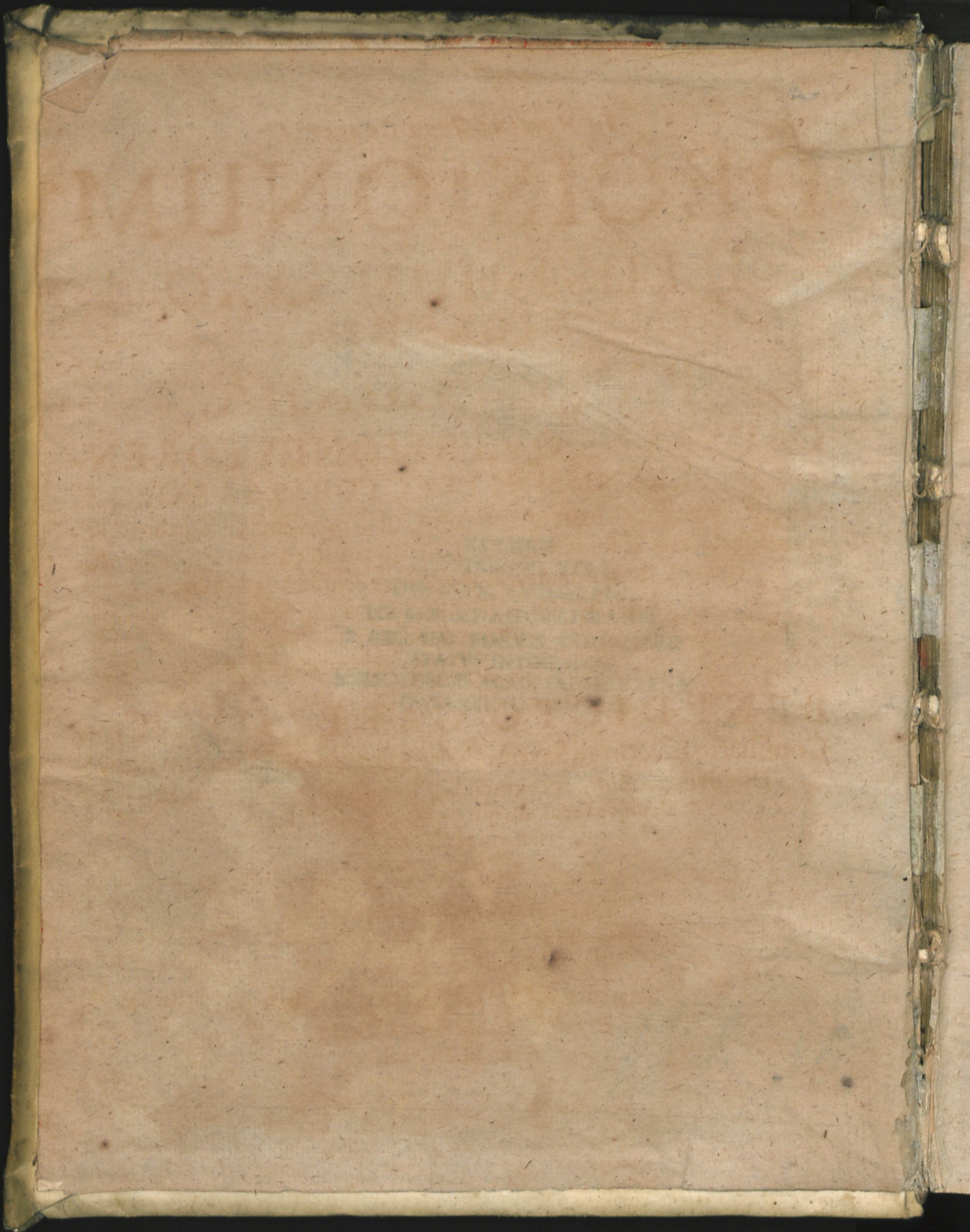


EX LIBRIS
ILLVSTRISSIMI VIRI,
DN. DAN. LVDOLPHI,
LIB. BAR. de DANCKELMANN,
S. REG. MAI. BORVSS. CONSILIARII
STATVS INTIMI, cetera,
BIBLIOTHECÆ ACAD. FRIDERICIANÆ
TESTAMENTO RELICTIS.

Ms. 35.



DISPUTATIO INAUGURALIS
JURIDICA.

exhibens

DECADEM QUÆSTIO-
NUM, QUÆ UT CASUS PRO
AMICO COMMENDANTUR,

Ex variis Juris materiis & argumentis collectarum,
& publicè antehac prælectarum

à
CASPARO BITSCHIO, JCTO, ET IN
ARGENTORAT. UNIVERSIT. COLLEG.
Jurid. Antecessore Seniore, & Primario, &c.

*Quam in venerationem Nominis, piè defuncti
Parentis editam,*

Divinâ favente & adjuvante Gratiâ,
Decreto, Consensu & Auctoritate

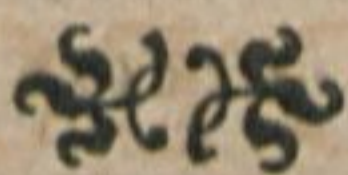
MAGNIFICI, NOBILISSIMI ET
AMPLISSIMI JURISCONSULTORUM
in hâc Universitate patriâ, Ordinis,

Pro summis in utroque Jure Honoribus, Privilegiis & Im-
munitatibus DOCTORALIBUS, ritè ac
legitimè consequendis.

*Publico & Solenni Eruditorum Examine
submittit, Filius,*

JOHANNES MELCHIOR BITSCHIUS
ARGENTINENSIS.

Ad diem XXXI. Mens. Octobr.



ARGENTORATI,

Excudebat JOHANNES Pictel / Typogr.

ANNO M. DC. L.



VIRIS
NOBILITATE, PRUDEN-
TIA, REVERENDA DIGNITATE,
Amplitudine, Consiliis, Experienciâ, Auctoritate,
rerumque gerendarum dexteritate insignibus, liberalis
Stipendij SCHENCKBECHERIANI
Ephoris gravissimis,

Dnn. Patronis, Evergetis & Promotoribus meis,
omni honoris & observantiæ cultu ætatem
suspiciendis, colendis.

S. P.



*N*ullam Gentem, tam barbaram, tamque incultam esse,
quin amore Parentum occulto quodam instinctu ducatur, adeo-
que ab ipsâ naturâ, non vocis ministerio, non literarum usu,
sed tacitis viribus, pietatem istam liberorum pectoribus infundi,
vel horridi evincunt Scythæ: quibus nihil, quam pro Parentum
monumentis pugnasse, sanctius erat. Politioris certe ævi gen-
tisque historia, memoranda eximia huius virtutis exempla re-
fert; ubi nec imbecillitas sexus, nec ætatis infirmitas, nec præsentis periculi ma-
gnitudo, liberos, quò minus parentibus auxilio essent, absterrere potuerunt. Alius
etenim Patrem adversis pugnantem auspiciis, sauciamque graviter, interventu
suo servavit. Alius parentem in carcere defunctum, susceptis in se vinculis, ad se-
pulturam redemit. Muliebrem quoque sexum hoc nomine claruisse, pectorique
admotos parentes, inediâ jam in carcere consumendos, infantum instar, lactis
sui subsidio aluisse, accepimus: adeo caritatem istam liberorum mentibus insitam
esse, ut non sine magno quandoque stupore se exerat, cernimus; proinde ægyptos
istos & ingratos, non hominibus, sed bestiis annumerandos esse, censeo. Verum-
enimvero, ut tanta incommoda Parentibus optare, quò subvenias iisdem, stolidam
esset.

D E D I C A T I O

esset, inhumana enim ista, & perversè grati animi natura est, contra eum optare, cui honestè deesse non possis: ita quibuscunq; modis amorem mentemque beneficiorum haud immemorem, cum sanctiore etiam lege obstrictissimus, parentibus patefacere, officii nostri esse, omninò credendum est. Multos eximia filiorum virtus, quos dudum oblivio occupasset, tradidit posteris; ast ego felicior hisce, Parentis mei, (cujus memoria mihi sit in laude & veneratione filiali perpetua.) magni inter eruditos nominis, lucubrationes in lucem mittere, & quasi è tenebris, ubi aliquandiu jam latuère, eruere, dudum decrevi: existimans, nullà in re magis manes ipsius venerari me posse, amoremque debitum testari evidentius, quàm si & doctissimorum Virorum, quos ipse quondam Amicos habuit, ego nunc Patronos summos experior, desiderio satisfacerem, & Scripta ipsius, quæ non sine maximo labore & jacturâ sanitatis composuit, ab istis alienorum laborum compilatoribus, quorum egregium exemplum infra memorabitur, vindicarem: præcipuè, cum multorum manibus teri Manuscripta ejus, me non fugiat, & incuriâ, vel ignorantia describentium, plurimis in locis depravata esse, facile sit conjicere. Ne igitur, vel sub nomine illius non satis congruè edita, eruditionis quâ pollebat, laudem hebetarent quodammodò, vel sub alio publicæ donata luci, ipse Vir optimus, laboribus suis defraudaretur, nihilque aut ipsius famæ, aut emolumentum nobis accederet, ipse quâ decet, motus pietate, evulgare Eius, quæ reliquit, Scripta, constitui. Innotuerant hæc, quæ animo agitabam, consilia, Magnifico, Amplissimo, & Consultissimo Jctorum Collegio, qui animare me non modò singuli, sed instigare & impellere, gravioribus adductis rationibus, non destitère, utpote, qui & Parentis mei pie defuncti memoriam servare perpetuam, & me immerentem suo complecti favore, certatim annuntantur: Sub hæc, peracto mecum Examine, cum de Disputationis Inauguralis themate eligendo, debito & consueto more Viros istos, nullo non honoris titulo à me nominandos, consulere, non aliam, quàm ex Parentis mei Scriptis, materiam, haud sinistro, uti loquebantur, omine, pro Cathedrâ defendendam esse, mihi Suasores Auctoresque extitere. Quapropter initium propositi mei factururus, Decadem istam Quæstionum, quæ ut Casus pro Amico ab Interpretibus commendantur, sub Vestris potissimùm, Viri omni eruditionis & officii dignitate maxime conspicui, auspiciis, in lucem prodire volui. Vos, pie defunctum Parentem meum, Vestro amore prosequi, Vestro favore complecti, amicitiam cum ipso constantem, sinceram, non fucatam, colere sustinuisistis, Vestra quoque in me præclara extant beneficia; in conferendo enim munificentissimo Schenckbecheriano Stipendio, maximo sanè, & necessario studiorum meorum subsidio, votis & suffragiis

Vestris

DEDICATIO

Vestris mihi non defuistis, adeoque filium, quo quondam Parentem, fovere studio, non dedignati estis: longum, nec sine adulationis suspitione foret, singula commemorare beneficia, pro quibus omnibus Vobis obstrictum esse, meque totum & omnia mea debere, lubens profiteor; quare primitias hasce postumorum laborum Parentis mei, amici & Collegæ olim Vestri, Magnificis & Amplissimis nominibus Vestris, in grati animi pignus, devotâ mente dicare sum ausus, ut, quemadmodum inviolata manebant ea, quæ Simulacris inscribebantur Deorum, ita institutum hoc meum, veneratio magni Nominis Vestri, à virulentia Momorum præstaret securum.

DEVM T.O.M. supplex veneror, ut VV. NN. AA. in Ecclesia, Reipublica, & Scholâ emolumentum, quàm diutissimè sospites & incolumes servare benignus velit. Valete & favete,

Per script. Argentorati
die 17. Octobr. Anno
Christi 1650.

Vestro

deditissimo

Clienti

Joh. Melchiori Bitschio.



I. N. S. S. T.

De

CASIBUS PRO AMICO
IN GENERE,
PROLEGOMENA.

I.



um varietatis causâ, quæ juxta Prover-
bium, omnibus in rebus jucunda esse solet, visum
fuerit ordinariam & consuetam docendi rationem,
quæ in methodicâ tractatione certi alicujus subje-
cti sive materiæ Juris consistit, seponere: ejusque
loco, ex variis ac quibuslibet Juris nostri argumen-
tis, Selecta quædam proponere atque examinare: eaque non vul-
garia & trita, sed talia, quæ ab Interpretibus & Pragmaticis, vel
ut Casus pro Amico, vel ut Quæstiones summi Principis de-
cisione indigentes, vel aliâs, ut egregia, pulchra, singularia,
mirabilia, pretiosa memoriq; mente tenenda commendan-
tur: Nunc cum bono DEO ab iis quæ summam videntur habere du-
bietatem, initium faciemus: eorumque exempla aliquot deinceps
examinabimus.

2. Operæ pretium autem est, de ipsâ illâ appellatione, quâ
casus pro amico nuncupantur aliquid præmittere: & unde orta ista
traditio sit, ac quàm benè sese habeat, ostendere.

3. Ipsum genus loquendi pleriq; referunt ad Jasonem May-
num Mediolanensem, magni nominis Jurisconsultum, Antecessorem primò
in Pisanâ, deinde in Ticinensi, denique in Patavinâ Academiâ, qui

A

Anno

Anno 1519. d. 20. Aprilis vivere defuisse scribitur. Et certè frequenter eo utitur Jason: veluti *in l. post dotem. 40. (aliàs est 41.) n. 105. ff. solut. matrim.* Iste passus est valdè ambiguus, & esset quæstio in Practicâ pro amico, & *in l. in suis. 11. n. 10. ff. de lib. & posthum.* esset ratio pro amico, & *in l. naturaliter. 12. §. 1. n. 17. ff. de A. vel A. P.* credo quod iste passus valdè sit ambiguus, & si contingeret in Practicâ, esset quæstio pro Amico. & *in l. qui in aliena. 6. num. 35. ff. de acq. vel amitt. hered.* esset quæstio pro Amico, si contingeret in facto, & *in l. qui hereditatem. 19. n. 11. d. t.* esset quæstio pro Amico, si casus contingeret in facto: & *in l. hereditas. 4. n. 4. C. de his quib. ut indign.* si casus contingeret, esset casus pro Amico, & *in l. tunc autem. 37. (aliàs est 38.) num. 4. in fin. ff. de re judic.* certè, si ista quæstio eveniret in facto, esset quæstio pro Amico. [Ita quoq; Matthæac. *de Via jur. lib. 2. cap. ult. num. 15.* Hujusmodi rerum perplexitate, sese excusare conantur ineruditi, nec sibi vitio vertendum putant, si dixerint quæstionem esse *pro Amico*, in quâ id se paratos ostendunt consulere, quod amicus efflagitaverit: quare contraria sæpè eorum responsa contrariis referta sententiis, in lucem prodire solent. Decianus *in Apolog. advers. Alciat. cap. 19. n. 17.* Et in dubiis valdè & perplexis Quæstionibus excusatur Iudex *si pro Amico judicat*, ut scribit Innoc. *in cap. ne innitaris. §. de Constitut. Bald. consil. 492. num. 1. in f. in. 3. & Afflict. decis. 384. & c. 22. n. 15.* Quandoque dubia potest esse causa ex varietate opinionum Jurisprudantium clarorum virorum, idè, si talis occurrerit casus, puto gratificationi locum fore, ut *salvà conscientiâ possit pro Amico respondere & c.*]

4. Post Jasonem verò sic etiam locutos alios deprehendimus, veluti Udalricum Zasium *in §. quedam actiones mixtam. 20. Institut. de Action. num. 11.* Johannem Nevizanum *in Sylvâ nuptiali, lib. 5. num. 74.* Franciscum Vivium *in commun. opinion. sub lit. 1. §. Iudex in judicando.* quod hodie est *in Sylvâ commun. opinion. lib. 1. opin. 398. num. 29. & 30.* Catellianum Cottam *in memorabilibus, sub verbo, Inimicitia.* Jacobum Menochium *lib. 2. præsumpt. 71. num. 37.* Jacobum Alemannum *in Palæstrâ consultationum, consult. 8. p. 714.*

5. Vocant autem casus pro Amico, casus dubios atque ambiguos, quorum decisio in arbitrio judicantis sit ita, ut pronuntiare possit secundùm quam partem velit, adeoque favere & gratificari Amico.

6. Suntque duplices: alij facti; alij Juris: & de his quidem in specie, non de illis, hîc nobis præcipuè tractare est propositum.

7. Horum igitur in specie Casuum seu Quæstionum pro Amicis, nomine, intelligunt Doctores Quæstiones Juris controversas,

fas, de quibus tam diversa & contraria extant Dd. sententia, ut Judex scire nequeat, quanam opinio sit communis, aut communior, atque in judicando sequenda: ac proinde amplecti possit, quam velit: & sic in favorem amici sententiam dicere, cum peraeque pronunciare posset secundum alterum, si vellet. [Vbi notandum: quod communis opinio dicatur & absolute & relate, quam plures tenent: sive, quae est communior. Sicut enim minus bonum respectu majoris habet rationem mali: sic etiam minus communis respectu communioris, pro non communi est. Vnde etiam si plurimi aliquam opinionem teneant, tamen ea nec communis, nec in judicando sequenda est, si altera sit communior. Exempl. Gail. lib. 2. de Pac. Publ. cap. 13. n. 12. etiam si etiam sit benignior. d. l. vide tamen eund. Gail. l. 2. obs. 114. n. 8.]

8. In talibus causis optimum dicunt esse habere Judicem amicum, propitium atque favorabilem, ut videre est apud Nevizanum & Vivium, dd. locis. Gailium lib. 1. obs. 153. num. 9. Menochium d. lib. 2. praesumpt. 71. n. 37. & in remed. 3. retin. possess. n. 762. & seqq. & lib. 2. de arbitrariis Iudicum causis, cas. 177. num. 6. & 7. & cas. 339. num. 22. & seqq. Grevæ. in proem. practic. conclus. num. 54. Hilliger. in D. E. lib. 3. cap. 23. lit. A. & lib. 24. cap. 19. lit. q. & lib. 26. cap. 2. sub lit. A. p. 1389. Treutlerum vol. 1. disp. 1. thes. 1. lit. b. & ibidem tum Bachovium in notis & animadversionibus, tum Hunnium in resolutionibus. [Corat. lib. 2. de commun. opin. tit. 9. cas. 32. n. 172 qui & ibidem n. 173. monet: Recte agere Advocatos, & Procuratores, qui in suis allegationibus & informationibus reddunt sibi Iudicem benevolum, vocando eum doctissimum, acutissimum, celeberrimum, excellentissimum, &c.] Et quod de sententiis Iudicum dicitur, idem etiam intelligendum est, de Responsis Jctorum; de quibus etiam in specie loquitur Angelus Matthæacius lib. 2. de via juris, cap. ult. n. 15. pro ut eum refert Hillig. d. lib. 3. c. 23.

9. Ortum hæc res habet ex eo, quod sicut in Ecclesiâ posthabito verbo Dei, traditiones humanæ pro Divinis oraculis invaluerunt; Ita in foro, neglectâ voce legislatoris, glossæ & opiniones Dd., auctoritatem juris & vim Legum obtinuerunt: Imò non vim tantum Legum, sed & contra & supra Leges. Tritum enim est illud Raphaëlis Fulgosi Antecessoris Patavini, (qui floruit circa annum Chr. 1430.) in l. solutum. 6. C. de O. & A. & l. ad officium. 3. C. commun. divid. ubi postquam retulisset dictum Cyni, quod sicut olim Idola pro Diis, ita Glossatores pro Evangelistis adorentur: subjicit, volo potius pro me Glossatorem, quam textum. Nam si allego textum, dicent Advocati diversæ partis, & etiam Judices: credis tu, quod Gloss. non ita viderit illum textum sicut tu? Cui non multum absimile, quod scribit Zasius in l. ult. pr. ff si cert. petat. Ego credo, si glossa pareret elephantem,

omnes Dd. sequerentur. & quod ex Josepho de Rusticis refert Bernh. Grevæus *lib. 2. pract. conclus. 136. consid. 1. num. 4.* Eâ insaniâ ducimur ac vexamur, ut nisi Jus Civile communi Doctorum applausu recipiatur, omninò veluti quid profanum negligatur. [Sicut in Papatu dicitur, quod Scriptura non intellecta secundum sensum Ecclesiæ, non sit scriptura &c. contra, sicut omne aurum extra templum non est sanctificatum: Ita etiam omnis sensus, qui fuerit extra scripturam, non est sensus. Orig. *in Math. homil. 25. Flor. in Verb. Scriptura, p. 1052.* Item, quod praxis Ecclesiæ sit optima scripturæ Interpres &c. Vndè, ut tantò similior esset hæc res traditionibus Dd. in Ecclesiâ, vocantur etiam hi Opinionistæ, *Patres.* Alii ad æquitatem confugiunt potiùs. Malè. Wesenb. *in Oratone de studio Juris rectè instituendo.* (præmissâ Instit.) p. 29.]

10. At cùm naturalis hominum ad dissentiendum sit facilitas, ut dicitur *in l. 17. §. 6. ff. de recept. qui arbitr. recep.* [Et Plin. *lib. 29. c. 1.* scribit: Medicorū circa ægros miseræ esse sententiarum concertationes, nullo idem censente, ne videatur accessio alterius.] dissidentibus inter se Dd. ulterius progrediendum fuit. Nam ut rectissimè ait Vellejus Paterc. *lib. 2. hist. c. 3. in fin.* Non ibi consistunt exempla, unde cœperunt, sed quamlibet in tenuem recepta tramitem, latissimè evagandi sibi viam faciunt: & ubi semel recto deerratum est, in præceps pervenitur. Itaque visum fuit, numerandas esse sententias, & ex quâ parte plures sint Dd. secundū eam pronunciare judicem & respondere Jctum debere: id quod vocant Communem vel Communiorem opinionem in judicando & consulendo sequi. [Hinc Knich. *de Vestitur. pact. cap. 7. n. 4.* & 113. scribit: Perindè ut in Hermaphroditis spectamus, utra pars præponderet, & Cujac. qui (ubi autoritatibus agendum, sicut de Platone dictum in proverb. *Vnus instar omnium,* unus pro mille sufficit P. Fab. &c.) *lib. 12. Obs. 19.* in Iudiciis deteriorem sententiam valere præstat; si numerosior sit, quàm in ponderandis sententiis &c. sic. & Alciat. *4. parerg. 17.*] Atque hoc aded necessarium plærisq; visum est, ut non minus per imperitiam judicare & litem suam facere dicerent Judicem, qui contra communem opinionem, quàm qui contra Legem ipsam judicaret. Jason. *in Auth. Novissima n. 22. C. de Inoff. testam. Gail. lib. 1. Obs. 153. n. 5.* Cotta. *in memor. verb. Opinio.* & alii alibi passim: Inprimis verò latè hac de re tractant, Nevizanus *d. lib. 5. ferè per totum.* Vivius *d. opin. 398. per tot.* Menoch. *lib. 2. præsumpt. 71. per totam.* Freherus. *lib. 2. de Fama. c. 18. sive ult. per totum.* & qui eam doctrinam solidè refutat. Henricus Nebelkræ. *lib. 1. decis. 1. per tot.* vide etiam Hartm. Pistor. *lib. 2. part. 1. quest. 15. n. 49. & 50.*

11. Quamvis autem iterum traditum à plerisque sit, Ejus communis opinionis, quæ evidenter falsa est, quæ lege convinci aut ratione meliori,

Prolegomena.

