibus requiritur* 3. 64. 27
- Bona defuncti sunt obligata & hypothecata* 2. 274. 24
- Bonorum venditionem, qui necessario passus est, quomodo teneatur* 4. 157. 33
- Bone legato mortuo an aliquid debeatur* 2. 180.
- 42
- C.**
- Cæcus an facere testamentum possit* 2. 113. 20
- Cæcus an & quatenus à tutela excusetur* 1. 110.
- 25
- Culminatores cur in quadruplum condemnentur* 4. 215. 21
- Camera assertiones quando potissimum valeant* 2. 3. 2. 10
- Capita ab hostibus quomodo nostra fiant* 2. 131.
- 9.
- Capitis pena duplex est, civilis & naturalis* 2. 125. 14
- Capitis diminutio an recte definiatur, prioris status mutatio* 1. 88. 26
- Capitis diminutio quot species habeat* 1. 88. 27
- Capitis diminutio maxima, an etiam libertatem adimat* 1. 89. 28
- Capitis diminutio media non naturalem, sed tantum civilem libertatem adimit* 1. 89. 29
- Capitulate apud hostes, an solvantur patria potestas* 1. 78. 24
- Caroli V. constitutio de iniuriis impune interficiendis* 4. 121. 28
- Cassianorum & Proculianorum pugna* 4. 272.
- 30
- Casus fortuitus in locatione & conductione non prestat* 3. 73. 20
- Casus fortuitus, interdum in negotiorum gestione etiam prestandus est* 3. 91. 21
- Causa falsa legato adiecta non nocet* 2. 305.
- 19.
- Causa & actio an unum & idem sint* 4. 137. 7
- Causa in Camera iudicio nulla agi possunt sine ministerio foverensium procuratorum* 4. 248. 8
- Causa exheredationis in nouell. 115. an extendi*

<i>possint</i>	2. 119. 11	<i>Collateralium in adoptione an valeat trans-</i>	
<i>Causarum figura varia sunt, pro vario contro-</i>		<i>monia</i>	1. 67. 43
<i>versatum statu</i>	4. 142. 33	<i>Collaterales inter quartum gradum iure ca-</i>	
<i>Causio securitatis vel salui conductus quid sit +.</i>		<i>nonico coniugii matrimonio non possunt</i>	1. 66.
249. 19			41
<i>Cautio qualis à reo requiratur in actionibus re-</i>		<i>Collaterales etiam ad bona damnatorum ad</i>	
<i>alibus</i>	4. 149. 20	<i>mittuntur</i>	3. 1. 26
<i>Cautio de non offendendo quando exigatur +.</i>		<i>Collateralium successio quando fiat</i>	39. 18
249. 23		<i>Coloni Caesaris cur à muneribus municipalibus</i>	
<i>Cautio damni infecti an sit actio</i>	4. 140. 22	<i>liberentur & quando à tutela excusentur</i>	1.
<i>Cautio nem iuratorum qui prestare solent +.</i>			106. 16
249. 18		<i>Colonus quis dicatur, quis item inquilinus</i>	4.
<i>Cautiones iudiciales quot sint</i>	4. 249. 16		157. 36
<i>Censiti tantum servi sunt</i>	1. 47. 9	<i>Commodatarius qualem culpam praestet</i>	3. 29. 7
<i>Certum qui actione petatur</i>	4. 180. 19	<i>Commodatarius ad rem integram reddendam</i>	
<i>Cessionis beneficium quid sit</i>	3. 53. 38	<i>obligatus est</i>	4. 187. 21
<i>Cines Romani cur meliori iure & sint, quam</i>		<i>Commodate rei periculum aliquando ad com-</i>	
<i>provinciales</i>	1. 103. 4	<i>modatum spectat</i>	4. 187. 22
<i>Civiliter & criminaliter agi potest ex omni in-</i>		<i>Commodate quae persona possint</i>	3. 30. 9
<i>iuria</i>	4. 129. 22	<i>Commodatarius si rem commodatam furto ami-</i>	
<i>Civile & ordinarium remedium qui habet, non</i>		<i>sit, qualis commodati actio competat</i>	4. 111. 12
<i>debet desiderare extraordinarium & prae-</i>		<i>Commodum ex improbitate sua nemo sentire de-</i>	
<i>torium</i>	4. 152. 15	<i>bet</i>	4. 167. 25
<i>Civiliter & criminaliter quando agi dicatur +.</i>		<i>Commodatum est contractus iurisperitorum</i>	3.
137. 9			29. 1
<i>Civitas capta ab hostibus, potest iure postliminii</i>		<i>Commodatum quomodo à mutuo differat</i>	3. 29. 3
<i>iterum reuiviscere</i>	2. 131. 10	<i>Commodatum quomodo differat à precario</i>	3.
<i>Clausula codicillaris, an semper in codicillis ne-</i>			29. 4
<i>cessaria sit</i>	2. 317. 23	<i>Communio parit discordiam</i>	4. 207. 29
<i>Contractus qui vendis, an sine consensu id factus</i>		<i>Communione vocabulum latissima significatio-</i>	
<i>3. 62. 13</i>		<i>nis esse</i>	3. 79. 5
<i>Codicillus an sit solennis & ultima voluntas</i>	2. 317. 19	<i>Communio rei variis modis constituitur</i>	3. 21. 16
19		<i>Communi dividendo iudicium inter eos reddi-</i>	
<i>Carniteria quomodo hodie constituantur</i>	2. 125.	<i>tur, inter quos aliquid commune est</i>	3. 22. 25
30		<i>Communio ubi non est, ibi nec iudicium est com-</i>	
<i>Costus cum bestiis quomodo puniatur +.</i>	4. 295.	<i>munis dividendo</i>	3. 25. 32
43		<i>Communio quae sine societate sit, ad quasi con-</i>	
<i>Costus cum mortua Virgine quomodo puniatur</i>		<i>tractus refertur</i>	3. 91. 24
4. 295. 44		<i>Compensatio hodie omnes actiones, tam in perso-</i>	
<i>Cognati reliqui ultra fratres, an ad querelam</i>		<i>nam, quam in rem minus</i>	4. 228. 15
<i>inofficiosa admittantur</i>	2. 260. 19	<i>Compensatio quid sit</i>	4. 227. 30
<i>Cognito eo quod mixtum est, facile id quod sim-</i>		<i>Compensatio quando procedat</i>	4. 227. 32
<i>plex est intelligitur</i>	2. 291. 20	<i>Compensatio an tantum in quantitate fiat</i>	4.
<i>Collateralium nuptia sunt prohibita</i>	1. 66.		227. 33
39.		<i>Compensatio est ex iure naturali</i>	3. 90. 14

I N D E X.

- Compensatio ipso iure obligationem minuit* 3.
101.24
- Compensatio est ex iure naturali* 3.41.25
- Compensatione etiam sine iudice minuitur alio* 4.228.37
- Compensatio ut constet vox hominis requiritur* 4.229.38
- Compensatio quod locum habeat in actione depositi, & quare* 4.229.39
- Competentia privilegium an etiam inter fratres locum habeat* 4.241.25
- Competentia privilegium locum habet etiam in contractu donationis* 4.241.26
- Concubinatus iure civili est concessus & permissus* 1.58.10
- Concubinatus non incidit in definitionem nuptiarum* 1.58.12
- Condemnatio in arbitrariis actionibus unde fit* 4.236.1
- Condemnatio quando per exceptionem tantum minuitur* 4.258.13
- Condicere quare quis possit rem suam à fure* 4.179.28
- Conditio impossibilis si testamento adiciatur, an institutio haredis & legata vitentur* 1.231.22
- Conditio hareditaria duplex est* 2.230.19
- Conditio furtiva an sit necessaria* 4.179.29
- Conditio quid olim fuerit* 4.189.37
- Conditio certi est genus, & continet sub specie in quas referri potest, quando fit accommodatio* 4.180.40
- Conditio certi ex mutuo, est actio personalis* 4.179.31
- Conditio certi an sit duplex, generalis & specialis* 4.179.36
- Conductor leges conductionis servare tenetur* 3.72.18
- Confessoria actio cui detur* 4.144.48
- Confessoria actio quid sit* 4.144.45
- Confusio quidam solvenda obligationis modus est* 3.104.25
- Coniugium est contractus bonæ fidei* 4.226.28
- Coniuncti re tantum, an pari passu ambulent cum verbis tantum, & cum re & verbis simul* 2.292.24
- Coniuncti in legatis quæ modus dicantur* 2.290.14
- Coniuncti non sunt qui sine parte instituantur* 2.290.16
- Coniuncti omnes unus persona potestate funguntur* 2.294.28
- Coniunctorum materiam admodum difficilem esse* 2.289.13
- Coniunctio maris & femina cuius iuris sit* 1.39.24
- Coniunctorum in testamentis quis ordo sit, & qui posteriores habeantur* 2.292.23
- Coniunctorum modi tres, an sint legitimi* 2.290.15
- Consecratio rerum sacrarum an fiat per Pontificem* 2.122.17
- Consecrationi olim Pontifices & Principes interfuere* 2.122.18
- Consensus sponsalitiis quomodo differat à consensu matrimonii* 1.65.36
- Consensus an in omnibus contractibus de substantia sit* 3.60.5
- Consensus patris quo casu ad matrimonia non sit necessarius* 1.61.26
- Consensus aui an sit necessarius ad nuptias* 1.61.27
- Consensus parentum cur in nuptiis requiratur* 1.60.18
- Consensus parentum an sit necessarius in nuptiis* 1.60.19
- Consensus curatorum, cognatorum & affinium in nuptiis non requiritur* 1.61.23
- Conscientia iudicis quando ad differentiam impellatur* 4.299.66
- Consilium non est obligatorium, & mandati actionem non admittit* 3.81.19
- Consuetudini quo tempore praescribatur* 1.41.34
- Constitutum potest civili & naturali obligationi accedere* 4.163.20
- Constitutum fit nudo consensu seu pacto* 4.162.4
- Constitutum & hypotheca quando actionem producant* 3.17.11
- Constitutiones Imperatorum posteriores semper sunt firmiores* 4.121.32
- Constitutio Caroli V. de ebrietate, quomodo accipienda* 4.127.9

Constitutiones de præcariorum actionem parians
3.29.6
Contrahentes naturaliter se inuicem decipere
Et circumuenire posse, quomodo accipiendum
3.71.11
Contractus vocabulum quot modis accipitur
16.5
Contractus an recte definiatur Ultro citroque obligatio
3.16.6
Contractus bona fide initii, non facile resoluitur
3.71.13
Contractus omnes qua ratione sint Et dicantur
bonæ fidei
4.237.5
Contractus qualem obligationem producat
3.18.13
Contractus innominati quid sint
4.221.3
Contractus ab initio sunt voluntatis, ex post facto autem necessitatis
3.90.15
Contractus vocabulum quot modis accipitur
87.1
Contractus bonæ fidei iniuri, et esse bonæ fidei, differunt
4.224.17
Contractus est causa obligationis
3.16.2
Contractus an et cur conuentio dicatur
3.17.8
Contractus et pactum quomodo differant
3.17.9
Contractus propter dolum quando rescindatur
1.37.13
Contractus fraudulosa, nisi lucri causa fiat, furtum non est
4.108.4
Controuersia DD. circa l. Falcidiam
2.311.6
Conuersioni quis initium dederit, in conuentionibus videndum
4.227.11
Correatio odiosa est, et ideo restringenda
1.97.14
Correctoria an possint extendi
2.318.25
Creditor non præstet casum fortuitum
3.32.20
Creditor inuito an quis absolui possit
4.152.37
Creditor an cogatur liberare fideiussorem acceptum, si alius magis idoneus offeratur
3.56.51
Creditori in strictis iudiciis aliud pro alio solui non potest
3.56.52
Creditum est genus mutui
4.189.38
Crimen læsæ Maiestatis in quibus locum habet
4.294.31
Crimen læsæ pacis non transit in heredem
4.252.35
Criminales actiones semper in personam ten-

dunt
Criminalis actio semper est potestior civilis
176.10
Criminalis actio in Camera non admittitur
132.40
Criminis falsi pena quæ
4.296.53
Culpa lata quomodo differat à dolo
1.114.44
Culpa qualis à conductore præstanda
3.72.19
Culpa in societate qualis præstetur
3.80.10
Culpa in tutore suspecto qualis consideretur
1.114.42
Culpa lata est dolus
3.31.14
Culpa in mandato qualis præstetur
3.82.25
Culpa vocabulum in pignoris præstatione, quomodo accipiendum
3.32.19
Cumulatio actionum quomodo in penalibus adhibeatur
4.199.34
Cumulationis actionum materia cur difficilis
198.17
Cumulatio actionum quid sit
4.198.27
Cumulationis quis sit finis, quis item effectus
198.29
Cura in feminis et masculis eodem tempore cur finitur
1.97.19
Cura quomodo definiatur et à tutela differat
1.98.20
Curator an testamento recte dari possit
1.98.21
Curator an et quando teneatur negotiorum gestorum actione
3.89.18
Curatores quomodo differant à tutoribus
1.82.4
Curatores cur habeant utilem tutelæ actionem
4.217.28

D.