5

meliori,urgentique ac vehementi convelli possit, rationem in judi-
cando & consulendo habendam non esse: ut videre est apud Jasonem.
*in d. auth. Novissima. n. 22. Menoch. d. præsumpt. 71. n. 24. & lib. 2. de arbi-
trar. caus. 339. n. 21. Gail. d. Obs. 153. n. 6. Nevizanum. d. lib. 5. n. 67. Freh. d. c.
18. n. 54. Cottam. d. l. §. ista omnia. Hartm. Pistor. vol. 1. quæst. 30. n. 24. & 25.
& auctores alios, magno numero allegatos ab Osvald. Hilligero, in d.
lib. 26. D. E. c. 2. sub lit. A. p. 1397. [Sic Honded. lib. 1. Consil. 65. n. 27. Com-
munem opinionem, ait, sequendam esse *in dubio*, & quando non constat, quæ
nam sit verior; at cum constat, tum veriolem sequi oportere. Michael Grassus
in præfatione siue Epistolâ dedicatoriâ sententiarum receptorum: Quæ me-
lior ratio in controversis Juris Quæstionibus Imperialem decisionem desideran-
tibus, in selectione istorum excogitari potuit, quàm ut *plures* numero, nec juri
aperto apertè, nec evidenti Juris rationi refragantes, *paucioribus* sint potiores.
Similia ferè & cum indignatione adversus Grammaticos singularistas, habet, *in de-
dicat. lib. 1. Commun. opin. Ioh. Andr. in c. 1. de Const.* dicit, in judicâdo teneri posse
novam opinionem unius Doctoris, contra communem opinionem, quando est
melioribus & validioribus rationibus fundata, quod Iudex perspicacis Ingenii fa-
cile perpendet. *Zaf. lib. 1. cons. 4. n. 14. & 15. post Abb. in c. Capellanus. de feris.* Idè
tenuit Claudius *in l. ut sim. 3. in fin. de Instit. & Jur.* Qui vult, si evidenter appa-
reat, opinionem Glossæ & communem esse falsam, & doctrinam unius Doctoris
esse veram, tunc à Glossâ justè recedi posse. *Zaf. ibid.*] Alii tamen commu-
nis opinionis tantam esse auctoritatem volunt, ut vel supra legem ve-
ritatemque valeat; ac sequendam eam in judicando esse dicunt, et-
iam si contraria sententia sit verior. *Vivius. d. opin. 398. n. 5. post Fulgos.
in consil. 33. Matthæacius in tract. de Legat. & fidei com. lib. 4. c. ult. num. 16,*
quod etiam ex aliorum sententiâ retulit, sed reprehendens, *Zafius.
lib. 1. cons. 4. n. 17. quo facit, quod Alciat. libr. 4. parerg. jur. c. 17. scribit: Sic-
ut in consiliis publicis non potuit aliud constitui, quàm ut numeren-
tur potiùs, quàm ponderentur sententiæ, etiam si major pars meliorem
vincat; Ità ut in opinionibus Dd. licet possit unius forsan & deterioris
existimatio, & multos & majores in aliquâ parte superare, sacrosancta
tamen est opinio communis, h. e. quæ receptior est, & in quam plures
Authores transierunt. Quod ipsum quoque ex dicto illo Fulgosi
supra relato sequitur: Quod sc. pluris sit pro se habere Glossatorem,
quàm textum, nec non ex eo, quod post Alexandr. *in l. si convenerit. sub
n. 12. ff. de re iud.* scribit *Vivius d. opin. 398. n. 60.* Esse hoc quodammodo
ponere os in Cælum, si quis à communi opinione in judicando &
consulendo recedat, etiam si videatur casus legis in contrarium.
[Ut adèd scitè dixerit *Matthæac. lib. 2. de Via juris c. ult. n. 30.* Post Iustiniani
Imperiū, supramille abhinc annis, cœpit hæc Juris prudentium opinio regiam sibi
arrogare auctoritatem ac potestatem, & Principum seu LLtorum vires in omni-
bus**

bus exercere. Hæc una Imperatoribus ad majora intentis, & occupatis terrarū orbi consulere, jura legesq; dare & Juris responsa, haud secus ac antiquorum oracula consulentibus ferre & præscribere ausa est. Et Contius *lib. 2. Subsec. lect. 18. in pr.* Pragmatici & forenses homines *putidissimos* quosque Juris Interpp. diligentius & frequentius legunt, quàm Ictorum aut Impp. autoritates & leges. Quomodo ergo se convinci patientur. Vnde post Baronium scribit Nevizan. *lib. 5. n. 67. Vers. casus autem legis.* Si vel maximè ipse casus legis adsit, tamen mirabile est, videre hominem eminentis scientiæ, qui sine revolutione librorum respondeat de casu Legis.]

12. Quod si igitur in veritatem communis opinionis inquire, eamque examinare non licet; sed simpliciter secundum ipsam, non de ipsâ judicandum est: Quomodo de LL. latis loquitur Augustinus, ut est relatam in J. Canonico. *c. in istis. 3. distinct. 4.* quomodo erroris convinci poterit? aut si maximè convincatur, quomodo eam convinci aut convictam esse, aliis persuadebimus? maximè iis, qui nec rationem audiunt, nec lucem admittunt, sed simpliciter & absolute communes opiniones, ob id ipsum, quod sunt communes, sine delectu, ut inquit Zasius. *d. Consil. 4. n. 16. & clausis oculis, ut inquit Alber. Gentil. in tract. de Nupt. lib. 4. cap. 4. in fin. amplectuntur.* Qui omnes à communi opinione dissentientes, quantumlibet ipsâ rei veritate subnixos, ob id ipsum solum, quod à communi opinione dissentiunt, fure, insanire, errare dicunt: ut idem Zas. in comment. *ad l. 2. §. post hunc maxima autoritatis. verb. ceteris operibus sapiëntiæ ff. de O. 1.* [Cum & aliàs, quando rationibus & argumentis agitur, pro demonstratione aliquis habet id, quod alteri nec *evdō* sit probatio, ut hac de re tractans, monet Dn. Bachov. *in not. & animadvers. ad Treutl. lib. 1. Diss. 1. th. 1. lit. B. ad verb. vel per argumenta.*] [Vt non ineptè de his illud Galeni. *lib. 8. de comp. med. c. 1.* dici possit: Præconceptæ opiniones, surdos & cæcos faciunt. Necessè tamen est, ut lancem in librâ ponderibus impositis deprimi: sic animum perspicuis cedere. Cic. *4. Acad. Quest. col. 28.* (Hinc pondera argumentorum dicuntur) Idiotarum enim est, ut facilè convinci, ita difficilè compesci. Sidon.]

13. Ceterum, cum quælibet sententia, suos habere soleat assertores & propugnatores, sit sæpenuerò, ut ex duabus planè contrariis opinionibus, utraque sit & dicatur communis. [Imò in dissensu utraque communis opinio vim suam perdit: Quia sese mutuò elidunt, cum duæ virtutes paris potestatis concurrant, ut est apud Pacian. *de Probation.* Sic Vasq. *lib. 3. Controvers. 61. n. 9. §. contrariam. in fin.* ut ineptire videatur mihi, qui hac in re alicujus momenti esse existimat scribentium Autoritates, quia adversis congressibus se impediunt. *l. ubi pugnantia. 188 ff. de R. 1*] quomodo Hieronym. de Cævallos libros aliquot congeffit communium opinionum contra communes, nec certò sciri possit, utra sit communior & receptor:

receptior : adeoque verè & absolutè communis : aliis hanc, aliis aliam, communem, communiorem vel communissimam dicentibus ; tùm regulas quasdam tradunt Doctores, quomodo vel communis opinio æstimanda, vel quænam illarum alteri in judicando respondendoque præferenda sit. Ut videre est apud Anton. Mariam Coratium, *in tract. comp. opin. lib. 1. tit. 4. per tot.* Freher. *in d. c. ult. n. 32.* Nevizan. *d. l. 5. Sylva Nupt. n. 74. & seqq.* Alciatum *d. libr. 4. parerg. c. 17.* Menoch. *d. præsumpt. 71. per tot.* Quæ si non satisfaciant, aut in quæstione propositâ applicari possint, ut sunt ipsæ quoque incertæ & controversæ, atque etiam particulares : tùm propter conflictum istum opinionum, summamque incertitudinem & ambiguitatem, in arbitrio judicis esse ajunt, utram velit opinionem sequi & pro quo litigantiû judicare : adeoque si alterutri parti sit amicus & faveat, secundum eum pronunciare posse ac pronunciaturum esse : [Sicut aliàs etiam ubi duo pares sunt in merito, & ad præmium, locus putatur esse gratificationi. Bald. *ad Constit. Omnem. §. itaq. n. 13.*] Ac proinde tales Quæstiones dubias, seu casus ambiguos, Casus pro amico vel amicis, [quidam potiùs *contra amicum* pronuntiarent, essetque *casus contra amicum.* Est enim nonnunquam pravus hic ambitus : adversus amicos aut pro his, quibus cum simultates gerant, pronuntiandi, faciendique, ne injustè fecisse videantur. Quintilian. *lib. 4. c. 1. p. 204.* atque ita injustè agunt, ne videantur injustè agere.] nuncuparunt. Neviz. *d. lib. 5. n. 74.* Menoch. *d. præsumpt. 71. n. 37.* Vivius. *d. opin. 398. n. 29. & 30.* & alii supra allegati : Ut non minùs verè quam acerbè dixisse videatur A. Faber. *in tractat. de error. Interpret. & pragmat. dec. 37. error. 7. in fin.* Imperitiam Interpretum eò usque progressam esse, ut omnia de quibus dubitant, quantumlibet certa sint, & ex juris ratione indubitata, faciant arbitraria, non arbitraria verò illa sola, in quibus errant.

14. Nec ad rem facit, quod Nevizan. sub. d. n. 74. post Baldum & Socin. dicunt, id intelligendum esse cum grano salis, de Judice non claudicante, nec dicente, Tu mihi sola places. Nam aut, quod priùs dixerant, evertunt, quod tamen evertisse nolunt, aut nihil dicunt. Non enim explicant & nec possunt explicare, quis sit Judex non claudicans, aut quis alterutram ex opinionibus ejusmodi contrariis eligens, ac secundum eam pro amico judicans, non dicat, Tu mihi sola places.

15. Ad normam Juris hæc traditio Dd. quâ Glossa & opinio communis, tandemque arbitrium & favor Judicis, pro Jure & Judicandi regulâ, obtruditur, si revocetur, falsissima esse deprehenditur. Stati-
tim

tim enim in ipsis Institutionibus Juris, *tit. de offic. iud. in pr.* proditum est: Judicem imprimis illud observare debere, Ne aliter judicet, quam legibus aut Constitutionibus, aut moribus proditum est & in *Novell. 82. c. 13.* edicit Justin. omnem judicem custodire leges & secundum eas proferre sententiam debere; usque aded, ut etiam si ipse Imperator in medio sitis, rescriptum aliquod contrarium, aut pragmaticam sanctionem emiserit, non tamen his, sed LL. pareat; omnino enim se velle, ut obtineat id, quod Leges ejus volunt. & in *l. 13. C. de sent. & Interloc. omn. jud.* constituit disertè, Non exemplis, sed Legibus esse judicandum: & in *l. 14. pr. C. de iudic.* Jurare voluit Judices, omnimodò sese cum veritate & Legum observatione judicium esse disposituros. Sed & notum illud est, Facti quidem quæstionem in arbitrio judicantis esse, Juris autem auctoritatem in ejus arbitrio non esse. *l. 15. in fin. pr. ff. ad Municipal. l. 1. §. 4. ff. ad senat. Turpill.* Cum quibus etiã probè consentit *Ord. Camer. Imperial. part. 1. tit. 13. in pr. & §. 1.* Cujus loci summam hoc aphorismo complexus est Petrus Denaisius, in *Iure Cameral. tit. 16. Assessorum munus.* Non ex proprio nudoque arbitrio, sive conscientia sed Legibus Constitutionibusque publicis & probatis consuetudinibus jus dicunt: idque æqualiter inter omnes, sine adfectu (ohne einige sondere Affection. quibus verbis manifestè excluditur favor erga amicum,) vel sordibus dispertiuntor.

16. Non minùs etiam ab ipsa Naturali ratione aberrat hæc Dd. traditio. Nam, ut præclare inquit Cicero. *in lib. 2. de Offic.* Jus, nisi sit æquabile, nõ est Jus: & ob hanc ipsam æquabilitatè conservandam, Leges sunt inventæ, quæ cum omnibus semper unã atq; eadẽ voce loquerentur. [Hæc etiam causa fuit, cur Prætorum Edicta proponi cœperint. De quo sic Dio, *lib. 36. pag. 20.* Prætores omnes ea jura, secundum quæ Jus ipsi dicturi essent, albo inscripta proponebant. Nec enim jura & LL. omnes ad Contractus pertinentes, exprimebant: nec uno id eodemque tempore faciebant, nec abs se scripta servabant: sed albi scripturam mutabant sæpius, & in hac re *multa, ceu facile credita,* ad gratiam vel odium quorundam fiebant. Igitur rogationem tulit, ut & statim in principio Prætores prædicerent, quo jure essent usuri, & deindè nequaquam ab eo deflecterent.] At si ad communes opiniones remittamus Judicem; si eidem permittamus affectioni indulgere, & secundum amicum ob nullam aliam causam, quam quia amicus, sententiam dicere, æquabilitas erit nulla. Nam & ipsæ communes opiniones quasi quotidie variant, ut mox communis opinio fiat, quæ ante non fuit, aut communis esse desinat, quæ fuit communis. In dubiis autem istis Quæstionibus, ubi, quæ reverà communis sit, nescitur,

Prolegomena.

9

tur, quos casus pro amico dicunt; Judex mox in affirmantem, mox in negantem partem inclinabit, prout hanc aut illam pro amico esse videbit. Id quod etiam locus citatus Ordinatus. Cam. Imperial. insinuat; Quod sc. & æquabile Jus esse oporteat adversus omnes: & æquabilitati illi tuendæ nihil magis, quàm affectus erga hunc aut illum litigantem obstet. Hoc scriptiois genere (si quæstio dubia dicatur) nihil est perniciosius; cum istâ ratione captent occasionem, & eâ audaciæ progrediantur, ut Jus ad factum inflectant, ac depravent, & de jure jam affirmativè, jam negativè respondeant, ut fecit ipse Menoch. Cothmann. *consil. 53. n. 168.*

17. Deinde absurdum est, in privati cujusquam potestate esse, jura condere & abrogare pro lubitu. Atqui, si eam vim & auctoritatem tribuimus Glossis & opinionibus. Dd. quam diximus, imò unicuique horum, & vel maximè ignavissimo atque inertissimo. (Pone enim inter duas contrarias sententias, Primam uno auctore receptiorem esse, accedat ad alteram ignavissimus & stupidissimus aliquis, jam casum pro amico facit: accedat rursus alius, qui itidem tantum numerum, non pondus addat, (ut Therites) jam contraria sententia Jus erit;) simul potestatem illis largimur jura condendi & abrogandi. Statim enim ex Fulgosit Sententiâ, Glossa, aut Interpretis alicujus celebrioris opinio valebit contra ac supra Legem; & sic Jus vetus abrogabit, novumque constituet. Aut certè, si non contra, sed præter legem sit, saltem Jus faciet, quod ante non fuit. Quomodo dicunt in casu, qui nullâ certâ lege definitus sit, etiam unius Doctoris decisionem in terminis, quamvis sine Lege loquatur, si contradictorem non habeat, pro Lege allegari posse, & in judicando sequendam esse. Ut videre est apud Grevæum, multis auctoritatibus id probantem *in proæm. præct. conclus. n. 116. & seqq.* vid. Hilliger. *lib. 26. c. 2. lit. A. p. 1399.* Rursus existat aliquis, qui ei decisioni contradicat, jam ex necessario probabile, ex certo controversum, adeoque ex Jure non Jus fecerit. Sequatur hunc alter aut tertius, jam contrarium Jus condiderint. Idemque etiam est, ubi in communem opinionem res invaluit. Sive enim unius, sive duorum, trium aut quatuor Dd. ad priorem numerum accessio, & excessus, pro diverso auctorum dissentientium numero, ut putat Coratius *lib. 1. de Commun. opinion. tit. 4. inspect. 1.* Opinione eam, quæ antea communis non fuit, communem, adeoque Jus esse facit; Quid aliud quam ædilitatem gerunt, sine populi suffragio, ut est in Proverbio, h. e. LL. condendarum abrogandarumque potestate utun-

B

te utun-

te utuntur, quæ ipsis concessa mandataq; non est. [Et quid esset facilis, quàm volenti rem aliquam contra Ius & fas obtinere, maximè Principi, conducere aliquos, qui tractatum aliquem in lucem emittentes, sententiam eam, quam ipse velit, asseverarent, adeoque communem facerent. Id in suppositione *l. Tria, cum testamento. 34. §. L. Titius. 1. de Legat. 2.* factum esse putat Alciatus. *lib. 6. parerg. c. 9.* Sic *Theff. decis. 190. n. 4.* Albertum Galeottum ait, dixisse, *illo tempore*, aliud esse tenendum: cum olim contrarium consulisset: *Et iterum decis. 134. n. 15.* post Ioseph. Ludov. *decis. 52. n. 13.* scribit: Consulentes sæpenuerò, præmi aviditate, verioribus aliquando opinionibus omissis, falsas opiniones ex illorum numero communes efficiunt.]

18. Tum Jus, quoad ejus fieri potest, certum atque finitum esse oportet: at hæc Dd. traditio, quæ simpliciter numerari suffragia jubet, & ex majore minoreve numero veritatem justitiamque æstimare, jus omninò incertum infinitumque reddit. Est enim utique sæpè laboriosissimum & difficillimum, quandoque etiam impossibile, scire, quænam ex diversis contrariisque opinionibus, plures habeat assertores, & pro communi atque receptiore habenda sit. Unde sæpè maximâ librorum atque auctorum innumerorum, revolutione opus esse dicunt, ut sciatur, quænam sit communis aut communior opinio. Clarus. *in recept. Sentent. in §. Donatio. quest. 6. n. 7.* & post eum Thadeus Pifo. *lib. 4. variar. resolut. cap. 4. n. 6.* Corat. *d. tit. 4. n. 9. & 12.* Freher. *d. lib. 2. de fama. c. 18. n. 49. & 50.* [Sic Octavius Cacheranus Ozasius, *consil. 35.* negativa est crebrior, quia pro eâ numerantur 36. & pro affirm. tantum. 25. auctoritates.] Et licet facilè inveniantur, qui dicant, hanc aut illam opinionem esse communem; maximè inter tot compilatores communium opinionum, sive receptarum sententiarum, qui hodiè extant; tamen iis tutò fidere non possumus: cum non tantum ea res ex illorum numero sit, quæ non sub sensum aliquem corporis cadunt, sed ratione & iudicio percipienda sunt: ideoque hanc aut illam opinionem communem esse, attestanti, non credendum sit; non magis, quàm attestanti, hanc vel illam esse consuetudinem: sed talis assertio legitimè probanda sit, ut quamplurimis auctoritatibus confirmat Cothmannus, *vol. 1. resp. 13. n. 69.* sed etiam accidat sapissimè, ut nobis sententiam aliquam pro veriore & crebriore opinione illi exponant & obtrudant, quæ tamen auctoribus istis, quos in ejus rei comprobationem citant, vel in mentem nunquam venerit, vel ab iis omninò improbata sit: ut testatur idem Cothmann. *d. resp. 13. n. 47. & 54.* Quomodo & Cuiac. *consultat. 23.* asseverat, vix unquam accidisse, quin quæ illi (Advocati fori) scriptis Dd. prodita affirmabant, ipse in medium prolatis eorum libris, præsentibus convicerit, aut non esse, aut aliter esse prodita. Et de
Michaelis

Michaelis Grassi quadam allegatione Communis Opinionis, inquit Joh. Fichardus, *vol. 1. consil. 15. n. 13.* tam inaniter & falso allegat, ut dejerare per sanctè ausim, eum nullum istorum locorum, quos adducit, inspexisse. [Et Thessaur. *decis. 96. n. 4.* nostrorum temporum deplorandam miseriam considerabis, & *quam parum credendum sit illis Dd.* qui audacter contrariam sententiam magis communem dixerunt.] Fit autem etiam nimis quàm frequenter, ut quæ olim, vel paulò ante fuit communis opinio, hodiè non sit; & quæ hodiè est, paulò post desinat esse: Undè non rarò legimus, hanc vel illam opinionem olim fuisse communem, vel tempore hujus aut illius, fuisse communem; ast hodiè contrariam sententiam esse communem. Clar. *in §. testamentum quest. 77. num. 2. vers. Contrariam. & quest. 46. princ.* Colerus *de Process. exec. c. 1. part. 3. n. 36.* Grassus *in recept. sent. §. Codicillus. n. 22. vers. Contrariam.* Budelius. *de re nummar. lib. 2. c. 24. n. 16.* Corat. *in prafat. tractat. commun. opin. n. 36. & seqq.* Freher. *d. lib. 2. de Famâ. c. ult. num. 36. & seq.* Grevæus *in procem. practic. conclus. n. 55. & lib. 2. conclus. 136. consider. 1. num. 45.* Unde inter alia quæritur apud Dd. quid faciendum Judici sit, si fortè tempore litis contestatæ affirmativa opinio fuerit communis: at sententiæ sive rei judicatæ tempore, contraria opinio communis inveniatur, quæ tum in judicando sequenda sit? Corat. *d. tract. lib. 2. t. 9. casu. 31.* Freher. *d. c. ult. n. 38.* [Atqui si semel aliqua opinio est cõmunis, contra eam non potest alia communis invalescere: quia sententia contra communem opinionem lata, est ipso jure nulla: At quæ, postea in contrarium fiunt, sunt sententiæ & decisiones contra communem opinionem latæ. E.]

19. Plura argumenta adversus Communium opinionum auctoritatem necessariam, quam Dd. ei attribuunt, qui desiderat, videre potest Zasium. *in Comm. ad l. 2. §. post hunc maxime auctoritatis. verb. innovare instituit. ff. de O. l. & lib. 2. singular. respons. c. 1. & vol. 1. consil. 4. n. 16. & seqq.* præcipuè verò Dn. Henric. Nebelkræ. *lib. 1. decis. 1. per tot.* [Quibus adhuc addatur illud, parum, aut nihil ad defensionem istius traditionis facere comparisonem eam, quæ à majore numero suffragiorum in consiliis publicis desumitur, ut supra ex Alciat. *lib. 4. parerg. c. 17.* allegavimus. Quod si enim opinionem aliquam, majore opinantium numero subnixam, sententiæ & rei judicatæ comparant, fieri non potest, non debet certè, ut ab eo jure, quasi adhuc in fieri esset, & nondum in esse pervenisset, dissentire cuivis, contrariumque jus gignere liceret, sed quæ contra fiunt aut statuuntur, pro injustis habenda essent. Quod si verò id nondum pro Sententiâ & re judicatâ, sed tantum pro votis atque suffragiis habent, ad quæ sententia aliquando sequi debeat, nondum etiam dici potest, quod sit communis opinio, sive recepta senten-

tia: sed expectandum est, donec reliqui quoque, qui deinceps sententiam dicturi sunt, fuerint auditi. Et definiendum etiam esset, quot & quo usque aliorum sententiæ essent expectandæ: Quando Opinio communis pro natâ & constitutâ habenda esset. Unde apparet, rem totam esse perplexam & quasi inexplicabilem.]

20. Ubi tamen semper observandum est, loqui nos hic tantum de Opinionibus Dd. h. e. de Jure inter Dd. controverso, quod ex solo majore opinantium sive assentientium numero, pro receptâ sententiâ, adeoque pro jure obtruditur: non autem de consentiente receptâque Interpretatione Jurisprudentium; quæ certa pars Juris non scripti est; & proprio vocabulo Jus Civile appellatur. l. 2. §. 5. 12. 39. & 41. ff. de O. 1. & Jus consensu receptum, in pr. 1. de acquisit. per arrogat. quod Theophylus ibidem interpretatur, νομοθεσίαν πολιτικὴν, & ἀρχαίον συναινέσιν τῶν σοφῶν: h. e. Jus Civile & consensu Jurisprudentium non scriptum, sive Jus, quod sine scripto ex approbatione prudentum receptum est; quomodo etiam in tit. 1. de Off. Jud. in pr. vocabulum, moribus, interpretatur, τῆς τῶν σοφῶν νομοθεσία. h. e. eo Jure, quod à sapientibus receptum est: speciem ponens pro genere. [Vide huc locum elegantem Quintiliani. lib. 1. Inst. c. 6. in fin. Quod consuetudo sermonis sit Consensus (non simpliciter plurium sed) doctorum: sicut consuetudo vivendi, consensus bonorum.]

21. Hanc Juris speciem, si quis per vocabul. Communis Opinionis intelligat, rectè dixerit, Judicem in judicando, & Jctum in respondendo, communem opinionem sequi debere; Ubi communis opinio non veritati; nec minori dissentientium numero, sed propriæ opinioni, præsumptæque æquitati Judicantis opponitur: Quam & ipsa Ordinatio Cam. Imperial. damnat, ut ex loco supra citato manifestum est. Verùm is non est vulgaris & usitatus ejus appellationis usus: sed iste potius, ut significet sententiam super controverso Juris articulo, à pluribus Dd. asseveratam aut receptam. De quâ communi opinione intelligenda sunt ea, quæ superius contra disputavimus.

22. Atque ex hoc fonte sive principio, de Casibus pro amico dictis, statuendum est: quod, qui non fecerunt, potius ad alia omnia delapsi sunt, quàm ut Judicem in ejusmodi Quæstionibus seu casibus dubiis ad Juris præscriptum hortarentur: ut videre est apud Corat. d. lib. 2. Comm. opin. tit. 9. cas. 32. n. 174. & seqq. Menoch. d. lib. 2. de arbitr. cas. 339. n. 22. & seq. & d. remed. 3. rein. poss. n. 764. & seqq. Anton. Thesaur. [Quæ reprehendit Bachov. in not. ad Treutl. lib. 1. disp. 1. & vult omnino, esse Casus aliquos pro Amico. Sed & Lipsius in monit. & exempl. Polit. lib. 2. c. 10. p. 143. pro iisdem facit, cum inquit: Da, quod alibi malè (sc. iudex judicet) quid magni mali

mali est. Primum *in re obscura*, & in quâ haud valdè interfit, Titius an Scius vincat. Deindè in re parvâ; in agello, in prædiolo, in pecuniolâ; habeat, cui Iudex donat.] *In decis. Pedemontanis. decis. 89. per tot. præcipue. n. 3. & decis. 206. n. 11. & 13.* ubi licet dicat; Casus pro amico potius nominandos esse Casus pro diabolo. Quod causam præbent, ut ad inferos quis detrudatur: tamen Judicem ad Regulam à Justiniano præscriptam, ut non aliter judicet, quàm Legibus aut Constitutionibus, aut moribus proditum est, non remittit; sed potius vult, ut Iudex aut dicat, sibi non liquere; quo tamen modo res non judicatur, vel lis solvitur, sed indecisâ manet, aut litigantes hortetur ad concordiam & transigere jubeat; quod tamen suadere tantùm potest Iudex, non cogere. Cujac. *lib. 12. Obs. 16. in fin. Parthen. litig. lib. 2. c. 4. n. 21. Langl. lib. 5. semestr. cap. 4.* [aut sorte dirimat. Quæstiones enim Juris, sorte dirimi possunt; non facti. ait Bartol. *in l. si duo. 3. ff. uti poss. vid. Alber. Gentil. ad Rubr. C. de malefic. & Mathemat.*] aut rem per medium dividat: sic Bartol. *in d. l. si duo. 3. ff. uti possid.* quod tamen arbitri potius est, quàm Judicis: *arg. l. 79. §. 1. ff. de iudic. & regulariter rusticorû dicitur esse Judicium. in gl. fin. ad L. Nefennius. 34. ff. de N. G. de quo pluribus tractat Jan. Langlæus d. libr. 5. semestr. c. 4. vel certè ad Legislatorem pertinet generale Jus, quod in futurum valeat, constitutum: non ad Judicem de jure Litigantium & certâ facti specie propositâ, sententiam dicturum.*

23. Longè prudentius & religiosius Judicem atque Jctum, quomodo ille in judicando, hic in respondendo, circa ejusmodi dubias atque controversas Dd. opiniones sese gerere debeat, instruit Nicolaus Vigelius Jctus gravissimus, tum in ratione legendi Juris controversi, quam methodo Juris Controversi præmisit, tum in libello Germanico, cui titulum fecit *Richterbüchlein* / in quibus, ut & aliis libris suis, quos quilibet veræ germanæque Jurisprudentiæ Studiosus sibi quàm commendatissimos habere debet, ex ipsis fontibus Juris nostri, quod per se religiosissimum prudentissimumq; est, artem judicandi sive judiciariam docet: perpetuè memor illorum præceptorum Juris: quod Iudex non aliter judicare debeat quàm LL. Constitutionibus, aut moribus proditum est; quodque facti quidem Quæstio, at non etiam Juris authoritas in arbitrio judicantis sit.

24. Inprimis autem distinguit, inter Causam Ordinariam, quæ ex speciali aliquâ Lege, de cujus interpretatione controversia est, dependet: & causam extraordinariam, quæ nullâ speciali Lege definita, judicantis arbitrio relinquatur.

25. De ordinariis hanc proponit regulam : quod regulariter contra eum, qui se in istiusmodi jure controverso fundat, sive agendo sive excipiendo, sive replicando, sive duplicando id fiat, respondendum ac judicandum sit ; subjectis tamen Exceptionibus aliquot, quarum hæc sunt præcipuæ. (1) Nisi is, qui se in Jure controverso fundat, præsumptionem juris pro se habeat : præsumptionem, inquam, non dubiam, & quam nulla Lex specialis elidat. (2) Nisi quis speciali lege eaque haud obscurâ, suam intentionem, puta actionem, exceptionem, replicationem, aut duplicationem probaverit : cum contraria opinio non æquè speciali Lege niteretur. (3) Nisi evidens, & quæ sine manifestâ contrariæ sententiæ calumniâ, dubitationem nullam admittat, æquitas sit pro eo, qui intentionem suam in Jure controverso fundat.

26. De extraordinariis v. causis, quas ipsæ Leges arbitrio Iudicis permittunt, Regulam tradit hanc : quod in iis Iudex causâ cognitâ, pro qualitate negotii Iuris controversi, nunc Affirmativam, nunc Negativam partem, prout ei æquius vel verisimilius videbitur, sequi possit : ita tamen, ut nec modum arbitrii, quem ei Lex præscribit, excedat, nec ex causâ aliquâ, quæ legibus non reperitur, approbata, actionem, exceptionem, replicationem, aut duplicationem concedat ; nec affectibus indulgeat, sed bonam fidem & Iuris normam ubique sequatur. Quæ omnia dictis locis & uberius declarantur, & Legibus confirmantur, & exemplis illustrantur ; ac ut lectu & observatu dignissima, summèque necessaria, diligenter legi, memoriq; mente perpetuò teneri debent.

27. Hæc igitur in genere de Casibus pro Amico, & quæ iisdem originem præbuerunt, Glossis atq; Communibus Opinionibus Dd. præfati, ad ipsas species sive Exempla Casuum pro amicis nunc accedimus.

QUAE

QUÆSTIONUM SEU CASUUM PRO AMICO

SPECIES PRIMA.

An in legitimâ successione Ascendentium, cum parentes Paterni & materni, pares gradu, concurrunt, distinctio bonorum facienda sit: ut paterna solis paternis, & materna solis maternis Parentibus deferantur, sive ad eos revertantur?

I.

PRimum exemplum Casuum pro amico desumamus ex regulâ illâ vulgatâ; quæ in successione ab intestato usurpari solet: PATERNA PATERNIS, MATERNA MATERNIS: sive ut est in versum redacta, MATERNIS CEDANT MATERNA, PATERNA PATERNIS. Quod Jus reversionis vocat Guilielmus Ranchinus. in tractat. de success. ab Intest. §. 14. n. 8. (qui libellus editus est etiam sub nomine Ioh. Winei Icti, titulo tantum & præfationibus mutatis, in ipso verò tractatu retentis iisdem omninò verbis, & formis, imò & chartis iisdem; ut ne illud quidem sit mutatum, quod Stephanus Ranchinus Authoris Pater dicitur.) Hæc autem regula, licet non tantum in Ascendentium, sed etiam in Descendentium & Collateralium, successione adhiberi consueverit: præcipuè tamen circa ascendentes, de eâ controvertitur. Eoque solo in casu vocatur quæstio dubiissima in Iure, à Baldo novello, in tract. de dote part. 12. quæst. 14. n. 55. & passus valdè ambiguus, & quæstio in Practicâ pro amico, à Iafone in l. Post. dotem. 41. (al. 40.) n. 105. ff. solut. matrim. & casus mirabilis, à Paul. Castrensi. in l. quod scitis. 3. §. sin autem. n. 3. C. de bon. quælib. & gravis atque à multis annis controversa quæstio, à Mynsingero cent. 6. obs. 55. & dubium singulare atque subtile ab Anton. Gomezio in Commentar. ad L. sextam Tauri, sive Taurinam. n. 7. & ardua quæstio, à Grassio. in §. successio ab Intestato. quæst. 22. n. 5. in eâque esse communem opinionem contra communem, notat non tantum Cavallos in speculo communium Opinionum contra Communes. tom. 1. quæst. 102. sed etiam citatis Auctoribus longè pluribus, aliis affirmativam, aliis negativam

fen-

sententiam communem, aut communiorem affirmantibus, docent Tiraquellus, *de retractu gentilitio*, Gloss. 2. §. 14. n. 12. & 13. Covarruvias. *in tract. de success. ab Intestat.* n. 2. ubi etiam quæstionem hanc egregiam nominat, Vasquius, *in tractatu de successib. tom. 3. qui est de successorum resolutione.* lib. 2. §. 13. n. 11. Gabriellus *lib. 4. sub tit. de success. ab Intestat. conclus. 3.* Vivius. *lib. 2. commun. opin. n. 218.* vel ut est hodiè, *in ejus Sylvâ commun. opin. lib. 2. opin. 598.* Thesaur. *in decis. Pedemont. decis. 27. per totam.* & Gomez. *in d. l. 6. Tauri. n. 7. & 8.* & Grassus. *in §. successio ab intestato. quest. 22. n. 5.* Berlich. *part. 3. Conclus. 20. n. 14. & 15.*

2. Potest autem Casus contingere pluribus modis; veluti in Parentibus primi gradus, Patre & Matre; si his superstites, moriatur filius intestatus, cui VIVO quædam donaverat Mater, Avunculus aut Matertera; quædam Pater, Patruus aut Amita: quo casu ad Patrem pertinere volunt res, quæ vel ab ipso, vel aliis ex lineâ paternâ, sive agnatis ad filium pervenerunt; materna autem vel materni generis bona, ad matrem revocari: ea verò demùm, quæ aliundè, quàm ab agnatis aut cognatis defuncti obvenerunt, ex æquis portionibus dividi inter Patrem & Matrem.

3. Item in Parentibus secundi gradus, avo aut aviâ, Paterno vel Paternâ, & avo aut aviâ, materno vel maternâ, si forsan nepote post Patrem matremque mortuo intestato, concurrant avus paternus, & avia materna: quo casu ad avum reverti volunt, non tantùm quæ ab ipso, sed etiam quæ à Patre, aliisque lineæ paternæ personis ad nepotem pervenerunt: ad aviam autem ea, quæ vel ab ipso donata fuerunt defuncto, vel ab aliis, qui ex ipsius latere sunt, personis, ad eum pervenerunt. Et sic de cæteris casibus similibus. [Ranchin. *d. §. 14. n. 8.* Castrenf. *in d. l. quod scitis. §. sin autem. n. 3.* Thesaur. *d. decis. 27. num. 1. & 2.*

4. Ex qua generali doctrinâ deciditur casus specialior; Si filia, cui Pater dotem dederit, & pro eâ stipulatus sit, decesserit, relictis Patre, Matre & fratribus atque sororibus, quod tùm solus Pater in dote succedat, ut illi loquuntur, sive ad solum Patrem dos revertatur, non etiam ad matrem, aut fratres & sorores. Quomodò super facto consultus, respondit Bartol. *in Consil. 18. n. 4. & consil. 215. n. 4.* (Est enim ex errore duplicatum, ut Iason monet.) Eandemque decisionem repetit in lecturâ *ad d. l. Post dotem. 41. (al. 40.) ff. solut. matrimon. n. 36. sive ult. quem secutus est Ludov. Romanus in Consil. 40. & utrumque refert ac sequitur Iason. in ead. l. n. 105. & alii alibi.*

5. Auctor

5. Auctòr hujus sententiæ est is, quem modò diximus, Bartolus, qui eam proposuit, tum in locis duobus modò citatis: tum in *Authent. Itaq, num. 2. C. Commun. de success. & in d. l. quod scitis. 3. §. sin autem. in pr. C. de bon. qua libb.* qui & ibidem se primum hujus sententiæ Authorem esse, non dissimulat: dùm profitetur, se istum casum non scire extare alibi, nec in textu nec in Glossâ, nec per aliquos Dd. & testatur Forsterus in *tract. de success. ab intest. lib. 7. c. 4. conclus. 4. num. 6.* solius Bartoli auctoritate conclusionem eam niti, qui primus eam, (æquitate quadam, ut ipse putaverit, motus) effinxerit atque excogitaverit. Quomodò & alii communiter omnes non ad alium, quàm ad Bartolum originem hujus sententiæ referunt, & passim Bartoli doctrinam, Bartoli decisionem, Bartoli sententiam, Bartoli opinionem appellant: & omnes antiquos ante Bartolum in contrariâ sententiâ fuisse aiunt: ut notat etiam Tessaur. *d. decis. 27. n. 2. §. Contrarium.* & ante eum Forsterus *d. loc. num. 12.* [Licet enim Baldus novellus, in loco supra citato sub n. 52. etiam auctoritatem Glossæ primæ & secundæ, itemque auctoritatem Cyni pro hac sententiâ adducat: tamen id non ad ipsam hanc doctrinam primariò pertinet: sed ad lectionem & interpretationem. *d. l. 3. C. de bon. qua libb.* ex quâ doctrina illa deducitur.]

6. Bartolum deinceps secuti sunt plurimi magnæ auctoritatis & nominis viri: ut si auctoritatibus certandum sit, ejus sententia superior, aut certè par sit futura: quod & fatentur illi, qui eam improbant: Forster. *d. cap. 4. num. 6. & 21. atq, 22.* Mynsing. *d. Obs. 55. n. 4.* Covarruv. *d. tract. de success. ab intest. n. 2.* Ranchinus *d. §. 14. n. 10.* Vasquius *d. lib. 3. §. 13. num. 11.*

7. Fundamentum hujus sententiæ Bartolus ponit unicè in textu *l. quod scitis. 3. versic. sin autem. C. de bon. qua libb.* Cujus verba sunt hæc: Sin autem idem Nepos superstitibus tam Patre, quàm avo paterno, diem suum sine liberis obierit, eorum dominium, quæ ad ipsum ex Matre, vel ab eis lineâ pervenerit, non ad avum, sed ad Patrem ejus perveniat, usufructu videlicet, in hujusmodi casibus avo, (dùm supererit,) reservando. Quem textum ut planè singularem, nec alibi extantem, laudat Bartolus in *lecturis ad d. l. Quod scitis. 3. & ad d. Auth. Itaq, C. Commun. de success. & ad d. l. Post dotem. ff. solut. matrim.* Undè textum illum capitalem vocat Ant. Gomez. in *Comment. ad LL. Taurinas. l. 6. n. 8. vers. Nec obstat.* Sicut autem Bartolus neque textum, neque gl. neque Doctoris alicujus dictum, ullo alio in loco in hanc sententiam extare profitetur: ita neque rationem aliquam aut argumentum pro eadem

confirmandâ adducit. Undè consequitur, fundamento hoc everso, everfam esse Bartoli opinionem super eo ædificatam.

8. At, qui Bartolum secuti sunt, etiâ aliis quibusdam argumentis suffulcire sunt conati: maximè cum viderent, eam à Raynero de Forolivio, Baldo, Saliceto, Raphaele, Corneo, *Consil. 7. lib. 3.* Fulgofio, Raphaele Cumano, Decio, aliisque pariter magni nominis atque auctoritatis Dd. improbari. [Et ad Bartoli quidem sententiam subruendam totus fuit Decius, qui multis in locis adversus eam consuluit, adductis rationibus & auctoritatibus, quæ pro eo pugnant. ut *Consil. 94. n. 9. 10. 11. 12.* & *Consil. 186. n. 2. in 1. Solum.* & *Consil. 7. in 3. Solum.* Ranchin. *d. 5. 14. n. 10. p. 210.*]

9. Adducunt igitur præterea argumentum hoc: quod etiam in successione collateralis, concurrentibus fratribus consanguineis cum uterinis, illi in paternis, hi verò in maternis bonis præferantur; Id quod constitutum aiunt, *per l. de emancipatis. 13. §. ult. vers. exceptis. C. de legitim. hered.* Undè, tanquam argumento à pari, vel etiam à minore ad majus, inferunt. Si in successione transversalium distinctio ejusmodi bonorum faciendâ est: faciendam etiam esse in successione ascendentium: & quidem tantò magis, cum ascendentium successio dignior sit successione transversalium, eamque sæpè excludat. Jason. in *d. l. post dotem. n. 106.* Tessauro. *d. decis. 27. num. 3. §. Et quamvis. versic. & in simili.* & qui hanc sententiam improbant, Forsterus. *d. l. 7. c. 4. num. 7.* & Anton. Gomez. *ad d. l. 6. Tauri. n. 7.* Adducit quidem etiam ipse Bartolus hanc doctrinam de transversalium successione; *in d. auth. Itaque.* sed non ut in argumentum sive confirmationem differentiae ejus, de qua disputamus: non argumentando, inquam, sed exponendo sive indicando.

10. Utuntur etiam argumento *ex l. cum aliis. 4. C. de secund. Nupt.* deprompto, ubi & in descendentium successione simile quid constitutum est: nimirum, ut matre ex duobus matrimoniis liberos habente, & mortuâ, liberi, qui ex secundo matrimonio suscepti sunt, sponsalitiâ largitatem, quam vir secundus in Uxorem contulit, in solidum habeant: ex priore verò matrimonio suscepti liberi, nihil inde utilitatis habeant; & vicissim, h. e. ut ex quolibet conjugio liberi sponsalitiâ largitatem, à suo Patre in matrem collatam, sibi vindicent; & in eâ consequendâ, alios liberos ex alio patre natos, excludant. Unde iterum quasi ex pari aut simili inferunt; Etiam in Parentum successione, paterna bona ad paternos, materna verò ad maternos parentes reverti debere. Ludov. Romanus. *Consil. 40.* & ex eo Forster. *d. loc. n. 8.* & Gomez. *ad d. l. 6. Tauri. n. 7. vers. secundo facit etiam.*

11. Sed

ii. Sed & æquitate naturali hanc sententiam præpollere existimant: moti argumento *ex l. cum oportet. 6. C. de bon. qua libb. & inprimis ex §. igitur liberi. 1. 1. per quas pers. cuiq; acq.* Ubi Justinianus Jus illud vetus, quo, quicquid filius acquirebat, Patri acquirebatur, mutaturus; sancivit, ut proprietates earum rerum, quas liberi aliunde, quam ex re Patris acquirerent, ad liberos pertineret: eorum verò bonorum, quæ ex re Patris acquirerent, proprietates Patri cederet; hoc addito elogio: Quæ enim invidia est, quod ex Patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti. Tessaur. *d. decis. 27. n. 3. ibi, Pro quâ opinione facit æquitatis ratio illa, à Iustiniiano considerata. & c. Schneidevv. in Instit. tit. de hered. qua ab intest. defer. sub secundo ordine succedendi. n. 12. Forster. d. c. 4. n. 9. Borcholt. de grad. pag. 219. Gomez. d. num. 7. vers. Quarto facit textus. Fachin. lib. 6. contr. 4. §. fundamentum.* Unde & hanc sententiam tanquam æquiores, mitiores & rationi consentaneam, commendant alterique præferunt, ut videre est apud Tessaur. & Schneidevv. *dd. loc.* Et profitetur etiam Forsterus, Bartolum æquitate quadam, ut ipse putaverit, hanc opinionem effinxisse & excogitasse, ut *supr. dict.*

12. Denique, sequaces Bartoli, movit ipsa Bartoli auctoritas; Et posteriores etiam, sequacium multitudo, h. e. opinionis communis auctoritas. Forster. *d. loc. n. 10. & 11.* Unde Jason. *in d. l. post dotem, n. 107.* quavis confessus esset, Raphaeli Cumano semper eam opinionem, quæ est contra Bartolum, fuisse visam verissimam & indubitam: & seipsum vidisse tempore Juventutis suæ, fuisse consultum contra eandem sententiam, per pluresque solennes Dd. studii Ticinensis: quamvis etiam nullam omninò rationem pro confirmatione sententiæ Bartolinæ adducat, præter responsionem quandam ad argumentum adversariorum, de correctione. *d. l. 3. nihilò tamen minùs, cum, quid tenendum sit, quaerit; respondet: Ego teneo opinionem Bartoli, secundum quam consulere & judicare.* Et Baldus novellus. *in d. tr. de dot. part. 12. quaest. 14. sub n. 52. §. Item quia.* inquit: Et hæc opinio (quæ sc. contra Bartolum est) posset realiter, & sine difficultate aliquâ teneri in viâ disputationis, & in puncto Juris: licet in viâ consulendi & judicandi non auderem recedere ab opinione Bartoli. Quod & ipse Jason annotavit, *in loco citato, sub n. 105.* & Tessaur. *in d. decis. 27.* quamvis fundamentum Bartoli à Corneo & Covarruviam eversum esse, *n. 2.* agnovisset, nec deinceps quicquam, præter leviculas quasdam conjecturas adducat, tamen *num. 3.* inquit: Semper mihi placuit Bartoli distinctio, quæ gravissimorum Interpretum & Consulentium auctoritate non destituitur.

tuitur. Et Franc. Vivius. *lib. 2. Commun. opin. n. 218.* sive, ut est hodiè, in *sylvâ commun. opin. lib. 2. opin. 598.* etsi nihil præter auctoritatem Bartoli, & numerum sequacium, adeoque communem opinionem adduxisset, fidenter tamen concludit adversus dissentientes, his verbis: Verùm, » quicquid isti Dd. suadeant, fatuum foret in actu pratico recedere ab » opinione præmissâ Bartoli & sequacium: quæ vera, rationabilis & » æqua apparet, ex suprâ relatis.

13. [Duo alia argumenta quæ adducit Gomez. *in loc. supr. cit. vers. Tertio facit. & vers. Quinto facit.* Quorum illud quidem desumptum ex *l. si is qui ex bonis. 6. ff. de Vulg. & Pupill. substit.* hoc verò ex *l. sed si plures. 10. §. in arrogato. 6. d. t.* consultò præterimus, quod nimis longè petita frivolaque sint: quæ multò faciliùs refutantur, quàm in argumentum aliquod tolerabile conformantur.]

14. Videamus nunc, quàm præclare sese fundamenta & argumenta sententiæ Bartolinæ habeant.

15. Et primùm quidem, quod ad ipsius Bartoli fundamentum, sive textum capitalem. *in l. Quod Scitis. 3. v. Sin a. C. de bon. qua lib.* attinet: non modò satisfactum est eidem abundè à Forstero. *d. c. 4. n. 10.* Ranchino, *d. §. 14. n. 9.* Fachin. *lib. 6. controv. Iur. c. 4. §. Hic nullam. vers. Nam quod habetur.* & Covarruviâ, *sub d. num. 2. §. verùm enim verò.* Gomezio, *ad d. l. 6. Tauri. n. 8. vers. nec obstat.* Sed etiam ipse verborum tenor suprâ à nobis recitatus, talis est, ut eum à sensu Bartolino longè abesse intelligant omnes, quibus aliquid est cordis, & cerebrum in capite, quod idem Ranchinus dixit, *sub fn. num. 8.* Neque enim loquitur de concursu avi paterni, & avi materni, sive, non loquitur, de casu, quo nepos aliquis sit mortuus, relictis parentibus diversarum linearum, & ejusdem gradus, videlicet avo ex lineâ paternâ, & avo alio ex lineâ maternâ: ut per principij petitionem tanquam certum præsupponit Bartolus: sed loquitur disertè de concursu Patris & avi Paterni, si filius & respectivè nepos mortuus sit, relicto Patre suo, & avo Paterno: adeoque parentibus ejusdem lineæ, & diversi gradus: quod & vox paterno, expressè adjecta, evidenter docet: & evincūt, tum verba *Idem nepos:* dictum enim fuit *in fine principij legis,* de nepote, qui jure peculij videbatur lucrum dotis adventitiæ, à matre ad se devolutum acquirere. Atqui id de avo materno accipi nequit, sed tantùm de Paterno: Ejus enim est, habere potestatem in nepotem & ei per nepotem jure peculij acquiri: tum *versic. ult. eius leg.* quo ususfructus bonorum illorum nepotis, avo defertur: quem non materno, sed paterno deferri constat.

stat. [Et omninò legis ejus totius, tria sunt enunciata: I. Ut nec filia lucrum donationis propter nuptias, nec filius lucrum dotis Patri acquirat. II. Ut filiâ mortuâ, relictis liberis, lucrum ejusmodi ad hospice liberos, qui patris ejus de quo propositum est, nepotes sunt, pertineat, excluso tum patre suo, h. e. filia ejus marito, tum avo suo, h. e. filia ejus Patre, (Idem, si mortuus sit filius, relictis liberis, quamvis hic non appareat dubitandi ratio, quomodò matri videatur acquirere, nec de Matre quicquam dicatur.) III. Ut his liberis postea morientibus, ad eorum patrem pertineant hujusmodi lucra, quoad proprietatem, ususfructus verò avo paterno cedat. Quæ omnia nihil ad præsentem Quæstionem facere, nec argumentum ullum, quod vel in speciem pro hac sententiâ faciat, præbere, manifestum est. Ut verò sine fide & auctoritate librorum Authenticorum, sineque ullâ necessitate, novi & insolentis juris introducendi causâ, tenorem verborum immutemus: aut certè lectionem prorsus incertam dubiamq; pro certâ, adeòque fundamento alicujus sententiæ, arripiamus, aliisque obtrudamus, id quidem nec juris, nec rationis est: ab Interpretis certè officio nimium quàm alienum.] Fatendum tamen interim est, contra Baldum, aliosque veteres Interpretes tales, qui illam lectionem Bartoli admiserunt: non omninò de nihilo hoc fundamentum esse: quæ & causa fuit, cur Baldus *d.l. cum scitis. per N. 118.* correctam esse, vel certè in lucris nuptialibus locum habere diceret.