Dammum quod quis sua culpa sentit, nemini imputari debet
4.120.27
Dandi verbum, dominii translationem significat
4.141.32
Debitum et creditum quid hoc in loco significant
4.227.31
Debitor quando publiciana sit possit
4.152.17
Debitum conditionale, an possit esse in constitutione
4.164.12
Decima an præscribi et possideri à laicis possint
2.123.24
Declinatoria exceptiones quid sint
4.259.39
Deductio in domum mariti excluditur à sub-

<i>Pluribus libris matrimonii</i>	1.63.29	<i>duos esse simul socios vel dominos</i>	4.208
<i>Deductio in templum omitti in nuptiis non potest</i>		34	
1.63.30		<i>Divisionis beneficium fideiussoribus indultum</i>	quando cesset 3.52.32
<i>Defensio an in capitalibus sit concessa</i>	4.252.	<i>Divisionis beneficium fideiussoribus indultum</i>	3.51.30
40			
<i>Delegationem esse speciemnovationis, & quomodo existat</i>	3.104.12	<i>Divisio interdictorum, in prohibitoria, restitutoria & exhibitoria, unde sumpta sit, & an pro principalis habenda</i>	4.269.12
<i>Delicta suos tenent autores</i>	4.243.31	<i>Divisio in stirpes ubi locum habeat lib. 3 pag. 9. num. 21</i>	
<i>Demonstratio falsa an legato noceat</i>	2.305.18		
<i>Deportatus in insulam an heres scribi possit</i>	2.232.24	<i>Divisio actionum in bona fidei stricti iuris & arbitrarias, unde sumpta lib. 4 pagin. 215. num. 12</i>	
<i>Deportatus retinet actiones</i>	4.145.54		
<i>Deportatio rei non liberat obligatione fideiussorem</i>	3.55.44	<i>Divorcio per adulterium facto, an persona rea rursus contrahere matrimonium possit</i>	1.72.1
<i>Depositarius & socius an eandem culpam præsint</i>	3.80.11		
<i>Depositarius cur non habeat actionem furti</i>	4.1.0.15	<i>Dolus & culpa levis in tutela præstantur</i>	3.97.23
<i>Depositum est contractus bona fidei iuris gentium</i>	3.30.10	<i>Dolus an & quomodo sit concessus</i>	1.36.12
<i>Depositum ruina, incendii, tumultus, naufragii, causâ factum, qui insinatur, quomodo tenetur</i>	4.189.31	<i>Dolus animi omnium delictorum causa est</i>	4.126.5
<i>Depositum actio quamdiu duret</i>	4.89.32	<i>Dolus alius malus est, alius bonus, & quid & quæ sit</i>	3.71.12
<i>Depositarius & mandatarius multum differunt</i>	3.3.15	<i>Dolus a contractibus bona fidei abesse & exulare debet</i>	3.71.10
<i>Depositarius & dolum & latam culpam præstare tenetur</i>	3.31.13	<i>Dolus in contractibus dupliciter consideratur</i>	4.237.8
<i>Detentus alieno nomine damnum an petatur</i>	4.275.50	<i>Dolus malus à dolo bono quomodo differat</i>	4.185.3
<i>Dignitas qualibet nouissimo iure patriam potestatem soluit</i>	1.78.23	<i>Dolus & culpa in iudicio familia herciscunda præstatur</i>	3.95.37
<i>Differentia inter contractus bona fidei & stricti iuris</i>	4.237.7	<i>Dominii divisio in civile & directum non est iura</i>	2.159.12
<i>Dilatoria exceptiones quid sint & quotuplices</i>	4.259.18	<i>Dominium an etiam per procuratorem acquiri possit</i>	2.187.43
<i>Dilatoria ob exceptiones nisi certo termino obiciantur, non valent</i>	4.162.35	<i>Dominium dotis, marito & uxori civili domino tribuitur</i>	2.181.31
<i>Dilatoria exceptiones an etiam in definitione exceptionum contineantur</i>	4.258.15	<i>Dominium an transeat etiam ante aditam hereditatem</i>	2.297.40
<i>Dilatoria exceptiones excludunt actionem ad tempus</i>	4.258.16	<i>Dominium quomodo definiatur lib. 2. p. 18. 129. num. 1.</i>	
<i>Divisioni præscribi non potest, quam diu constat</i>			

Dominium tantum unicum est lib. 2. pag. 130. num. 2	Donatio & remuneratio quomodo differant 173.13
Dominii eiusdem rei an simul duo esse possint 181.32	Donatio omnium bonorum presentium & futurorum utrum valeat 2.169.2
Dominium in mortis causa donationibus quomodo transeat 2.172.7	Donationis quos sint species 2.174.17
Dominium & possessio in deposito non transferatur ad depositarium 3.30.11	Donatio inter virum & uxorem non valet 64.34
Dominium verum probare non valens sufficit si probet quasi dominium 4.152.16	Donationes mortis causa an ex testamento esse fieri possint 2.176.22
Dominium usucapione quale transferatur 2.159.16	Donationes inter viros non omnino legatis comparantur 2.177.28
Dominus an aliquid per servos qui in ipsorum potestate sunt, acquiratur lib. 2. pag. 184. num. 38	Donationes an sint iuris civilis vel naturalis 2.171.5
Dominus proprietatis non debet impedire usufructuarium, nec deteriores eius conditionem facere 2.124.29	Donationes mortis causa & legata quomodo differant 2.172.6
Dominus ignorantibus & iniuriis etiam per servos acquiratur 2.186.40	Donatione res singula acquiruntur 2.168.1
Dominus perfectus qui est evictionem non timet 2.138.32	Damnati in metallum cur prohibeantur heredes scribi 2.233.15
Dominus navis, caupona & stabuli, de damno conveniri potest, si quod in navi, caupona, stabulo datum est 4.131.33	Donatio mutua & reciproca inter coniuges stipulatione vel pacto facta, utrum valeat 3.41.24
Dominus fendi debet in omnibus vicem reddere casallo 4.274.40	Donationes mortis causa in testamento non fiunt 2.272.14
Donatio quomodo faciat ex meo tuum 3. 20. 22	Donatio an & quomodo dicatur contractus 3.19.1
Donatio an recte dicatur esse liberalitas & munificentia 2.172.9	Donare cur possit mulier 3.50.26
Donatio a contradicibus distinguitur 2.172.10	Donellus an recte statuatur solutionem indebiti tantum contractum, non autem etiam quasi contractum esse 3.24.47
Donatio quo respectu contractus dici possit 2.173.11	Dos pluribus coconestata est privilegium quam fideius 4.231.50
Donatio mortis causa quando sit perfecta 2.174.19	Dos etiam fisco praefertur 4.230.43
Donatio propter nuptias an subest tacite hypotheca 4.231.53	Dos debet inferre oneribus matrimonii 2.180.29
Donatio omnis vel inter viros sit, vel mortis causa 2.174.15	Dos an constitui possit in mortis articulo 3.7.11
Donatio quando quingentis solidis constat, inscriptione non est opus 2.177.24	Dos est proprium patrimonium mulieris 4.226.27
Donatio mortis causa fere per omnia legatis comparatur 2.272.13	Dotes mulieribus salvas esse, Reipublice inter esse 4.230.46
	Dotis dominium mulieri tribuitur 2.180.30