16. Secundò, ad argumentum *ex l. de emancipatis. 13. §. ult. C. de legit. hered.* & allegato simili jure, quod in lineâ collateralis, in successione fratrum consanguineorum & uterinorum concurrentium obtineat; quod attinet: non est æquè facilis, neque tam consentiens Interpretum responsio. Pleriq; enim antecedens concedunt, quod scilicet inter fratres regula illa obtineat: Paterna paternis, materna maternis: ideòque consequentiam tantum negant, non permittentes, ut, quod in fratribus isto casu singulariter constitutum est, ad parentes extendatur. Forster. *d. cap. 4. num. 20.* ubi etiam diversitatis rationem indicat: ac præterea legi illi *per Nov. 84.* derogatum esse. Ranchinus *d. §. 14. num. 9. §. undè meritò. vers. Quam non mutat.* Salicet. *in Authent. Itaq; num. 2. C. Comm. de success.* Gomez *d. num. 8. vers. Neq; obstat etiam.* Grassus *in §. successio ab intestato. quest. 32. per tot. junctâ quest. 22. num. 5. in fin.* [Constit. Elect. Saxon. August. *part. 3. constit. 14.* & ibi Moller. vid. omninò consilia Altorff. 17. ubi & Azo & Glossa, & Dynus & Cynus & alij pro hac sententiâ citantur, quæ & expressi Juris & communiter recepta dicitur. (add. contrarium consilium. 16.)]

17. Alij verò non tantùm consequentiam non admittunt, sed ipsum quoque antecedens negant. Negant, inquam, in successione transversali, concurrente fratre consanguineo cum fratre uterino, distinctionem bonorum faciendam esse; ut fratri paterno, hoc est, consanguineo, bona à patre, vel à lineâ paternâ profecta deferantur: materno verò fratri, h. e. uterino; bona materna vel materni generis præcipua sint, ut post Fulgosium & Corneum in *Auth. Itaq.* C. *Comm. de success.* statuit Fachin. d. lib. 6. *controv. cap. 4. in fin. & cap. 5. per tot.* latè Plebst, ad *Ius Württembergicum. disp. 4. th. 136.* ubi plures citat. Hunnius ad *Treutl. vol. 2. disp. 15. th. 5.* [Vt frustra nunc Tiraquellus *de retract. consanguin. §. 14. gloss. 2. num. 4.* dicitur, se non reperire dissentientem, nisi Fulgosium.]

18. Et certè ad consequentiæ rationem quod attinet, eam in argumento illo nullam esse, & nihil præter levem conjecturam inde existere, non possunt ignorare aut diffiteri etiam illi ipsi, qui argumento eo utuntur: tùm, quia nec Bartolum argumento eo usum esse vident: tùm, quia ipsi quoque communiter consequentiam illam non admittunt in transversalibus ulterioribus præter fratres & sorores; aut certè fratrum & sororum liberos, ut videre est apud Gabrielium, lib. 4. *commun. conclus. tit. de success. ab intest. conclus. 3. num. 5. & seqq.* [Ludovicum Bologninum in *addit. ad Matth. Mathesilani tractat. de success. ab Intestat. articul. 3. principal. n. 9. incip. Non sunt nulli.*] Gribald. in *commun. Opin. sub tit. successio. §. consanguinei, sive conclus. 4.* Covarruv. in *sapè dictâ Epitome successiois ab Intestato. num. 8. §. Tertio est animadvertendum.* Ranchinum d. §. 14. n. 13. Forsterum lib. 8. *de success. ab intest. cap. 9. num. 9.* Schneidevvin. in *Instit. tit. de hered. que ab intest. defer. sub rubric. de tertio ordin. succedendi. num. 22.* Borcholt. *de gradibus. pag. 248. & 249.* Academ. Altorsinam in *respons. juris octav. §. aber wie dem.* Rittershus. in *Nov. part. 7. c. 13. num. 16.* Vivium in *Sylvâ commun. opinion. lib. 1. opin. 335. num. 2.* & Grassum in *§. successio ab intestato. quest. 32. n. 2.* Franciscus de Barry in *tract. de success. lib. 18. tit. 3. num. 5.* ubi etiam citatur Meynard. *lib. 6. cap. 90.* Hilliger. *lib. 9. D. E. capite 4. litera F.*

19. De antecedente verò, quod videlicet in fratrum consanguineorum & uterinorum concursu, distinctio bonorum facienda sit; etsi Dd. plerique consentiant (ut ex supr. dictis patet) & inter hos, quod mireris, ipse quoq; Cujacius *Nov. 84. & consultat. 23. & in parat. C. de legitim. hered.* nullum tamen certum in jure fundamentum habet.

bet. Nam quod *ad leg. de Emancipatis. 13. C. de legitim. hered.* ex quâ id depro. nitur, attinet: rectè docuit Fachinæus *lib. 6. controv. jur. cap. 5.* [à quo tamen cavendum esse monet Barry *loc. sup. cit.* sed forsan ratione Juris in Galliâ recepti ex consuetudine.] (Idem etiam operosè docet, (nisi quod incommodè & ambiguè loquitur in propositione.) Plebst. *in iure Württemberg. disp. 4. part. 4. thes. 136.* tradit etiam Hunnius *in resolut. Treutl. vol. 2. disp. 15. th. 5. p. 250.* (& postea etiam 252.) aitque *d. l. 13. per Novell. 118.* corrigi. meliùs & accuratiùs Bachovius *ibid. p. 1058. & seq.*) loqui in eâ Justinianum non de fratre uterino: sed de fratre eo, quem vulgò Germanum vocamus, hoc est, qui defuncto non tantùm ex latere paterno, sed etiam ex materno latere conjunctus sit: ut is alteri fratri consanguineo, h. e. qui defuncto tantùm ex latere paterno conjunctus sit, præferatur in bonis, quæ defunctus frater à matre consecutus est. Ac proindè verba illa legis, ex eâdem matre, accipienda sunt cumulativè, quasi dictû esset, etiam ex eâdem matre: quod & vox eâdem innuit: non autem privativè vel exclusivè, quasi diceretur, tantùm ex eâdem matre, vel potius, tantùm ex matre.

20. Quæ interpretatio ut per se probabilis est: ita confirmatur adhuc ampliùs ex eo, quod tēpore promulgatæ ejus Constitutionis, fratres uterini nondum admitterentur ad successionem in ordine fratrum, sed in ordine aliorû cognatorum. Primùm enim ad successionem in ordine fratrum admissi sunt. *per l. meminimus. 15. d. t.* quæ biennio post (nimirum An. 534. Idib. 8bris, cum *l. 13.* lata esset Cal. Nov. An. 532.) lata est. In cujus §. 2. ita definit Justinianus, sed nec fratrem, vel sororem uterinos concedimus in cognationis loco relinqui. Deinde probabilior etiam fit ex eo: quòd de fratribus consanguineis tantùm, nihil in eâ lege dicitur, quòd sc. & illi in bonis Paternis præferantur fratribus uterinis tantùm. Id quod tamen ratio requirebat, ut diceretur: si is sensus esse legis deberet, quem vulgò dicunt, fratres Paternos sive consanguineos in paternis, maternos autem sive uterinos in maternis bonis præferri. Deniquè verisimilior etiam fit ex eo, quòd Iustinian. *in Novell. 118.* in quâ totam ferè successionis legitimæ doctrinam reformat, & quasi ex integro tradit, hujus tam notabilis observationis & distinctionis mentionem prorsus nullam facit; quod non omissurus fuisse videtur, certè non debuisset omittere, si ipsius

si ipsius hæc mens fuisset. *in d. l. 13. C. de legitim. hered.* ut fratres consanguinei paterna, uterini verò materna bona præcipua haberent. Quin etiam, si vel maximè ea fuisset mens Justiniani, *in d. l. 13.* tamen quia in novâ illâ Constitutione & reformatione successionis ab intestato, eam præterit, magis esset, ut abrogasse, quàm ut approbasse videretur. Quæ sententia videtur esse Fulgosii & Cornei, *in Auth. Itaqz. C. commun. de success.* quos citat Fachin. *d. loc.* & Hottoman. *in consil. 23.* quem citat Dn. Gothofred. *in not. ad d. l. 13. C. de legitim. hered.* Eandemq; etiam antiquissimi Glossatoris Pilei Modicensis sententiam fuisse, testatur Forsterus *d. lib. 7. c. 4. n. 20.* Quæ rationes cum minimè frivolæ aut contemnendæ sint, ut rectè judicat Conrad. Rittershusius *in expos. Novell. part. 7. cap. 13. n. 10.* quibus adjungi poterit etiam ea, quam infra ex Reform. Francofurt. proponemus, quòd hæc res jurgia & lites pariat; nihil sanè causæ est, cur sententiæ contrariæ, etiam si communis sit, eam auctoritatem deferamus, ut illam pro argumento ad quæstionem nostram propositam adduci patiamur: quod sine fallacia petitionis principii fieri non potest. Maximè, cum & concessio antecedente, consequentiæ tamen ratio nulla sit, ut idem etiam nostro in casu, h. e. in ascendenti successionem, obtinere oporteat.

21. Tertio, ad argumentum ex *l. 4. C. de secund. Nupt.* petitum, quod attinet: id, si de jure constituendo sermo esset, & res inter Consiliarios LLatoris ageretur, momenti forsàn aliquòd, quamvis certè parum admodum, habere posset. At hîc, cum de jure constituto quæstio est, & res inter Interpretes Juris versatur, vim omninò nullam habet. Non enim si unum aliquod constitutum est, idcirco etiam aliud constitutum esse, dicendum est, quod ab eo planè diversum, & valdè dissimile atque dispar est. (quæ mens quoque videtur esse Forsteri. *d. c. 4. n. 20. §. Hac quoq; responsione.* & Gomezii, *in d. l. 6. Tauri. n. 8. versic. Negz obstant.*)

22. Quarto, ad allegationem æquitatis quod attinet: id quoque ad Quæstionem Juris constituendi, adeoque ad LLatorem, ejusq; Consiliarium pertinet: non autem ad Quæstionem Juris constituti, & ad Juris Interpretem. Ac propterea nulla est consequentia, si quis dicat: Hoc æquum esset constitui; E. constitutum est. Æquitas suadet tale Jus introduci, E. perindè habendum est, ac si tale Jus introductum, vel talis Lex lata esset. Quin etiam ipsa illa allegatio æquitatis, principium petit. Undè enim probaverint, sic æquum vel æquitatem esse: certè non ex *d. §. igitur liberi. l. 1. per qu. person. cuiq; acquiritur.* Pona-

Ponamus enim, ut in illâ specie nulla injuria est, (Justiniani nostri iudicio) quod ex Patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti: ita in hac quoque specie nullam injuriam esse, quod à lineâ paternâ profectum est, hoc ad Parentes paternos reverti, & quod ex lineâ maternâ, ad maternos: an propterea indè sic licebit inferre: Nulla est injuria sic Jus constitui. E. æquitas flagitat, aut certè suadet sic constitui. Majus utique est, aliquid æquum esse, vel æquitatem aliquid requirere: aliud, aliquid non iniquum esse, vel æquitati non adversari. Suntque ea non immediata, sed mediata contraria, Aequum & Iniquum. Denique sunt in genere argumentationes omnes quibus ex æquitate quadam Jus scriptum impugnatur, sive id fiat restringendo, sive extendendo, [de abrogando enim non est opus dicere] satis periculosa. Quemadmodum ex Celso monuit Paulus] *Ctus in l. si servum. 91. §. 3. de V. O.* In quæstionibus de bono & æquo, plerunque sub auctoritate Juris scientiæ, perniciosè errari: [Et (quod tamen pertinere videtur magis ad abrogationem) eleganter Quintilian. inter alia inquit: Si apud iudicium hoc semper quæri de LL. oportet, quid in his justum, quid æquum, quid conveniens sit Civitati, supervacuum fuit, scribi omninò leges. Et, quid interest, nullæ sint, an incertæ leges?]

23. Sunt & contumeliosæ quodammodò adversus Juris nostri auctores, quod illi tot tantique viri, tot sæculis æquitatem eam videre non potuerint: quos tamen & diligentissimos indagatores, & æstimatores æquitatis longè prudentissimos constat fuisse. Ut non immeritò dicat Cuiac. *consult. 38.* Tantum nos ab æquitate recedere, quantum à Jure scripto recedimus. [& Oldendorpius in formulâ investigandæ actionis. sub rubricâ, *Jure scripto ne, an æquitate sit judicandum?* Neque v. imaginandum est, inquit, æquitatis censuram desiderari in his casibus, de quibus principaliter Lex scripta statuit. Quis enim credat, quempiam hoc seculo, graviore deliberatione boni & æqui, judicaturum esse, quàm à Romanis LLatoribus Justitiæ consultissimis, factum sit, in illis speciebus, de quibus nominatim ac specialiter scripserūt. &c. Certè, verisimile non est, Justinianum nostrum, cùm tot locis de successione ab intestato, in suo corpore Juris tractet, omissum id fuisse, si tam æquum id esset, quàm Bartoli sequacibus (hominibus sc. ad pauca respicientibus, quorum est, facilè affirmare, teste Aristot. *lib. 1. de Generat. cap. 2.*) videtur. Itaque ut in aliis rebus, non satis est dicere aliquid, sed etiam ejus rei causam indicare, neq; statuere ullam sine ratione sententiam, sed aut inductionem aut demonstrationem adferre o-

D

portet:

portet: auctore Arist. *lib. 8. Physic. c. 1.* (sive, ut ille ait: Non satis est illuc, uno te dicere verbo, sed facile ut quivis sentiat & videat.) Ita vel maximè in ejusmodi æquitatis, adversus Jus nostrum Civile, allegatione, propter fortissimam contrarii præsumptionem, probatione admodum accuratâ atque exactâ opus esse intelligitur: quàm haud facile quisquam præstiterit] quâ de re, æquitate nimirum, copiosè diximus in tractatu nostro *de Codicillis & Clausul. Codicill. sub c. 8.*

24. Postremò ad Bartoli & communis Opinionis auctoritatem quod attinet: de communi opinione jam diximus, ex ipsorum Opinionistarum communi sententiâ, non esse adhaerendum communi Opinioni, cum ea convinci erroris potest: cujus hanc, de quâ differimus, doctrinam convictam esse, ex hætenus dictis liquet. Et si Bartolo licuit à receptâ omnium antiquorum sententiâ, ob singularem aliquem, nullique alii observatum textum Juris, secedere; cur non & aliis liceat, receptam jam communi sententiam Bartolinam, ob rationes & suprâ propositas, & infrâ adjiciendas, repudiare? Ipsius v. Bartoli auctoritas, etiam si permagna sit plerisque, ut videre est apud Nicol. Everh. *in topic. Legal. sub loco, ab auctoritate.* communi tamè opinione inferiorè esse cum fateantur omnes, non est, quod magis nos, quàm ipsa communis Opinio movet. Et jamdudum visum fuit Baldo, Paulo Castrensi & Jafoni: ob novas Phantasias Bartoli, vel à comprobatâ multorum judicio opinione, vel ab ipsâ ratione, vel à textu secedendum minimè esse: ut ex iisdem refert Forsterus, *sepe dict. c. 4. n. 21.* Ut jam non dicamus, quod gravissimus Interpretum Juris, Cujac. *lib. 12. Obs. 16.* nequaquam tam præclare de Bartolo judicet: sed Accursium longè magis coronâ donet: à quo quicquid aberret Bartolus, vanæ fictiones & ægri somnia Cujacio videntur. Sed & à Dnn. Assessoribus Augustissimæ Camerae Imperialis, rejectam esse Bartoli & sequacium sententiam, testatur Mynsing. *cent. 6. Obs. 55.* ubi etiam profiteatur, contrariam sententiam de jure veriore esse, rationibus iis, quas hætenus exposuimus, evidenter convinci. Nec Bartolinam, sed hanc, quam diximus contrariam, ut veriore esse, ita usu servari, testatur Welenb. *in not. marginal. ad Schneidevvin. in Instit. tit. de success. ab intest. sub rubr. de secundo Ordine succedendi. n. 12. p. 404.* [Sed omnino Plebs. loco supr. citat.] Eamque etiam ut hodiè communiorem agnoscere videtur Grassus *in §. successio ab intestato. quest. 22. n. 5. in fin.*

25. [Nec impedit, quod in jure nostro nulla hac de re extet expressa decisio, ut Mynsing. *d. Obs. 55. n. 1.* sive ut Forsterus. *d. c. 4. n. 10.* inquit:

quit: quod in Jure hac de re textus expressè conceptus non est. Sufficient enim, tacitam haberi decisionem, dum sc. propositâ doctrinâ generali, distinctio illa legibus omiſſa est. Nota enim sunt vulgata illa dicta: ubi Lex non distinguit, nec nostrum est distinguere. Quod in lege non cavetur, in Practicâ non habetur. Paria sunt, aliquid fieri sine lege, & fieri contra legem. de quibus videre est apud Everhard. *in loco, a lege cessante.* Et notum etiam est tum ex Logicis præceptis, tum ex ratione naturali: quæ de Genere prædicantur, eadem quoque prædicari de Specie. Unde Decius *in Comment. ad l. 1. ff. de R. 1.* rectè inquit: Sicut genus comprehendit species propriè, ita regulam complecti species etiam eas, quæ post Regulam superveniunt: Ac proinde etiam in casibus non determinatis, fundatam habere intentionem, eum, qui regulam Juris pro se habeat. Alioquin certè si argumentis & rationibus generalibus (h. e. generalissimis) Jus constituere, & Leges distinguere liceret, neque certum, neque finitum Jus esse posset: cum nulla Lex tam firma sit, quæ non aliqua ratione, vel distinguendo saltem possit labefactari. Ut rectè monet Vigelius, *in methodo legendi Juris controversi. sub Reg. 1. except. 2. replic. 3.* quod etiam pertinent, quæ tradit Forster. *d. 1. 4. n. 13. & 14.*]

26. Sic itaq; refutatis iis, quæ pro sententiâ affirmativâ Primæ hujus Quæstionis, sive primi casus pro amico dicti, adferri solent: patet, eam nec ullo Juris textu, nec ullâ ratione probabili, nedum necessariâ subnixam esse: & neque authoritate idoneâ suffultam ita, ut secundum eum judicandum respondendumve sit.

27. His, ex abundantia, majoris certitudinis habendæ, omnisque dubitationis tollendæ causa, addi possunt & rationes quædam aliæ, quæ pro contrariâ sive negativâ sententiâ faciunt: Ex quibus Prima est, quod in Nov. 118. c. 2. ubi de Parentum successione ex professo agitur, Justinianus non tantùm hujus distinctionis bonorum faciendæ, mentionem omninò nullam facit: sed etiam verbis utitur talibus, quæ eam averſentur & elidant. Si, inquit, multi (πολλοί, vulgata versio malè habet, plurimi) ascendentium supersint, hos præferri jubemus, qui gradu proximi inveniuntur, masculos juxtâ & fœminas, sive paterni sive materni generis; sin eundem gradum omnes tenebunt, hereditas inter ipsos æquis portionibus dividatur: ut medietatem quidem, sive semissem omnes Paterni generis ascendentes capiant, quotcunque tandem sint: reliquum verò semissem (sive reliquam medietatem) ascendentes materni generis, quotcunque eos tandem inveniri contigerit. Quo

loco non modò nullam distinctionem bonorum præcipi videmus: quod tamen aliàs sine vitio omitti non potuisset à LLatore: sed etiam verbis, Hereditatis ex æquo dividendæ & semissis ad hos, semissis ad illos transferendi, intelligimus totum defuncti patrimonium, sive bonorum à defuncto relictorum universitatem (Hæc enim hereditatis verbo significatur. *l. nihil est aliud. 24. ff. de V. S. l. hereditas. 62. de R. l.* nec ex diversitate originis, sive ob diversam acquisitionis originem distinctæ diversæque hereditates existunt. *l. sed si plures. 10. §. filio. 2. ff. de Vulg. & Pupill. Subst.*) ex æquo inter Parentes dividendam esse. Non divideretur autem hereditas ex æquo: si prius bonorum distinctio faciendâ, & paterna paternis, materna maternis (quæ sæpè summè imparia sunt) deferenda essent: ac tùm demùm in reliquo, quod non hereditas, sed hereditatis pars est, divisio ex æquo faciendâ foret. Quæ ratio certè tam valida est & efficax, ut vel abrogari *per d. Nov. 118.* dicendâ videatur *l. 3. C. de bon. qua libb.* si in eâ sententia Bartoli contineatur, quod & Baldus statuit, *in d. Auth. Defuncto. C. ad SC. Terrull.* & statuisse plerisque, colligitur ex *Jasone. in d. l. Post. dotem. n. 108. & seqq. ff. solut. matrim.* ubi adversus hanc solam instantiam, abrogatæ *sc. d. l. 3. per Nov. 118.* pugnat. Quæ etiam sententia est *A. Fabri. in Codice suo, lib. 6. t. 33. de legitim. heredib. defn. 2.* [Atque hoc argumentum in quinque; secat *Forsterus. d. c. 4. n. 12. & seqq.* quorum primo verbum Hereditatis, *in d. Nov.* positum, secundo & tertio omissionem distinctionis, quarto & quinto analogiam Juris, quòd bona semel quæsitâ, undecunque provenerint, cum aliis consolidentur, unumque patrimonium efficiant, nec in delatione hereditatis origo acquisitionis, sed persona acquirentis spectetur, assignat.] Et similia ferè habet *Gomez. ad l. 6. Tauri. n. 8.* sed satius est, unum ex iis omnibus argumentum, quod tantò validius sit, extruere.

28. Altera ratio sit, quæ *Forstero in citat. cap. 4. n. 19.* est sexta & postrema, si in hereditate liberorum parentibus deferendâ, talis distinctio-qualem Bartolus vult, faciendâ est, ut origo bonorum consideretur, & separatim quoque ad lineam eam redeant, à quâ ad defunctum pervenerunt, consequens est, ut etiam ascendentes imparis gradus, diversæ lineæ pariter admittantur, v. c. Pater & avus maternus, sive avia materna, vel mater & avus paternus, aut avia paterna. At id consequens est falsum, tùm ex manifestis verbis. *d. Nov. 118. c. 2.* tùm ex concordia omnium Interpretum sententiâ. E. etiam antecedens falsum esse necesse est. Ratio autem consequentiæ in propositione est, tùm allegata illa æquitas, quod æquum sit ad eam lineam reverti bona, à
qu

quâ provenerunt: quæ æquitatis ratio imparitate gradus non afficitur aut mutatur: tum quod *in d. l. 3.* non proximitas gradus, sed tantum origo acquisitionis, decidendi rationem, juxta Bartoli interpretationem probet.