E.
Ebrietas omnino ab iniuria excusatur 4.127.7
Ebrius & furiosus quomodo differant 4.127.11

<i>Exhibere iniuriam alicui faciens an & quomodo teneatur</i>	4.117.8	<i>Emptor an etiam lenissimam culpam praestare cogatur</i>	3.65.32
<i>Ecclesia an praescribi possit</i>	2.123.25	<i>Error an emptionem impediat</i>	3.61.12
<i>Ecclia pratorum hodie sunt perpetua</i>	4.213.7	<i>Error iuris facti indebiti repetitionem parit</i>	3.95.40
<i>Effectus saepe pro causa ponitur, & causa pro ef- fectum definitur</i>	3.16.3	<i>Error defuncti propter dubitationem susinetur & toleratur</i>	2.305.17
<i>Eloquio idem est quod optio</i>	2.188.8	<i>Error falsa causa, & supactionem parit</i>	2.160.15
<i>Electio, si legatum generale sit, quando penes ha- redem esse censetur, & quando penes lega- tarium</i>	2.288.6	<i>Error in contrahendo matrimonio quos duplex & an matrimonium soluere possit</i>	1.65.37
<i>Emancipatione fit capitis diminutio</i>	1.88.25	<i>Error in homicidio an excuset</i>	4.296.48
<i>Emphyteusiticum seu Vicinium est emptioni & venditioni, itemq; locationi & conductioni</i>	3.73.21	<i>Esculentia furari licet tempore necessitatis</i>	4.112.25
<i>Emphyteusis an contractus sit iuris civilis, & el- iurus gentium</i>	3.73.21	<i>Eventus dubius anterioribus liberis non de- gat</i>	3.7.12
<i>Emphyteusiticus contractus ex emptione & lo- catione contractus est</i>	3.74.23	<i>Eutellio quid sit</i>	3.65.29
<i>Emphyteusis ad tempus constitui posse</i>	3.74.24	<i>Exceptio doli mali, cur non sit temporalis, sed per- petua</i>	4.160.27
<i>Emptio liberi hominis an valeat</i>	1.48.17	<i>Exceptiones in quantum quis facere potest, per- emptiones esse probatur</i>	4.266.28
<i>Emptionis & venditionis vocabulis promiscue & sicut veteres</i>	3.60.7	<i>Exceptiones in quantum quis facere potest non esse dilatorias</i>	4.266.29
<i>Emptio & venditio puro & sub conditione fieri potest</i>	3.64.26	<i>Exceptio feriarum quando locum habeat</i>	4.259.20
<i>Emptio & venditio quomodo facias ex meo tu- um</i>	3.20.24	<i>Exceptio spoli est dilatoria</i>	4.259.21
<i>Emptio rei sacra an & quando valeat</i>	3.40.18	<i>Exceptio litis pendentia est dilatoria</i>	4.259.22
<i>Emptionis & locationis differentia</i>	3.72.14	<i>Exceptiones omnes quareo competunt, competus etiam fideiussori</i>	4.259.23
<i>Emptionis & venditionis contractus, an pretii dationem requirat</i>	3.60.4	<i>Exceptionum dilatoriarum quod nam sit pro- pria</i>	4.259.24
<i>Emptione nondum perfecta, licet ab ea recedere</i>	3.63.22	<i>Exceptiones sunt reorum defendendorum gratia comparata</i>	4.256.2
<i>Emptio & venditio an in scriptura etiam fieri possint</i>	3.59.2	<i>Exceptiones non sunt actiones, sed illis opponun- tur</i>	4.257.6
<i>Emptio & venditio quomodo contrahi dicantur solum consensu</i>	3.59.3	<i>Exceptio competentie datur contra actiones, so- lidum ipso iure exigentes</i>	4.240.17
<i>Emptio & venditio an sit contractus iuris gen- tium</i>	3.61.9	<i>Exceptio an possit etiam defensionis vocabulo definiri</i>	4.256.4
<i>Emptio, locatio, venditio & conductio in quibus rebus conveniant</i>	3.71.8	<i>Exceptio nisi apta sit à iudice reiicitur</i>	4.257.9
<i>Emptionem dupliciter fieri posse</i>	3.63.19	<i>Exceptionem esse speciem exclusionis</i>	4.256.3
<i>Emptio quomodo dicatur nudo consensu perfici</i>	4.186.7	<i>Exceptione infirmatur & eliditur id quod alias ipso iure valet</i>	2.255.11
<i>Emptione perfecta, periculum ad emptorem spe- ciat</i>	4.196.10	<i>Exceptiones an recto in civiles & pratorias di- stinguantur</i>	4.258.17
<i>Emptionis partes principales quae sint</i>	3.62.14	<i>Excusatio tuto uno extinguitur licet contestata</i>	

- Ex favore mortuo, & quare* 2.113.41
Excusatio tam tutoribus quam curatoribus indulgetur 1.103.1
Excusationis beneficium quin fideiusoribus deditur 3.51.36
Executio iudiciorum, quo officio iudicis fiat 4.140.19
Exemptiva actio quid sit & quando competat 4.196.38
Ex fideicommisso nemo plus restituere tenetur, quam ipse ex testamento capit 2.316.18
Exheredato filio emancipato, nec miles potest substituere 2.247.23
Exheredationis forma hodie plane alia est, quam olim fuit 2.216.1
Exhereditio quid sit, & an ex parte fieri possit 2.217.3
Exhereditio debet fieri à toto gradu & quomodo 2.217.4
Exhereditio non presumitur nisi expresse probetur 2.217.5
Exhereditio nominatim fieri debet 2.217.6
Exheredatione utrum opus sit, & testamentum valeat 2.216.2
Exheredationis causa an iustin, incerta, per eam certa facta sint 2.219.10
Exheredationem & heredis institutionem an semper in testamento poni necesse sit 2.195.14
Exhereditio an sub conditione fieri possit 2.220.15
Exhereditis liberis quomodo substitui possit 2.246.21
Exhereditio requirit iustitiam legis & hominis 2.225.2
Exhereditarij an possit qui iniussu parentum contrahit matrimonium 2.120.16
Extranei an accusare adulterium possint 4.293.24

F.

- F***abiana & Pauliana actiones quomodo differant* 4.149.3
Famina non admittitur ad successionem feudi, etiamsi pactum sit ut masculi & femina succedant, si relictus sit masculus per quem feudum semel apprehendatur 3.11.27
Famina suspectos tutores postulare possunt 1.113.48.18

- Famina an & quando in feudis succedant* 3.7.6
Famina cur citius adolefcent quam mares 1.97.17
Falcidia cur introducta 2.313.12
Falcidia an in donationibus mortis causa locum habeat 2.313.13
Falcidia quarta an ad trientem vel semissem aucta sit pro numero liberorum 2.313.11
Falcidia appellatione venit etiam Trebelliana 2.312.9
Falcidius quis fuerit 2.309.2
Falsum testimonium qui dicant 4.299.67
Fama in iudiciis publicis pro accusatore est 4.294.30
Fama & vita pari passu ambulant 4.121.29
Familia heriscunda iudicium differt à iudicio communi diuidendo 3.93.33
Familia heriscunda actio quomodo possit esse in rem 4.206.17
Fera in alieno capta, primo occupanti conceditur 2.139.35
Fera bestia contrahata quando fiat nostra 2.130.5
Feudi proprietatem, an ex iisdem causis Dominus emitat, ex quibus vassallus feudum amittit 3.104.28
Fideicommissum alieno posthumo relinqui potest 2.304.13
Fideicommissa omnia per Trebellianicam minuantur 2.315.17
Fideicommissum an recte definiatur donatio 2.314.14
Fideicommissum & legatum quomodo differant 2.315.15
Fideicommissa an sint legatis adequata 2.276.29
Fideicommissa omnia ab intestato relinqui possunt 2.315.16
Fideicommissi & substitutionis diuersa est ratio 2.303.8
Fideicommissorum & legatorum una natura est facta 2.276.30
Fideicommissa non poterant relinqui incertis personis, & quomodo 2.303.3
Fideiusorium contractum qui facere possint 3.48.18

- Fideiussio causam quid duriorē faciat* 3. 55.47
Fideiussio quando cesset 3.56.50
Fideiussorum insipientium pena 3.52.33
Fideiussor pro prodigo intervenire non potest 3.48.17
Fideiussor si in maiorem summam quam principalis fideiussit, an obligatio vitietur & quatenus 3.56.49
Fideiussor qui se principalem debitorem constituit, excussionis beneficium amplius non habet 3.52.37
Fideiussor qui soluit creditori, an cessionis beneficium adhuc habeat 3.53.39
Fideiussor non ipsemet tantum obligatur, sed & heredes relinquit obligatos 3.46.4
Fideiussor quomodo definiatur 3.46.5
Fideiussores an in usuris aque & in sortem teneantur 3.47.12
Fideiussores quomodo teneantur, si omnem culpam fideiusserunt 3.48.13
Fideiussores in omnibus obligationibus assumi possunt 3.48.14
Fideiussor & expromissor quomodo differant 3.46.8
Fideiussio quare contractus esse dicatur 3.45.2.
Fideiussio semper intelligitur facta interveniente stipulatione 3.46.3
Fideiussores quando habent beneficium divisionis 3.52.34
Fideiussores recussionis beneficium habent 3.52.35
Fideiussor pro alio, suo tamen nomine obligatur 3.47.10
Fideiussoris obligatio an mora rei augeatur 3.11
Fideiussori nisi cassa fuerint actiones à creditore competere alio contra eum qui vna fideiussit, non potest 3.54.41
Fideiussori quos actiones competant 3.54.42
Fideiussor an in criminalibus causis recipiatur & quomodo se obligeat 3.54.43
Fideiussor cui alius accessit, rei principalis locū esse videtur 3.51.38
Fideiussiones quibus modis fieri possint 3.11.28
Fideiussores si plures fuerint, quomodo teneantur 3.51.29
Fideiussor in pluri vel in duriorē causam quam principalis, obligari non potest 3.55.46
Fideiussores per stipulationem constituuntur 3.45.1
Fides bona quomodo ad usucapionem requiratur 2.16.116
Filius si testamentum facit, & matrem praterit, ca. querelam inofficiosi habet 2.248.26
Filius adoptivus in feudis patri non succedit 1.78.28
Filius familias an testari non possit 2.210.17
Filius captivus ab hostibus, pro servo atque ita pro mortuo habetur 1.106.14
Filius qui sumptus male collocat, compelli potest ad collationem 1.43.41
Filiusfam. & servus an peculiares nummos mutuo dare possint 3.22.35
Filiusfam. habet actionem in eum à quo corruptus est 4.217.31
Filius familias tam ex contractibus quam ex delictis in solidum conveniri potest 4.165.17
Filiusfam. si ipse damnum dat, ipsemet tenetur 4.131.32
Filiusfam. & servus an furti actione conveniri possint 4.111.21
Filius an agere possit contra patrem prodigum 4.189.39
Filius quomodo dicatur non portaturus iniquitatem patris 4.276.32
Filius & pater quomodo dicantur esse vna persona 1.61.25
Filius familias an possit alicui testamento tutor dari 1.85.16
Filius 1.85.16

- Filius exheredatus*, adhuc manet in patr. potestate 2.228.12
Filiusfamilias si per extraneum adoptetur, iura patris naturalis non dissoluantur 1.76.16
Filiisfamilias noxa dari possunt 4.243.33
Filiusfam. ex omnibus causis & paterfam. obligatur 4.243.30
Fiscus & mulier paripassu ambulant, & quomodo illud intelligendum sit 4.231.49
Fiscus non praefertur expressum & pactam hypothecam habentibus 4.230.44
Fisci administratio excusatur à tutela 1.106.15
Finium regund. actio cur non ponatur inter actiones bonae fidei 4.106.23
Finibus regundis quot remedia adhibeantur 4.207.25
Flumina cur sint publica, cur non omnibus pro arbitrio in Vis liceat 2.120.10
Flumina & piscationes quomodo publica sint, & tamen etiam inter regalia referantur 2.122.15
Flumen quoad proprietatem omnibus non patet 2.120.8
Flumen si ad priorem alueum reuersum sit, cui alueus iste requiratur 2.133.17
Fornicatio qualem penam habeat 4.295.42
Fortitudinis est non formidare aequalem 4.121.30
Fratrum vel sororum liberi possunt matrimonio iungi 1.66.40
Fratrum filii an & quomodo succedant 3.8.17
Fratrum vel sororum liberi an succedant in capita, an vero in stirpes 3.9.19
Fraudis interpretatio unde fiat 4.111.18
Fructus sunt duplices industriales & naturales 2.137.31
Fraus non principaliter in Pauliana spectatur 4.149.4
Fructus via actionis per rei vindicationem peti possunt 4.143.43
Fructuum ratio qualis in interdictis habeatur 4.269.18
Fruentum alterius si casu cum meo mixtum sit, an commune fiat 2.137.29
Fundi dotalis alienatio à marito fieri non potest 2.178.25
Fundum alienum, prohibente domino ingredi iniuria est 2.139.36
Furiosus non potest celebrare contrarium mutui 3.21.27
Furiosus non potest facere testamentum ad pietat. causas 2.193.8
Furiosi & prodigi an ipso iure sint in agnatos um curatione, accedente saltem fallo seu praecepto iudicii 1.98.23
Furiosus & mulier quomodo obligentur 3.48.16
Furiosus nullum contrarium efficaciter celebrare potest 4.150.10
Fur an simul & semel esse possit manifestus & nec manifestus 4.196.13
Furti domestica mitius puniuntur 4.112.24
Fur an mutuum dare & actionem consequi possit 3.23.42
Fur dum credit furtiuam rem, non delinquit 3.23.43
Fur nō tenetur eius nomine quod non contraestauit 4.109.10
Furem qui quinque solidos furatus est, suspendi posse, à quo constitutum est 4.112.28
Furiis dignitas & conditio in penis inspicienda est 4.113.29
Furti definitio an aliquid superfluum habeat, & an in defectu peccet 4.108.7
Furti pena quae sit 4.112.
Furti actio quibus competat 4
Furti an teneatur, qui consilium tantum 4.110.17
Furtum in quibus committatur
Furtum natura turpest
Furtum cur hodie seuerius puniatur 16
Furtum reuelare nemo cogitur, etiam si
Furtum quotuplex sit, & quomodo distinguatur 4.112.23