29. Tertia & postrema ratio sit ea, quâ utitur Vasqu. *in tract. de success. tom. 3. qui est de successio- num resolutione, lib. 2. §. 13. n. 11.* quod in dubio amplectenda sit opinio ea, quæ multas quæstiones dirimit. arg. *l. 1. §. si heres. 16. in fin. ff. ad SC. Trebell.* Sicut certè nec prudentis LLatoris est, ita rem definire, ut plura ex decisione dubia orientur, quàm per decisionem finiantur: nec periti & religiosi Interpretis, nullâ necessitate cogente, ita interpretari legem, ut dubitationum potiùs materia, quàm decisionis instrumentum esse videatur. Atqui ea sententia, quæ Regulâ illam, Paterna paternis, materna maternis, respuit: & quidem tam in successione transversalium, quàm ascendentium, multas quæstiones dirimit. Veluti, quousq; se extendat ea bonorum prerogativa: an etiam in impari gradu habeat locum: an ad acquisitionem universalem tantum, an verò etiam ad particularem pertineat? Nec non quæstiones facti: unde quælibet bona acquisita sint? Quam ob rationem & Reformatio Francofurtens. *part. 5. titul. 3. §. 5.* distinctionem illam bonorum in lineâ transversali (necum in paternâ) repudiat. Cujus verba, quia notabilia sunt, recitare & annotare non pigebit. Sunt autem hæc: *Vnd wiewol die Rechtsgelehrten wöllen vnd halten/dasß im fall/da ein halb-geschwistrig vom Vatter/an einem/vnd ein halb-geschwistrig von der Mutter / am andern theil / vorhanden/dasß alsdann ein vnterscheid soll gemacht werden zwischen den Gütern/welche dem Verstorbenen/vom Vatter vnd dessen Blutsfreunden/oder aber von der Mutter vnd derselben Blutsverwandren / zukommen vnd auffererbt seind: Jedoch/dieweil solches groß Gezämel vnd Vnrichtigkeit gebühret/ auch hierinn die Beweysungen etwan schwer fallen. So lassen wir es dabey bleiben/dasß desß Verstorbenen Verlassenschaft/die komme woher sie wolle/für die seine gerechnet/vnd also ohn vnterscheid geerbet werde.*

30. Ex quibus omnibus patet, quàm ineptum absurdumque sit, propter auctoritatem solius Bartoli, à communi, multisque seculis citra controversiam receptâ, eâque legibus admodum consentaneâ sententiâ, nullo idoneo argumento secedentis, & aliorum Dd. sine iudicio aut delectu eum sequentium, numerum, hanc controversiam in eo loco numeroque habere, ut Iudici in ea liceat modò in af-

firmativam, modo in negativam partem pronunciare, pro ut huic aut illi parti amicus sit aut faveat: cum ex Juris præscripto, quod eum non aliter judicare permittit, quam legibus, aut constitutionibus, aut moribus est proditum; non aliter, quam in partem negativam, & contra illam distinctionem Bartolinam pronunciare possit.

31. Breviter, & ex normâ Juris, suæ supra laudatæ rationis legendi Juris controversi, hanc Quæstionem decedit Vigelius *cent. 1. decis. jur. controvers. decis. 16.* his verbis: An ascendentes paterni & materni generis succedant defuncto, illi quidem in bona à patre profecta, hi verò in bona à matre profecta? Controvertitur. Pendet ex *Novell. 118. §. si autem eund. (cap. 2.)* ubi paterni generis ascendentes in dimidiam, & materni generis ascendentes in alteram dimidiam hereditatis partem ab intestato vocantur. De cujus exceptione dubitatur, si defunctus Paterna & Materna bona reliquerit, quod dictæ constitutioni in istis bonis locus non sit. Sed cum hæc exceptio sit controversa, nec ullâ speciali lege approbetur, non est attendenda. Accedit *Mynsing. cent. 6. observ. 55.*

Atque hæc de primo Casu pro amico, supra proposito.

QUÆSTIONUM SIVE CASUUM PRO AMICO

SPECIES II.

*An legatum ademtum esse dicendum sit per super-
venientes inter testatorem & legatarium inimicitias capita-
les & non reconciliatas; quibus ipse testator, & non
legatarius causam præbuerit?*

I.

Hanc Quæstionem casum pro amico disertè nominat Jason. *in l. hereditas. 4. C. de his quibus ut indign. num. 4.* eumque ita sentientem & loquentem refert Catellianus Cotta *in memorabilib. sub verbo Inimicitia.*

2. Esse autem valdè controversam inter Dd. colligitur præterea etiam ex iis, quæ tradit idem Jason. *in l. si filiam tuam. 19. C. de inoff. testam.*

Itam. num. 2. ubi quidem non nominat Quæstionem aut Casum pro amico. itemque Hippol. Riminaldus *in princ. l. de donat. n. 408. & seqq.* qui & ibidem indicat, Petrum Gerardi de Petrâ sanctâ id cogitandum reliquisse, tanquam cui ipse dissolvendo impar esset. Simon de Prælis *lib. 1. de interpret. ult. volunt. Interpret. 2. dubit. 2. solut. 4.* Didacus Covarruvias *in rubr. de testament. part. 2. num. 19. §. quinto ex præmissis apparet.* Franc. Mantica Cardinalis *in tract. de coniect. ultimarum volunt. lib. 12. tit. 5. num. 9.* Fernand. Vasquius *in tract. de success. lib. 1. de success. creatione. §. 10. num. 621. & lib. 3. de success. progress. §. 27. n. 9.* Jac. Menoch. *in tract. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 37. n. 20. & seqq. & lib. 4. præsumpt. 170. n. 6. & seqq.* Joseph. Ludovicus *in commun. concl. sub tit. de adimendis legatis. conclus. un. ampliatur. 13. declar. 3.* Josephus Mascardus *in tract. de probat. vol. 3. conclus. 1287. legat. revocatio, ex quibus inducatur & probetur. n. 143. & seqq. & Glossatores (additionatores) ad singularia Ludovici Romani. sing. 199.* [Qui omnes adhuc plures alios in utramque partem citant.]

3. De quâ Quæstione, ut rectè judicemus, meminisse debemus: Certi Juris esse, Tam legata, quàm fideicommissa nudâ voluntate adimi posse; & quidem voluntate non tantùm expressâ, sed etiâ tacitâ atq; præsumptâ, veluti in Specie, si post legatum aut fideicommissum testamento alicui adscriptum, capitales aut gravissimæ inimicitiae inter testatorem & legatarium intervenerint. Talibus enim inimicitias interpositis, ademptum videri id, quod relictum est. textus est expressus, *in l. 3. §. ult. ff. de adim. legat. cum quo concordat l. si inimicitia. 9. in pr. ff. de his que ut indig. auf.* ubi idem Ulpian. qui & *d. l. 3.* auctor est, inquit: Si inimicitiae capitales intervenerint inter legatarium & testatorem, & verisimile esse cœperit, testatorem noluisse, legatum sive fideicommissum præstari ei, cui adscriptum relictum est: magis esse ut legatum ab eo peti non possit: quia sc. repellitur per doli exceptionem. *l. 3. §. ult. de adim. legat.* & ob id ipsum legatum remanet penes heredem: non acquiritur fisco: quia tunc demùm fiscus vocatur, cum legatum delatum est legatario. Ab hoc enim defertur cum effectu. Cujac. *b. in recit.* Idque aded verum est, ut licet testator post inimicitias illas ortas codicillos fecerit, nec in iis legatum aut fideicommissum legatario ademerit, nihilo tamen magis debetur, exemplo, & *arg. l. 31. §. 2. pen. ff. de admin. leg. quod & singulariter volunt Cotta d. loc. in princip. Mantica d. lib. 12. tit. 5. num. 2. Mascard. d. concl. 1287. num. 138. Menoch. d. pra-*

de *presumpt.* 170. num. 4. Hoc tantum addunt LL. nostræ, quod si iterum in amicitiam redierint, & pœnituerit testatorem prioris offensæ, legatum vel fideicommissum relictum redintegretur, ut ex eodem Ulpian. relatum est in *leg. 4. ff. d. t. de adim. leg.* Id quod quidem propriè exceptio non est, nisi in Regulâ ademptio cum effectu accipiat: Reconciliatio enim superveniens non facit, ut non ademptum sit, & pro non adempto habeatur. Dubitationis tamen tollendæ causâ Quæstionem propositam specialiter concepimus de inimiciis non reconciliatis. Quamvis ipsum verbum ademptionis tam propriè (neque enim hic redintegrationi locus est) quam cum effectu accipiamus.

4. Verum huic doctrinæ Juris, in *d. l. 3. §. ult. junct. l. 4. ff. de adim. leg. & l. 9. princ. ff. de his, quæ ut indign. propositæ*, de legati propter inimicitias supervenientes ademptione, Bartolus vult adjici Exceptionem hanc. Nisi inimicitia absque culpâ legatarij extiterint. in interpretatione *l. cum secundis r abb. 16. §. quoniã. 1. ff. de his quæ ut indign.* Cujus §. summam tradit hanc: Inimicitia inter legatariû & testatorem provenientes absq; legatarij culpâ, eum legato non privant. Et mox subjicit: Nota hunc casum ad limitationem. *l. 3. §. fin. sup. de adim. leg.* ut quod ibi dicitur, quod propter inimicitias revocetur legatum, sit verum, si inimicitia intervenerint culpâ legatarij: secus si sine culpâ, ut hîc: quod tene menti.

5. Ante Bartolum, qui hanc sententiam tenuerit, nemo nominatur, sed ipse Bartolus primus eam, perindè ut & in superiore Quæstione, tradidisse scribitur. Quod imprimis notat Jason. tum in *d. l. si filiam. 19. n. 2. C. de inoff. testam.* cum inquit: Alij ibi nihil tangunt: nec in *l. hereditas. 4. n. 3. C. de his quib. ut indign. auf. hered.* cum inquit: Ita singulariter solus Bartolus, nec alibi legi: nec invenio quod aliquis mentionem de eo faciat, vel approbando, vel reprobando.

6. Bartolum deinde secuti sunt alij multi, quos recensent Cotta in *memorabil.* Riminaldus in *Instit. Prælis in tract. de interpret. ultim. vol.* in locis supra nominatis: Qui & ipsi (Cotta scil. Riminaldus & Prælis) sententiam Bartoli & sequacium à se laudatorum amplectuntur, quibus & Barbatium addit Menoch. *d. presumpt. 37. n. 22.* Adeo, ut Riminaldus num. 412. in *fin.* de suo tempore dicat: Bartolum plures sequaces habuisse, contradicentem verò neminem, excepto Jafone & Johan.

testamento relictum fuit. Quod vulgò relictum putant libertæ à Patrono, qui eam in Concubinam expetierat, ob id valdè indignatam: ejus rationem decidendi Bartolus & sequaces, existimant esse hanc, quod offensa illa & capitalis inimicitia contigerit factò & culpâ Patroni, non autem libertæ, ut Riminaldus *d.l.* disertè tradit. Cujus tamen decidendi rationis ne ullum quidè in totâ lege vestigium est. Et verba illa hoc volunt: Non tantùm cum eâ muliere, quæ Patroni sui concubina est, stuprum non committi quod minus dubium est: *ex l.pr. in ff. de Concubin. l. 41. §. 1. ff. de R.Nupt.* sed ne quidem cum eâ, quæ alius, quàm Patroni concubina est, sive, quæ non Patroni concubinam se esse patitur. ut sic partic. Negativ. NON, non pertineat ad verbum *patitur*: sed ad nomen *Patroni*: ut intelligatur concubina cujusvis alius, quàm Patroni: & fiat pronuntiatum non negativum, q. d. liberta se Patroni concubinam esse non patitur: sed infinitiv. ex parte subiecti: hoc sensu, liberta se non-Patroni concubinam esse patitur: vel, liberta sive mulier alterius, quàm Patroni (ut est *in l. 41. §. 1. ff. de R.N.*) concubina est. Quod non observatum, præcipuam errandi occasionem præbuit.

10. Quin etiam, si vel maximè non tam aliena à verbis & mente Papiniani Bartolina sententia esset: tamen vel propter illam ipsam tantam legis obscuritatem, pro fundamento hujus doctrinæ tam confidente obtrudi; aut tam avidè arripi & haberi non deberet: nec ad Jus certum atque apertum limitandum & restringendum adduci. Certa enim ex incertis, indubia ex dubiis corrigi, aut declarari, non est rationi consentaneum.

11. Præter hoc fundamentum, cui Bartolus opinionem suam superstruxit: adducunt ejus adstipulatores etiam rationes quasdam alias: sed omnes tales, quæ quidem rei per se certæ atque probatæ, fortassis ornamentum causâ accedere possent: sed ad rem dubiam, atque incertam probandam, aut evincendam, vim omninò nullâ habent: longèque faciliùs refutari, quàm ad veritatis & consequentiæ speciem aliquam conformari queunt. quæ videri possunt apud Cottam & Riminaldum, in locis sup. indicatis. [Quorum refutationem nos brevitate causâ super sedemus: maximè, cum ineptum ac propè fatuum sit, fatuas rationes operosè & cum curâ refellere, ut post Arist. *l. 3. de part. animal. cap. 3.* monent Arnobius *lib. 1. advers. Gentes.* & Lactantius *lib. 1. cap. 6. de officio Dei.* & ex nostris, Cujac. *in obs.* & Rittersh. *in Comm. ad Salyianum Episcopum Massiliensem.*]

12. Cæterùm, hanc Bartoli opinionem non receperunt Jason, Joan. de Amicis, Ripa, Covarruvias, Mantica, Valquius, Menoch. in locis sup. citatis: qui & plures alios laudant: ut & Joseph. Ludovic 15 loc. supr. cit. qui hanc Bartolinæ contrariam sententiam veriore & communiorem esse dicit: Quem refert & sequitur Mascardus *d. concl.* 1287. num. 144. & 145. [Cujac. *in recis. ad tit. de adim. legat. l. 9. princ.* Igitur, si *testator* legatarium capitis accusavit, ademptum videtur legatum. Quid, si è contrario legatarius testatorem capitis accusaverit? Ex hac etiam specie non vocabimus fiscum, sed dicemus, legatum remanere apud heredem. *l. pen. §. Sesa. 3. de adim. legat.* De. Ant. Fabri sententiã patet ex supr. dictis.] Inprimis verò eam impugnavit Jason in utroque loco supra indicato: quod quidem fecisse se putavit primum & ante omnes, cùm in *l. 4. C. de his quæ ut indign.* profiteatur, se neminem vidisse qui mentionem de eo faciat, vel approbando vel reprobando: sed pariter id etiam fecit Joan. de Amicis, qui in *Consil. 4.* ubi latè contra Bartoli opinionem disputat, se decem annos antequam vidisset Jasonem, eandem cum eo sententiam excogitasse & recitasse dicit: ut refert Riminaldus *loc. su. cit. num. 411.*

13. Impugnant autem illam Bartoli opinionem ita, ut eam non ad fontem *d. l. 16. §. 1. ff. de his quæ ut indign.* revocent, ipsumque aded fundamentum diligenter examinent: nisi quòd quasi obiter dicunt, illam legem non loqui de inimicitiis, multò minùs in specie de capitalibus inimicitiis, ac proindè non posse esse fundamentum hujus opinionis: sed illum locum tanquã dubium & obscurum, & per Glossam satis favorabiliter in Bartoli sententiam explicatum, quasi in medio relinquunt. Interim argumentis aliis contra eam pugnantes; quæ cùm non ita difficulter aut refutari, aut certè responsione aliquã eludi possint: factum inde, ut adversus auctoritatem Bartoli, apud ejus admiratores, non satis ponderis momentiq; haberent: nec auctoribus ipsis omninò satisfacerent: non habituris alioquin hanc quæstionem in numero Casuum pro Amico.

14. Primum argumentum desumitur ex *l. 4. ff. de adim. leg.* ubi cum dicatur, poenituisse testatorem prioris offensæ: id significari putat Jason, quod ipse testator intulerit offensam, seu legatarium offenderit, adeoque causa inimicitiarum fuerit. Verùm rectè notavit Cotta, verbum Offensæ indifferens esse, & in utramque partem intelligi posse: ideoque firmam ex eo loco consequentiam non esse. quem etiam sequitur Riminald. *n. 415.* Et observare est, ex collatis locis Juris nostri, ubi hujus verbi mentio fit, Offensam auctoribus nostris esse,

Animo hærentem indignationem & iram ex alicujus malo merito conceptam: ut notat Brisson. *lib. 13. de V. S.* [facit huc *l. 2. ff. de his quæ in testam. del.*] Itaque pœnitere offensæ testator dicitur non modò, cum eum pœnitet offensæ, seu injuriæ, quam ipse alteri fecit, sed etiam, quando injuriam ab alio sibi illatam, condonat; & indignationem ex eâ conceptam remittit. Ineptum autem est, quod præterea adjicit Riminald. *d. l. 4. cum præced. l. 3. §. ult.* oportere accipi de causâ inimicitia & offensæ ab ipso legatario profectâ: quia si testator ei causam præbuisset, adimendo legatum, malum malo adderet, quod esse non debeat; Cujus argumenti facies est hæc: Non debet adimere legatum. E. non adimit.

15. Secundum argumentum ejusdem farinae est: desumptum *ex l. ex part. 22. ff. de adim. leg. in verbis*: eum testator inimicitia gravissimis persecutus, præterit. Cujus argumenti infirmitatē ipse quoque Jason agnovit & falsus est, adnectit autem eidem, quòd ipse quoq; Bartolus in interpretatione *d. leg. circa heredis quidem Institutionem*, at non etiam circa legatum distinguendū esse tradat, adeoque à seipso dissentiat: quod etiam notat Mantica *d. lib. 12. tit. 5. num. 9.* Quod refutationis genus Philosophi vocant *κατ' ἀνθρώπων*, ad hominem. Cotta solutionem quæsit in verbo Prosequutus seu Persecutus, quod hîc passivè accipiendum esse ait, quasi testator à legatario gravissimis inimicitia persecutus sit: Riminaldus autē in verbo, gravissimis: quasi non soleat gravissimas inimicitias gerere, qui causam iisdem præbuit. Uterque ineptè: Ille, elegantiam sermonis, citra necessitatem (neq; enim sequitur gravissimis inimicitia persecutus est legatarium: E. citra legatarij culpam, solâ malevolentia, testator eum inimicitia persecutus est.) contorquens & depravans: hîc verò, dubium per æquè dubium, insigni principij petitione probans: cum, ut est apud Tacitum, *in vitâ Agricola*, proprium humani ingenij sit, odisse quem læseris.

16. Tertium argumentum est, quod ademptio legati non dependeat à merito aut innocentia legatarij, sed à nudâ voluntate testatoris, quem lex præsumit, propter gravissimas inimicitias supervenientes, voluntatem mutasse, & adimere legatum voluisse. Atqui eadem voluntatis mutatae causa, æquè præsumitur in casu inimicitiarum, culpa testatoris contractarum: idque vel tantò magis, quòd, ut diximus, proprium humani ingenij est, odisse quem læseris. Hoc argumento cum usus esset Jason tantum *in l. 19. C. de inoff. testam.* & non etiam *in*

l.4.C.de his qua ut indign. inde occasionem sumsit Cotta, ut id dissimularet, siccoque transfret pede. Riminaldus autem ineptè respondet: in tali casu præsumi non mutatam voluntatem, ob non mutatum testamentum: in altero autem casu, quo legatarius causam præbuit, præsumi voluntatem mutatam, etiam si aliud testamentum non fuerit conditum. Rationem differentiae si quæras: silentium pro ratione est. Estque hoc argumētum optimum omnium eorum, quibus Jason utitur, quod & in præcipuis habent Covarruvias, Vasquius, Mantica, Menochius *in loc. supr. laudatis.*

17. Quartum & Quintum argumenta desumuntur ex loco à paribus: quòd sc. etiam in excusatione tutoris, propter inimicitias, nihil referat, cujus culpâ illæ extiterint, sed satis sit, esse inimicitias: itemque, quòd testis propter graves & capitales inimicitias, repellatur à testimonio, etiam si eæ vitio ejus, contra quem testis producitur, ortæ sint, ut ipsa Glossa & Dd. tradunt. Ac proinde etiam hic non esse distinguendum, testator ne, an legatarius inimicitias hisce causam præbuerit. Hæc argumenta Riminaldus silentio præterit: Cotta verò nullam idoneam disparitatis rationem reddit.

18. Præter illa quinque argumenta Jasonis, Fernand. Vasquius *in d. tractat. de successione. tom. 2. qui est de successione progressu. lib. 3. §. 27. n. 9.* etiam adducit *l. 2. & 3. de his qua in testam. del.* ubi testator omnium heredum nomina induxisse proponitur, expressè protestatus, se id ob unius malum meritum facere: & tamen deciditur, non prodesse reliquis coheredibus innocentiam, quòd minùs & ipsi hereditatis emolumento excidant: sed sufficere, quòd vel propter unius culpam testator voluntatem mutaverit. Quem textum Vasquius pro hac parte elegantem esse dicit, nec se meminisse ait, eum ab alio aliquo allegatum esse. Certè elegans magis est, quàm validus. Ad hanc enim quæstionem nostram nec pertinet propriè: nec facilem aut justam consequentiam suppeditat: eò, quòd in dubio heredem innocentem, cujus nomen inductum est, ad hereditatem admittat: nisi probetur, testatorem non minùs eum, quàm alterum nocentem, ab hereditate excludere voluisse. [Nos autem hic quærimus, an testator præsumatur adimere voluisse legatum: & præsumptionem sumimus ex inimicitias capitalibus aut gravissimis, inter legatarium & testatorem ortis. At dictus textus nec præsumptionem illam insinuat: nec de causâ præsumptionis, inimicitias nimirum capitalibus aut gravissimis loquitur. Sed & aliud adhuc argumentum pro sententiâ Jasonis adducit

Catell. Cotta, in d. verb. inimicitia. versic. Quintò ultra præceptorem. Aliud Riminald. in d. pr. l. de donat. n. 410. versic. Quartò ultra ipsum. Sed leviora ea sunt, quàm ut recitari mereantur.]

19. Joseph. Mascard. in vol. 3. de Probat. sub conclus. 1287. legati revocatio ex quibus inducatur & probetur. n. 145. huic tantæ difficultati mæderi voluit distinctione aliquâ, quâ pugnantes istæ Dd. sententiæ in concordiam redigantur. Distinguendum, inquit, esse, An legatarius causam inimicitia à testatore datam acceptaverit, & se ex suâ parte inimicum ostenderit: an verò causam eam sive injuriam sibi à testatore illatam, non acceptaverit, sed dissimulaverit, nec inimicitia aut offensionis indicium præbuerit. [Veluti si Testator rem habuerit cum ejus Vxore.] Priore casu Jasonis opinionem, quam & magis communem nominat, locum habere ait: posteriore verò Bartoli opinionem tenendam esse, statuit. Eamque distinctionem, ut consonam æquitati, commendat.

20. Hic, si vulgatam Dd. sententiam sequimur, confectam rem habemus: nec facere possumus, quin Mascardi distinctionem pro solidâ decisione hujus Quæstionis controversæ amplectamur. Ajunt enim, ubi dubiæ sunt opiniones, illam sequendam esse, quæ alias conciliat, ad concordiamque reducit: opinionem conciliatricem, in conflictu opinionum ad eò amplectendam esse, ut etiam communi sententiæ generaliter loquenti præferenda sit: ut videre est apud Riminald. in d. pr. l. de donat. n. 13. & 14. Menoch. lib. 2. præsumpt. 71. num. 47. Grevæum lib. 2. practic. Conclus. 27. confid. 2. n. 5. & 6. aliosque complures ab his citatos. Atque ad eò ex regulis iis quas Dd. in jure controverso dijudicando, observandas esse tradunt, hæc videtur omnium certissima esse, quâ dicitur: Per distinctionem opiniones contrarias ad concordiam redigendas esse, & eorum opinionem, qui distinguunt, cæteris præferendam. ut notat Vigelius in rat. legend. jur. Controv. col. 3.