<i>Furtum Unde dicatur</i>	4.108.2	<i>Hereditates & plurimum sunt periculosa in es-</i>	
<i>Furtum non fit sine contestatione</i>	4.108.3	<i>sectu</i>	193.4
<i>Furtum quomodo à rapina distinguatur</i>	4.116.	<i>Hareditas est nomen iuris, & non significat per</i>	
<i>4.</i>		<i>se res hereditaria</i>	2.225.4
<i>Furtum an absq; contestatione fieri possit sola</i>		<i>Hares an cum diphthongo scribi debeat</i>	2.220.5
<i>animi inclinatione</i>	4.108.8	<i>Haredis institutio est caput & fundamentum</i>	
<i>Furtum non committunt impuberes, quia non</i>		<i>testamenti</i>	2.224.1
<i>intelligunt quid sit furtum</i>	4.109.9	<i>Hareditatis petitio est iudicium praeminens, o-</i>	
<i>G.</i>		<i>lim centumviale dictum</i>	4.175.9
<i>Generaliter dicta, generaliter accipiuntur 2.</i>		<i>Hareditas tacens persona vice fungitur</i>	3.46.9
<i>294.27</i>		<i>Haredes an institui possint quos testator nunquā</i>	
<i>Gentium barbaries furtum non excusat</i>	4.109.	<i>vidit</i>	2.232.23
<i>II.</i>		<i>Hareditas quomodo dividatur</i>	2.229.17
<i>Genus in iure nihil est aliud quam species in eo</i>		<i>Hareditas an codicillis dari possit</i>	2.317.22
<i>contenta</i>	4.223.34	<i>Hares quomodo teneatur ex dolo defuncti</i>	4.251.
<i>Genus omnibus speciebus competit</i>	4.225.22	<i>32</i>	
<i>Genus pro specie seu indivisuo sumtum</i>	2.287.3	<i>Haredes quomodo differant</i>	2.261.25
<i>H.</i>		<i>Haredes necessarii qui sint</i>	2.261.26
<i>Habitatio an sit ius</i>	2.151.35	<i>Haredes sui cur sic dicantur</i>	2.262.27
<i>Habitatio an recte dicatur esse servitus 2.</i>		<i>Haredes sui & necessarii non dicuntur proprie</i>	
<i>152.36</i>		<i>adire hereditatem</i>	2.262.28
<i>Habitatio quid sit</i>	2.152.37	<i>Haredum qualitas in quo versetur</i>	2.263.29
<i>Hares suus quis dicatur</i>	2.228.11	<i>Haredes sui & necessarii, quomodo habeant be-</i>	
<i>Hares scriptus quando & si possit beneficio legis</i>		<i>neficium abstensionis</i>	2.263.30
<i>Falcidia</i>	2.310.3	<i>Haretici cur non possint haredes institui</i>	2.233.
<i>Hares quando teneatur, actione quod metus</i>		<i>26</i>	
<i>causae</i>	4.215.19	<i>Hermaphroditus an sit liber & servus</i>	1.47.6
<i>Haredes defuncti quando in solutum teneantur</i>		<i>Homicidium quot modis fiat</i>	4.295.46
<i>4.188.30</i>		<i>Homicidium quomodo puniatur</i>	4.295.47
<i>Hares per aditionem hereditatis videtur, quasi</i>		<i>Homicidium per ebrium commissum non puni-</i>	
<i>contraxisse</i>	3.95.38	<i>tur pena ordinaria</i>	4.127.10
<i>Hereditatis petitio an finitur 30 annorum cir-</i>		<i>Homo liber potest quasi possideri</i>	4.268.7
<i>culo</i>	4.253.42	<i>Homo & fundus in legatis generalibus differunt</i>	
<i>editus an per procuratorem adiri possit 2.</i>		<i>2.287.4</i>	
<i>130</i>		<i>H. si an fides sit servanda</i>	4.169.43
<i>cur à seipso non legetur</i>	2.304.14	<i>Humana natura dignitas non patitur, hominē</i>	
<i>tas an sit successio in universum ius 2.</i>		<i>esse loco accessionis</i>	2.297.38
<i>delata quid sit</i>	2.228.13	<i>Hypothecaria actio 30 annis finitur</i>	4.251.29
<i>ut an & scilicet possit</i>	2.157.2	<i>Hypothecaria actio ad quid legatario competat</i>	
<i>institutione infirmata, reliqua non fa-</i>		<i>4.205.12</i>	
<i>firmantur</i>	2.272.12	<i>Hypothecaria actio quid sit</i>	4.157.38
<i>in iure qui est, opus habet apprehensione</i>		<i>Hypothecaria actio quomodo differat à pignora-</i>	
<i>72.11</i>		<i>tura</i>	4.157.39
<i>es & bonorum possessor quomodo differant</i>		<i>I.</i>	
<i>2.228.9.</i>		<i>In ignorantia facti & iuris, à dolo excusat</i>	4.119.

INDEX.

- Imperitia militum Unde estimanda* 2.107.8
Impubes an dolum facere possit, & obfurgum puniri 4.109.12
Indebiti solutio & contractus est, & quasi contractus 3.24.46
Indebitum solvens, quo animo id faciat 3.25.48
Inesse quod dicitur, non semper uno & eodem modo inest 2.292.21
Infirmus & imperitia culpa annumeratur 4.120.20
Ingenus qui sint 1.49.21
Iniuria quid sit 4.126.2
Iniuria an recte dicatur tribus modis fieri 4.126.3
Iniuria ex circumstantiis tam facientis, quam accipientis estimatur 4.128.12
Iniuria soruo communi illata, quomodo estimetur 4.128.19
Iniuriarum pati qui possint, & quot modis 4.128.17
Iniuriarum actio an infames 4.132.38
Iniuriarum quare quis per procuratorem agere possit 4.197.19
Iniuria famosi libelli cur capitalis dicatur 4.198.23
Iniuriam quomodo bruta animalia faciant 1.39.23
Iniuria que sit scriptura, capitulis est 4.129.21
Iniuriarum actione plures simul conueniri posse 4.128.16
Iniuria quando non propria auctoritate sed per magistratum vindicanda sit 4.121.31
Iniustitia an sit cum quid contra leges peccatur 4.126.1
Institutoris titulo aliquid reliquendum est, & quicquid inofficiosi testamenti excludatur 2.264.32
Instituto haredis ex die certo fieri non potest & quare 2.231.21
Instrumenta dotalia an requirantur ad legitimacionem 1.74.8
Insuper locatio, casus specialis est 3.71.9
Insuper in publico flumine nata, cui acquiritur 2.133.16
Intellectus tacitus non est in consideratione, quod emat nec ad id accrescendo 2.290.17
Interdicta omnia sunt personalia 4.141.30
Interdicta quamvis in rem concipiantur, tamen omnia sunt personalia 4.269.10
Interdicta possessoria etiam domino ipsi aduersus easallum competunt 4.274.41
Interdicta an omnia sint de possessione vel quasi 4.268.5
Interdicta an recte dicantur esse prohibendi & subendi 4.269.14
Interdicta an vera diuisione dicantur quadam esse adipiscenda, quadam retinenda, & quadam recuperanda possessionis 4.269.15
Interdicta duplicia que sint 4.274.36
Interdicta nulla esse recuperanda & adipiscenda simul possessionis 4.274.37
Interdicta retinenda possessionis quot sint 4.270.20
Interdicta olim certis formulis fiebant 4.268.8
Interdictis cur experiri stulte sit 4.269.9
Interdicto Salusiano quid petatur 4.270.19
Interdictorum materia cur non precedat materiam exceptionum, sed etiam sequatur 4.267.1
Interdictorum inscriptiones Unde sumantur 4.269.13
Interdictum & si possidetis quid sit, & quid eo petatur 4.270.31
Interdictum quomodo & decretum sit, & ius 4.268.6
Interdictum Unde dicatur 4.267.2
Interdictum quid sit 4.267.3
Interdictum seruanda possessionis nullum est 4.270.56
Interdictum quorum bonorum cui datur 4.270.17
Interdictum quorum bonorum an sit & non 4.270.18
Interdictum & si possideris habet etiam decretum est a possessione 4.271.25
Interdictum de & si armata, cui conuenitur 4.271.25
Interdictum de decedere quis dicatur 4.271.25
Interdictum de sibi ipsi damnum assert 4.271.25
Interdictum de definitur ius ambulandi 4.271.25
Interdictum de seruitutis realis 4.271.25