21. Verùm, hanc quoque Regulam erroneam esse, rectè prudenterque ibidem docet Vigelius: Utcunque, inquit, regula hæc omnium certissima videatur: tamen negari non potest, ipsas distinctiones sæpè æquè incertas esse, ac Jus ipsum, cui distinguendo adhibentur: & in hujusmodi distinctionibus sæpè satis constare non potest, quid regulariter, quid per exceptionem verum sit: quod utique non est ignorandum, si certam Jurisprudentiam habere velimus. Ut interim taceam, per hujusmodi distinctiones Jus quodammodò reddi infinitum. Veror item, ne ex incerto fiat incertius. [Nam apud Gabrielium sæpè videre

videre licet, Juris controversi utramque partem distingui, hoc modo: si placet hæc opinio, tunc distingue sic: sin illa, tunc ita distingue &c. At videtur absurdum, distinctionibus uti, antequam de regula conveniat: cum distinctio sit Regulæ distinctio. Ideoque si regula incerta est, distinctiones, certæ esse nequeunt: Cum accessorium sequatur naturam sui principalis. Haftenus Vigelius.]

22. Hæc certè distinctio Mascardiana, quâ de nunc loquimur, tum omnibus istis vitiis, quæ Vigelius notavit, laborat: tum verò etiam ab ipsâ regulâ aberrat. Regula enim, sive traditio Dd. est, de inimicitis ilque gravissimis aut capitalibus, inter testatorem & legatarium ortis: distinctio autem est, de non ortis inimicitis, sed tantum causâ inimiciarum præbitarum à testatore, quæ tamen effectum sortita non sit.

23. Videmus itaque, Quæstionem hanc propositam, tam difficilem, scrupulosam, atque arduam visam fuisse: ut non modò Dd. in diversas partes abierint, nec satis discerni possit, utra opinio sit communior: sed etiam ipse Jason, qui Bartoli opinionem certo fundamento destitutam esse agnovit, eamque tot argumentis impugnavit, ac pro falsâ habuit; nihilominus tamen casum pro amico esse dixerit, in quo Judex pro lubitu suo, in quam velit partem inclinare, atque amico gratificare possit: & Cotta quamvis Jasonem ut præceptorem suum valdè extollat, atque veneretur, nec ad ejus argumenta quicquam ferè aliud respondet, quàm quòd non tacet; (juxta illud D. Augustini: Facile est cuiq; videri respondisse, qui tacere noluerit.) tamen necessitate, cui etiam Dii pareant, coactus esse videri velit, ut ab ejusdem sententiâ discessionem faceret: & denique etiam Mascardus non aliter, quàm in distinctionis tam ineptæ & frivolæ latebris, se tutum esse posse existimaret. [Id quod factum ex eo potissimùm est, quòd l. 16. §. 1. ff. de his quib. ut indign. in quâ sententiæ suæ fundamentum Bartolus posuit, non intuerentur & expendere diligentem: sed quasi clausis oculis, sopitoque ingenio & judicio, simpliciter confragosæ & contortæ interpretationi Glossæ adhærent.] Ut huc accommodari possit illud Lucretii. lib. 2.

Quid dubitas quin omne sit hoc rationis egestas?

Nam veluti pueri trepidant, atq; omnia cæcis

In tenebris metuunt; sic nos in luce timemus

Interdum, nihilo quæ sunt metuenda.

Et Psalm. 14. n. 5. Trepidaverunt timiore, ubi non erat timor, h. e. timebant, ubi non erat timendum.]

24. Nos, normam Juris & rationem supra ex Vigelio traditam, secuti; simpliciter dicimus: Cum Regula illa certi Juris sit, ob super-venientes inter testatorem & legatarium inimicitias capitales aut gravissimas, legatum intelligi ademptum: nec Exceptio illa, sive distinctio Bartoli, si inimicitiae culpâ testatoris ortæ sint, ullâ lege, imò nec ratione ullâ idoneâ, probetur; quin etiam manifestè super fundamêto falso irritoque extructa sit; ac præterea etiam non recepta communi Dd. consensu: Exceptionem eam simpliciter rejiciendam; Regulam autem generaliter, ut est, retinendam, ac in judicando consulendoque sequendam esse.

QUÆSTIONUM SIVE CASUUM PRO AMICO

SPECIES III.

An existente suo herede, qui nondum se immiscuit, curator hereditati tanquam jacenti dari possit: & an eo casu, si quis tanquam contra hereditatem jacentem agat, succumbat?

1. De hac Quæstione ita docuit Baldus. *ad l. cum hereditas. 9. C. deposit.*
 Nota: Glossa dicit, ubi est suus heres, ibi nunquam jacet hereditas: & ided non potest Curator dari hereditati: & non valet processus factus, tanquam contra hereditatem jacentem, quia existentia sui heredis, inducit continuationem dominii, sine aliquo medio. Quanquam multa argumenta possint in contrarium adferri, tamen ita dicit Glossa ordinaria, cujus auctoritas omnes alias tollit.

2. De quâ doctrinâ Baldi, non tantùm Alexand. Imolensis in *additionibus ibid.* se multum dubitare positetur; sed etiam Paulus Castrensis in interpretatione ejusdem Legis, postquam exposuisset sententiam Baldi, subjicit: Breviter, non puto hoc esse verum: quia propter beneficium abstinendi, quod habet filius in potestate, ex Edicto Prætoris, redigitur ad instar emancipati. *Ut l. nam nec emancipatus. 89. de leg. 1.* sed si esset delata emancipato, diceres jacere. Ut patet in Glossa. E. & nunc, Et sic benè poterit dari Curator, & valebit datio, quicquid dicat Baldus: *cujus dictum est potius inutile, quàm utile.*

Jason

3. Jason autem, cum in Rubrica ff. de A. vel A. H. n. 7. Baldi doctrinam probare videatur: in l. in suis. II. ff. de lib. & posthum. n. 10. rem in dubio relinquit, & Casum pro amico esse dicit, sic enim scribit: In suis non est dare hereditatem jacentem: ut est glossa valde notabilis. in l. cum hereditas. 9. C. de pos. quã Baldus ibi multũ notat, & ex ea infert ad Practicam, quod si tunc quis ageret contra hereditatem jacentem, succumberet. Nec tunc quis potest dari Curator hereditati jacenti, quia existentia sui heredis, inducit continuationem sine aliquo medio: ut hoc textu, & sequitur etiam Aretinus hinc. quod valde nota. Contrarium tamen, quod existentibus suis, possit dari Curator hereditati jacenti, tenent Salicetus & Paul. de Castro, in d. l. cum hereditas. Et esset ratio pro amico.

4. Cæterum, quod non tantum Castrensem, sed etiam Salicetum ut dissentientem allegat Jason: sciendum est, Salicetum non tam dissentire, quàm indicatis in utramque partem rationibus, rem in medio relinquere, nec dubium dissolvere: verum hoc solum addere, si casus ejusmodi de facto contingat, ut potest contingere frequenter; cautelam esse pro Creditore, qui tutò agere, & extra periculum esse velit, ut suum heredem rectà conveniat: quia tum suus heres, si condemnari nolit, necesse habiturus sit, ut vel abstentionem alleget, vel certè sese adhuc deliberare dicat, an heres esse, cum effectu sc. h. e. hereditati se immiscere velit. Cùm verò deliberare sese dicit, tum uti eum jure suo & beneficio sibi concessio; & posse creditorem facere, ut interim Curator hereditati tanquam jacenti detur.

5. Ex his itaque patet, tum Glossæ, tum aliorum magni nominis Dd. auctoritates & opiniones contrarias, hanc Quæstionem inter valde dubias, atque tales, in quibus pro utraque parte, in amici favorem, judicari possit, habitam esse.

6. Et certè ne hodiè quidem satis constat, utra pars majore suffragiorum numero comprobata receptave sit. Et si enim affirmativam sententiam, quod sc. eo casu Curator hereditati tanquam jacenti dari possit, pro communiore habeant. Ant. Piagg. in tract. de Tutore & Curatore. quest. 2. n. 43. quem etiam refert & sequitur Hilliger. in D. E. lib. 3. c. 23. lit. A. Sichard. in Comm. ad Cod. in d. l. 9. de pos. ubi hanc Quæstionem ut pulchram & subtilem laudat, & Baldum errare dicit. Menoch. lib. 2. de arbitr. judic. caus. cas. 150. n. 6. & seqq. Paulus Montanus, in tract. at. de jure tutelarum. c. 28. n. 57 A. Faber. in tract. de error. pragm. decad. 3. error. 2. Tamen vicissim Negativam pro communiore habere videntur, Vasquius.

quius. in tract. de success. tom. 1. qui est de success. creat. lib. 2. §. 19. n. 32. Forster. in tract. de success. lib. 2. c. 8. per tot. Vivius in decis. Neapol. 347. n. 1. quæ refert Grevæus lib. 2. pract. conclus. 130. in coronide. n. 3. ipse rem indecisam in medio relinquens.

7. Nec huic incommodo medetur distinctio illa, inter casum, quo de favore sui heredis, & inter casum, quo de ejusdem damno agitur: quam quasi diversarum illarum opinionum conciliatricem ex Nattâ & Paciano adducit Grevæus. d. loc. n. 5. tum, quia illa distinctio æquè dubia est, ac ipsa Quæstio, ut Grevæus ibid. agnoscit: tum, quia non ad hanc Quæstionem specialem, de Curatore hereditati dando, cum suus heres à Creditoribus convenitur, sed tantum ad quæstionem generalem, an suus heres pro herede habendus, & hereditas pro agnitâ habenda sit, pertinet. Neque potest ullus favor sui heredis agnosci, quando à Creditore paterno convenitur: de quâ specie in hac nostrâ quæstione sermo est. Quæritur enim, an, quando Creditores hereditarii convenire volunt suum heredem, qui nondum sese immiscuisse deprehenditur, hereditas pro jacente habenda, & Curator ei dandus sit, qui Creditorum actiones excipiat?

8. Ex hac igitur tantâ dubitatione & controversiâ ut rectè nos expediamus; nosse debemus, Jure Cli suos heredes, sive ex testamento, sive ab intestato, ita heredes esse, ut non ullo aliquo suo facto opus habeant, ut heredes fiant: sed protinùs à morte parentum, in quorû morientium potestate fuerunt, ipso jure sint heredes, & clausis adhuc testamenti tabulis, etiam ignorantes & inviti: ita, ut non possint non esse heredes: propter quam causam etiam appellantur heredes sui & necessarii, ut notum est ex ipsis Institutionibus. §. sui autem. 2. de hered. qual. & diff. & §. sui autem. 3. de hered. quæ ab intest. deser. cum quibus locis concordat l. in suis. 11. ff. de liber. & posthum. l. in suis. 14. ff. de suis & legitim. her. l. 3. C. de tur. delib. cum locis similibus.

9. Quoniam verò id sæpenumerò, cum damno atque etiam cum ignominiâ quadam liberorum conjunctum erat: Jure Prætorio introductum est, Jus abstinendi: ut liceret liberis, si vellent, hereditatem Patris derelinquere, sive ab eâ abstinere; ut sic potius Parentis, quàm ipsorum bona à Creditoribus possiderentur. d. §. 2. vers. sed his Prætor. l. de hered. qual. & diff. l. necessariis. 57. ff. de A. vel O. H. Neque ad hanc abstentionem opus habent ullâ testificatione, sive judiciali, sive extrajudiciali: sed sufficit, si se non immisceant hereditati Paternæ, h. e. dum non gerant tale aliquod negotium, quod in extraneo herede induceret

duceret pro herede gestionem. *l. ei qui se. 12. de A. vel. O. H. l. 1. C. si min. ab hered. se abstin.* licet majoris securitatis causâ, testatio & possit, & soleat adhiberi. *l. pro herede. 20. §. 1. d. t. de A. vel O. H. l. & si quis. 14. §. pleriq; filii. 8. ff. de Relig. & sumtib. fun.*

10. Hæc autem abstentio etsi non faciat, ut non sint heredes, *l. 1. §. qui sunt in potestate. 7. ff. si quis omis. caus. testam. l. cum quasi. 30. §. sed et si. 10. ff. de fideicom. libertat. l. ita tamen. 27. §. si Pater. 3. ff. ad SC. Trebell. l. sciendum est. 32. ff. de manum. testam. cum, qui semel heres extitit, non possit desinere heres esse. l. ait Prator. 7. §. 10. ff. de Minorib. l. ei qui solvendo. 88. in fin. ff. de hered. Instit. sicut neque facere heredem potest Prator. §. quos autem. 1. l. de bon. Possess. Facit tamen ut sine effectu, nudo tantum nomine sint heredes. *l. 2. §. sed si sint sui. 8. ff. ad SC. Tertull. l. & si ex modicâ. 6. §. si filius 2. de Bonus libert. & Jure Pratorio heredum loco non habeantur. l. si filius. 2. ff. de interrogat. in jur. fac. & idem consequantur, quod emancipati, qui hereditatem repudiaverunt. l. pro hered. 20. §. pen. ff. de acq. vel om. hered. Sicut & ipsâ permissione abstentionis, Prator manifestum facit, jus se in personâ eorum, qui in potestate fuerint, tribuere, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundæ hæreditatis habuissent. *l. Nam nec emancipatus. 89. de legat. 1. Undè etiam fit, ut si se immisceant, adire videantur & dicantur, l. si duo. 38. ff. d. t. de A. vel O. H. l. si filius. 10. ff. de Collation. l. 4. C. de Instit. & substitut. l. ult. C. de repud. vel abstin. hered. & Jus deliberandi ipsis competat, antequam sese immiscuerint; quod propriè quidem & respectu Juris Civilis est, deliberare, an hereditatem paternam retinere, an verò derelinquere; Impropriè verò & ratione Juris Pratorii, an adire, an verò repudiare hereditatem velit *l. 8. l. 9. ff. de tur. deliber. l. cum in antiquioribus. 19. C. eod. tit.****

11. Quibus ita probè consideratis, intelligitur, in casu existentis sui heredis, propriè quidem nunquam posse dici, hereditatem jacere, vel vacantem esse, adeoque nec Curatorem hereditati ei tanquam jacenti dari posse: eumque qui præcisè contra hereditatem, ut jacentem agat, succumbere debere. At verò impropriè & laxiùs, ad effectum magis, quam ad ipsam *ἀνελευία* & accuratam loquendi rationem, si verba referamus, Nihil prohibere, quo minùs etiam in casu existentis sui heredis, dum is deliberat, an abstinere, an verò retinere hereditatem paternam velit, aut certè, quamdiu nondum se immiscuit, hereditas paterna pro jacente hereditate habeatur, & jacens appelletur: adeoque & Curator hereditati ei, interim, dum suus heres deliberaverit, voluntatemq; suam declaraverit, detur: Sicut dari solet interim, dum extraneus

heres deliberat, velit ne adire hereditatem, nec ne *l. 3. ff. de Curat. furios.*
l. Idem. 22. §. 1. ff. de reb. aucto. iud. possid. quæ aliàs est l. 7. de Privileg. Credit.
 Quibus addi possunt, quæ de Curatore hereditati jacenti dando, tradit
Gail. lib. 2. Obs. 130. per tot. & de ipsâ existentiâ heredis. Obs. 128. per tot.

12. Et de hac quidem decisione, tantò minùs dubitationis aut
 controversiæ debebat esse apud Dd: quòd uno quasi ore tradunt, in hoc
 casu existentis sui heredis, cùm Creditores intendere actiones volunt,
 non incumbere filio probationem abstentionis, seu quòd heres non sit:
 sed Creditoribus probationem immistionis, seu quòd heres ille sit, ut
 videre est apud Interpretes communiter. in *l. necessariis. 57. ff. de A. vel*
O. H. Castrensem. in l. si cum dotem. 22. §. transgrediamur. 12. n. 3. ff. solut.
matrimon. Manticom. in tract. de interpretat. ult. volunt. lib. 12. t. 10. n. 2.
Gail. lib. 2. Obs. 128. per tot. Tiraquell. in tract. le mort saisit le vis. part. 7.
declar. 2. n. 8. Everhard. in Topic. in loco, ab auctoritate. n. 9. Mascard. de pro-
bat. conclus. 805. n. 1. & seqq. Menoch. lib. 4. de præsumpt. præsumpt. 99. n. 4.
& 5. Grevæum. lib. 2. præct. conclus. 128. per tot. à quibus & plures auctores
 alii citantur. Undè A. Faber hanc sententiam non modò communi-
 ter, ab Interpretibus probatam, sed etiam apud Pragmaticos passim re-
 ceptissimam esse dicit. *in tract. de Error. Pragm. dec. 31. error. 10.* (quamvis
 ipse ibidem dissentiat;) vid. & *Modestin. lib. 1. quæst. 34.*

13. Parùm igitur sibi constant, qui cùm in eâ Quæstione ratio-
 nem Juris Civilis & *ἀνεπίστατον* planè negligunt, in hac nostrâ Quæstione
 eam tam severè aut sollicitè urgent.

14. Præterea, cùm & illud magno consensu apud Pragmaticos
 receptum sit, verba libelli non strictè aut rigidè, sed potiùs laxè & beni-
 gnè interpretanda, atque etiam, ut loquuntur, improprianda esse, si
 propriè accipi non possint, ut libellus salvetur: quod rationibus, au-
 thoritatibus, & exemplis multis probat ac declamant, *Jalon. in l. sed etsi*
Possessori. 11. §. item, si juravero. n. 15. & multis seqq. ff. de jurejur. & Zas. in d. l.
& §. n. 9. & seqq. quibus addantur Mynsing. cent. 4. Obs. 5. Gail. lib. 1. Obs.
61. n. 16. & Obs. 66. n. 7. Obrechtus in tractat. de concipiend. & formand.
libell. c. 18. n. 5. & 6. Quomodò jacturâ litis mulctare possunt eum, qui he-
 reditatem jacentem appellavit, qui adversus hereditatem, ut jacentem
 egit, quæ heredem non habeat realiter, & cum effectu; imò, ne quidem
 propriè, ut *Gail. loquitur, d. Obs. 128. n. 4. & 5. cùm filium ante aditionem*
 impropriè heredem esse dicit: propriè autem eum demùm, qui non
 tantùm nomine, sed etiam re & cum effectu heres est.

15. Concludendum itaque hac in Quæstione est: *Causam nul-*
 am.

lameffe, cur ineâ incerti fluctuare, & Casum pro Amico statuere debeamus: sed potius in casu existentis sui heredis, qui deliberat, & nondum se immiscuit hereditati, hereditatem quasi jacentem, sive pro jacente habendam esse: & quasi jacenti Curatorem dari posse: & qui contra eam, ut jacentem, actiones intentaverit, non propterea causâ cadere. Denique supervacaneam, nec vel probatam satis, vel valdè subtilem esse distinctionem Ant. Fabri, quòd hoc casu curator non detur hereditati, sed bonis. *in tract. de error. pragmat. decad. 3. err. 2. & in Cod. Fabriano, lib. 6. tit. 12. defn. 15.*

QUÆSTIONUM SIVE CASUUM PRO AMICO

SPECIES IV.

An, si quis in libello dicat, proprietatem alicujus loci ad se spectare, vel se proprietarium esse, & postea in processu probet tantum, quòd sit Emphyteuta vel Vasallus, debeat succumbere?

I.

Quæ sub finem cap. præcedentis diximus, de verbis libelli benignè & latè, atque etiam, si necesse sit, improprie accipiendis, ut libellus sustineatur; occasionem nobis præbent, ad hanc, quam modò proposuimus Quæstionem, statim subjiciendam: ut quæ ex eadem doctrinâ, ut ejus species seu exemplum, decidenda est: vel certè, ut Jafoni visum est, ab eadem sive ut exceptio, sive ut diversa & disparata excipienda.

2. De hac autem Quæstione inter alia sic scribit Jafon. *in l. naturaliter. 12. §. nihil commune. 1. ff. de A. vel A. P. n. 16. 17. & 18.* Adduco in medium illud, quod singulariter decidit Baldus, nec alibi legi, *in l. 2. sup. ff. de condit. Instit.* Quòd si aliquis in libello diceret, proprietatem talis loci ad se spectare, vel se esse proprietarium, & postea in processu probaret de utili dominio, puta, quòd esset Emphyteuta, vel Vasallus, deberet succumbere: quòd non est reperire, nisi proprietatem directam. *l. si tibi proprietatis. 4. ff. de usufruct. accrescend. secus, si dixisset se dominum:*

F 3

quia

» quia dominium benè potest intelligi de utili dominio, [secundùm
 » Bartolum in l. sed etsi Possessori. §. item si juravero. per illum textum sup.
 » de iuretur. & ita limita ibi dicta per eum.] Adde, quòd alibi contra-
 » rium tenet Dn. Alexander, nullam faciens de Baldo mentionem.
 » [in l. si finita. 15. §. si de vectigalibus. 26. in 2. columna. sup. de damn. infect.]
 » ubi tenet, quòd si Emphyteuta vel alius habens utile dominium, pete-
 » ret in libello, declarari se proprietarium, vel proprietatem ad se spe-
 » ctare, & ex narratis in libello, appareret, quòd ageret, ut Emphyteuta,
 » sustineretur libellus, & impropiarentur verba libelli: trahendo ea ad
 » utile dominium; cùm videamus, quòd proprietatem largè referatur etiam
 » ad solam possessionem. l. interdum. 78. infr. de V. S. & l. 2. C. de Probat. Alibi
 » idem Dn. Alexander, in l. si quis. 12. §. differentia. in ult. colum. supr. eod.
 » facit mentionem de decisione Baldi, in d. l. 2. supra de condit. Instit. &
 » dubitat, an sit vera, & dicit considerandum: quòd textus junctâ Glossâ
 » in d. l. interdum. infr. de V. S. videtur accipere pro æquipollentibus, pro-
 » prietatem & dominium, sed in libello latè accipitur dominium pro u-
 » tili; ut sustineatur libellus, E. idem in proprietate. Tamen dicit,
 » quòd magna est autoritas Baldi, ubi non habet contradictorem, &
 » quòd ejus decisionè alibi non reperies. Credo, quòd est passus sit valdè
 » ambiguus, & si contingeret in practicâ, esset Quæstio pro amico. &c.
 » [Et nota, quòd si vera est illa decisio Baldi, ex eâ habes magnam limita-
 » tionem, ad ea quæ latè dixi, post Bartolum, pro sustinendis libellis, in d.
 » §. item si juravero. &c. Hactenus Jason.]

3. Idem autem in l. sed etsi Possessori. 11. §. item si juravero. n. 26. &
 27. ff. de iureiurand. [Quòd sese in loco supra proposito refert.] ita
 » hac de Quæstione inter alia scribit. Non omitto unum, in quantum
 » Bartolus & Dd. hic concludunt, quòd si Emphyteuta dicat, se esse do-
 » minum, licet intelligatur de directo regulariter: appellatione tamen ad
 » hoc, ut sustineatur libellus, intelligitur de utili. Invenio quòd Baldus
 » in l. 2. ff. de condit. Instit. singulariter limitat istam decisionem, ut pro-
 » cedat, quando Emphyteuta in libello dicit, se Dominum simplici-
 » ter: secus autem si diceret se proprietarium: tunc secundùm Baldum
 » debet succumbere, quòd non est reperire proprietatem, nisi directam,
 » allegat. l. si tibi proprietatem. ff. de usufruct. accrescendo. Confirmatur ista
 » decisio per illud, quòd dicit Baldus in l. cum res. 12. in fin. C. de Proba-
 » tion. (ubi etiam adducit l. 1. §. 1. ff. si ager vectigalis. in quo tamen pro-
 » prietatis verbum non habetur,) & in l. gen. C. si à non compet. Iudic. ubi
 » dicit, quòd istud nomen proprietatem est directum, & nunquam obli-
 » quatur,

quatur, nec ponitur pro utili dominio, & ultra Baldum istud confir-
 matur ex Etymologia vocabuli. Proprietas enim est, res propriè tua: &
 & nisi res sit propriè tua, non dicitur Proprietas. Ego puto, quod
 etiam isto casu sustineretur libellus, Quia ita est reperire propieta-
 tatem & quasi; sicut dominium & quasi; [Glossa est in l. 2. §. que-
 dam. 2. ff. de interdict. quam reputat singularem Baldus in c. 1. §. 1. de inve-
 stitura de re alien. facta. & ibi Alvarottus notat illam Glossam.] Sed est
 textus ad literam in cap. fin. de judic. Ergo, si Emphyteuta dicat se Pro-
 prietarium, intelligitur largè.