- iudex debet sequi legem etiam si dura sit* 1.37.
- 14.
- Iudex an conscientiam potius sequi debeat, quam acta* & probata 4.298.62
- Iudex potest adiuuare acta, & proferre ea quae sunt orissa a partibus* 4.298.63
- Iudex quando personam testis assumat* 4.298.64
- Iudex quando conscientiam sequi possit in iudicando* 4.299.68
- Iudex quando equitatem sequi in iudicando debeat* 4.292.15
- Iudex secundum acta & probata iudicare debet* 4.298.61
- Iudex male iudicans an ex delicto vel ex quasi delicto teneatur* 4.131.30
- Iudicia publica & priuata in quibus conueniant* 4.294.12
- Iudicia publica & priuata quomodo differant* 4.292.18
- Iudicia publica iure Saxonico ante meridiem & sub dio peraguntur* 4.293.12
- Iudicia publica cur instituta* lib. 4. pagin. 293. num. 20
- Iudicia publica ad coercionem priuatorum spectant* 1.38.120
- Iudici quid imprimis obseruandum* 4.292.14
- 14.
- Iudicis officium est quasi fundamentum & basis iudicii* 4.292.13
- Iudicis copia & ubi haberi non potest, ipse mihi ius dicere possum* 4.276.57
- Iudicis officium quomodo in actionibus bonae fidei, stricti & arbitrarij deferuiat* 4.237.
- officium quando implorari possit* 4.140.
- ium mercenarium quando defertionibus noxalibus in rem* 4.292.
- officium duplex est nobile & mercenarium* 4.139.18
- officium est praedicere lites* 4.290.1
- familia heres cuncta quando opus sit* 3.
- Iudicium legatorum, imitatur actionem bonae fidei* 2.282.51
- Iudicium publicum quid sit* 4.194.3
- Iudicium actionis rescissione quotuplex* 4.155.29
- Iudicium libertatis quis primo inuenerit* 4.177.21
- Iudicium duplex est, petitorium & possessorium* 4.267.4
- Iudicium publicum quid sit* 4.292.17
- Iura civilia plurimum fauent ebris* 4.126.6.
- Iuramentum calumnia quid sit* 4.290.3
- Iuramentum calumnia quotuplex sit* 4.290.4.
- Iuramentum calumnia quando praestetur* 4.290.5
- Iuramentum calumnia à quo praestetur* 4.291.10
- Iuramentum iudiciale an sit necessarium.* 4.169.41
- Iuratum quando est, nulla amplius datur actio* 4.166.22
- Iure naturali cuiq; ad caelum & sq; adificare licet* 4.144.50
- Iure fraternitatis damna, pericula & lucra inter socios communicantur* 4.189.35
- Iuris praecepta tria quid requirant* 1.37.15
- Iuris totius obiecta quot sint* 1.46.1
- Iuri pro se introducto, quilibet renunciare potest* 3.50.25
- Iuris ignorantia per se neminem damno afficit, nemini etiam lucrum parit* 3.95.41
- Iuris scripti an recte dicantur 6. effectus species* 1.40.31.
- Iuris scripti species quomodo introducta* 1.41.32
- Iuris obiecta sunt personae, res & actiones* 4.136.1
- Iuris naturalis effectus cur interdum impediatur* 1.59.15
- Iuris naturalis effectus potest impediri per civilem rationem* 2.131.6
- Iurisconsultus an ad testamenti functionem requiratur* 2.194.13

I N D E X.

- Ius vindicationis dormit in uxore, viuente marito* 4.141.41
- Ius patronatus vendi & in alium transfiri potest* 1.123.23
- Ius civile cum sit mutabile, quomodo iustitiam retinere possit* 1.35.5
- Ius representationis in quib. personis locum habeat* 3.6.5
- Ius accrescendi an sit in verbis tantum coniunctis* 2.296.35
- Ius accrescendi an locum habeat in trib. speciebus coniunctorum* 2.294.26
- Ius effectum iustitia quomodo dicatur* 1.35.21
- Ius quomodo. ars. boni & aequi definiatur* 1.37.16
- Ius remouendi tutores suspectos datum est etiam legato proconsulis* 1.113.35
- Ius scriptum cur in scriptura consistat* 1.40.30
- Ius an recte duplex constituatur* lib.1. pagin.38. num.18
- Ius accrescendi quomodo procedat deficiente col-
legatario* 2.295.30
- Ius non diminuendi quid sit* 2.295.31
- Ius non decrescendi & ius decrescendi quid sit* 2.295.32
- Ius publicum an ex preceptis naturalibus gentium & civilibus collectum sit* 1.38.21
- Ius quomodo dicatur cadere in animantia bruta* 1.38.22
- Ius de legatis incertarum personarum à Iustini-
ano correctum est* 2.303.10
- Ius gentium rationis, & ratiocinationis quid
introduxerit* 1.39.26
- Ius gentium duplex esse* 1.40.27
- Ius naturale an. sit immutabile* 1.40.28
- Iurifurandi decisiui an tres sint species, an
vero tantum dua* 4.169.39
- Iurifurandi species tres quas sint & quomodo de-
finiantur* 4.169.40
- Iurifurandum non est modus tollenda obligatio.
nis a iure civili instituta* 4.262.39
- Iurifurandum est loco solutionis*
- Iurifurandum quare actionem producit* 21.
- Iurifurandum iudiciale qualem producat. actio-
nem* 4.166.25
- Iurifurandum instat rei iudicata habetur* 4.166.24
- Iustinianus in institutionibus, de quo iure agat* 38.19
- Iustitia est mater omnis iuris* lib.1. pagin.34. num.1.
- Iustitia an recte definiatur constans & perpetua.
Voluntas iuste agendi, & quomodo id acci-
piendum* 1.35.4
- Iustitia unde dicatur* 1.53.3.
- L.
- L**egans secundo quod iam ante legauit pri-
mo, an legatum primo adimat 2.251.18
- Legari quare possint* 2.278.31
- Legari quando possit* 2.305.22
- Legari potest illis solum, cum quibus est testa-
menti factio.* 2.302.27
- Legare qui possint* 2.303.5
- Legatus & plurimum ab herede praestatur* 271.9
- Legatus & mortis causa donationes quomodo
differant.* 2.275.21
- Legata per legem Falcidiam diminuuntur* 2.310.4.
- Legata & donationes mortis causa facta, quomodo
conueniant* 2.17
- Legata & plurimum testamento relin-
quuntur ab intestato.*
- Legata qua constitutione fideicommi-
quata sint*
- Legata ad pias causas, errore solut
reperi*
- Legatarius & fideicommissarius, a
fles in testamento*
- Legatarius quatenus detur* 22
- Legatarius quando electi
gere debent.*