4. Ex quibus duobus locis observatur. 1. Quod Jason, cum
 prius sententiam Baldi reprobasset, in d. l. 11. ff. de iureiur. postea in d. l.
 12. ff. de A. vel A. P. eandem reprobare ausus non fuerit: sed Casum
 pro amico esse dixerit. Id, quod tantò magis mirum videri debet:
 quia priori loco non citavit Alexandrum à Baldo dissentientè, & forsan
 etiam ignoravit: posteriore verò expressè citavit: Itaque ex communi
 Dd. sententiâ, in priore illo loco Baldum sequi, posteriore verò potius
 ab eo discedere debuit. Nam ut in prolegomenis harum Quæstionum
 diximus; tradunt Dd. communiter; Quod in casibus nullâ lege ex-
 pressim decisus, si vel unius Doctoris decisio in terminis reperitur, quæ
 contradictorem non habeat, ea instar legis sit, & in iudicando respon-
 dendoque sequenda. 2. *Notandum*: quòd ipsi quoque Alexandro hæc
 quæstio valdè dubia atque difficilis visa fuerit: ita, ut profiteretur se
 dubitare, an Baldi sententia vera sit: & considerandam eam relinque-
 ret. 3. *Notandum*: Causam, propter quam hæc Quæstio tantæ difficul-
 tatis & ambiguitatis habeatur, & consideranda relinquatur ab Alexan-
 dro, Casus pro amico etiam statuatur à Jasone, non esse aliam Alexan-
 dro, quàm Baldi auctoritatem: nec aliam Jasoni, quam diversas opi-
 niones Dd. vel potius solius Baldi affirmationem, & solius Alexandri
 negationem. 4. *Notandum*: Jasonem indicare quidem, quibus & ille
 & hic rationibus sive fundamentis utantur: sed ipsas rationes atque
 fundamenta non examinare; nec iudicium suum interponere, rectè
 ne, an malè in confirmationem adhibeantur. 5. *Notandum*: Rationes
 illas atque fundamenta, quibus & Baldus pro affirmativâ, & Alexan-
 der pro negativâ sententiâ utitur, pariter nullius ponderis momenti-
 que esse.

5. Nam quod ad l. si tibi proprietas. 4. ff. de usufruct. accresc. atti-
 net, quâ solâ Baldus in d. l. 2. ff. de condit. institut. utitur: In eâ quidem
 proprietatis vocabulum directum dominium, quod vocant, significat:
 inde-

indeque patet, id verbum de directo dominio intelligi posse: at, quòd nullius alius ejus verbi usus sit, & in specie, quòd eo ubique & semper directum dominium significetur; sive, ut Baldus loquitur, quòd non sit reperire, nisi proprietatem directam: id ex eà lege nullo modo probari potest: [Nisi quis forsan pro apodicticà demonstratione habeat ratiocinationem hanc: Proprietatis vocabul. in d. l. 4. significat directum dominium: E. nunquam & nusquam aliter, quàm pro directo dominio ea vox accipitur.]

6. Nec meliora sunt, quæ alibi hanc in sententiam adfert idem Baldus: veluti, quod in l. cum res. 12. in fin. C. de Probat. adducit l. 1. §. 1. ff. si ager vectigal. in quâ tamen ipsa vox proprietatis, aut proprii, prorsus non extat, & quod in l. penult. C. si à non compet. Jud. iudic. idèd vocabulum proprietatis tantùm esse directum, dicit: Quia proprium dicatur, quod est meum, & non alterius. In quo certè nulla consequentiæ ratio est: Quicquid enim meum est, id eà ratione, quâ meum est, non est alterius: sive sit proprietas vel directum dominium, sive dominium utile: sicut non tantùm res corporales dicuntur meæ, aut nostræ, sed etiam res incorporales, veluti ususfructus in l. 10. ff. usufruct. quemadm. cav. l. si cum argentum. 21. §. si fundum. 3. ff. de except. rei judic. imò, & ferè quævis res aliæ; ut cum filios, fratres, discipulos, amicos nostros appellamus.

7. Sicut & nihilò meliùs est, quod pro Baldo Jason ex Etymologiâ desumit argumentum, in l. 11. §. item si juravero. ff. de iureiur. quod scil. proprietas dicatur, quasi propriè tua. Nam primùm, ipsum illud etymon manifestè falsum est, cum illud tantùm sit productio nominis simplicis, & non pars altera nominis compositi, quasi ex proprio & tuus, combinatum esset, adeòque emphasin ac significationem singularem præcipuæ alicujus proprietatis, atque dominij, haberet. Deindè, in ipsâ quodque voce propriè, principium petitur; & probandum prius erat, tam strictam significationem eidem necessariò inesse.

8. Pari facilitate refutari etiam rejicique possunt, quæ pro Alexandri sententiâ ab eodè, & Jafone adducuntur. Nam quod Alexander ait, proprietatis vocabulo aliquando etiam solam possessionem significari: ut in l. interdum. 78. ff. de V. S. & in l. 2. C. de Probat. ac propterea multò magis de utili dominio accipi posse: Id ex dictis legibus nullo modo probatur. Ipsa autem constructio Grammatica & observatio

vatio casuum evincit, *in d. l. 5.* non proprietatis verbo possessionem, sed possessionis verbo, proprietatem aliquandò significari: Ait enim Lex: Interdum proprietatem quoque, verbum possessionis significat. quod Alexander malè accipit pro eo, ac si dictum esset, Interdum proprietas quoque possessionem significat; sive, interdum proprietatis quoque verbum, possessionem significat. Quòd si quis instet, Alexandrum non sensum hunc Grammaticum *d. l. urgere*, sed dialecticè pronunciatū illud Legis, per simplicem conversionem, quæ in particularibus affirmativis locum habet, assumere: ei respondebitur, quòd hîc non tantum transformentur, sed & mutantur termini, per diversam compositionem & divisionem: adeòq; hoc non sit convertere pronunciatū, sed argumentari, & aliud ex alio, eoque non æquipollente inferri, si dicatur: Possessionis verbum, interdum significat proprietatem. Ergò etiam proprietatis verbum, interdum significat possessionem. Conversio autem pronunciatu talis erit, si dicatur, Possessionis verbum interdum significat proprietatem. Ergò, interdum id, quod proprietatem significat, est possessionis verbum. vel, quædam possessio significat proprietatem. Ergo, quoddam, quo proprietatis significatur, est possessio.

9. *In d. verò l. 2 C. de Probat.* verbum proprietatis omninò non extat: sed tantum verbum Possessionum; quod ibi pro ipsis rebus possessis, sive prædiis accipitur: ut & *in l. si de vi. 37. ff. de iudic. l. 11. C. de omni agro deserto. l. 2. in f. C. ubi in rem act. l. 1. C. de colonis Palestinis. l. ult. C. de postlimin. revers.*

10. [Quòd deindè Alexander ait, Glossam *in d. l. 78. de V. S.* pro æquipollentibus videri accipere, proprietatem & dominium: id & per se incertum est: nec ex verbis Glossæ evinci potest: & si maximè posset, probandum tamen adhuc esset, rectène, an malè Glossa sic statueret. Nam vehementer adhuc inter Dd. controvertitur, An dominium idem sit, quod proprietatis: ut videre est apud Joh. Parladorium *lib. 1. rer. quotidian. cap. 4. per tot.* Gregorium Lopezium, *in lib. singul. animadver. iur. cap. 26. per tot.* & potissimum apud Johan. de Castillo, *in tractat. de usufruct. cap. 75. per tot.* Ut nihil nunc dicamus de eo, quod per ingentem principij petitionem præsupponitur tanquam certum, quod omninò incertum est: nimirum, Dominiij vocabulum generale esse, & dividi in dominium directum, & utile. Id enim, licet

G

commu-

communiter receptum, nullum tamen in Jure nostro fundamentum habet: ut docuit Clariss. Antecessor noster, in *quest. illustrib. ad lib. 2. l. quest. 1. & in C. l. A. lib. 41. tit. 1. lb. 3. & 4.*

11. Denique, quod Jason, in *d. l. 11. §. item si juravero. num. 27.* auctoritate Glossæ & Juris Canonici, confirmare notatur, aliam esse proprietatem directam, sive veram, aliam quasi proprietatem: ei responderi potest: Nequaquam ex istis authoribus de verâ & genuinâ verborum significatione judicandum, ut quibus sermo Juris Civilis Populi Romani fuerit incognitus, ut Cujac. inquit, in *libr. 22. obs. 16. & in Paulo lib. 11. ad Edict. in l. 23. ff. de Minor. ac proindè testimonium illud, non satis magnæ authoritatis esse.]*

12. Ex quibus omnibus intelligimus, neutram sententiam solidis rationibus atque fundamentis ab authoribus & approbatoribus suis stabiliri.

13. Nec tamen opus est, ut circa decisionem hujus Quæstionis, modò hanc, modò illam in partem abripiamur, & casum pro amico statuamus.

14. Nam, aut *πρὸς τὸ πρῶτον καὶ τὴν ἀλήθειαν*, respondendum est, secundum ipsum nostrum Jus Civile, aut *πρὸς τὴν ἐρωτησίαν*, sive *τὴν ἀπόφασιν*, secundum hypotheses Interpretum atque Pragmaticorum.

15. Priore casu affirmativa sententia haud dubiè verissima est: Eum, qui proprietatē rei ad se pertinere, seque proprietarium declarari petierit, cum tantum Emphyteuta, aut Vasallus esset; libellum ineptum proponere, si id in libello exprimat: aut certè intentionem suam non probare, si proprietate ad probandum propositâ, ipse Emphyteus in aut Feudum probaret: cum omnibus Juris nostri locis perspectis, nullus appareat, in quo proprietatis vocabulum, cum de dominio aut jure, quod in rebus corporalibus, quorum commercium est, quæritur, de alio, quàm directo (quod vocant) dominio, accipiatur.

16. Posteriore verò casu, causa nulla est, cur non secundum sententiam negativam respondendum judicandumque sit. Recepta enim apud hos sententia est, pro salvando libello, verba ejusdem largè, atq; etiam improprie, si opus sit, accipiendâ esse. Atq; verbum proprietatis in largâ atque improprie significatione, etiam Jus emphyteusis & feudi, & alia ejusmodi jura incorporalia, sub ambitu suo continere, ut negent, rationem nullam habent idoneam: cum dominiij verbo, sine ullo Juris fundamento solido, imò, Jure nostro planè repugnante, tantam

Species Quarta.

51

tam amplitudinem assignaverint, ut id in directum & utile, quasi unanimitate consensu dividi statuatur. Quam amplitudinem longè faciliùs admiserit ipsum nomen Proprietatis: tum ex vulgi, tum ex ipsorum quoque Juris nostri auctorum usu: quibus Proprii, & Proprietatis nomen, non semper dominij cogitationem importat. Nam & liberti dicuntur proprii, in l. 13. §. 1. ff. de oper. libert. l. 3. C. de hered. Instit. cum tamen liberti ipsi, ut homines liberi, in nullius dominio esse possint. Sic foeneratores proprii, & navis propria. l. foenerator. 6. ff. de Naut. fœn. propria Lex. l. 21. §. fin. ff. ad Municipal. propria causa. l. 1. §. II. ff. quand. appelland. venditor proprius. l. 10. ff. de Act. Empt. Ususfructus proprius. l. 10. ff. usufructuar. quemad. cav. & hujus generis alia, quæ videri possunt apud Brisson. lib. 14. de V. S. Sic etiam proprietas operarum officialium. l. 9. §. 1. ff. de oper. libert. & proprietas reddituum. l. 14. §. ult. C. de SS. Eccles. nisi forsan hoc ultimo in loco dominium sive proprietas fructuum perceptorum intelligenda est.

17. Deniq; , ut proprietas alia sit vera, alia quasi, tantis jam Auctoribus receptum stabilitumque est, quantis pragmatici isti Dd. impares sunt, nec opponere sese solent: nimirum auctoritate Glossæ Juris Civilis, in l. 2. §. quedam. 2. ff. de interd. & Juris Canonici, in c. fin. Extr. de Judic. Ipse enim Baldus, qui contrariam sententiam hinc tuetur, in capite proximè precedente professus est, Glossæ auctoritatem omnes alias auctoritates superare. Idque tantò magis, quòd & aliàs in genere, verba non ex suâ naturâ, sed ex hominum instituto sive impositione, significationem habeant. ut Aristoteles docet, & perindè, ut nummorum valor, crescant ac decrescant, nascantur & intereant, ut Plutarchus in lib. de Pythia oraculis, insinuat: adeoque arbitrium, & Jus, & norma loquendi penes ipsum sit. ut Horat. in libr. de arte Poëtica monet. & verò circa Juris vocabula, frequens sit ejus verborum significationis mutatio: ut exemplo verbi, Consanguineorum, & verbi, Nepotis, & verbi, Testamentarij, & verbi, Solennitatis, ostendimus in tract. de Codicill. & claus. Codicillar. quibus addi possunt etiam exemplum verbi, Procuratoris, & verbi, Domini, quomodo diximus.

G 2

QUÆ

QUÆSTIONUM SIVE CASUUM PRO AMICO

SPECIES V.

An, si communio dura verit annos triginta, possit unus sociorum, altero, vel aliis invitis, ad divisionem provocare? sive, An actio familiae erciscunda, & actio communi dividundo, quatenus ad divisionem rerum communiter possessarum tendunt, post triginta annorum lapsum, sive tricenariam communionem, adhuc competant?

I.

Quaestionem hanc inter Casus pro Amico nominatim refert Zasius, in §. *Quaedam actiones mixtae*. 20. *Inst. de action. n. 11. his verbis*:
 » Quæras ergò, quid, si duo coheredes per triginta annos in communi-
 » ne stetere, ita, quòd non diviserunt, an nihilominus post triginta an-
 » no, possint dividere, & à communionem recedere: vel, an cogantur in
 » communionem esse innexi & colligati. Quid diceretis vos? Nodus hic
 » est implicitus, & esset quaestio pro amico, quia utraque pars videtur
 » defendi posse. &c. Deindè, postquam diversas diversorum, imò etiam
 » eorundem [Nam Baldus sibi contrarius: & Jason vacillat.] Dd. sen-
 » tentias, atque etiam rationes & fundamenta in utramque partem addu-
 » xisset: & pro sententiâ affirmativâ conclusisset: subjicit tandem, sub
 » fin. num. 13. Hæc quaestio posset esse circularis, vel in repetitionibus
 » tractari egregiè & cum laude.

2. Pro sententiâ Negativâ potissimùm, vel potius unicè militat textus, in l. 1. §. 1. C. de *Annal. except.* ubi Justinianus non tantùm in genere omnes actiones personales, triginta annorum spatiis concludi jubet: sed etiam nominatim, & in specie de familiae erciscundæ & communi dividundo actionibus edicit; ut nemo audeat, earum vitam longiorem esse, triginta annis, interpretari: sed ex quo ab initio competierunt, & semel natæ sunt, intra memoratum tempus finiri vult.

3. Ex Affirmante verò parte præcipuè stant, textus in l. ult. *Cod. Comm. divid.* quòd in communionem vel societate, nemo compellatur invitatus detineri, & in l. in hoc iudiciũ. 14. §. si conveniat. 2. ff. d. t. Quòd si conveniat

veniat, ne omnino divisio fiat, hujusmodi pactum nullas omnino vires habere, manifestissimum sit. & in l. Nulla. 70. ff. pro Socio. quod nulla societatis in æternum coitio sit. Ex quibus duabus legibus posterioribus facile est colligere: si Lex ipsam hominum conventionem de communione perpetuam improbat, non ipsam lege, eam perpetuitatem, ob solum temporis lapsum, induci; quæ tamen induceretur, si propter triginta annorum decursum, quibus communio duraverit, non liceret divisionem petere, sed in communione permanendum esset: [sive, si actioni familiæ eriscundæ & communi dividundo, quatenus ad solvendam communionem agitur, triginta annis præscriberetur.] Denique textus in l. cum Pater. 77. §. dulcissimis. 20. ff. de legat. 2. quod discordias materia communionis soleat excitare. Atqui, discordiis tollendis, non augendis, præscriptiones actionum, perinde, ut usucapiones rerum, introductas esse constat.

4. Ad textum autem d. l. i. §. i. C. de annal. Except. qui contrariæ sententiæ fundamentum est, responderi potest, intelligendum eum esse, de terminis habilibus: puta, de præstationibus personalibus, quarum petitio triginta annis intermissa, denegetur: vel etiam, de ipsa divisione rerum, si actor tanto tempore caruerit possessione: & solus reus possederit.

5. Sanè, donec stamus in possessione, & possidemus simul, unus recognoscet alterum in socium, eoque præscriptio currere non potest: cum singulis pro indiviso possidentibus, fieri non possit, ut alter alterius partem usucapiat. Quinimò, nec eo respectu, quo ex quasi contractu hæ actiones esse dicuntur, tricennalis præscriptio eis obstare potest: nisi ratione earum personalium præstationum, quæ ante 30. annos deberi cœperunt. Quoniam in communione rerum est quidam quasi Contractus continuus: & singulis quodammodo momentis actio nasci videtur: quoniam sæpius percipiuntur fructus, sæpius culpa socii intervenire potest: ex quibus hic quasi contractus constituitur, & nascitur actio in personam.

6. Quæ de re plura videri possunt, tum apud Dd. communiter, imprimis verò, apud Jasonem, Zasium, & Schneidevvin. ad. d. §. quedam actiones mixtam. 20. l. de Action. ut & apud eundem Zasium, in parat. ff. famil. erisc. n. 4. & 5. tum apud Bacchov. in not. & animadv. ad Treutl. vol. 1. disp. 19. th. 8. sub. lit. A. & B. ubi affirmativa sententia & rationibus idoneis confirmatur, & communis esse, ostèditur: ut ita causa nulla sit, cur hac in Quæstione casum pro amico statuamus, in quâ & Jctus sal-

vâ conscientia, modò in affirmativam, modò in negativam sententiam consulere, sive respondere possit, prout expedire sibi putaverit: & Judici liceat modò secundùm hanc, modò secundùm illam partem pronunciare, prout hanc aut illam amicus ejus, cui gratificari ipse velit, teneat. Idque tantò minùs, quia inter ipsos Dd. quasi recepta quædam sententia est: Ea, quæ meræ facultatis sive liberi arbitrii sunt, nullâ præscriptione impediri aut tolli posse; ut videre est apud Craveit. *in tractat. de antiq. temp. in quartâ parte, quintæ partis principalis, quest. 1. per tot.* Anton. Gabrielium, *in Commun. Conclus. sub. tit. de prescription. Conclus. 10. 11. & 12. per tot.* in quorum numero etiam esse Jus provocandi ad divisionem rerum simul possessorum, non potuit dubitari magis, quàm de aliis, quæ communi consensu inter res meræ facultatis referunt. [Quo etiam argumento Zasius inter alia *ad. locis*, utitur, & inter exempla eorum, quæ liberi arbitrii sunt, etiam expressè refert idem Gabrielius. *d. conclus. 12. n. 3.*]

QUÆSTIONUM SIVE CASUUM PRO AMICO

SPECIES VI.

An jure adivisse & acquisivisse hereditatem dicendus sit, qui professus est, se aliquid fecisse ut heredem: nec tamen declaravit, se scire aut scivisse, quod is, cujus hereditatem adiit, sit mortuus?

I.

IN adeundâ atque acquirendâ hereditate, requiri, ut & reverà mortuus sit is, cujus hereditatem adire volumus, & mortuus esse sciatur ab eo, qui ejus hereditatem adire aut bonorum possessionem petere vult, pluribus Juris nostri locis inculcatur: veluti in *l. qui hereditatem. 19. ff. de acq. vel amitt. hered.* Qui hereditatem adire vel bonorum possessionem petere volet, certus esse debet, defunctum esse testatorem. & *in l. heres. 32. pr. d. t.* Heres institutus, si putet testatorem vivere, quamvis jam defunctus sit, adire hereditatem non potest. & *in l. 4. C. de postlim. revers.* Nec nos præteriit, hereditatem ejus, quam incognitum erat, ab hostibus interfectam, an captam esse, à filio adire non potuisse: quoniam eorum bona, qui in hostium potestatem rediguntur, eo demum

Species Sexta.

55

mum tempore, successionis jure acquiri possunt, cum captos, apud ho-
stes mortuos esse, cognoscitur. Nec super facultatibus ejus, cujus
incerta vita, ac fortuna fuit, transigi vel judicari potuit. Unde,
posteaquam apud hostes materteram vestram, fati munus implese
innotuit, tunc vobis licentia permittitur, agnoscendæ per bonorum
possessionem, successionis. [Non officientibus enim his, quæ perpe-
ram gesta sunt, si priorem gradum obtinetis, successionis compendium
ad vos pertinet.] Et in §. ult. 1. de hered. qual. & differ. dummodò sciat,
Eum, in cujus bonis pro herede gerit, testatum intestatumve obiisse,
& se ei heredem esse.

2. Idemque etiam Juris esse in hereditate repudiandâ, & amit-
tendâ, traditur in *l. is qui heres. 13. §. 1. ff. de acq. vel omitt. hered.* Si quis du-
bitet, vivat testator, nec ne, repudiando, nihil agit. Eadem enim repu-
diationis, quæ aditionis conditio est, & contra. *l. is potest. 18. l. si quis ex-
tranæus. 21. §. sed ita. 2. d. t.* Ratio hujus Juris est: quod non solum nul-
la hereditas, heresque nullus, hominis viventis esse possit. *l. 1. ff. de hered.
vel act. vend. l. 1. ff. pro hered.* ut meritò post Labeonem, Pomponius, in *l.
neminem. 27. de A. vel O. H.* tradiderit: Neminem pro herede gerere
posse, vivo eo, cujus in bonis gerendum est. Sed etiam in adendum re-
pudiandæ hereditate, certus esse de jure suo debeat, qui eam adire, aut
repudiare, adeoque acquirere aut omittere vult. *l. nec is. 17. in pr. l. in re-
pudiandâ. 23. d. A. vel O. H.* Nam, in totum omnia, quæ animi destinatio-
ne agenda sunt, (in quorum numero etiam est hereditatis aditio. *l. pro
herede. 20. in pr. l. gerit. 88. d. t. l. si avia. 6. C. de iur. deliber. §. ult. 1. de her. qual.
& differ.*) nõ, nisi verâ & certâ sciëntiâ perfici possunt. *l. in totum. 76. de R. l.*

3. Cæterum, cum casus benè multi existere possint, in quibus du-
bitatur, an is, de cujus hereditate acquirendâ agitur, reverà mortuus sit,
nec ne: varii modi atque argumenta à Dd. traduntur, quibus mors ali-
cujus probatur: ut videre est cum primis apud Joseph. Mascard. in tract.
de probat. conclus. 1075. & tribus seqq. Robertum Marantam. in repetit. *l. is
potest. 18. de acquir. hered. n. 155. & multis seqq.* & Jacob. Menoch. in remed.
4. adipiscendæ possessionis. n. 671. & seqq. & in tract. de præsumpt. lib. 6. præ-
sumpt. 49. n. 20. & seqq. maxime n. 29. ubi & casum proponit: Si con-
tingat, aliquem diu abesse, & ignorari, an vivat, vel non: & petat agna-
tus ejus successionem, asserens, illum præsumi decessisse, uxor verò ab-
sentis dicat, se conservari debere in possessione bonorum mariti, donec
revertatur: cum vivere adhuc præsumatur.