- et quomodo reali et personali actione *Legatum est titulus lucratiuus non oneratiuus* 2.270.5
- negatiuus aliena rei legata precium consequitur 2.281.47
- Legatarius qui agnouit legatum, an statim ab adita hereditate, dominum legati acquirit 2.274.23
- Legati titulus singularis est 2.270.3
- Legati definitiones quomodo accipienda 2.270.4
- Legati definitiones Iurisconsultorum differunt a definitione Iustiniani Imp. 2.270.6
- Legatis omnibus una et eadem natura impossibilia est 2.273.18
- Legatorum quot olim genera fuerint 2.273.16
- Legatum: in quo quando quis vera habeat 2.275.26
- Legatum ordine scriptura turbato an et quando valeat 2.305.21
- Legatum consilii ex persona serui 2.229.15
- Legatum an valeat, quo quis debitori suo liberationem legauit 2.297.37
- Legatum communi duorum seruo factum, tum valeat 2.295.33
- Legatum scinditur tam in re et verbis simul et coniunctis et rotantum coniunctis, quam in eo, iunctis verbis tantum 2.294.29
- Legatum an semper ab herede praestetur 2.273.15
- Legatum in seruo heredi puro praestitum an valeat si seruus vivente testatore de potestate testatoris exierit 2.394.15
- Legatum non censetur errore in nomine rei legatario commisso 2.304.16
- Legatum parum nomine factum, an valeat 2.305.3
- Legatum impossibile non valet, et totum vitiatur 2.106.24
- Legatum perditum, quando legatario decessit 2.303.7
- Legatum mortis causa donatio quomodo 2.303.7
- Legatum, scholas et pauperes si neque sitio inde existat 4.204.7
- Legatum conditionatum, hodie perit 2.289.10
- Legatum, et legatum optatum 2.289.11
- Legatum esse donationem probatur 2.271.8
- Legatum generale fundi aut domus non valet 2.267.5
- Legatum inutile an sit, si res alicui legetur, quae iam ante eius fuit 2.281.52
- Legatum an post alienationem ex post facto conualecat 2.283.53
- Legatum an valeat, si quis rem suam quasi alienam legat 2.283.54
- Legatum utile est et valet, si quod in diem debebatur, pure legetur 2.283.55
- Legis Falcidia quis sit modus, et quid in ea spectandum 2.310.5
- Legis Aquilia caput primum quid complectatur 4.119.18
- Legis Aquilia caput tertium quid agat 4.120.23
- Legitima in testamento quid sit 2.160.23
- Legitima in testamento tolli non potest statuta vel pacto 2.125.3
- Legitimus aliquem in articulo mortis, an in fraudem parentum id facere presumatur 3.8.13
- Legitimatione per oblationem curia quid sit 1.74.9
- Legitimationis est actus civilis, quo quis natalibus restituitur 1.73.2
- Legitimationis quot modi fiant 1.73.3
- Legitimationis per adoptionem hodie est sublata 1.73.4
- Legitimationis per subsequens matrimonium quomodo intelligatur 1.73.5
- Leonis Imperatoris auctoritas non sufficit ad aliorum Imperatorum textus approbatos emendandos 1.77.21
- Lex Falcidia quando cesset 2.311.7
- Lex XII. tabularum de iure legandi, an recte ab Ulpiano recensetur 2.309.1
- Liberalitas quomodo hic accipitur 2.174.14
- Liberi qui et quales excusationem a tutela tribuant 1.105.11
- Liberi qui in acie occubuerunt, pro viuis habentur, et a tutela excusationem largiuntur 1.105.12

I N D E

<i>Voluntas testatoris pro lege habetur</i>	2.128.	
<i>Voluntatis vocabulum cur in definitione iustitiae positum sit</i>	1.15.6	
<i>Vsucapi an tantum res singula possint</i>	2.156.1	
<i>Vsucapio procedit etiam si sine vi res soli possit</i>	2.	
<i>Vsucapi an possit à mala fidei possessore</i>	2.163.23	
<i>Vsucapio, longi temporis possessio, & longi temporis praescriptio quomodo differant</i>	2.157.	
<i>Vsucapio an sit bono publico introducta</i>	2.157.	
<i>Vsucapio propter quas causas aqua & iussa habentur</i>	2.157	
<i>Vsucapio in heredem recte continuatur</i>	2.163.123	
<i>Vsucapio quibus casibus non procedat</i>	2.158.10	
<i>Vsucapio cur à iustitiani praesidium vocetur</i>	2.157.6	
<i>Vsucapione quando transferatur dominium</i>	2.158.8	
<i>Vsucapione nondum completa, coepetit publiciana</i>	(4.150.11	<i>Viti.</i>
<i>Vsucapionem maxime recipiunt res corporales, interdum tamen & incorporales</i>	2.163.19	<i>Vxor re. vel ex mortis.</i>
<i>Vsucapionum materia an pugnet cum iustitia</i>	1.36.7	<i>Vxor an iusti et</i>
<i>Vsura ex mora an in actione ex testamento peti possit</i>	4.204.5	<i>can.</i>
<i>Viur, unde veniant in actione empti</i>	4.185.4	<i>Vxor et</i>
<i>an pugnent cum iustitia</i>	1.36.8	<i>74.6</i>
<i>lices & quatenus remissa sint</i>	1.36.	<i>Vxor in</i>
<i>in actione, sed officio iudicis praestare</i>	4.140.	<i>Vxor ei, stat.</i>
<i>esse fideiussores tenetur</i>	3.55.48	<i>Vxorem</i>
<i>is vel piscandi inducitur possessio</i>		<i>posse.</i>
<i>videns</i>	2.122	<i>xores</i>
<i>ssio est in rebus nobilibus</i>	4.	<i>1.</i>
<i>licer sui servi</i>		