4. Etsi

4. Etsi verò ibidem, post Hieron. Cagnolum, *in l. si emancipati. 9. n. 92. in fin. C. de Collat.* decidit. In Judicis potestate atq; arbitrio eã quæstionem esse: ut facti circumstantiis, præsumptionibusq; adductis, diligenter perpensis, æstimet, an mors satis, aut non satis probata sit; Ex eo tamen inferendum non est, Judicem propterea gratificari amico, ac in ejus favorem sententiam dicere posse: adeoque omnes tales casus pro amico esse. Alioqui nihil non erit, in quo non affectui indulgere & amico gratificari possit iudex: cum regulariter omnis facti quæstio, cujusmodi etiam est, an quis mortuus sit, nec ne? in arbitrio judicanus sit. *l. ordine. 15. in fin. pr. ff. ad Muncip. l. 1. §. 4. ff. ad SC. Turpill. ex facto autè jus oriatur. l. si ex plagis. 52. §. in clivo. 2. ff. ad L. Aquil. l. 1. §. divus. 3. ff. ad L. Cornel. de Sicar. l. si non expedierit. 6. §. 2. ff. de reb. auth. jud. poss.* Intelligitur enim utique non plenum arbitrium, & mera voluntas: sed arbitrium boni Viri: quæ in Jure opponuntur. *l. fideicommissa. 11. §. quanquã autem fideicommissum. 7. de legat. 3. L. si sic legatum. 75. pr. de Legat. 1. ut, quid verisimilius & æquius, non, quid sibi & amico gratius sit, spectet, & causã cognitã decernat: quod notavit etiam, & legibus compluribus confirmavit Idem, quem supra laudavimus, Nicol. Vigelius, in *ration. legend. juris Controv. sub reg. 2. except. 2.* Boni enim & innocentis viri officio Judicem fungi oportet. *l. cetera. 4. §. 1. ff. fam. ercisc.* Undè etiam Judicem virum bonum interpretatur Venuleius. *in l. continuus. 137. §. cum ita. 2. ff. de V. O.* magis est, inquit, ut totam eam rem ad Judicem, id est, ad virum bonum remittamus.*

5. Ac propterea tantò minùs probandum est, quòd Jason. *in d. l. qui hereditatem. 19. ff. de A. vel O. H. sub num. 11.* in casu longè minùs dubitabili, circa hanc materiam, quæstionem pro amico statuit, quando scilicet heres professus est, se aliquid fecisse tanquam heredem, nec tamen declaraverit, se scivisse, testatorem esse mortuum: an aditio habenda sit pro justã & validã?

6. Causam tantæ dubitationis & ambiguitatis, Jason, non dicit aliam, quàm auctoritatem Bartoli, eamque incertam & dubiam.

7. In partem enim negantem, ut aditionem illam invalidam statuatur, movetur eo, quòd in lecturis Bartoli, *ad d. t. de acquir. vel omitt. hered.* hodiè legitur ejusdem *commentatio ad l. 19. d. t.* ubi scribit, & menti tenendum monet, quòd si quis in processu non proposuerit, & deduxerit, se scire vel scivisse, mortuum esse eum, cujus hereditatem petit: etiamsi proposuerit, mortuum illum esse, & se heredem esse, ac pro herede gessisse: processus non valeat, eò, quòd non possit se pro herede gerere,

gerere, nisi, qui sciat, eum esse mortuum, in cuius bonis se pro herede gerere vult. Eamque sententiam Bartoli, ut in interpretatione *d.l.* traditam, refert & sequitur Raphaël Cumenis, ac cautos nos esse debere in articulando monet.

8. In affirmativam verò sententiam, ut aditionem eam justam validamque statuatur, movetur eo, quòd in lecturis manuscriptis Bartoli, illa Commentatio *ad d.l.* 19. non habeatur, nec etiam à Johann. de Imola, Alexandro, & Aretino, ulla ejus fiat mentio; sed etiam ipse Bartolus *ad preced.* l. 18. d. r. n. 16. scribat: Si heres dixerit, se aliquid facere ut heredem, videri eum confessum esse, quòd sciverit, mortuum esse eum, cui heres esse vult.

9. Cavendum tamen iterum monet Jason: quòd Bartolus ibi loquatur, quantum ad damnum & præjudicium heredis confitentis: nos autem hìc loquamur, quoad favorem & commodum. Ac proinde incertus & fluctuans concludit: Quoad validitatem aditionis, esse quaestionem pro amico, si casus in facto contingeret.

10. Sed hoc est nodum in scirpo querere: & trepidare, ubi nihil timendum est. Dicendum potius simpliciter: Cum is, qui mortui alicujus hereditatem adit, non præsumatur de morte ejusdem dubitare: maximè, si eundem etiam mortuum esse dixerit, ut ex Bartolo proponitur: aditionem illam, pro justâ validâque habendam esse, donec probetur, quòd eum mortuum esse, nesciverit, aut dubitaverit: nec libellum pro inepto habendum, quo is, qui hereditatem vel bonorum possessionem petit, non expressè posuerit, se scivisse, aut scire, eum, cuius hereditatem aut bonorum possessionem petit, mortuum esse.

11. Denique, monendum hìc obiter & illud est: Nostris moribus hoc observari, ut, si diu abfuerit is, de cuius hereditate agitur: atque ignoretur, mortuus ne sit, an vivat: admittantur ad ejus bona illi, ad quos ea, si reverà mortuus ille sit, qui abest, jure pertinent: verùm sub idoneâ cautione, de bonis illis restituendis, si ille vivus redierit. Ut annotatum est in *C. l. A. lib. 29. tit. 2. th. 9.* & in disputationibus Boceri, *Class. 2. disp. 11. th. 21.*

12. Quamdiu autem abfuisse dicatur aliquis, ut proximis ejus ab intestato heredibus, sub cautione, bona permittantur; itidem in arbitrio prudentis & religiosi judicis est: qui diligenter & sollicitè circumstantias omnes examinabit & perpendet: ne vel justo citiùs concedendo possessionem bonorum, alios cognatos, quibus ea deferri possent, injuriâ excludet: vel denegando differendoque, defraudet eos,

H

quibus

quibus ea jam tùm jure debebantur. Fieri autem facilè potest, ut inter moras illas, qui proximi sunt, moriantur, & bona illa vel in solidum, vel saltem pro parte, ad alios devolvantur, qui tùm proximiores aut æquè proximi futuri sunt: liberis istorum exclusis, aut tantùm in partem admissis. Quò facit §. 6. l. de legitim. agnat. success. & §. 7. l. de hered. que ab intest. def. & ipsa l. 4. c. de postlim. revers.

QUÆSTIONUM SIVE CASUUM PRO AMICO

SPECIES VII.

An ex diuturnitate temporis, presumatur intervenisse presentia propinquorum, que requiritur in contractibus Mulierum, ex formâ

Statuti?

I.

PLurium locorum Statutis cautum est, ut actus à mulieribus gesti, non aliàs justè ratiq̃ue sint, quàm, si solennitas quædam intervenierit, & nominatim quidè presentia cognatorũ, sive propinquorum: cujusmodi Statutum etiã est nostrã in Civitate: ut, si unã cum marito uxor, se, aut bona sua obligaverit, non aliter obligatio vires habeat, quàm si vel causã cognitã, coram Judice, vel in presentia duorum ex proximis Cognatis mulieris, coram Notario facta sit. ut videre est in Statuto von ungerbten außgehen. §. dieweil aber die Weiber.

2. Quid igitur Juris sit, si solennitatem eam intervenisse, sive formam eam observatam esse, non constet: an ex diuturnitate temporis eam intervenisse & observatam esse, præsumendum sit: quæritur? Et Jason ait; Esse quæstionem pro amico, si in facto contingat. in l. qui in aliena. 6. pr. n. 35. ff. de A. vel O. H. Idque non aliam ob causam, quàm quòd circa hanc quæstionem, Dd. alii ab aliis, imò, quidam etiã à seipsis dissentiant, & pugnancia statuant. Affirmativæ enim sententiæ ad stipulari ait, Baldum, Angelum, Imolensem, Aretinum, & Alexandrum: Negativam autem defendere scribit, eundem Baldum & Alexandrum, atque etiam Raphaëlem Cumanum, & Salicetum.

3. Et

3. Et est sanè hæc res intricatior, quàm ut certâ quâdam perpetuâque Regulâ definiri possit: ac propterea potius Judicis arbitrio relinquenda videatur, qui perpenis rei cujusque circumstantiis, æstimabit, an, & quando ex diuturnitate temporis, solennitatem atque observationem necessariam adhibitam esse, credendum sit. ut docet Menoch. in tract. de arbitr. iud. quest. & caus. cas. 505. & prolixius in tractatu de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 132. n. 27. & seqq. usq. ad finem capituli. non tamen propterea Casum pro amico statuere convenit: cum, ut in quæstione præcedente diximus, Judicis arbitrium non sit usquequaque liberum, plenum ac merum, sed officio boni viri adstrictum: ut sequatur, non quod sibi vel amico gratius, sed quod veritati & æquitati magis consentaneum est.

QUÆSTIONUM SIVE CASUM PRO AMICO

SPECIES VIII.

Quid Iuris sit, si tam Rei, quàm Actoris intentio æquè fundata reperiatur?

I.

Posse hîc Judicem ex animi sui motu gratificari cui velit, adeoque Casum pro Amico esse, scribit Tiraquell. de iure primigen. quest. 17. opin. 2. n. 5. [& ex eo refert Hilligerus in notatis ad D. E. lib. 24. c. 19. sub lit. Q.]

2. At verò, rationem & præscriptum Juris si sequimur: dicendum est, sententiam eo casu secundum actorem dari non posse, sed omninò absolvendum reum esse. Actore enim non probante, is qui convenitur, etiamsi nihil præstiterit, absolvendus est. l. 4. C. de edend. Atqui, cum peræquè est fundata Rei intentio sive Exceptio, quâ actionem elidat, quàm ipsa intentio Actoris: perindè est, ac si actor nihil probasset. arg. l. ubi pugnantia. 188. de R. I. Probationis enim forma, pariterque etiam finis in eo consistit, ut Judici de re dubiâ & controversâ fidem faciat. ut multis confirmatur in C. I. A. lib. 22. tit. 3. th. 2. 8. & 12. At fidem Judici nullam facit probatio ea, quæ tam fortiter repellitur, quàm adducitur. Ergò illa probatio reverà probatio non est: sed tan-

H 2

tum secundum dici. Quomodo D. August. inquit: Facile est cuiquam videri respondisse, qui tacere noluerit. Et D. Luth: putant id responsum esse, si librum conficiant, eique titulum faciant, Responsio. (Sie meinen es sey geantwortet/wann sie ein Buch machen / vnd schreiben darauff das Wörtlein / Antwort.) Atque hanc etiam Communem Dd. sententiam esse, multis authoribus citatis, docet Hilliger, loco supra nominato, eamque adversus Duarenum, Bronchorstium, & A. Fabrum defendit.

3; Quibus addi potest Pacius, in l. 3. C. de Reb. Cred. ita distinguens:
 » Aut causa est æqualiter dubia, ita, ut nulla ratio sit, cur Iudex in alteru-
 » tram partem magis inclinet: vel, quia nulla probatio allata est, vel, quia
 » utraque pars æquè probavit: & hoc casu judicandum est pro reo con-
 » vento: aut causa est ita dubia, ut etiam præsumptio sit pro Reo; & mul-
 » tò magis pro eo judicari debet: aut denique præsumptio est, pro
 » Actore, propter imperfectam probationem ab eo factam: & confu-
 » gere iudex hoc casu debet, ad delationem Jurisjurandi. Quæ distinctio
 » deprompta est ex c. ult. §. sanè. extra, de jurejur. Vide tamen etiam Cuiac.
 » lib. 22. Obs. 28. & in recit. ad l. 3. C. de R. C.

QUÆSTIONUM SIVE CA- SUUM PRO AMICO

SPECIES IX.

*An mutato valore monetae, solutio pensionis, aut
sortis, faciendae sit juxta valorem, quem moneta tempore Con-
tractus habuit, an, quem habet tempore solutionis: cum
nihil de conventionem partium ap-
paret?*

I.

Quæstionem hanc inter Casus pro Amico disertè refert Jacobus Alemannus, in *palestrâ Consultationum primâ, consult. 8. questione principali secunda. pag. 714.* Et est certè valdè difficilis, intricata, atque controversa: ut videre est apud Auctores eos, qui magno numero citantur ab Ernesto Cothmanno, *lib. 1. responsor. 36. n. 91. & seqq. & lib. 4. respons. 50.* Henr. Bocero, *cap. 2. de Iur. monetæ. n. 150. & seqq.* Ant. Fabr. *de Variis nummarior. debitorum solutionib. Friderico Martini, de Censibus. c. 5.*

n. 62.

n. 62. & seqq. Besoldo, in tractat. de Mutuo. c. 9. Berlichio, in 2. part. Conclus. practicar. Conclus. 36. n. 1. Tessaur. decis. 174. qui distinguit, inter creditum usurarium, & emptionem redditus. &c. Reinhardo Grevæo, lib. 2. pract. Conclus. 73. in coronide. & Osvald. Hilligero, in notat. ad D.E. lib. 16. cap. 9. sub lit. M. & apud ipsum Cothmann. d. loc. nec non apud Alemannum in d. Consult. 8. prolixè hanc quæstionem in utramque partem tractantes.

2. Verùm, licet ea in utramque partem rationes satis ponderosas, aut certè speciosas & plausibiles habeat: testatur tamen Mynsing. cent. 9. obs. 1. n. 4. præjudicio Camerae Imperialis approbatam esse sententiam eam, quòd solutio fieri debeat, secundùm valorem, qui fuit tempore contractus sive obligationis. Ac proindè hæc sententia in Respondendo (quatenus scil. de Jure recepto, non quatenus de Jure constituendo quæritur) & Judicando sequenda erit, quousque aliud Jus non fuerit constitutum aut receptum. Cùm enim sententia Imperialis, vim legis habeat. l. ult. C. de LL. Imperialis autem sententiæ autoritatè habeat, quod in judicio Camerae Imperialis pronunciatum est: meritò secundùm eum, qui se in ejusdem sententiâ fundat, quamvis illa aliàs Juris controversi sit, judicandum est, ait Vigelius, in ration. legend. Jur. controv. sub Regul. 1. Except. 5. Ac propterea etiam sic, regulam illam secutus, in quæstione propositâ decidit. cent. 1. decis. 2. & cent. 6. decis. 71. Eamque etiam decidendi rationem adducit Regnerus Sixtinus. lib. 2. de Regal. cap. 7. num. 152. Et magnoperè urget Alemannus, d. Consult. 8. sub ratione decid. 14. p. 627. & seq. [Berlich. d. conclus. 36. num. 5.] qui & plurium Curiarum atq; Collegiorum similes res judicatas recensent. Quod & facit Anton. Tessaur. decis. 174. & Alij alibi.

QUÆSTIONUM SIVE CASUUM PRO AMICO

SPECIES X.

An Clausula Codicillaris, in casu postumi ignoranter præteriti, vim habere debeat, cum testator non longo tempore post natum posthumum, supervixit?

H. 3.

16. Ab-

Absolvendæ decadi Quæstionum sive Casuum pro Amico, visum fuit ultimo loco addere Quæstionem hanc, quam proposuimus: eò, quòd expedire eam possimus, remittendo ad locum alium, ubi eam plenè persecuti sumus: adeòque decadem eam concludere.

2. Haberi autem Quæstionem hanc in censu earum, quas pro Amico vocant, significat non tantùm Fabius Turretus, *in tractat. de effect. & defect. Claus. Codicill. quæst. 69. num. 1.76. & 102. in fine.* ubi eam non tantùm arduam atque dubiam, & de apicibus Juris nominat: sed etiam à se in circulis solitum fuisse proponi, per utrùm, atque optimè in utramque partem defensatam, gloriatur: & denique etiam, post longam negativæ sententiæ defensionem, dubietatem tamen articuli stare, & eam compositione potiùs amicabili, quàm judiciali sententiâ terminandam esse, fatetur. Sed etiam Ant. Tressaurus *in decis. Pedemontan. 141. sub num. 9.* cùm difficultatem hujus Quæstionis, eam esse profitetur, ut mediam viam in decidendâ eâ eligere conveniat. Id quod non nisi in casibus pro amico dictis, faciendum esse docet idem, *decis. 89. n. 3.*

3. Verùm, licet quoad Dd. opiniones & digladiationes, quæstio hæc satis anceps sit, nec facilè tutò affirmari possit, utra opinio sit communior: in tractatu tamen nostro de Codicill. Clausula Codicillari. c. 7. quasi apodicticè demonstratum esse putamus, Affirmativam sententiam Juri scripto prorsus consentaneam esse: Negativam verò ab eodem multis modis aberrare: Ac proindè non illam, sed hanc in judicando sequendam esse ei, qui non ex proprio arbitrio, merâque voluntate, sed ex Juris præscripto, ut debet, judicare velit.

*Quæstionum sive Casuum
pro Amico.*

F I N I S.



DN. JOH. MELCHIORI BITSCHIO

*pro consequendis in Vtroq, Iure honoribus Doctoralibus,
Solemniter disputanti.*

ES felix Genitore tuo, qui nomina laudis
Magna sibi peperit, perpetuumque decus:
Sed felix potius, quando, ut vestigia Patris,
Omnia conando, ritè sequare, studes.
Gratulor hos ausus, & ut hæres unicus ampli
Nominis es, nomen sic tueare, precor.

Amoris officiique testandi ergò scrib.

Johannes Schmidt, SS. Theol. D. Prof. Ord. Con-
ventus Eccl. Præses, & h. t. Coll. Theol. Decan.

Cum Patre, qui nullum casum cognoscit Amici,
Is Nobis, BITSCHI, verus Amicus erit.

*Ita eximio Dn. Bitschio
Candidato meritissimo
gratulatur*

Gregorius Biccus, U. J. D. Pandect. Prof.
& Coll. Jurid. Decanus.

Quod mea Consulti, BITSCHI, responsa sequutus,
In lucem profers, aurea Scripta Patris:
Vindicasque simul, si quis contendere contra
Gestiat, ac forti pectore bella paras;
Carmine, quod poscis, nequeo: sed gutture toto
Dilaudo coeptum. Cætera si dederis,
Phœnicem dicet (redivivum in prole Parentem)
Una duos celebrans, Gloria BITSCHIAS.

Instita planè Minerva, adser.

Johannes-Otto Tabor D.

Filius haud equidem persolvere debita Patris
Debet, delicti nec Reus esse sui;
Ni velit esse Heres, operis se seque paterni
Reddere participem. Nam sua quisque luat.

Filius



Filius es magni B I T S C H I, doctissime B I T S C H I!
Ceu Præceptorem quem schola nostra colit.
Corporis illius non vis tantum esse bonorum
Heres, utque decet, cuncta locare bene;
Verum etiam quondam peperit, quæ pignora mentis,
Incluta, nunc nobis posthuma habenda dare.
Heredem ergò facis Te nominis ipse paterni,
Solvere quod sumptum Te jubet arte bonum.
In bona defuncti succedere perge parentis,
Degener haud Gnatus, corporis atque animi.
Grandævique senis legito vestigia membris:
Jurisconsultum mente bonâque refer.
Lege novâ nomen servare tenere paternum:
Heres dum studii discupis esse patris.
Scrips. gratulabund.

Joh. Nebhhan / Jurispr. D. & Prof. Ord.

Amicissimo suo B I T S C H I O.

B I T S C H I, qui teneris primùm mihi notus ab annis,
Inter præcipuæ nomina amicitia,
Nunc etiam coleris, candore fideque probatus,
Æmulus & Clari nomina docta Patris.
Hujus præclaros tua nunc pia cura labores
Asserit, & meritæ lucis honore beat:
Ominor hinc, similem famæ laudique paternæ,
Aucturam summo, Te, quoque honore *Themis*.

Sic Sævet

A. Schiffmann.



Ka 4240 II.

ULB Halle

3

006 683 69X

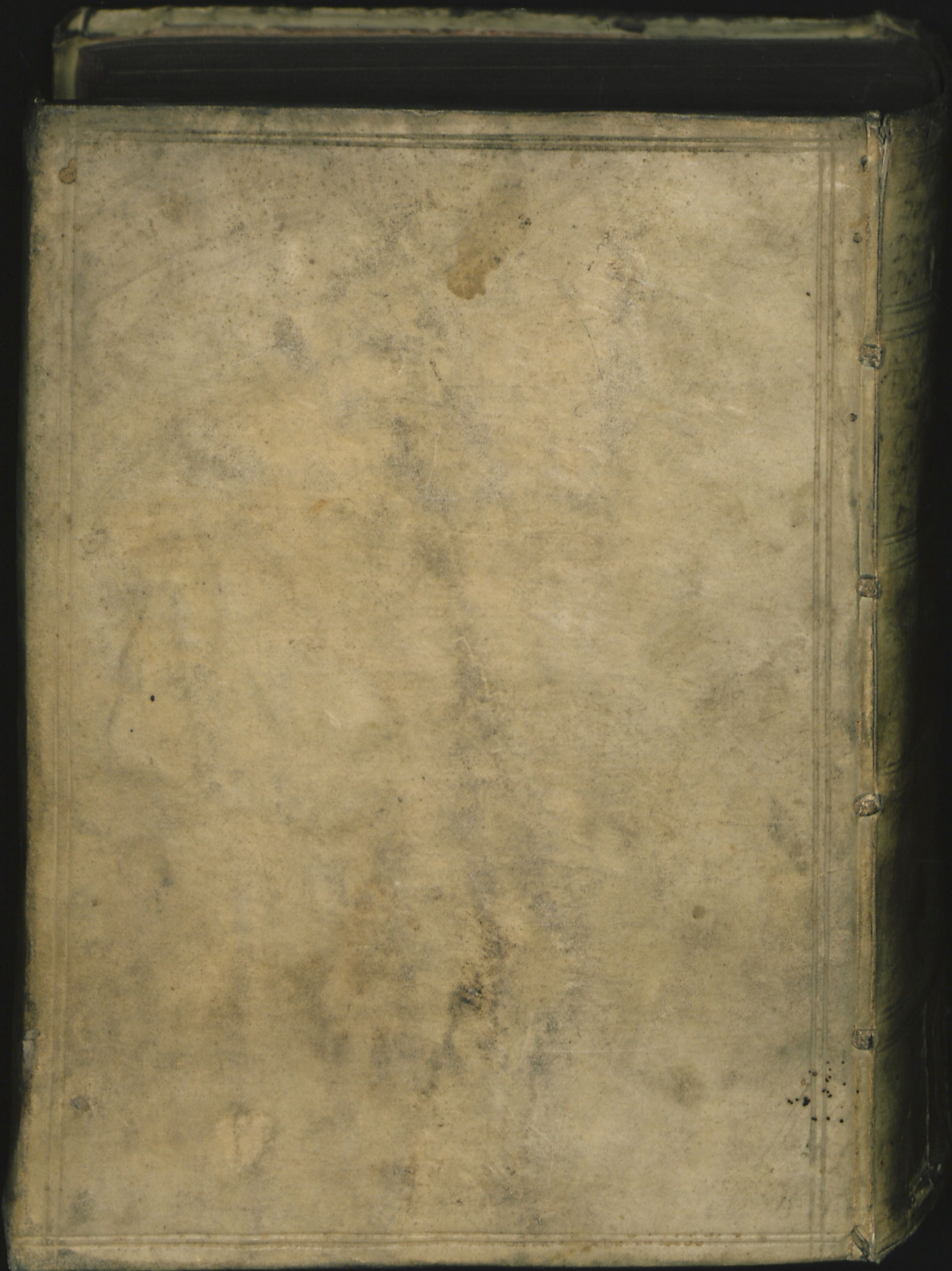


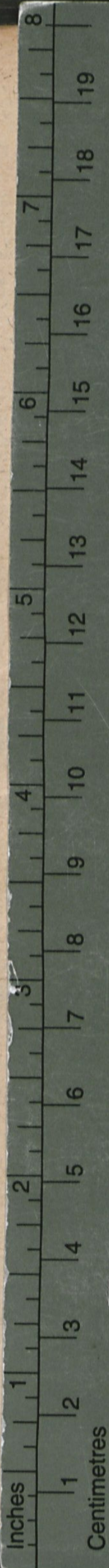
0

Vd7

me







Farbkarte #13

B.I.G.



NAUGURALIS
D I C A.

bens

QUÆSTIO- T CASUS PRO ENDANTUR,

argumentis collectarum,
ac prælectarum

IO, JCTO, ET IN
IVERSIT. COLLEG.

iore, & Primario, &c.

Nominis, piè defuncti
ditam,

adjuvante Gratiâ,

& Auctoritate

OBILISSIMI ET SCONSULTORUM

patriâ, Ordinis,

Honoribus, Privilegiis & Im-

RALIBUS, ritè ac
sequendis.

uditorum Examine

, Filius,

HIOR BITSCHIUS

NENSIS.

Mens. Octobr.



IORATI,

ES Pickel / Typogr.

. DC. L.

